BIBLIOTECA NAZ.
Vittorio Emanuele III
XX
F
24
NAPOLI

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

D. D.

ANT. FABRI

I. C. SEBVSIANI,

ET IN SVPREMO SABAVDIÆ

Senatu Primarij Præsidis,

DE ERRORIBVS PRAGMAT.

ET INTERPRETVM IVRIS,

CHILIADIS TOMVS PRIMVS

IN DECADES L. DISTINCTVS.

Opus varium, nec illis tantum qui in foro, sed iis etiam qui in scholis versantur, longè vtilissimum, ad vera, rectáque iuris principia capessenda, quorum ignoratione pragmatici vulgaréque interpretes passim cæcutiunt:

In quo Capitum summaria, Index legum explicatarum, atque variorum Iuris pronunciatorum, quæ ab autore exposita sunt, aut aduersus interpretum & pragmaticorum inscitiam luculenter defensa, elenchus, nec non & noui, indices sunt appositi.

EDITIO NOVISSIMA AB INNVMERIS MENDIS EXPVRGATA.

JR

LVGDVNI,

Sumptibus PHILIPPI BORDE, LAVRENTII ARNAVD, & CLAVDII RIGAVD.

M. D. C. LVIII.

Digitized by Google

Digitized by Google

SERENISSIMO
ATQVE INVICTISSIMO
CAROLO EMANVELI
SABAVDIÆ DVCI,
Pedemontium Principi, Sebuſian. Domino,&c.
Antonius Faber Sebuſianus P. F.

VM de Republica mihi ſemper viſi ſunt benè mereri omnes, qui iuriſprudentiam tractant, PRINCEPS INVICTISSIME, tum ij omnium optimè, qui ſic tractant, vt ad præcepta ſcientiæ addant etiam iuris dicendi exercitationem. Nam quod de virtutibus verè proditum eſt, præcipuam earum laudem in actione, non in contemplatione conſiſtere, idipſum ſanè de ſcientiis omnibus perinde dici poteſt, ſi eæ excipiantur, quæ contemplatione adeò conſtant vt actionis penitus ſint expertes. Neque verò inſulsè Doctores iſtos ἀπερίκτους καὶ τῆς πεφύξεως ἀδαίας cotibus aſſimilauerim, quæ acuendis gladiis vt pungere & ſcindere poſſint, aptiſſimæ, ad pungendum tamen vel ſcindendum ſunt ipſæ prorſus inutiles, & inefficaces. Itaque cùm iuris non ſcientiam, ſed prudentiam dicere ſoleamus, fatebor equidem iuriſperitos eos eſſe, at non æquè prudentes, niſi nouo fortaſſis prudentiæ genere, quæ tota in docendo dicendóque tantùm, non etiam in agendo verſetur. In eóque mirandum certè, neſcio an dolendum potiùs eſt, tot ætate noſtra præſtantiſſimos Iureconſultos ſibi defuiſſe, qui in tradenda diſciplina, ne Papiniano quidem, vt videbantur inferiores, ſi quando tamen ad praxim deueniendum fuit, vel de minima re interrogati aut obmutuiſſe, aut tam ineptè reſpondiſſe memorantur, vt rudioribus pragmaticis præbuerint ſe ridendos. Ridiculi ſanè, qui rem, ſcitu non modò facilem, ſed etiam neceſſariam, ob id ſolùm quòd eam nullo labore vel ab imperito quolibet addiſci poſſe ſcirent, diſcere nunquam voluerunt. Non ſine magno mehercule & iuriſprudentiæ, & totius reipublicæ detrimento. Inde namque facti audaciores pragmatici iam alioqui per imperitiam procliuiores quàm par eſſet ad negligenda ea omnia, quæ ad meram verámque iuris ſcientiam pertinent (ſola, vt quidem arbitror, aſſequendæ eius deſperatione) adeò ſibi placent miſeri, & blandiuntur, vt quaſi nihil ſcientia conferat ad praxim, illam omnino negligant, hanc vnam ſectentur. Quæ res mirum eſt quantas in tribunalibus lites, ac potiùs tragœdias excitarit. Quemadmodum enim theoria ſine praxi aut nullius aut perexigui certe vſus eſt, ita nihil reipublicæ

Digitized by Google

pernicioſius, quàm ſi per eos, qui iura & res forenſes tractant, praxis à theoria ſeiungatur. Nam, quod iam olim Comicus dixit, Homine imperito quid iniuſtius? quid ineptius? Aut quid ad inducendos errores accommodatius, quàm ſi in reddendo iure propriam cuique animi ſententiam pro ratione ſequi, & neſcio quo æquitatis commentitiæ obtentu legibus illudere paſſim concedatur? Mos enim ſolennis ille eſt iſtiuſmodi hominum, vt ſiue deliret, ſiue recta ſentiant (quod nonnunquam, ſed caſu euenire neceſſe eſt) omnia referant ad æquitatem, quam pro arbitrio ſibi fingunt, vt magni non iuris tantùm, ſed, quod etiam in iure præcipuum eſt, æquitatis arbitri exiſtimentur. Quòd ſi ad eorum ineptias profligandas Papiniani autoritas, & quod eſt conſequens, non mera ſolùm, ſed vera etiam probáque iuris æquiſſimi ratio aliqua obiiciatur, Tum iſti nudis, quod aiunt, ridere dentibus, & ſubtilitates iſtas, aucupia, & apices dicere, vt quia nihil habent, quod commodè reſpondere poſſint, honeſtè ſaltem conticeſcant. Quorum inſcitiam ſicuti detegere facile, ita negligere expeditum eſſet, ſi non eo maximè hominum genere toto terrarum orbe tribunalium fere omnium ſubſellia vndique redundarent: quibus nihil familiarius aut antiquius eſt, quàm vt inueteratos pragmaticorum errores pro certiſſimis legibus obtrudant, à quibus in iudicando & conſulendo recedere putent non oportere. Id ego etſi ſemper moleſtè tuli, tunc tamen multò moleſtius, cùm tuis, mi Domine, imperiis Iuridici maioris dignitate apud Sebuſianos meos honeſtatus, iudicandi munere, quod in eum vſque diem hac vna potiſſimùm ratione recuſaueram, fungi cœpi. Occurrebat enim quotidie, vt vel contra pragmaticorum errores receptiſſimos iudicandum mihi eſſet, vel cum cæteris ineptiendum, & longè aliter, quàm ratio iuris ferret, pronunciandum: quorum vnum à ſolito iudiciorum more, alterum etiam à dignitate mea certe alienum videbatur. Poſteà verò quàm per triennium integrum eo munere vtcumque perfunctum me in ampliſſimi ordinis Patrem cooptarum voluiſti, fuit tantò iucundius videre grauiſſimos viros, nec minùs ingenij & eruditionis, quàm probitatis laude præſtantiſſimos.

Nullius addictos iurare in verba magiſtri

eam in iudicando rationem ſequi, quæ à iure ſcripto, Romaníſque legibus minùs abhorreret. Cur enim alienis erroribus inſeruirent ij, quibus tu, PRINCEPS INVICTISSIME, ipſius quoq; iuris tẽperandi & corrigendi ius eſſe imperaſti? quique pro ſua prudentia, & grauitate non aliter iudicare debeãt, quàm tu ipſe eſſes iudicaturus? Itaque cœpi ex eo fere tempore de tot ineptiis tandem prodendis perpendendiſque cogitare. Sed ne tamen adeò præclarum opus tam citò adgredi potuerim, fuit illud impedimento, quòd in obſeruandis cõlligendiſque in ſingulos dies ſenatuſconſultis priorem operam impendi oportuit, Senatu ipſo vel tacito ita iubente, & ætatem meam iuniorem ſatis firma valetudine ſubnixam ad id muneris obeundum compellante. Is meus erit Codex Sabaudicus, noſtrorum etiam pragmaticorum gratia, vt amicum me non hoſtem eſſe ſciant, breui, vt ſpero, in lucem proditurus. Taceo tot prioribus additos Coniecturarum mearum libros, ſtylo certe, & inſtituto longe diuerſo, ſed in eum præcipue finem comparato, vt & publicè prodeſſemus, & ſi quam in docendo iure nominis celebritatem tot labores aſſequi poſſent (quam non vulgarium Iureconſultorum adprobatio polliceri videbatur) ea faceret aliquando vt contra pragmaticos diſputantibus nobis tantò maior fides adhiberetur. Neque noſtra nos omnino fefellit opinio. Quæ enim obſcurioribus pleriſque iuris noſtri locis aut interpretandis aut emendandis cura per nos adhibita eſt, hoc ſaltem videtur aſſecuta, vt non deſint iam qui putent, Ratione non prorſus carere ſententiam, quæ nos habeat vel autores vel aſſertores. Nec ſanè ſi genio & ingenio tantùm noſtro indulgere voluiſſemus, alia vnquam ſcribendi ratio placere nobis potuiſſet. Enim verò cùm creſcente magis ac magis pragmaticorum noſtrorum imperitia ſimul & audacia, meus etiam creſceret dolor ex tot erroribus in ſuprema quoque tribunalia non

iam

Digitized by Google

iam per cuniculos vt anteà irrepentibus, ſed, quod indignius eſt, fere aperta vi irrumpentibus, non potui diutiùs cunctari, quin ad has Decades manum admouerem, Tanta equidem animi contentione, & alacritate, vt de Chiliade priùs quàm de prima Decade conſcribenda cogitarem. Adeò multa in praxi ſunt, ne dicam innumera, quæ animaduerſione indigent, & reprehenſione. Quo in ſtudio aliquot Decadibus negligenter fortaſſe magis quàm fœliciter abſolutis, etſi ad Chiliadem animus calamúſque properabat, me tamen publicarum occupationum multitudo remorata eſt, fereque omnem tam longi operis vnquam abſoluendi ſpem abſcidit, ex quo præſertim die Gebennenſium Namurcíque Duci Sereniſſ. per te licuit, vt me in Conſilij ſui Præſidem ſalua Senatoriæ dignitatis purpura è Senatu euocaret. Quid enim otij in tanta temporum difficultate, mediiſque tubarum clangoribus reliquum eſſe poſſit ei, qui totus in totam reipublicæ curam incumbere debeat, & Magiſtratum agere non Doctorem? Quare dum meliora expecto tempora, quæ ſperare nos ſingularis prudentia, & virtus tua iubet, cogitque, Viſum eſt primam hãc Chiliadis partem præmittere, non ſolùm vt quid de inſtituti mei ratione ſenſuri eſſent ij, quibus prodeſſe volui, explorarem: Verùm etiam vt ſi facere poſſem, ſanè quantum in me eſſet, Iliadem illam malorum, quæ non tam ex forenſibus iurgiis, quàm ex iuris ignoratione proficiſcitur, aliqua ſaltem ex parte profligarem. Cùm verò patronus quærendus eſſet, qui & laboranti ſuppetias ferre, & nouo operi gratiam, dignitatémque conciliare poſſet, Tu vnus, PRINCEPS INVICTISSIME, is eſſe mihi viſus es, quem eo nomine interpellare deberem. Nam ſiue me reſpicio non poſſum tibi hæc non debere, cui me natura primùm, deinde tot beneficiis teſtata in me ornando liberalitas tua debere omnia voluit, ſiue nouitatem operis intueor, & quæ in præclaris conatibus perpetua nouitatis comes eſt, inuidiam pertimeſco, alius præter te nemo eſt, ex cuius autoritate noſtris laboribus ea poſſit dignitas accedere, quæ inuidorum obtrectationes & calumnias facilè fractura ſit, vt hæc agendo nonnihil egiſſe videamur. Ac ſanè digniſſima res eſt, in quam ſeriò, quod facis, incumbas, vt iuriſprudentiam, quæ iam ferè in ſcholis tot Doctorũ quos ætas noſtra elegantiſſimos tulit, ſingulari ſtudio barbarorum ſpurcitie vindicata eſt, in tribunalibus quoque, id eſt, in hominum & rerum humanarum luce tandem aliquando ſplendeſcere videamus. Quam in rem nihil eſt quod aut facilius, aut commodius facere poſſis, quàm ſi, vt cœpiſti, ad eas dignitates quæ iudicandi munere funguntur, in ſupremo potiſſimum iſto tribunali, vbique terrarum, ſi quod vſquam aliud, & eruditionis & integritatis fama celeberrimo, illos euehas, qui veram germanamque iuris ſcientiam adprimè profeſſi, longaque rerum forenſium exercitatione exculti de ſe præſtare poſſint vt non minùs quid iudicandum, quàm quid iudicari ſolitum ſit, intelligant. Veniet tempus illud ſi benè præſentio, veniet aliquando, cùm tot Adũocatos, tot Iudices, viros alioquin graues nec ineruditos pudebit in alienis erroribus tandiu perſtitiſſe, & de clientum ſuorum fortunis omnibus, vita etiam adeóque exiſtimatione tam ſæpe ſub autoritate iuris ſcientiæ vel æquitatis imprudenter licèt potiùs quàm dolosè, iniuriã pro iure reddidiſſe. Ego ſi, quod non deſpero, aliquid in eam rem contuliſſe videbor, & ad maiora properantibus aut viam aut animũ feciſſe, mecũ planè fœliciter actum, nec malè vigilias meas collocatas eſſe arbitrabor. Sin cõſuetudinis fœdiſſimæ, vſuſque longæui tanta erit autoritas, & vſque adeò ſui valitura momẽto, vt & rationem ſuperatura ſit & leges, Hoc vno tamen me cõſolabor, quòd & Deo primũ Opt. Max. cui ſat eſt bene me voluiſſe, gratiſſimũ, ni fallor, obſequium præſtitero, & tibi, PRINCEPS SERENISS. vt ſperare audeo & debeo, munus nõ iniucundũ, licèt indignum prorſus, quod in tanto bellicarum expeditionum tumultu tibi offeratur, niſi ſic accipies, quaſi ad eam quoque curam pertinens, quam tu omnium maxime etiam inter arma tractare ſoles, id eſt, ad iuſtitiam adminiſtrãdam, ſine qua, vt te ſæpius grauiter præclaréque dicentem audire memini (digna certè vox tanto Principe:) nec armis victricibus, nec honeſta pace vnquam beari Princeps quiſquam poſſit. Bene vale, PRINCEPS INVICTISSIME, viue & vince: Dat. Necij. 8. Calend. Decemb. 1597.

IN

IN OPERIS, ET PATRIS COMMENDATIONEM,

Renatus Faber authoris Filius,

AD LECTOREM.

Fallere pragmaticos, fallíque ſolere ſciebam
Tot falli, ac toties fallere neſcieram :
Ne fallant poſthac, niſi ſi tibi gloria falli,
Fallere, vel falli neſcius ecce pater:
Si fallunt iſti, quoties non fallitur ille,
Dic mihi ne fallar, Quid benè pragmatici?

ΕΙΣ ΤΟ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ, ΚΑΙ ΤΟΥ ΠΑΤΡΟΣ
Ἐγκώμιον καὶ θαῦμα ἰδοῦ.

Πρὸς τὸν ἀναγινώσκω.

Σφάλλειν πραγματικὸς, κ' αὐτὸς σφάλλεσθ' ἀρίδηλον
Ἀλλὰ σφαλεῖν τοσαχῶς, ὥκ ἀρίδηλον ἴδω.
Μηδὲ σφάλωσ' ἴνθεν, πλὴν εἰσφάλλειν φίλον ἴσθι.
Σφάλλειν σφάλλεσθ' ἤ, ἠὲ πατὴρ ἀδαὴς.
Εἰσφάλλωσ' ἅτοι, μάτοι μὴ σφάλλεσθαι αὐτὸς
Μοὶ λέγε, μὴ σπαλθῷ, Εὖ τίνα πραγματικοὶ;

FRANCISCVS FABER ANT. FRATER.

Pragmaticos olim variis erroribus actos,
In portu reduces dum cupis eſſe Faber
Pragmaticos video variis erroribus ictos
Spernere quam referas arte docente viam:
Pragmaticos etenim variis erroribus aptos
Credere quis poterit ſubdere velle manus?
Vellem pragmaticos iſtis erroribus arctos
Haud aliis poſthac poſſe nocere locis.

INDEX

Digitized by Google

INDEX LEGVM SEV TEXTVVM
Iuris in hoc opere declaratorum, aut emendatorum.

Ex Inſtitutionibus.

Itulus, Quib, non eſt permiſſum fac. teſt. in pr. verſ. Itaque. p.856.n.6
Tit. de pupill. ſubſtit 587.9
§. ſi rem ſuam, de legat. 954.16
§. placebat, de legit. agnat. ſucceſſ. 491.5.*& ſeq.*
Tit. de empt. & vendit. in pr. 933.22
L. inter omnes, 12. D. qui ſatiſd. cog. 528.13
l. vlt. de eo per quem fact. 730.3
l. ſi tibi decem, 17. §, ſi quis paciſcatur, 3. & §. ſi pactus, 4. de pact. 612.4 *&* 5
l. herede 21, § nos autem, eod. ibid. 7. & ibid. 11
l. in cauſe, 27. §. vltim. de procurator. 969.16
l. ſi pupilli, 6. §. ſed & ſi quis, 3. D. de neg. geſt. 637.9
l. ſi ego, 24. eod. 970.5
l. quod ſi minor, 24. §. Scaeuola, 2. de minorib. 542.7
l. ſed etſi, 28. §. vlt. de indic. 1028.1
l. non eſt enim, 4. de inoffic. teſt. 739.10.*& ſeqq.*
l. et iam, 11. eod. 924. 928.16
l. pater filium, 14. eod. 473.14
l. ſi non mortis, 25. eod. 779. 1. *& ſeqq.*
l. ſi is qui 31. eod. 473.8.*&* 13
l. item veniunt, 20. §. prater hac, De petit. hered. 741.9.*& ibid.* 1.
l. plane 38. eod. 401,16.404.6
l. ſi ex plurib. 2. ſi pars her. pet. 1025.8
l. illud, 5. §. 1. eod. 1027.14
l. ſumptus 48. De rei vindic. 406.21
l. ait prætor, 1. De Public. in rem act. 908.7 *& ſeqq.*
l. vel mortis, 2. eod. *ibid. 4. & ſeqq.*
l. ſi Titio, 33. §. 1. De vſufruct. 1044.7
l. idem Neratius, 3. in pr. de vſufr. adcreſ. 436.45
l. interdum 10. eod. 1011.5.*&* 1044.9
l. ſi partem. 19. §. D. quemad. ſeruitut. amitt. 988.5
l. ſi fi. in, 20. §. ſi paterfam. creiſc. 824.1. *ſeqq.*
l. Pomponius Philadelphus, 35. eod. 787.1.*& ſeqq.*
l. qui familiæ, 37. eod. 680.8
l. quæ pater, 50. eod. 804.3
l. ſi filius, 12. de interr. in iur. fac. 562.25
l. ſi & me & Titium, 32. de reb. cred. 404.13
l. 3. §. vlt. de condict. cauſ. dat. 382.15
l. qui exceptionem, 40. §. 1. de condict. indeb. 405.27.406.1
l. Publia, 26. depoſiti. 985.9
l. cum duobus, 52. §. idem Papinianus. 8. pro ſcoio. 829.11
l. 2. §. de hered. vel act. vendit. 1040.4
l. ad res donat. m, 62. de ædil. ed. 934.4
l. ſi ego, 9. §. ſi res, 1. de iur. dot, 918.3
l. pater, 23. de pact. dotalib. 616.15
l. cùm maritus, 29. §. vlt. eod. 978.7
l. ſed interim, 11. de donat. inter vir. & vx. 941.3.*& 4*
l. ſed ſi mors, 13. §. 1. eod. 943.7.*& ſeqq. &* 941.2
l. ſi is ſeruus, 20. eod. 674.14.*&* 950.15.
l. vxori, 22. eod. 950.16
l. Papinianus, 23. eod. 819.6
l. cùm hic ſtatus, 31. ſi maritus, eod. 943.8,*&* 955.4.*& ſeqq.* 956.8
& §. ſiue autem, 23. eod. 819.2.*& ſeq.*
l. ſi ſtipulat 1, 33. in pr. eod. 2. *ibid. & ſeq.*
l. inter, 43. eod. 944.16
l. mortis. 53. eod. 939.10
l. ſi quod mihi. 56. 938.5
l. qui ventri, 2. de inſpic. ventr. 598.4
l. 1. §. 1. de tutel. & rat. diſtr. 961.8
l. qui teſtamento, 20. §. vlt. qui Teſtam. fac poſſ. 728.14
l. ex ea ſcriptura, 29. eod. 663.3
l. ſi filius, 7. de liber & poſt. 706.8
l. ſi filius heres, 16. eod. 582.2.*& ſeqq. &* 510.2
l. Titius, 25. §. 1. eod. 607.11
l. Gallus, 29. eod. 517.9
d. l. §. in omnibus. 388.6
d. l. §. & quid ſi tantum. 606.8.9
l. 2. de iniuſt. rupt. 697.2.*&* 698.8
l. filio, 17. eod. 706.9
l. 1. § ſed conſultò, de his quæ in teſt. del. 762.2
l. 3. in fin. eod. 768.4
l. vlt. eod. 683.5
l, 2. in fin. de hered. inſt. 668.1.*& ſeqq.*
l. quoties, 9. § tantundem, eod. 665.3.*& ſeqq.*
l. ité quod, Sabinus, 17. §. vnde idem, eod. 1008.11
l, hoc articulo, 29. eod. 670.16
l. cùm in teſtamento, 37. eod. 389.9
l. ſi paterfamilias, 40. eod. 608.2
l. ſeruus vxori, 76. eod. 900.6
l. ſi ita quis, 82. eod. 753.18
l. vlt. eod. 751.3

Digitized by Google

Index Legum

l.iam hoc iure, 4.de vulg.& pup.ſubſt. p.586.n.1. & ſeqq.627.8.
l.ſed ſi plures, 10.§.1.eod. 574.4
l.ſi filius, 12.eod. 550.1.& ſeqq.556.6
l.ſi quis eum, 16.§.vlt.eod. 388.1.4
l.ſi pater, 26.eod. 594.13
l.lex Cornelia, 28.eod. 598.13
l.in ſubſtitutione, 31.eod.
l.ſi mater, 33.§.vlt.eod. 388.7
l.vel ſingulis, 37.eod. 383.1.& ſeqq.
l.Lucius, 45.eod. 603.11.& 12
l.qui habebat, 47.eod. 53[illegible].10
l.vlt.de cond.inſtit. 583.10
l.8.§.vlt.eod. 560.11
l.3.de teſtam.milit. 692.9
l.qui iure, 7.eod. 671.17.& 672.22.23
l.idem eſt, 13.§.vlt.eod. 593.10
l.militis, 36.§.veteranus, eod. 763.28 & *ibid.& ſeqq.*
l.miles ita, 41.eod. 514.4
l.ſi quis filiumfam.7.de acq.vel omitt.her. 638.8
§.1.d.l. 635.3.& ſeqq.
§.vlt.d.l. 483.25
l.cùm quidam, 30.§.ſuum heredem, eod. 1015. 17.
l.quæſitum, 40.eod. 545.& 571.1.& ſeqq.
l. Iulianus, 42. eod. 564. 1. & ſeqq. 567.1. & ſeqq.
l.cùm hereditate, 55.eod. 1052. 17. 1053. 1. & ſeqq.
l.56.eod. 1052.17
l.qui patri, 59.eod. 545.2.547.1.& ſeqq.& 550.1. & ſeqq.
l.ſi totam, 83.eod. 1041.6
l.pen.eod. 1052.15
l.vlt.eod. ibid.16
l.1 §.ſi proponatur, ſi quis omiſſ.cauſ.teſt. 579.17
d.l.§.qui ſunt in poteſtate. ibid.3
l.ſi quis, 8.eod. 381.2.& ſeqq.
l.1 & 2.ſi quis aliq.teſt.prob. 730.7.8.734.& 735.10.
l.Diui, 6.§.licet, de iur.codicill. 692.10.& 716.2. & ſeqq.
l.conficiuntur, 8.§.vlt.eod. 718.5
l.ſi mihi & tibi, 12.§.in legat de lega.1. 712.5
l.ſi ita ſit adſcriptum, 14.eod. 714.20
l.ſi duobus, 16.in pr.eod. 1012.7.& ſeqq.
l.ſi duobus, 16.§.vlt. 1013.1.& ſeqq.
l.ſi pluribus, 33.eod. 1036.12
l.planè, 34.§.ſi coniunctim.eod. 1011.6.1022.4
l.planè ſi filium, 94.in pr.eod. 548.14
d.l.§.1. 730.3
l.& Proculo, 20.de legat.2. 1010.9
l.Mæuio.41.in pr.eod. 1020.1.& ſeqq.
l.cùm proponebatur, 64.eod. 385.23
l.cùm pater, 77.§.Mæuio.6.eod. 963.1.& ſeqq.
d.l.§.pater filiæ, 17.eod. 817.9
d.l.§.pater plurib.21.eod. 961.1.& ſeq.
d.l.§.filius matrem, 23.eod. p.746.n.9
d.l.§.donationis, 26.eod. 853.8
d.l.§.cùm inter, 28.eod. 455.10
l.vlt.in pr.eod. 695.10.& 718.1.& ſeqq.
l.ſi deportari, ſeruo 7.de leg.3. 946.6
l.fideicommiſſa 11.§.cùm eſſet, eod. 383.17
l.ſiquis in principio, 22.eod. 710.7.712.2.& ſeqq. 716.14.
l.cùm quis decedens, 37.§.nuptura, eod. 915.10.
l.pater filium, 38.§.filiam, eod. 1015.1.& ſeqq.
d.l.§.pen. 469.5
l.vxorem.41.§.vlt.eod. 393.14
l.re coniuncti, 89.eod. 1016.& ſeqq.
l.antepen.eod. 956.9
l.3.& 5.de legat.præſt. 1059.8
l.ſi alij, 19.de vſu & vſufr.legat. 829.13
l.Seia cùm nubere, 11.de dot.præleg. 915.10
l.denique, 8.§.interdum de pecul.legat. 390.19
l.vlt.eod. 827.8.& 11
l.legata, 9.de ſupell.legat. 1116.9
l.virum, 7.de rebus dub. 1013.2
l.cùm quæritur.26.eod. 915.7
l.poſt legatum, §. qui mortis, 17.de his quæ vt indign.auf. 927.21
l.cùm quidam, 12.eod. 735.15
l.cùm tabulis, 16.in pr.eod. 928.24
l.in conditionibus, 16.§. ſi patronus, de condit.& dem. 581.7
l.hac ſcriptura, 26.§.1.eod. 1044.8
l.mulieri, 74.eod. 914.4.& ſeqq.
l.cùm annus, 102.eod. 541.4
l.à teſtatore, 109.eod. 532.27
l.quod bonis, 15.in pr.ad leg.fal. 896.12
l.in ratione, 30.§.tametſi, eod. 383.17
l.qui fundum, 87.§.vlt.eod. 600.4
l.1.§.ſed & quoties, ad SC.Treb. 1028.8
l.apud Iulianum, 11.§.idem Iulianus, eod. 544.18. 554.12.
d.l.§.vtrum. 530.11
l.cogi.§.idem Macianus, eod. 531.15
l.heres, 21.eod. 406.3
l.quidam, 25.eod. 533.24.25
l.ita tamen, 27.§.qui ſuſpectam, eod. 565.8
l.Balliſta, 32.eod. 984.6
l.ſi eius, 34.eod. 535.8.9
l.Papinianus, 43.eod. 1038.9
l.poſtulante, 44.eod. 531.13.14
l.Seius, 46.eod. 532.22
l.heredes mei, 57.eod. 539.16
d.l.§.cùm ita. 391.6
l.qui filium, 74.in pr.eod. 395.32
l.epiſtolam, §.vlt.eod. 393.17
l.Scæuola, 76.eod. 603.13
l.Lucius.78.§.qua habeat, eod. 1009.6
l.ſed cùm patrono, 6. de bonor. poſſeſſ. 1046.5.& ſeqq.
l.3.§.ſi emancipatus, 5.de bon.poſſ.cont.tabul. 470. 9.& 477.1.

l.ſi

Digitized by Google

l.ſi duobus, 12.§.*ſi prius*,1.*eod*.698.1.& 705.8.& 702.1.& *ſeqq*.
l.ſed ſub conditione, 18. §.1. *eod*. 924.7. 926. 14.
l.filium,20.*eod*. 790.9
*l.*1.§.*ibidem*,*de collat.bon*. 739.6
d.l.§.*nec caſtrenſe*,*eod*. 808.6
l.ſi filius,10.*eod*. 789.5.& 790.8
l.pater filium,6.*de collat. dot*. 789.4.& 790.7
l.nec ipſa,7.*eod*. 789.4.& 790.7
l.pen.§.*vlt.de bon.poſſ.ſecund.tab*.760.9.& *ſeqq*. *ibid*.8.
l.ſi ita ſtipulatio,39.*de oper.libert*. 498.10
l.ſcripto,7.*ſi tab.teſt.ext.vnde liber*. 497.23
*l.*1.§.*ſi nemo*, & §. *ſi quis adita.ad SC.Tertyllian*. 421.17.& *ſeqq*.
*l.*2.*eod*. 426.1.& *ſeqq*.
*l.*2.*ſi ſit conſanguinea eo*. 437,6.& 10
d.l.§.*vlt*. 444.12.& 470.10
l.filij,6.§.1.*eod*. 421.16.& *ſeqq*.
l.in ſuſpenſo,8.*eod*. *ibid*.16
l.vlt.§.*in pendenti*,*eod*. 420.12.& *ſeqq*.
*l.*2.§.*ſi pecuniam*, *de donationib*. 973.16.& 12
d.l §.*ſed ſi quis*,6.*eod*. *ibid*.12
d.l.§.*vlt*. 933.3.& *ſeqq*.
l.filiusfam.7.§.*pari autem*,*eod*. 850.15
d.l.§.*vlt*. 854.1.& *ſeqq*.
l.ſi alienam,13.*in fin.de mort.cauſ.donat*. 912.10
l.Marcellus,15.*eod*. 1001.4
l.tam is,25.*eod*. 848.15.& 850.1.& *ſeqq*.
l.vbi ita donatur,27.*eod*. 912.12
l.ſi mortis,29.*eod*. 909.4
l.qui mortis 30.*eod*. 981.13
l.mortis cauſa 34.*eod*. 915.8.9
l.ſenatus 35.§.*mortis cauſa*,*eod*. 912.10
l.illud generaliter 37.*eod*. 834.23
l.ſi mortis 40.*eod*. 948.1.& 949.10
l. Seia 42.*in pr*.
l.in teſtamento 38.*de fideicomm.libert*. 662.9.& 10.11.& *ſeqq*.
l. Antoninus 42.*eod*. 593.12
*l.*1.*qui ſine manum.ad liber. per*. 919.2.& *ſeqq*. & 912.7.& *ſeqq*.
l.ſi procurator 13.*de acq.rer.do*. 971.9
l.quod fructuarius 49.*eod*. 827.7
l.ea quæ ciuiliter 53.*eod*. 975.6
l.res ex mandatu 59.*eod*. 971.9
l.ſi ſeruus 34.*de vſucap*. 732.6
*l.*2.*pro hered*. 816.2.576.12.& 818.4.& *ſeqq*.
*l.*1.§.*pro donat*. 816.1.& *ſeqq*.
§.*vlt.eiuſd.l*. 818.6
l.paterfamilias,28.*de rebus aut.iudic. poſſid*. 950. 1.& 554.13.& *ſeqq*.
l. omnes debitores,17.§.*Lucius*, *quæ in fraud. creditor*. 997.8
*l.*4.§.*aduerſus de dol.mal.except*. 616.9
*l.*17.§.*anus*,*eod*. 389.11
l.in omnibus rebus,55.*de obligat.& act*. 965.3
*l.*1.§.*inter*,*ad leg.Cornel.de falſ*. 724.15
l.quod ſi filius,11.*de Capt. & poſtl.reuerſ*. 597.7. & *ſeqq*.
l.triplici 142.*de verb.ſig*. 1008.11
l.virilis,145.*eod*. 1014.5.1016.5
*l.*4.*D.de iuriſd*. 124.12
l.ſi reus.73.*D.de procura*. 294.9
l.in cauſſa.13.§.*interdum*.*D.de minorib*. 74.7.& 76.4.
l.in cauſſa.13.§.*interdum*.*D.eod*.76.4.77.5.81.9. & §.*idem Pomponius*,*D.eod*. 105.7
l.ſi in emptionem.35.*D.eod*. 312.3
l.Æmilius.38.*D.eod*. 353.2.& *ſeqq*.
l.cum miles,30.*D.ex quibus cauſ. maior*. 57.8
l.venditor.46.*D.de iudic*. 74.5
l.Papinianus.8.§.*vnde ſi quis*.*D.de inoff.teſt*. 139. 12.& §.*ſi quis impubes*. *ibid*.
l.cùm mater.28.*D.de inoff.teſt*. 269.5
l.ſi nauis.62.*D.de rei vindic*. 130.11
l.qui reſtituere.68.*D.eod*. 235.5.& 238.2
*l.*1.*D.ſi ag.vectig*. 333.8
l.dominus.*D.de vſufr*. 321.6
l.pennlt.D.fam.erciſc. 130.4
l.vlt.D.de interr.in iur.fac. 30.10.& *ſeqq*.
*l.*1.*D.de iureiurand*. 246.7
l.admonendi.31.*eod*. *ibid*.
l.numis 3.*D.de in lit.iur*. 231.5.& *ſeqq*.
*l.*4.§.*iurare*.*D.de in lit.iurand*. 243.2
l.in actionibus.5.§.*planè*.*D.de in lit.iuran*. 230.5
l.cùm furti.9.*D.de in lit.iurand*. 226.5
l.dominus.53.*D.de cond.indeb*. 319.9
l.in re furtiua. 8.§.1. *D.de cond. furt*. 221.1. & *ſeqq*.
l.pennlt.D.de cond.triticaria. 219.7
l.vlt.D.eod. 218.7
l.vlt.D.de condict.triticar. 216.4
*l.*3.§.*in hac.D.Commodat*. 226.1.& *ſeqq*.228.17. & 208.1.& 216.5.
l.quamuis.6.*D.de pign.act*. 8.17
l.ſi cùm venderet.13.*D.eod*.300.3.& *ſeqq*.303.2 & *ſeqq*.
l.vlt.§.*ſi in ea conditione*. *D. ad l. Rhod. de iact*. 244.5.
l.cùm debitor.8.*D.in quib.cauſ.pign.vel hypoth*. 109.4.& *ſeqq*.
l.ſi creditor.7.§.*vlt*.*D.de diſtract*. 325.5
l.ei apud quem.53.*in pr*.*D.de depoſ*. 229.3
l.ſi mandatu.59.*D.de manda*. 108.3
l.vlt.D.de contrah.empt. 277.2
*l.*4.§.*ſed & Marcellus*.*D. de in diem add*. 309. 16.19.
l.ſi fundus.4.§.*ſed quod*.*D.de leg.commiſſ*. 356. 13.
*l.*4.§.*vlt*.*D.de leg.commiſſ*. 343.11
*l.*3.§.*cùm per venditorem*.*D.de act. empt*. 121.3
l.ſi ea res.31.§.*vlt*.*D.de act.empt*. 336.15
l.item ſi pretio.22.§.1.*D.locat*. 105.7
l.& ideo.23.*D.locat*. 97.8

Digitized by Google

Index Legum

l.si fũdus,16.§.si duo D.de pign.p.282.n.2.& seqq.
l.si fundus, 16. §. in vindicatione. D. de pignor. 234.4.& 280.4
l.si fundus, 16. §.vlt.D.de pignor. 273.4
l.si inter.21.§.vlt.D de pignor. 234.3
l.lex vectigali:31.D.de pig. 310.21.& 306.5
l.Titius.34.D.de pign.act. 271.14
l.post divisionem,3. D.qui pot. in pign.hab. 323.3
l.cùm secundus.5.§.1.D.de distract.pign. 108.3
l.si servum,21.D.de evict. 106.5
l.cum quidam,17.§.vlt.D. de vsur. 117.7
l.vsura.34.D.de vsur. 130.10
l.lite.35.D de vsur. ibid.9
l.si filiofamilias.25,§.vlt.D.sol.matrimon. 326.3
l.1. D.rer.amotar. 224.13
l.penult.D.rer.amot. ibid.9
l.sutor pro pupillo, 28. §.1. D. de adm. & per.tut. 294.3
l.si posthumus, 14.D.de liber.& posthum. 203.16
l filio preterito,17.de iniust.rupt. & irr.fac.test. 161.7
l.filio preterito,17. de iniust.rupt.& irr. 263.5
l. pen de iniust.rupt. 203.16
l.1.§.si ex fundo.D.de her.instit. 197.6
l.quoties,9.§.si duo. D. de hered. institut. 202.14
l.C.D.de her.instit. 197.7
l.ex facto,39.D.de her. instit. 203.4
l. si ita quis,74.D.de hered.instituend. 200.4
l.vlt.D.de her.instit. 269.4
l.si plures,10.§.filio impuberi, D. de vulg. & pup. substit. 129.4
l. si de eo,§. D.de acq. her. 54.5
l.ab intestato,16. D.de iur.codicill. 266.7
l.Titia,87. §.vsuras,D.de legat.2. 152.12
l.cùm annis,102. D.de cond. & demonstr. 270. 1 & seqq.
l.computationi.aliàs l.hereditatum. D. ad l.Falcid. 116,5
l.cum quo,56.§.vlt.D.ad l.Falcid. 164.12
l.si quis priore,29.D.ad SC.Trebell.200.5.& seqq.
l.1.§.si parens,D.si à par.manum.quis fuer.181.6
l.1. §.sed si emerit. D.si quid in fraud.patr.99.5. & 104.8
l.1.§.sed videndum. D. de success.edict. 40.15
l. si finita § Iulianus,D.de damn. infect. 124.9. & seqq.
l. in diem.8.D.de aq.plun.arc. 306.10
l. quæsitum, 40. D. de acquirend.rer. dom. 131.5
l.si de eo 40.in pr.D.de acq.possess. 45.11
l.si de eo,§.1.D. de acq.poss. ibid.15
l.1.§.præterea sciendum. D.de separat. 19.10
l.si alius.7.§.est alia.D.quod vi aut clàm. 245.6
l.Semper. 15. sed quod interfuit. D. quod vi aut clàm. 241.6
l.3.D.de except. 347.10
l.à Divo Pio.15. D.de re iudic. 129.3
l.cùm quis.22. D.de oblig.& act. 216.4
l. si quis cum aliter. 36. D. de verb. oblig. 12.11. & 13.24.
l.Quoties.59.D.de verb.oblig. p.213.n.5.& seqq.
l.quoties.59.D.de verb.oblig. 210.5
l.puberes.101.D. de verb.oblig. 73.4
l.Calippo.45.D.de solut. 275.15
l.2.§. quæsitum. D. de priuat. delict. 222.7. & 13. 14.
l.si qui mihi.28.D.de iur.fisc. 64.5
l.Moschis.47. D.de iur.fisci. 61.7
l.cura. 4. §. deficientium. D. de muner. & honor. 165. 19.
l.hæc verba.23.D.de verb.sign. 82. 13

Ex Codice.

l.1. de pactis. 391.1
l.licet.19.eod. 999.9
l.nihil interest. 5.de eo quod met.caus. 732.6
l.vlt. de his qui veniam æt. impet. 663.12
l.2. si minor se ab her.abst. 560.8
l.omnimodo,30. §.imputari, de inoffic. test. 808.6. & seqq.
l.quoniam. 32.eod. 678.11
l.si quis filium. 14. eod. 470.7.475.32. & 474.26 & ibid.22.& seqq.
l.si quando 35. 9. & generaliter.eod. 822.2
l.2.de inoffic.donationis. 823.7
l.2. C.de rei vindic. 404.14.& seqq.
l.certum. 3.C.fam.erciscæ. 813.3
l.fily.6.eod 695.17. Auth.si modò.eod. 650.9
l.filia.18.eod. 709.2.& seqq.& 826.5
l.vlt.eod.649.& seqq.653. 5.671. 11.680.7.& seqq.682.6.
l.pen.C.de condict. ob caus.dat. 934.4
l.contractus.17.de fide instr. 932.21
l.1.quand.liceat ab empt.discæ. ibid.16
l.6.C.de pact.int.empt. & vendit. 431.4
l.1.si mancip.ita fuerit alien. 986.2
l.vlt.de dot. promiss. 797 5
l.2.C.de iur.dot. 954.19
l.2.de dot.caut.non num. 819.4.& seq.
l.res vxoris,24.de don.int. vir. & vx. 947. 5.& 944.6.5.
l. donationes. 25. eod. 819.1.& seqq. 815. 10 816.6.
l.vlt.de confirm.tut. 657.5
l.2,C. vnde liberi. 576.19
l.qui patris,vlt.eod. 485.1.& seqq.481.1. & seq. 495.27.
l.dotis quidem.5.de collat. 828.5
l.si emancipati.9.eod. 775.15
l.à patre.10.eod. 778.7.& seq.
l.si donatione.13.eod. 769.2.& seqq.
l.si maritus.14.eod. 828.4
l.filiam.16.eod. 778.7.& seqq.
l.vt liberis.17.eod. 786. 1.& seqq.793.10
l.illud.20.in pr. eod. 808.6.& seqq.
l.illud.20.in fin. 773.7.& seqq.& 780. 11.787.9. 821.4.823.2.
Auth. ex testamento.eod. 778.11
l.vlt.

Digitized by Google

l.vlt.eod. 828. 1.*& ſeqq.*829.9.*& ſeqq.*
l.ſicut certi, cum ſeq. de teſt.milit. 471.17
l.quoniam indign. 15.*de teſtam.* 390. 21.*& ſeqq.* 633.16.
*l.hac conſultiſſima.*21. 654.6.656.19
*d.l.§.ex imperfecto,§.vlt.*649.1.*ſeqq.*685.13.697 4.*& ſeqq.* 707.7.746.7.
*l.ſancimus,*25.*eod.* 726.8.746.8
*l.cùm antiquitas,*28.*eod.* 892.17
l.iubemus, 29. *eod.* 692.11
*l.noſtram, pen. eod.*759. 3. *Auth. quod ſine, eod.* 694.18
Auth.hoc inter liberos eod. 686.1.*& ſeq.*
l.generaliter , §. cùm autem de inſtit. & ſubſtit. 627.9
l.pen. eod. 665.2.*& ſeqq.*
l.vlt.eod. 601.603.10
*l. precibus,*8.*de impub.& al.ſubſtit.* 603. 9
*l.pen.§.videlicet,de neceſſ. her.inſt.*12. 384.6
*l.*3.*de iur.deliber.* 554.10.*&* 639.15
l.cùm antiquioribus. 19.*eod.* 635.1. *& ſeqq*
*l.*1.*de his quibus vt indign.* 741. 1. *& ſeqq.*
*l.*3.*C. de legat.* 953.12.*&* 954. 18
*l.cùm quidam,*4.*de verb. & rer.ſign.* 1009.7
*l.*3.*de fideicommiſſ.* 532.23
*l.& in epiſtola,*22.*eod.* 652.9
*l.*1.§.*vlt.commun.de legat.* 1001.7.*& ſeqq.*
*l.iubemus,*6.*ad SC.Trebell.* 392.11
l.ſancimus,pen.eod. 535.10
l.vnica,de Caduc.tollen, 1004,8,9
d.l.§.pro ſecundo. 536,16,17
d.l.§.vbi autẽ legatarij, 1033,3.*& ſeq.*1045.15
d.l.§.cùm autem. 637.1.*& ſeqq.*
l.vnic.de his qui aut.ap.tab. 634,1,643,1,646.1. *& ſeqq.*
*l.defunctis,*6.*de legit.hered.* 490.1.*& ſeqq.*
*l.cum oportet,*6.*de bon.quæ liber.* 807,10
l.vlt.de bon.quæ lib. 397.24
§. ſui autem,d.l. 610,15,16
*l.*2.*de vſucap.pro hered.*574. 10,11
*l.*1.*quorum legator.* 900,4.901,9
*l.ſi quis in emancipatũ,*26,*de donationib.* 968.11
*l.ſi quis argentum,*35.§. *ſed ſiquidem,* §. *pen.*892. 19, 897,7,893,2,*& ſeqq.* 970.3.987.5
*l.*1.*de dona.quæ ſub mod.* 980.6
*l.*3.*eod.* 979.1.*& ſeqq.*
*l.perfecta,*4.*eod.* 992.1.*& ſeqq.*
*l.*1.*C.de donat.cauſ.mprt.* 935.10
l.vlt.eod. 859, 90,1000,1
*l.*1.*de infant.expoſit.* 408.21
*l.quoties,*2.*C.de precib.Imp.offer.* 339.4.344.13. 227.1. *& ſeqq.*
*l. vniverſa,*4.*C.de precib.Imp.off.* 347.5
l.vlt C.de pact. 149.9.*& ſeqq.*
*l.*1.*Cod. de dol.* 106.4.*& ſeqq.*107.1.*& ſeqq.*
*l.ſi ſuperſtite.*5.*C.de dol.* 13.12
*l.ſi ſuperſtite,*5.*C.de dol.* 120,11
l.vltim.C.qui & adu. quos in integr.teſt. non poſſ. 121.16
*l.*2.*C.vbi & apud quem & cognit.in integ.reſtit' ag.* 79.1.*& ſeqq.*
l.vlt. C.ſi maior. fact. al. fact. fin. decr.rat. hab' 171.4
*l.*1.*C.vbi in rem act.exerc,debeat.* 74.7
*l.*3.*C.de inoff.teſt.* 136.1
*l.*30.*C.de inoff.teſtam.* 186.4
*l.quoniam in prioribus,*32.*C.de inoff.teſt.* 187.1
*l.ſi quando,§.& generaliter,C.de inoff.teſt.*151.8
*l.ſcimus,§.repletionem. C.de inoff. teſt.*192.4
l.vlt.§.cum autem.C.de inoff.teſt. 191.6
*l.maioribus,*3.*C.commun.vtr.indic,*83.9. *& ſeqq.*
l. Maioribus, 3. *C. commun. vtr. indic.* 90,17,*&* *ſeqq.*94.3
*l.*1.*C.de reb.credit.& iureiur.* 252.6.254.14
*l.*3.*C.de iureiur.* 247.9
*l.generaliter,*12.*C.de reb.cred.& iureiur.ibid.*11. *&* 247.1.*& ſeqq.*
l. vlt.C.de reb.credit. 252.5.*& ſeqq.*
*l.ſi pro mutua,*8.*C.ſi cert.petat.* 118.16
l.ſi ea pactione 14.*C.de vſur.* 110.11
*l.eos,*26.*C.de vſur.* 117.8.9
*l.hereditas,*5.*C.de pact.conu.tam ſup.dot.* 175.6
Titul.Cod.de reſcind.vendit. 84.20
*l.*2.*C.de reſcind.vendit.* 83.8
*l.*2.*Cod.de reſcind.vendition.* 99.1.*& ſeqq.*
*l.*2.*C.de reſcind.vend.* 87.2.*& ſeqq.*
*l.*2.*C.de reſcind.vend.* 84.1.*& ſeqq.*
*l.ſi voluntate,*8.*C.de reſcind.vend.* 83.15
*l.ſi quos,*16.*C.de reſcind.vend.* 128.4
l.ſi quis conductionis,C.de locat. 68.1.*& ſeqq.*
*l.*2.*C. de pact.inr.vend.& emptor.*287.3.*& ſeqq.*
*l.*2.*Cod.de pact.inter emptor.& vendit.* 118.1
l.initio, 5. *C.de pact.int. empt.& vendit.* 131.16
l.ſi à te 7.*C.de pact.int.empt.& vend.* 298.6
*l.ſi à te,*7.*C.de pact.int. empt. & vendit.* 343. 1. *& ſeqq.*
*l.in rebus,*30.*C.de iur.dot.* 327.5
*l.ſi circumſcripta,*6.*C.ſolut.matrim.* 98.11
*l.*1.*C.de vſur.pupill.* 119.10
l.vlt.C.d pact.conu.tam ſup.dot. 64.7,8
l.ſi Titius 16.*C.de condit.inſtit.* 201.1,3
*l.licet,*8.*C.de iur. deliber.* 48.17
l.vlt.C.de iur.deliber. 17.1.*& ſeqq.*
l.vlt.§.in computatione,C.de iur.delib. 22.10.11
l.vlt.§.ſin autem,C.de bon.quæ lib. 35.10
*l.*1.*C.de præſcript.*30.*vel* 40.*annor.* 128.4
*l.ſicut,*3.*C.de præſcript.* 30.*vel* 40. *annor.*40.21
*l.iubemus,*6.*C.ad SC.Trebel.*276.1.*& ſeqq.*136.1. *& ſeqq.*
*l.*2.*C.ad SC. Trebell.* 144.9
l.vlt.C,de acq.poſſ. 47.1.*& ſeqq.*
l.vlt.de acq.poſſeſſ. 45.6,7
l.vlt.C.de acq.poſſeſſ. 43.1. *& ſeqq.*
l.vlt.C.de acq.poſſeſſ. 50.3
*l.creditores,*3.*C.de pign.* 324.4
*l.*2.*C.de pret.pign.* 129.2
l.vlt.C.de pact.pign. 272.11.*& ſeqq.*
*l.ſi in hoc.*14,*C.de diſtract.pign.* 11.14

Digitized by Google

l.pro debito,6.C.de bon.aut iudic.possid. p.8.n.14
l.vnic.C.de iur.dom.impetr. 113.1.*& seqq.*
Titulus Cod. Creditorem euictionem pignoris non debere. 15.1.*& seqq.*
Tit. Cod. etiam ob Chirogr. pec.pignor.rer.possess. 68.7
Titulus C.etiam ob Chirograph. pecun.pign. retineri posse. 15.1.*& seqq.*
l.2.C.si antiq.cred.pign.vend. 10.8
l.si vt proponis.4.C.de de adific.priuat. 117.10
l.meminerint.6.§.1.C.vnde vi. 44,11
l.si quando,9.C.vnde vi. 242.1
l.vlt.C.qui bon. ced.poss. 347.4
l.3.C.de iur.fisc. 128.4
l.2.C.de fid.& iur.hast.fisc. *ibid.5.& 8*

Ex Nouell.

Nouell.1.de hered.& falcid.§. si verò non fecerit. 23.9. *& 10*
Nou.1. 136.3.*& seqq.*
Nou.18.de trient.& semiss. 195.7
Nou.39.de restitut.& ea quæ par. 260.4
Nou.115.vt cum de appellat.§.aliud quoque cap. 262.1.*& seqq.*
*Nou.115.vt cum de appell.§.aliud quoque capitulum.*181.2.*& seqq.*
Nou.115. *p.207.11*
Nou.136. 117.9
Leonis constitutio.19: 174.4
Nou.1.de hered.& falcid.p.535.n.11.p.624.n.6.9 & 11.
Nou.7.§.emphyteusin. 619.3
Nou.18.de trient. & semiss.§.illud. 778.5.*&* 11
Nou.39. 678.11.12
Nou.107.de testam.imperfect. 649. 1. *& seqq.* 654.7. 656.12. 680.9. 684. 6. 686.1. *& seqq.* 694.18. 19
Nouell.115.§. aliud quoque capitulum, 751.4.5. *& seqq.*
ead.Nou.cap.3.§.causa. 479.20
*Nou. 118. de hered. ab intestat.veniens.*843.13. *&* 855.2
Nou.119.§. quia verò,vt sponsal.largit. 693.14

Ex Instit.

§.nunc admonendi. Instit. quib. alien. lic.vel non. 132.11
§.sed quia.Inst.de fid.hered. 144.10

Ex iure Canonico.

Can. redintegranda.3.quæst.1. p.87.n.2.& seqq.
Cap.Constitutus. De in integr.restit.in 6. 83.15
Cap.significante. extr.de pignorib. 281.5
Cap.cùm dilecti:X. de donat. 993.5

Sentent. Pauli ICti.

Lib.5.sent.tit.11.de donat.§.1. pag.837.n.5.& sequent.

INDEX

INDEX CAPITVM SEV ERRORVM.

DECADIS I.

Error I. DE tacita hypotheca ex chirographo agnito vel denegato. pag. 1
II. De vſuris chirographariis. 4
III. De hypotheca per chirographum expreſſim conſtituta. 6
IV. De offerendi iure quod poſteriori creditori competit aduerſus creditorem. 7
V. De pignoris venditione facta per creditorem iure debitoris. 8
VI. De iterata pignoris venditione. 9
VII. De dolo in re ipſa & dolo ex propoſito. 11
VIII. Si in venditione pignoris per creditorem facta iure creditoris enormiſſima, vt vocant, læſio interuenerit. 13
IX. De iure pignoris etiam ob chirographariam pecuniam retinendi. 15
X. Si creditor de pignoris euictione conueniatur. ibid.

DECADIS II.

Error I. De Pecunia penes eum depoſita, qui heredem reliquit cum beneficio legis & inuentarij. 17
II. De Separatione ex edicto prætoris impetranda. 18
III. De Curatore dando hereditati tanquam iacenti, quæ agnita eſt cum beneficio legis & inuentarij. 19
IV. De Iurium ſingularium & vniuerſalium cõfuſione quæ fit per additionẽ hæreditatis. 21
V. De Herede qui dolo malo verſatus eſt in hereditate, cuius inuentarium fecit. 22
VI. De Herede qui res hereditarias contrectauit ante imploratum beneficium inuentarij. 24
VII. De beneficio inuentarij per eum agnito qui nondum certus eſt ex quo iure ſibi deferatur hereditas. 26
VIII. De Rebus hereditariis, cùm inuentarium ſolenne ab herede fit, æſtimandis. 27
IX. Si is qui conuentus à creditore, confeſſus eſt ſe heredem cum beneficio legis & inuentarij, non exhibeat inuentarium. 28
X. Si ex confeſſione hereditatis aditæ vni ex creditoribus facta, alij creditores agant. 30

DECADIS III.

Error I. De ſuo herede qui nec immiſcuit ſe, neque abſtinuit. 32
II. Si ſeruus heres ſe abſtinuerit, & curator paternæ hereditati tanquam iacenti detur. 34
III. De curatore iacenti hereditati dando, cùm nullus heres eſt, ſiue aliquis ſperetur, ſiue non. ibid.
IV. De herede ſiue ſuo ſiue extraneo qui reſpondit ſe heredem non eſſe. 35
V. De quo herede qui poſteaquam ſe tutore immiſcuit vult abſtinere. ibid.
VI. De differentia ſui heredis & extranei in agnoſcenda hereditate. 36
VII. De eo qui agit tanquam heres cùm beneficio legis & inuentarij nec inuentarium exhibet. 37
VIII. De ſucceſſorij edicti poteſtate à bonorum poſſeſſionibus ad hereditates tranſlata. 38
IX. De præſcriptione temporis aduerſus eum oppoſita, qui non potuit agere. 40
X. De confirmando tutore vel curatore. 41

DECADIS IV.

Error I. De creditore fiduciarum, & vt loquuntur prouiſionalem adiudicationem vrgente in generalis bonorum diſcuſſionis inſtantia. 42
II. De eo qui propriam poſſeſſionem auocat ex cauſa conſtituti. 43
III. De exceptione non factæ excuſſionis oppoſita aduerſus hypothecarium creditorem agentem ad poſſeſſionem ex clauſula conſtituti. 44
IV. De creditore qui poſt intentatam hypothecariam, implorat beneficium ex clauſula conſtituti. & *l. vlt. C. de acq. poſſeſſ.* 45
V. Si poſſeſſio per clauſulam conſtituti quæſita amiſſa ſit ſine facto conſtituentis. 47
VI. De formula ſententiæ ferendæ pro creditore hypothecario poſſeſſionem propriam auocante ex clauſula conſtituti & beneficio *legis vlt. C. de acquir. poſſ.* ibid.
VII. De creditore auocante propriam poſſeſſio

Digitized by Google

ſeſſionem,implorato beneficio clauſulæ conſtituti, non etiam *legis vlt.C.de acquir.poſſ.* p.49.

VIII. De acquirenda per conſtitutum poſſeſſione futurorum bonorum. ibid.

IX. De precaria poſſeſſione. 50

X. Si poſſeſſio per conſtitutum & precarium ſimul tranſlata ſit. p.51

DECADIS V.

Error I. De creditore hypothecario poſſeſſionem propriam auocante ex clauſula conſtituti, pendente inſtantia diſcuſſionis bonorum. p.52

II. De eo qui ad propriam poſſeſſionem tutandam implorat beneficium *legis vlt. Cod. de acquir.poſſeſſ.* etiam contra heredem debitoris. 54

III. Si creditor pignoris poſſeſſionem nactus pendente diſcuſſionis inſtantia vendere pignus velit. 55

IV. De ſtatutaria rerum hereditariarum poſſeſſione quæ à defuncto in heredem continuatur. ibid.

V. De hereditariarum rerum poſſeſſione, ex qua hereditatis aditio inducitur. 56

VI. De clauſulis quæ adhiberi ſolent ad impediendam excuſſionis non factæ exceptionem. 57

VII. De juribus & nominibus excutiendis. 58.

VIII. De excuſſione debitoris vſque ad peram & faccul'um, vt aiunt, facienda. 59

IX. De excuſſione pignorum poſtremo loco alienatorum. 60

X. Si debitoris debitor à creditore hypothecario conueniatur. 62

DECADIS VI.

Error I. De iure & ordine creditorum tacitam duntaxat hypothecam habentium & quid ſi habeant etiam expreſſam. p.63

II. De muliere habente expreſſam & ſpecialem hypothecam pro dote. 64

III. De hypothecæ ſpecialis excuſſione. 66

IV. De poteſtate generalis hypothecæ iis caſibus quibus ſpecialis neceſſaria eſſe creditur. 67

V. De locatore rem conductam vindicante à conductore. 68

VI. De venditis fructibus fundi iam locati. 69.

VII. De tutela impuberis auum paternum & matrem habentis. 71

VIII. De curatore ei dando qui in patris aut aui paterni eſt poteſtate. ibid.

IX. De minore curatorem habente. 74

X. Vbi conueniri debeat is qui ex cauſa euictionis vel mandati author laudatur. 73

DECADIS VII.

Error I. De reſcindentis & reſciſſorij iudicij cumulatione. p 74

II. De tertio poſſeſſore rei à minore alienatæ & per in integrum reſtitutionem petitæ. 75.

III. De in integrum reſtitutione maioris aduerſus tertium poſſeſſorem ex cauſa immodicæ læſionis. 76

IV. Si is qui à minore emit aut à maiore læſo vltra dimidiam iuſti pretij petente reſtitutionem abſens ſit,aut contumax,aut ſine hærede deceſſerit. 78

V. Vbi cauſſa in integrum reſtitutionis agitari debeat. 79

VI. De condemnatione fructuum in iudicio reſtitutionis in integrum. 80

VII. De fructibus ei adiudicandis qui reſtituitur, ex cauſa immodicæ læſionis. 82

VIII. Si venditor qui vltra dimidiam iuſti pretij læſus eſt,renuntiauerit beneficio *leg.2. Cod.de reſcind.vend.* 84

IX. De minore qui petita propter ætatem reſtitutione,nec probata ætate probauit immodicam læſionem. 86

X.De cumulatione condictionis ex *Can.Redintegranda,3.q.1.*cum condictione ex *l.2.Cod. de reſcind.vend.* 87

DECADIS VIII.

Error I. De diuiſione in qua læſio interuenit. p.89.

II. Si diuiſio inter maiores per electionem aut ſortem facta ſit & læſio interuenerit. 92.

III. De ſuppletione facienda per eum ex condiuiſoribus contra quem impetrata eſt reſtitutio ex cauſa immodicæ læſionis. 94

IV. Si quid ex bonis diuiſis alienauerit is qui diuiſionem reſcindi vult ex cauſſa immodicæ læſionis. 95

V. De differentia venditionis & diuiſionis in probanda læſione. 96

VI. De læſione quæ in dotalibus rebus æſtimandis interuenit. ibid.

VII. De emptore qui immodicè læſus eſt 99.

VIII. Si locator immodicè læſus ſit. 100

IX. Si in permutatione læſio immodica ex alterutra parte interuenerit. 102

X. Si aduerſus tranſactionem ex cauſa immodicæ læſionis reſtitutio petatur. 103

DECADIS

Digitized by Google

ſeu Errorum.

DECADIS IX.

Error I. De bona fide quæ in contractibus omnibus exigitur. 104
II. De exceptionibus & replicationibus doli, quæ bonæ fidei iudicium facere, aut bonæ fidei iudiciis ineſſe creduntur. 105
III. De actione de dolo quæ fidei iudiciis ineſſe dicitur. 106
IV. De fideiuſſore qui pignora debitoris emit à creditore. 107
V. De antichreſi tacita & fructibus pignoris in ſortem imputandis. 109
VI. De differentia pignoris & Hypothecæ in tacita antichreſi conſtituenda. 110
VII. Si conuenerit vt pignus in antichreſim datum diſtrahi à creditore numquam poſſit. 112.
VIII. De iure dominij pignoris impetrando. 113
IX. De venditione factà ſub pacto de retrouendo. ibid.
X. De æſtimatione pacti quod in venditionibus apponi ſolet de retrouendendo. 115

DECADIS X.

Error I. De legitimo vſurarum modo. 116
II. De diuiſione fructuum inter emptorem & venditorem ſecuta ex pacto retrouenditionis. 118
III. De diuidendis inter emptorem & venditorem fructibus pignorum redemptorum. 119.
IV. Cuius temporis ratio habeatur in adiudicandis laudimiis ex pignorum venditione debitis. 121
V. De interpoſitione Decreti quæ fit antequam ſemeſtre præterierit. 122
VI. De primo & ſecundo decreto. 123
VII. De ſubhaſtationibus quæ decreto interpoſito confirmatæ ſunt reſcindendis 125
VIII. De perpetuando iure luendi pignoris ex cauſa enormiſſimæ læſionis. 126
IX. De fructibus pignoris in cuius venditione enormiſſima læſio interuenit. 127
X. De pignore. 128

DECADIS XI.

Error I. De differentia iudiciorum bonæ fidei & ſtricti iuris quod ad fructus & vſuras pertinet. 129
II. De fructibus & vſuris legatorum & fideicommiſſorum ſingularium. 131
III. De fructibus ex fideicommiſſoria hereditatis reſtitutione adiudicandis. 133
IV. De fructibus hereditaris fideicommiſſariæ in Trebellianicam computandis. 134
V. De iure liberorum primi gradus, vt fructus à ſe perceptos in Trebellianicam imputare non cogantur. 135
VI. De alio liberorum primi gradus priuilegio, vt Trebellianicæ deducendæ prohibitionem pati non cogantur. 136
VII. De duplici falcidiæ detractione. 138
VIII. De prohibita hæredibus primi gradus quartæ Trebellianicæ deductione. 141
IX. De legitimæ & Trebellianicæ computatione. 142
X. De Onere legatorum poſt reſtitutam ex fideicommiſſo hereditatem. 143

DECADIS XII.

Error I. De fructibus legitimæ. 145
II. De dote quam pater nubenti filiæ pro legitima dedit. 146
III. De filia quæ paternæ ſucceſſioni adeóque legitimæ cum iureiurando renunciauit. 147.
IV. De pacto de non ſuccedendo. 148
V. De filia quæ paternæ ſucceſſioni generaliter, non etiam legitimæ ſpecialiter renunciauit. 150
VI. De caſibus in quibus legitima ei deberi creditur, qui ab inteſtati ſucceſſione per legem aut conſuetudinem excluſus eſt. 152
VII. De filia quæ dotem aut quid aliud accepit pro omni iure legitimæ. 153
VIII. De filia quæ paternæ ſucceſſioni & petitioni legitimæ renunciauit, an partem faciat in legitimæ computatione. 154
IX. De portione filiæ quæ renuntiauit an accreſcat hered. an hæreditati. 155
X. De Trebellianica deducenda ex portione legitima, quæ per filiæ renuntiationem adcreuit hereditati. 156

DECADIS XIII.

Error I. De præteritione filiæ quæ per renuntiationem excluſa eſt à legitima. 157
II. Si filia quæ accepta dote renuntiauit futuræ patris ſucceſſioni, in ea dote inſtituta ſit. 160
III. De Teſtamento quod per præteritionem nullum eſt, ex æquitate prætoria defendendo. 161
IV. De filia quæ accepta dote congrua petit ſupplementum legitimæ patre mortuo ex bonis poſtea quæſitis. 162
V. Si iurata ſit renuntiatio filiæ, quæ ſupplementum legitimæ petit ex bonis poſtea quæſitis. 165

Digitized by Google

Index Capitum,

VI. De læſione quæ locum facere poſſit reſtitutioni aduerſus iuratam pactionem de non ſuccedendo. 167

VII. De filia quæ nulla dote accepta renuntiauit paternæ ſucceſſioni cum iureiurando. 169

VIII. De filia quæ minor accepta dote renuntiauit paternæ ſucceſſioni & læſa per decennium tacuit. 171

IX. De renuntiatione iurata fauore maſculorum aut certæ alterius perſonæ facta. 172

X. Si ſoror cum fratre pactum fecerit de non ſuccedendo patri præſenti & conſentienti, poſteáque pater voluntatem mutauerit. 173.

DECADIS XIV.

Error I. De pacto dotali quo pater iuratus promittit ſe filium aut filiam ex æqua parte heredem habiturum. 174

II. Si futuræ matris aut fratris abſentis ſucceſſioni renuntiauerit filia patre ſtipulante. 175

III. Si paternis tantùm bonis renuntiatum ſit non etiam fraternis, & patri frater heres extiterit, aut pater ad ſecunda vota conuolauerit. 177

IV. Si filia quæ patri cum lureiurando renuntiauit ab eo inſtituta ſit in aliquo pro legitima portione. 179

V. De differentiis legitimæ portionis quæ deſcendentibus & eius quæ aſcendentibus debetur. 180

VI. De legitima tam aſcendentibus quàm deſcendentibus inſtitutionis titulo relinquenda. 181

VII. De querela inofficioſi teſtamenti hodie ſublata. 184

VIII. De actione quæ ad ſupplementum legitimæ portionis datur, ei cui minus relictum eſt. 185

IX. Si is cui minus legitima datum eſt cum onere nihil amplius petendi relictum agnouerit. 187

X. De ſupplemento legitimæ in pecunia petendo, cùm iam aliquid viuo patre pro legitima in pecunia acceptum eſt. ibid.

DECADIS XV.

Error I. Si certa pecuniæ quantitas in diem certum ſoluenda teſtamento data ſit pro legitima. 190

II. Si eam corporum aut pecuniæ quantitatem, quæ pro legitima relicta eſt, repudiauerit legitimarius, malitque legitimam habere in corporibus bonorum. 192

III. De legitima ſtatuto in totum tollenda vel minuenda. 193

IV. De legitima matris, ſuperſtitibus fratribus extraneo herede inſtituto. 194

V. De iure adcreſcendi quod heredi ex certa re inſtituto accommodatur. 197

VI. De inſtituto ex re certa poſſeſſionem eius rei occupante propria authoritate. 198

VII. Si teſtator ius adcreſcendi ei prohibuerit, quem ſolum ex certa re ſcripſit heredem nullo adſcripto coherede. 199

VIII. De heredum inſtitutione, quam particularem vocant, & de ea quæ fit partibus diſtributis. 203

IX. De eo qui trientem hereditatis petit pro legitima portione oblata æris alieni indemnitate pro ea parte. 204

X. De eo qui heres ſimpliciter aut ex aliqua aſſis parte ſcriptus, & certis rebus pro ſua inſtitutione contentus eſſe iuſſus eſt. 205

DECADIS XVI.

Error I. De ineunda æſtimatione rei debitæ ex iudicio bonæ fidei aut ſtricto. 207

II. De natura iudiciorum bonæ fidei cùm agitur de re debita. 208

III. De natura iudiciorum ſtricti iuris in re debita æſtimanda. 210

IV. De æſtimanda re in diem certum debita. 211

V. De ineunda æſtimatione rei venditæ ſub conditione. 213

VI. De æſtimanda re contra fideiuſſorem eius qui certa die dari debuit. 214

VII. De differentia Mercis & Speciei debitæ, cum de æſtimatione ineunda tractatur. 215

VIII. Si ſpecies debita vilior, nec tamen deterior facta ſit. 217

IX. De condictione triticariæ. 218

X. De rei debitæ æſtimatione aucta poſt condemnationem. ibid.

DECADIS XVII.

Error. I. De æſtimatione quanti plurimi 220

II. De æſtimatione quanti plurimi in condictione furtiua. 221

III. De æſtimatione rerum amotarum. 223

IV. De acceſſionibus & vſuris æſtimationis quanti plurimi. 224

V. De iureiurando in litem cùm agitur condictione furtiua. 225

VI. De differentia iudiciorum bonæ fidei & ſtricti iuris in re debita per iuſiurandum in litem æſtimanda. 226

VII. De

Digitized by Google

VII. De iureiurando in litem in actione ex empto. 228
VIII. De iureiurando quod interpretes & pragmatici appellant veritatis. 229
IX. De in litem iurando pro numis ſua die non ſolutis. 231
X. De delatione iuriſiurandi, quod appellant veritatis in iudicio bonæ fidei. 232

DECADIS XVIII.

Error I. De in litem iurando in actione hypothecaria. 233
II. Si creditoris hypothecariam exercentis interſit pluris quàm debeatur. 234
III. De formula inſtituendæ actionis hypothecariæ. 235
IV. De arbitrariis actionibus. 236
V. De actionibus arbitrariis hodie ſublatis. 238.
VI. De in litem iurando in actionibus de dolo & quod metus cauſa. 239
VII. De in litem iurando in interdictis. 241
VIII. De iureiurando Zenoniano. 242
IX. De iureiurando in litem à iudice ante vel poſteà quàm præſtitum eſt, taxando. 243.
X. De re poſt moram perempta quæ penes actorem fuit æquè peritura. 244

DECADIS XIX.

Error I. De iureiurando, vt vocant, ſuppletiuo. 246
II. De iureiurando Iuſtinianeo ad *l. Generaliter* 12. *C. de reb. credit. & iureiur.* 247
III. De differentia iuriſiurandi Iuſtinianei & vulgaris, quod ſuppletiuum vocant. 249
IV. De caſibus in quibus Iuſtinianeum iuſiurandum deferri poteſt. 250
V. De lite poſt iuſiurandum præſtitum ex nouis inſtrumentis retractanda. 251
VI. De ſumptibus litis iureiurando iudiciali deciſæ. 254
VII. De ſumptibus litis per iuſiurandum, vt vocant ſuppletiuum deciſæ. 255
VIII. De iuriſiurandi delati ratione. 256
IX. De iureiurando iudiciali per eum delato, qui à probanda intentione ſua iam excluſus ſit. 257
X. De iureiurando delato quod habetur pro præſtito aut pro relato. 258

DECADIS XX.

Error I. De anatociſmo & vſuris fructuum ac ſumptuum litis. 258
II. De alienatione fideicommiſſi ab aſcendente relicti ex cauſa dotis aut ante nuptias donationis, aut legitimæ portionis. 259
III. De fideicommiſſo tranſuerſali relicto ſub conditione ſi ſine liberis. 261
IV. De conſeruandis legatis & fideicommiſſis ex teſtamento quod nullum & iniuſtum eſt ratione præteritionis paternæ. 262
V. De teſtamento per clauſulam codicillarem defendendo, & de clauſula, omni meliori modo. 263
VI. De clauſula codicillari concepta per verba præſentis temporis. 264
VII. De poſthumo ignoranter præterito à patre qui codicillarem clauſulam adſcripſit. 265.
VIII. De Iure adcreſcendi per clauſulam codicillarem in vim fideicommiſſi defendendo, cùm poſthumus aut alius ex ſuis heredibus cuiuſcunque gradus præteritus fuit. 266.
IX. De diſtinctione filij ſcienter aut ignoranter præteriti cùm agitur de legatis & fideicommiſſis ex teſtamento & Iuliani lege conſeruandis. 268
X. De coniectura illa pietatis, de qua in *l. cum annus* 102. *D. de condic. & demonſtr.* 270.

DECADIS XXI.

Error I. De pacto legis commiſſoriæ in pignoribus. 271
II. De lege commiſſoria in pignore ex interuallo adiecta. 273
III. De lege commiſſoria in pignore adiecta ad dationem in ſolutum ineundam. 275
IV. De lege commiſſoria concepta per clauſulam, *Ex nunc, prout ex tunc, & contrà*, in pignore. 276
V. Si in vtilitatem tertij pactum, quod vocant legis commiſſoriæ, in pignore factum ſit. 277
VI. De lege commiſſoria in venditionibus. 278.
VII. Si lex commiſſoria in pignore interuenerit per tranſactionem. 279
VIII. De iurato pacto legis commiſſoriæ in pignoribus. 280
IX. De duobus pariter eandem rem pignori accipientibus. 282
X. De hyperocha, quam vulgò pluriſualentiam appellant. 285

DECADIS XXII.

Error I. De differentia addictionis in diem, & venditionis factæ ſub pacto de retrouendendo. 286

Digitized by Google

Index Capitum,

II. De venditione facta ſub eo pacto vt ſi intra certum diem pretium à venditore ſit redditum, fundus inemptus fiat. 288
III. De poteſtate obſignationis factæ ex cauſa pacti de retrouendendo. 290
IV. De vi, & poteſtate actionis, quæ competit ex pacto de retrouendendo. 292
V. De nudæ obligationis, & obſignationis poteſtate. 293
VI. Si venditor agens ex pacto de retrouendendo pecuniam duntaxat obtulerit, nec obſignauerit. 295
VII. De irreuocabili acquiſitione rei venditæ ſub pacto de retrouendendo. 297
VIII. Si is qui emit ſub pacto de retrouendendo deceſſerit ante retrouenditionem relicto herede cum beneficio legis & inuentarij. 299
IX. De ſpecie & ſententia *l. ſi cùm venderet* 13. *D. de pignor. action.* 300
X. De actione ex pacto de retrouendendo contra tertium poſſeſſorem. 303

DECADIS XXIII.

Error I. De facta per emptorem oppignoratione rei venditæ ſub pacto de retrouendendo. 305
II. De facta per emptorem oppignoratione fundi, in cuius venditione læſio immodica & enormis interuenit. 307
III. De ſpecie & ſententia *l. ſi in emptionem* 35. *D. de minor.* 311
IV. De facta per donatarium oppignoratione rei donatæ, ſi poſt oppignorationem donatio ex cauſa ingratitudinis reuocata ſit. ibid.
V. De ſeruitute per emptorem acquiſita fundo quem emerat ſub pacto de retrouendendo. 313
VI. De vitio litigioſi ob motam litem ex pacto de retrouendendo. 315
VII. Si pactum de retrouendendo adhibitum ſit ex interuallo, ſiue nudum, ſiue adiuncta ſtipulatione. 316
VIII. De eo, qui promiſit facere pactum de retrouendendo, nec fecit. 317
IX. De emptore qui ad retrouendendum obligatus rem ipſam reſtituit venditori & retrotradidit, nec tamen retrouendidit, aut contrà. 319
X. De vſufructu ei debito qui proprietatem emptam ſub pacto de retrouendendo poſtea retrouendidit. 320

DECADIS XXIV.

Error I. De hypotheca rei venditæ ſub pacto de retrouendendo, ex ſolo pacto inducenda. 322.
II. De expreſſa obligatione rei venditæ ſub pacto de retrouendendo, ne in alium quàm venditorem alienari poſſit. 324
III. De locatione per eum, qui emit ſub pacto de retrouendendo. 325
IV. De fundi dotalis locatione à marito facta. 326.
V. De facta per vaſſallum aut emphyteutam locatione eius rei quæ ad dominum redeat. 328.
VI. De locatione facta per prælatum eccleſiæ, aut per heredem rogatum de reſtituenda hereditate. 330
VII. De retentione rei locatæ quæ fuit obligata conductori. 331
VIII. Si locator qui rem locatam obligauit conductori aut in longum tempus locauit, expellere conductorem iuſtis de cauſis velit. 332.
IX. Si ſingularis ſucceſſor ex iuſta cauſa expellere velit conductorem, cui res ipſa locata fuit obligata. 334
X. De eadem re pluribus ſeparatim locata, vel vendita, vel obligata. 335

DECADIS XXV.

Error I. De prorogando per ſupremum Principem tempore, intra quod ex conuentione retrouendi debuit. 338
II. De ſententia & lectione *l. ſi à te 7. de pact. inter empt. & vendit.* 343
III. De lectione & ſententia *l. quoties 2. C. de prec. Imper. offer.* 346
IV. De prorogando per tutorem aut curatorem, aut procuratorem tempore conditionis ſub qua emptor promiſit retrouenditionem. 350
V. De in integrum reſtitutione pupillo vel minori concedenda aduerſus lapſum temporis conuentionalis. 353
VI. De ſententia §. *illud l. ſi creditor 7. D. de diſtr. pign. & de lectione l. Æmilius* 33. *D. de minor.* 357
VII. Si pupillus reſtitui poſtulans tanquam maior ex capite ignorantiæ agat, non conueniatur, & habuerit tutorem aut protutorem. 359.
VIII. Si de reſcripto Principis prorogetur venditori conditionis implendæ tempus ad petendam retrouenditionem quod iam ſemel ab emptore fuerat prorogatum, & de vario petendæ prorogationis prætextu. 363.
IX. Si tutoribus pupilli ius redimendi habentis denuntiatum ſit ab emptore,

re, intra tempora petendæ retrouenditionis. p.368.
X. De pupillo, vel minore, cui tanquam tutoris aut curatoris procuratori ſolutum eſt pretium rei immobilis, quam tutor vel curator vendiderat, aut retrouendiderat, ſine decreto. 370

DECADIS XXVI.

Error I. De liberis poſitis in conditione. p.379
II. De diſpoſitione ex verbis merè conditionalibus aliquando inducenda. 381
III. De ſententia l.vel ſingulis 37.D.de vulg. & pupill.ſubſtit. & l. cùm proponebatur 64. D.de legat. 383
IV. De ſententia l. filiusfam. 114. §. cùm erit 13.de legat.1. 386
V. De ſententia §. vet. l. ſi quis eum 6. D. de vulg.& pup.ſubſt.& de inducenda ex verbis enunciationis diſpoſitione in fauorem liberorum ad l. pater 17. §. auus, D. de do. mal. except. 388
VI. Ad l.1.C.de pact.l heredes mei 57. §.cùm ita.l.qui filium 74. D. ad SC. Trebell.l.iubemus 6.C.eod. 391
VII. De hereditate delata monacho poſtea mortuo ante aditionem, An poſſit monaſterium eam adire, vt etiam vulgari ſubſtituto præferatur. 395
VIII. De impenſis in alienam rem factis, ſiue à bonæ fidei poſſeſſore; ſiue à prædone. 399.
IX. De actione quam Martinus & nonnulli recentiores dant prædoni ad impenſas quaſcunque reptendas. 403
X. De ſententia l. qui exceptionem 40.§.1.D. de cond.indeb.l.heres 21.ad SC.Treb.l.ſumptus 48.D.de rei vind. 406

DECADIS XXVII.

Error I. De ſtatuto faciente heredem ex tempore, & ad tempus. p.409
II. De caſibus in quibus is qui ſemel heres fuit, deſinit iure ciuili heres eſſe. 413
III. Si pacto conuenerit de ſuccedendo ex tempore & ad tempus. 416
IV. De ſuſpendenda per legem, aut per ſtatutum, aut per pactum legitimæ hereditatis delatione. 419
V. De duobus heredibus in ſolidum iure ciuili inducendis: & de poteſtate SC. Trebell. 422.
VI. De ſententia l.1.§.ſi quis adita.D.ad SC. Tertyll.& l.filij 6.§.eod. 423
VII. De ſentrentia & ratione l. 2. §. ſed ſi ſint ſui.§.ſed ſi quis §. ſi bonum, & §. vlt.eod. tit. ad SC.Tertyll. 426
VIII. De differentia excluſionis ſtatutariæ, & eius quæ inducitur per iuratam renuntiationem. 428
IX. De ſtatuto excludente fœminas, extantibus, vel ſuccedentibus maſculis. 430
X. De interpretatione ſtatuti per quod maſculi ponuntur in conditione, & quantum interſit an poſiti ſint in conditione adfirmatiua, an negatiua, & an admittantur fœminæ maſculis non extantibus an maſculis non ſuccedentibus? 433

DECADIS XXVIII.

Error I. De ſorore per ſtatutum excluſa fratribus extantibus, an poſſit ſuccedere excluſo fratre conſanguineo propter matrem. 436.
II. Si ſtatutum in ſupra ſcripta ſpecie conceptum eſſet, vel per verba illa ſuccedentibus maſculis. 440
III. De maſculo qui aliquo accepto renuntiauit futuræ ſucceſſioni, an obſtet ſorori quam ſtatutum excludat extantibus aut ſuccedentibus maſculis. 441
IV. De ſtatuto excludente matrem extantibus agnatis vſque ad tertium gradum, an noceat auo materno. 443
V. De nepote ex filia per ſtatutum excluſa exiſtentibus maſculis. 446
VI. De nepote ex filia excluſa per renuntiationem fauore maſculorum. 449
VII. De ſucceſſorij edicti poteſtate in perſona nepotis ex filia quæ renuntiauit, ſiue cum aliis nepotibus concurrat, ſiue cum auunculis, ſiue cum agnatis: & quid in nepote ex filio, quod in bonis auiæ. 451
VIII. De nepote ex filia, an contineatur in conditione, ſi ſine liberis maſculis ad excludendum ſubſtitutum. 454
IX. Si teſtator in concipienda conditione, Si ſine liberis maſculis, addiderit ex ſuo, aut ex proprio corpore natis. 457
X. De conditione, ſi ſine filiis maſculis, poſita in contractu, an nepotem ex filia comprehendat. 459

DECADIS XXIX.

Error I. De ſtatutis ponentibus filios aut filias in conditione vel in diſpoſitione, an extendantur ad nepotes. 461
II. De ſtatuto excludente filiam fœminam extantibus filiis maſculis, an excludat nepotem ex filia. 464

Index Capitum,

III. Si nepos ex filia concurrat cum nepote ex filio, aut neptis ex filia cum nepote ex filio, aut neptis ex filia cum nepte ex filio, aut neptis ex filio cum nepote ex filia. pag.467.

IV. De distinctione Bartoli circa exclusionem neptis ex filia excluſa. 469

V. De successorio edicto in querela inofficiosi testamenti. 472

VI. De sententia l.3.§ si emancipatus. D.de bon. poss. contra tabulas. 477

VII. De varia interpretatione l.qui se patris vet. C. vnd. liber. 481

VIII. De bonorum possessione vnde liberi in persona nepotis ex filio siue suo herede, siue emancipato superstite. 485

IX. De differentia bonorum possessionis vnde liberi, vnde legitimi, vnde cognati in causa successorij edicti. 488

X. De sententia defuncti 6.C.de legit.hered. & §. Placebat. Instit. de legit. agnat.success. 490.

DECADIS XXX.

Error I. De distinctione Bartoli, an filia per statutum excluſa sit extantibus masculis vel agnatis, an verò quoadusque masculi vel agnati supererunt. p.497

II. De filia dotata, statuto excluſa propter masculum, an rumpat patris testamentum in quo fuit præterita. 499

III. De iure suitatis in persona filiæ quæ à patris intestati successionem per statutum excluſa est fauore masculorum. 503

IV. De alia Bartoli distinctione, an filia per statutum prohibeatur succedere, an verò venire contra testamentum quandiu masculi supererunt. 507

V. De aliis absurdis quæ ex supradicta Bartoli distinctione sequuntur. 510

VI. De statuto disponente quòd filia nupta non possit rumpere testamentum quoadusque masculis superuixerit. 514

VII. De clausula codicillari appositа in testamento, in quo fuit præterita filia excluſa suspensiuè per statutum quandiu masculi superunt, qui prædecesserint. 516

VIII. De potestate clausulæ codicillaris cùm testamentum nullum est ex causa præteritionis & succeditur per contra tabulas. 520

IX. De filia per statutum excluſa, quamdiu masculus supererit, an interim transmittat ad heredem ius dicendi nullum, aut saltem petendæ legitimæ. 522

X. De cautione non alienandi nec dissipandi, præstanda per frattem sorori statuto excluſæ quandiu masculus aliquis supererit. p.526

DECADIS XXXI.

Error I. De cessione ac transmissione fideicommissi vniuersalis. p.529

II. De interruptione in fideicommissaria substitutione. 534

III. De transmissione conditionali fideicommissi ex coniecturis inducenda. 538

IV. De coniecturis, ex quibus fideicommissi conditionalis transmissio induci possе creditur. 541

V. De transmissione fideicommissi conditionalis vniti cum iure adcrescendi. 545

VI. De differentia pupillaris & fideicommissariæ substitutionis cùm de transmissione agitur: itémque de differentia pupillaris substitutionis & iuris adcrescendi. 547

VII. De conciliatione l. si filius 12. de vulg.& pupill. subst. cum l. qui patri 59. de acquir. vel omit. hered. 550

VIII. De sui heredis existentia ex ratione iuris ciuilis, siue is substitutum habeat, siue coheredem. 553

IX. De potestate existentiæ sui heredis ex iure prætorio cùm is se immiscuit, aut tacuit, id est, nec immiscuit se, nec abstinuit. 555.

X. De creditoribus agentibus contra suum heredem qui se nec immiscuit, nec abstinuit: an habeant fundatam intentionem, & quid si expressim abstinuerit. 559

DECADIS XXXII.

Error I. De suo herede abstinente, cui datus fuit substitutus pupillaris. p.564

II. De sententia & emendatione l.Iulianus 42. D.de acquir.hered. 567

III. De edicto cuius mentio fit in l.quæsitum 40.eod.tit.de acquir.hered. 571

IV. De fratre exheredato substituto fratri impuberi scripto heredi. 574

V. De suo herede instituto se abstinente ex testamento, & paternam hereditatem retinente ab intestato. Ad l 1. §. qui sunt in potest. D. si quis omiss. causs. test. l. 2. C. pro hered.l.2.C.vnd.liber. 575

VI. De suo herede vulgarem substitutum habente, an necessarius sit an voluntarius. 577.

VII. De potestate illius conditionis, si heres non erit, in vulgari substitutione suo heredi facta. 580

VIII. De potestate vulgaris substitutionis in specie,l.si filius 16.D.delib.& post. 582

IX.De

by Google

IX. De tacita vulgari ſubſtitutione. p.586
X. De ſubſtituto pupillari, an admittatur viuo impubere qui ſe abſtinuit. Ad l. paterfam. 28. D. de reb. autor. iud. poſſid. p.590

DECADIS XXXIII.

Error I. De confirmatione paterni teſtamenti ex vulgari ſubſtitutione quem interpretes tacitam vocant. p.592
II. De ſubſtitutione in caſum pupillarem facta impuberi qui deceſſerit viuo patre. 596.
III. De pupillari ſubſtitutione facta ventri poſthumo nullo nato. 598
IV. De vulgari ſubſtitutione quam taciram vocant, trahenda ad bona pupilli. 600
V. De tacita vulgari & pupillari cùm mater eſt in meo. & ad l. vlt. C. de inſtit. & ſubſtit. 602.
VI. De ſubſtitutione vulgari, mixta, vt vocant, partim expreſſa, partim tacita. 606.
VII. De vulgari ſubſtitutione facta filiofam. repudianti, vel per iniunctum heredi onus reſtituendæ hereditatis, ſi heres non erit. 608.
VIII. Si quis inſtituerit filium ſuum, & ex eo neporem. 611
IX. De patre ſtipulante aut aliter contrahente pro ſe & filiis ſuis. 615
X. De emphyteuſi, quam quis pro ſe & filiis ſuis acceperit. 619

DECADIS XXXIV.

Error I. De illo qui ſubſtitutus eſt vulgariter, pupillariter, & per fideicommiſſum. Et ad Nouell. 3. de hered. & falcid. p.623
II. De verbis quæ vocant communia. Quale eſſe volunt verbum ſubſtituo, Et de verbo inſtituo. 626
III. De verbis, Perueniat, Pertineat, Habeat, Redeat, Remaneat, Succedat, Reuertatur, Deuoluatur, Adcreſcat, Accipiat, Moriatur, & aliis quæ vocant vel directa vel ciuilia, vel communia iure gentium, Vel ciuili. 629
IV. De tranſmiſſario hereditatis Theodoſiano an vulgari ſubſtituto præferatur. 632
V. De tranſmiſſario Iuſtinianeo an ſubſtituto vulgari præferatur. 634
VI. De differentia iuris abſtinendi & iuris deliberandi. Ad l. cum Antiquioribus 19. C. de iur. delib. 635
VII. De ſententia §. cùm autem. l. vnica, C. de caduc. tollendis, & l. ſi quis filiumfam. 7. in princip. D. de acquir. hered. & l. 5. C. de iure delib. p.637
VIII. De tranſmiſſione reſtitutionis in integrum in heredem minoris ad hereditatem adeundam, quam minor repudiauit, cùm adeſt vulgaris ſubſtitutus. Ad l. quod ſi minor 24. §. Scæuola. D. de minor. 641
IX. De ſententia l. vnic. D. de his qui ant. aper. tabul. quid noui induxerit tam circa hereditates quàm circa legata & fideicommiſſa. Et de iure recuſandi. 643
X. De Theodoſiana tranſmiſſione ad inteſtati quoque ſucceſſionem producta. 646

DECADIS XXXV.

Error I. De teſtamento in ſcriptis inter liberos, in quo facta ſit per patrem diuiſio hereditatis aut bonorum. p.649
II. Si in teſtamento parentis inter liberos nulli teſtes interuenerint. 651
III. De parentum voluntate minùs ſolenni inter liberos teſtati an inteſtati iure defendenda. Et quid ſi parens inæqualiter bona ſua diuiſerit. 653
IV. De teſtamento nuncupatiuo minùs ſolenni, inter liberos. 655
V. De teſtamento minùs ſolenni facto in fauorem liberorum naturalium. 657
VI. De liberis illegitimis legitimatis, quibus aliquid relictum ſit in teſtamento minùs ſolenni. 659
VII. De pia cauſa inſtituta in minùs ſolenni teſtamento. 661
VIII. De teſtamento imperfecto ratione voluntatis. 663
IX. De illo qui heredem inſtituit, deſtinans addere conditionem quam poſtea non addidit ad l. 1. & l. 9. §. tantundem. D. de hered. inſtit. & l. pen. C. de inſtit. & ſubſtit. 665.
X. De inſtitutione ſic facta ex partibus quas adſcripſi, aut, ex qua parte Titius me heredem ſcripſit, ad d. l. 2. & l. hoc articulo 19. D. de hered. inſtit. 668

DECADIS XXXVI.

Error I. De ſubintelligentia in teſtamento parentis inter liberos clauſula codicillari. 670.
II. De ſolennitatibus iuris gentium in teſtamento inter liberos adhibendis. 672
III. De teſtamento inter liberos, in quo pater vni ex liberis legitimam reliquerit alio titulo, quam inſtitutionis. 674

Digitized by Google

Index Capitum,

IV. De patre, qui ex testamento vni ex liberis reliquit minùs legitima. 677
V. De vnius ex liberis exheredatione, facta in parentis testamento inter liberos imperfecto. 679.
VI. De testamento parentis inter liberos imperfecto condito coram duobus testibus. 682.
VII. De clausula derogatoria in testamento inter liberos subintelligenda. 683
VIII. De sententia & ratione Auth.hoc inter liberos.C.de testam. 686
IX. De imperfecto patris testamento alterius quam patris manu scripto, sed ex ipsius patris mandato. 691
X. De testatore inter liberos disponente, qui notarium adhibere volens priùs decessit, quàm notarius accederet. 694

DECADIS XXXVII.

Error I. De testamento imperfecto in quo sunt instituti venientes ab intestato. p.679
II. De sententia & ratione §. si prius. l. si duobus. D. de bonor. possess. contr. tab. 698.
III. De testamento posteriore in quo filius est præteritus an rumpat prius. 701
IV. De filio in posterioribus tabulis præterito, qui per querelam inofficiosi rupit priores in quibus fuerat exheredatus. 702
V. De testamento in quo suus heres præteritus est, & instituti sunt venientes ab intestato, an interim valeat de iure ciuili, donec filius dicat nullum. 705
VI. De bonorum possessione danda contrà tabulas, in quibus præteritus fuit suus heres. 707.
VII. De clausula derogatoria in priore testamento ad posterius impediendum apposita. 709
VIII. De sententia & ratione l. si quis in principio 22. de legat. 3. l. si mihi & tibi 12.§.vlt.& l.si ita sit adscriptum 14.de legat. 712.
IX. De testatore qui legem sibi dixit maioris solennitatis in secundo testamento adhibendæ ad l. Diui 6. §. licet. D. de iur.codicill. 716.
X. De sententia & ratione l. vlt. in princ. de leg. 2. & l. conficiuntur 8. §. vlt. D. de iure codicill. 718

DECADIS XXXVIII.

Error I. De clausulæ derogatoriæ reuocatione, an specialis esse debeat: an verò sufficiat generalis. 722
II. Si in secundo testamento apposita sit clausula, non obstante tali testamento manu talis tabellionis recepto, & de aliis casibus. Et ad l. sancimus 25. C. de testam. 725.
III. De testamento per vim vel dolum condito in fauorem dolosi. 727
IV. Si non existente soluendo, eo qui dolo malo testari quem prohibuit, vel cogit, pars læsa velit agere contra fiscum. 730
V. De legatis in eo testamento relictis, quod per vim dolúmve alterius factum sit, aut mutari prohibitum. ibid.
VI. Si quis aliquem testari coëgerit in fauorem tertij ignorantis. 732
VII. Si frater fratrem testari, aut testamentum mutare prohibeat, an aliis fratribus noceat. Et quid de legatariis. 734
VIII. Si per blanditias sine dolo malo factum sit secundum testamentum ab eo, qui alios heredes vtiliter instituerat in primo. 737.
IX. De actione quæ competit fisco aduersus heredem indignum ad auferendam ei hereditatem. 739
X. De sententia l. 1. C. de his quibus vt indign. & quid hodie iuris obtineat cùm tractatur de indignis. 741

DECADIS XXXIX.

Error I. De clausula derogatoria apposita in testamento minùs solenni, vel rupto ex causa præteritionis, aut exheredationis. 743.
II. De iuramento apposito in priore testamento an habeat vim clausulæ derogatoriæ. Et de clausula omni meliori modo. 745.
III. De iuramento apposito in posteriore testamento ad derogandum clausulæ derogatoriæ appositæ in priore. 747
IV. De clausula derogatoria iurata. 749
V. Si primum testamentum expresserit validum, & secundum sit inualidum ex causa præteritionis vel exheredationis, vt in vtroque relicta sint legata & fideicommissa. Ad auth.ex causa de liber. præter. & l.vlt. D. de hered.inst. 751
VI. Si testator coram septem testibus reuocauerit prius solenne testamentum siue addiderit rationem quia vult decedere intestatus, siue non. 755
VII. Si testator testamenti solennis linum aut signacula inciderit, ob mutatam voluntatem, an tollatur testamentum ipso iure, an

Digitized by Google

an ope tantùm exceptionis. Ad l. penult.§. vlt.D.de bon. poſſ.ſec.tab. 759
VIII. De ſententia & ratione. §. veteranus l.militis 36.D.de teſt.milit. 763
IX. De clauſula codicillari appoſita in ſecundo teſtamento inualido, quod ſit confirmatum per aditionem venientium ab inteſtato. 765.
X. De legatis ad pias cauſas aut in alimenta relictis, in teſtamento inutiliter reuocato. 768.

DECADIS XL.

Error I. De ſententia & emendatione l. ſi donatione 13.C.de collat. 769
II. De donatione ſimplici an conferenda ſit ad l.illud 20.in fin.C.de collat. 772
III. De ſententia l. donationes 25. C. de donat. inter vir, & vxor. 775
IV. De iure collationis faciendæ in omni caſu ſucceſſionis inteſtati etiam factis codicillis, Ad l. à patre 10. & l. filiam 16. de collat. 777.
V. De interpretatione & emendatione leg. ſi non mortis 25. D.de inoff.teſt. 779
VI. De collatione dotis, ſiue profectitiæ ſiue aduentitiæ, & ſiue filiafam. fuit, ſiue emancipata. 782
VII. De collatione per eos, qui in poteſtate ſunt, emancipatis facienda. 785
VIII. De ſententia legis, vt liberis. 17. C. de collat. & de æqualitate inter liberos ſeruanda. 786
IX. De ſententia & ratione perobſcura Papiniani in l.Pomponius Philadelphus 35.D. Fam.erciſc. 787
X. De collatione inter eos qui ex diuerſo iure ſuccedunt, ad l.ſi filius 10. D. de collat. bonorum. 789

DECADIS XLI.

Error I. De collatione donationis propter nuptias. 792
II. De collatione donationis factæ filiofam.à patre fauore & contemplatione matrimonij. 794.
III. De donatione per patrem facta filiofam. fauore matrimonij an ſit ſimplex, an ob cauſam. 796
IV. Si donatio fauore matrimonij facta filiofam. per patrem iurata ſit. 799
V. De poteſtate iuriſiurandi, ad confirmandum pactum de non ſuccedendo. 800
VI. De donatione per patrem in filiumfam. collata propter bene merita. 802
VII. De donatione facta filiofam.per patrem propter fauorem ſtudiorum. 804
VIII. De eo quod filiusfam. induſtria ſua quæſiit ex pecunia patris, an ſit conferendum. 806
IX. De Bartoli diſtinctione circa bonorum profectitiorum collationem. 800
X. Si pater ex pecunia ſua feudum vel emphyteuſim emerit pro ſe & filiis ſuis, & quid de rebus à filio ipſo comparatis ex reditu feudi vel emphyteuſeos, an ſint conferenda. 816

DECADIS XLII.

Error I. De bonis à patre donatis filio, ſiue in peculium profectitium ſiue ſimpliciter. 813.
II. De donationibus quæ morte confirmantur, an capiantur iure Legatorum: & in quo differant donationes factæ à patre, à donationibus inter virum & vxorem. 814.
III. De vſucapione rei donatæ filio à patre ve coniugi à coniuge. 816
IV. Si à patre vel à coniuge donata ſit res aliena. Et ad l.2.§.1.D.pro hered.l.1.§.vlt.D. pro donat. 818
V. De Papiniani & interpretum diſtinctione circa donationem inter coniuges morte confirmandam. 819
VI. De tribus caſibus in quibus vult Bartolus donationem ſimplicem filiofam. à patre factam conferendam eſſe, Ac primùm de primo. 822
VII. De ſecundo caſu Bartoli, in quo vult ſimplicem donationem filiofam.factam conſeruari. 823
VIII. De ſententia & orationis l.ſi filia 20.§. ſi pater.D.famil.erciſc. 824
IX. De vltimo membro diſtinctionis Bartoli, eiúſque ſubdiſtinctionibus circa profectitiorum collationem, & ad l.vlt. D. de pecul. legat. & l. quod fruct.D.de acqdir.rer.dom. 826.
X. De aduentitiorum collatione, & nonnullarum legum, tit. C. de collat. emendatione. 828

DECADIS XLIII.

Error I. De donatione cauſa mortis à patre in filiumfam.collata. 832
II. De ſententia & electione l.cùm pater 77.§ pater pluribus de legat.2. 835
III. De ſententia & ratione §. Mæuio 6. d.l cùm pater 77.de legat.2. 836
IV. De

Digitized by Google

Index Capitum,

IV. De donatione à filiofam. collata in patrem, ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa. 839.

V. De donationibus ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa in patrem à filiofam. collatis, morte filij confirmandis. 842

VI. De facta per filiumfam. donatione, ſiue cauſa mortis, ſiue inter viuos, ſine conſenſu patris bonorum aduentitiorum in quibus aut aliquem, aut nullum pater habeat vſumfructum. 845

VII. De ſententia & ratione l. tam is 25. §. 1. D. de mort. cauſ. don. & l. filiusfam. 7. §. pari autem ratione. D. de donat. 849

VIII. De caſtrenſium bonorum donatione cauſa mortis per filiumfam. facta ſine conſenſu patris. 851

IX. De ſententia. §. vet. l. filiusfam. 7. D. de donat. 854

X. De differentia peculij caſtrenſis & aduentitij etiam iure nouo. 855

DECADIS XLIV.

Error I. De numero teſtium, qui requiritur in donatione cauſa mortis. 858

II. De donatione cauſa mortis in abſentem collata vel etiam in teſtamento facta. 890.

III. De donatione cauſa mortis facta per pactum nudum. 893

IV. De clauſula quæ in teſtamentis poni ſolet vt ſi teſtamentum non valeat iure teſtamenti, vel codicillorum, valeat iure donationis cauſa mortis: & de promiſſione per pactum nudum facta de donando. 896

V. De eo quod dici ſolet donationes cauſa mortis capi ad inſtar legator. 898

VI. De differentia legatorum & donationum cauſa mortis in interdicto quod legatorum. 900.

VII. De donatione cauſa mortis facta per ſtipulationem, vel per traditionem, ita vt dominium ſtatim transferatur. 903

VIII. De donationibus mortis cauſa inter coniuges ita factis, vt dominium ſtatim transferatur, & an tales donationes cauſa mortis egeant hodie inſinuatione. 905

IX. De dominio acquirendo ex donatione cauſa mortis circa vllam traditionem, ad l. 1. & 2. D. de public. in rem act. 907

X. De actione quæ datur donatori cauſa mortis poſt reuocatam donationem ad l. ſi mortis 29. l. qui mortis 30. D. de mortis cauſ. don. tit. 1. C. de donat. quæ ſub mod. 909.

DECADIS XLV.

Error I. De donatione cauſa mortis ſic facta, vt nullo caſu reuocetur. Ad l. vbi ita donatur 27. D. de mort. cauſ. donat. 911

II. De donatione quam quis fecerit in tempus quod erit poſt mortem ſuam, vtrum inter viuos ſit an mortis cauſa. 914

III. De donatione facta per traditionem ita tamen vt collata ſit dominij tranſlatio poſt mortem donatoris. 917

IV. De diſtinctione quam adhibent interpretes, An donator cauſa mortis deceſſerit cum herede, an ſine herede. 919

V. Si donatoris cauſa mortis hereditas nulla vel non adita ſit. Ad §. 1. l. tam is 25. D. de don. & ad l. 1. D. qui ſine man. ad liber. peruen. 921

VI. De donationibus mortis cauſa infirmandis reſciſſo per inofficioſi querelam teſtamento. 923

VII. De Bartoli diſtinctionibus circa donationes cauſa mortis in quæſtione 1. etiam 11. D. inoff. teſt. & l. 5. §. qui mortis D. de his quæ vt indign. 925

VIII. De donatione in genere an ſit contractus, & an nominatus, an innominatus. Et an in contractibus nominatis locus vnquam ſit condictioni aut pœnitentiæ. 929

IX. De donatione facta ob cauſam cur in ea non ſit locus pœnitentiæ, & quid de contractibus innominatis. 933

X. De actione ex teſtamento quam dant interpretes ex donatione cauſa mortis ad l. 1. C. de donat. cauſ. mort. 934

DECADIS XLVI.

Error I. De donationibus cauſa mortis inter coniuges factis, an valeant. 938

II. De iiſdem donationibus cauſa mortis inter coniuges factis, an exigant traditionem vt valeant, vel vt morte confirmentur. 941

III. De donationibus factis ſiue mortis, ſiue deportationis cauſa à marito qui fuerit deportatus ad l. res vxoris 24. C. de donat. int. vir. & vxor. & l. ſed mors 13. §. 1. D. eod. 943.

IV. De donatione cauſa mortis facta inter coniuges, & per donatorem poſtea deportatum reuocata. 945

V. De retroactione donationis cauſa mortis inter coniuges an ratione dominij ſit facienda, an ratione fructuum tantùm. 948

VI. De tacita reuocatione donationis cauſa mortis

Digitized by Google

mortis per oppignerationem aut alienationem subsecutam. 952
VII. De reuocatione tacita donationis inter viuos factæ inter virum & vxorem. 955
VIII. De vsurario manifesto an liberius possit donare causa mortis quam testari. 959
IX. De adulto donante mortis causa sine curatoris sui autoritate. 960
X. De muliere quæ ex lege municipali non potest contrahere absque consensu duorum propinquoeum, an possit liberè donare causa mortis. 963

DECADIS XLVII.

Error I. De donatione absenti facta siue inter viuos, siue mortis causa. 965
II. De actione vtili quam dant interpretes ex stipulatione donationis inter viuos per notarium facta absentis nomine. 967
III. De donatione in absentem ac ignorantem collata stipulante notario & ante donatarij ratihabitionem reuocata. 969
IV. De donatario qui donationem in absentem se collatam vult ratam habere post mortem donatoris. 971
V. De donatione collata in absentem donatarium, qui postea decesserit viuo donatore ante ratihabitionem. 973
VI. De donatione causa mortis facta alicui & heredibus suis. 976
VII. De donatione sic facta vt post certum tempus vel post mortem donatarij res donata restituatur alteri tum absenti pro quo nemo fuerit stipulatus. 977
VIII. De vtili actione ei competente cui donatarius rem donatam post certum tempus restituere ex donationis lege debuit. 979
IX. De differentia donationis inter viuos, & donationis causa mortis cùm alicui res ita donatur vt post certum tempus restituatur. 982
X. De fideicommisso conuentionali. 983

DECADIS XLVIII.

Error I. De reuocatione pacti inter alios conuenti fauore absentis an inuito vel ignorante absente possit reuocari postquàm dies venit. 985
II. De pacto in Ecclesiæ fauorem inserto donationi in alium collatæ. 988
III. Si pactum contractui inter alios inito adiectum fauore absentis postmodum ab eo sit acceptatum, Aut si contractus ille iuratus sit. 989
IV. De contractibus innominatis factis in fauorem ecclesiæ aut alterius piæ causæ. An in iis locus sit pœnitentiæ, & de mandato ad pias causas an sit reuocabile. 990
V. De conditione donationi appositæ per donatorem inuito donatario incontinenti post profectam donationem. 992
VI. De donatione siue inter viuos siue causa mortis facta bonorum omnium præsentium & futurorum. 993
VII. De donatario vniuersorum bonorum an donatoris creditoribus teneatur: Et quid si donatio facta sit in fraudem creditorum. 996
VIII. De hereditate donata mortis causa. 998.
IX. De actione hypothecaria quæ pro legatis competit an competat etiam pro donatione causa mortis. 1000
X. De iure adcrescendi in donationibus causa mortis. 1003

DECADIS XLIX.

Error I. De causa iuris adcrescendi tam in hereditatibus quàm in legatis & fideicommissis. 1005
II. De hereditatibus & legatariis ex parte, & ex partibus. 1006
III. De coniunctione verbis tantùm 1008
IV. De iure adcrescendi verbis tantùm coniunctos. 1010
V. De legato, relicto Titio & posthumis pro æquis virilibus portionibus. 1013
VI. De sententia & ratione responsi Scævola in l. pater filium 38. §. filiam, de legat. 3. 1014.
VII. De sententia & ratione l. re coniuncti 89. de legat. 3. 1016
VIII. De sententia & ratione l. Mæuio 41. in princip. D. de legat. 2. 1020
IX. De partibus quæ per concursum fiunt. 1022.
X. De pluribus heredibus institutis vno purè, alio sub conditione an purè institutus, totum interim habeat, an partem. Et ad l. 3. 4. 5. D. si pars hered. petat. 1023

DECADIS L.

Error I. De iure adcrescendi inter fideicommissarios particulares. 1028
II. De iure adcrescendi inter fideicommissarios singulares, & inter legatarios per damnationem ex veteris iuris ratione. 1030
III. De natura quam omnibus legatis & fideicommissis Iustinianus dedit quoad ius adcrescendi. 1033
IV. De portione hereditatis adcrescente heredi grauato an transeat in fideicõmissarium. 1036

V. De

Digitized by Google

Index Capitum, seu Errorum.

V. De iure adcrescendi in hereditate vendita an transeat in emptorem. 1039

VI. De iure adcrescendi in legatis an transeat in emptorem. 1043

VII. De iure adcrescendi inter vocatos ex diuerso iure, ad l. sed cum patrono 6. de bonor. poss. 1046

VIII. De iure adcrescendi in portione agnita si in ea postmodum omissa sit vel per abstentionem, vel per in integrum restitutionem. 1049

IX. De beneficio vt vocant l. hereditate 55. D. de acq. vel omit. hered. 1053

X. De iure adcrescendi in persona illius qui ex speciali iure admittitur. Ad l. mulieri 74. D. de condic. & demonstr. 1056

ANTONII

Digitized by Google

ANTONII FABRI
IC. SEBVSIANI,
ET IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS PRIMARII,
CHILIADIS
DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, & Interpretum Iuris,
PARS PRIMA.

DECAS PRIMA.

ERROR PRIMVS.

De tacita hypotheca ex chirographo agnito, vel denegato.

SVMMARIA.

1 *Debitoris bona omnia tacito pignoris iure creditori esse obligata, licèt de pignore nõ cõuenerit, vulgaris error est.*
2 *Vnde d. error ab eius patrocinio probetur.*
3 *Bona debitoris citra expressam conuentionem obligata creditori regulariter non esse, & num. 16.*
4 *Inter creditores chirographarios & hypothecarios differentia elegans.*
5 *Ex eo quòd vulgaris est conuentio de pignore non debet inferri eam subintelligendam esse cùm est omissa.*
6 *Clausula cõstituti vbi omissa est pro adiecta non habetur.*
7 *Clausula per quam renuntiare fideiussores & correi solent exceptioni ordinis & diuisionis exprimi debet vt creditori prosit.*
8 *Clausula codicillaris ex eo quod sit frequentissima non habetur pro adiecta quando omissa est.*
9 *Ex eo quòd clausulæ quædam vulgò adiici soleant, ex notariorum stylo potius quam ex dictantium voluntate adiecta videri non debent.*
10 *In vltimis voluntatibus interpretandi regulare est, vt plus dictum, minùs scriptum non existimetur.*
11 *Adeóque in contractibus, in quibus perpetuum est illud, Propositum in mente retentum nihil operatur.*
12 *Ex eo quod Iustinianus constituit, obligatis generaliter bonis omnibus etiam futura comprehendi, non potest inferri nulla pignoris obligatione expressa, tacitam subintelligendam esse.*
13 *Supplere quod factì est, iudex nunquam debet.*
14 *Interest debitoris vt non expressa pignoris obligatio pro expressa non habeatur.*
15 *Adeóque creditorum posteriorum.*
17 *Ex chirographo agnito & recognitio contrahitur tacita hypotheca, ex pragmaticorum sententia.*
18 *Quam malè sulciunt verbis Senatus Allobrogici, à die recogniti chirographi hypotheca currat & locum habeat.*
19 *Quis sit genuinus dd. Senatus verborum sensus. & n. 37.*
20 *Nullo conuento pignore, solam chirographi agnitionem ad inducendam tacitam hypothecam non sufficere.*
21 *Litis contestatio facit quidem, vt quasi contrahi videatur, non tamen vt tacitum pignus inducatur.*
22 *Ex eo quòd creditor chirographarius erga debitorem fuit indulgentior ab eo cautionem pignoris non exigendo non debet videri fauorabilior.*
23 *Iura vigilantibus subueniunt, non dormientibus.*
24 *Simplex debiti confessio aut inficiatio apud pragmaticos tacitam hypothecam non inducit.*
25 *In plerisque causis sua mendacio pœna constituta est.*
26 *Inficiatio nonnunquam facit vt obligatio crescat.*
27 *Inficiatio non est modus contrahendæ obligationis.*
28 *Nec agnitio chirographi, aut confessio debiti.*
29 *Condemnatio quando faciat vt condemnati bona obligata intelligantur.*
30 *Causa nulla est cur creditor chirographarius tacita hypotheca priuilegio dignus videri debeat.*
31 *Tacita hypotheca cur inducta.*
32 *Et quo iure.*
33 *Moribus receptum est vt quæcunque in prædium vrbanum conductor intulit sint tacitè obligata pro pensione.*
34 *Sicut & fructus prædiorum rusticorum.*
35 *Vtriusque tacitæ conuentionis ratio.*

Digitized by Google

36 *Fructus nondum percepti in dominio locatoris esse intelliguntur: & secus est de perceptis.*

38 *Quo sensu dicamus liteconteſtata vsuras currere.*

DIGNVS meo iudicio hic error est, qui primum in prima decade locum obtineat Vix enim alius vllus occurrit aut crebrior in forensibus disceptationibus, aut à recta iuris ratione alienior. Vidi ego ex pragmaticis plerosque, nec vltimi inter cæteros nominis, tam parum in iure versatos, vt non dubitarent adfirmare, debitorum † omnium bona omnia tacito pignoris iure creditoribus 1
hoc ipso esse obligata, licet de pignore nullo modo conuenerit. Secuti *Cepolla in l. quod si nolit 3. §. quia assidua. de edilit. edict. & Boer. quæst. 182. nu. 4.* Cuius sententiæ rationem (adeò nihil est tam stultum & absurdum, quod non ratione aliqua probabile fieri posse existimetur) illam † adferre solent, quòd vulgaris sit 2
conuentio ista pignoris, & in omnibus fere instrumentis & cautionibus apponi solita, non modò ex voluntate contrahentium, sed etiam ex stilo & consuetudine notariorum. *l. & qua nondum 15. §. quod dicitur. D. de pignor.* quasi ex eo inferri possit si quando sit omissa, per errorem id potiùs quàm consultò factum, & plus dictum minùs scriptum intelligi debere, *l. errore vbi Bald. Castr. & Ias. C. de test.* Quid enim, inquiunt, refert debitoris, an bona eius obligata sint, cùm sit ipse obligatus? Sed tamen error hic iampridem à tribunalibus omnibus non minùs quem à scholis explosus est. Nam si quid in toto iure certum, illud sanè certissimum est bona † debi- 3
toris citra expressam conuentionẽ obligata creditori non esse extra eas causſas in quibus placuit contrahi tacitè pignus vel hypothecam. *Tot. tit. In quib. causſ. pign. vel hypoth. tacit. contrahit. D. & C.* Quorsum enim quærendum esset in quibus causſis id fieret, si in omnibus & passim admitteretur? In eámque rem expressa est Iustiniani constitutio *Nouell. 136. de argentar. contract. insuper.* Inde etiam tituli illi. *De reb. autor. iudic. possid. vel vennd. De priuil. credit. de separ. Quib. ex causſ. in possess. eat.* qui cùm ad chirographarios duntaxat, non etiam ad pignoratitios & hypothecarios creditores pertineant, nullius omnino essent vsus aut vtilitatis, si quisquis chirographarius creditor est, pignoratitius quoque censeretur. Nam ad pignoratitios pertinet *Tit. Qui potior. in pignor. habeant.* eáque inter hos † & illos 4
differentia est elegans & explorata, quòd chirographariorum priuilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causſa. *l. priuilegia 42. De reb. autor. iudic. possid.* pignoratitiorum autem è contrario ex solo tempore, non ex causſa *l. 1. & pass. qui potior. in pign. hab. C. & D.* Nec quòd vulgaris † sit conuentio hæc de pignore, facere debet vt 5
subintelligatur cùm est omissa, quando quidẽ non iuris est, sed meri facti, quod suppleri nunquam potest, *l. 1. C. vt quæ desunt aduocat. part.* Alioqui eadem ratione infe- 6
ras clausſulam † constituti, quòd in contractibus præsertim pignoratitiis adiici soleat, pro adiecta semper habẽdam esse, quod tamen falsissimum esse nec pragma- 7
tici ipsi diffitentur. Item clausſulam † illam per quam renuntiare fideiussores, & correi debendi solent exceptioni ordinis, & diuisionis, perinde prodesse creditori cùm omissa atque cùm expressa est contra quàm scriptum sit in *Nouell. 4. de fiedinss. & Nouell. 99. de duobus reis*, vbi expressam & specialem renuntiationem Iustinianus requirit. Denique ne longiores simus in conquirendis & rescindendis aliis clausſulis, quæ licèt vulgares sint, exprimi tamẽ & solent & debent, si sufficeret adiici solitam esse clausſulam vt pro adiecta haberetur, conse- 8
quens fieret clausſulam † codicillarem non tantùm in testamentis inter liberos aut ad pias causſas, quos vulgo creditum est, sed in cæteris etiam omnibus subintelligi oportere, cùm sit omnium frequentissima, nec dubitandum videatur quin testantium omnium eadem sit mens & voluntas, quæ illius Lucij Titij; de quo in *l. Lucius 88. §. vlt. de legat. 2.* Quæ tamen sententia etsi placuit viro doctissimo *Iacobo Cuiacio*, displicuit sanè prudentibus *l. 1. l. illud enim 13. §. tractari. D. de inr. codicil. l. generaliter. 24. §. ex testamento. D. de fideic. libert.* iunct. *l. 3. D. de testam. milit.* & ipsi etiam Iustiniano in *l. vlt. C. de iur. codicill.* vt scripsimus *lib. 15. Coniect. cap. 17.* Quod enim huiusmodi clausſulæ † pleræque vulgo adiici so- 9
lent, facere non debet, vt ex notariorum stilo potiùs quàm ex dictantium voluntate adiectæ videantur, nec facilè capienda est ea interpretatio vt plus dictum, minùs scriptũ existimetur, ne quidem in vltimis † volun- 10
tatibus extra casum illum singularem quem Papinianus tractat in *l. cùm auus 102. de condic. & demonstr.* & nos explicauimus *lib. 7. Coniect. cap. 14.* Si non ex verbis ipsis testamenti possit concipi id quod suppletur. *l. Gallus 29. §. 1. de liber. & posthum.* In contractibus + verò multo minùs, in quibus vtique perpetuum est tritum illud nostrorum sermone brocardicum, *Propositum in mente retentum nihil operari.* † Neque simile est quod Iustinia- 12
nus cõstituit in *l. vlt. C. qua res pign. oblig. possess.* vt obligatis generaliter bonis omnibus etiam futura comprehendantur, etsi enim ea potissimùm ratione motus est id ita constituendum, quòd frequentissima esset illa conuentio obligandorum bonorum omnium, quæ debitor haberet, habiturúsque esset. *l. obligatione 6. d. l. & qua nondum 15. §. quod dicitur. D. de pignor.* facilius tamen illud induci potuit per interpretationem obligationis, generalis, quàm quod isti volunt, nulla expressa obligatione idem iuris esse. Generales enim conuentiones facile admittunt interpretationem ex eo quod verisimile est actum fuisse inter contrahentes, id autem verisimile est actum esse quod vt plurimùm agi consuetum est. Quare nec generali obligatione illa bonorum omnium præsentium, & futurorum continentur ea, quæ verisimile est non fuisse quem specialiter obligaturum *d. l. obligatione.* At vt conuentio quæ nullo modo expressa est pro expressa habeatur, fieri nunquam potest, quia in eam rem suppletione opus est, non interpretatione. Supplere † autem quod facti est iudex vt iam diximus, 13
nũquam debet. Sed & si constitut Iustiniani opus fuit vt obligatione generali bonorum omnium futura quoque continerentur, (neque enim vetus aut media iurisprudentia id vnquam admisisset) quanto minus illud admittendum est citra constitutionem, vt nulla subsistente pignoris conuentione & præsentia & futura pignori data esse intelligantur. Nam quod isti adferunt nihil interesse † debitoris, ridiculum est: cùm vtique multo facilius 14
creditores inuecturus sit, offerẽs pignora nullo dum vinculo obstricta. Sed & quamuis nihil interesset debitoris, tamen quis non videt interesse creditorum † posteriorũ 15
propter quos præcipuè ad hanc disputationem decurrendum est, cùm de temporis ordine & priuilegio inter creditores pignoratitios concertatur? illud itaque pro firmo & fixo ponendum est, bona debitoris, si de pignore nihil conuenerit, tacito pignoris iure + obligata 16
regulariter, non videri, quod & omnium apertissimè probat *l. Aristo 3. D. qua res pign. oblig. poss.* Addo regulariter, quoniam casus quidam sunt in quibus aut constituturum aut receptum est vt pignus vel hypotheca tacitè contrahatur: De quibus in *dict. tit. In quib. causſ. pig. vel hypo. tacit. cont.* Inter eos verò casus pragmatici non mo- 17
dò nostri, sed etiam Galli hunc adstruunt, Si + ex chirographo agnito & recognitio agatur. Nam & ex iis ipsis qui fatentur hypothecã tacitam ex chirographo non induci, plerique omnes sic sentiunt, Si chirographum à debitore agnitũ & recognitũ sit, tacitam hypothecã ex eo tẽpore nasci, vt subinde hypothecaria exerceri possit non solùm contra debitorẽ ipsum, sed etiam contra cæteros quosque possessores ab eo posteriorẽ causſam habentes. Quam in sententiam + mouentur ex eo quod Senatus 18
nostri stilo cautum est vt à die recogniti chirographi *hypotheca*

19 *pothecæ currat & locum habeat.* Quasi verò id Senatus † noſſet ab initio egerit, vt iis verbis hypothecam tacitam ex chirographo recognito induceret, ac non potiùs vt hypothecæ in chirographo expreſſæ ſi quæ eſſent, legem certam daret. Cùm enim ita ius eſſet, vt pignoris quantumcumque expreſſi in chirographum collati nulla prorſus ratio haberi poſſet, propter fraudes quas alioqui facile eſſet comminiſci in necem anteriorum creditorum, niſi trium ſaltem teſtium idoneorum ſubſcriptio interueniret, *l. ſcripturas* 14. *C. qui potior. in pignor. habeant.* æquiſſimum ſane fuit conſtitui, vt à quo tempore fraudis ſuſpicio prorſus ceſſat, id eſt, agnito demum & recognito chirographo, hypotheca illa in eum vſque diem inutilis vires ſuas extunc, vt loquuntur, exercere incipiat. Præſupponendi enim ſunt, quod & pragmatici iactare ſolent, terminι habiles. Vt autem
20 nullo † conuento pignore ſola chirographi agnitio aut denegatio ſufficere poſſit ad inducendam tacitam hypothecam, nec iuris ratio vlla facit, nec æquitatis. Niſi ius creditoris reſpicias, qui fieri obſecro poteſt, vt plus iuris habeat is, qui non niſi chirographo obſtrictum habeat debitorem, quam qui publico & authentico nititur inſtrumento? Atqui ſi quingentis inſtrumentis per totidem notarios exceptis & ſubſcriptis creditor niteretur, non eo magis ſibi taciti pignoris acquireret, quod debitor ad iudicem euocatus vel agnouiſſet debitum vel denegaſſet, nec ſi millies litem conteſtatus
21 fuiſſet. Litis enim conteſtatio † facit quodammodo vt quaſi contrahi videatur *l. 3. §. idem ſcribit. D. de pecul.* ſed non ſimiliter pignus tacitum inducatur, quia neque expreſſim contrahendo induceretur: maior autem eſſe vis taciti non poteſt quàm expreſſi. Quanto minùs ergo inducendum erit, ſi non conteſtatio, ſed agnitio ſola aut denegatio debiti, non ita publicum inſtrumentum, ſed nudum chirographum collati præceſſerit? Nam ſi dicas
22 † tanto fauorabiliorem & priuilegio aliquo digniorem eſſe creditorem chirographarium, quanto leuiores habet debiti ſui probationes, vt qui tanto magis bonam fidem debitoris ſecutus ſit ſolo chirographo contentus. Reſpondebo, Ex eo potiùs apparere quàm alienum ſit non ſolùm à iuris ratione, ſed etiam à contrahentium voluntate, ſi tacitum pignus inducatur fauore eius qui pignoribus cauere ſibi noluit cùm poſſet: nam ſi voluit, imputet ſibi cur non fecerit, & cur nudam debitoris fidem ſequi maluerit vt ei fortaſſe gratior eſſet, quàm pignorum cautionem ab eo extorquere. Neque verò vnquam auditum eſt, quò quis negligentior fuerit in contrahendo, eo digniorem illum eſſe cui ſubſidiario iuris auxilio ſuccurratur. Vulgare namque verbum illud eſt,
23 & pragmaticis ipſis familiare, Iura † vigilantibus ſubuenire non dormientibus *l. ſumma. 21. §. ſed ſi alij, D. de pecul. l. qui autem. 6. §. ſciendum. l. pupillus 24. D. quæ in fraud. credit. l. 2. C. de annali except. l. debitor. D. de ſeparat.* Alioqui eodem abſurdo conſequens fieret quod erit longè abſurdius, vt ſi nec chirographum vllum extet, idem ius taciti pignoris creditoren ſequatur, & quidem tanto iuſtiùs quanto benignior & fauorabilior videri debet creditor, qui nullam prorſus debiti ſui cautionem, ac nec probationem à debitore ſuo exegerit. Quod enim extantis chirographi faceret agnitio aut
24 denegatio, quidni hoc etiam caſu confeſſio † aut inficiatio debiti faciet, accedente ſaltem litis conteſtatione? Atqui non eſt ex pragmaticis tam imperitus quiſquam, qui errorem hunc adeò ineptum adhuc induxerit. Solet quidem inficiatio calamniola nocere inficianti, & in
25 pleriſque cauſſis † ſua mendacio pœna conſtituta eſt, vt puta ſi poſſeſſor directa rei vindicatione conuentus falsò neget ſe poſſidere. Transfertur enim ab eo poſſeſſio, licèt actor nondum ſedominum eſſe probauerit, *l. vlt. D. de rei vindic.* Quo exemplo idem quoque conſtitutum Iuſtinianus voluit in eo qui per quaſi Seruianam, & hypothecariam conuentus negauit rem obligatam in bonis debitoris fuiſſe: vt ſi non à iure pignoris, cadat ſaltem à poſſeſſione *Authentem poſſeſſor. C. qui potior. in pignor. hab.* Facit etiam inficiatio † nonnunquam 26
vt obligatio creſcat quemadmodum in depoſito, & alias quibuſdam cauſſis *l. 1. §. 1. l. ſi quis inficiatus. D. depoſ. §. ſed furis quidem. inſt. de actionibus.* Sed vt propter inficiationem contrahatur obligatio pignoris, nuſquam prodi mihi eſt. Noua enim illa obligatio eſſet, quamuis accelloria, obligationes autem omnes licèt ex poſtfacto interdum creſcere poſſint, nunquam tamen niſi certis & legitimis modis contrahuntur, inter quos † 27
non eſt inficiatio. Agnitio † vero chirographi aut con- 28
feſſio debiti multo minus. Nemo enim confitendo & bonam fidem agnoſcendo facit conditionem ſuam deteriorem, niſi hactenus vt pro condemnato habeatur, ex præcedenti nimirum obligatione, quæ iuſta & legitima fuit. Nam nec condemnatur quiſquam niſi ex obligatione aliqua præcedente, nec turſus condemnatio † ipſa 29
facit vt condemnati bona obligata intelligantur, priuſquam in executione iudicati pignora capta ſint, id eſt per capionem conſtituta. *l. à Diuo Pio XV. D. de re iudicat.* ſicut nec ſi debitor conſtituerit ſe ſoluturum id quod debet, naſcitur ex eo hypotheca vlla, ſed tantùm perſonalis actio prætoria, *l. 1. & paſſ. de conſtit. pecun.* Cùm igitur cauſa † nulla ſit propter quam creditor chi- 30
rographarius eo tacitæ hypothecæ priuilegio dignus videri debeat ſiue agnitum ſit chirographum, ſiue denegatum, nec ferendum illud eſt, vt ſine cauſſa priuilegium inducatur. Cæteras enim omnes tacitas † hypothecas 31
fauor aliquis extorſit aut ex perſona creditorum, aut propter factum aliquod tacitamue conuentionem debitoris, aut denique ratione aliqua publicæ vtilitatis, nec eo tamen minùs neceſſaria fuit Senatuſconſultorum † aut 32
conſtitutionum principalium authoritas, vt ex iis etiam cauſſis hypotheca tacita induceretur. Quemadmodum in ſpecie *leg. prima, Digeſt. in quibus cauſſis pignor. vel hypoth. tacit. contrah. lege vnic. Codic. de rei vxor. act. leg. aſſiduis* 12. *Cod. qui potior. in pign. habeantur.* Excepto illo caſu quo agitur de mobilibus in prædium vrbanum inuectis per conductorem, aut de fructibus ex prædio ruſtico perceptis. Id enim moribus receptum potiùs quàm lege aliqua inductum videtur, vt quæcunque † in 33
prædium vrbanum conductor intulit, hoc ipſo ſint tacitè obligata pro pensione *l. in prædijs. 7.* utique fructus † prædiorum ruſticorum *l. eo iure 3. cum ſeq. D. in quib. cauſſ. pign.* Sed vtrumque † tamen ſummæ ratione. Il- 34 35
lud quaſi ex tacita conuentione, cuius coniecturam præbet factum ipſum debitoris res ſuas in alienam domum inferentis, quãdoquidem ita faciendi ius nullum habet niſi ex cauſſa conductionis, quæ ipſa eum obligat ad ſolutionem penſionis: Hoc verò quia cùm fructus fundo percipiantur, non tam feminis quàm ſoli & dominij iure, *l. qui ſcit* 25. §. 1. *D. de vſur.* conductio autem non aufferat dominium locatori, apparet non alia ratione fieri poſſe vt conductor fructus ex fundo locato perceptos ſuos faciat, quàm quòd eos percipiat ex voluntate locatoris, vt Africanus ait in *l. ſi ſervum* 63. §. *locati. D. de furt.* locator autem non aliter voluit aut cenſuit vt fierent conductoris, quàm ſi ab eo ſibi penſio ſolueretur. Proinde non tam mirum videri debet, fructus iſtos taciti pignoris vinculo teneri, quàm illud potius quî fieri poſſit vt pignoris iure obligati ſint locatori, in cuius dominio eſſe intelligantur. Neque enim propriæ rei pignus conſiſtere poteſt, *l. ne pignus* 45. *De regul. iur.* Sed hæc ratio ad eos tantum fructus † pertinet, qui 36
nondum percepti ſunt, nec à ſolo ſeparati, quos conſtat fundi partem eſſe. *l. fructus pendentes* 44. *D. de rei vindicat.* non etiam ad percepros. Fiunt enim illi conductoris ex perceptione, licèt penſio nondum ſoluta ſit. Itaque in ijs pignus tacitum vtiliter conſtitui & potuit & debuit, quia expreſſum poſſet. Iam verò quod ſtatim noſtet 37
† ſic habet *ex die agniti aut denegati chirographi hypo-*

thecam currere, & quod idem est *Debitum chirographarium ex quo agnitum vel denegatum est hypothecam habere*, apertissimum est sic accipi debere, si qua in ipso chirographo hypotheca expressa contineatur. Nam & sic dicimus lite † contestata vsuras currere, *l. lite 33. D. de vsur.* non vt significemus vsurarum debitum ex die contestationis incipere, vt vulgò plerique præsertim ex pragmaticis intelligunt, nam si contractus bonæ fidei fuit, incipiunt deberi ex mora etiam extraiudiciali, & quę contestationem præcesserit *l. mora 32. §. penult. eod.* sin stricti iuris, ne quidem post litem contestatam dicentur, in eóque à fructibus differunt *l. videamus 38. §. si actionem, eodem*, vt pluribus à nobis tractatum est *lib. 15. Coniectur. cap. 1.*) sed vt insinuemus, nouationem illam quæ per litis contestationem heri dicitur, non facere vt vsuræ quæ iam anteà deberi cœperant, desinant currere, sed currere illas suo marte, ac si nulla nouatio facta esset, quia species ista nouationis non solet deteriorem facere conditionem creditoris rem suam persequentis, cùm necessaria non voluntaria sit *l. aliam 19. D. de nouat.* faceret verò deteriorem si sisteret cursum vsurarum iam anteà debitarum. Porrò sicut aliud est non sistere vsuras iam currentes, aliud verò earum cursum inducere, sic & in proposito aliud est, hypothecam ex chirographo currere, aliud tacitam induci. Prius verum est & constitutum. Posterius verò nec constitutum est, nec iuris aut æquitatis colore vllo, nec rursum sine colore & prætextu aliquo costitui potuit.

ERROR II.

De Vsuris chirographariis.

SVMMARIA.

1 *Error pragmaticorum de vsuris in chirographo promissis, non debitis nisi ex quo agnitum est, vel denegatum chirographum.*
2 *Et ratione erroneam suam sententiam stabiliunt pragmatici, quod vsurarum vt pote odiosarum facile præsumatur remissio.*
3 *Vsuræ quanis sunt odiosæ, nisi in compensationem eius quod interest aut fructuum debeantur; & cur.*
4 *Vsuræ chirographo promissæ debentur ex eo tempore quo solutio fieri debuit, contra pragmat.*
5 *Qui ex chirographo conuenitur, quasi ex stipulatione conuenitur.*
6 *Non quasi per chirographum stipulatio contrahatur, aut mutuum, sed quia ex eo probatur & contractum esse mutuum & stipulationem interuenisse.*
7 *Quod ad ius obligationis attinet nihili interest, vtrum quis per publicam notarij manum se obliget, an per priuatam.*
8 *Vsuræ quantumlibet odiosæ sint, tamen cùm in stipulationem aut chirographum deductæ sunt, debentur, & numero. 15.*
9 *Odium vsurarum non efficit, vt promitti, aut certi conditione peti non possint, sed tantum vt ex nudo pacto peti nequeant.*
10 *Error Iacobi Cuiacij omnia pacta nuda esse mordicus defendentis.*
11 *Cur si tibi decem credidero, vt vndecim debeas, non plus quàm decem condicere liceat.*
12 *Quomodo accipiendum illud Accessiones frumenti, vel hordei, vel olei mutuò dati, etiam ex nudo pacto præstandas esse.*
13 *Actio præscriptis verbis ex quibus conuentionibus competat.*
14 *Pactio de mercis mutuò datæ accessionibus præstandis non potest facere vt actio ex contractu detur ad id quod pacto comprehensum est.*
15 *Ratione pecuniæ certo loco aut tempore debitæ id quod interest præstari non est nouum.*
16 *Vsura quæ odiosæ sint, aut non odiosæ.*
17 *Quoties stipulationi inserta est certa dies, si subiecta sit pœna conuentionalis dies interpellat pro homine.*
18 *Pœna stipulationi cur censeatur adiecta.*
19 *Vsuræ aut per comminationem pœnæ promittuntur, aut per præcisam obligationem.*
20 *Vsurarum remissio vt facilius præsumatur, quàm ceterarum rerum.*
21 *Præsumptio remissionis vsurarum, ad quas vsuras pertineat.*
22 *Probata conuentione de vsuris præstandis ni pecunia ad diem solueretur, vsura sine interpellatione debentur.*
23 *Agnitio aut denegatio chirographi non inducit obligationem sed proficit ad eam quæ iam inducta est officialiter exercendam.*
24 *Obseruanda cautio in hac assertione de præstandis vsuris per chirographum promissis.*

CReditoribus chirographariis displicebit fortasse superioris citoris animaduersio, huius placebit. Si chirographo † vsuræ promissæ sint, sive in speciem, & vt loquuntur, per modum pœnæ ni ad dictam diem pecunia soluatur, sive simpliciter & absolutè, sic nimirum concepta obligatione vt ad certam diem pecunia soluatur cum vsuris, hoc etiam si voles addito, quincuncibus aut semissibus, Pragmaticorum nostrorum frequens sententia est, Post multos annos agente ex chirographo creditore, nullam vsurarum fieri posse condemnationem, nisi ex quo agnitum chirographum est vel denegarum. Odio, inquiunt, vsurarum, † quarum remissio facilè præsumenda est *l. cum quidam 17. §. Diuus Pius. D. de vsur.* præsertim si quod plerumque fit, mutua pecunia fuerit quæ chirographo caussam dedit. Vsuras enim fœnebris pecuniæ constat non nisi ex stipulatione deberi & peti posse *l. 3. C. de vsur. l. Titius 34. D. de præscript. verb.* Ego verò etsi non inficior vsuras † quaslibet, iis exceptis quæ in vicem & compensationem eius quod interest aut fructuum debentur, esse odiosas, quoniam pecunia sui natura res sterilis est quæ pecuniam gignere non potest, ideóque nimirum non tam ex re quàm iure & ex negotiatione percipi dicuntur *l. si nauis 62. D. de rei vindicat.* In specie tamen proposita non dubito quin ex eo tempore † quo solutio heri debuit, vsuræ omni modo debeantur, si aliud nihil sit quod contrariam sententiam inducat. Mouet me illud imprimis, quòd qui ex chirographo † conuenitur non pro eo habetur acsi nuda pollicitatione aut nudo pacto se obligasset: quæ obligatio inefficax esset ad producendam actionem, sed quasi ex stipulatione conuenitur, cùm inter præsentes chirographum conscriptum est *l. 1. C. de contr. & com. stipul.* Vt pote quam à pacto, non tam vis verborum quam animus & voluntas contrahentium distinguat *l. iuris gentium 7. §. quòd ferè. D. de pact. l. 1. §. eum qui. D. const pec.* Ea verò & debitoris chirographū conscribentis, & creditoris accipiētis haud dubiè voluntas est vt efficaciter debitor obligetur, & ita vt ex chirographo conueniri possit: quod non aliter potest contingere quam si interuenerit stipulatio, quando quidem ex nudo pacto agi non posset: ex pollicitatione verò multo minùs *d. l. iuris gentium §. igitur nuda. & ff. ti. De pact.* Quamquam enim præcedentis interrogationis quæ in stipulatione necessaria est, mentio nulla fit in chirographo, facilè tamen colligi & induci potest ex ipso *promittendum* verbo, sive quòd solennitas intrinseca facilè præsumatur, *l. sciendum 35.* vbi nostri tractant *de verb. obl.* sive quod verba in pleniore & potentiore significatione accipienda sint, maximè vt id quod agitur operentur *d. l. 1.* vbi est textus ad hanc rem omnino

nino pertinens, *C. de cont. & commit. ſtipu. & in §. ſi ſcriptum. Inſt. de inu. ſtip.* Non quaſi † per chirographum ſtipulatio contrahatur, aut mutuum, ſed quia ex chirographo probatur & contractum eſſe mutuũ, & ſtipulationẽ interueniſſe. *arg. l. Publia* 26. §. 1. *D. depoſ.* Haud ſecus acſi de ea re publicum inſtrumentum à notario conſcriptum eſſet, quo caſu dubitari minus poſſet, quin etiamſi nulla ſtipulationis mentio incerta proponeretur, promiſſor tamen ex eo inſtrumento tanquam ex ſtipulatione probata conueniri poſſet. Cur. n. alioqui ad notarium iretur, cuius officium illud eſt, vt etiam abſenti creditori ſtipuletur, ſi ſtipulandi animus non adeſſet? Quid verò intereſt † quod ad ius ipſum obligationis, & ad animum 7 ſe obligandi attinet, verum quis per publicam ſcripturam ſe obliget, an per priuatam? Nihil prorſus. Tametſi longè paratior & expeditior ſit actio ex publico, & vt vocant, authentico inſtrumento quàm ex chirographo: Nam nec obligationis exceptio quicquam commune habet cum iure ipſo obligationis. Quòd ſi chirographum abſente creditore conſcriptum ſit, nec probetur numeratio pecuniæ chirographariæ, alia vtique actio competere non poteſt, quàm condictio ex chirographo, quæ ſucceſſit in locum obligationis literarum, quando quidem ſtipulatio inter abſentes cõtracta videri non poteſt §. 1. *Inſtit. de liter. obli.* Iunct. l *non figura* 38. *De obli. & action.* Itaque in propoſita quæſtione vſurarum condemnationem impedire illud non poteſt, quòd ſtipulatio non interuenerit, nec proinde quòd odioſæ exiſtimentur, quia quantumlibet † odioſæ ſint, tamen cùm in ſtipulationem aut chirographum nudum deductæ ſunt, 8 debentur *d. l.* 3. *C. de vſur.* Odium namque vſurarum † 9 non illud efficit vt promitti non poſſint (alioqui nec poſt agnitum aut denegatum chirographum deberẽtur, ac ne lite quidem conteſtata, cùm ex ſtricti iuris contractibus litis conteſtatio non inducat debitum vſurarum. Nec rurſum vt certi condictione peti non poſſint (id. n. fit propter naturam illius actionis, quæ cùm ſit ſtricta, formari per pactum nequit:) ſed tantùm vt ex nudo pacto peti nequaquam poſſint per actionem præſcriptis verbis, quomodo peti poſſent acceſſiones frumenti vel hordei mutuo dati *l. frumenti* 12. *eo. tit.* quæ ideo fauorabiliores certè ſunt quòd huiuſmodi rerum æſtimatio incerta ſit, non vt pecunia in republica benè adminiſtrata, ſemper ſibi conſtans *l. oleo* 13. *eod.* Iunct. *l.* 3. *D. de in lit. iur.* Nec rurſus eſt quod quis obiiciat, ſi tibi decem credidero ſic vt vndecim debeat, non plus quam decem condici poſſe *l. tibi* 17. *D. de pact. l. rogaſti* 11. §. *ſi tibi. de reb. cred.* Id enim fit, non quia pactum illud æquè 10 nudum ſit (error † n. ille eſt *Iacobi Cuiacij* mordicus defendentis omnia pacta eſſe nuda, cum ſi in continenti ſit adiectum, veſtiatur, vt noſtrorum verbo vtar, cohærentia contractus) ſed quia licèt nudum non ſit, actionem tamen ex contractu formare non poteſt. An hoc † ipſum 11 verò vt plerique putant, quòd contractus mutui ſit ſtricti iuris? Minimè. Nam & ſtipulatio contractus eſt ſtricti iuris, & tamen pacta in continenti poſt ſtipulationem facta ei creduntur ineſſe, etiam vt actionem ex eo contractu foment, *l. lecta* 40. *D. de reb. cre.* ſed quia mutui obligatio non niſi re contrahitur, re autem contrahi obligatio vltra quàm tenera datum, & numeratum ſit nõ poteſt. *l. eum vltra* 9. *C. de non num. pec.* Quare nec aliud eſſet, etiamſi depoſitum, quod bonæ fidei eſt, eadem lege & conditione factum proponeretur, quoniam recontrahitur ſicut & mutuum §. *item quoque Inſtit. quib. mo. re* 12 *cont. obl.* Et cùm dicimus acceſſiones † frumenti vel hordei, vel olei mutuò dati, etiam ex nudo pacto præſtandas eſſe, non ſic intelligimus vt condictione ex mutuo peti poſſint (nihil enim aliud ea actione peti poteſt quàm quod reuera creditum eſt) nec rurſum actione propria ex pacto, quæ iure ciuili nulla eſt, ſed ad actionem præſcripris verbis reſpicimus, quæ † competit ex conuentioni- 13 tus omnibus efficacibus quidem ad producendam actio-

nem, ſed pròprium nomen non habentibus *l. 1. l. natur.* 5. *d. l. Titius* 34. *& paſſ. de præſcr. ver. l. cum mota* 6. *C. de tranſ. vlt. C. de rer. permu.* Cuius modi eſt pactio † illa. De 14 mercis mutuo datæ acceſſionibus præſtandis, cum in continenti poſt contractum mutuum, aut in ipſo contractu adpoſita eſt: quoniam vt diximus, licèt non ſit nuda propterea quòd ineſt contractui, hactenùs vt dici poſſit non fuiſſe creditorem aliter contracturum, actionem tamen ex contractu formare non poteſt, id eſt facere vt actio ex contractu detur ad id, quod pacto cõprehenſum eſt, aliáq; proinde actione eſt opus. At cùm cauſa mutui cõuertitur in ſtipulationẽ, quod fit quoties pecuniæ creditæ nomine ſti pulatio interponitur, *l. cùm enim* 5. *& l. præced. D. rat. rem hab.* pactũ incontinẽti ad poſitũ ſufficere poſſet vt vſuræ deberẽtur, adcóq; ex ſtipulatu pererentur, nec vſurarũ odium repugnaret *d. l. lecta.* quia cùm ſtipulatio à pacto nõ niſi animo ſtipulandi aut paciſcẽdi differat, ferè eſt vt quoties ſtatim poſt ſtipulationẽ pactũ initur, idem ſtipulandi animus qui paulo ante fuit adhuc ſupereſſe videatur. Ideòque facilè fit vt actio ex ſtipulatu formetur per pactum, nec quicquam eſt, quod prohibeat. Multo igitur magis vſuræ † ex ſtipulatione præ- 15 ſtandæ erunt, ſi in ſtipulatum deductæ ſint cum ſorte principali, & ex chirographo peti poterunt. Nam etſi vſuræ nullæ promiſſæ eſſent, hoc ipſo tamen quod ſua certáque die ſoluenda fuit pecunia, nec ſoluta eſt, daretur creditori actio ex ſtipulatu ad id quod ſua intereſſet: & quidem ex vi ſtipulationis, ne alioqui dies fruſtra & inutiliter adiecta videretur *l. ſi Calendis* 10. *D. de re iudic. l. ſi fundum certo die* 114. *de verb. obl.* Nam ratione pecuniæ † certo tempore aut loco deditæ id quod intereſt 16 præſtari non eſt nouum *d. l.* 3. *D. de in lit. iurand. l. quod ſi Epheſi* 4. *de eo quod cert. loco.* & nos explicauimus *lib.* 15. *Coniect. cap.* 3. Quidni ergo vſuræ debebũtur quaſi in vicem & taxationem eius quod intereſt, ex conſilio *I. C. in l. vlt. de prætor. ſtipulat.* Ex quo etiam reſponderi poteſt ad id quod paullò antè dicebamus de odio vſurarum. Vſuræ † enim illæ demum odioſæ ſunt quæ tanquam 17 vſuræ debentur, non quæ pro eo quòd verè intereſt creditoris, non magis quàm quæ vice & loco fructuum *d. l. curabit* 5. *C. de act. empt.* Quanto autem æquius eſt deberi eas ſi præter diei adiectionem per modũ pœnæ ſint promiſſæ: Id. n. generale eſt vt quoties † ſtipulationi inſerta 18 eſt certa dies, ſi ſubiecta ſit pœna, dies interpellet pro homine ad committendã pœnã, nec alia vlla ſiue iudicialis ſiue extraiudicialis petitio neceſſaria ſit *vulg. l. magnã C. de cont. & cõm. ſtip.* Pœna. n. illa cenſetur † adiecta ob hoc 19 ſolùm ne poſt moram debitoris quærendũ ſit an interſit creditoris *l. ſtip. iſta* 38. §. *alteri de verbor. obl.* aut animo taxandi eius quod intereſt *d. l. vlt. de præſcr. ſtipul.* Quòd ſi vſuræ † non per comminationem pœnæ, vt plerumque 20 fit, his verbis vulgaribus *ſub pœna expenſarum damnorum etiam intereſſe*, ſed abſolutè promiſſæ ſint hoc modo *cum expenſis, damnis & intereſſe*, longe minorem dubitationem res habet, quin vſuræ ex ea promiſſæ debeantur à die finiti, vt aiunt, termini, cum ſint in præciſa obligatione, cuius vtique maiorem vim eſſe conuenit quam comminationis. Illud ſanè fateor vſurarum † remiſſio- 21 nem facilè præſumi, id eſt faciliùs quàm cæterarum rerum, quia cùm in cæteris rebus tria concurrere neceſſe ſit ad inducendam tacitam debiti remiſſionem, taciturnitatem longi temporis, id eſt decennij inter præſentes, aut vicennij inter abſentes, proximam conſanguinitatem & actum aliquem tacitæ remiſſionis, qualis ille eſſe poteſt ſi ſæpiùs redditæ ſint rationes *l. Proculo* 29. *D. de probation.* in remittendis tamen vſuris ſufficit interueniſſe conſanguinitatem proximam & longi temporis taciturnitatem. *d. §. Diuus Pius.* Ergo ſi aut cõſanguinitas nulla ſit inter debitorem & creditorem, aut breuius tempus, quàm decennij interceſſerit, cùm ex chirographo vſuræ petentur, cur remiſſæ præſumentur? Nunquam ſiquidem ei qui tardiùs agit imputandum eſt cur non ci-

tiùs egerit,dummodo agat intra tempus constitutum,id est dummodo, à iure agendi nondum sit tempore exclusus: sciuit enim ius suum sibi competere *arg. 3. non videtur l. sicut* 8. *D. quibus mod. pign. vel hypoth. soluit.*

22 Adde quòd tacita † vlla vsuratum remissio ad eas tantum vsuras pertinet,quæ sunt odiosiores,id est,quæ tanquam vsuræ debentur, non ad eas quæ iure eius quod interest, aut in vicem fructuum. Denique vt errorem istum pragmaticorum detegamus apertiùs, finge nihil chirographo cautum esse de vsuris, sed tantùm ex facto proponi conuenisse inter debitorem de ijs præstãdis ni

23 ad diem pecunia solueretur. Non est ex pragmaticis † qui dubitet quin ea conuentione probata vsuræ debeantur,etiamsi nulla interpellatio secuta sit? Quidni enim cum conuentio iusta sit,nec legibus aut bonis moribus contraria? Atqui ea ipsa conuentio probatur per chirographum in quo continetur. Quænam autem apertior, aut certior probatio est,quàm quæ fit per aduersarij non solùm confessionem,sed etiam scripturam? Ergo concludendum est promissas quouis modo vsuras creditori præstandas & adiudicandas esse,ad finem vsque quinquennium,(quæ frequentiores vsuræ nostris temporibus sunt) tametsi ex chirographo petantur. Non enim agni-

24 tio † aut denegatio chirographi inducit obligationem, sed proficit ad eam quæ iam inducta est efficaciter & sine fraudis suspicione exercendam: Hoc tamen semper

25 † exceptum volo,ne quid ex ea chirographaria obligatione præiudicij cæteris creditoribus generetur, antequam agnitio aut denegatio facta sit,quæ omnem fraudis,& prælatæ diei suspicionem excludat. In summa vsuras promissas, per chirographum ex eo tempore præstari volo,quod in conuentione deductũ est, solius debitoris incõmodo,& damno,non etiam aliorũ creditorum, quibus nec ipsius sortis obligatio chirographaria noceret.

ERROR TERTIVS.

De hypotheca per chirographum expressim constituta

SVMMARIA.

1 *Error pragmaticorum arbitr. hypothecam ex chirographo in quo expressa est,non prius competere,quàm fuerit agnitum chirographum.*
2 *Ratio qua pragmatici errorem suum statuminant.*
3 *Falsum esse illud interpretum,chirographariam obligationem nullas vires habere prius quam chirographum agnitum sit aut denegatum.*
4 *Chirographi agnitio,pignus inducere non potest.*
5 *Scriptura non est necessaria ad constituendum pignus seu hypothecam.*
6 *Pignus conuentum in chirographo diem vel annum expressim non habente, valet ex eo die quo conuentum fuit,non quo probatum.*
7 *Probationes omnes ad tempus rei gestæ retrotrahuntur.*
8 *Probatio quæ fit per chirographum laborat suspicione fraudis non ratione debitoris, sed creditorum qui medio tempore superuenerunt.*
9 *Negotio in chirobraphum deducto per testes probato efficax est pignoris conuentio ex eo die quo chirographum conscriptum est.*
10 *Inter creditores hypothecarios locum & ordinem quando obtineant chirographarij.*
11 *Conclusio contra sententiam interpretum.*

VPerioribus erroribus hic quoque necessariò coniungendus fuit. Nam versatur etiam circa chirographarias obligationes. Pragmaticis †

1 placet, Bonis omnibus debitoris per chirographum expressim obligatis non prius tamen ex chirographo hypothecam competere,nec consequenter hypothecariam exerceri posse, quàm chirographum agnitum sit, aut denegatum,ideoque condemnandum creditorem qui prius hypothecaria egerit: nec malè & præposterè instituram actionem ex eo conualescere posse, quòd ex postfacto appareat chirographarium pignus fuisse, mouentur † 2
hoc vno rationis prætextu quòd chirographaria obligatio nullas prorsus vires habeat,antequam chirographum agnitum sit aut denegatum. Quæ ratio euidenter falsa est. Iam † enim à quo tempore mutuum contractum 3
est, & chirographum conscriptum, contractum quoque esse obligationem,nec eam solùm,sed etiam chirographum vires habuisse fatendum est: & consequenter pignus quod in chirographo continetur. *l. creditricem. ff. C. de remiss. pignor.* Nam licet scripturæ fides sit suspecta quod ad alios attinet,in quorum necem collusio intercedere potuit debitoris & chirographarij creditoris, tamen quod ad ipsum debitorem pertinet,qui fraudem sibi ipsi facere non potest, quænam obsecro res impediet ne ex die conscripti chirographi obligatus censeatur? Agnito nimirum quandocunque posteà chirographo, aut per literarum comparationem vel per testes probato, quibus duobus modis probari potest chirographi veritas,si per malam debitoris fidem denegetur. Non enim
agnitio † chirographi inducit pignus non magis quàm 4
obligationem ipsam sortis,sed eam quæ iam antè contracta fuit,qualis sit & fuerit declarat,sicuti de sententia iudicis dici solet, non tam acquiri per eam ius victori, quàm ius illud quod ante habuit declarari. Et verò quis dicat scripturam † esse necessariam ad constituendum 5
pignus,aut aliud contractus genus ijs exceptis contractibus qui in scriptis fieri dicuntur? de quibus in *l. contract.* 23. *C. de fide instrum.* Ad futuram dũtaxat rei gestæ memoriam & probationem scriptura adhiberur *l. contrahitur* 4. *ff. de pignor.* hypotheca autem nuda voluntate & solo consensu contrahitur. Quòd si scriptura ad contrahendum pignus necessaria non fuit sufficiente scilicet sola pignoris conuentione,multo minùs necessaria erit scripturæ probatio vt in eum vsque diem pignoris vtiliter contracti vis & potestas suspendatur. Sed & finge
nullum in chirographo † diem expressum esse, ac ne 6
consulem quidem, id est, annum quo chirographum conscriptum est. Nemo idcircò dixerit chirographum nullius fore momenti, si modo constet siue per debitoris cõfessionem,siue per quas alias legitimas probationes à debitore ipso scriptum aut subscriptum esse. Sed & pignus,si quod in eo conuentum fuit valebit & quidem ex eo die quo conuentum fuit,non quo probatum erit conuentum fuisse. *l. cum tabernam. §. idem quæsit. D. de pignor.* Cur ergo dicamus duriorum esse debere conditionem creditoris chirographum proferentis,habens diem & Consulem? Nam etsi nullum omnino chirographum conscriptum fuisset,tamen pignoris conuentionem per testes probatam esse sufficeret, nec quisquam dubitaret, quin probatio contracti pignoris ad eum diem quo contractum esset,retrotraheretur. Id enim generale & perpetuum est in probationibus omnibus † vt ad rei gestæ 7
tempus retrotrahantur,quando non quid nunc sit, sed quid anteà gestum fuerit probatum est: Nisi ea probatio
† sit quæ laboret suspicione fraudis,cuiusmodi sanè illa 8
est,quæ fit per chirographum,sed ratione aliorum creditorum duntaxat,qui medio tempore superuenerunt, qui scilicet iustam causam habent verendi ne quid in eorum necem prælato die factum sit, non autem ratione ipsius debitoris,qui,vt dixi, fraudem sibi ipsi facere nullo modo potest. Quo argumento dicerem intrepidè,si negotij in chirographũ deducti † veritas non per chirographum 9
ipsum,id est per solam debitoris confessionem,aut quod hac parte idem est,per literarum comparationem,sed per testes probaretur vtilem existimandam fore & efficacem pignoris conuentionem, ex eo die quo chirographum conscriptum esset,non modò in præiudicium ipsius debitoris, sed aliorum etiam creditorum, nec solùm quod

ad

ad debitum ſortis ſed etiam quod ad vſuras ſi quæ chirographo promiſſæ ſint, ſiue abſolutè, ſiue in poenam, quia ceſſante ſuſpicione fraudis propter vrgentes in contrarium veritatis probationes, nihil cauſſæ eſt cur conuentionis ſuæ fructu & emolumento priuari iuſtus creditor debeat. Illa enim fraudis præſumptio aut potiùs ſuſpicio iuris tantùm eſt, non etiam de iure quomodo iidem pragmatici loquuntur, & ideò probationem contrariam admittit, & probationi cedit. Nam & ob hanc cauſam † conſtitutum eſt in *l. ſcripturas* 14. *C. qui potior. in pign. habeant.* vt ſuum inter cæteros creditores hypothecarios locum & ordinem obtineant chirographarij, ſi chirographarium quoque pignus habeant, & chirographum à tribus teſtibus idoneis & probæ famæ ſubſcriptum proponatur, quòd eo caſu nulla fraudis ſuſpicio ſubſit. Ergo concludēdum † eſt chirographarium creditorem eumdémque hypothecarium ſi anteagnitum chirographum hypothecaria egerit, non minùs rectè egiſſe videri, quàm ſi pignoris conuentio in publicum inſtrumentum collata eſſet, quia nec magis hoc quam illo caſu intereſt debitoris, quem verum eſt & debitorem eſſe, & res ſuas obligaſſe.

ERROR IV.

De offerendi iure quod poſteriori creditori competit aduerſus anteriorem.

SVMMARIA.

1 *Creditor pignus poſſidens non aliter conuehiri poteſt à poſterioribus creditoribus licèt hypothecariis, quam ſi ei quicquid debetur, offeratur.*

2 *Creditor anterior non cogitur pati diſtractionem pignoris, quamuis multò pluris ſit pignus, quàm quod debetur.*

3 *Quid iuris ſit vbi poſterior creditor adeò pauper eſt vt explicare pecuniam non poſſit ad offerendum anteriori.*

4 *An. aut debiti ſui iacturam, aut longiores moras pati cogetur.*

5 *Idque ſiue creditor per traditionem poſſeſſor factus ſit, ſiue per clauſulam conſtituti.*

6 *Si poſterior creditor poſſideat, prior agens hypothecaria non aliter ſummoueri poteſt, quam ſi poſterior debitum cum acceſſionibus legitimis offerat.*

7 *Poſterior creditor plus iuris habere nequit, quàm debitor à quo cauſam habet.*

8 *Poſterior creditor non poteſt vendere pignus, licèt debitor poſſit, & cur.*

9 *Error pragmaticorum exiſtimantium anteriorem creditorem non poſſe impedire diſtractionem pignoris ſi per poſteriorem conueniatur.*

10 *Qua ratione errorem ſuum ſuffulciant pragmatici.*

11 *Senatus Sabaudie definitio pro dotis creditrice poſteriori (vidua ſcilicet) in cauſa petente diſtractionem pignoris quod anterior poſſidebat.*

12 *Ex Iuſtiniani conſtitutionibus creditoribus anterioribus etiam expreſſam hypothecam habentibus mulier præfertur.*

13 *Definitionem Senatus à pragmaticis imperitè trahi ad omnes creditores.*

14 *Pragmaticos pro ſententia ſua tuenda perperam afferre l. pro debito. 7. de bon. aut. iud. poſſid. qua ad ſolos creditores chirographarios, non etiam hypothecarios pertinet.*

15 *Inter chirographarios & creditores nullus eſt ordo.*

16 *At inter hypothecarios ordo temporis ſeruatur.*

17 *L quamuis. 6. D pign. act. pro pragmaticis non facere.*

18 *Quomodo temperanda eſſet pragmaticorum ſententia.*

CReditoris † pignus poſſidentis ius illud eſt, vt à poſterioribus creditoribus licet hypothecariis non aliter conueniri poſſit, quàm ſi ei quicquid debetur tam acceſſionū omniū quàm ſortis nomine offeratur. Qui enim prior eſt tempore potior eſt iure, vulg. *l. 1. l. potior. l. qui habentem*, & paſſ. D. *qui potior. in pignor. habeant. l. 1. C. eo.* Nec cogitur creditor † anterior pati diſtractionem pignoris, tametſi multo pluris ſit pignus quam quod debetur, quia quanto minus eſt quod debetur, tanto amplior eſt facultas offerendi, & conſequenter tanto magis imputari poteſt creditori poſterior, cur non offerat, cùm offerendo poſſit confirmare ſuum pignus, atque ita poſtmodum per diſtractionem rei obligatæ conſequi ſolutionem eius quod ſibi debetur. At quid ſi poſterior † creditor adeò pauper & egens ſit vt explicare pecuniā non poſſit ad offerendum anteriori? An debiti † ſui iacturam, aut longiores moras pati cogetur, ſi fortè nulla alia bona debitor habeat, quàm quæ anterior creditor poſſidet? Ita ſanè eſt. Numquam enim creditoris anterioris ius ex poſterioris conditione immutari poteſt, nec eius qui ſibi ab initio diligenter proſpexit pignus accipiendo quicquam intereſt, cum quo poſtea debitor contrahat, an cum diuite, an cum egeno, aut an diues pauperve ſit is à quo conuenitur. Sufficit enim quòd patatus ſit vti iure communi. Neque verò difficultas præſtationis ſolet nocere, ne ſtipulatori quidem, quominùs promittor ad dandū obligetur *l. centum* 137. §. *illud. de verb. oblig.* Sicut nec quòd difficilis ſit explicatio pecuniæ, facit vt eo minùs poteſtatiua dicatur conditio, quæ in danda pecunia conſiſtit. Quanto minùs ergo nocebit ei, cum quo nihil contractum eſt? Quemadmodū enim dicimus, iniquum eſſe eum qui cū pupillo non contraxerit, cogi expectare pupilli pubertatem *l. apud Iulia. 3. D. quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eat.* Ita nec ferendum eſt vt qui cum egeno non contraxit, ſed cum diuite & locuplete debitore, ob id ſolum iure ſuo communique vti prohibeatur, quòd idem debitor cum alio inope & egeno poſtea contraxerit. Cur enim cogatur expectare aut optare vt augeantur poſterioris creditoris facultates? Præſertim cùm ipſe poſſideat, & à poſteriore creditore vltro inquietetur? Nec diſtinguemus an per traditionem † poſſeſſor factus ſit, an quod frequentius eſt, per clauſulam conſtituti, cùm vtroque modo poſſeſſionem veram habeat non modò ciuilem, ſed etiam naturalem, realem, & vt pragmatici loquuntur, actualem, *l. quod meo* 18. *D. de acquir. poſſ.* Nam etſi non poſſideret, ſed poſterior † ipſe creditor, tamen non aliter ſubmoueri poſſet anterior agens hypothecaria, & alienam auocans poſſeſſionem, quàm ſi ei poſterior omne debitum cum legitimis acceſſionibus offerret, quia neque pignus vllum habere poſterior creditor prius intelligitur, quam priorem dimiſerit, quod non fit niſi ſoluto aut ſaltem oblato reuera eo quod debetur: hoc autem facto pignus ſecundi creditoris tum demum confirmatum eſſe intelligitur. Sed nec poſterior † creditor plus iuris habere poteſt quàm debitor à quo cauſam habet. Debitor autem non poſſet circa oblationem turbare poſſeſſionem pignoris, quod datum eſt anteriori creditori. Atqui, inquies poſſet debitor † ipſe pignus vendere, ea ſaltem lege vt ex pretio creditori ſatisfieret. Quidni ergo poſterior creditor vendere poterit? Nam & cum creditore poſtulante pignus diſtrahitur, debitor ipſe diſtrahere intelligitur. Reſpondeo plus iuris habere debitorem, quia dominus pignoris eſt, quàm creditorem qui neque dominium habet, neque vllum, vt dixi, pignus, niſi poſt dimiſſos omnes anteriores. Hæc quanquam ita ſunt, & ex vera ſtrictáque iuris ratione veriſſimè diſputantur, inualuit tamen apud nos ab annis aliquot, error † pragmaticorum exiſtimantium creditorem anteriorem non ſolum ſi agat, ſed etiam ſi cōueniatur per poſteriorē, non habere ius prohibendi quominus diſtrahatur pignus

vt ex pretio ſatisfiat vtrique ſuo ordine, hoc tantùm addito temperamento, vti ne priùs poſſeſſio pignoris anteriori creditori auferatur, quam ipſi omnino, & ad vl-
10 timum vſque quadrantem ſatisfactum ſit. Cui errori † cauſam dediſſe videtur ratio illa æquitatis, quòd cùm ius pignoris ſolui poſſit quandocumque, & quomodocumque ſoluto debito, nihil videatur intereſſe creditoris anterioris, vtrum ex pecunia poſterioris, an ex ipſius pignoris pretio dimittatur, dummodo ſuum conſequatur, & quidem ſuo ordine, nec priuſquam conſecutus ſit, poſſeſſione ſua priietur. Poſterioris verò creditoris ex contrario poteſt quàm maximè intereſſe ſi fortè præ nimia egeſtate pecuniam nequeat explicare ad offerendum: quo caſu durum ſanè videtur cogi eum debiti iacturam facere, ſi ex pignoris pretio vterque creditor dimitti queat, præſertim ſi alia nulla ſint debitoris bona in quæ experiri poſterior creditor poſſit. Et ſanè memini
11 † Senatum noſtrum cùm viduæ & pauperculæ cuiuſdam dotem repetentis cauſa tractaretur, hoc ei priuilegium indulſiſſe, vt audiretur petens diſtractionem pignoris, quod anterior quidam creditor poſſidebat, nec debitum auferre cogeretur. Fauore nimirum dotis, quam alioqui amiſſura erat mulier, & famè periclitatura, cùm non haberet vnde offerret. Quæ ſententia ideo mihi placebat, non ſolùm quòd manifeſtiſſima æquitate nitebatur, cùm ſpectet ad publicam vtilitatem vt dotes conſeruentur (æquitas enim ex publica, non ex huius aut illius hominis vtilitate æſtimanda ſemper eſt) ſed etiam quia ex Iuſtiniani conſtitutionibus iniquiſſimis ſanè, verumtamen apertiſſimis, ita ius compa-
12 ratum eſt, vt creditoribus † omnibus licet anterioribus adeóque expreſſam hypothecam habentibus mulier præferatur. *l. aſſiduis, 12. Cod. qui potior. in pignor. hab.* quemadmodum pluribus à nobis comprobatum eſt, *lib. 7. Coniect. cap. 16.* Sed extra cauſam dotis numquam patiar tam apertè vim fieri legibus, vt neſcio quo æquitatis prætextu iura omnia quæ extant in libris noſtris, De iure offerendi, conuellantur & antiquentur. Quis enim poſterior creditor non hanc potiùs viam eligat diſtrahendi pignoris, quod nullo ſuo incommodo facturus ſit, quàm pecuniæ pro debito offerendæ? Et ta-
13 men ius illud † quod Senatus noſter in cauſa dotium ſingulari earum priuilegio, nec niſi occurrente paupertatis fauore induxerat, paulatim à pragmaticis noſtris tractum eſt ad omnes omnino creditores, quantumuis locupletes, adeóque quod magis mirum eſt, licèt alia ſint bona, ex quibus poſterioris creditoris indemnitati conſuli poſſit. Quæ res impugnat maximè vtilitatem non tantùm debitoris, ſed etiam aliorum creditorum poſteriorum, ſi qui ſint, quibus inauditis ea pignoris diſtractio fiat propter expenſas publicarum actionum, & laudimia, quæ ex iis debentur. Nemo enim dubitat quin ſi poſteà ex quacunque cauſa diſtractio, quæ bona fide facta eſt, per alios creditores reuocetur, reſtituendum ſit emptori quicquid illi abeſt, ſiue extraneus ille ſit, ſiue is ipſe creditor, qui pignus diſtrahi curauit. Vnde fieri neceſſe eſt vt tanto ius ius ſit in bonis debitoris, atque ita poſteriores creditores in damno morentur, quibus ſatisfieri fortaſſis potuiſſet, ſi ius commune inter priores locum habuiſſet. Etſi enim neque debitor neque poſterior creditor venditionem pignoris impedire poteſt *l. 1. & tot. tit. Debit. vend. pign. imp. non poſſ. l. vlt. Cod. ſi antiq. credit. pign. vend.* æquum tamen eſt creditoribus omnibus, adeóque ipſi debitori conſuli, quantum fieri poteſt ex iuris communis ratione, neque prohibendus eſt anterior creditor, qui ius habet prohibendæ diſtractionis pignorum, quominus iure ſuo vtatur, ſi fauere velit debitori, ne noua ſumptuum & laudimiorum acceſſione
14 pauperior fiat. Quod verò pragmatici † pro ſententia ſua tuenda adferunt *legem pro debito 7. C. de bon. auctor. iudic. poſſid.* vbi ſcriptum eſt, ſingulis creditoribus ſatisfieri debere ex bonis debitoris pro menſura debiti, ridiculum eſt. Pertinet enim lex illa, vt & totus ipſe titulus ad chirographarios creditores, perſonalem duntaxat actionem habentes, non ad hypothecarios. Nam inter
15 chirographarios † nullus ordo eſt, cum par ſit ius omnium, niſi ſi qui ſint priuilegiarij ex priuilegiaria debiti cauſa *l. priuilegia, 42. D. eo.* Vnde etiam fit, vt qui ex creditoribus ſolus miſſus eſt in poſſeſſionem bonorum debitoris, omnium nomine miſſus intelligatur. *l. cum vnus 12. D. de reb. auctor. iudic. poſſid.* Nimirum pro ſui quiſque debiti menſura, quod Galli dicunt *à ſol & à liure*. At
16 inter hypothecarios † ordo temporis ſeruatur, vt prioribus priore loco ſatisfieri oporteat, & quidem in ſolidũ per ius offerendi, ſi inuitis iis poſteriores diſtrahi pignora velint, qui ſcilicet nec pignus vllum, vt diximus, habere intelliguntur, quandiu prioris creditori ius ſubſiſtit, ſed dimiſſo demum priore creditore ius & pignus ſequentium confirmatur, niſi fortè quis eadem audacia contendere velit. Etiam chirographariis creditoribus nullam hypothecam habentibus, permittendum eſſe vt petant diſtractionem pignoris ab anteriore creditore poſſeſſi. Eadem enim hîc vrget æquitas illa, vt ſine anterioris creditoris incommodo cæteris ſatisfiat. Et tamen nemo non videt multo magis alienum id fore à iuris ratione, nec pragmatici ipſi negarent, ſi non ex chirographariis creditoribus facerent hypothecarios, inducẽdo tacitam hypothecam ex ſola chirographi agnitione, vt ſcripſimus *in Error 1.* Meliùs facere pro pragma-
17 ticis † videtur, quod ſcriptum eſt in *l. quamuis 6. D. de pignor. act.* ſecundùm Attilicini ſententiam, cogendũ ex cauſſa creditorem vt pignus vendat. Quid enim, inquit lex, ſi multo minùs ſit, quod debeatur, & hodie pluris venire poſſit pignus, quàm poſteà? Sed obſeruandum eſt, primùm ſententiam illam Attilicini eo loco reprobari à Triboniano, cui inhumanum videtur cogi creditorem pignus vendere: at melius eſſe vt debitor ipſe vendat, & creditori ſatisfaciat. Quis autem permittat poſteriori creditori vt vendat, cùm nec dominium habeat, nec pignus, vt dixi niſi poſt dimiſſos anteriores creditores? Deinde ita ſenſiſſe Attilicinum vno illo caſu quo debitor ſoluendo non eſſet, id eſt debitum offerre non poſſet. Item quo non poteſt pignus alio tempore tanti venire. Itaque vel ex illo maximè loco pragmaticorum error conuincendus eſt. Sanè temperamentum † ſaltem
18 hôc pragmaticis quoque placere deberet, vt eo demum & vno caſu poſſet creditor poſterior diſtractionẽ pignoris petere inuito anteriore: quo per egeſtatem impediretur, ne offerre poſſet, nec alia bona eſſent debitoris in quæ hypothecariam exercere liceret, nimirum vt à iure communi quàm minimùm fieri poſſet, recederetur, arg. *d. l. quamuis 6. D. de pignor. act.* De qua ſi plura videre voles, legenda ſunt quæ ſcripſi *lib. 8. Coniect. cap. 8.*

ERROR V.

De pignoris venditione facta per creditorem iure creditoris.

SVMMARIA.

1 *Quomodo differat pignoris venditio qua fit à creditore iure creditoris, ab ea qua fit autoritate iudicis poſtulante creditore.*

2 *Caſus quo is qui non eſt dominus dominium nihilominus transferre poteſt.*

3 *Cur vendito pignore autoritate iudicis ad poſtulatum creditoris, creditoribus poſterioribus ius offerendi competat aduerſus emptorem etiam extraneum.*

4 *Creditor quando poſſit rem pignoratam emere.*

5 *Si læſio in pretio pignoris autoritate iudicis venditi vltra dimidiam intercenerit, cur poſteriores creditores non neceſſe habeant implorare auxilium noua conſtitutionis ad reſcindendam venditionem.*

6 *Intra ſemeſtre ſtatuto Sabaudiæ creditores poſteriores poſſunt luere pignus venditum autoritate iudicis.*

7 *Id verò non obtinet quando pignus à creditore iure creditoris diſtractum eſt & cur, num.* 8.

9 *Error pragmaticorum arbitrantium cum iure creditoris pignus vendere quo poſtulante venditio fit publica auctione.*

1 SPerandа † eſt pignoris venditio quæ fit à creditore iure creditoris ab ea quæ fit authoritate iudicis poſtulante creditore. Priore caſu ſi venditio ritè rectéque facta ſit, id eſt non ſolùm pro debito, ſed etiam ſeruatis ſolennibus. *l.* 4 *& C. de diſtr. pign. l.* 4. *C. ſi vendit. pignor. agat.* ſecurus eſt emptor, nec ab aliis creditoribus poſterioribus inquietari poteſt *l.* 1. *C. ſi antiq cred. pign vendid.* licèt alioqui futurum ſit vt moriantur in damno, quia non aliud ius habere poſſunt, quàm quod ſibi quæſierint ex perſona debitoris. Emptor autem non à debitore ius habere intelligitur, ſed à creditore qui ipſe vendidit & quidem ſuo iure quique tametſi dominus non fuerit, plenum tamen dominium tranſtulit in emptorem, quia vendidit ex voluntate debitoris qui dominus fuit *l. qui creditore* 18 *C. de diſtract. pignor.* Hic enim vnus caſus
2 eſt ex iis, in quibus ille † qui non eſt dominus transferre dominium nihilominus poteſt. §. 1. *Inſtit. quib. alien. lic. vel non.* Et ad hunc caſum pertinent leges omnes quæ ſunt ſub titulis. *C. de diſtract. pignor. Si antiq. credit. pign. vendid. Credit. pign. euict. non deber. Si vendit. pignor. agat.* Poſteriore verò caſu creditoribus poſterioribus offerendi ius competit †
3 aduerſus emptorem etiam extraneum. *l.* 3 §. 1. *de diſtract. pignor.* quia emptor non à creditore, quo poſtulante facta venditio eſt, ſed à debitore ipſo cauſam habere intelligitur. Factum enim iudicis cuius autoritas interuenit, cenſetur factum partis, id eſt debitoris cuius res eſt quæ diſtrahitur, haud ſecus ac ſi ipſius quoque iudicis autoritate pignus conſtitutum eſſet. *l.* 1. & 2. *C. ſi in cauſ. iudic. pign. capt. ſit.* Vnde illud etiam fit, vt euicta re vendita debitor de euictione teneatur, perinde ac ſi ipſe vendidiſſet. *l. ſi ob cauſam* 13. *C. de euict.*
4 Item vt quamuis creditor, qui † pignoratam rem vendit iure creditoris, eam ipſe emere aut per ſe, aut per alium nequeat, tamen emere ſine dubio poſſit ſi debitor ipſe aut iudex nomine debitoris diſtrahat. *l. & qui ſub imagine.* 10. *C. de diſtract. pignor.* Ergo ſi lætio † in pretio vltra dimidiam interuenerit, neceſſe non eſt creditores poſteriores implorare auxilium nouæ conſtitutionis ad reſcindendam ex ea cauſa venditionem, quomodo debitori neceſſe eſſet. *l.* 2. *C. de reſcind. vendit.* quia ſaluum habent ius commune, quod non similiter contingit ſuperiore caſu, id eſt facta per creditorem ipſum venditione proprio iure, quoniam neque offerendi ius vllum ſupereſt. *d. l.* 3. *in princip. l.* 2. *C. ſi antiq. credit.* neque venditionem ab alio factam reſcindere alius poteſt qui à venditore ipſo nullum ius habeat, poſteriores autem creditores ab anteriore nullum ius habent. Similiter dicendum eſt intra ſemeſtre †
6 quod ſtatuto noſtro debitoribus datum eſt ad redimenda pignora, quæ iudicis autoritate diſtracta fuerunt, ius eſſe poſterioribus creditoribus luendi pignoris & offerendi emptori quicquid ei ab eſt, cum legitimis acceſſionibus, quia vt conſtituent ſuum pignus vti poſſunt iure debitoris. *l.* 1. *C. qui potior. in pign. hab.* Debitor autem totum illud tempus liberum habet
7 ad pignus redimendum. At ſi venditio † pignoris ab ipſo creditore facta eſſet, iure creditoris nullum luendi, aut vt melius dicam redimendi pignoris ius haberent poſteriores creditores, quia nec debitor haberet, cùm ſemeſtre illud ſtatutarium ad publicas tantùm auctiones pertineat, quæ ipſius debitoris nomine fiunt, non etiam ad cæteras, quia nec redimendi ius habere alius poteſt, quam qui vendidit, aut qui cenſetur iure venditoris. Et ſanè fuit æquiſſimum † agi mitiùs cum debitore, cuius inuiti factum iudex ſupplet in vendendo pignore, quàm cum eo cuius factum & conſenſus interceſſit, non quidem in vendendo, ſed in danda creditori licentia vendendi, quam vtique dediſſe videtur illo etiam caſu quo nihil de vendendo pignore dictum eſt, dum ne in contrarium nihil dictum ſit, *l.* 4. *de pignor. act.* ſibi enim imputet, qui cum creditore ſic contraxit, eique venditionis faciendæ ius & facultatem aut dedit, aut non abſtulit, cùm poſſet id facere per conuentionem *l.* 3. *D. quæres pignor.* Adeò vt etiam ſi creditoris dolus & colluſio interceſſerit in vendendo, nihil tamen aduerſus emptorem cõſtitui debeat, quamdiu creditor ipſe indemnitati præſtandæ idoneus eſt. *l.* 1. 3. 4. *&* 8. *C. ſi vendit. pign. agat. l. ſi ceſſante* 7. *C. de diſtr. pignor.* quia iuſtius eſt debitori teneri eum qui cum debitore contraxit, quàm eum qui non contraxit. Pragmatici † tamen noſtri manifeſta iuris ig
9 noratione diſtinctionem hic nullam admittentes ſic paſſim loquuntur, vt dicant iure creditoris eum vendere quo poſtulante venditio fit publica auctione. In iéque alij errores quamplurimi naſcuntur, dum leges quæ de creditore diſtrahente tractant, ad eum caſum accommodant, quo venditio fiat per iudicem nomine debitoris poſtulante creditore.

ERROR VI.

De iterata pignoris venditione.

SVMMARIA.

1 *Qui emit à creditore vendente iure creditoris ſecurus eſt, nec à debitore, aut poſterioribus debitoris creditoribus inquietari poteſt.*

2 *Exceptio,*

3 *Si poſtulante creditore pignus autoritate iudiciali diſtractum ſit, poſterioribus creditoribus ſalua manet pignoris perſecutio.*

4 *Idque ſiue creditor, ipſe emerit, ſiue alius extraneus.*

5 *Differentia inter caſum quo debitor priuata pactione pignus diſtrahit, & eum quo apparitor iudicis nomine debitoris imperante iudice & poſtulãte creditore.*

6 *Inter priuatas & publicas venditiones quid interſit.*

7 *Error pragmaticorum denegantium iteratam pignoris iam rite venditi diſtractionem, niſi læſi immodica vel ſimilis quæpiam ratio vrgeat.*

8 *Eos perperam allegare pro ſua ſententia l.* 1. *C. ſi antiq. cred. pign. vend.*

9 *Statutum Sabaudiæ ad quæ pignora redimenda indulgeat ſemeſtre.*

10 *Pragmaticorum error.*

11 *Ad ſimilitudinem executionis iudicati pignus conuentionale ex authentico inſtrumento diſtrahi ſolet.*

11 *Inſtrumenta guarentigiata vim habent ſententiæ & condemnationis.*

13 *Tituli Dig. & Cod. de diſtract. pignor. ad quas diſtractiones pertineant.*

14 *Sententia l. ſi in hoc* 14. *C. de diſtract. pign.*

15 *Vendito pignore à poſteriore hypotheca perſecutio prioris creditori ſalua manet.*

16 *Exceptio.*

1 PRoxime diximus, eum qui emit † à creditore vendente iure creditoris ſecurum eſſe, nec à debitore aut poſterioribus debitoris creditoribus inquietari poſſe: idque veriſſimum eſt *l.* 1. *&* 2. *C. ſi antiq. credit. pign. vẽdid. l.* 3. *in princip. D. de diſt. pign.* Vnus ille tantùm caſus † excipiendus eſt, ſi contra bonam
2 fidem nec ſeruatis ſolennibus creditor vendiderit, puta ignorante aut aliter circumuento debitore, & emptor fraudem participauerit. *l.* 4. *C. de diſtr. pignor.* iunct. *l. pen. C. ſi vendid. pign. agat.* Nimirum ſi creditor non

ſit ſoluendo ad indemnitatem debitori præſtandam. Sic enim id accipi debere cõſtat. *ex l. 1. & 3. eod. tit.* Nam hoc caſu ſicuti competit actio debitori ad reuocanda ea omnia, quæ mala fide geſta eſſe conſtiterit, ita vt fructum quoque & damni quod irrogatum apparuerit rationem haberi oporteat, ita poſterioribus ab eo debitore caulam habentibus proſpici æquum eſt vt eodem iure vti, & exiterata pignoris diſtractione ſuum conſequi poſſint. Et, quod ſcriptum eſt in *d. l. 1. C. ſi antiq. credit. pign. vend.* Vendito per anteriorem creditorem pignore, perſecutionẽ hypothecariam poſteriori ſupereſſe non poſſe, nemo dubitat quin non aliter abſolute verum eſſe poſſit, quàm ſi prior venditio rite, rectéque facta ſit. Licèt etiam tùm cùm malè facta eſt, dolum quoque participante emptore, hactenus emptori faueamus vt nõ prius inquietari eum patiamur, quàm conſtiterit indemnitatem debitori cúíue creditoribus cæteris, ab ipſo creditore qui malè vẽdidit, præſtari non poſſe. At cùm poſtulãte † creditore
3 pignus auctoritate iudiciali diſtractum ſuit (qui frequentiſſimus noſtris temporibus diſtrahendorum pignorum mos eſt: vix enim vſuuenit vt creditor vendat iure creditoris, quamuis ſuo iure liberam habeat etiam cùm nihil dictum eſt, diſtrahendi pignoris facultatem. *l. 4. D. de pignor. act.*) quemadmodum debitor ipſe non creditor vendere intelligitur, ita euentu recte eſt, vt perinde ſalua ſit perſecutio pignoris poſterioribus creditoribus aduerſus emptorem quo pignus iam ſemel venditũ quantũuis bona fide iterum diſtrahatur, ac ſi ab ipſo debitore vel vẽditum eſſet vel datum in ſolutum. Quod ſi factum fuiſſet, vtique dubitari non oporteret quin facto debitoris adempta poſteriori creditori actio non eſſet. Neque enim fieri vnquam poteſt, vt quis facto ſuo alienam perimat actionem, aut vt debitorum pactionibus creditorum iuri derogetur, *l. debitorum. 25. C. de pact. l. 3. & paſſ. C. de remiſſ. pignor.* Nec diſtinguemus an creditor † ipſe vice extranei emerit quaſi in ſolutum
4 accepto pignore, vt in *l. 1. & 2. C. ſi in cauſ. iudic. pign. capt. ſit.* an alius omnino extraneus. Nam & ſi debitor anteriori creditori pignus in ſolutum dediſſet, non idcirco perſecutionem hypothecariam poſteriori creditori competentem, aut potiùs offerendi ius (quod ſolum competit ante obligationem & oblignationem debiti, quæ ipſa de iure inducit hypothecam & hypothecariam pro ſecundo creditore) peremiſſe diceretur, non magis quàm ſi aut alij prorſus extraneo vendidiſſet, aut poſteriori creditori in ſolutum dediſſet. *d. l. 1. C. ſi antiq. credit. pign. vendid. d. l. 1. D. de diſtri. pig.* Sicut &, ſi primo creditori ſecundus obtuliſſet, atque ita pignus confirmaſſet, aut à primo creditore ritè comparaſſet, non eo minùs ſecundo creditori tertius offerre poſſet, quamuis emptionis titulo ſecundus tenuerit pignus, quia non tam acquirendi dominij, quàm ſeruandi & confirmandi pignoris ſui cauſa pecuniam dediſſe intelligitur, *l. cum ſeruandus 5. §. 1. l. ſeq. eod.* quod etiam obtinet in eo qui ſucceſſit in ius fideiuſſoris. *l. 2 eod.* Imò & in fideiuſſore qui emit à creditore. Hic enim licèt emerit, non tamen ſimilis habendus eſt extraneo emptori *l. ſi mandatu. 59. §. 1. D. mandat.* Quid autem referre poteſt an debitor ipſe priuata pactione pignus diſtrahat, an apparitor iudicis, nomine debitoris imperante iudice, & creditore requirente? Differentia † tantùm in eo eſt quòd hoc poſteriore caſu
5 venditio publicè fit, ſolet autem publicarum venditionũ maior eſſe vis, non ſolùm propter interuenientẽ iudicis auctoritatem, ſed etiam quia cæteri creditores cùm ſcire potuerint id quod publicè fiebat, interdicere pro ſuo iure ſibique proſpicere potuerũt, non adimpediendam pignoris venditionem, quam creditor anterior vrgeret (non magis enim poſſunt impedire quàm ipſe debitor, vt ſuperiore capite dictum eſt) ſed pluris licitando, aut alium emptorem ſubiiciendo plmris licitaturum, vt ex pretio vtrique creditori commodè ſatisfieri poſſet: quòd ſi non fecerint, videri poſſunt ius ſuum remiſiſſe, quomodo & ij omnes, qui rem ſibi obligatam diſtrahi non ſolùm patiuntur, ſed etiam conſentiunt, *l. ſicut 8. §. non videtur. D. quib. mod pig. vel hypoth. ſoluit.* Etſi enim cùm priuata vẽditio ſit, nõ ex eo ſolo vis pignoris extinguitur, quod creditor venditioni adfuerit cámque ſciuerit, nili etiam expreſſim conſenſerit, quia poteſt dicere ideò ſe adfuiſſe, & tacuiſſe, quòd ſciret ius ſuum durare *d. §. non videtur.* Tamen interſ † priuatas & publicas ven- 6
ditiones hac parte intereſt hactenus vt qui publicã venditionem ſciuit, ſi ius ſuum exequutus non ſit, illud remiſiſſe intelligatur, licèt fuerit anterior, multò magis ſi poſterior ſuit: alioqui facile decipiuntur ij qui ad publicas auctiones accedendo fidem publicam ſequuntur, *l. ſi hypothecas. 8. C. de remiſſ. pignor.* innct. *l. aut prator. 7. §. quæſitum. D. de minor.* Verumenimuerò conſtat hoc tum demum rectè dici cùm & programmate admoniti ſunt creditores vt venditioni pignoris adeſſent, & adfuerunt. Alioqui non poſſunt videri obligationem pignoris remiſiſſe, qui nec admoniti, nec præſentes fuerunt cùm vox præconis, vt dici ſolet, pauciis innoteſcat, *l. ſi eo tempore 6. C. de remiſſ. pignor.* quamquam ſi præſentes fuerunt, nil neceſſe eſt admonitionem præceſſiſſe vt ius ſuum remiſiſſe videantur. Non enim certiorandus eſt qui ſcit, *l. 1. §. vlt. de act. empt.* Igitur non nocebit poſterioribus creditoribus venditio pignoris facta nomine debitoris iubente iudice & poſtulante creditore anteriore, ſi cùm illa fieret ipſi ignorauerunt, nec ius ſuum exequi potuerunt. Proinde poſtulare poterunt vt idem pignus iterum diſtrahatur, ſi fortè alius emptor inueniretur qui pluris licitari velit. Sed ita vt non priùs emptori poſſeſſio auferatur, quàm ipſi prorſus ſatisfactum ſit & redditum quicquid ei abeſt tam precij nomine quàm acceſſionum. Contra tamen vulgo pragmatici † ſentiunt, exiſtimantes non aliter permittendum 7
eſſe vt pignus iam ritè & ſeruatis ſolennibus venditum iteratò diſtrahatur, poſterioribus creditoribus vrgentibus, quàm ſi magna aliqua æquitas ita fieri poſtulet, vt puta ſi læſio immodica & vltra dimidiam interuenit, nec alia ratio ſit conſulendi indemnitati creditorum. Quam in rem † adducuntur *l. 2 C. ſi antiq. credit. pig. vendid.* vbi 8
ſcriptum eſt. *Obligata pignoris iure, creditore recte diſtrahente, debitorem poſſea emptori pretium offerentem, vel creditori quod debuit eximere non poſſe.* Sed iam monuimus in ſuperioribus, legem illam vt & totum titulum ad eas pignorum venditiones pertinere, quæ à creditoribus fiunt iure creditorum, non ad illas quæ fiunt per autoritatem iudicis nomine debitoris, poſtulante creditore, quarum diuerſam eſſe rationem conſtat ex *l. 1. eod. tit.* non quidem quod ad debitorem ipſum attinet, qui factam iudicis non minùs quàm ſuùm proprium ratum habere cogitur: ſed quod ad poſteriores creditores qui licet à debitore ipſo ius habeant, in hoc tamen melioris condicionis ſunt, quod neque eorum nomine, neque iis vocatis & præſentibus facta vanditio eſt. Et ideo non magis nocere ijs debet quod à iudice debitoris nomine factum fuit, quàm ſi à debitore ipſo ijs ignorantibus factum eſſet. Sed & quod ad debitorem attinet hodie multum refert, an debitor ipſe diſtrahat, aut eius nomine apparitor iudicis, an verò creditor iure creditoris, non equidem ſi iuris ciuilis rationem inſpicias, ſed propter ſtatuti noſtri ius nouum, quod debitoribus † ſemeſtre dat ad redimenda pignora quæ 9
iudiciali autoritate diſtracta ſunt, non etiam ad redimenda ea quæ ex creditoribus quiſpiam iure ſuo vendiderit, vt ſuperiore capite diximus. Errant † itaque toto cœlo pragmatici, qui ad venditiones illas, de quibus ſtatutum noſtrum loquitur, accommodant eas leges, quæ de venditionibus per creditores iure proprio factis loquuntur. Accommodare potius deberent *Titul. C. ſi in cauſſ. iudic.* 10

pig.capt.ſit, & quæ Vlpianus ſcribit in *l.à Diuo Pio* 15. *D.de re iud.* Etſi enim loci illi loquuntur de pignoribus captis in executione iudicati, & ipſa iudicis autoritate, non ex conuentione conſtituris, tamen cùm de pignorum diſtractione agitur quæ fit imperio iudicis, nihil omnino refert an à iudice ipſo an à debitore conſtitutum fuerit pignus, niſi quòd precedente conuentione pignoris, nil neceſſe eſt conſtitui pignus & capi à iudice, ſed quod conuentio conſtituit, capiendum eſt. Nec quòd citra ſententiam vllam iudicis pignus conuentionale, ex publico, & authentico inſtrumento diſtrahi ſolet, ad
11 rem facit. Id enim fit † ad ſimilitudinem executionis iudicati, poſtquam ſtatuti poteſtate inductum eſt vt inſtrumẽta publica, & vt noſtri vocant guarentigiata † habẽt
12 vim ſententiæ & condemnationis: ac ſi is qui coram notario & teſtibus profeſſus eſt ſe debere, confeſſus eſſet in iure & apud iudicem ſe debitorem, quo caſu vtique pro condemnato haberetur *l.1.D.de confeſſ.* Itaque in cauſſa iudicati pignus capi intelligitur, quod capitur in executionem inſtrumenti gaurentigiati conuentionem pignorum continentis: nam & hoc caſu iudicis authoritas neceſſaria eſt, ad permittendam pignoris diſtractionem (niſi cùm executio fit ex diplomate principali, quod De debitis appellant.) Hæc ſola differentia quòd hoc caſu pignus non conſtituitur per capionem vt pote iam conſtitutum per conuentionem, quod tamen ſi conuentio
13 nulla ſubeſſet per capionem ipſam conſtitueretur. Certè tituli † illi D.*& C de diſtract pign.* non ad alias diſtractiones pertinent quàm quæ fiunt à creditoribus iure creditorum, vt & proximo capite monuimus. Frequentiſſima enim erat, ne dicam aſſidua conuentio illa inter debitorem & creditorem, vt creditori pignus diſtrahere liceret: quæ & cùm omiſſa eſt, habetur pro expreſſa, adeò vt nec abſolute conuenire poſſit ne liceret, nec rurſum valeat pignus quod per creditorem diſtrahi non poteſt *l.4. 5.& 6.D.de pignor.act.* Et miror hanc diſtrahendi pignoris formam in deſuetudinem abijſſe, cùm creditoribus longè vtiliſſima ſit. Niſi fortè deſuetudini cauſam illud dedit quòd cùm non ſemper pignorum emptores inueniantur, intereſt creditoris vt poſſit ipſe per ſe emere, aut per alium; quod facere non poſſet ſi ipſe venderet iure creditoris: neque enim poſſet idem eſſe emptor & venditor. vt in ſuperioribus diſputauimus. Nec ad aliam diſtrahendi pignoris ſpeciem referendum eſt, quod ſcriptum legimus † in *l.ſi in hoc* 14 *Cod.de diſtract. pignor.*
14 Si in hoc quod iure debetur ſatis factum non fuerit creditori, debitore obligatas res poſſidente, aditum præſidem prouinciæ iuſtarum diſtrahendi facultatem fieri creditori. Senſus enim eſt, partes iudicis eas eſſe debere, vt iubeat reſtitui pignoris poſſeſſionem creditori, quò poſſit ille pignus diſtrahere ſuo iure. Nec enim creditor pignus vendere poteſt, eiúſque dominium transferre in emptorem, niſi priùs poſſeſſor factus, vt emptorem ſub inde poſſit inducere in vacuam poſſeſſionem, quomodo ſcriptum eſt in lege præcedente. Nam multo facilius eſt vt qui dominus non eſt, alium faciat dominum per poſſeſſionis tranſlationem, quàm vt qui dominus eſt in aliũ transferat dominium ſine poſſeſſione. Planè ſi proponas
15 venditum eſſe † pignus à poſteriore creditore licèt iure creditoris, nemo tamen idcirco negauerit hypothecæ perſecutionem anteriori ſaluam fore, quia non potuit debitor paciſcendo cum poſteriore creditore deteriorem facere conditionem anterioris: at neque pignori obligare rem, quæ iam anteà alteri erat obligata, niſi dimiſſo priùs anteriore creditore *l. & qua nondum* 15.
19 *§. qui res ſuas. D. de pignor.* Niſi proponas anteriorem † illum creditorem cùm publico programmate admonitus & præſens eſſet, ius ſuum exercuiſſe. Tunc enim pignus ſuum remiſiſſe intelligeretur *dicta l. ſi eo tempore 6. 6. de remiſſ. pignor.* Quare nec hoc caſu quicquam intererit an creditor poſterior pignus vendiderit iure ſuo, an vendi tanquam ex debitoris perſona curauerit. Eàque diſtinctio ſolo illo caſu adhibenda eſt, quo anterior creditor vendiderit. Nam neque fieri poteſt vt poſterior qui ignorante anteriore idem pignus & accepit, & vendidit, iure ſuo & rectè id fecerit, quia nec pignus vllum habere creditur quouſque ius ſuum confirmauerit, quod ipſum non aliter facere poteſt quàm ſublato prioris pignoris vinculo, id eſt, vt iam diximus anteriore illo creditore dimiſſo.

ERROR VII.

De dolo in re ipſa, & Dolo ex propoſito.

SVMMARIA.

1 *Inter enormem leſionem & enormiſſimam differentia prima à pragmaticis aſſignata.*
2 *Differentia ſecunda.*
3 *Differentia tertia.*
4 *Enormiſſima leſione interueniente, & venditionem nullam eſſe ipſo iure, & fructus omnes à die contractus perceptos reſtituendos eſſe contendunt pragmatici.*
5 *Leſio quantumlibet immodica nihil commune habet cum cauſa doli, aliiſque remedijs dolus, alias leſio vindicatur, contra pragmaticos.*
6 *Contrahentibus licet naturali ratione vt ſe in pretio decipiant.*
7 *Dolus emptoris qualitate facti non quantitate pretij eſtimatur.*
8 *Etiam cum ſupra dimidiam leſio interuenit, contractus nihilominus valet, contra pragmaticos: imo ne quidem ex ea cauſa reſcindendus eſt.*
9 *Enormiſſima leſione interueniente, iubetur emptor conditione ex lege & officio iudicis vel fundum reſtituere pretio recepto, vel quod iuſto pretio deeſt, ſupplere.*
10 *Ex empto poteſt dari actio ad corrigendam venditionem ſicut & ad diſtrahendam.*
11 *Reſtitutio in integrum non eſt neceſſaria ad reſcindendam venditionem ſi immodica leſio interuenerit, ſecus verò ſi dolus.*
12 *Sententia l. ſi quis cum aliter 36. de verb. obligat. & num. 24.*
13 *Si immodica leſio in tranſactione interuenerit, non datur reſtitutio in integrum, ſecus verò ſi dolus, ex conſtitutione Sabaudiæ Ducis.*
14 *Lapſus pragmaticorum & interpretum.*
15 *Is demum dolus facit contractum bonæ fidei ipſo iure nullum, qui dedit cauſam contractui, non qui incidit in contractum.*
16 *Quis dolus dicatur dare cauſam contractui, quis verò incidere in contractum & inducere reſtitutionem.*
17 *Reſtitutio præſupponit contractum tenere.*
18 *Impetrata reſtitutione fructus percepti à die contractus, ſunt venditori reſtituendi.*
19 *Cùm ab initio contractus tenuit, fructus à die tantùm litis conteſtatæ reſtitui volunt pragmatici, & cur.*
20 *Dolus in re non dat cauſam contractui, nec facere poteſt vt contractus ab initio non valeat.*
21 *Dolus qui in pretij & æſtimationis modo interuenit incidere dicitur in contractum, non dare cauſam contractui.*
22 *Explicatio ſententiæ l. ſi ſuperſtite 5. C. de dol. vulgò malè intellecta.*
23 *Actio de dolo in perſonam eſt & infamiam irrogat, ideoque nec inter quoslibet competit.*
25 *Cur Vlpian. in l. ſi quis. 39. D de verb. obl. exceptionem doli accommodat ei qui dolũ in reipſa tantùm paſſus eſt.*
27 *Reſtitutiones pro minima cauſa non conceduntur.*
28 *Doli diſtinctio in verum & præſumptum eſt cõmentitia.*

Immodicam,

IMmodicam,&,vt vocant, enormem læsionem ab enormissima distinguere nostri solent. Enormem† illam intelligunt quæ est vltra dimidiam iusti pretij: de qua in *l. 2. C. de rescin. vendit.* Enormissimam verò quæ excedit 2 bessem, Enormen † fatentur nihil commune habere cum dolo. Facilè si quidem fieri potest, vt immodicè quis læsus sit in contrahendo etiam citra dolum. At ex enormissima læsione induci aiunt dolum in re ipsa, eumque dolo ex proposito æquiparari, ex *l. si quis cũ aliter 36. de verb. oblig.* Indeque inferunt, in omnibus causis eandem esse rationem doli & enormissimæ læsionis, quasi parum referre debeat an dolus malus in re ipsa, an ex proposito interuenerit. Itaque cùm admittant, quod & verissimum 3 est, immodica † dũtaxat læsione intercedente rescindendam esse venditionem beneficio nouæ constitutionis *l. 2. C. de rescind. vendit.* Si tamen læsio enormissima interuenerit, negãt valere venditionem, defendúntque nul- 4 lam † esse ipso iure, non secus acsi dolus ex proposito venditioni causam dedisset *l. & eleganter 7. D. de dolo.* Ex qua etiam colligunt fructus omnes quosquos emptor à die contractus perceperit, restituendos esse venditori, quasi nullo iure, nullóque titulo perceptos, vtpote titulo, qui validus putabatur, ad non titulum redacto. Quinimo quod magis mirum est, idem iuris constituunt, etiamsi iusiurandum accesserit. Nam quòd hoc casu non solùm à iureiurando absolui per episcopum debet is qui iurauit, sed etiam necessaria ei est restitutio in integrum ex rescripto Principis, ad rescindendam venditionem, ex moribus Galliæ ad nos translatum videtur, ærarij potiùs locupletãdi causa, quàm ex necessitate: & quomodo pragmatici loquuntur, vt quod de facto processit, de facto etiam rescindatur, non vt eo minùs contractus ipso iure nullus existimetur. Ego verò semper credidi læsio- 5 nem † quantumlibet immodicam, nihil commune habere cum causa doli, aliisque remediis dolum, aliis læsionem vindicari. Generaliter enim indefinitè verum est, 6 contrahentibus † licere naturaliter, id est, naturali ratione, vt se in pretio decipiat. *l. in causa 25. §. idem Pomponius. D. de minor. l. item quæritur 23. §. vlt. D. de locat.* & ad rescindendam venditionem malæque fidei probationem hoc solùm non sufficere, quòd magno pretio fundus comparatus minoris distractus fuerit *l. ad rescindendam 4. C. de rescind. vendit.* Dolus † enim empteris qua- 7 litate facti, non quantitate pretij æstimatur *l. dolus 10. eod.* Nec admittenda est distinctio illa nostrorum interpretum, An infra an supra dimidiam alteruter contra- 8 hentium læsus sit. Nam & cùm supra dimidiam † læsio interuenit, contractus nihilominus valet, tametsi bonæ fidei sit, nec magis audiendus est venditor, qui duplum precij offert emptori *l. non est probabilis 6. eo.* Neque si enormissima læsio fuit, vllo tamen iuris loco proditum est contractum non valere: At ne quidem ex ea causa rescindendum esse. Hactenùs sanè receditur ab eo quod in emendo & vendendo actum dictúmque est, vti iubeatur † emptor vel fundum restituere precio recepto, vel 9 si malit, quod iusto precio deest supplere *d. l. 2. C. de rescind. vendit.* Sed id fit non per contractus rescissionem, aut impetrata in integrum restitutione, at condictione ex lege & officio iudicis actioni bonæ fidei addicti, vt ostendunt verba illa legis *autoritate iudicis intercedente.* Prætoris enim fuisset, non iudicis, dare in integrum restitutionem, si auxilium restitutionis necessarium esset, vt contingit cùm ex causa doli venditio rescindenda est 10 *d. l. dolus.* Neque nouum est vt ex empto † actio detur ad corrigendam venditionem, quippe quæ daretur & ad distrahendam, *l. ex empto. 11. §. si qui vina D. de action. empt.* Quòd si restitutio † non est necessaria ad rescin- 11 dendam venditionem, cùm læsio tantùm enormis interuenit, multò minùs erit necessaria si læsio enormissima fuit, & tamen necessaria est cùm dolus intercessit *d. l. dolus.* Ergo non bene læsio enormissima comparatur dolo. Et sanè an læsio vltra dimidiam, an vltra bessem interuenerit nulla vnquam lex distinxit. Nam quod Vlpianus † scripsit in *dict. l. si quis cum aliter 36. de verb. oblig.* aliquando tem ipsam in se dolum habere, & eo casu perinde doli mali exceptionem stipulanti nocere, acsi dolus eius interuenisset, non ad hunc casum referendum est quo læsio enormissima in pretio intercesserit, sed ad alios plerosque innumeros, in quibus accidere potest, vt res ipsa in se dolum habere videatur, vt puta si stipulatio facta sit sine caussa, vt in *l. 2. §. circa. D. de dol. mal. except.* aut de ea cuius status iam tum cùm stipulatio interposita est, mutatus fuerit ignorante tam stipulatore, quàm promissore. Et aliis huiusmodi casibus, quibus euenit vt quamuis stipulator nihil ab initio dolo fecerit, tamen doli exceptione repelli debeat, quia hoc ipso facit dolo quod nũc petit, vt Vlpianus ait. Est autem necessaria doli exceptio, quia stipulatio non eo minùs tenet, cùmque sit stricti iuris non potest ei exceptio doli inesse, sicut inesset bonæ fidei iudicio, vt dolus ipso iure vindicetur. *l. sed etsi 21. D. solut. matrim.* Quantum autem distet enormissima † læsio à dolo, ex eo quoque apparet 13 quod edicto serenissimi Ducis nostri Emanuelis Philiberti ante Cal. Non. 1577. prohibitum est, ne qua posthac restitutio in integrum detur aduersus transactionem prætextu quantumlibet enormis & immodicæ læsionis, quam tamen Princeps optimus idémque iuris religiosissimus saluam esse voluit si quid dolo malo alterutrius transigentium factum proponatur. Sed & quàm grauiter non modò pragmatici nostri, sed etiam interpretes † 14 errent in eo quod ex enormissima læsione inferunt dolum in re ipsa, qui dolo ex proposito æquiparetur, indéque colligunt ipso iure nullam esse venditionem, in qua læsio enormissima interuenerit, adeò vt fructus quoque restitui oporteat, constat ex eo quod etiamsi dolus ex proposito in emptione & venditione interuenisset, dummodò causam contractui non dedisset, id est, dum ne deceptus esset alteruter in hoc ipso vt contraheret, venditio tamen valeret, fructusque fierent emptoris tanquam bonæ fidei possessoris, nec vnquam restituerentur, etiam rescissa venditione, nisi qui à die litis contestatæ percepti essent. Quia non quilibet dolus † facit contra- 15 ctum bonæ fidei ipso iure nullum, sed is demũ qui dedit causam cõtractui, nõ qui incidit in contractũ *d. l. & elegãter 7. D. l. si res æstimata. 12. §. 1. D. de inr. dot.* Caussã verò contractui † dat solus ille dolus, per quem fit vt 16 quis contrahat qui aliàs non esset contracturus. Alius quilibet dolus incidere dicitur in contractum & inducere restitutionem *tot tit. De dolo, & d. l. dolus 10. C. de rescind. vendi.* Restitutio † autem præsupponit cõtractum 17 tenere, cum per restitutionẽ sit rescindẽdus. Neque enim rescindi potest id quod ipso iure non tenet. Etsi autem impetrata restitutione † ita ius est, vt fructus omnes non 18 à die tantũ litis contestatæ, sed à tempore initi cõtractus perceptos restitui oporteat venditori, & vicissim emptoti vsuras legitimas pretij soluti, vt omnia in pristinum statum reponãtur. *l. quod si minor. 24. §. restit. l. patri. 27. si* 19 *pecuniã. D. de minor.* alio tamen iure pragmatici † vtũtur nec nisi à die litis contestatæ fructus restitui patiuntur, cum ab initio contractus tenuit, quasi in eum vsque diem bona fides durauerit, quæ lucrum fructuum adferre debeat possessori, quomodo obseruari solet, non solum si ex capite doli, vel metus, vel enormis læsionis, sed quod magis mirum est, etiamsi ex caussa minoris ætatis restitutio impetretur, de quo dicemus latiùs infrà errore 6. Decad. 7. Portò nemo dixerit dolum † qui in re ipsa 20 sit dare caussam contractui, & facere posse vt contractus ab initio non valeat, quia tametsi verum maximè esset quod pragmatici volunt enormissimam læsionem in pretio inducere dolum in re ipsa, dolum verò qui in re ipsa sit æquiparari dolo ex proposito, non tamen consequens est vt contractus sit nullus, quia etiamsi dolus ex proposito interuenisset, non ideò tamen nullus esset, sed

per

21 per reſtitutionem reſcindendus, quandoquidem dolus † qui in precij & æſtimationis modo interuenerit inducere dicitur in contractum, non dare cauſam contractui *dict. l. & eleganter. dict. l. ſi res æſtimata. dict. l. dolus.* poſſit autem fortaſſe quiſpiam pro errore pragmaticorum
22 tuendo † obiicere *l. ſi ſuperſtite 5. C. de dolo.* vbi duo hæc tanquam contraria opponuntur: Tranſactum eſſe bona fide, & læſum eſſe immodicè alterutrum ex contrahentibus. Sed reſpondendum eſt locum ita omnino accipi debere ſi immodica illa læſio interuenerit dolo pactis, non ſolùm, quoniam alioquin mala fides ex vilitate precij nec inducitur nec probatur *dict. Ad reſcindendum 4. & d. l. dolus 10. C. de reſcind. vend.* Sed etiam quia lex ait competituram eo caſu actionem de dolo filiæ emancipatæ contra patrem, niſi paterna obſtaret verecundia, ideoque ad ſubſidiariam in factum actionem Prætoriam recurrendum eſſe. Atqui nemo dixerit ob dolum qui ſit in re ipſa duntaxat, non etiam in perſona
23 aduerſarij, de dolo agi poſſe. Nam actio † de dolo cùm ſit in perſonam, adeóque infamiam irroget, ob idque nec inter quoſlibet competat, quamdiu alia actio aut ciuilis aut honoraria competere poteſt *l. 1. §. penult. & vltim. cum ll. ſeq. D. de dolo.* nec inter patrem & liberos, etiamſi alia actio nulla ſit *l. non debet 11. eod.* non aliter dari poteſt quàm ſi perſonalis dolus proponatur, Nec eſt con-
24 trarium † quod in *dict. l. ſi. quis cum aliter.* Vlpianus exceptionem doli accommmodat ei quoque qui dolum in
25 re ipſa tantùm paſſus ſit. Id enim fit † duplici ratione, & quia exceptio doli non ſicut actio infamat, licèt ſit in perſonã, ex parte eius cui obiicitur *l. 2. §. 1. D. de dol. except.* quia nimirum non ſuper exceptione ſententia fertur, ſed ſuper actione, abſoluto ſcilicet reo qui iuſtam habuit doli exceptionem, & quia qui dolus ab initio fuit in re ipſa, fieri incipit perſonalis eo tempore, quo agitur ex contractu qui dolum in re ipſa habuit, & qui nihildum fecerat dolo cùm contraheretur, licèt res ipſa in ſe dolum haberet, nũc demum dolo facit cùm agit ex ea ſtipulatione: Cui conſequens eſt, vt ſi nunquã ex ſtipulatione ageret, neque actioni, neque exceptioni doli locus vnquam eſſe poſſet. atqui in ſpecie *dict. l. ſi ſuperſtite*, non agebat pater, quippe qui ſolenniter per nouationem & acceptilationem fuerat liberatus. Cur ergo contra eum daretur actio de dolo etiãſi immodica læſio & ex immodica læſione dolus in re ipſa interueniſſet? Et verò obſer-
26 uandum † eſt in *d. l. ſi ſuperſtite*, tractari de immodica læſione quæ interuenerit non in contractum venditionis aut alio ſimili, in quo liceat contrahentibus ſe decipere in precio, ſed in ea ſpecie in qua nullus deceptioni locus relinquebatur citra dolum malum, cùm ageretur de rationibus reddendis à patre qui filiæ emãcipatæ tutelã geſſerat. Nop enim inter pupillum & tutorem ea ſit diſceptatio, quam fieri inter venditorem & emptorem ait *dict. l. ſi voluntate 8. Cod. de reſcind. vendit.* vt ſciatur quantum tutor pupillo debeat, ſed ex rationibus accepti & expenſi diligenter explorandum illud eſt, vt ad vltimum vſque quadrantem ei ſatisfiat, cui debebitur, ſiue pupillus ille ſit, ſiue tutor. Quis verò hoc ipſum ſcire poſſit aut debeat niſi tutor ipſe qui adminiſtrauit, & rationes à ſeipſo reddendas penes ſe habet? Proinde ſi cùm rationes reddere deberet pater, ex quibus conſtitutum erat eum filiæ plurimùm debiturum, extorſerit ille à filia liberationem, fieri non poteſt quin fecerit dolo malo, ideóque teneri debeat filiæ, non quidem actione de dolo propter paternam verecundiam, ſed actione ſubſidiaria in factum temperanda, licèt læſio illa non ſit vltra dimidiam. Quod enim lex requirit immodicam læſionem, non debet recipere interpretationem *ex dict. l. 2. Cod. de reſcind. vendit.* vt putant interpretes, ſed ob id adiectum eſt, quia ſi læſio modica eſſet, non facilè prætor daret actionem in factum ſubſidiariam actionis De do dolo malo, ſicut nec daret actionem ipſam de dolo pro modica ſumma *l. ſi quis adfirmauit 9. §. vltimum. cum ll. ſeqq. D. de dolo.* Id enim generale eſt in omnibus reſtitutionibus, † vt non facile & ex minima 27
cauſſa, vel pro modica ſumma concedantur *l. ſcio 4. D. de in integr. reſtitut.* Apparet igitur ex ſuperioribus, quàm malè pragmatici dolum qui in re ipſa ineſt, transforment in dolum perſonalem, quem præſumptum vocant. Nam neque verus, neque præſumptus perſonæ dolus vllus eſt, quamdiu non agitur ex contractu, qui non niſi in re ipſa dolum habet. Cùm autem ex eo agitur, tum demùm verus dolus eſſe incipit, non præſumptus *d. l. ſi quis cùm aliter. 36. de verbor. obligat.* qui tamen locus coniũctus cum *d. l. ſi ſuperſtite*, vterque verò peſſimè intellectus præcipites egit pragmaticos & interpretes pleroſque vt hanc duplicis † doli veri & præ- 28
ſumpti diſtinctionem planè hîc commentitiam induxerint.

ERROR VIII.

Si in venditione pignoris per creditorem facta iure creditoris enormiſſima, vt vocant, læſio interuenerit.

SVMMARIA.

1 *Si vendito pignore per creditorem iure crediteris enormiſſima læſio interuenerit, debitorem, adeóque poſteriores eius creditores poſſe luere pignus, pragmaticorum erroneum eſt placitum.*

2 *Securus eſt emptor qui ritè rectéque pignus emit à creditore, nec aliter contra eum agi poteſt quàm ſi dolum participauerit, nec creditor ſit ſoluendo, contra pragmaticos.*

3 *Quæ ſolennitas iuris ſeruanda ſit à creditore diſtrahente pignus.*

4 *Dolus qui in re ipſa duntaxat eſt, non poteſt eſſe ex parte vtriuſque.*

5 *Dolus in re ipſa quando declinet in dolum ex proposito.*

6 *Actio de dolo ab exceptione doli & actione quod metus cauſa, vt differat.*

7 *Emptor pignoris non poteſt conueniri ob ſolum dolum creditoris.*

8 *Si ſolennitas iuris in venditione pignoris à creditore non ſit ſeruata, emptor ſecurus non erit.*

9 *Cur debitoris poſteriores creditores non poſſint ſuo nomine agere aduerſus pignoris emptorem ſi ſeruata ſit à creditore iuris ſolennitas.*

10 *Si venditum fuerit pignus per iudicem poſtulante creditore poſſunt poſteriores creditores aduerſus emptorem agere ſi venditioni non adfuerunt.*

SI coniungantur ea quæ proximis duobus capitibus diſputauimus, apparebit facilè, quàm grauis hic pragmaticorum error ſit, exiſtimantium, Vendito † pignore per cre- 1
ditorem iure creditoris ſi enormiſſima, vt loquuntur, læſio interuenerit, permittendum eſſe debitori, & conſequenter ex eius perſona poſterioribus creditoribus vt emptori rem auferant reſtituto ei precio & omni eo quod ipſi abeſt, itémque pignus ſi velint, diſtrahant. Iam enim à nobis probatum eſt, ſecurum emptorẽ † qui ritè 2
rectéque emit à creditore, id eſt ab eo qui & diſtrahendi ius habuit, & in diſtrahendo ſolennitatem iuris ſecutus eſt, nec aliter agi poſſe contra emptorem, quam ſi dolum participauerit cum creditore, nec creditor ipſe ſoluendo ſit *ex l. 3. 4. & 5. C. ſi vendit. pignor. agat.* Solennitas † autem alia non eſt quam vt pignoris venditio 3
publicè perſcribatur, ipſique debitori denuncietur, adeóque ſi commodè fieri poſſit, teſtatò, *l. creditor. 4. C. de diſtract. pignor.* Nam vt hoc vel illo pretio pignus vendatur, maiore vel viliore, ſupra an infra dimidiã vel beſſem

iusti precij ad venditionis sollennitates nil pertiner. Ergo si læsio quantūcunque enormis interuenerit, cùm non eo minùs verum sit ritè rectéque factam esse venditionem si per collusionem id factum non est, sed eo prorsus modo quo fieri potuisset, rametsi creditor rem suam vendidisset, fatendum erit inquietari emptorem non debere. Atqui, inquiunt, læsio illa enormissima inducit dolū in re ipsa, dolus autem in re ipsa personalem dolum præsumptum quidolo ex proposito sit comparandus. Sed iam nos hæc omnia refutauimus. Et præterea nemo
4 non videt cùm dolus † in re ipsa duntaxat est, non posse videri esse ex parte vtriusque contrahentium, sed tantùm ex parte illius cuius commodo cedit læsio, vt in *l. si quis cùm aliter 36. de verb. obli.* Alioqui ex eo non daretur actio aut exceptio, sed mutuus dolus mutua compensatione tolleretur, fierétque doli compensatio, vt Papinianus in *l. viro 39. D. solut. matrim.* Et tamen diximus & probauimus non aliter inquietari emptorem posse, quàm si creditor ipse in dolo fuerit, dolúmque emptor participauerit. Deniq; collusio sine colludēdi proposito nunquam fieri potest. Ergo neque præsumi ex dolo qui sit in re ipsa duntaxat, quia, vt dixi, in re ipsa duntaxat esse nunquam potest ex parte vtriusque. Sed & cùm do-
5 lus † in re ipsa non priùs declinet in dolum ex proposito, quàm ex contractu qui in se dolum habet, agi cœperit, *dict. l. si quis cùm aliter.* Emptor autem qui pignus à creditore emit quantumcunque vili pretio, non agat, sed conueniatur siue à debitore ipso, siue à posterioribus debitoris creditoribus, nihil cautiæ est cur dolo malo aliquid facere videatur is qui nihil facit, nisi dicas hoc ipso facere eum dolo quod rem retinet, nec vult restituere cùm conuenitur. Sed cùm priùs sit vt conueniatur, nec aliter conueniri possit quàm probetur esse in dolo, apparet non posse contra eum actionem dari ob dolum qui nec præteritus, necdum præsens sit, sed futurus spectetur. Causa enim actionis actionem præcedere debet non sequi, vt & in cæteris omnibus causis atque effectibus contingit. Quin etsi sola enormissima læsio sufficeret ad inducendum dolum saltem præsumptum, vt pragmatici putant, non tamen id satis esset ad dandam debitori aut posterioribus creditoribus actionem aduersus emptorem. Nam cùm emptor non cum debitore aut posterioribus creditoribus, sed cum anteriore creditore contraxerit: de dolo conueneri non potest, aut ob dolum suum, ab alio, quàm ab eo ipso cui dolum fecit. In eo si-
6 quidem differt actio † de dolo ab exceptione doli, quòd exceptio doli ex parte eius qui obiicit in rem est, non in personam *d. l. 4. §. 1. de dol. except.* Actio autem de dolo tam ex parte eius qui obiicit, quàm ex parte eius cui obiicitur in personam est, non in rem. In quo etiam differt ab actione, De eo quod metus causa *l. sed & ex dolo. 15. §. vlt. D. de dolo.* At emptor is de quo agimus non contraxit cum debitore aut posterioribus debitoris creditoribus, sed cum anteriore creditore à quo nec debitor ipse cautiam habet, nec posteriores creditores. Ergo nec ab iis conueniri potest, tametsi dolo malo emisset à creditore anteriore. Qui quoniam ipse est cum quo debitor contraxit, ipsius quoque dolum intercedere necesse est vt aliqua debitori actio in eum competere possit. Ac rursum
7 † quoniam etsi dolo aliquid feciſſet, dolum tamen ipsius emptori qui bona fide contraxisset, nocere non oporteret, requirimus præterea vt dolum emptor participauerit, alioqui nulla actione conueniri possit. Itaque tametsi fingeres dolo malo versatum creditorem cùm pignus vili precio distraxit ex parte autem emptoris nihil aliud interuenisse nisi quod rem suam agens, quomodo industrij & diligentes patres familias agere solent, quàm minimo potuit pretio comparauit, dicam emptorem perinde securum esse ac si dolus malus creditoris nullus interuenisset, quia licet hoc casu adsit dolus ex proposito ex parte creditoris, dolus autem in re ipsa ex parte emptoris, tamen non idcirco videri potest emptor cum creditore eodémque venditore collusisse: neque enim collusio fit nisi inter plures dolo ex proposito vtrimque concurrente, vt ipsum collusionis nomen demostrat. Atqui iam diximus dolum qui sit in re ipsa non priùs afficere personam cuius commodo fraus cedit (fraus enim illa dicenda esset potiùs quàm dolus vt & *Cuiac.* obseruauit ad *d. l. si quis cùm aliter*) quàm ea persona ex eiusmodi contractu agere cœperit. Consequens igitur est nihil dolo malo videri facere emptorem quandiu ex emptione illa non agit, licèt ea rem retineat quandiu non conuenitur, ac proinde nec posse vllomodo conueniri ob solum dolum creditoris. Quod ius non solùm manifesta ratione nititur, sed etiam summa æquitate, quia cùm talis venditio fieri non potuerit nisi admonito priùs debitore *dicta l. 4. C. de distract. pignor.* imputari potest debitori cur non ad emptionem accesserit, subiecturus emptorem qui pluris licitatus esset, atque ita impediisset ne qua fraus in re ipsa per modicitatem precij intercederet. Etsi enim non facit ea ratio vt liberum sit creditori absente debitore fortassis per negligentiam & incuriam versati dolo in pignoris venditione: tamen cessante dolo ex proposito nihil est quod imputetur emptori qui bona fide accepit ad publicam venditionem, rémque proscriptam quàm vilissimo potuit precio, vt emptores solent, comparauit, non clam, sed publicè, non celato, sed admonito debitore. Nam si ea solennitas † 8
omissa sit, fatebor vtique emptorem securum fore, non quod creditor dolo malo versatus videretur (neque enim id sufficeret, vt dixi, si dolum emptor non participasset) sed quia venditio quæ non ritè rectéque ideſt sollennib. non seruatis facta est, nullum ius tribuere emptori potest. *l. 2. C. si antiq. cred. pig. vendid.* Sed etsi aliqua eo nomine actio debitori competere posset, tamen non video quomodo posteriores † creditores eodem iure vti pos- 9
sint: Etsi n. cautiam habent à debitore, tamen in hoc minus iuris habent quàm debitor, vt in superioribus dictum est, quòd neque dominium vnquam habuerunt, neque pignus, licèt conuenerint de pignore quandiu prioris pignoris vinculum sublatum non est. Itaque cùm ritè vendito pignore nullum iis reliquum sit ius offerendi, necesse est, vt actionem quæ debitori competit aduersus emptorem ob dolum ab eo cum creditore anteriore participatum, accipiant à debitore per cessionem, vt debitoris iure vti possint. Non. n. ex eo solo quod debitorem habent obligatum cum ipsius bonis omnibus adeóque iuribus, videri possunt habere ius exercendi actiones, sed tantùm ius petendi proposita in actiones ipsas hypothecaria vt sibi cedantur. Proinde eo demum casu permittendum iis est, vt petant & impetrent cessionem, quo debitor ipse agere posset, id est quo non solùm dolus vtriusque & creditoris & emptoris interuenerit, sed etiam creditor non sit soluendo. Nam cùm soluendo est, nihil contra emptorem constituendum est, etiamsi dolum participauerit. Quòd si venditio † pigno- 10
tis non à creditore ipso facta fuit, sed per iudicem postulante creditore: Admitto liberum esse non debitori ipsi post semestre in eam rem præstitutum, sed creditoribus posterioribus vt aduersus emptorem agant, si non venditioni adfuerunt *l. si eo tempore 6. C. de remiss. pig.* At non propter interuenientem immodicam læsionem. sed iure communi, & etiam si læsio nulla interuenerit, nimirum offerendo quicquid emptori abest, vt in superioribus disputauimus ex *dict. l. 3. D. de dist. pignor.*

ERROR

by Google

ERROR IX.

De iure pignoris etiam ob chirographariam pecuniam retinendi.

SVMMARIA.

1 *Sententia tituli C. etiam ob chirograph. pecuniam pignus retineri posse, secundum pragmaticos.*
2 *Iure pignoris res quæ non est obligata retineri non potest, nec pignoris obligatio regulariter contrahitur citra conuentionem, contra pragmaticos.*
3 *Verus sensus d. tit. C. etiam ob chirogr. pecun. pign. ret. poss. & seq.*
4 *Chirographaria pecunia quæ dicatur in d. titulo.*
5 *Exceptio quæ practato titulo adiungenda est.*
6 *Sæpè expressa nocent, quæ non expressa non nocerent.*

1 CElebris est in praxi titulus ille *C. etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri posse*, sed à pragmaticis † pessimè proculdubio intellectus. Sic.n. vulgò accipiunt, quasi ius sit creditori cuilibet etiam chirographario, si quam debitoris sui rem penes se habeat eam retinendi pignoris iure, licet de pignore nullomodo conuenerit. Quo ineptius & absurdius dici nihil potest. Neque enim fieri
2 queat vt pignoris † iure retineatur res quæ non est obligata, nec rursus vt pignoris obligatio contrahatur, aut contracta intelligatur citra conuentionem extra eas causas in quibus receptum est, vel aliqua lege aut senatusconsulto constitutum vt pignus vel hypotheca tacitè contrahatur, vt scripsimus in *Error.* 1. Vnde petenda sunt cætera omnia quæ ad profligandum hunc errorem adferri possent. Itaque tituli illius sensus † hic est, Creditorem pignoratitium ius habere retinendi pignoris, non
3 solùm pro ea pecunia, cuius nomine pignus datum est, sed etiam ob chirographariam, quo nomine significamus
4 † non eam duntaxat quæ chirographi tabulis contineatur, sed omnem omnino pro qua pignus nullum datum sit siue ex chirographo, siue ex instrumento publico & authentico, adeóque etiamsi ex pacto nudo sine scriptura & naturaliter, non etiam ciuiliter debeatur. Nam sicuti quod naturaliter tantum debetur, licet peti non possit, retineri tamen potest: ita & pignus ex ea causa retineri nihil prohibet, quoniam & dari posset, quemadmodum & fideiussor *l græcè 8. §. fideiussor. D. de fideiuss.* Cæterum creditorem pignoratitium esse necesse est, pignúsque contractum fuisse vt retineri possit. Nemo enim ex eo solo quod rem non obligatam retinet, sibi eam obligat, sed ex contrario eam quæ sibi obligata est ideò creditor retinet, quia obligatam habet, licèt non pro ea pecunia cuius nomine nunc retinetur. Potest tamen interesse quomodo pignoris conuentio facta sit. Nam si simpliciter inter nos conuenerit de pignore pro centum, tu verò præter ea centum, totidem mihi ex nudo chirographo debeas, locum habebunt quæ diximus, id est, non proderit tibi ad luendum pignus, quòd centum solueris pro quibus pignus dederas, nisi & alia centum offeras,
5 nec priùs pignoratitia nascetur. Sed si hoc expressim † conuenisset, quod plerunque fit, vt solutâ pecuniâ pro qua pignus datum est, pignus restituatur aliud, vtique dicendum esset, quia conuentio expressa non relinquit locum potestati iuris. Vt. n. ob chirographariam pecuniam pignus retineri possit, non fit ex contrahentium siue tacita siue expressa voluntate, sed ex potestate iuris creditori fauentis vt suum consequatur. Itaque si creditor contraria expressáque conuentione vrgeatur, nihil causæ est cur ei faueamus, qui sibi ipsi legem dixerit, & ad titulum illum hæc proculdubio subijcienda exceptio est, nisi in contrarium conuenerit vt solutâ quandocunque pecunia pignoratitiâ pignus restituatur. Nec distinguemus an pecunia chirographaria iam tum debita fuisset, an postea deberi coperit. Quin dicat aliquis, etiamsi conuentio illa adiecta non esset, De pignore post solutam pecuniam restituendo, tacitè tamen ex natura pignoris subintelligeretur, Cur ergo maior erit vis expressi quàm taciti? Nam & dici solet id quod tacitè inest, si exprimatur nihil operari. Verùm respondeo non esse nouum vt expressa † noceant, quæ non expressa non 6
nocerent, quomodo habet vulgata iuris regula. Hoc verò etiam pragmatici nostri ignorant, quamuis non semel à senatu nostro, ita vt sentiendum diximus, iudicatum sit.

ERROR X.

Si creditor de pignoris euictione conueniatur.

SVMMARIA.

1 *Titulus Cod. Creditor euict. pignor. non deber. ad eum etiam casum pertinere autumant pragmatici, quo distractio facta fuerit per iudicem.*
2 *d. Titulum pertinere tantùm ad eum casum quo venditio facta sit per creditorem iure creditoris, contra pragmat. & n. 7.*
3 *Facta per iudicem distractione pignoris, alius quàm debitor de euictione teneri non potest.*
4 *De euictione alius teneri non potest, quàm qui vendidit, aut euictionem stipulanti promisit.*
5 *De euictione qua actione agi possit.*
6 *In casu ad quem d. titulum pragmatici referunt non interest creditor sit in dolo necne.*
8 *Venditor de euictione tenetur, etiamsi nihil dictum sit, dumne in contrarium conuenerit ne de euictione teneatur.*
9 *Ratio cur constitutum vt creditor de euictione pignoris non teneatur.*
10 *Quatenus teneatur aut non teneatur de euictione creditor qui iure suo pignus vendidit.*
11 *Si dolo malo nihil factum sit à creditore qui vendidit pignus, an ipse debitor de euictione teneri debeat.*
12 *Ratio dubitandi pro debitore.*
13 *Ratio decidendi contra debitorem.*
14 *Imbecillitas rationis qua DD. probant venditionem sub hasta factam ob immodicam lesionem rescindi non posse.*
15 *Licèt creditor non teneatur de euictione, tenetur tamen de pretio restituendo si pignus venditum euictum fuerit.*
16 *Licèt valeat pactio ne venditor de euictione teneatur, non tamen valet vt euicta re, venditor nihilominus pretium retineat.*
17 *Actio de euictione & rem reposcit, & quicquid emptoris interest.*
18 *Repetitio nulla est ab eo qui suum accipit, licèt alius soluerit, quam qui debuit.*
19 *Quomodo accipienda regula, His solis condicenda est pecunia, quibus soluta est, non quibus solutio proficit.*
20 *Quid iuris sit vbi debitor qui tenetur de euictione soluendo non est.*

EXtat in Codice † nostro titulus, *Creditorem euictionem pignoris non debere*: quo 1
pragmatici passim abutuntur, vt probent, Distractis, vt hodie fit, ex statuto nostro pignoribus autoritate iudiciali, postulante creditore, si ea pignora postmodum euincantur, creditorem de euictione non teneri, si non fuerit in dolo: interueniente autem dolo, teneri: nos verò iam monuimus † obiter in superioribus, titulum 2

illum non ad hunc causam pertinere, quo venditio fiat per iudicem, vrgente creditore, sed ad eum potiùs quo venditio facta sit per creditorem ipsum iure creditoris.
3 Nam cùm venditio, † quæ sit autoritate iudicis, quasi nomine debitoris, vt creditori solutionem vrgenti satisfiat, ab ipso debitore facta intelligatur, quandoquidem factum iudicis est factum partis *l. 1. & 2. C. si in cauſſ. iudic. pign. capt. ſit.* Apparet alium quàm debitorem de euictione teneri non posse *l. ſi ob cauſſam* 13. *Cod. de euict.* Neque enim auditum est alium de euictione † teneri quàm qui ipse vendidit, aut euictionem stipulanti promisit; cùm ex euictione agi † non possit nisi aut actione ex empto aut ex stipulatu *l. 5. in venditt. 60. D. de euict.* Potrò neque ex empto agi potest contra eum qui non vendidit, neque ex stipulatu contra eum qui nihil promisit. Quare nec distinguendum est † an hoc
6 casu creditor in dolo fuerit, necne. Non enim quod in dolo sit, fortasse petens id quod vel nunquam verè debitum fuerit, vel iam solutum sit, potest eum facere venditorem, nec consequenter obligare de euictione: Præsertim cùm vt dixi parata emptori sit actio contra ipsum debitorem ex causſa euictionis *d. l. ſi ob cauſſam.* Pertinet igitur † titulus ille Codicis ad alium casum, quo pignus
7 à creditore ipso venditum sit iure creditoris. Nam cùm eo casu alius venditor non sit quàm creditor. Ius autem ita comparatum sit vt venditorem † emptori
8 euictionem præstare oporteat, etiamsi nihil dictum sit, dum ne in contrarium conuenerit, ne de euictione teneatur *l. ex empto* 11. *in princip. & §. vlt. D. de actionem. empt.* Necesse omnino fuit constitui & caueri ne creditor de euictione teneretur, quia nec eum teneri †
9 æquum est, cùm non possit videri emptorem decepisse distrahendo iure creditoris rem sibi obligatam, quando nec vendidit tanquam dominus, sed tanquam creditor. Proinde nihil est quod ei imputetur euicto postmodum pignore dummodo † probet se fuisse legitimum & an-
10 teriorem creditorem, sibique rem illam à debitore pignoris iure obligatam, nec à se quicquam dolo malo factum esse. Nam si iam fortè resciens deceptum se à debitore fuisse in eo quod alienam rem debitor pro sua, aut iam obligatam pro libera pignori dederit, rem illam quasi sibi bene obligatam pignoris iure vendiderit, dolo fecisse videbitur cùm sciuerit, aut scire debuit alienam rem à debitore aut iam obligatam oppigneratì, & consequenter eius distrahendæ ius in se transferri non potuisse: Itaque cùm similis sit ei qui alienam rem nullo iure vendidit, adeoque sciens & prudens, iuris ratio facit vt de euictione teneatur, perinde ac si creditor non fuisset, quia pignoratitius verè non fuit, nullo re vera contracto pignore, vendendi autem pignoris potestatem ex conuentione habet creditor pignoratitius, non ex qua parte creditor, sed ex qua pignoratitius est. An igitur † si nihil
11 dolo malo factum sit à creditore qui vendidit nulla emptori pignoris actio de euictione supererit, ne quidem contra debitorem? Nam facit pro debitore quòd is nec
12 reuera vendidit, nec intelligitur vendidisse, sed creditor. At cùm ipsi proficiat solutio † pretij per quã consequi-
13 tur ille liberationem à suo creditore, cui & vendendi pignoris occasionem pro iure dedit, nulla sanè ratio iuris, vel æquitatis patitur vt in damno emptor moretur cuius pecunia creditor dimissus est. Ideóque cùm nullam aduersus creditorem ipsum habeat actionem, necesse est ei consuli aduersus debitorem ac si ipse vendidisset: Ex ratione posita *in d. l. ſi ob cauſſam* 13. *C. de euict.* tametsi lex illa non ad hanc pignoris venditionem pertineat, sed ad illam potiùs quæ nomine debitoris per iudicem facta sit. Ratio enim illa, *quia debitori ſolutio proficit*, generalis est, siue debitor ipse, aut quod idem est, apparitor iudicis & executor pro debitore, siue creditor vendiderit. Ex quo apparet † quàm egregiè errauerint non modò ex pragmaticis, sed etiam ex Do- 14
ctoribus nostris plerique existimantes venditionem quæ sub hasta & publice facta sit, rescindi non posse ex causſa immodicæ læsionis quantumlibet enormis. Illa potissimum ratione quòd parcendum sit emptori quòd viliore precio voluit emere rem, cuius nomine, si quando euicta esset, nullam se actionem sciuit habiturum. Sententia ipsa falsa est: vt constat ex *l. ſi quos C. de reſc. vend.* Sed ratio ineptior, quia omni casu emptor habet debitorem de euictione obligatum: & præterea creditorem illo vno casu quo ipse vendidit, & in dolo fuit. Sanè
si non de euictione quæratur, † sed de precio quod ex 15
venditione solutum est restituendo, facilius est vt creditor emptori teneatur, non tantùm si creditor ipse, sed etiam si debitor vendidit Nam nisi probet se & legitimum & antiquiorem creditorem, obligatur ad precium quod accepit restituendum quoties pignus venditum euincitur per creditorem anteriorem, licèt nihil dolo fecerit, nec de euictione vllomodo teneatur. Aliud enim est de precio aliud de euictione teneri: vt ex eo constat quòd valet pactio, † ne venditor de euictione 16
teneatur, non etiam vt euicta re venditor tamen precium retineat *d. l. ex empto §. quia autem de actio. empt.* Actio enim de euictione † non tantùm precium repo- 17
scit, sed etiam quicquid emptoris interest rem habere licere, licèt in eo ipso quod interest rei precium & quanti res ipsa est comprehendatur *l. 1. eod. tit.* Quòd si creditor cui ex precio venditi pignoris satisfactum est, & legitimus, & anterior fuit, non potest ad precij restitutionem conueniri cùm suum acceperit. Repetitio † 18
enim nulla est ab eo qui suum accepit, licèt alius soluerit quàm qui debuit *l. repetitio* 43. *de cond. indeb.* Quid ergo: Agendum erit eo nomine contra debitorem
† quia solutio ei profuit, nec obstat iuris regula quæ 19
habet his solis condicendam esse pecuniam quibus soluta est, non quibus solutio proficit *l. his ſolis* 49. *eod. tit.* Id enim ad eas demum pecunias pertinet quæ prorsus indebitæ sunt, cuiusmodi non est illa quæ precij nomine venditori datur, licèt aliena res vendita & postmodum euicta sit. Quandoquidem aliena quoque res vendi potest *l. rem alienam* 28. *D. de contr. empt.* nec ad aliud venditor obligatur, nisi vt rem tradat, emptor autem vt precium accipientis faciat, saluam posteà habiturus ex empto actionem de euictione si res euincatur *d. l. exempto in princip.* Quid ergo si debitor † soluen- 20
do non sit? Necesse est emergere iniquitatem vt vel creditor debiti, vel emptor precij iacturam faciat. Vtrique sanè videtur posse imputari creditori, cur cum inope debitore contraxerit, emptori verò cur à creditore non domini sed creditoris iure distrahente comparauerit. Sed tamen æquius est vt in pari culpa durior sit conditio petitoris, nec condici quicquam possit creditori, qui suum bona fide consecutus est, licuit enim ei vigilare, & emptorem quærere ad suum consequendum, dum ne quid fecerit dolo malo. Emptor autem diligentiùs inquirere debuit an debitor soluendo esset necne, quem sciebat de euictione obligatum iri, non creditorem.

ANTONII FABRI IC.
SEBVSIANI,
DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, & Interpretum Iuris.

DECAS SECVNDA.

ERROR PRIMVS.

De pecunia penes eum depoſita qui heredem reliquit cum beneficio legis & inuentarij.

SVMMARIA.

1 *An agens depoſiti, depoſitario defuncto & relicto herede cum beneficio legis & inuentarij, ſit cogendus ire ad diſcuſſionis generalis inſtantiam.*
2 *Sententia pragmaticorum negans.*
3 *Rationes negantis ſententiæ.*
4 *Diſtinctio adhibenda ex ſententia auctoris.*
5 *Diſcuſſionis inſtantia quibus communis ſit, & ad quas actiones pertineat.*
6 *Si res depoſita repetatur actione depoſiti, actor ad generalem diſcuſſionis inſtantiã remittendus eſt: & n. 8.*
7 *Actio depoſiti non habet priuilegium prælationis niſi poſt dotem.*
9 *Pecunia perit confuſione.*
10 *Re depoſita extante, ſi agat dominus actione ad exhibendum, an ex ea quoque cauſa ad inſtantiam diſcuſſionis remittendus ſit.*
11 *Ratio dubitandi pro affirmatiua.*
12 *Ratio decidendi pro negatiua.*
13 *Limitatio negatiuæ ſententiæ.*
14 *Beneficium legis Iuſtinianeæ & inuentarij quomodo conueniat cum edicto prætoris* de ſeparationibus, *quomodo item differat.*

1 DEfuncto † eo apud quem pecunia depoſita fuit, ſi heres nullus ſit niſi cum beneficio legis & inuentarij, dubitari ſolet an is qui depoſuit agens depoſiti cogendus ſit ad eam ire inſtantiam, quæ inter heredem & ceteros creditores tractatur, De bonis auctoritate iudicis poſſidendis vel venundandis, quam diſcuſſionis generalis inſtantiam
2 vulgò appellant. Et pragmaticis † placet, cogendum nõ
3 eſſe ratione illa † quòd is qui depoſitum petit, non tam alienam quàm ſuam propriam rem perſequatur, ideóque domini potiùs quàm creditoris iure agere videatur. Item quòd in ipſo quoque creditorum concurſu actio depoſiti priuilegium inter cæteras habere exiſtimetur.
4 Ego verò non dubito, † quin diſtinguendum ſit, an pecunia depoſita ſit in ſacculo, vt fieri ſolet, obſignato, ne quæſtioni locus relinquatur, an eadem extent corpora nummorum, quæ depoſita fuerunt; an verò pecunia ipſa numerata, ſicque depoſita ſit: aut, vt dicam generaliùs, quoniam aliæ quoque res mobiles præter pecuniam deponi poſſunt. An ea ipſa res extet quæ depoſita fuit, an non extet; & cùm extat, An per directam rei vindicationem, an per depoſiti actionem repetatur ſi res depoſita extet, cámque vindicet is qui depoſuit, (quod vtique facere ſuo iure poteſt, cùm nemo rem ſuam deponendo eius dominium, at ne quidem poſſeſſionem in alium transferre ſoleat, *l. rei depoſitæ* 8. *D. depoſit.*) fateor non eſſe cogendum de ſuo iure & ordine cum cæteris creditoribus litigare, quia hoc caſu non agit tanquam creditor, ſed tanquam dominus, nec contra heredẽ tanquam heredem, ſed tanquam poſſeſſorem quemlibet, qui reſtituendæ rei habeat facultatem, *l. officium* 9. *D. de rei vind.* Diſcuſſionis † autem inſtantia iis tantùm com-
5 munis eſt, qui & creditores ſunt, & agunt iure creditorum, & ad perſonales duntaxat actiones pertinet, non ad reales præterquam hypothecarias, quæ quoniã non niſi creditoribus & tanquam creditoribus dantur, actionum perſonalium, quæ pro credito competunt ius ſequuntur: in cóque mihi cum pragmaticis conuenit. Sed ſi res depoſita † non extet, aut extet quidem, verumtamen depo- 6
ſiti actione, non vindicatione repetatur, quod aliquando fieri neceſſe eſt propter difficultatem quæ ſæpenumerò ſumma eſt probandi dominij dico aliud iuris conſtitui debere, nec priuilegium hac parte vllam habere actionẽ depoſiti quominus ad generalem diſcuſſionis inſtantiam remittendus ſit is qui agit. Eſt enim actio illa perſonalis, & qui agit depoſiti, agit proculdubio tanquam creditor ex cauſa depoſiti, cùm depoſitum ſit ex iis cauſſis in quibus re contrahitur obligatio perſonalis ſicut & mutuum & commodatum. Non nego depoſiti actionem habere priuilegium poſt dotem, vt cæteris actionibus perſonalibus præferatur, quarum priuilegia non ex tempore æſtimari ſolent, ſed ex cauſſa *l priuilegia* 32. *de reb. auct. iud. poſſid* Sed non impedit illud priuilegium, quominùs de iure & ordine illius qui rem depoſuit diſputari inter cæteros creditores oporteat. Imò verò tum demum priuilegio locus eſt cùm fit concurſus creditorum, & contenditur quis inter eos, & quo ordine præferri debeat. Quẽ-admodum & inter hypothecarios creditores euenit, vt qui ex iis habent ius prælationis, nihilo magis recuſare poſſint ne ad generalis diſcuſſionis inſtantiam remittantur, & verò cum inter perſonales quoque actiones actio † depoſiti non habeat priuilegium prælationis niſi poſt dotem, de dote autem cogatur etiam mulier diſputare in 7
diſcuſſionis inſtantia, nec minùs hodie quàm olim, tametſi ex Iuſtiniani conſtitutionibus habeat priuilegium nõ ſolùm tacitæ hypothecæ, ſed etiam prælationis, quod olim non habebat. Cur obſecro melior erit conditio eius qui agit depoſiti, vt ei ante omnes creditores & extra diſcuſſionis inſtantiam ſatisfieri oporteat? Idque apertè eſt ſi res depoſita † non extet. Nam cùm hoc caſu ſi dolo malo aut latâ culpâ depoſitarij perierit, condẽnatio 8
facienda ſit, quanti intererit deponentis, adcóq; quanti is ſua intereſſe in litem iuraverit. Apparet non poſſe

Digitized by Google

dici rem ſuam potiùs quam alienam repoſcere eum qui pro re pecuniam, aut pro his vel illis corporibus nũmorum alia corpora reperit: quod fieri neceſſe eſt in pecunia depoſita quoties non in ſacculo obſignato depoſita eſt. In eo namque differt pecunia † à cæteris rebus quæ
9 non in pondere, aut menſura conſiſtunt, quod perit confuſione, ſtatim atque deſit poſſe diſcerni vtrum illa ipſa numorum corpora ſint, quæ depoſita fuerunt, licèt reuera ſint eadem. Quanquam, vt dixi, parum refert eademne an alia corpora ſint, ſi modò actione depoſiti, non directa rei vindicatione repetantur. Quid verò ſi eadem
10 quidem corpora † extent, depoſita fortaſſis in ſacculo obſignato, eáque vindicare dominus velit, ſed non poſſit, quia non exhibentur; ideóque actione ad exhibendum experiri cogatur, an ex ea quoque cauſſa ad inſtantiam diſcuſſionis erit remittendus? facit dubitationem
11 quòd actio hæc Ad exhibendum in perſonam eſt, licet ſit in rem ſcripta & præparatoria vindicationis. Proinde videtur eodem iure cenſeri debere, quo cæteræ actiones perſonales, quas diximus in generali diſcuſſionis inſtantia, id eſt vnico inter creditores omnes heredemque ipſum iudicio exercendas eſſe? Sed non ita eſt, nam cum
12 actio † ad exhibendum non detur niſi contra eum qui ipſe poſſidet, aut dolo deſiit poſſidere *l. 3. ff. ad exh.* apparet heredem qui cum poſſideat & exhibendi habeat facultatem, non vult exhibere ſi ex ea cauſa conueniatur & condemnetur, non tam quaſi heredem quàm ex proprio facto & dolo conueniri, ob idque nihil actionem hanc habere commune cum cæteris creditoribus, non magis quàm directam rei vindicationem in cuius locum ſuccedere intelligitur. Quoties enim heres qui beneficium legis & inuentarij implorauit, condemnatur ob propriam culpam, licèt tanquam heres conuentus ſit, vt puta ſi ob malam litem inſtitutam vel ſuſceptam heredis iure condemnationem expenſarum paſſus fuerit, generale eſt vt ea res creditoribus hereditarijs non debeat nocere, quibus nihil imputari poteſt, ſoluiſque heredis damno cedat condemnatio cui irrogandæ proprium heredis factum cauſſam dederit. Multò igitur magis idem erit dicendum, ſi heres non tanquam heres ſed tanquam alius poſſeſſor quilibet conuentus ſit, quod ſit propoſita in eum actione ad exhibendum: niſi fortè proponas †
13 heredem ea actione conueniri [redacted] perſona defuncti, non ex proprio, id eſt quòd defunctus rem de qua agitur dolo malo poſſidere deſiiſſet. Tunc enim haud dubiè conſtituenda eſſet eadem ratio huiuſmodi actionis ad exhibendum, quæ & cæterarum actionum perſonalium quæ cauſſam habent hereditariam, dantúrque contra heredem quatenus heres eſt. Hoc ſiquidem caſu is qui vindicaturus fuit tanquam dominus ex domino fit creditor, non heredis ſed defuncti, qui in dolo fuit, & cuius cæteri quoque omnes ſunt creditores. At cum heres facultatem habet rei exhibendæ & reſtituendæ, quam ſi reperit in hereditate, nec tamen vult reſtituere dominus, fit ex domino creditor non defuncti, qui depoſitum ſuſcepeſſat, ſed heredis qui in mora & dolo eſt, ideóque nec cogitur cum cæteris con[redacted]re: quippe qui non heredis creditores ſunt, ſed defuncti: Beneficium enim legis
14 Inſtitianeæ † & inuentarij tantumdem heredi & per conſequentias heredis creditoribus præſtat, quantum præſtabat olim creditoribus defuncti edictum Prætoris *De ſeparationibus*, vt non confundantur rationes creditorũ defuncti & heredis, imo longè plus, quia ſeparatio illa hodie fit ipſo iure quæ olim erat impetranda, itémque commodo heredis & creditorum ipſius, cùm olim non niſi per defuncti creditores peti & impetrari poſſet *l. 1. D. de ſeparat.* Denique edictum *de ſeparationibus* locum non habebat in creditoribus hypothecariis, ſed tantùm in chirographariis, quia nec neceſſe erat cùm ſatis cautum eſſet hypothecariis, actione hypothecaria vtpote priuilegium ſuum ex ordine temporis habente. At beneficium Inſtitianum locum habet etiam in hypothecariis, fauore ſcilicet creditorum non defuncti, ſed ipſius heredis, quibus vtique conſultum eſt per conſequentias, hoc ipſo quod heredi conſulendum viſum fuit, ne additione hereditatis creditoribus defuncti ſupra vires hereditarias ſe obligaret.

ERROR II.

De ſeparatione ex edicto prætoris impetranda.

SVMMARIA.

1 *Ex pragmaticorum ſententia ſupernacuum hodie eſt edictum prætoris* de Separationibus, *poſt Inſtiniani conſtitutionem in l. vlt. C. de iur. delib. & quomodo illud colligant.*
2 *In oppoſitum autoris diſputatio.*
3 *Beneficium Inſtinianeæ legis quid habeat commune cum beneficio prætoris ex edicto de ſeparationibus.*
4 *Beneficium Inſt. legis non ſuſtulit poteſtatem edicti.*
5 *Inſtinianus in d. l. vlt. C. de iur. delib. vt proſpexeris heredi, & eius propriis creditoribus.*
6 *Per additionem hereditatis ſolus heres obligatur creditoribus & legatarijs, non item bona heredis.*
7 *Inter hypothecarios creditores ordo temporis non contracti debiti, ſed conſtitutæ hypothecæ attenditur.*
8 *Diſcrimen inter Inſtiniani conſtitutionem, & edictum prætoris* de ſeparationibus.
9 *Caſus quo hodie neceſſarium eſt ſeparationis auxilium.*
10 *Sententia l. 1. §. præterea ſciendum. D. de ſeparation. aduerſus pragmaticos explicata.*
11 *Nullo facto inuentario ſeparatio fieri poterit, ſi à creditoribus hereditarijs poſtuletur.*

EXiſtimant † pragmatici plerique, eſſe hodie ſupernacuum edictum Prætoris *De ſeparationibus* poſt Inſtiniani conſtitutionem *in l. vlt. C. De iur. delib.* quæ omnibus heredibus nouum inuentarij beneficium attulit, vt quamuis hereditatem damnoſam adierint, ſi tamen ſolenniter & intra conſtituta tempora inuentarium confecerint rerum omnium in hereditate repertarum, conuenirí poſteà non poſſint ſupra quàm ſit in hereditate. Conſequens enim videtur, vt ſi inuentarij beneficium ab herede agnitum & imploratum ſit, fruſtrà petatur ſeparatio ex edicto, quæ ipſo iure & ex Inſtiniani lege facta eſt. Sin heres purè adierit, ſibique oblatum legis auxilium neglexerit, confuſionem fieri neceſſe ſit iurium omnium & patrimoniorum defuncti & heredis, ac proinde ſeparationi locus nullus relinquatur. In quo † 3
manifeſtiſſimè cæcutiunt, & nimis ſtolida iuris ignoratione labuntur. Etſi namque beneficium † Inſtinianeæ 2
legis & inuentarij habet neſcio quid ſimile & commune cum beneficio Prætoris ex edict. *de ſepar.* hactenus ſaltem ne defuncti & heredis patrimonia confundantur, non tamen ſuſtulit † poteſtatem edicti, ne tum quidem cùm inuentarium factum eſt, multò minùs verò ſi 5
factum non ſit. Id enim duntaxat Iuſtinianus † egit vt heredi proſpiceret ne metu onerum hereditariorum deterreretur ab adeunda hereditate, quam haberet ſuſpectam, vtque eam adeundo non niſi quatenus hæreditariæ vires paterentur, obligaret ſe creditoribus & legatariis defuncti: Ex quo factum ſanè eſt per conſequentias, vt non tantùm heredi, ſed etiam per heredis perſonam propriis ipſius creditoribus conſultum ſit, qui alioqui ſi chirographarij tantùm erant, iactu-ram debiti facere poterant, ſaltem ex parte, concurrentibus nimirum creditoribus defuncti, quibus heres quoque obſtrictus eſſe cœpiſſet ex quaſi cõtractu, ex quo tempore adiiſſet hereditatem debitoris §. *heres quoque, Inſtit. de obligat. ex quaſi contract.* dixi *ſi chirogra*

chirographarij tantum erant, quoniam in heredis creditoribus hypothecarijs nihil tale metui poteſt, non ea tãtùm ratione quòd per †additionem hereditatis ſolus heres
6 obligetur creditoribus & legatarijs, non item bona heredis, tametſi adierit ſimpliciter & abſolutè, id eſt non implorato beneficio legis & inuentarij. Sed etiam quia licèt creditores defuncti hypothecam ſibi acquirerent in bonis heredis, nihil tamen ea res obeſſet anterioribus heredis creditoribus hypothecam anteriorem habentibus, quandoquidem inter hypothecarios † creditores
7 ordo temporis attenditur. Temporis, inquã non contracti debiti, ſed conſtitutę hypothecæ, cum fieri poſſit vt lõgo poſt contractum debitum interuallo hypotheca conſtituatur. Porrò hypotheca ſi qua per additionem hereditatis tacitè contraheretur, additione ipſa vetuſtior eſſe non
8 poſſet. Sed nego Iuſtiniani conſtitutionem † prodeſſe creditoribus defuncti, quinimo aduerſus eos potiſſimum lata eſt, vt qui alioquin paratam actionem aduerſus heredem habituri erant adita per eum debitoris inopis hereditate, nullam facto inuentario haberent. Atqui ex contrario edictum prætoris *De ſeparationib.* ſolis hereditarijs, non etiam heredis creditoribus proſpicit, ne cõfuſio illa patrimoniorum quæ per additionem inducitur, & conſequenter heredis inopis creditoribus ipſo iure prodeſt, vt locupletiorem habeant debitorem, noceat creditoribus defuncti nullum pro debito chirographario priuilegium ex temporis ordine habituris. Etſi enim cuique liberum eſt creditoris ſui chirographarij conditionem duriorem facere, alterius creditoris ſiue chirographarij, ſiue hypothecarij adiectione, indéque fit vt
a creditores heredis locupletis qui damnoſam hereditatẽ adijt ſeparationem impetrare nequeãt aduerſus creditores defuncti *d. l. 1. De ſeparat.* non tamẽ ſimiliteræ quum
• eſt, vt quis per proprios creditores alienis creditoribus iniuriam faciat. Poteſt quidem facere ſummo iure ſi pauper heres & non ſoluẽdo adeat hereditatẽ locupletis debitoris, quoniã per additionẽ illam fit confuſio vtriuſque fuerunt patrimonij, quæ res inducit vt ex bonis quæ defuncti perinde atq; ex ijs quę ſolius fuerũt heredis ſatisfieri oporteat omnibus creditoribus tã heredis quã defuncti. Sed cùm eo caſu ſumma iuris ratio pugnaret cum æquitate, Prætor pro ſuo imperio corrigendum id putauit, & permittendam defuncti creditoribus ſeparationem bonorum, ne ijs noceret factum heredis cum quo non contraxerunt, & de quo in contrahendo ne per ſomnium quidem cogitarunt. Quis ergo dicat Iuſtinianea illa conſtitutione, quæ non niſi fauore heredis & creditorum heredis lata eſt, in præiudicium creditorum defuncti factum eſſe, vt ſuperuacuum hodie ſit edictum *De ſeparationib.* etiamſi inuentarium cõſcriptum ſit? An ergo abrogatum? Ne hoc quidem. Quoniam non in eo nocere creditoribus defuncti voluit Iuſtinianus, vt per concurſum creditorum heredis ius eorum minueretur, ſed in eo tantùm vti ne melior conditio ipſorum fieret, ob id, quod inopis debitoris hereditatem locupletior heres adijſſet. Sunt autem hæc longè diuerſa, Deteriorem fieri conditionem creditorum defuncti, & non fieri
9 meliorem. Itaque ſi quando † adita hodie ſit hereditas locuplens debitoris ab herede qui non ſit ſoluendo, & concurrãt chirographarij vtriuſque creditores, æquè neceſſarium erit hereditarijs auxilium ſeparationis atque olim fuit, & æquè habebit locum, licèt inuentarium factum proponatur: non enim efficit inuentarium quominus heres ſit re vera heres, proindéque acquiruntur ei bona defuncti commodo etiam propriorum creditorum, acſi nullũ factum eſſet. Quòd ſi nullum factum ſit, fit quidem confuſio patrimoniorum, ſed non impedit ea res quominus edictum *de ſeparationibus* locum habere debeat: quin potiùs confuſionem illam fieri neceſſe eſt vt ſeparationi locus eſſe poſſit: vidi ego, & nudis dentibus
01 riſi aliquando ex pragmaticis pleroſque aburentes † in contrariam ſententiam, eo quod ſcriptum eſt in *d. l.* 1. §. *præterea ſciendum. de ſeparat.* poſtquam bona hereditaria bonis heredis mixta ſunt, non poſſe impetrari ſeparationem, ideo quòd confuſis & vnitis bonis ſeparatio fieri nequeat. Quaſi verò tractet Vlpianus eo loco de cõfuſione quæ fit ſola iuris poteſtate per additionem hereditatis, ac non potiùs de vera & reali mixtione corporum in hereditate repertorum cum corporibus bonorum heredis. Vt puta, ſi frumenta defuncti mixta ſint cum frumentis heredis, aut numi cum numis, aut quid aliud ſimile ex earum rerum numero, quarum dominium confuſione amittitur. *l. adeo quidem.* 7. §. *voluntas de acquir. rer. dom.* §. *ſi quorum. Inſtit. de rer. diuiſ.* Idque oſtendunt verba illa Vlpiani, *Quid ergo ſi prædia extent vel mancipia, vel pecora, vel aliud quod ſeparari poteſt?* Item quæ ſequuntur, *Niſi ita coniuncta ſint poſſeſſiones & permixta propriis, vt impoſſibilem ſeparationem effecerint.* Igitur nullo facto † inuentario, ſeparatio fieri poterit ſi ab hereditariis creditoribus poſtuletur. Nihil enim hoc caſu à Iuſtiniano innouatum eſt, nec alij quàm ſibi ſuiſve propriis creditoribus nocere poteſt heres qui reſpuit beneficium inuentarij, ſicut à contrario agnitum illud beneficium non prodeſt alij quàm heredi, niſi quod conſequenter per heredis perſonam prodeſt etiam ipſius creditoribus, non vt deteriorem cautiam faciant creditorum hereditariorum, ſed vt fruantur ipſi commodo ſeparationis heredi datæ, quam alioqui proprio iure ex edicto prætoris petere & impetrare non potuiſſent, ne per concurſum creditorum defuncti difficiliorem iniuriam ſuorum perſecutionem experiantur.

ERROR III.

De curatore dando hereditati tanquam iacenti, quæ agnita eſt cum beneficio legis & inuentarij.

SVMMARIA.

1 *Sententia erronea pragmaticorum de curatore dando hereditati tanquam iacenti, quæ agnita eſt cum beneficio legis & inuentarij.*
2 *Qua ratione ſuam aſſertionem ſuffulciant pragmatici.*
3 *Autoris in oppoſitum diſputatio.*
4 *Inuentarij commoda.*
5 *Heres ex eo quòd imploranit beneficium inuentarij non minùs verè heres eſt.*
6 *Hereditas non adita dici nequit, quæ heredem, ſed dominum habet, aut iacens, quæ adita eſt.*
7 *Improbabile eſt ſi quis exiſtimet hereditatem meliùs defenſum iri à curatore, quàm ab herede.*
8 *An quo caſu heres eſt defuncti creditor, debeat dari curator hereditati?*
9 *Heres cui propter imploratum inuentarij beneficium ſalua ſunt actiones, non propterea eſt actor, contra pragmat.*
10 *Heres deducit fideicommiſſum ſibi debitum. licèt nullus hereditati datus ſit curator.*
11 *Si hereditate pure adita ſaluum Heredi maneat ius retentionis, nec curator in eam rem dandus ſit, idem multò magis admittendum erit facto inuentario.*
12 *Inuentario non facto heres creditoribus & legatarijs defuncti in ſolidum ſatisfacere tenetur.*
13 *Quatenus iure veteri obligatus erat heres legatarij non confecto inuentario.*
14 *Quatenus iisdem obligetur heres ex Nou. 1. de her. & falcid.*
15 *Ex eo quod ſalua manent actiones heredi non eſt à Iuſtiniano conſtitutum vt hereditati curator detur, contra pragmat.*
16 *Curator bonis quandoque datur.*

17 *Non tamen iis quæ dominum habent præſentem.*
18 *Quo ſenſu dicatur beneficium inuentarij inducere ſeparationem patrimoniorum defuncti & heredis.*

1 SVaris hic † error eſt, & dignus ſubtilitate pragmaticorum. Adita enim hereditate cum beneficio, vt loquuntur, legis & inuentarij, non dubitant quin hereditati curator dari 2 debeat tanquam iacenti, propterea quòd, † inquiunt, perinde ſaluæ ſunt heredi actiones, quas aduerſus defunctum habuit acſi adita hereditas non eſſet, proinde aliquem conſtitui neceſſe eſt, qui actiones illas hereditatis nomine excipiat, vt non tantùm actor ſit, ſed etiam reus aliquis & defenſor. Non enim cæteri hereditarij, ꝙ quorum necem imploratum legis beneficium eſt, videri poſſunt legitimi contradictores, quia licèt eorum quam maximè intereſſit, non vllius etiam alterius vt heredis actiones ad amuſſim perpendatur, & ſi fieri poteſt, lummoueantur, non tamen repræſentant perſonam defuncti cuius fuerunt creditores, cùm in iura illius nullo modo ſucceſſerint. Hereditas ipſa eſt quæ repræſentat quandiu adita non eſt. *l. non minùs* 31. §. 1. *D. de hered. inſtitut. l. hereditas* 34. *de acquir. rer. domin.* Poſtquàm verò adita eſt, ſicut definit eſſe hereditas, ſitque patrimonium heredis, ita heres ille eſt qui tùm repræſentare incipit, & quidem adeò vt per retrofictionem aditione ad tempus mortis reuocata, ab eo tempore perſonam defuncti repræſentaſſe exiſtimetur. Cùm itaque, vt pragmatici exiſtimant, hereditas agnita cum beneficio legis & inuentarij habeatur partim pro agnita, partim pro non agnita: pro agnita, quod ad creditores attinet: pro non agnita, quod ad heredem ipſum, planè conſentaneum videtur vt hereditati curator detur, qui actiones excipiat, & quidem non eas tantùm quæ heredis propriæ ſunt, ſed & cæteras creditorum omnium, quoniam & hereditatis intereſt propter defuncti exiſtimationem vt ſoluendo eſſe reperiatur, nec heredi ipſi aut colludendi, aut ſegniùs creditores propulſandi facultas vlla relinquatur. Eóque 3 paſſim iure vtimur. Mihi † autem videtur nihil ſtultius, 4 & improbabilius dici poſſe. Nam cùm inuentarij † duplex commodum ſit; vnum illud, vt ſi quas heres aduerſus defunctum actiones habuit, eas ſaluas retineat, perindéque poſſit exercere acſi heres non eſſet; alterum vt adeundo non ſe obliget creditoribus aut legatariis defuncti ſupra vires hereditarias, nemo non videt poſſe inuentarij beneficium heredi eſſe vtile, tametſi nihil ipſi debeatur, nimirum ſi hereditas ſuſpecta ſit, aut ære alieno onerata. Quo caſu quis color obtecto iuris aut æquitatis ſuadere poteſt vt hereditati curator detur, aut vt hereditas adhuc iacere videatur? An fortaſſe beneficium 5 inuentarij efficit ne heres qui imploratit. verè heres eſſe poſſit? Imo verò heres reuera eſt, defunctique perſonam repræſentat, non minùs quàm ſi beneficium illud non imploraſſet, indéque ſit vt & actiones omnes hereditarias exercere poſſit, & a debitoribus hereditariis exigere, ac ſimiliter creditoribus hereditariis ſoluere *l. vltim. Cod. de iure delib.* quorum omnium nihil fieri poſſe per curatorem iſtum hereditati tanquam iacenti datum, etiam Pragmatici fatentur. Quod ſi verum eſt, vt eſt, heredem illum eſſe, tùm etiam cùm legis & inuentarij 6 beneficium agnouit: ergo an poteſt dici hereditas † non adita, quæ heredem id eſt dominum habet, aut iacens quæ eſt adita? aut adita pro parte, quin ſit in totum etiam inuito herede? Nam ſi quis dicat neceſſariam eſſe curatoris † dationem, vt hereditas melius defendatur, néve 7 inter heredem & creditores colludatur, is profectò nouerit quàm è contrario frequens colluſio ſit curatorum huiuſmodi & heredum, quáque incuria in defendenda cauſſa hereditatis, vt nec leuia dicis gratia interponi videantur, & vt ſollennitati iuris ſatisfiat, ne ſine reo & defenſore iudicium conſiſtere videatur. Et verò abſurdum ſit exiſtimare curatorem, cuius nihil prorſus intereſt (ſumi enim ſolet ex iis qui nihil omnino iuris in hereditate aut in hereditatem habent) maiore ſtudio defenſurum hereditatem, aduerſus creditores, quàm heredem ipſum, cuius lucro ceſſurum ſit ſi fortè heredibus ſoluendo eſſe reperietur. Vnus etgo ille tantùm caſus † ſupereſt, in quo error pragmaticorum prætextu 8 aliquo defendi poſſit, ſcilicet ſi heres qui hereditatem agnouit cum beneficio legis & inuentarij, idem creditor defuncti fuit. Inconueniens enim videtur ſanè, vt idem ſit & actor & reus, aut vt cæteri creditores, qui defuncti perſonam non repræſentant, proprias heredis actiones hereditatis nomine excipiant. Sed negandum 9 eſt heredem † eſſe actorem. Sic enim fiet vt nihil ſit neceſſe reum aliquem & defenſorem conſtitui aduerſus quem heres agat. Etenim quod dicimus heredi ſaluas eſſe ſuas actiones propter imploratum regis & inuentarij beneficium, non eò pertinet vt heredem pro iuribus ſuis conſequendis agere oporteat, ſed eò potiùs, vt quod ille aduerſus defunctum, ſi viueret, agendo conſequeretur, perinde poſſit conſequi etiam poſt aditam defuncti debitoris hereditatem, ſed tamen iure exceptionis & retentionis, agentibus ſcilicet contra eum creditoribus. Nam ex iuris regula cui damus actionem, multo magis damus exceptionem & retentionem. Nec quod reus quoque in exceptione actor eſt, ad rem facit. Sic enim fit actor, vt ſimul & ſemel qui primus actor fuit, reus ex ea parte fiat, nec alius quæriendus aut ſubiiciendus ſit qui rei partes ſuſtineat. Alioqui dicendum erit eadem ratione, ſi hereditas purè adita ſit, quælegatis aut fideicommiſſo vniuerſali onerata fuit, heredem cui fideicommiſſum antiquius debeatur, non aliter id deducturum, quàm ſi curator hereditati detur, qui fideicommiſſi illius nomine conueniri poſſit vt ſciatur an debeatur. Et tamen id falſum eſt. Deducit enim heres † fideicom- 10 miſſum ſibi debitum tanquam æris alieni loco, & ſimiliter omne æs alienum quod ſibi à defuncto debeatur, etiamſi curator nullus hereditati datus ſit, defendentibus nimirum illis ipſis legatariis aut fideicommiſſariis à quibus conuenitur *l. in imponenda* 6. *l. irritum* 8. *C. ad leg. falcidiam. dict. l. cùm pater* 77. §. *antepen. D. de legat.* 2. Quis enim vnquam dixit, hereditati quæ purè adita eſt, curatorem dari debere vllo caſu, tanquam iacenti? Quod ſi illo etiam caſu quo hereditas † purè adita eſt, ſaluum 11 heredi manet ius retentionis, nec curator in eam rem dandus eſt, quidni idem admittemus facto inuentario? Nam nec inter hos caſus quicquam intereſt, iuris veteris rationem inſpicias, niſi quod ſi inuentarium † factum 12 non eſſet, heres creditoribus & legatariis defuncti in ſolidum ſatisfacere teneretur, neque deducere poſſet aduerſus creditores quod ſibi deberetur, quia cùm adeundo ſeipſum ille obligauerit, tenetur creditoribus etiam ex propria perſona, nec intereſt creditorum, an ex bonis hereditariis ſoluat, an ex propriis dummodò ſuum conſequantur. Itaque non auferunt hereditatem ab herede, imò nec minuunt, cùm hereditas non dicatur deducto ære alieno, ſed æs alienum etiam, ſicut & incommoda cætera non minùs quàm commoda in ſe contineat. Proinde mirum non eſt nullum heredi ſupereſſe hoc caſu ius deductionis, manente eadem ratione confuſionis poſt aditionem retinendæ, quæ fuit ab initio eiuſdem per aditionem inducendæ. In legatariis † ſanè aliud eſt, quia 13 cùm legata non ex bonis heredis præſtari debeant, ſed omnino ex hereditatis, deducto etiam omni ære alieno, adeoque ſalua heredi falcidia ſi dodrantem excedant (tàtum abeſt vt de ſuo ea ſoluere teneatur) non impedit obligatio legatorum, quominùs heres deducat & retineat quicquid ſibi debetur, quoniam illud omne eſt extra cauſſam hereditatis quæ per legata delibatur & diminuitur. Quæ ratio eſt *d. l. in imponenda*. Quãquam hoc hodie † immutatum eſt per cõſtitutionem Iuſtiniani in 14 *Nouell. 1. De hered. & falcid.* quæ fecit vt ſi inuentarium nullum conſcriptum ſit, heres non modò creditoribus (quod

(quod iam erat constitutum in *l. vlt C. de iur. delib.*)sed etiam legatariis in solidum teneatur. Sic enim id accipi debet, non solùm vt falcidiæ beneficio aduersus eos non vtatur qui Iustiniani beneficio vti noluit, quomodo cautum erat in *d. l. vlt.* quæ in casum non confecti inuentarii nihil aliud induxerat, nisi vt antiqua seruarentur §. *sin autem hoc aliquis ead. leg.* sed etiam vt si ære alieno exhausta sit hereditas, legata de suo præstare heres teneatur *d. Nouell.* 1. §. *si vero non fecerit.* Atque ita comparantur hodie, post *dict. Nouellam.* legatarii creditoribus odio heredis qui inuentarij beneficium neglexit. Cetertì facto inuentario, sicut cessat ratio illa cõfusionis quæ obstat heredi, ne habeat ius deducendi & retinendi proprij debiti aduersus creditores: Itémq; constitutio illa Iustiniani quæ eidem heredi nocet ne aduersus legatarios & fideicõmissarios aut Falcidiã ponere, aut quod sibi debetur deducere vel retinere possit, ita fatendum est sic ei saluas esse proprias actiones, non vt eas exercere cogatur, sed vt perinde possit deducere & retinere quod sibi debetur, atque olim poterat adita purè & simpliciter hereditate, cùm nullus adhuc inuentarii vsus esset: Id est, per viam exceptionis, nullo in eam rem necessario curatore. Neque sanè in vtraque Iustiniani † constitutione verbum vllum aut indicium De curatore ex hac causa hereditati dando, quod tamen non erat prætermittendum si admittendum fuisset, sed contra De iure excipiendi & retinendi eius quod heredi debetur, aperta sunt verba Iustiniani in *d. l. vlt. §. in computatione.* de cuius sententia dicemus ad finem capitis sequentis. Sed etsi fatear quod semper negabo, dari ex hac causa curatorem oportere, dicerem tamen dandum esse curatorem bonis, † vt fieri solet, cùm absente aut latitante debitore creditores in bonorum eius possessionem mittuntur, & de crediti cuiusque iure & ordine inter eos disputatur vt ad bonorum venditionem peruenirì possit, *Tit. D. de curat. bon. dand.* Facilìùs enim fecendũ est vt detur curator bonis, quandoquidẽ etiàm post additionẽ bona defuncti quodãmodo dici possunt, quoniam aliquando fuerunt, quàm vt detur hereditati aditæ, siue dicas dari hereditati simpliciter, siue tanquam iacenti, quia nec hereditas vlla est, nisi quæ iacet. At neque iuris ratio patitur, vt bonis † curator detur, quæ reuera non defuncti amplìùs bona sunt, sed heredis, quæque dominum habent præsentem, & ad bonorũ defensionem suscipiẽdam paratum, instructumque. Nam quod dicimus inuentarij † beneficium inducere separationem patrimoniorũ defuncti & heredis, non sic accipiendum est, vt bona defuncti maneant defuncti (quod nec fieri potest, quia cùm is qui defunctus est iam nullus sit, essent nullius) sed vt quamuis acquirantur heredi, nec minùs in eius dominio sint quàm quæ in proprio habet patrimonio (alioqui non esset heres si non esset dominus §. *vl. Instit. de hered. qualit. & differ.*) separatam tamen habeant rationem, hactenus vt ex ipsis duntaxat non etiam ex iis quæ propria heredis fuerũt, eique alitũde quàm ex defuncti hereditate acquisita, tam creditoribus quàm legatariis & fideicommissariis defuncti satisfiat? acsi bona defuncti cum bonis heredis confusa non essent potestate iuris, quæ tamen reuera per additionem sunt confusa.

ERROR IV.

De iurium vniuersalium & singularium confusione quæ fit per additionem hereditatis.

SVMMARIA.

1 *Errorea pragmaticorum traditio iura vniuersalia per additionem non confundi.*
2 *Ex eo quòd idem sui ipsius non possit esse debitor & creditor, sequitur etiam iura vniuersalia per adi-tionem confundi.*
3 *Licet iura omnia per hereditatis additionem confundantur, iure tamen veteri retinentur & deducuntur per heredem iure exceptionis.*
4 *Iure verò Iustinianeo ita demum deducuntur, si heres inuentarium confecerit.*
5 *Heres qui inuentarij confectionem neglexit obligatur in solidum creditoribus, legatarijs & fideicommissarijs.*
6 *Non confecto inuentario hereditas non modò confusionis, verum etiam solutionis loco cedit propter præsumptam heredis malam fidem.*
7 *Confecto inuentario cedit hodie hereditas confusionis loco, at non solutionis.*
8 *Constitutioni Iustiniani non est factum vt implorato inuentarij beneficio confusio, iurium heredis impediretur, aduersus pragmaticos & interpretes.*
9 *Quid noui induxerit Iustinianus in No. 1. de hered. & falcid. §. si verò non fecerit.*
10 *Iustinianus malus Latinitatis auctor.*
11 *Sententia l. vlt. §. in computatione. C. de iur delib.*
12 *Nihil causæ est cur implorato inuentarij beneficio curatorem hereditati tanquam iacenti aut bonis defuncti dari oporteat.*

FRequens pragmaticorum † verbum est, vnde tamen hausturn planè nescio. Iura vniuersalia non confundi per additionem hereditatis. Quod falsum est, Nam cùm ea confusio quam potestas iuris ex aditione inducit, non aliam † rationem habeat, quàm quòd fieri non possit vt idem sui ipsius sit debitor & creditor, quod alioqui contingeret confluente in eandem personam iure debitoris & creditoris *l. Stichum aut Pamphilum* 95. §. *aditio. D. de solut. l. debitori* 7. *Cod. de pact.* Apparet non magis fieri posse quod ad iura vniuersalia, quàm quod ad cætera pertinet, vt confusio nulla fiat debiti & crediti eodem existente debitore & creditore. Vtroque siquidem casu eadem ratio locum habet. Quódque in vniuersali iure fideicommissi heredi ipsi à defuncto debiti constitutum legimus in *l. irritum* 8. *Cod. ad leg. Falcid.* vt ab herede possit deduci, idem ipsum in alio quolibet debito & heredis iure quantumlibet singulari scriptum etiam est in *l. in imponenda 6. eo tit.* Quinimò nec in fideicommisso vniuersali ius illud obtinet, nisi quia fideicommissum eiusmodi loco æris alieni esse intelligitur, *dict. l. irritum.* Quid ergo refert an fideicommissum vniuersale fuerit an singulare, quod heredi ipsi à defuncto debitum fuit? Iura nimirum † omnia & vniuersalia & singularia per hereditatis additionem confunduntur, nec eo minùs tamen deducuntur & retinentur per heredem iure exceptionis, si quando ei hereditatis commodum vel ex causa fideicommissi quod ab eo relictum sit, vel per legatarios, non tamen per creditores auferatur: tametsi hereditatem purè adierit, iure scilicet vetere inspecto, vt constat ex *dict. l. in imponenda & dict. l. irritum.* Nam iure nouo † id est post Iustiniani constitutiones, in *dict. l. vltima. Cod. de iure deliberandi. & Nou. 1. De hered. & falcid.* distinguendum necessariò est, an inuentarij beneficium imploratum sit, necne, non quod pertinet ad ius confusionis (siue namque inuentarium factum fuerit siue non, confusio fit, quoniam & is qui cum beneficio inuentarij heres est, reuera heres est, & consequenter idem debitor & creditor) sen quod attinet ad ius deductionis & retentionis, quoniam is qui inuentarium confecit, ius habet deducendi & retinendi eodem quo olim iure exceptionis, quicquid sibi à defuncto debitum fuit, nec tantùm aduersus legatarios, si de ponenda falcidia quæratur, aut aduersus fideicommissarios si ex fideicommisso restituenda sit hereditas: sed etiam aduersus ipsos creditores heredicarios, quod olim diuersum erat (non enim sicut legis falcidiæ cum legatariis, ita & æris alieni ratio

Digitized by

tio cum creditoribus ponitur deducto ære alieno.)Qui verò inuẽtarium negligexit, non item: ne quidem quod ad ipsos legatarios & fideicommissarios spectat, postquam placuit Iustiniano vt in pœnam neglecti inuentarij † obligetur heres non solùm creditoribus defuncti, sed etiam legatarijs,& fideicommissarijs omnibus,& quidem in solidum,id est, non ad finem vsque puræ defuncti substantiæ,quomodo loquitur Iustinianus in §.*si vero non fecerit d.Nouell.* 1.*De hered.& falcid.* eius nimirum quæ supereſt detracto omni ære alieno *l. vltim. Cod. de repub.* sed etiam supra vires hereditatis:inde enim fit vt hodie legatarij & fideicõmissarij non iam legatariorum & fideicommissariorũ,vt anteà, sed creditorum iure hoc casu censeantur,quemadmodum superiore capite à nobis explicatum est,Denique cùm aditio † nonnumquam cedat loco confusionis, nonnumquam etiam loco solutionis *dict.* §. *aditio*, Iustiniani constitutionibus inductum est,vt non modò confusionis,verumetiam solutionis loco cedere debeat,si inuentarium nullum factum sit. Non illa solùm ratione quæ iuris veteris fuit,quod soluendo esse intelligatur hereditas quæcumque heredem habet *l.qua dotis* 33. *D.solut. matrim.l. libertus* 39. *D de bon. libert.* (neque enim solutionis loco cedebat olim aditio cuius commodum heredi non per creditores, sed per legatarios aut fideicommissarios ceperetur *l debitor.* §6.In illis verbis,*verum est enim non esse solutam pecuniam.D.ad S.C.Trebell. dict. l.in imponenda. & dictl. irritum.l. cùm emptor.*48.*D.ad leg falcid.*) At propter præsumptam heredis malam fidem qui dolo in hereditate versatus, & vt Nouellæ verbo vtar, multa malignatus præsumitur, multa etiam subtraxisse ex quibus sibi soluisse credendus est : cui præsumptioni non perinde locus olim erat priusquam inuentarij beneficium inductum esset.Facto † autem inuentario cedit hodie aditio confusionis etiam quidem loco(nam sicuti Iustinianus non fecit vt qui heres est cum beneficio inuentarij non sit reuera heres,ita nec facere potuit vt per beneficium inuentarij confusio iurium impediatur, quam diximus ex eo fieri quod heres idémque creditor adeundo hereditatem debitoris sui, fiat etiam debitor) sed non etiam loco solutionis, sicuti nec olim quod ad legatarios & fideicommissarios.Nam si solutionis quoque loco cederet, non supereſſet saluum heredi ius deducendi & retinendi quod sibi debitum esset à defuncto,quódque pro iam soluto haberetur,quod tamen hodie saluum quemadmodum & olim fuit, hæc sola differentia, quòd cùm olim non nisi aduersus legatarios & fideicommissarios saluum esset, hodie tamen etiam aduersus creditores ipsos saluum est. Nempe quòd sicut æquum est duriorem esse hodie conditionem eius qui hereditatem absolutè adit, quàm olim esset propter inductum à Iustiniano neglectúmque ab herede beneficium inuentarij, hactenus vt ne quidem quod ad legatarios & fideicommissarios attinet saluum habeat ius retinendi & deducendi eius quod sibi à defuncto debebatur : Ita ex contrario meliorem esse oportere conditionem illius qui inuentarium confecit quàm fuisset olim heredis puri : vel hoc ipso vt beneficium aliquod ex Iustiniani lege heres sentiat: cui proculdubio fauere Iustinianus voluit, non nocere.Alioqui non posset dici quis foret effectus nouæ constitutionis,nisi ille vnus(quòd prorsus à Iustiniani mente alienus esset) vt heredum qui inuentarium non conficerent durior esset causſa, quàm olim fuisset ante inuentarij beneficium introductum. Itaque apparet non solùm pragmaticos † quod minùs mirandum dolendumque esset,sed eruditiores etiam pleróſque iuris interpretes partim hìc labi,existimantes Iustiniani lege factum esse vt implorato beneficij inuentarij confusio iurium heredis omnino impediatur,quæ sanè nullomodo nullâque iuris constitutione impediri potest. Debuerũt dicere Iustiniani legem † hoc noui induxisse, vt quãuis per admonitionem confusio fiat iurium,non tamen ea confusio solutionis etiam iure censeatur,ne quidemquod ad creditores,multo minùs igitur quod ad legata rios fideicõmissarius,qui nec creditores sunt, nec pro creditoribus habeatur,nisi in odium eius heredis qui inuentarij beneficium vltro neglexit: idque non ex *dict.l. vlt. C. de iure deliberandi.* quæ de creditoribus tantùm loquitur, neque obligat heredem legatarijs in solidum , nisi hactenus vt Falcidiam detrahere non possit,sed ex *dict. Nouell.* 1. *de hered.& falcid.* §.*si verò non fecerit*.quæ primùm hoc ius induxit,vt legatariis & fideicommissariis exemplo creditorum heres qui inuentarium non fecit obligetur etiam supra vires hereditatis.i. nec falcidiæ iactura liberetur, Sicque proculdubio accipiendum est , quod Iustin. † alioqui satis malus latinitatis & iuris auctor scribit † in *d.l.vlt.*§.*in computatione* , Actiones non confundi quas contra defunctum habuit heres qui inuentarium fecit. arg. *d.l in imponenda*,in cuius specie non confusio quæ per adition em hereditatis contingit , sed confusionis effectus impeditur, vsque deducendi & retinendi proprii debiti heredi conseruatur.Nam & ad ius illud deductionis,exceptionis & retentionis proculdubio respicit Iustin. in *dicto* §.*in computatione.* vt probant priora illa verba *damus ei licentiam excipere & retinere quicquid in funus expendit*, &c. Quo enim iure potest heres excipere & retinere quod in funus impendit nisi tanquam factus ex ea causa creditor ? Quid verò interest quod ad formam agendi pertinet vtrum heres creditor esse cœperit post mortem defuncti,an verò iam ipso mortis tempore creditor fuerit:Proinde quod lex ait actiones,si quas habuit, eas confusas non intelligi , sic omnino accipiendum est, vt eodem exceptionis & retentionis iure sibi consulere heres possit ne actionum suarum commodo cadat. Ex quo apertiùs constat quàm verum sit quod superiore capite disputauimus,nihil causſæ esse cur implorato † legis & inuentarii beneficio curatorem hereditati tanquam iacenti aut bonis defuncti dari oporteat. Quid si heres ipse defuncto debuit, an confusio fiet , aut quomodo agent creditores : Dicam inf. à cap.6. ad fin.

ERROR V.

De herede qui dolo malo versatus est in hereditate cuius inuentarium fecit.

SVMMARIA.

1 *In confectione Inuentarij multas solemnitates præscripsit Iustinianus.*
2 *Inuentarium solenne quod.*
3 *Heres tenetur inuentario subscribere & adhibito iureiurando affirmare se nullius malignitatis conscium esse.*
4 *Etiam testes tenentur iurare quòd adfuerint, & in nullo conscij sint facta ab herede malignitatis.*
5 *An inuentarij beneficio priuandus sit heres qui dolo malo versatus est in hereditate.*
6 *Sententia pragmaticorum affirmans , & eiusdem ratio.*
7 *Vbi heredis dolus nullus interuenit , si per culpam tabularij aliquid peccetur in forma inuentarij conficiendi,illud non cedit damno heredis.*
8 *Ratio proxime allati pronunciati.*
9 *Si dolus heredis interueniat , eam pœnam patitur heres. ex Iustin. lege, vt duplum præstet aut sibi imputet earum rerum , quas celauit aut subtraxit. & num.* 17.
10 *Quodnam sit Iustiniani institutum in l. vlt. C. de iur. delib.& Nou* 1. *de hered.& facid.*
11 *Heres beneficio legis priuandus est , vbi & eius dolus inter*

interuenit, & solennitas aliqua inuentarij ab eo neglecta est: & num.14.

12 *Ex eo quod Iustinianus constituit, vt heres subscribendo iuret se nihil circa res hereditarias dolo malo fecisse, non sequitur eum beneficio legis priuandum si dolum duntaxat admiserit.*

13 *Heres qui subscripsit se nihil fecisse dolo malo, si de ea re nullum iusiurandum interponat & tamen dolosè versatus sit ex Inst. Constitutione Indignus est inuentarij beneficio.*

15 *Heres qui dolosè versatus est, & peieranit, non est indignus inuentarij beneficio, ex Iustiniani lege.*

16 *Quid sentiat autor de supradicta Iustiniani lege, vide etiam cap. seq. n.15.*

19 *Quantus sit hodie abusus beneficij inuentarij, & quemodo ei à Principe occurrendum esset.*

1 MVltæ sunt & variæ † solennitates quas obseruari Iustinianus præcepit in conficiendo inuentario ab herede qui legis & inuentarij beneficium implorauit; propter quam caulam nec immeritò solenne † hoc inuentarium
2 vulgò appellatur ad differentiam cæterorum, quæ à tutore aut curatore bonis dato & aliis eiulmodi personis fieri solent, qua vix vllam iuris solennitatem aliam defiderant quam vt bona fide conscribantur. Inter cæteras autem solennitates vna illa est, vt heres †
3 inuentario subscribat, & affirmet non nuda suscriptione, vt constitutum erat in *l. vl. §. sin autem dubius. C. de iur. delib.* sed quod additum est per *Nouel.1.§.hinc nobis. De iber. & falc.* adhibito etiam iureiurando, nullius se conscium esse malignitatis, id est, vt apertiùs explicat *dict. l.vlt.* quod nulla malignitate circa res hereditarias à se facta vel facienda, eæ res apud se remaneant. Quin & ab
4 ipsis testibus † iurari Iustinianus voluit, quòd adfuerint iis quæ gesta sunt, & viderint quæ tunc agebantur, & in nullo cõscij sint factæ ab herede malignitatis, quæ ipsa Nouellæ verba sunt. Hinc quæritur, si postea conuictus
5 † sit heres aliquid ex hereditate subripuisse aut celauisse, vel amouendum curauisse, An inuentarii beneficio priuandus sit, & doli nomine hactenus coercendus, vt creditoribus & legatariis omnibus ib solidum, id est etiam supra vires hereditarias teneatur. Pragmaticis †
6 placet teneri, ratione illa, sanè vt prima specie videtur, non iniqua nec absurda, quòd legis beneficio indignus sit qui dolum admisit & qui in legem ipsam peccauit addito etiam periurio, ne alioqui eueniat vt & periurii sui fructum sentiat, & Iustiniani beneficium ad creditorum & legatariorum iniuriam protrahatur, iisque captiosum sit quod nunquam certè ferendum est, *l. Paulus notat. 8. D. de stipulat. prætor.* Extra hãc caulam, id est
7 nullo circa res hereditarias † admisso dolo, si quid peccatum sit in forma conficiendi inuentarij propter omissas aliquas solennitates culpa fortassis tabularij id est eius qui tabulis & scripto committit inuentarium, non putant pragmatici vsque ideò inhumanè agendum esse cum herede cuius dolus nullus arguatur, vt legis auxilio quod implorauit carere debeat; & hoc iure vtimur. Mihi posterior huius pragmaticorum sententiæ pars
8 probatur, prior non item. Nam cum heredis dolus † nullus interuenit, iniquissimum sanè fuerit ex sola tabularij culpa damnum ipsi irrogari præsertim cùm nec imputari ei possit cur tabularium non elegerit pertinorem: solent enim qui inuentaria hæc conscribunt à iudicibus eligi, & ex eorum quidem numero quos iudex sciat in ea re melius versatos, vt pauci sunt qui hanc praxim adprimè calleant, vixque vnquam contingit adeò exactè satisfieri solennitatibus omnibus, vt non in aliquo peccetur. Et certè aliter posito iure eueniret facilè, vt ipsi quoque heredi beneficium ipsum inuentarij esset captiosum, cùm is non aliter suspectam defuncti hereditatem fuisset aditurus, ac potius repudiaturus. Neque verò quicquam interest creditorum & legatariorum, quibus vtrisque consuli potest commodè alio inuentario, quod ipsius tabularij sumptibus ab alio tabulario ritè rectéque reficiatur. Nimirum si quid omissum sit ex iis solennitatibus quæ sunt præcipui & maioris momenti: Leuiorum enim omissio non solet nocere, nisi accedente dolo, nec facilè iudices in eam inclinant sententiam, vt inuentarium licèt minùs ritè factum pronuntient nullum esse. Interesset quidem creditorum & legatariorum purè aditam esse hereditatem, potiùs quàm cum beneficio legis & inuentarij, sed postquam semel adita est implorato legis beneficio nihil eorũ interest an ex priore, an ex posteriore inuentario beneficiũ legis retineatur. Atcùm heredis dolus interuenit, † fateor qui- 9
dem æquum fore constitui, vt creditoribus & legatariis in solidum & supra vires hereditarias teneretur is, qui lucrum illicitum ex alterius iniuria per legis beneficium dolo malo captaret, sed tamen nego ita ius constitutum fuisse. Est enim expressa in eam rem constitutio Iustiniani in *d.l.vlt.§.licentia. in fi.C.de in.delib.* vbi scriptum est heredem, qui agnouit beneficiũ legis & inuentarij, & inuentarium fecit iuxta eam formam, quæ ipsa lege præscripta est, si conuictus fuerit aliquid ex hereditate subripuisse, aut celauisse, vel amouendum curauisse, non aliam pœnam pati debere, quàm vt duplum præstet, aut sibi imputet earum rerum quas celuit aut subtraxit. Manet igitur nihilominùs heres ex beneficio legis & inuentarij, qui & duplum ipsum tanquam talis heres præstat, quandoquidem si ex eo dolo fieret heres absolutè nulla inuentarij habita ratione, frustra condemnaretur ad duplum inferendum qui etiam nõ illato duplo in solidum omnibus & creditoribus & legatariis satisfacere cogeretur. Non enim quod dicimus duplum ab eo præstari, hunc sensum habet, vt cui ex creditoribus aut legatariis centum debentur, cogatur ducenta soluere, sed illum potiùs vt si rem subtraxerit dignam centum, cogatur, inferre ducenta in hæreditatem, vt hereditas iis centum aucta locupletior fiat, & debitis legatisque exsoluendis idoneior. Neque possum videre quænam in nouella Iustiniani lege *De hered. & falcid.* verba sint ex quibus supradicta prioris constitutionis pars correcta videri possit. Etsi enim apertum est Iustinianum † in *d. l. vlt.* id 10
vnum agere vt faueat heredibus legis suæ beneficium agnituris, hactenus, vt non creditoribus & legatariis damnum adferat, sed duntaxat vtine ex damnosæ hereditatis aditione meliorem ipsorum conditionem fieri patiatur. In nouella verò contra prospicere magis velle creditoribus & legatariis non quasi priore lege abrogata, sed in odium heredis beneficium inuentarij aut statutas præscriptasque solennitates negligentis, tamen quod ad hanc rem attinet, id est in coërcenda malignitate heredis qui subtraxit res hereditarias nihil prorsus noui Iustinianus induxit, nisi vno illo casu, vt verba ipsa demonstrant, quo heres implorato inuentarij beneficio, tamen neglexerit conficiendi inuentarij solennitates. Vtrumque enim Iustinianus † requirit, id est, vt 11
& forma inuentarij non sit ritè obseruata, & dolo malo heredis factum fuerit no obseruata sit. Ex quo magis apparet, si nihil præter dolum interuenerit, seruatis alioquin solennitatibus omnibus, non id velle Iustinianum at heres beneficio legis priuetur. Planè si concurrente dolo aliqua ex solennitatibus vel minima omissa sit, erit locus constitutioni, vt heres in solidum condemnetur non propter omissionem solennitatis duntaxat, nec propter dolum solùm, sed propter concursum vtriusque, quoniam ita lex scripta est. Licet leuiorum solennitatum omissio alioqui nullius sit momenti, ne quidem ad obligandum heredem vt aliud inuentarium ex integro fieri curet, quemadmodum superiùs diximus. Nec est quod quis dicat † noua illa Iustiniani lege hoc 12
additum esse ad priorem, vt heres inuentarium conficiens non tantùm suscribat, sed etiam subscribendo iuret

nihil

nihil ſe circa res hereditarias dolo malo feciſſe: Æquiſſimum autem eſſet & rationi adprimè conſentaneum, vt qui peieraſſet, peioris ſit conditionis quàm ſi nudo mendacio ſe oneraſſet. Nam reſpondeo additum illud fuiſſe maioris ſolennitatis gratia, ac ne tam facilè iniuriam comminiſci heredes poſſent: ſolent enim plerique mortalium alioqui faciles ad mentiẽdum & delinquendum, difficiliores eſſe ad peierandum: vana vtique ſuperſtitione potius quàm vera religionis veneratione, cùm extra cauſſam periurij Deum Opt. Max. proximúmque vltrò & conſultò offendere non dubitent. Itaque ſi ponas
13 † heredem qui ſubſcripſit, nihil ſe feciſſe dolo malo, nullum de ea re iuſiurandum interpoſuiſſe, & tamen doloſè verſatum eſſe, fatebor ex ea Iuſtiniani conſtitutione indignum eſſe beneficio inuẽtarij heredem qui alioqui ante nouellam indignus non fuiſſet, non ob id quòd dolum admiſerit, ſed quia ſolennitatem iuris dolo malo prætermiſit. Duo enim illa hîc concurrunt quæ requiri diximus, vt heres qui inuentarium confecit, perinde
15 obligetur ac ſi non feciſſet: † Dolus malus, & peccatum
16 in forma. Sed ſi iurauerit † & peieraverit, nego fieri eum indignum, quia licèt ſit in dolo, nec viri boni officium impleuerit, legis tamen præſcripto & ſolennitati ſatisfecit. Neque enim ſicut ad formam & ſolennitatem neceſſariam illud pertinet vt heres iuret, ita illud quoque ne peieret, ſed potiùs ad conſcientiam & bonam fidem: nunquam autem ex periurij cauſa creſcit pœna eius qui peieraſſet, niſi ſi quando ita expreſſim conſtitutum ſit, quia periurium ſatis Deum vltorem habet *l.2. Cod. de reb. credit.* Sublata verò periurij cauſſa nihil ſupereſt quod obiici poſſit heredi præter dolum malum, qui porrò non minus interuenit, periurio ceſſante quàm accedente. Quid ergo, inquies, An doloſo heredi fauendum eſt. Minimè verò: ne tum quidem, cùm nec iurauit nec peie-
17 rauit. Sed dico legem ſeruandam eſſe † quæ certam aliamque in hunc caſum pœnam conſtituit, Dupli ſcilicet, pro quaque re ſubtracta inferendi. Iam profeſſus
18 ſum non placere † mihi hac parte Iuſtiniani legem, potiuſque debuiſſe conſtitui vt heres qui dolo malo quid feciſſe probaretur inuentarij beneficio, & commodo priuaretur. Sed non eſt noſtrum in ea re in qua ius certum habeamus ex apertiſſimis verbis legis prætextu vllo æquitatis recedere ab eo quod ſcriptum præſcriptumque eſt *l. proſpexit 9. D. qui & à quib. manum.* Edictum Principis eam rem neceſſarium eſſet his præſertim temporibus in quibus vix eſt vt beneficium
19 † hoc Iuſtiniani alioquin iuſtum ſatis & æquum, ſi ex bona fide res tractaretur, non trahatur ad iniuriam creditorum & legatariorum, heredibus paſſim illud implorantibus, tum etiam cùm opulentiſſima & locupletiſſima hereditas eſt: non proinde vt ſibi caueant, ſed vt creditoribus & legatariis omnibus moram faciant, ac longioribus litium anfractibus & tergiuerſationibus dilata in annum aliquando trigeſimum & quinquageſimum ſententia iudicis De rebus hereditariis à creditoribus ex ordine poſſidẽdis vel venundandis graſſentur interea liberiùs in hereditate, plenóque ipſius iure & commodo fruantur, proinde acſi nec creditor nec legatarius quiſquam eſſet. Placeret autem vt huic malo occurreretur (agam enim hic conſiliarium Principis & Senatorem) ita ius conſtitui edicto Principis, non quomodo in Gallia conſtitutum eſt, ſi reperiatur ex ſubſtitutis aut ex agnatis & cognatis proximioribus aliquis, qui paratus ſit hereditatem abſolutè agnoſcere & citra beneficium legis, audiendus ille ſit vt heredi ſiue ſcripto ſiue legitimo præferatur, eique & inuentarij & hereditatis ſimul commodum eripiat: (nimis enim hoc diſſitum eſt à iure ſcripto & à lege Iuſtiniani, cuius ſemper ſalua ſanctáque quantum fieri poteſt autoritas apud nos eſſe debet:) Sed vt quemadmodum Iuſtinianus certum tempus conſtituit inuentario & inchoando & abſoluendo, ita & aliud perinde certum tempus heredi præfigeretur, ad ſummum ſemeſtre, niſi ſi quando ex patrimonij & perſonarum qualitate breuius dari deberet, intra quod iuberetur curare & effectu ipſo perficere, vt inſtantia, quam diſcuſſionis vocant, terminaretur, & de creditorum ac legatariorum omnium herediſque ipſius iure ac ordine pronunciaretur: id ni faceret, remoueretur non quidem à beneficio inuentarij (eſſet enim fortaſſe id nimis durum, præſertim ſi quam potuiſſet abſoluendæ inſtantiæ diligẽtiam heres præſtitiſſet, quo tamẽ etiam caſu idem ius cõſtitutum vellem, ne qua facti quæſtio aut ſubterfugij occaſio relinqueretur) ſed ab hereditatis poſſeſſione, eaque poſſeſſio ei ex creditoribus qui eſſet anterior, & maioris pecuniæ creditor, in fiduciæ ſpeciem adiudicaretur, præſtita per eum ſatisdatione de bonis benè adminiſtrandis, & rationibus adminiſtrationis bona fide reddendis, niſi ſi mallent creditores eligere alium ex creditoribus, aut virum probum non creditorem, qui eam bonorum adminiſtrandorum curam ſuſciperet, vt in *dict. l. 2. De curation. bonor. dand.* Sic enim fieret vt vel admittendæ poſſeſſionis metu, vel eius recuperandæ ſtudio & auiditate heres diligentior fieret ad inſtruendam finiendamque diſcuſſionis inſtantiam, Aut ſi negligens eſſe pergeret, nihil obſtaret quominus diligentiam præſtare quantam vellent, creditores ipſi poſſent, nec haberent de quo magis quàm de ſeipſis quererentur.

ERROR VI.

De herede qui res hereditarias contrectauit ante imploratum beneficium inuentarij.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia pragmaticorum non eſt audiendus heres qui poſt contrectatas res hereditarias beneficium inuentarij implorat.*
2 *Autoris in oppoſitum diſceptatio.*
3 *Tempus quod inuentario conficiendo præſcriptum eſt, non currit niſi ab adita hereditate, & ideo poteſt heres res hereditarias ante confectum inuentarium contrectare.*
4 *Beneficium inuentarij vt differat à beneficio deliberandi, & num. 5.*
6 *Intra quod tempus ab adita hereditate die inuentarium oporteat inchoaſſe.*
7 *Ex eo quòd lex Iuſtiniani iubet heredem iurare ſe nihil ſubtraxiſſe, aut celaſſe, apparet erroneam eſſe pragmaticorum ſententiam.*
8 *Aduerſus iuſiurandum purgationis ſalua eſt probandi facultas.*
9 *Suſpicio doli, quodque heres aliquid ex hereditate ſubtraxerit, per iuſiurandum extinguitur.*
10 *Probandi neceſſitas incumbit ei qui dolum obiicit.*
11 *Qui ex delata hereditate aliquid clam amouet aut ſubtrahit, non eo magis cenſetur heres.*
12 *Perinde heres reuera eſt is qui cum beneficio inuentarij heres eſt, atque is qui purè: nec magis poteſt hereditatem repudiare,*
13 *Hereditatis incommoda, 1. obligari in ſolidum creditoribus & legatarijs, 2. & implicari negotijs hereditarijs.*
14 *Beneficium inuentarij non tollit ſecundum hereditatis incommodum, ſed tantum primum.*
15 *Heres qui tempore intermedio quod ſequitur aditionem, & precedit inuentarij confectionem, dolo malo verſatur in hereditate, in duplum condemnandus eſt, ex Iuſtiniani conſtitutione.*
16 *Pœna legibus conſtituta etiamſi leuiores quàm par ſit, non poſſunt nec debent à iudicibus exaſperari.*
17 *Quomodo fraudibus heredum in hereditate graſſantium*

tium ante confectum inuentarium hodie occurrendum esset.

18 *Quid iuris sit vbi heres scriptus aut legitimus, viuo adhuc testatore expilauit bona quæ fuerunt defuncti.*

19 *A fure non manifesto non valdè distat is qui hereditatem expilauit.*

20 *Rei hereditariæ furtum fieri potest.*

HVic errori superior caussam dedit: nam pragmatici sicut non dubitant quin beneficio legis & inuentarij planè indignus sit heres qui dolo malo versatus est in hereditate, tametsi omnes in conficiendo inuentario solennitates adhibuerit, ita defendunt † non esse eum audiendum si post contrectatas pro arbitrio res hereditarias imploret beneficium legis & inuentarij, ratione præsumpti, vt inquiunt, doli, propterea quòd credendum sit in fraudem creditorum & legatariorum captari beneficium huiusmodi ab eo, per quem factum sit quominus res integra videri possit. Ergo si e contrario † verum sit, vt esse probauimus, non eo minùs heredi saluum esse beneficium legis, quòd in conscribendo inuentario dolum amiserit, si modò ad dolum non accedat omissio solennitatum, plane consequens fiet vt multo magis dicendum sit præsumptum dolum ei non nocere, cui nec apertus probatúsque noceret. Quamquam nec video cur præsumptio doli tam facilè capienda sit aduersus heredem boni fortasse nominis, qui & iure suo vsus est contrectando res hereditarias, & nunc vtitur iure communi implorando beneficium inuentarij. Solet enim dici Dolo non facere eum qui iure, siue suo, sine communi vtitur. *l. vltim. Cod. de integr. restit.* Nam quid est obsecro, quod ei possis imputare, cùm tempus † ipsum quod inuentario conficiendo præscriptum est, non currat nisi ab adita hereditate, vt pragmatici quoque fatentur? Aditam ergo prius hereditatem esse necesse est vt inuentarij beneficio locus esse possit. Quid porrò interest an verbo heres declaret suam voluntatem, an facto, id est gerendo pro herede quod fit attingendo & contrectando res hereditarias? *l. gerit* 88. *de acquir. hered.* Quidni verò heredi liceat post aditam hereditatem contrectare pro arbitrio res hereditarias, cùm reuera heres & dominus sit, nec eo magis desinat esse heres quod beneficium legis & inuentarij agnouerit? In eóque nimirum differt beneficium † inuentarij à beneficio deliberandi, quod quoniam non competit ei qui iam heres est, sed ei demum qui heres fieri potest, excluditur sanè & amittitur, si is qui deliberare se dicit, attingit interea quid hereditarium, & quidem ita vt statim fiat heres absolutè, nec quamuis tempora largiuntur, electionem habeat, an beneficium † inuentarij agnoscere velit, an absolutè heres esse. Sic enim à Iustiniano constitutum est, in pœnam eius qui deliberare maluit quàm inuentarij beneficium agnoscere *l. vlt. §. sin autem hoc aliquis. C. de iur. delib.* At is qui hereditatẽ iam adiit cùm heres sit, & esse velit, siue absolutè, siue cum beneficio inuentarij quandiu per legem licet, cur non possit ea omnia facere quæ citra ius & nomen heredis fieri nequeunt? Aut cur ex ea caussa priuetur beneficio inuentarij ob factum id quod iure suo facere potuit? Denique vbi desinit † ius deliberandi, ibi incipit ius conficiendi inuentarij, id est ex quo adita est hereditas. Alioquì quid dicemus si bona fide adiit hereditatem nihil cogitans de futuro inuentario, quòd absolutè heres esse vellet, existimans fortasse opulentissimam esse hereditatem, quæ reuera est damnosa, postea verò contrectatis iam rebus hereditatiis, melióque exploratis viribus hereditatis, & apparentibus iam creditoribus qui antea latebant, confugit ad auxilium Iustinianeum? An illi imputabimus cur non in ipso adeundæ hereditatis momento inuentarium confecerit? Atqui satisfecit legi, si modò intra † diem trigesimum ab eo aditæ hereditatis die numerandum inuentarij confectionem inchoauerit, deinde solenniter perfecerit. Nihil enim aliud est quod ab eo Iustiniani lex requirat, Quin & ob eam nimirum caussam constitutum est à Iustiniano, vt quo tempore inuentarium fit, heres iuret nihil à se dolo malo admissum fuisse circa res hereditarias, nihil subtractũ, celatum nihil. In quo obseruandum est quod errorẽ pragmaticorum apertissimè detegit, non iuberi † heredem iurare nihil se egisse hereditarium, sed nihil se subtraxisse, aut amouisse, aut amouendum curauisse, nihil denique dolo malo in hereditate aut circa hereditatem fecisse; cuiusmodi iusiurandi interponendi ratio nulla esset, si nec ante iusiurandum illud interpositum hereditarias res contrectare ipsi liceret. Quomodo enim subtraxisse potest, qui ne quidem potuit contrectare? Fateor non sine caussa posse suspicionem incidere, quòd heres aliquid ex hereditate subtraxerit & amouerit, quia fuit ei facilè ita facere, si voluit ille dolo malo versari. Sed ea suspicio tantùm, non præsumptio est, nec heredem ad aliud obligat nisi vt iuret, ad purgandum se de dolo malo, non etiam vt inuentarij beneficio priuetur: Ne alioqui eueniat, quod esset iniquius, vt periurus quoque fuisse credatur. Cur enim adigas eum ad iurandum, si nec iuranti vis credere? Non quod aduersus eiusmodi iusiurandum probatio in contrarium admitti nequeat (est enim generale vt aduersus iusiurandum † quod purgationis vocant, salua sit probandi facultas) sed hactenus saltem vt præsumpti illius doli suspicio † per iusiurandum extinguatur, nec heredi possit obiici conscientia doli, quin dolus ipse apertissimè probetur per creditores & legatarios dolum allegantes. Idipsum scilicet fundente iuris regula quæ probandi † necessitatem irrogat iis omnibus qui allegant & obiiciunt dolum *l. quoties* 18. §. *qui dolo D. de probat.* Et verò cùm etiam is qui † ex delata sibi hereditate aliquid clàm amouit, & quasi furtim subtraxit, non eo magis censeatur heres, quia contrariam voluntatem admissum ipsum declarat, vt lex ait, id est, quoniam ex ipsa facti qualitate apparet non tam voluisse illum adire hereditatem quàm furtum hereditati facere, quandoquidem si heres esse voluisset, res hereditarias pro arbitrio & ante omniũ oculos tractare potuisset *l. si quis* 11. *D. de acquir. hered.* quanto minùs dicendũ est hereditati in solidum obligari eum qui fecit inuentarium, ob id solùm quod ante confectum inuentariũ aliquid subtraxerit aue celauerit? Ei namque qui subtraxit & expilauit res hereditarias ante aditam hereditatem multo plus præstamus, cùm nullo modo hereditati eum obstringimus, quàm ei cui saluum inuentarij beneficium seruamus post aditam hereditatem expilatam. Hic enim semper heres manet, & quidem inuitus, ita vt nec audiri debeat, si quod aliquando multi vellent, hereditatem aditam repudiare mallet, quàm cum beneficio legis & inuentarij retinere: quia cùm perinde heres † re vera sit is qui cum beneficio legis & inuentarij heres est, atque is qui purè & sine adiectione heres est, non magis fieri potest vt qui hereditatem adiit implorato etiam ab initio iure inuentarij admittatur ad repudiandam hæreditatem quam si purè adiisset. Neque est quòd quis obiiciat nil interesse an heres desinat heres esse, an verò heres maneat cum beneficio legis & inuentarij, cùm vtroque casu sit securus, nec vllum ex hereditate damnum sentire possit. Non enim hereditatis † incommodum vnum illud est duntaxat, quòd heres obligetur in solidum creditoribus & legatariis supra quàm sit in facultatibus hereditariis, sed illud etiam quòd negotiis hereditariis implicetur, quibus prudens paterfamilias plerunque implicari nollet, ne tum quidem cùm maxima lucri spes subesset, *leg. quia poterat* 4. *D. ad SC. Treb.* multo minùs is qui nulla lucri spe alliciatur. Atqui beneficium † inuentarij non præstat

heredi vt non implicetur negotiis hereditariis, ſicut nec vt ex ea hereditate quæ alieno ære prorſus exhauſta eſt, lucrum aliquod ſperare poſſit, ſed tantùm ne damnum & proprij patrimonij iacturam pati debeat. Proinde fieri facilè poſſit, ſitque ſæpenumero, vt qui ei qui hereditatem adiit cum beneficio legis & inuentarij, multo commodius foret hereditatem prorſus reſpuere, ſi liceret, quàm ea lege & conditione retinere. An igitur permittemus heredi vt totum illud intermedium tempus, quod ſequitur aditionem, & præcedit inuentarij confectionem, liberum habeat ad graſſandum in hereditate, vt ei non modò delinquendi & res hereditarias expilandi, ſed etiam peierandi non tam relinquatur, quàm
15 præbeatur occaſio? Minimè. Nam † ſi conuictus fuerit dolo malo quid feciſſe, celauiſſe, amouiſſe, expilaſſe, condemnandus erit vt duplum inferat, ex Iuſtiniani conſtitutione: quæ ſi cui mollior videbitur, vt eſſe non nego (iam enim ſuperiore capite ſum profeſſus debuiſſe conſtitui vt heres qui dolo malo quid feciſſet, ab inuentarij commodo arceretur) cogitare is debebit pœ-
16 nas legibus † conſtitutas, etiamſi leuiores, quàm par ſit, eſſe videantur, tamen à iudicibus exalperari nec poſſe, nec debere citra nouæ legis auctoritatem. Optimum au-
17 tem aduerſus huiuſmodi heredum fraudes, † quæ hodie tam frequentes ſunt, remedium illud eſſet, ſi abrogata hac parte Iuſtiniani lege, prohiberetur quiſquis heres eſſe vellet, ne quicquam attingeret hereditarium, ex bonis ſcilicet mobilibus, aut ſe mouentibus, quorum facilis occultatio & ſubtractio eſt (nam quod ad immobilia pertinet, vix vlla fraudis ſuſpicio ſubeſſe poteſt) ante confectum inuentarium, ſi non eo ipſo inſtanti, quo attingere inciperet, declaret velle ſe heredem fieri abſolutè, & inuentarij beneficium abiicere, id ni faceret, hoc ipſo inuentarij beneficium abiecisſe intelligeretur. Ac quoniam adhuc facti quæſtio relinqui poſſet an attigiſſet nécne, illud præterea addi vellem, & conſtitui vt defuncto eo de cuius hereditate ageretur, obſignarentur ſtatim arcæ & cœnacula in quibus bona illa mobilia eſſent recondita, vt certò ſciri poſſet non fuiſſe expilatam hereditatem. Quod conſilium etiamnum prudentes plerique heredes vt non ſolùm indemnitati, ſed etiam exiſtimationi ſuæ conſulant, ſequi ſolent: nam ſi quis pergat calumniari & obiicere ſuſpicionem expilationis factæ per heredem iam adhuc viuo teſtatore, & priuſquàm heres eſſet, dicam nihil vnquam certi iuris fore ſi huiuſmodi ſuſpiciones probationum iure cenſeantur, nec nouum eſſe vt probatio magis quam ius deficiat: neque rurſum vlla lege aut conſtitutione fieri poſſe vt malis & perditis hominibus nulla delinquendi via ſuperſit, ſed illud ſufficere vt pec-
18 cãdi occaſio nulla præbeatur. Deniq; † ex eo quod heres ſcriptus aut legitimus fecerit viuo patrefamilias, non poſſe cõditionem eius fieri deteriorem quod ad cauſſam hereditatis & ſucceſſionis pertinet, cui nec locus vllus eſſe incipit niſi à quo tempore paterfamilias defunctus fuit: illámque furti actionem ex ea cauſſa ſupereſſe, extinctam quidem aditione hereditatis, & confuſam, ipſo iure, ſed quæ tamen pro confuſa haberi non magis debeat, quàm cæteræ actiones quæ defuncto aduerſus heredem competierunt, ſicut nec è contrario pro confuſis habentur illæ quas heres contra defunctum habuit. Vtrunque enim ſit eiuſdem legis ac inuentarij poteſtate. Hac vna differentia, quòd proprie heredis actiones ei ſaluæ ſunt per viam retentionis duntaxat, vt ſuprà diximus cap. 3. & 4. Quæ autem contra ipſum defuncto competierunt, ſaluæ ſunt creditoribus etiam iure actionis vt poſſint ipſi experiri proprio iure ſi actionis qualitas id pariatur, vt in actione furti contingit quæ datur iis omnibus quorum intereſt: nemo enim dubitat quin creditorum interſit hereditatem debitoris ſui quæ nunc ſoluendo non ſit, expilatam non eſſe. Quod ſi ea actio eſt quam non poſſint creditores ex propria perſona exercere, non quidem eo magis curator hereditati boniſve dabitur, quomodo peſſimè pragmatici ſentiunt, ſed creditores actionem ſibi quiſque competentem ex cauſſa crediti exercebunt in ſolidum, ac ſi inuentarium confectum non eſſet, & herede excipiente de beneficio inuentarij replicabunt de dolo, ſi non paratus ſit heres pati vt ad eam vſque ſummam quam defuncto debuit, condemnetur. Sic euenit vt parum interſit, an viui an defuncti patrisfamilias bona expilauerit is cui hereditas ſiue teſtamentaria ſiue legitima defertur. Vtroque enim caſu tantundem præſtat, id eſt duplum, quæ pœna etiam eſt furti nec manifeſti. Nec ſanè valde † diſtat à fure non manifeſto is qui he- 19
reditatem præſertim euidenter opulentam expilat, vt poſteà prætextum quærat auxilio legis implorando. Sed tamen nihil vetat furem quem eſſe & nihilominus heredem cum beneficio inuentarij: nam & rei hereditariæ † furtum fieri poteſt, cùm ea alteri eſt obligata, *l. hereditaria 68. cum duab. ſeqq. D. de furt.* 20

ERROR VII.

De beneficio inuentarij per eum agnito qui nondum certus eſt ex quo iure ſibi deferatur hereditas.

SVMMARIA.

1 *Ex duplici iure poteſt nonnunquam hereditas deferri, vt tamen incertum ſit ex quo deferatur.*
2 *Species facti.*
3 *Ad acquirendam hereditatem neceſſarium eſt, vt qui vult ſibi acquirere, & cauſam & ius acquirendæ hereditatis intelligat.*
4 *An poſſit fieri inuentarium eo adhuc tempore quo incertum eſt ex quo iure deferatur hereditas.*
5 *Sententia pragmaticorum affirmans.*
6 *Differentia inter inuentarium ſolenne quod fit ab herede, & ea quæ fiunt ad ſaluum ius habentis.*
7 *Aditio hereditatis requiritur antequam ſolenne inuentarium confici poſſit.*
8 *Si pendente iure ex quo deferri poteſt hereditas, heres graſſatus ſit in hereditate, in duplum condemnandus erit.*
9 *Reſponſio autoris ad quæſtionem ſupra numero 4. propoſitam.*

EVenit aliquando vt ex duplici † iure deferri 1
poſſit alicui hereditas, nec tamen certum ſit ex vtro deferatur, vt puta, ſi filiusfamilias aut emancipatus † inſtitutus ſit in eo teſta- 2
mento, in quo ſit præteritus venter, qui vacuúſne ſit an plenus debitetur, aut quem ſciatur quidem plenum eſſe, ſed de quo ignoretur an poſthumus naſciturus ſit necne. Etſi enim hoc caſu certum eſt heredi ſcripto delatam iri hereditatem, aut ex teſtamento, ſi poſthumus non naſcetur: aut ab inteſtato ſi naſcetur: interim tamen & incerto eo ex neutro iure poteſt acquiri hereditas, quia illud imprimis neceſſariũ eſt ad acquirendam † hereditatem, vt 3
qui vult ſibi acquirere, & cauſsã & ius acquirẽdæ hereditatis intelligat *l. ſi is ad quem 22. de acquir. hered.* Vnde neceſſitas illa inducendæ decretalis bonorũ poſſeſſionis, de qua *in l. ventre 84. eod. tit. l. 4. §. vlt. & ſeq. D. de bonor. poſſ. contra tabulas*, vt in vtrumque euentum ei conſulatur, qui omnimodo rem habiturus eſt, ſcripſi *lib. 1. Conſect. cap. 10.* Idem eſt ſi quis inſtituto ventre tutor datus ſit poſthumo qui naſcetur, & in eum caſum quo non naſcatur, eidem vulgariter ſubſtitutus. Nam quemadmodum deferri nequit hereditas ab inteſtato, quandiu ſucceſſioni teſtati locus aliquis eſſe poteſt, nec rurſus ex teſtamento ipſo, quandiu teſtamentum in eo

eſt

est vt agnatione posthumi rumpi possit, ita neque ex substitutione quamdiu institutio effectum habere speratur. Ac proinde his casibus & aliis eiusmodi certum est non posse acquiri hereditatem vllo iure. Quærunt
4 tamen pragmatici,† an inuentarium confici interea pos-
5 sit, nec dubitant † posse, quòd ea res, inquiunt, nemini sit damnosa aut incommoda, quinimò potiùs interest creditorum fieri inuentarium, ne quid interim ex hereditate subripiatur, aut malè diminuatur. Dicebam in-
6 uentaria † illa quæ postulantibus creditoribus, aut dominis res suas vindicantibus, fieri solent ad saluum, vt loquuntur, ius habentis, multum differre ab eo inuentario solenni quod ab herede fieri necesse est, vt vltra vires hereditarias non teneatur. Quæ sunt prioris generis, facilimè fiunt petente quolibet, cuius modò interest. Neque enim vllius sunt aut præiudicij aut effectus, nisi hactenus vt ii is qui petit, vincat postea, expeditam habeat & paratam probationem earum rerum quas ex iudicato persequi velit. Quod autem solenne est, fieri nunquam potest nisi petente eo qui iam sit heres, aut saltem qui hoc ipso quod petit, profiteatur agnoscere se hereditatem cum beneficio legis & inuentarij. Nam & inde est quod non currit tempus conficiendi huiusmodi inuentarij, nisi à die agnitæ hereditatis, quia nec prius habuisse ius conficiendi inuenta-
7 rij videri heres potest. Illud igitur † omnimodo præcedere necesse est vt sciatur an qui inuentarium facere vult, heres sit, aut esse possit, ac proinde ex qua causa, antè quàm admitti debeat ad beneficium legis & inuentarij implorandum; Siquidem nullum legis beneficium est hac parte, nisi quod heredibus statim adire quàm deliberare malentibus à Iustiniano datum est. Porrò nec deliberare de acquirenda hereditate posset is qui tametsi maximè vellet, sibi tamen hereditatem acquirere non-
8 dum posset. Quid ergo si interea grassatus † sit in hereditate pro arbitrio, postmodum autem hereditas certo iure cœperit ei delata esse? Non idcirco ex ante gesto heres fuisse videbitur, quia nunquam delatio sola heredem facit, quicquid autem ante delationem factum est, inutile & inefficax est ad heredem obligandum hereditati, cùm omnimodo necesse sit priùs delatam esse hereditatem quàm vt acquiri possit. Proinde non magis, imò minùs imputabitur heredi inuentarij beneficium agnoscenti, quòd ante delatam hereditatem res hereditarias attigerit, quàm si post eam delatam id ipsum fecisset. Nihil enim quod ad heredem aut creditores attinet prorsus interest, nisi quòd illo casu potuit longiùs abuti hereditate, quæ tamen res non potest inducere iuris diuersitatem, sicut nec si iam viuo adhuc testatore res hereditarias expilasset; quia neque dolum, neque doli magnitudinem ex tempore, aut ex temporis diuturnitate, sed vtrunque ex mali animi consilio æstimamus. Et consequenter, æque admittendus erit vtroque casu ad purgandum se de dolo malo, & æque si quid subtraxerit, aut celauerit aut amouendum curauerit, condemnabitur in duplum, quia æque omni casu fur est, aut saltem parum à fure distans, si tale quid fecisse con-
9 uincatur. Plane † si incerto eo An, aut ex qua causa hereditas delata sit, creditores hereditarij aut legatarij petant inuentarium confici ad saluum ius habentis, aut etiam heres ipse qui hereditatem in vtrunque casum habiturus est, siue ex propria, siue ex alterius quoq; persona, vt in exemplo illo quod attulimus, De tutore substituto, non negabo tale inuentarium petente quolibet fieri debere, sed multum differet à solenni illo de quo disputamus, nec proderit heredi, quominus aliud inuentarium solenne facere cogendus sit delata sibi & adita quandocunque hereditate, si ex legis beneficio consequi volet, vt neque creditoribus, neque legatariis vltra vires hereditarias teneatur.

ERROR VIII.

De rebus hereditarijs, cùm inuentarium solenne ab herede fit, æstimandis.

SVMMARIA:

1 *Ex sententia pragmaticorum æstimatio rerum hereditariarum per viros probos facienda est de solennitatibus inuentarij.*
2 *Ratio d. sententiæ à pragmaticis allata.*
3 *Confutatio sententiæ pragmaticorum. 1. ex eo quòd nusquam Iustinianus eam solennitatem præscripserit.*
4 *Quòd nulla æstimatio sit inutilis & damnosa: & numero 14.*
5 *Si res inuentario comprehensæ extent publica illa auctione distrahendæ sunt, vt ex earum pretio creditoribus satisfiat.*
6 *Si vero extare desierint dolo culpáve heredis, tenetur earum æstimationem præstare, quam creditores in litem iurauerint.*
7 *Sine delatione iurisiurandi fieri non potest vt æstimetur res quæ non extat.*
8 *Regulare est vt ob dolum duntaxat iuretur in litem.*
9 *Casus quo ob culpam iuratur in litem.*
10 *Alius casus quo etiam in litem ob culpam iuratur.*
11 *Culpam omnem præstare tenetur heres qui confecit inuentarium.*
12 *Si neque doli, neque culpa vllius heres conscius sit, non potest contra eum iurari in litem, vbi res hereditaria amissa est.*
13 *Quæ æstimatio emptionem non faciat.*
15 *Si in hereditate sint res quæ numero, pondere aut mensura constant, ponderari eas, numerari, atque metiri oportet.*
16 *Adeò vt si hæc omittatur solennitas, inuentarium non valeat: quia aliter sciri nequit quid & quantum sit in hereditate.*

INnet solennitates † cæteras quas in conficiendo solenni inuentario adhibendas esse pragmatici putant, non postrema, aut minoris momenti hæc esse creditur, vt res omnes hereditariæ, tam quæ soli, quàm quæ mobiles sunt, aut se mouentes æstimentur per probos viros in eam rem mutuo heredis & creditorum ac legatariorum omnium qui adsunt consensu eligendos. Quod si factum non sit, existimant magna ex parte, nullius omnino roboris & effectus inuentarium esse debere. Pro qua sententia † 1 2 confirmanda, etsi nullam legem habent quam proferant, quia in duabus illis Iustiniani constitutionibus quæ solæ extant, *De iure inuentarij*, nihil tale scriptum legimus adferunt tamen hanc rationem, quod cùm inuentarium fiat in eum præcipuè finem, vt sciatur quid & quantum sit in hereditate, non aliter id sciri posse videatur, quàm si res omnes hæreditariæ æstimentur. Eæ præsertim quæ mobiles sunt, ideóque facilè subripi & occultari possunt, ne alioqui amissis illis & subtractis facti quæstio inexplicabilis relinquatur, cuius fuerint pretij & æstimationis, cùm rem, quæ non extat, æstimare iam nemo possit. Ego neque sententiam illorum probo, neque rationem. Nam quis † non videt quàm temerarium 3 sit ad eas inuentarij solennitates, quas Iustinianus præscripsit, alias addere de quibus ille ne verbum quidem? Maximè vero, cùm, vt in superioribus disputauimus, solennitatis vel minimæ omissio tanti sit momenti & effectus, vt accedente heredis dolo, heredi auferat inuentarij beneficium, & legis. Sed & me illud maximè mouet, quòd æstimatio illa, quâ pragmatici inducerunt prorsus

inutilis est, nec ad aliud comparata nisi vt hereditatem iam alioqui suspectam & minus idoneam sumptibus oneret supervacuis, & conscribendo inuentario longiores moras adferat, vtrumque non sine magno & heredis, & creditorum ac legatariorum omnium incommodo & dispendio. Siue enim res æstimatæ extent eo tempore, quo creditoribus & legatariis satisfaciendum est, siue iam extate desierint, & sine dolo malo heredis, siue casu aliquo, aut fato suo perierint, nihil ea æstimatio aut heredi aut creditoribus & legatariis vel prodesse po-
4 test, vel obesse. Si res extent, † constat, esse eas publica auctione distrahendas vt ex earum pretio creditoribus satisfiat, nec si pluris æstimatæ fuerint cùm inuentarium conscriberetur quàm vendi possint, obligatum esse heredem vt eam æstimationem præstet creditoribus aut legatariis, quæ per viros probos constituta est: dummodo rem publicè vendendam exhibeat nullo dolo suo aut culpa factam deteriorem, sicut è contrario si pluris vendi possint quàm fuerunt æstimatæ, non est audiendus heres qui offert creditoribus & legatariis conuentam æstimationem, vt hyperochæ commodum sibi retineat, nisi ex ea causa rei æstimatio creuerit, quòd impensa factóve ipsius heredis res melior & pretiosior facta sit. Sed tanti vnaquæque res esse intelligitur quanti vendi potest. Quid ergo hoc casu proderit, quod res
5 illæ fuerint æstimatæ? Quòd si extate † desierint siquidem dolo culpáve heredis, Dico condemnandum esse heredem, vt pro rebus præstet earum æstimationem, nec eam tamen quæ per viros probos dicta fuit, sed quam creditores & legatarij in vnum consentientes in
6 litem iurauerint, non solùm quod sine delatione † iurisiurandi fieri nequeat, vt æstimetur res, quæ non extat, *l. Aliae 9. D. de in lit. iuran.* sed etiam quia pœna illa ordinaria est in eum, qui rem non exhibet quam exhiberi interest actoris *l. 3. §. præterea D. ad exhib.* Et si au-
7 tem dici solet, ob dolum † duntaxat iurari in litem, non etiam ob culpam nec quidem ob latam, quæ dolo proxima est, *l. in actionibus 8. §. 1. D. de in lit. iuran.* Certi tamen casus sunt in quibus contrà receptum est:
8 inter quos sicut ille † censetur, si contrà tutorem iurandum sit qui aut inuentarium non confecit, aut res in inuentario pupillari descriptas non exhibet *l. 2. C. eo.*
9 Ita & hic procul dubio † numerari debet si heres qui beneficium inuentarij agnouit ea res non exhibeat, quæ in solemnem inuentarium collatæ sunt, siue dolo malo, siue culpa ipsius factum sit ne nunc exhibere possit, cùm semper verum sit per eum factum esse, ne ex iis rebus satisfactum sit creditoribus & legatariis. Ideo enim permissum ei est res hereditarias penes se retinere quòd inuentarium confecit, quòd si non fecisset, vtique potuissent creditores impetrare, nec tantùm hypothecarij, sed etiam chirographarij, itémque legatarij etiam conditionales, vt in possessionem bonorum defuncti mitterentur, ad ea distrahenda, ex tit. *De bon. auctor. iudic. possid. vel venund.* Itaque culpam † omnem ab herede
10 præstari æquum est, vtpote cùm neque creditores neque legatarij contraxerint, sed in quem inciderint, quique iis etiam inuitis res hereditarias retinuerit captato in eam rem beneficio inuentarij fortassis dolo malo, licèt in iis rebus amittendis non dolus, sed culpa tantùm inter-
11 uenerit. Sanè si neque doli † neque culpæ vllius heres conscius sit, fateor perlibenter non posse contra eum iurari in litem, imò verò nec cogendum eum rem exhibere quam citra dolum culpámve habere desierit, quia licet per eum factum sit ne ex rebus hereditariis tam citò satisfieri creditoribus & legatariis potuerit, quàm si inuentarij beneficium non imploraſſet, non tamen consequens sit vt ei quicquam possit imputari, cur legis iurisque beneficio sibi delato & competente vsus sit, proinde hoc casu absoluendus heres erit, nec cogendus præstare æstimationem quæ in inuentario contineatur.
12 Nam quod dici solet æstimationem facere † emptionem *l. 1. §. vlt. D. de æstimat. action.* ad hanc æstimationis speciem non pertinet, quæ non eo animo fit vt vel hic vel ille ad eam æstimationem præstandam obligetur, sed ob id tantùm vt sciatur planius quid & quantum sit in hereditate, nec minùs vt heredi ipsi quam vt creditoribus & legatariis prospiciatur: Denique nomine communi, & in vtilitatem eorum omnino omnium quorum potest interesse, id est, qui commodum aliquod sperant ex hereditate. Nullius ergo vtilitatis † 14
hoc etiam casu erit æstimatio quam viri probi fecerint: & consequenter fatendum est dici non posse quo demum casu vtilis esse queat, & effectum aliquem habere; Illud planè fateor, si in hereditate † sint res quæ pon- 15
dere, numero & mensura constent ponderari eas, numerari, & metiri debere; in eamque rem viros probos ab herede & creditoribus itémque legatariis eligi qui ponderent, numerent & metiantur: nec fieri † posse vt hac 16
omissa solennitate inuentarium valeat, quia licèt ne hoc quidem Iustiniani constitutione aliqua expressum sit, pertinet tamen ea res ad intrinsecam solennitatem, & ad effectum inuentarij, cum aliter sciri nullo modo possit quid & quantum † sit in hereditate, aut quid & quan- 17
tum exhibere heres debeat, ex quo creditoribus & legatariis satisfiat. Posset quidem aliquando per testes id probari, hoc est, quid & quantum in pondere, numero & mensura fuerit, sed non semper, nec sine sumptibus quibus onerari creditores legatarios non oporteat, vt suum consequantur, cuius amittendi metu & periculo iam satis afficiantur: Æquissimúmque est id agi, quantum fieri potest, vt quam minimis sumptibus res omnium qui in hereditate aut in hereditatem ius aliquod habent, in tuto collocetur.

ERROR IX.

Si is qui conuentus à creditore confessus est se heredem cum beneficio legis & inuentarij, non exhibeat inuentarium.

SVMMARIA.

1 *An conuentus à creditore tanquam heres, & confessus se esse heredem cum beneficio inuentarij debeat condemnari in solidum si non exhibeat inuentarium?*
2 *Pragmaticorum sententia negans.*
3 *In proposita quæstione distinctio quorumdam pragmaticorum.*
4 *Pro herede absolutè habendus & condemnandus est, qui dixit se heredem cum beneficio inuentarij, si illud non exhibeat, contra pragmat.*
5 *Qui se fatetur heredem cum beneficio inuentarij non aliter beneficio vti potest quàm si inuentarium rite factum sit.*
6 *Confessionem nunquam scindi posse. propositio est non vniuersaliter vera.*
7 *Qui acquiescit confessioni heredis dicentis à se inuentarium confectum esse, non illico tenetur admittere inuentarium rite factum esse & cur.*
8 *Consectarium absurdum quod promanat ex pragmaticorum negatione.*
9 *Si inuentarium quod exhibeatur tale sit vt legis beneficium mereri nequeat, heres in solidum ex sua confessione condemnandus est.*
10 *Heres qui inuentarium allegat ante omnia illud exhibere tenetur.*
11 *Quæ sint partes iudicis vbi heres inuentarium exhibere non vult.*

12 *Inuentarij quantumlibet vitiosi pœna non grauior, quàm vt nullum esse existimetur.*

QVi à te conueniebatur † tanquam heres, dixerat & confessus erat se heredem esse, sed cum hac adiectione, *ex beneficio legis & inuentarij*, nec tamen inuentarium vllum exhibebat, quærebatur an ex ea sola cõfessione nullis aliis accedẽtibus hereditatis aditæ probationibus condemnari in solidum tanquam heres deberet. Dicebat non posse condemnationi locum esse, nisi consentires vt beneficio legis & inuentarij frueretur, propterea quòd non esset tibi permittendum, vt confessionem eius scinderes, & ex ea tantùm parte agnosceres quæ tibi placeret, ex alia verò improbares. Eam enim tibi conditionem deferri, vt vel totam confessionem agnoscas, vel à tota recedas, *l. cùm quæritur. 16. D. de administr. & peric. tutor.* Eámque sententiam † pragmatici nostri sequuntur. Ex quibus tamen sunt qui distinguant, † an confessus heres sit eo modo quo diximus, an verò negauerit se heredem nisi cum beneficio legis & inuentarij. Hoc enim casu, etsi negatio ipsa implicat confessionem sub contraria qualitate: difficilius tamen esse putant, vt ex responsione sua obligetur heres tanquam confessus, qui negauit, licet adiecerit, *nisi cum beneficio legis & inuentarij:* mihi contrà videtur, siue heres † confessus sit se heredem esse cum beneficio legis & inuentarij, siue negauerit se heredem nisi cum beneficio legis & inuentarij, pro herede absolutè haberi & condemnari eum debere ex eiusmodi responsione tanquam ex pura & absoluta confessione si inuentarium nullum exhibeat. Nam si propiùs inspicias, non est confessio illa conditionalis, aut, vt ita dicam, qualificata, nisi eo casu quo inuentarium exhibeatur, quia nec aliter quàm exhibito inuentario sciri potest an inuentarium ritè factùm sit, & ita vt eius beneficio gaudere debeat, ne creditoribus & legatarijs supra vires hereditarias teneatur. Finge enim heredem qui ita respondit, exhibere inuentarium, quòd appareat non satis ritè factum esse, sed ex contrario tam malè dolosè vt indignus heres sit, qui ex eo beneficium vllum consequatur. An eo minùs heres erit absolutè quod hereditatem cum beneficio legis, & inuentarij agnouerit, & inuentarium fecerit: Minimè: quia non sufficit inuentarium factum esse, vt prosit heredi ne absolutè heres sit. Sed illud etiam requiritur vt ritè rectéque, & ex præscripto constitutionum Iustiniani factum fuerit. Itaque an inuentarium factum sit nécne, facti quæstio est non iuris: An verò ritè factum sit, & heredi prodesse debeat, nécne, iuris quæstio est, non facti. Hinc nimirum infero, Eum qui se heredem fatetur, licèt cùm hac adiectione *ex beneficio legis & inuentarij* non adiicere confessioni suæ aliquid quod sit meri facti, sed potius quod iuris sit, cùm eo animo adiiciat vti ne in solidum obligetur. Nam si fateretur † se heredem, sed ita tamen vt se inuentarium fecisse diceret, non eo magis se exoneraret, nisi præterea inuentarij & legis beneficium imploraret, quoniam, vt diximus, fieri potest vt absolutè heres sit & esse debeat qui confecit inuentarium etiam solenne si minùs solenniter fecerit. Legis igitur beneficium implorandum est, quod ipsum tamen non aliter imperari potest quàm si inuentarium ritè factum probetur. Non enim cuilibet heredi inuentarium facienti Iustinianus fauere voluit, sed ei tantùm qui ritè fecerit. Cui consequens est, vt cui confessus est se heredem esse cum beneficio legis & inuentarij, aut qui negauit se nisi cum eo beneficio heredem esse, si inuentarium nullum proferat perinde habendus sit ac si fateretur se heredem, & inuentarium à se factum diceret, neque tamen inuentarij beneficium imploraret. Esto itaque quod pragmatici volunt, Confessionem † scindi nunquam debere (quadquam habet etiam prooositio illa suas distinctiones & interpretationes) Admittamus hunc qui sic respondent † non tantùm heredem esse, sed etiam ab eo confectum inuentarium fuisse. Quid enim aliud possit ille petere, nisi vt factum credatur quicquid ille factum dixit?) An idcirco illud quoque admittere cogemur inuentarium hoc quod pro facto habetur ritè factum fuisse? Minimè verò, quia id non facti, vt diximus, sed iuris est: Ius autem ea de re nisi viso perfectóque inuentario certum esse non potest. Atqui, inquiet, hoc ipsum etiam ad confessionis qualitatem pertinet. Nam qui contendit se heredem esse cum beneficio legis & inuentarij hoc ipso asserit ritè confectum à se inuentarium, cuius alioqui beneficium nullum esse posset: Respondeo, neque confessionem neque interrogationem ad ea pertinere, quæ sunt iuris, sed ad ea tantùm quæ sunt facti. De facto enim non de iure & interrogari & respondere aduersarius debet. Proinde nec cogi eum qui interrogauit, & ex confessione agit, confessionem agnoscere quatenus iuris, sed tantùm quatenus facti est. Cùm igitur is qui fatetur se heredem cum beneficio legis & inuentarij vtia dicat, Heredem se esse inuentarium à se confectum fuisse, & inuentarij beneficio se dignum esse, quorum priora duo meri facti sunt, ppstremum autem iuris cogitur quidem is qui ex confessione nititur fateri, non modò agnitam ab herede conuento hereditatem, sed etiam factum esse inuentarium, sed non similiter fateri cogitur inuentarium ritè ac solenniter factum esse. Atque ita fit, vt non magis prosit heredi quod inuentarium, de quo non constat, pro facto habeatur, quàm si de ea re heres confitendo nihil dixisset. Alioqui dicendum erit, † Si heres confessus sit heredem se esse cum beneficio inuentarij quod exhibeat, numquam cum ex sua confessione condemnandum in solidum tanquam heredem absolutè, nec si quid per ipsius dolum in forma inuentarij peccatum sit: quod tamen apertissimè falsum est, quia cùm inuentarium quod exhibetur tale est vt legis † beneficium mereri nequeat, nihil omnino supereſt quod impediat ne heres in solidum ex sua confessione condemnetur, ac si simpliciter & nulla inuentarij mentione facta heredem se confessus esset; quamuis alias aditæ hereditatis probationes contra eum nullas habeat is qui agit. Quis enim dubitare possit quin adita sit hereditas ab eo qui solenne inuentarium confecit tanquam heres, licèt malè confecerit? Is tamen rei gerendæ ordo esse debet, vt qui inuentarium † allegat, ante omnia iubeatur inuentarium exhibere, vt sciri possit an ritè factum sit nécne, Nam si exhibeat & appareat nihil ab eo peccatum esse dolo malo, vtique beneficio legis gaudebit. Sin aliquid minus solenniter factum fuerit accedente etiam heredis dolo, in solidum condemnandus erit perinde ac si inuentarium nullum factum esset. Quòd si exhibere † nolit, ea primùm iudicis partes esse debebunt vt indignum eum pronunciet qui inuentarij beneficio & commodo vtatur: sed eo facto consequens erit vt condemnet eum in solidum tanquam heredem purè & absolutè. Et quidem ex sola illa confessione, de qua disputauimus, id est licèt actor nulla alia ratione probet aditam ab eo hereditatem, quia cùm ad respondentis onus pertineat vt probet inuentarium à se & factum & ritè ac solenniter factum esse, pro non adiecto habendum est quod probari non potest: sublata autem adiectione illa hoc solum relinquitur, vt purè & absolutè heres sit qui tanquam talis conuenitur, quique heredem se esse confessus est. Et hic vnus nimirum casus est in quo proposita quæstio & error pragmaticorum locum habere potest, scilicet cùm heres inuentarium à se allegatum exhibere iussus non paret. Nam si nullo iussu præcedente condemnetur, nimis properè & præcipiti iudicis festinatione condemnatus videbitur. Planè cùm iussus præcessit, nemo æquum putauerit meliorem esse debere conditionem heredis, nullum inuentarium exhibentis, quàm si tale exhiberet quod perperam nec seruatis solennibus factum esset,

12 Neque enim inuentarij quantumlibet † vitiosi pœna vlla grauior esse potest, quàm vt nullum esse existimetur. Eáque ferè perpetua contra non exhibentem præsumptio est, vt instrumentum quod non exhibet aut pro nullo habeatur, aut pro exhibito quidem, sed in tali forma in qua si exhibitum esset, condemnari nihilominus exhibentem oporteret.

ERROR X.

Si ex confessione hereditatis adita vni ex creditoribus facta alij creditores agant.

SVMMARIA.

1 *Aditio hereditatis cur difficilis probationis.*
2 *An qui interrogatus in iure ab vno è creditoribus respondit se heredem esse, ab alijs quoque creditoribus hered. conueniri possit.*
3 *Responsio pragmaticorum negans, & eius ratio.*
4 *In contrarium autoris disceptatio.*
5 *Ad obligandum heredem creditoribus quid requiratur.*
6 *Heres fit quisquis se heredem profitetur dummodo heres esse possit.*
7 *Pro herede gerit qui se dicit heredem præsertim apud Iudicem.*
8 *Sola heredis testificatio sine in iure, sine extra ius facta quòd velit esse heres, obligat eum hereditarys creditoribus.*
9 *Cur delata hereditas per procuratorem acquiri non possit.*
10 *Vera sententia l. vlt. D. de inter. in iur. fac. aduersus pragmaticos abutentes asserta & comprobata.*
11 De quo filio tractet Scæuola in verbis d.l. vlt. vnus ex filiis qui nec bonorum *possessionem acceperat, nec heres erat.*
12 *Interrogatoria actio in quem detur.*
13 *Vnde nascatur huiusmodi actio.*
14 *Rationes decidendi Scæuola in dict. l. vlt.*
15 *Hereditaria actio non nascitur ex interrogatione, sed ex contractu cum defuncto.*
16 *Obiectio aduersus interpretationem d.l. vlt. petita ex l. si is cuius 14. §. vlt. D. de interrog. in iur. fac.*
17 *Solutio & d.l. expositio.*

1 VOniam aditæ hereditatis † probatio plerunque difficilis est, cùm aditio non tantùm sit facti, sed etiam animi alieni, solent qui aduersus aliquem agunt tanquam heredem, interrogare illum, an sit heres, & si confiteatur, expedita sit probatio, nec nisi de actionis iure aut viribus exceptionis, si quam habeat quærendum supersit, *l. 2. & 3. de interrog. in iur. faciend.* Hinc illa dubitatio, si 2 is † cui siue ex testamento siue ab intestato delata est hereditas, interrogatus in iure ab aliquo ex creditoribus hereditariis, respondit se heredem esse, sin ex eiusmodi confessione ab aliis etiam creditoribus tanquam heres 3 conueniri possit. Et vulgo à pragmaticis summo † omnium consensu probatum est, non posse propterea quòd confessio respondentis ad interrogationem facta soli interroganti prodesse debeat ex *l. vltim. eod. tit.* vbi hoc ipsum à Scæuola diserris verbis responsum esse creditur: illis verbis *respõdit ab his qui in iure non interrogassent ex responso suo conueniri non posse.* Quæ tamen sententia † 4 mihi sẽper non modò erronea, sed etiã absurda visa est. Nam cùm ad heredẽ creditoribus omnibus obligãdum, 5 † nihil aliud requiratur, nisi vt heres esse probetur: he- 6 res autem fiat † quisquis esse vult hoc ipso quod profitetur velle se heredem esse dũmodo heres esse possit, id est ipsi delata sit hereditas, quid obsecro apertiùs, quàm eum qui in iure fateatur se heredem, licèt vno tantùm ex creditoribus interrogante hoc ipso fieri heredem tametsi anteà non fuisset, ac consequenter creditoribus omnibus obligari? An non enim heres sit quisquis pro herede gerit, licèt nihil dicat? An non autem pro herede † gerit qui se dicit heredem, præsertim in iure & 7 apud iudicem: *lege si filius qui abstinuit, 12. eodem.* Quid enim interest an verbo quis, an facto voluntatem suam declaret? *lege, non tantum digest. rat. rem haber.* Cumque aditio hereditatis sit animi magis quàm facti, quid potest aptius esse ad animum illum testificandum, quàm si quis heredẽ se esse non tantùm velit, sed etiam apertissimis verbis exprimat? Nam, vt Tubero apud Celsum dicebat in *l. Labeo. 7. §. Seruius de supell. legat.* quorsum verba, nisi vt demonstrent voluntatem dicentis? Et verò etiamsi nemo interrogasset, sola tamen heredis testificatio, † siue in iure, siue extra ius facta, quòd heres esset, 8 obligaret eum hereditari erga omnes omnino creditores, quemadmodum & si quid aliud feciſſet quod citra ius & nomen heredis fieri non potuisset. Quid enim est quod minus facere possit citra ius & nomen heredis, quàm vt se heredem dicat? Adeò vt nec distinctioni ac quæstioni facti & voluntatis locus vllus relinquatur, quomodo relinquitur, cùm is adeundi animus non verbis sed facto aliquo declaratus est. Nemo enim potest se heredem dicere, ex quo delata illi est hereditas vt heres fieri possit, quin hoc ipso heres fiat, omni omnino casu. Nam & hanc rationem solent nostri reddere, cur hereditatem † sibi delatam acquirere nemo possit per 9 procuratorem; quoniam, inquiunt, nec male, hoc ipso quòd procuratorem constitueret ad acquirendum hereditatem sibi eam acquireret *lege, per procuratorem 90. si sic malis legere quàm vt in Florentinis per curatorem. D. de acquirend. hered.* Quid ergo ad Scæuolam respondebimus? Hic verò facere non possum quin exclamem, Quàm parui lureconsulti sunt, qui magni inter pragmaticos videri volunt! Tractat † Scæuola de filio, 10 qui nec bonorum possessionem acceperat, nec heres erat, & tamen se heredem esse respondérat, ac proinde qui responsionis tempore nec volens heres fieri poterat, nunquam scilicet delata ei hereditate: ergo de filio suo exheredato aut de emancipato præterito. Nam † si 11 suus esset non exheredatus, is vtique statim & ipso iure heres esset ex testamento, nec quicquam faceret quod posset abstinere, *lege 1. §. qui sunt in potestate. Digest. si quis omiss. causs. testam. l. necessariis 57. D. de acquir. hered.* Nullo autem facto per patrem testamento, & consequẽter nulla interueniente exheredatione (neque enim ab intestato fieri exheredatio potest) perinde heres esset ipso iure & citra aditionem, aut immixtionem, quarum illa in, suis heredibus induci nequit, hæc verò necessaria non est *leg. in suis 11. D. de liber. & posthum. l. in suis 14. D. de suis & legit.* Proinde non possent ei conuenire verba illa *qui heres nõ erat*, sed ei soli ex suis heredibus qui exheredatus est. Cuius & deterior in eo conditio est quàm agnati aut extranei instituti necdum heredis facti, quod non solùm heres non est, sed neque esse potest, nisi rupto priùs ex aliqua causſa vel irrito facto testamento. Exheredatio enim licèt ius suitatis non tollat, tollit tamen vim & effectum ipsius, vt probauimus *lib. 10. Coniecturar. cap. 9.* Emancipatus verò, si præteritus sit; neque ab intestato heres esse potest, neque ex testamento, tametsi maximè velit cùm sit iure ciuili omnino incognitus & extranei iure censendus, sed cogitur implorare auxilium prætoris, & bonorum possessionem petere, aut contra tabulas, si quæ extent, aut ab intestato. Vnde liberi, quo non facto etiamsi delata ei sit alterutra bonorum possessio, & millies in iure dicat se heredem esse, tamen heres fieri non potest, quia heredis nomen est iuris ciuilis, nec fieri potest vt qui ex prætoris tantùm edicto vocatur ad successionem, heres fiat, sed tantùm bonorum possessor, quandoquidem nec heredem

redem facere Prætor poteſt, §. *quod autem. Inſtitut. de bono. poſſeſſio.* Mirum igitur non eſt, filium hunc qui neque heres ſit, neque eſſe poſſit, nec ob hoc ſolùm fieri heredem poſſe, quòd ſe heredem eſſe mentitus ſit. Nec mouet quod ſi filius hic bonorum poſſeſſionem accepiſſet, videtur Scæuola fuiſſe aliud reſponſurus, vt verba illa innuunt, *nec bonorum poſſeſſionem acceperat.* Nam reſpondeo multum referre an filius emancipatus bonorum poſſeſſionem iam acceperit, an accipere tantùm poſſit. Etſi enim neutro caſu heres eſt propter eam rationem quam diximus, tamen accepta bonorum poſſeſſione heredis loco habetur in omnibus, ideóque prætor ex cuius edicto & interrogationes fiunt, & interrogatoriæ actiones competunt *l. 2. cod. titul.* non habet eum pro mendace ſi heredem ſe dixiſſet, quoniam & habet eum pro herede. Prius verò quàm accepta ſit bonorum poſſeſſio, ſicuti bonorum poſſeſſor non eſt, ita nec heredis loco haberi poteſt, neque rurſus bonorum poſſeſſor fieri hoc ipſo quòd ſe heredem eſſe in iure fateatur. Non enim ſicut is qui heres iure ciuili fieri poteſt, citra cretionis ſolennitatem, hoc ipſo fit heres quòd bonorum poſſeſſionem accipit, quia bonorum poſſeſſionem accipere nihil aliud eſt quàm ſe gerere pro herede: *l. pubes rem 12 Cod. de iur. deliber.* Ita ex contrario dici poteſt, eum qui non heres, ſed tantùm bonorum poſſeſſor fieri queat, hoc ipſo fieri bonorum poſſeſſorem quod ſe heredem dicat. Solemnis enim fuit olim & Scæuolæ temporibus agnitio bonorum poſſeſſionis, nec quocunque actu aut indicio voluntatis aut quocunque loco expediri poterat ante Iuſtiniani conſtitutionem, quæ omnes illas ſolennitates ſuſtulit, in *l. vltim. Cod. qui admitt. ad bonor. poſſeſſ. poſſ.* Planè ſi poneres emancipatum inſtitutum à patre, dubitandum non eſſet, quin is fatendo ſe heredem, hoc ipſo ſe obſtringeret hereditati & conſequenter creditoribus & legatarijs omnibus hereditarijs, quia quòd emancipatus extranei iure cenſetur, facere non debet vt deterioris conditionis ſit quàm extraneus: quem diximus hoc iure vti, vt ſi vel vno ex creditoribus interrogante reſpondeat ſe heredem, heres fiat. Sed de filio emancipato inſtituto non loqui Scæuolam apparet ſatis ex illis verbis *vnus ex filijs qui nec bonorum poſſeſſionem acceperat, nec heres erat:* quæ proculdubio eò pertinent, vt intelligamus filium illum qui cùm nec bonorum poſſeſſionem accepiſſet, nec heres eſſet, reſpondit ſe heredem eſſe, mentitum eſſe ob idque ex mendacio ſuo & in pœnam mendacij interrogatoria conueniri debere. Subijcit enim Scæuola *an quaſi interrogatoria creditoribus cæteris teneatur.* Interrogatoria autem
12 actio † in eum datur qui confitendo, ſiue verum, ſiue falſum, aut negando verum, & mentiendo ſe onerauit, *lege, voluit 4. l. & quia 6. l. de ætate. 11. §. ſi cùm eſſet. & §. ſequenti. l. confeſſionibus 13. l. quia ex parte 18. cod. titulo.* In pœnam nimirum mendacij. Nam mentitur ſanè is qui cùm nec bonorum poſſeſſionem acceperit, nec heres ſit, aut eſſe poſſit, fatetur tamen & reſpondet ſe heredem. At non mentitur ille qui nondum agnati hereditate, quæ tamen delata eſt, fatetur ſe heredem, quia hoc ipſo fit heres & pro herede gerere videtur, *d. l. ſi filius qui abſtinuit 12. eodem titulo.* Ex falſa & mendaci confeſſione † naſ- 13
cetur actio interrogatoria, ſicut & ſi heres nihil reſpondeat, ideóque ſecundum aduerſarium iudicetur, vt in *l. ſi perluſorio. 14. §. 1. D. de appell.* Ex vera autem confeſſione nulla naſcitur actio, ſed priſtina, quæ iam competebat, ſiue propria ea eſſet, ſiue hereditaria commodiùs & rutiùs exercetur. Interrogatoria non tam latè patet, quia ſicuti ex ſola interrogatione naſcitur, ita non alij quàm interroganti prodeſſe poteſt, ob idque nec de eo Scæuola dubitat, An ex interrogatione vnius ex creditoribus actio interrogatoria cæteris competat, quam non competere certum erat, ſed an *quaſi interrogatoria*, id eſt vtilis actio ex interrogatione ab alio facta. At ne hoc quidem admittit, non illa tantùm † ratione quam vulgo 14
adferunt, quod res inter alios acta alijs nec prodeſſe debeat nec nocere, ſed hac potiſſimùm quòd per liberã perſonam alteri quæri actio non poſſit. Hereditaria autem actio patet latiùs, cúmque non ex interrogatione † naſ- 15
catur, licet heres interrogetur, ſed ex contractu qui cum defuncto initus fuit, non eſt vtique dubitandum quin competat creditoribus & legatarijs omnibus aduerſus illum qui ſe heredem eſſe reſpondit, quamuis vno tantùm ex creditoribus interrogante. Abutuntur ergo pragmatici reſponſo illo Scæuolæ, cùm ex eo nituntur vt probent actionem hereditariam creditoribus & legatarijs omnibus dandam non eſſe contra heredem qui ad vnius ex creditoribus interrogationem reſpondit verè non falsò ſe heredem eſſe. Vnum tamen eſt quod huic noſtræ interpretationi † fortaſſe obijci poſſe videatur. 16
Id ſcilicet quod Iauolenus ſcribit in *l. ſi ☐ cuius 14. §. vlt. eod. titulo.* Confeſſiones falſas ita demum ratas eſſe ſi id quod in confeſſionem venit & ius & naturam recipere poſſit. Diximus autem Scæuolæ reſponſum de eo filio intelligi debere, qui necdum heres ſit, nec gerendo pro herede heres fieri poſſit. Quomodo enim fieri queat, vt fatendo ſe heredem ſe obliget is qui nec volens heres fieri poſſit? At reſpondeo † Iauoleni ſententiam non 17
illam eſſe, vt non aliter quis obligetur ex reſponſione quàm ſi talis eſſe poſſit, qualem ſe dixit (quid enim ſit is qui nec ſcriptus nec agnatus proximus eſt conuentus tanquam heres dixerit ſe heredem? an eo minùs ex reſponſione ſua tenebitur?) ſed vt falſæ confeſſiones naturalibus conuenire debeant, id eſt, vt ſi eius nomine de quo quis interrogatus ſit cum aliquo ſit actio, eam quæ cum alio eſſet ſi heres eſſet in ſeipſos confeſſione noſtra transferamus. Item vt ſi eum qui in poteſtate patris eſſet, reſpondiſſem filium meum eſſe, ita obliger ſi ætas eius pateretur vt filius meus eſſe poſſit. Quemadmodum eleganter Paulus explicat in *d. l. confeſſion. 13. eod. tit.*

ANTONII FABRI IC.
SEBVSIANI,
DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, & Interpretum Iuris.

DECAS TERTIA.

ERROR PRIMVS.

De ſuo herede qui nec immiſcuit ſe, nec abſtinuit.

SVMMARIA.

1 *Suus heres iure quidem eſt neceſſarius, datum tamen ei à prætore eſt beneficium abſtentionis.*
2 *Ex pragmaticorum ſententia ſuus heres eſt hodie adeò voluntarius, vt non priùs heres videri poſſit quàm ſe immiſcuerit.*
3 *In oppoſitum autoris diſſertatio.*
4 *Suus heres quis dicatur.*
5 *Heredem veteres pro domino dixere.*
6 *Sui heredes ſtatim & ipſo iure heredes exiſtunt, id eſt non fiunt, ſed apparent.*
7 *Filius qui paternam hereditatem agnoſcit non dicitur adire, ſed ſe immiſcere, ſi nolit agnoſcere, non repudiare dicitur ſed abſtinere.*
8 *Adire aut repudiare hereditatem extranei eſt heredis, immiſcere vel abſtinere ſui.*
9 *Eius qui heredem ſuum reliquit, nulla omnino hereditas eſſe intelligitur, & cur.*
10 *Si ſuo herede relicto hereditas nulla eſt, ſequitur filium patris heredem dici non poſſe.*
11 *Filius qui ſuccedit patri cur heres ſuus appelletur, & num. 16.*
12 *Reijcitur illud Cuiacij, auteri quondam probatum, In ſuis heredibus idem inſtans eſt delatæ & acquiſitæ hereditatis, quòd in ijs nulla ſit hereditas.*
13 *Cur & quomodo Hereditatis nomen vſurpent veteres IC. cùm de ſuis heredibus loquuntur & nu. 15.*
14 *Veteres IC. nuſquam ſcripſere hereditatem patris filiofam. aut deferri, aut acquiri & cur.*
17 *Licèt prætor ſuis heredibus beneficium abſtinendi indulſerit, tamen nec fecit nec facere potuit vt ſuus heres deſineret eſſe heres.*
18 *Ratio ſuperioris effati.*
19 *Filiusfam. etiam poſt abſtentionem heres eſt.*
20 *Ergo multò magis ſuus & neceſſarius manet heres filius qui nondum abſtinuit, licèt habeat abſtinendi beneficium.*
21 *Beneficij abſtinendi vis & poteſtas.*
22 *Beneficij ſeparationis effectum.*
23 *Pragmatici inſcitè confundunt aditionem & immixtionem, tum repudiationem & abſtentionem.*
24 *Erronea traditio Bartoli putantis ſuum heredem pro abſtento in dubio haberi debere, & eius confutatio.*
25 *Exponitur ſententia verborum l. 1. C. ſi minor ab hered. ſe abſtin.*

Vlx quiſquam eſt inter pragmaticos tam imperitus, qui neſciat ſuum † heredem 1
eſſe etiam neceſſarium iure ciuili, datum tamen ei à prætore beneficiũ abſtentionis, vt quãuis ipſo iure teneatur paternis creditoribus, & legatarijs omnibus, in eum tamen ſi abſtinere malueris, nullam actionem dari prætor patiatur, *l. neceſſarijs 57. D. de acquir. hered.* Sed tamen quid adhuc ex iure vetere ſuperſit poſt inductum beneficium abſtentionis, & quænam edicti prætorij vis & poteſtas hac parte ſit, perpauci ſciunt. Sic enim vulgò exiſtimant, † ſuum heredem 2
vſque adeò eſſe hodie non neceſſarium, prorſuſque voluntarium, vt non priùs heres videri poſſit, quàm ſe immiſcuerit, ſicut nec extraneus ante quàm adierit, heres vllomodo dici poteſt. In quo falluntur apertiſſimè. Nam † cùm olim filiusfamil. eſſet patri & ſuus heres & neceſ- 3
ſarius, prætor fecit quidem ex neceſſario non neceſſarium, quod ad ipſum prætorem attinet, ſed non ſimiliter ex ſuo herede non ſuum. Explico, Suum † heredem 4
cùm dicimus, eum intelligimus qui iam viuo patre rerum paternarum dominus fuiſſe intelligitur, quique defuncto quandocunque patre ſibi magis quàm patri ſucceſſiſſe videatur, id eſt liberam potius proprij patrimonij adminiſtrationem, quàm paterni nouam acquiſitionem nactus fuiſſe: Denique continuatio illa eſt, non acquiſitio dominij, vt eleganter Paulus tractat *in ſuis 11. D. de liberis & poſthumis*, Heredem † enim veteres pro domi- 5
no dixerunt §. *vlt. Inſtitut. de hered. qualit. & differ.* qui autem iam viuo patre dominus fuit, fieri nequit vt vel magis vel iterum dominus fiat eo mortuo *l. non vt ex pluribus 159. de regulis iuris.* Hinc illud eſt quod dici ſolet, ſuos † heredes ſtatim & ipſo iure heredes exiſte- 6
re, id eſt non fieri, ſed apparere quod Græci dicunt *ἀναφανῆναι*, quaſi mortuo patre nihil aliud noui accidat, niſi quod fit apertius, iam tum cùm pater viueret, fuiſſe filiũ dominum rerum paternarum ex ipſius parentis voto, licet id obſcurius eſſet propter liberam illam quam pater habebat patrimonij ſui adminiſtrationem. Inde illud etiam, quod filius † ſi paternam agnoſcat hereditatem non adire dicitur, ſed ſe immiſcere, ſi nolit agnoſcere, non repudiare dicitur, ſed abſtinere *l. in ſuis 14. ff. de ſuis & legit.* Adire enim † aut repudiare delatam ſi- 8
bi hereditatem, extraneorum heredum eſt, Immiſcere verò ſe aut abſtinere, non niſi ſuorum. Plus dico, quod neſcio an adhuc quiſquam dixerit, Eius qui ſuum † 9
heredem reliquit, nullam omnino hereditatem intelligi, non magis quàm ſi etiamnum viueret, ſed quod extraneo herede relicto hereditatis nomine & iure cenſeretur, ea patris bona etiam poſteaquam defunctus fuit dici debere. Hereditatis ſiquidem appellatione dominium illud ſignificamus, quod patrefamilias defuncto neceſſe

neceſſe eſt induci per legem, ad repræſentandam ipſam defuncti perſonam, ne interea bona omnia quæ defuncti fuerunt fiant vacantia, cedantque primo occupanti, nec expectari poſſit vt extraneus heres adeat qui ex tempore aditæ hereditatis perſonam defuncti repræſentet, ac in cuius perſona continuetur illud ipſum dominium quod penes defunctum fuit quaſi nunquam ac ne minimo quidem vllo temporis momento interpellatum: nam ſi quod inſtans eſſet in quo dici poſſet interruptam fuiſſe continuationem illam dominij quam à defuncto in heredem fieri neceſſe eſt, fieri nullo modo poſſet ne quidem ipſius legis poteſtate vt defuncti heres quiſquam eſſet, ac dominus bonorum defuncti, nimirum propter medium inhabile, vt cum pragmaticis & interpretibus loquar, quod extremorum coniunctionem impediret. Etſi namque ea ipſa lex quæ facit hereditatem, facit etiam heredem, non poteſt tamen facere heredem ſine hereditate, priúſque neceſſarium eſt vt hereditas aliqua quàm vt heres quiſquam ſit, cùm heres is demum dicatur cui & delata & acquiſita eſt hereditas. Ex quo apparet fictionem illam legis, quæ induxit nomen & ius hereditaris, non niſi ex neceſſitate profectam eſſe, ideóque ſicut in cæteris omnibus fictionibus euenit, non aliter admittendam eſſe quàm & vbi, & quatenus neceſſe eſt. Arqui defuncto patre qui ſuum heredem reliquit, nihil neceſſe eſt vllam induci hereditatem ad continuandum dominium in id vſque tempus quo filius dominus fiat, quippe qui, vt dixi, iam inde viuo patre dominus fuerit, nec noua vlla dominij acquiſitione indigeat. Quæ etiam Pauli ſententia eſt ſatis aperta in *dict. l. in ſuis* 11. *de lib. & poſth.* Quod ſi ſuo herede † relicto hereditas nulla eſt, planè conſequens fit nec poſſe filium dici patris heredem, cùm hereditas illa ſit quæ heredem facit. Et ob id nimirum *ſuum heredem* † appellamus, ne quis fortè putet eum cæterorum heredum exemplo defuncti patris heredem eſſe. Heres quidem eſt, id eſt dominus, ſed ſuus heres, non patris, quia non dominium illud quod penes viuum patrem fuit, nanciſcitur, ſed illud ipſum quod viuo patre habuit, id eſt ſuum proprium tetinet, ſibique liberius habet. Vnde illud etiam infero non ſatis rectè virum doctiſſimum & alioqui adprimè in iuris principijs verſatum *Iacobum Cuiacium* & eum ſecutos ex recentioribus pleroſque ſic paſſim locutos eſſe, vt dicerent quod & nos quoque in Coniecturis noſtris alicubi ſcripſimus, in † ſuis heredibus idem inſtans eſſe delatæ & acquiſitæ hereditatis, cùm ex contrario neque hereditas, neque per conſequentiam hereditatis aut delatio, aut acquiſitio in ijs vlla ſit, aut eſſe poſſit, ſi propriè & partitè loquaris *dict. l. in ſuis* 11. *de lib. & poſthum.* Quare nec lex 12. tabul. ſic locuta eſt vt deferret hereditatem ſuo heredi ſicuti detulit agnato proximo, ſed quaſi delatio in agnati proximi perſona incipiat, ita dixit, *Si ſuus heres non erit, agnatus proximus familiam habeto.* Quanquam non ignoro ipſos etiam iuris autores cùm de ſuis heredibus loquuntur, hereditatis † quoque nomen quàm ſæpiſſime vſurpare, nimirum illo ipſo ſenſu quo ſuum heredem vocant heredem (iunt enim hæc coniugata, nec heres, vt dixi, ſine hereditate eſſe poteſt) id eſt vt ſignificent dominium illud quod filijfamilias fuit iam viuente adhuc patre: non vt nouam dominij cauſſam quæ filiofamilias poſt patris mortem & deferatur & acquiratur. Nuſquã enim apud Iureconſultos † reperias, Hereditatẽ patris filiofamilias aut deferri aut acquiri (licèt *delatam* dixerint Impp impropriè vt loqui plerunque ſolent) in *l. ſed & 8. C. de iur. delib.* Non quòd vſque adeò paterna bona in filij dominio eſſe exiſtimẽtur, vt nõ liberum ſit patri filiumfamilias aut inſtituere, aut exheredare, quem & occidere olim licebat *d. l. in ſuis* 11. *De ſuis & legit.* Sed quia illo etiam caſu quo filiusfamilias à patre inſtitutus eſt, & hereditatẽ habet ex teſtamento, ſtatim & ipſo iure citra immixtionem vllam ex teſtamento heres eſſe intelligitur *l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Proinde hereditatis delatio nulla intercedente poteſt, quia fieri nequit vt ei qui iam heres eſt hereditas deferatur, & quòd hereditatem patris I. C. † vocant, fit eo reſpectu, quòd illud dominium aliquando fuit patris: aut hereditatem pro familia vſurpant, vt in lege duodecim tabularum familia pro hereditate accipitur. Cæterùm ſicut is † qui ſuus heres eſt non tam patris quàm ſuus heres eſſe creditur, ita nec tam paternam quàm ſuam hereditatem habere dicendus eſt, vt eadem ratio ſit heredis & hereditatis. Hoc verò cùm ex iuris ciuilis ratione veriſſimè dicatur, apparet prætorem qui abſtinendi † beneficium ſuis & neceſſarijs heredibus indulſit, non ideò tamen feciſſe, nec facere potuiſſe vt ſuus heres deſineret eſſe heres, non illa ſolùm ratione † quod prætor ſicut heredis ius & nomen dare non potuit, ita neque adimere, §. *quos autem. Inſt. de bonor. poſſ.* ſed etiam quia nec ipſa iuris ciuilis poteſtate fieri poteſt, vt qui heres ſemel fuit, heres vnquam eſſe deſinat. *l. air. prætor* 7. §. *ſed quod Papinianus. D. de minor. l. ei qui ſoluendo* 88. *de hered. inſtit.* Ergo etiam poſt inductum à prætore beneficium abſtentionis, ſaluum filiofamilias manet ius † & nomen ſui heredis, & conſequenter neceſſarius quoque heres dicendus eſt iure ciuili, ſiquidem fieri nequit vt qui iam eſt heres, neceſſariò heres non ſit, non magis quàm vt quid idem ſit, & non ſit. Idque eſt quod Vlpianus ſcribit in *d. §. qui ſunt in poteſtate*, in hæc verba *qui ſunt in poteſtate, ſtatim heredes ſunt ex teſtamento, nec quòd ſe poſſunt abſtinere quicquam facit.* Cui ſimile illud etiam eſt (niſi quod multo difficilius & pragmaticis mirabilius id videri debeat) quod idem Vlp. ſcripſit in *l. cum quaſi* 30. §. *ſed etſi ſuus. de fideic. libert. Non eſſe ſine herede eum qui ſuum heredem habet licèt ſe abſtinentem.* Nam ſi etiam recuſata ab ſtentione nihilominùs heres manet qui antea fuit, quanto magis † admittendum eſt ſuum & neceſſarium heredem manere filium qui fuit in poteſtate, necdum ab ſtinuit, licèt habeat ex edicto prætoris beneficium abſtinendi? Quare nec ſic loquitur Caius in *d. l. neceſſarijs* 57. *de acquir. hered.* vt dicat edicto prætoris factum eſſe vt ſui aut neceſſarij heredes hodie non ſint, qui olim fuerint. Sed ex contrario fatetur beneficium † prætoris in eo tantùm elucere, vt quamuis creditoribus hereditatis iure ciuili teneãtur, nimirum tanquam heredes ſui & neceſſarij, tamen in eos actio non detur ſi velint derelinquere hereditatem: quia ſcilicet non habet eos prætor heredum loco poſt abſtentionem, *l. ſi filius qui abſtinuit* 12. *D. de interrog. in iur. faciend.* Ante abſtentionem licèt in eo ſint vt abſtinere adhuc poſſint, aut quia ſe non immiſcuerunt, aut fauore pupillaris ætatis, habet eos prætor quoque heredum loco, nec vſquam ſcriptum legas, ob id minùs haberi à prætore loco heredum quod poſſint abſtinere. Id enim prætori propoſitum fuit, liberos oneribus hereditariis non ſponte ſuſceptis liberare, non inuitos ab hereditate remouere *l. ſi filius* 12. *D. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* Idem contingit in beneficio ſeparationis quòd ſeruo cum libertate inſtituto prætores dederunt, ita demum ſi non attigerit bona patroni *l. 1. §. vltimo. D. de ſeparationibus.* Neque enim beneficium † illud facit quominus ſeruus libertatem conſecutus maneat domini heres neceſſarius, ſed tantùm vt quantumuis ipſo iure ſit neceſſarius, tamen in ea cauſſa ſit vt quicquid poſteà acquiſierit ſeparetur, etiam ſi quid ei à teſtatore debebatur *dict. §. vltimo.* Et ſanè ſeparationis beneficium dici non poſſet ſi confuſionem impediret quam inducit ius & nomen neceſſarij heredis. Conſtat igitur ex ſuperioribus egregiè pragmaticos noſtros deſipere, qui putant filiumfamilias hodie poſt edictum prætoris non aliter heredem dici poſſe quàm ſi hereditatem patris adierit. Sic enim loquuntur † additionis & immixtionis differentiam nullam agnoſcentes, vt nec abſtentionis & repudiationis. Nec illi multo meliùs qui Bartolum

24 tolum † ſecuti ad *l.1. Cod. ſi minor ab hered. ſe abſtin.* defendunt, ſuum heredem pro abſtento in dubio haberi debere, quoties hereditas damnoſa eſt, non item ſi ſit opulenta. Nam cùm abſtentio ſit meri facti, vt & aditio hereditatis & repudiatio, probari omnino debet. *leg. 2. & 3. D. de interrog. in iur. faciend.* Non enim beneficium hoc ſuis heredibus à prætore datum eſt vllo caſu, vt pro abſtentis habeantur, ſed tantùm vt abſtinere poſſint, ſi velint, voluntas igitur ea de re aliquomodo teſtanda & declaranda eſt. Neque obſtat † quod in *d. l.* 1. ita ſcriptum eſt *ſi vos paternæ hereditati non immiſcuiſtis, ob eam rem teſtificatio neceſſaria non fuit.* Senſus enim eſt, non eſſe præſumendam immixtionem de qua non appareat, nec debere ſuum heredem onerari probatione quòd ſe non immiſcuerit, quoniam immixtio quoque facti eſt. Sed non valet conſecutio ſi quis ex eo inferat, Præſumendam igitur ex contrario abſtentionem. Nam cùm & abſtentio quoque facti ſit, præſumi numquam poteſt, quantumlibet damnoſa hereditas proponatur. Quid ergo; Neque pro abſtento habebitur ſuus heres, neque pro eo qui ſe immiſcuit, ſed ſaluum habebit beneficium iuris prætorij vt abſtinere poſſit etiam citra reſtitutionem in integrum, quod ſecus eſſet ſi immixtio vel minima præceſſiſſet, niſi proponeres impuberem, cui propter ætatis imbecillitatem fauendum prætor putaret, abſque ope reſtitutionis, ſolis enim puberibus intra viceſimum quintum annum conſtitutis neceſſarium eſt reſtitutionis auxilium, quod poſt eam ætatem cùm immixtio præceſſit competere amplius non poteſt: vt probant cætera quæ in eadem lege ſequuntur, & apertiùs traditum eſt in *d. l. neceſſarius* 57. *D. de acquir. hered.*

ERROR II.

Si ſuus heres ſe abſtinuerit, & curator paterna hereditati tanquam iacenti detur.

SVMMARIA.

1 *Erroneum pragmaticorum dogma ſuo loco herede ſe abſtinente curatorem paterna hereditati tanquam iacenti dandum eſſe.*
2 *Refutatio propoſiti dogmatis, ex eo quòd heres ſuus etiam poſt abſtentionem eſt heres.*
3 *Hereditas iacens dici nequit quæ habet heredem*
4 *Herede ſuo ſe abſtinente dandus eſt curator bonis defuncti, non hereditati. & numero 6.*
5 *Quandiu deliberat heres extraneus non datur curator hereditati vt iacenti.*

FAcile erit ex ſuperioribus intelligere quàm ſtultius & ineptius ſit quod iidem pragmatici volunt † ſuo herede abſtinente curatorem paternæ heredit. tanquam iacenti dandum eſſe. Nam † ſi verum eſt quod diximus & probauimus, ſuum heredem non eo minùs & ſuum & neceſſarium heredem ipſo iure manere quòd abſtinendi beneficium, ſi voler, ex prætoris edicto habeat, ideóque ſtatim heredem eſſe ex teſtamento *l.* 1. §. *qui ſunt in poteſtate D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Nec dici poſſe ſine herede eum eſſe qui ſuum heredem habet, quamuis ſe abſtinentem, vt diſertè Vlpianus ſcribit in *l. cùm quaſi* 30. §. *ſed etſi ſuus D. de fideic. libert.* quis admittat † iacentem dici hereditatem, quæ habet heredem, aut ei curatorem dari tanquam iacenti quæ reuera nec iacens eſt, nec vnquam fuit, neceſſe poteſt? Imò quæ nec verè hereditas eſt, ſi hereditatem accipias non pro dominio ſimpliciter, quomodo accipiunt Iureconſulti, cùm dicunt hereditatem patris qui ſuum heredem reliquit, ſed pro dominio illo iacente quod ante hereditatis acquiſitionem dominum alium non habet quàm defunctum. Vt contingit in extraneis heredibus, in quibus nec hereditas ampliùs dicitur poſt aditionem, ſed proprium patrimonium heredis. Dicat aliquis, ſuum heredem qui abſtinuit, licet non eo minùs & ſuus & neceſſarius heres maneat iure ciuili, tamen à Prætore loco heredis non haberi, *l. ſi filius qui abſtinuit* 12. *D. de interrog. in iur. faciend.* Quidni ergo hereditati tanquam iacenti curator dabitur vt effectum rei magis quàm ſubtilitatem iuris & verborum inſpiciamus, aut qua demum alia actione creditoribus ſuum perſequi volentibus conſuletur; Reſpondeo, dandum † quidem eſſe curatorem, qui & creditorum actiones excipiat, & actiones omnes quæ defuncto competierunt exerceat, ſed dandum bonis defuncti, non hereditati iacenti quæ nulla eſt. Nam & cùm heres inſtitutus † extraneus aut agnatus proximus vtgentibus hereditarijs creditoribus implorauit beneficium iuris deliberandi, certum eſt, quandiu ille deliberat, non dari curatorem hereditati tanquam iacenti, licèt reuera iaceat: obijcies nec bonis ipſis hoc caſu dari: Fateor, quia futurum eſt breui vt defunctus habeat ſucceſſorem, poteſtque interea is qui deliberat omnia ſine præiudicio expedire quæ longiorem moram non patiuntur, *l. Ariſto.* 5. §. 1. *cum ſ. ſeq. D. de iur. delib.* Sed cùm non apparet quis heres eſſe aut poſſit aut velit, vt contingit † filio ſe abſtinente, dico nihil aliud fieri poſſe, quàm vt curator bonis conſtituatur, & bona vendantur, & ſi quæ actiones defuncto competierunt eæ per curatorem exerceantur, aut creditoribus cedantur, quemadmodum & ſi quis inſtitutus eſſet ſub conditione non poteſtatiua, *l.* 1. 2. *& paſſ. D. de curat. bon. dand.*

1 2 3 4 5

ERROR III.

De curatore iacenti hereditati dando cùm nullus heres eſt ſiue aliquis ſperetur, ſiue non.

SVMMARIA.

1 *Cur nullo iuris loco tractetur de curatore hereditati tanquam iacenti dando.*
2 *Hereditas perſonam defuncti repræſentat, non heredis.*
3 *Hereditati furtum fieri nequit.*
4 *Cuiuſnam rei hereditariæ furtum fieri queat.*
5 *Curator, cur detur.*
6 *Pragmatici hereditatis & bonorum appellatione promiſcuè per imperitiam vtuntur.*
7 *Inter hereditatem & bona differentiæ plures notatæ.*
8 *Hereditas deſinit eſſe hereditas ex quo certum eſſe incipit neminem heredem fore.*
9 *In ſuis non erat olim ſucceſſio, imò ne quidem in agnatis.*
10 *Ex l. vlt. §. ſin autem. C. de bon. quæ lib. non colligi hereditati curatorem dari poſſe.*

NEc ſanè memini vllo iuris † loco tractari de curatore hereditati tanquam iacenti dando: quia nec fieri poteſt vt detur, cum hereditas † defuncti perſonam repræſenter, non heredis *l. hereditas.* 34. *D. de acquir. rer. dom.* Defuncto autem dari curatorem abſurdum eſſet. Nam & inde fit vt hereditati † furtum fieri nequeat, imò ne quidem rei hereditariæ, † niſi aut commodata fuerit, aut in pignus vel vſumfr. data, ideóque neceſſaria fuit actio expilatæ heredit. *l.* 1. *& tot. tit. D. expil. hered. l. hereditaria* 98. *cum duab. ſeq. D. de furt.* quia ei qui in rerum natura ampliùs non eſt, furtum fieri non poteſt. *Adde aliam rationem perelegantem & apertiorem ex l.* 1. §. *Scæuola. D. ſi is qui teſt. lib. eſſ. iuſſ.* Quòd ſi curatoris † datio neceſſaria ſit vt non tam perſonæ quàm bonis conſulatur, quid obſecro attinet curatorem hereditati iacenti dari; An non

1 2 3 4 5

non ſatis & æquè conſultum eſt ſi bonis detur? An ergo de verbis tantùm, non etiam de re ipſa & rei effectu diſputamus; imò verò de iure & ipſiſſima iuris ratione. Eſt enim ſanè à iuris ratione & regulis omnino alienum, vt curator iacenti detur, tantóque minùs permittendum eſt pragmaticis vt iure abutantur, quanto minùs neceſſe eſt, cùm curatore bonis dato, quod fieri iure poteſt & debet, idem effectus futurus ſit. Natus autem ex eo error eſt, quòd pragmatici † *hereditatis* & *bonorum* appellationem promiſcuam fecerunt, cùm tamen valdè referat an de hereditate, an de bonis loquamur. Hereditas nomen † iuris eſt, ibique etiam eſſe intelligitur vbi bona nulla ſunt, dummodò aliqua eſſe poſſint. Bona autem nulla ſunt, vbi nihil eſt. Dicuntur enim à beando. Vnde illud etiam euenit vt bona non dicãtur, niſi deducto ære alieno, nam nec illa bona ſunt, quæ plus habẽt incõmodi quàm commodi. Hereditas contrà dicitur etiam illa quæ ære alieno tota non modo obruta, ſed etiã exhauſta eſt. Hereditas perſonam defuncti repræſentat, bona non repræſentant. Quid ſi addam quod magis nouum, nec tamen minùs verum fuerit hereditatem † deſinere eſſe hereditatem ex quo certum eſſe incipit neminem aut ex teſtamento aut ab inteſtato heredem fore? Cùm enim, vt ſuperiore capite docuimus, heredites inducta ſit poteſtate legis propter heredem, indéque fiat vt qui heredem habere non poteſt, nec hereditatem quoque habere poſſit, vt contingit in filiofamilias & alijs eiuſmodi quàmplurimis perſonis: An non prorſus conſequens eſt vt hereditas quæ aliquando fuit, eſſe deſinat vbi ſpes deficit habendi heredis? Quis enim putet hereditatem à iure induci vt perpetuò iaceat? Admitto poſſe hereditatem eſſe ſine herede, ſed non ſine alicuius heredis habendi facultate: ideóque nimirum mortuo aliquo ſine herede dicimus fieri bona vacantia & ad fiſcum, no hereditario aut ſucceſſorio, ſed ſingulari quodam iure deuolui, quod falſum eſſet ſi qua hereditas maneret. Nam hereditas repræſentaret perſonam defuncti, vel ob hoc ipſum ne bona videri poſſent vacantia, quæ eſſent hereditaria. Atqui filiofamiliãs eodémque ſuo heredeſe abſtinente ſi inſpicias iuris veteris rationem quæ non patiebatur † vt in ſuis eſſet ſucceſſio *l. 1. §. fciendum. De ſuis & legit.* ac ne quidem in agnatis §. *placebat. Inſti. de legit. agnat. ſucceſſ.* Nec quod ex ſucceſſorio prætoris edicto aliud ſit ad rem facit. Prætor enim ſicut heredem facere non potuit, ita nec hereditatem, aut conſtituere, aut à iure conſtitutam inuita iuris ratione retinere, ſed etſi aliqua ex parte à Iuſtiniano id immutatum eſt *d. §. placebat.* tamen ſi quod plerunque euenit, nemo reperiatur qui damnoſam patris hereditatem à qua ſuus heres abſtinuit agnoſcere velit, idem contingere neceſſe eſt vt ſine herede paterfamiliãs defunctus exiſtimetur. Ergo & ſinè hereditate. Proinde fieri nullomodo poteſt vt hereditati eius tanquam iacenti curator aliquis detur. Neque verò ſolet poteſtas iuris ſuperuacuam inducere fictionem. Vt autem hereditas aliqua ſit, fictio tantùm iuris eſt, quæ porrò ſuperuacua ſit, cùm heres amplius nullus ſperatur: ſcio placere † Iuſtiniano in *l. vltim. ſui autem, Cod. de bon. quæ liber.* vt in ea ſpecie curator hereditati detur, vereórque ne vnus ille locus errorem hunc inuexerit. Sed ſi quis benè intueatur, ſcripſit eo loco Tribonianus *hereditatem* impropriè pro eo quod ſcribere debebat *bona*, cùm tractet apertiſſimè de hereditate iam filio acquiſita, & hoc ipſo agnita quòd curatorem petat ille dari bonis quæ pater noluit adminiſtrare. Hereditas enim eſſe deſinit, vt in ſuperioribus dictum eſt, ex quo adita fuit. Idque apparet ſatis ex verbis illis præcedentibus, ſin autem patre recuſante filius adire maluerit, damus quidem licentiam & hoc facere. Itaque quod ſequitur, nolente autem patre res filij gubernare, neceſſario accipiendum eſt de rebus hereditariis ipſi filio iam per additionem acquiſitis, quas ideò res filij lex vocat.

ERROR IV.

De herede ſine ſuo, ſine extraneo qui reſpondit ſe heredem non eſſe.

SVMMARIA.

1 *Heres ſine ſuus ſine extraneus, qui reſpondit ſe heredem non eſſe cur non ſatis apertè pragmaticis videatur reſpondiſſe.*
2 *In extraneo obtinere pragmaticorum ſententiam, non verò in ſuo herede.*
3 *Abſtentio ſui heredis quid ſit.*
4 *Vnde natus ſit pragmaticorum error.*

REcte nec inſubtiliter † à pragmaticis obſeruatum eſt heredem ſiue inſtitutum ſiue legitimum, qui aut à ſubſtituto aut à proximo vel ſequentis gradus agnato, aut etiam à creditore hereditario interrogatus, an hereditatem ſibi delatam agnoſcere velit nẽne, reſpondit ſe heredem non eſſe, non ſatis apertè videri reſpondiſſe. Non enim conſtare poteſt ex ea reſponſione an reſpuat hereditatem, cùm is qui etiam poſt delationem negat ſe heredem eſſe non eo minus fieri heres poſſit adeundo, quandiu non repudiauit. Vtrumque ſiquidem verùm eſt, & heredem eum non eſſe, quia nondum adiit, & tamen heredem eſſe poſſe, quia nondum repudiauit. præcisè igitur cogendus eſt vt hereditatem aut agnoſcat aut repudiet, cùm deliberare vel non vult, aut non poteſt, iam fortaſſis excluſus tempore ab implorando iure deliberandi. Sed in eo tamen pragmatici errant omnes, quòd non diſtinguunt ſuum heredem ab extraneo. Nam † in extraneo quidem hoc obtinet, quod diximus, quia is priuſquam hereditatem ſibi delatam adeat, nullomodo heres eſt, licèt eſſe poſſit. Suus autem heres ipſo iure heres eſt & neceſſarius non modò ante abſtentionem, licèt ſaluum habeat beneficium abſtentionis *l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam.* Sed etiam poſt abſtentionem *l. cum quaſi 30. §. ſed etſi ſuus. Di. de fideicommiſſ. libert.* quamuis hoc caſu heredis loco non habeatur à prætore *l. ſi filius, qui abſtinuit 12. D. de interrogat. in iur. faciend.* Inde namque fit vt reſpondens ſe heredem non eſſe, ſatis declaret implorare ſe beneficium abſtentionis, vtpote ſine quo fieri nequit, vt non ſit heres, qui iam vel inuitus heres eſt. Quid enim aliud eſt abſtentio † niſi declaratio ſui heredis, quòd nolit ſe haberi pro herede nec mergi oneribus hereditariis? Igitur abſtentio ex eiuſmodi reſponſione rectiſſimè inducetur, nec arctandus erit ſuus heres vt vel aptiùs vel apertiùs reſpondeat, ſicut nec audiendus ſi eam hereditatem velit poſteà ſibi quæſitam quaſi nunquam fuerit abſtentus, ſi modò neque fauor ætatis neque auxilium reſtitutionis patrocinetur. Secundùm eam diſtinctionem quæ Caio tradita eſt in *l. neceſſariis 57. D. de acquir. hered.* Natus autem eſt error † hic pragmaticorum ex eo, quòd exiſtimant poſt inductum indultúmque à prætore beneficium abſtentionis, perinde neceſſariam eſſe in ſuo herede immixtionem, atque aditio in extraneo neceſſaria eſt ad acquirendam hereditatem. Quod tamen falſum eſſe apparet ex ſupradictis legibus aliiſque innumeris quæ in hanc rem cumulari poſſent.

ERROR V.

De ſuo herede, qui poſteaquàm ſe tutore auctore immiſcuit, vult abſtinere.

SVMMARIA.

1 *Cùm de ſui heredis abſtentione quæritur impubes à pubere ſeparandus eſt, itémque minor à maiore.*

2 *Beneſ.*

1 *Beneficium abstentionis à pratore datum est impuberibus etiam si se immiscuerint, & quidem citra opem restitutionis in integrum.*

3 *Puberibus datum est beneficium abstentionis si se non immiscuerint, at post immixtionem indigent restitutione in integrum.*

4 *Nihil interest an suus heres se immiscuerit tutore autore, an sine tutoris autoritate.*

5 *Hereditatem extranei non aliter potest pupillus sibi acquirere, quàm si tutore auctore vel adeat vel pro herede gerat.*

6 *Ratio superioris pronuntiati.*

7 *Tutor non potest pupilli nomine aut adire aut pro herede gerere.*

8 *Pater ex Iustiniani constitutione infantis sui nomine delatam hereditatem adire potest.*

9 *Item curator furiosi delatam furioso hereditatem.*

10 *An pupillus qui se immiscuit paternæ hereditati tutore autore possit eodem autore se abstinere.*

11 *Pragmaticorum sententia negans, & eorumdem rationes.*

12 *Contraria auctoris sententia & eiusdem confirmatio.*

13 *Rem aliter se habere si extranei hereditas pupillo delata sit.*

1 VM de sui † heredis abstentione quæritur, impubes à pubere separandus est, itémque minor annis vigintiquinque ab eo qui tutæ & legitimæ ætatis est. Constat enim bene-
2 ficium † abstentionis à prætore datum esse impuberibus, non modò si se non immiscuerint, sed etiam si se immiscuerint, & quidem citra opem & auxilium in in-
3 tegrum restitutionis: Puberibus † verò non aliter quàm si se non immiscuerint, nisi quod etiam post immixtionem dat iis prætor restitutionem ex generali edicto, De minorib. vt possint abstinere si minor ætas patrocinetur. *l. necessarij* 57. *D. de acq. her.* Sed & illud sciendum est ni-
4 hil interesse † an suus heres se immiscuerit tutore autore, an sine tutoris autoritate. Nam sicuti etiam citra immixtionem suus heres est & necessarius, vt disputauimus in superiorib. ita se immiscens non eo minus videri heres potest, quòd sine tutoris autoritate se immiscuerit. E contrario sicut immixtio facere non potest quantumlibet solennis, vt suo heredi impuberi saluum non sit beneficium abstentionis: ita nec interueniens tutoris autoritas inducere debet vt beneficio illo pri-
5 uandus videatur. In cæteris † hereditatibus quæ pupillo tutorem habenti deferuntur, non idem est. Non enim aliter sibi eas acquirere pupillus potest, quàm si tutore autore vel adeat quando fari potest & cum cretione heres institutus est, vel pro herede gerat, *l. pupillus* 9. D,
6 vbi ratio † redditur, quoniam hereditatis acquisitio heredem obligat ex quasi contractu creditoribus omnibus & legatariis. Pupillus autem sine tutoris autoritate nec contrahere, nec obligari vllo modo potest? Adeundo verò, aut pro herede gerendo multo minùs, quia nec adeundæ hereditatis caussam intelligit, nec proinde, adeundi facultatem habet, cùm ad acquirendam hereditatem illud præcipuè requiratur, vt quisquis heres fieri vult, & ius & caussam acquirendæ hereditatis
7 intelligat. *l. si is ad quem* 22. *& pass. eod.* Cæterùm interueniente tutore, non tutor † pupilli nomine aut adire aut pro herede gerere potest, sed pupillus ipse aut adire aut pro herede gerere debet, tutore suo autore. Personale namque factum requiritur illius qui heres fit, vt ipse non alius pro eo adeat vel pro herede gerat, faciliusque lex putauit vt iudicium & voluntas pupilli, quam
8 vt factum ipsius per tutorem suppleatur. Soli patri † datum est à Iustiniano, contra iuris veteris rationem, vt infantis sui nomine delatam hereditatem adire possit, in eóque plus iuris habeat quàm tutor, quia & plus quàm tutor est *l. si infanti* 18. *C. de iur. del.* Itẽ † cutatori furiosi 9
delatam furioso successionem possit ipse furiosi nomine ãcquirere, *l. vl. C. de cur. fur.* Finge igitur pupillum se immiscuisse † paternæ hereditati, tutore autore, An 10
eodem tutore autore poterit se abstinere? Pragmatici † negant, non illa solum ratione, quòd absurdum videa- 11
tur, tutorẽ qui pupillo autor fuit se immiscendi, eundẽ autorẽ esse abstinendi, sed etiam quòd interueniens tutoris autoritas facere videatur vt pupillus adeundo, vel pro herede gerendo solenniter obligetur ex quasi cõtractu, proinde indigeat auxilio restitutionis, sicut & si quo alio contractus genere contraxisset tutore autore: Nemo enim dubitat quin pupillus ex omnibus caussis vtiliter & efficaciter obligetur si tutoris autoritas accedat, salua ei in integrũ restitutione si læsus probetur *l. 1. & tot. tit. l. si tutor vel curat. interuen.* At ego † contrà puto, 12
quia cũ pupillus paternæ hereditati se immiscet, nõ se obligat per immixtionẽ cùm iam satis supérque obligatus sit iureciuili, hoc ipso, quod & sunt heres, & necessarius, sed tantùm declarat velle se vti iure suo, sibique quæsitam hereditatem retinere. Quæ res cùm nullam creditoribus & legatariis nouam in eum det actionem, nulla quoque iis fit iniuria si propter ætatis fauorem saluam nihilominus pupillo relinquat abstinuendi facultatem. Idem enim ius illorum manet, quod haberent si pupillus se non immiscuisset. In eámque rem textus sunt apertissimi in *l. pen. D. de consen. aut. tut. l. ex contractu.* 44. *de re iudic.* Aliud sanè est, si extranei, id est alterius quam patris hereditas pupillo delata sit. Tunc. n° si semel ille adierit tutore autore, non admittendus ad eam repudiandam siue eodem siue alio tutore autore, nisi per in integrum restitutionem, quia cum se adeundo obligauerit, fieret iniuria creditoribus & legatariis si ab ea obligatione quam sponte contraxisset, iis inuitis eximeretur.

ERROR VI.

De differentia sui heredis & extranei in agnoscenda hereditate.

SVMMARIA.

1 *Ex sententia pragmaticorum erronea non magis potest suus heres hodie heres esse citra immixtionem, quàm extraneus citra aditionem.*

2 *Heres extraneus qui ante aditionem hereditarium aliquid subripit non idcirco fit heres, contra pragmaticos.*

3 *Heres suus qui hereditarium aliquid subripit, licet non fiat ex eo heres, sibi tamen eo ipso eripit beneficium abstinendi, quia se immiscet.*

4 *Quid sit hereditati paterna se immiscere.*

5 *Facilius inducitur hereditatis immixtio, quàm aditio.*

6 *Semel repudiata hereditas non magis adiri potest, quàm adita repudiari.*

7 *Quandiu res integra est, nec distracta sunt bona hereditaria, liberum est suo heredi vt etiam post abstentionem se immiscear.*

8 *Idem obtinet ex Iustiniani constitutione, distractis etiam rebus hereditariis, & quidem ad triennium.*

9 *An aditio hereditatis præsumenda sit ex eo quòd heres ante declaratam voluntatem creditoribus hereditarijs soluit, aut rem hereditariam vendidit.*

10 *In extraneo herede non posse inde inferri hereditatis aditionem.*

11 *Secus in suo herede.*

PEnder etiam hic error ex ſuperioribus. Is enim perpetuus pragmaticorum lapſus eſt, quòd nullam inter ſuum heredem & extraneum differentiam conſtituunt, exiſtimantes edicto prætoris quod tuis heredibus abſtinendi
1 beneficium dedit, factum eſſe vt non magis † poſſit ſuus heres ſhodie heres eſſe citra immixtionem, quam extraneus citra aditionem : vtque eadem in vtroque ratio ſit adquirendæ hereditatis, Quod certè non ita
2 eſt, Nam ſi extraneus † cui ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato delata eſt hereditas ante aditionem hereditarium aliquid ſubripuerit, placet non idcirco fieri eum heredem quia admiſſum contrariam voluntatem declarat, inquit *l. ſi quis* 21. *ff. de acq. her.* Id eſt quia ex qualitate facti apparet non eo animo attigiſſe illum res hereditarias vt heres fieret, ſed potius è contrario quòd heres eſſe nollet. Cùm ſi voluiſſet vtique pro ſuo iure vniuerſas res hereditarias tanquam ſuas contrectare, déque iis pro arbitrio ſtatuere potuiſſet, neque conſilium expilandæ hereditatis inire debuiſſet, In quo ipſo etiam pragmatici plerique errant: putant enim ſtatim atque is cui delata eſt hereditas, attingit vel minimũ quid hereditariũ, licet animo expilãdæ hereditatis & furti faciendi (ſi rei hereditariæ furtũ fieri poſſet) videri eum hereditatem adiiſſe, & omnimodo habendum pro herede quaſi qui pro herede geſſerit, & id fecerit quod fieri non potuit citra ius & nomen heredis: quod pugnat manifeſtè
3 cum *d. l. ſi quis*. At ſi ſuus † heres idem fecerit, id eſt hereditarium aliquid contrectauerit etiam amiſſio ſubripiendi & furandi, non fit quidem ex eo heres qui iam inde ab initio heres fuit & ſuus neceſſarius, ſed tamen ſe obligat hactenus vt abſtinendi beneficium ſibi eripiat, quia ſe immiſcet. Quid.n. aliud eſt paternæ hereditati † ſe immiſcere quam ex paterna hereditate aliquid
4 vel minimum attingere? Facilius quippe inducitur hereditatis † immixtio quam aditio: quia minoris momenti
5 eſt cum non tam heredem faciat, quàm declaret voluntatem eius qui iam heres eſt, quod non inuitus heres ſit. Atqui, inquies, voluntas heredis ſui perinde requiritur ad inducendam immixtionem, atque extranei ad adeundum. Fateor, ſed dico ſui heredis qui res hereditarias contrectat & expilat, voluntatem illam eſſe non poſſe vt fur potiùs quam heres fiat, quia cum iam ipſo iure heres ſit, furtum ſibi ipſi facere nullomodo poteſt, nec ſi velit. Conſequens igitur eſt vt hoc ipſo ſe immiſceat, atque ita beneficium abſtinendi amittat, niſi is ſit cui prætor etiam poſt immixtionem id beneficij ſalnum eſſe velit, id eſt intra pupillares annos conſtitutus. *l. neceſſarijs. § 7. D. de acq. her.* Ex contrario finge heredem extraneum poſt repudiatam hereditatem non modò contrectaſſe res hereditarias, ſed etiam aliquid feciſſe quòd fieri minimè potuerit citra ius & nomen heredis; an idcirco hereditati tanquam heres obligabitur? Nequaquam: quia nec in eius poteſtate eſt, vt fiat heres poſteaquam repudiauit hereditatem, cum ſemel repudiata hereditas non magis aditi poſſit, quàm adita repudiari *l. C. ſicut de repu. vel abſt. her.* Et tamen ſi poneres ſuum heredem etiam poſt abſtentionem idipſum feciſſe, dubitari
6 non oporteret quin actio in eum quaſi heredem ex ea cauſſa dari deberet creditoribus & legatarijs omnibus, Quia nimirum etiam poſt abſtentionem reuera & ipſo iure heres manet *l. cum quaſi* 30. *§. ſed etſi ſuus. D. de fid. lib.* nec per ſubſequentem immixtionem fit heres, ſed præteritæ abſtentionis fructum & commodum amittit, vtà prætore heredis loco habeatur qui & inuitus, & inuito etiam prætore heres eſt. † Quãdiu enim res integra
7 eſt, nec diſtracta ſunt bona hereditaria, liberum & integrum eſt filio ſuo heredi vt etiam poſt aditionem ſe immiſceat, *l. ſi quis ſuus* 8. *D. de iur. delib.* Quidni verò? cum neque iuris ratio repugnet, quæ ex contrario potiùs fauet, neque iniuria vlla fiat creditoribus & legatarijs, quorum intereſt potiùs heredem aliquem & eſſe & haberi quem conuenire poſſint, quam extare neminem qui à prætore heredis loco habeatur. Sed & aliquando euenit vt etiam diſtractis † iam rebus hereditarijs, ac proin- 8
de eo tempore quo iam incipit emptorum intereſſe, ſaluum nihilominùs ſit ſuo heredi ius illud ſe immiſcendi, tametſi maior fuerit annis viginti quinque nempe ad triennĩ vſque ex Iuſtiniani conſtitutione in *l. vlt. C. de repud. vel abſt. hered.* nihil enim facilius eſt quamvt vnaquæque res ad ſuam redeat naturam, *l. ſi vnus* 27. *§ paſſus ne peteret. in fin. D. de pact.* Quanquam in propoſito non tam redit res ad ſuam naturam quam in ſua natura conſeruatur, ſiquidem, vt dixi, per ſubſequentem illam immixtionẽ non fit iterum heres qui iam eſſe deſierat, quod fieri nullo modo poſſet, ac heredis loco tantum habetur qui reuera ſemper heres manſerat. Item tractari poteſt ſi
heres † ante declaratam voluntatem de hereditate vel 9
agnoſcenda vel reſpuenda creditoribus hereditarijs ſoluerit, aut rem hereditariam vendiderit. Nam in extraneo
† herede dicimus non poſſe ex huiuſmodi actionibus in- 10
ferri aditionem hereditatis, quia poſſunt ea omnia fieri citra ius & nomen heredis, cùm & alienam rem vendere quis poſſit, *l. rẽ alienam* 28. *D. de contr. empt.* & quod alius debet pro eo non ſolum ignorante, ſed etiam inuito ſoluere *l. ſoluẽdo* 39. *D. de negot. geſt.* At in ſuo † herede aliud 11
iuris eſt *l.* 2. *C. de inr. delib.* quoniam cum iam ſit ipſo iure heres citra immixtionem, non poteſt videri rem alienam vendidiſſe, aut pro alio ſoluiſſe, qui rem hereditariã vendidit, aut debitum hereditarium perſoluit, ſed ſuum omnimodo negotium geſſiſſe credendus eſt, & paternæ hereditati ſe immiſcuiſſe, adeò vt nec volũtatis quæſtio vlla relinquatur, an animo ſe immiſcendi id fecerit, nẽne, quia quod heres eſt & pro herede habetur, non ex ipſius voluntate proficiſcitur, ſed ex iure ciuili quod eum facit & ſuum heredem & neceſſarium itémque ex iuriſdictione prætoris, qui non aliter aſperitatem illam iuris ciuilis temperat indulto beneficio abſtinendi, quàm ſi ſuus heres ſe non immiſcuerit. Se autem immiſcet non is tantùm qui facit quod citra ius & nomen heredis fieri non potuit, ſed ille etiam qui vel hereditarium quidpiam attingit, vel quo alio modo verſatur circa hereditatem.

ERROR VII.

De eo qui agit tanquam heres cum beneficio legis & inuentarij nec inuentarium exhibet.

SVMMARIA.

1 *Qui ſe heredem dicit cum beneficio inuentarij ſi agens aut excipiens vrgeatur ab aduerſario vt inuentarium exhibeat, an ſit audiendus ſi inuentarium exhibere nolit.*
2 *Pragmaticorum ſententia affirmatur.*
3 *Affirmantis ſententiæ ratio.*
4 *In oppoſitum autoris diſſertatio eo nixa quòd interſit eius qui conuenitur ne conueniatur, ſi qua exceptione id aſſequi poſſit.*
5 *Productio ſententiæ autoris.*
6 *De viribus actionis prius quæri oportet, quàm de viribus exceptionis.*
7 *Poſſeſſio etiam vitioſa prodeſt aduerſus extraneos.*
8 *Quiſquis agit tanquam talis ante omnia ſe debet probare talem.*

IRrorum omnium quos pragmatici inuexerunt hic vnus mihi ſemper probabiliſſimus viſus fuit. Sed quantumlibet probabilis ſit, tamen error eſt. Si is † qui ſe heredem dicit 1
cum beneficio legis & inuentarij, & eo iure agens ſiue contra debitorem hereditarium ſiue aduerſus eum, qui aliquid ex hereditate poſſidet, vrgeatur ab aduerſario vt inuentarium exhibeat, nec exhibere velit, quæri ſolet an ſit audiendus. Nec fere quiſquam eſt ex pragmaticis

2 † qui non ſentiat audiri eum debere, neque iuſtam reo exceptionem competere ob id quod inuentarium non
3 exhibeatur. Mouentur † ex eo quod heredis inuentarium non exhibentis pœna alia grauior eſſe non poteſt quàm vt eius inuentarij beneficio & commodo' priuetur: quo admiſſo relinquitur vt purè, abſolutè & ſine adiectione heres ſit, qui ſe antèà non niſi cum beneficio legis ac inuentarij heredẽ eſſe dicebat. Atqui nihil ea res cum iure actionis commune habet. Non enim eo minùs parata eſt heredi actio contra debitores hereditarios, aut rerum hereditariarum poſſeſſores, quòd purè & abſolutè ſit heres. Quinimò tanto paratior, quàto difficilius eſt vt rei qui ſimpliciter & purè heres eſt, exceptio aliqua ex propria ipſius perſona obiiciatur. Proinde nihil intereſt eius qui conuenitur, an inuentarium exhibeatur nécne, cùm vtroque caſu futurum ſit vt perinde teneri debeat & condemnari. Sicut autem nemo ad agendum admittitur, cuius aliqua ex parte interſit, ita neque ad excipiendum, quandoquidem & actiones & exceptiones omnes in id comparatæ ſunt vt vnuſquiſque id quod ſua intereſt conſequatur ſiue petendo ſiue retinendo *l. 3. l. ſtipulatio iſta* 38. §. *alter. De verbor. obligat. l. alle à quo* 13. §. *ſi de teſtamento. D. ad S.C. Trebellia.* Nec ſanè ſpecioſius, & vt iam dixi, prima viſione probabilius quicquam dici poteſt. Sed tamen ſi propiùs intueare, non
4 habet hæc ſententia † rationem. Neque enim negari poteſt quin eius qui conuenitur interſit quàm maximè ne vllo modo conueniatur ſi qua exceptione id aſſequi poſſit. Fieri autem facilè poteſt, vt is qui agit tanquam heres cum beneficio legis & inuentarij malit inſtitutam actionem omittere quàm fateri ſe purè & abſolutè heredem. Quid enim ſi hereditas euidenter damnoſa vel ſuſpecta ſit. Quid ſi is ipſe qui conuenitur ſit ex creditoribus aut legatariis cuius interſit aliquem eſſe heredem, quem in ſolidum conuenire poſſit? Cur non cogemus actorem vt vel inuentarium exhibeat, vel inuentarij beneficium abiiciat, agàtque tanquam heres purè & abſolutè? Nam ſi declaret ſe agere quaſi purè & ſimpliciter heredem, nemo vtique dubitat, quin cogendus non ſit exhibere inuentarium, licèt ab initio egerit tanquam heres cum beneficio inuentarij, quia non exhibiti inuentarij pœnam tantam patitur, quantam pati poteſt. Sed ſi ex aduerſo malit actionem amittere quàm inuentarij beneficium, quod obtendit reſpuere, non eſt ei permittendum, vt agat tanquam heres ex beneficio in-
5 uentarij, quod exhibere nolit. Nec diſtinguemus † an s qui conuenitur ſit ex creditoribus aut legatariis, nécne. Nam etiamſi ex eo numero non ſit, tamen qua parte reus eſt, ipſius intereſt repelli actorem quomodocunque, & ab actione inſtituenda, vel inſtituta proſequenda metu onerum hereditariorum deterreri. Dices fortaſſe non eſſe illam probabilem concedendæ huiſmodi exceptionis rationem, cùm is qui conuenitur, reuera debitor hereditarius eſt, nec negat ſe debere: quid enim eius intereſt an ei ſoluat qui purè abſolutè heres ſit, an ei qui cum beneficio inuentarij, cùm vtroque caſu futurum ſit vt ſoluendo, ſe liberet extinguàtque obligationem? Sed reſpondeo poſſe etiam ex alia cauſſa ipſius intereſſe, non ob id ſolùm ne tam citò conueniatur, ſed ob id etiam quòd herede ipſo ſummoto hereditas competitura ſit alteri, qui fortaſſis aut amicior erit, aut liberalior, minúſque durus & oneroſus creditor, quàm hic qui iam vrget ſolutionem. Quanquam nec quærendum eſt de iure rei, hoc eſt an verus debitor iuſtúſve poſſeſſor ſit, & an illius vllo modo interſit, necne, priuſquàm quæſitum ſit & conſtiterit de iure actoris: cùm
6 antèà de viribus † actionis quæri oporteat, deinde de viribus exceptionis. Cæteris namque paribus, id eſt, ſi is qui nullo iure excipit, nullo iure conueniatur, abſoluendus eſt. In eóque nimirum duriores ſunt partes actoris quàm rei qui poſſidet, §. *commodum. Inſt. de interd.* ſicut & fauorabiliorem eſſe dicimus cauſſam debitorum, quàm creditorum *l. Arrianus* 41. *D. de oblig. & act. l. fauorabiliores* 125. *de regul. iuris.* Et id eſt quod dici ſolet † poſſeſſionem etiam vicioſam prodeſſe aduerſus extra- 7
neos *l. vlt. D. de acquir. poſſeſſione.* eos nimirum qui nullo iure agunt. Denique generale & perpetuum eſt, vt quiſquis agit tanquam talis, ante omnia ſe debeat probare talem: quoniam ea † res non modò ad ius actionis per- 8
tinet, ſed etiam ad perſonam actoris. De qua omnino quærendum eſt priuſquàm de iure actionis aut de viribus exceptionis quæri poſſit.

ERROR VIII.

De ſucceſſorij edicti poteſtate à bonorum poſſeſſionibus ad hereditates tranſlata.

SVMMARIA.

1 *Edictum ſucceſſorium à prætoribus introductum licèt æquitate niteatur, tamen à iuris ciuilis ratione alienum eſt.*
2 *Neque in ſuis heredibus neque in agnatis olim iure ciuili erat ſucceſſio.*
3 *Suus heres ſi nollet olim ſuccedere vt ſuus heres iure ciuili non poterat admitti, vt agnatus proximus.*
4 *Edictum ſucceſſorium ad quid & quatenus à prætoribus inductum.*
5 *Mirabilis error pragmaticorum ſucceſſorium edictum à bonorum poſſeſſionibus ad hereditates transferentium.*
6 *Error aliis interpretum & pragmaticorum.*
7 *Non poteſt admitti ab inteſtato qui iam ex teſtamento heres fuit.*
8 *Per 30. annorum præſcriptionem perimitur non tantum ius adeundi, ſed etiam ius petendæ hereditatis.*
9 *Obiectio pro ſententia interpretum ex eo ducta quod ius nondum natum per longiſſimi temporis præſcriptionem perimi non poſſit.*
10 *Solutio obiectionis.*
11 *Si nulla prorſus actio ei competierit aduerſus quem præſcriptio obiicitur, ipſa præſcriptio impeditur: ſecus ſi competierit aliqua, quam non exercueris, licet alia ſuperueniat poſt impletam præſcriptionem.*
12 *Præſcriptionis ea eſt vis vt potiùs ſubſequentem impediat actionem, quàm vt proſit ad nouam producendam.*
13 *Præſcriptio temporis non eſt modus tollendæ ipſo iure obligationis, multò minus inducendæ.*
14 *Qui poteſt facere vt actionem habeat pro eo habendus eſt acſi iam haberet.*
15 *Sententia l. 1. §. ſed videndum. D. de ſucceſſ. edi. qua abutuntur interpretes & pragmatici.*
16 *Petendæ poſſeſſionis bon. tempora multò ſunt breuiora quàm adeundæ & petendæ hereditatis.*
17 *Declaratio l. licet. 8. C. de iur. delib.*
18 *Tricennariam præſcriptionem Anaſtaſius primus induxit.*
19 *Perſonales actiones olim perpetuæ fuerunt, prætoriis exceptis.*
20 *Quæ actiones perpetuæ hodie dicantur.*
21 *Imperitè facere pragmaticos qui in L. ſicut 3. C. præſ. 30. vel 40. ann. non ſeparant ius petendæ hereditatis à iure adeundi, ſeu ſe immiſcendi.*
22 *Vis adeundi, ſicut & hereditatem petendi ante Anaſtaſij conſtitutionem fuit perpetuum.*
23 *Edictum de iure deliberandi cur introductum.*
24 *Edictum ſucceſſorium pertinet ad bonorum poſſeſſiones: edictum verò de iure deliberandi ad hereditates.*
25 *Bonorum poſſeſſiones intra quod tempus agnoſcendæ.*
26 *Imperitè & ineptè pragmaticos in ſuis heredibus comminiſci ius ſe immiſcendi.*

Edictum

EDictum † ſucceſſorium proprium ius olim fuit prætoriæ iuriſdictionis, ſumma quidem æquitate inductum, ſed tamen à iuris ciuilis ratione omnino alienum, Nam neque in
2 ſuis heredibus, † neque agnatis ius ciuile ſucceſſionem admittebat: *leg. 1. §. ſciendum. D. de ſuis & legitimis. §. placebat. Inſt. de legit. agnat ſucc.* atque ita fiebat vt ſuo herede ſe abſtinente aut proximo agnato repudiante nullus ſequentium graduum liberis, aut agnatis locus relinqueretur, fieréntque bona vacantia, quaſi tota poteſtate legis duodecim tabularum in primo ſuorum aut agnatorum gradu conſumpta, propterea quòd non poteſt videri ſuus heres eſſe qui primum in morientis patris familias gradum eo tempore non obtinuit, *l. ſcripto 7. D. vnde liber.* nec agnato cuilibet lex defert hereditatem, ſed ei tantùm qui delatæ hereditatis tempore proximior reperiatur. Repudiata autem per agnatum proximum hereditate non ideo fit vt qui tunc proximior, id eſt, in proximo & ſequenti gradu reperitur, iam tum cùm pater familias mortuus eſt, proximior fuiſſe videatur. Mul-
3 to minus autem patiebatur † ius ciuile, vt ſi ſuus heres eo iure heres eſſe nollet, poſſet ille ſibi ipſi ſuccedere & admitti tanquam proximus agnatus: non ſolùm quod cùm iure ciuili ſuus heres eſſet etiam neceſſarius, facere non poterat quin heres eſſet tanquam ſuus, verùm etiam quia non aliter lex duodecim tabularum deferebat hereditatem agnato proximo, quàm ſi ſuus heres nullus eſſet. Verba enim legis hæc fuerunt in ſucceſſione inteſtati inducenda *ſi ſuus heres non erit agnatus proximus familiam habento:* Prætor autem † cùm eam ciuilis ſucceſ-
4 ſionis viam anguſtiorem eſſe videret quàm per eſſet ad ſucceſſores defunctis inducendos, non tantùm hoc additum voluit in conſtituendo iure De bonorum poſſeſſionibus, ad inſtar hereditatum, vt poſt agnatos deferretur poſſeſſio cognatis, & poſt cognatos aliis etiam perſonis anteà iure ciuili incognitis, ſed etiam vt ij qui tanquam liberi admitterentur ad bonorum poſſeſſionem. Vnde liberi, ſi ab eo capite eſſent excluſi, poſſent admitti ex capite, Vnde agnati, ſubinde ex capite, Vnde cognati, ſiue tempore excluſi eſſent, ſiue repudiatione, *lege 1. §. ſed videndum D. de ſucceſſ. edict.* Hinc verò pragmatici poſt vulgares interpretes, à quibus vt plurimùm decepti ſunt, egregiam errandi occaſionem nacti, miram opinionem induxerunt, protracto iure Prætorio De bonorum poſſeſſionibus, ad ius ciuile, cauſſamque adqui-
5 rendæ hereditatis. Sic enim exiſtimant † ſuum heredem qui patris teſtamento inſtitutus fuit ſi triginta annorum ſpatio excluſus ſit ab agnoſcenda patris hereditate, poſſe nihilominus ab inteſtato ſuccedere tanquam ſuum heredem intra alios triginta annos, tum poſt eos triginta annos intra aliud tricennium tanquam agnatum proximum, denique nonaginta illis annis elapſis habere eum alios triginta annos, intra quos eam hereditatem adire poſſit tanquam cognatus. Ita fit vt cùm finis longiſſimæ hominis vitæ ſit centum annorum, & ex temporibus præſcriptionis tricennariæ ſubducenda ſit tota ætas pupillaris, filius tamen, idémque ſuus heres à patre ſcriptus annos viginti & centum habeat ad patris hereditatem acquirendã, † Quo quid, obſecro, dici poteſt improbabilius? Diceremem ineptius, niſi, quod magis miror, eam
6 opinionem in omnibus etiam ſuprémis tribunalibus receptam viderem. Sic enim teſtatur Andr. Tiraq. Ille verò primus & interpretum & pragmaticorum error eſt, quod tractant de ſuo herede, quaſi non ſit ille heres patris citra immixtionem, nec admitti debeat ex teſtamento ſi intra trigeſimum annum ſe non immiſcuerit. Nos verò docuimus in ſuperioribus, præſertim in errorem huius Decadis primum, ſuum heredem, ſi à patre ſit inſtitutus, ſtatim & ipſo iure heredem eſſe ex teſtamento, nec quicquam facere quod ex edicto prætoris poteſt abſtinere, *l. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſt.* quandoquidem etiam poſt abſtentionem nihilominus heres maneret, *l. cùm quaſt. 30. §. ſed & ſi ſuus. de fideic. libert.* Quòd ſi ſtatim & ipſo iure heres eſt ex teſtamento, vt eſt, quis rogo dubitationi locus relinquitur an poſt trigeſimum annum admittendus ſit vt ſe paterræ hereditati immiſceat; Aut quomodo fieri poteſt vt admittatur vnquam ab inteſtato † tuc tanquam filius, 7
ſiue tanquam agnatus aut cognatus, qui iam ſemel ex teſtamento heres fuit? Sed etſi non de ſuo herede, at de agnato proximo tractaremus quem conſtat non fieri heredem citra immixtionem, dico ne hunc quæſtioni locum poſſe vllum ſupereſſe: quia per triginta annorum præſcriptionem † non modo ius adeundi perimitur, ſi- 8
cut & cætera omnia iura, ſed etiam ius ipſum petendæ hereditatis, id eſt actio ipſa, quæ petitio hereditatis appellatur *l. ſicus 3. Cod. de præſcript. 30 vel 40. annor. l. hereditatis 3. Cod. de petit. hered. l. penultim. C. in quib. cauſſ. ceſſ. long. temp. præſcr.* Itaque ſiue quis petat hereditatem ex teſtamento ſiue ab inteſtato, ſiue quaſi filius, ſiue quaſi agnatus, aut cognatus, cùm eiuſdem hereditatis petitio ſit eadémque actio licet ex alio atque alio iure, ſummouendus eſt exceptione & præſcriptione tanti temporis, vt pote quæ non tantùm excludat actionem, ſed etiam dominium, ſaltem vtile, acquirat poſſeſſori, pleniſſimámque, vt lex ait, ſecuritatem. Nec obſtabit, ſi quis obijciat † cum interpretibus, non poſſe 9
per longiſſimi temporis præſcriptionem perimi ius quod nondum natum eſt: arg. *l. §. vlt. Cod. de annal. except. l. in rebus 30. §. omnis autem. Cod. de ſac. eccl. aut. Zenon. niſi tricennale. Cod. de bon. matern.* Ius autem petendæ hereditatis ab inteſtato non priùs competere quam excluſa ſit ſucceſſio teſtati, neque rurſus ius ſuccedendi ex capite agnatorum aut cognatorum ante excluſum ius ſuccedendi ex capite liberorum. Nam reſpondendum † 10
eſt quod iam attigi, eum qui intra primum tricennium non petijt hereditatem quam potuit petere, nec ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, ex quocumque capite non ſolum ius adeundi ex eo capite quod competebat amiſiſſe, ſed etiam ius petendæ hereditatis à poſſeſſore, qui per tanti temporis decurſum factus eſt dominus rerum omnium hereditariarum quas poſſedit. Multum liquidem intereſt † an nulla prorſus actio ei competierit ad- 11
uerſus quem præſcriptio ſiue longi ſiue longiſſimi temporis obijcitur, an verò aliqua competierit, & quidem eiuſmodi quam potuerit exercere, ſed tamen alia ſubinde nata ſit poſt impletam præſcriptionem. Priore caſu præſcriptio impeditur, quia fieri nequit vt actio nondum nata periuratur, quemadmodum dicemus. Poſteriore verò caſu non poteſt actio ſuperueniens impedire præſcriptionem iam completam, & ius ex præſcriptione quæſitum poſſeſſori auferre: præſertim verò ſi vt in 12
propoſito contingit non niſi ex ipſa præſcriptione actio naſcatur. Potiùs enim dicendum eſt præſcriptionem † facere ne alia vlla actio naſci poſſit, quæ alioqui naſceretur, quàm illud admittendum vt præſcriptio quæ actori nocere debet ad elidendam actionem iam competentem, eidem proſit ad aliam actionem producendam: nam ſi præſcriptio † temporis non eſt modus tollendæ 13
ipſo iure obligationis, ſed tantùm per exceptionem *l. obligationum ferè 44. §. placet. de oblig. & act.* (quid enim aliud præſcriptio, quàm exceptio eſt?) multo minus erit modus inducendæ: quandoquidem iuris ratio non patitur, vt actio per exceptionem inducatur: Tantóque magis hoc admittendum eſt in eo caſu de quo tractamus, quòd cùm in ſui heredis aut agniti proximi poteſtate fuerit vt ageret, & ſibi delatam ex primo capite hereditatem peteret, adcóque ſi mallet, repudiaret vt ſequenti ſucceſſionis gradui locum aperiret, videtur ille ius omne ſuccedendi ex quo licet capite à ſe abdicaſſe, & præſcriptionis periculo addixiſſe. Nam & dici ſolet eum qui † poteſt facere vt 14
actionem habeat, pro eo habendum acſi iam haberet, ne alioqui cuniat, vt quo fuerit negligentior

in agendo, aut faciendo id per quod actionem habere posſit, eo melioris sit conditionis, etiam quod ad ipsam temporis præscriptionem attinet, quod tamen absurdum sanè fuerit & intolerabile. Vnus omnino iuris locus est qui interpretes & pragmaticos fefellit vt contrariam sententiam inuexerint. Is † est in *d.l.* 1.§. *sed videndum. D.de succeſs.edict.* Sed apertissima & in promptu responsio est, tractari eo loco de successorio edicto quod ad bonorum possessiones tantùm pertinet, non etiam quod ad hereditates. Nam sicut prætor non potuit facere heredem, ita nec edicto vllo vis successionis inducere inter suos heredes & agnatos. Multo igitur minùs licere debuit interpretibus id facere in edicti prætorij interpretatione, quod nec ipse prætor tametsi maximè voluisset, facere potuisset. Et sanè quàm longè distet hac parte hereditas à bonorum possessione, intelligi potest ex ea ipsa ratione quæ successorium edictum induxit. Sic enim Vlpianus præfatur in *l.* 1. *De succeſs. edict.* non aliam ob causam edictum illud comparatum esse quàm vti ne bona diutiùs vacantia iacerent, & vt scirent creditores cum quo congredi possent. Quid autem huic tam bono prætoris proposito tam contrarium excogitari potest, quàm si inducatur vt hereditas per centum & viginti annos iaceat? An non id fuerit prorsus alienum à mente prætoris? Nimirum petendæ possessionis tempore † multo breuiora & angustiora sunt quàm adeundæ & petendæ hereditatis: cùm extra causam liberorum qua parte vocantur. Vnde liberi intra annum in honorem sanguinis, non nisi centum dies petendæ bonorum possessionis à prætore præstituti sint *d. l.* 1. §. *largius, & pass. D.de succeſs. edict.* Ius autem adeundæ aut post additionem petendæ hereditatis non nisi tricennio finiatur. Mala igitur consecutio est à bonorum possessionibus ad hereditates, à centum diebus ad triginta annos, à trecentis diebus ad annos nonaginta. Nam nec longi temporis præscriptio vlla tueri potest eũ qui bona possidet, cum bonorum possessio intra breuius tempus petenda sit quam quod præscriptioni sufficere possit etiam cùm petitur ex vltima parte edicti: Quod non similiter contingit cùm hereditas petitur post trigesimum annum. Sunt etiam † qui pro communi errore obiiciãt quod scriptum est in *l. licet* 8. *C.de in. delib.* suos heredes licèt incontinenti non se immiscuerint paternæ hereditati, tamen longi temporis præscriptione ab ea petenda non arceri. Ex quo inferunt ius se immiscendi sicut & adeundi quod longi temporis præscriptione non petimitũr, triginta saltem annis finiri. Sed faciunt imperitè qui non animaduertunt non posse huic collectioni locum esse, quia quo tempore lex illa lata est nullus dum tricennario præscriptioni locus erat vt pote quam Anastasius † primus induxit in *d.l. sicut* 3. *C.de præscr.* 30. *vel* 40. *anner.* Qui etiam vulgaris nostrorum omnium error est, existimantium petitionem hereditatis finiri spacio triginta annorum ob id solùm quod scriptum sit in *d. l.* 7. *C. de petit.hered.* & in *d.l. penult. C.in quib.caus. cess. long. temp. præscript.* non finiri eam decennio vel vicennio. Idcirco enim longi temporis mentio iis locis facta est quod nullatum præscriptio alia quàm longi temporis in vsu esset, quæ porrò non nisi ad actiones in rem pertinebat, non etiam ad personales, in quarum numero hæc non erat, cùm esset potiùs mixta, vt loquuntur, id est directa in personam licet in rem scripta. Personales † enim actiones perpetuæ fuerunt si eas excipias quæ ex edicto prætoris sumpserunt originem quæ fuerunt maiori ex parte annales, vnde *tit. D. perpet. & tempor. action. apud Iustin.* Hodie † verò post Anastasij constitutionem perpetuas illas actiones dicimus, quæ triginta demum aut etiam quadraginta annis excluduntur. Faciunt † etiam imperitè pragmatici, qui in *d. l. sicut.* non separant ius petendæ hereditatis à iure adeundi, aut vt illi vocant, se immiscendi. Nam ius petendæ hereditatis de quo illa lege agitur, non competit nisi ex quo hereditas adita est, quando is denique petere hereditatem potest qui heres iam est, non cui delata solùm hereditas fuit: Ius verò adeundi competit post delatam & ante aditam hereditatem. Fuit autem ius † illud adeundi, sicut & hereditatem petendi perpetuum ante Anastasij constitutionem, quia quandiu non erat repudiata hereditas, tandiu aditi poterat, *l. si curatoris 9. eod.* ac proinde etiam post, centum licet voles, annos. Propter quam causam † necesse fuit proponi à prætore edictum de iure deliberandi, vt creditoribus vrgentibus præstitueretur heredi tempus ad deliberandum an heres esse vellet nécne: Nimirum eodem prorsus consilio & fine, quo edictum successorium, Ne bona diutius iacerent vacantia, & vt scirent creditores cum quo haberent congrediendum. Itaque quod prætor assequi voluit per edictum † successorium in bonorum possessionibus, idipsum assecutus est per edictum *De iur. delib.* in hereditatibus. Et quemadmodum non potuit inuita iurisprudentia inducere successorium edictum in hereditatibus, ita nihil fuit necesse induci ius deliberandi in bonorum possessionibus, vtpote quas † agnosci necesse sit intra centesimum diem: nam nec pauciores quàm centum dies darentur ad deliberandum *l.* 2. *D.de iure delib.* Excipio personas liberorum, quibus largius tempus datum est ad agnoscendam possessionem ex capite Vnde liberi, in honorem, vt dixi, sanguinis, & quod minùs arctandi viderentur, qui ad propriam penè successionem vocarentur *d. l.* 1.§. *largius. De succeſs. edict.* Denique tempus illud à prætore constitutum ad bonorum possessionem admittendam pro eo tempore est quòd heredibus iure ciuili adituris dandum esset ad deliberandum, ob idque nec currit nisi scienti *l.* 2. *C. qui admitt. ad bonor. poſſeſs.* Sed omnino imperitius † ineptius illud est quod pragmatici & interpretes nostri ad *d.l. sicut* tractant De iure se immiscendi, quasi tale ius aliquod sit simile iuri adeundi, vt quod in extraneis heredibus adeundi ius est, in suis sit ius se immiscendi. Nam cùm sui heredes etiam hodie sint ipso iure heredes citra immixtionem, vt tam sæpè inculcauimus, quodnam ius habere possunt se immiscendi; aut quæ huiusmodi iuris vtilitas, quis vsus esse potest? Planè habent ex edicto prætoris ius se abstinendi tandiu competens, quandiu se non immiscuerunt, nisi pupillaris aut minor ætas succedat, vt iis etiam post immixtionem succurrendum sit siue ipso iure siue per in integrum restitutionem *l. necessariis* 57. *D.de acq.hered.* Sed non facit ius illud abstinendi, vt in casum contrariæ voluntatis, id est, quo abstinere nolint, ius habeant se immiscendi, nisi eo modo, quo dominus quilibet liberam habens rerum suarum administrationem ius habet rebus suis vtendi, quod ipsum tamen rectè & partitè loquentibus in facultate magis quàm in iure positum est, nec magis ius dici potest quàm vt in tuo cœnes aut ambules.

ERROR IX.

De præscriptione temporis aduersus eum oppositæ, qui non potuit agere.

SVMMARIA.

1 *Non valenti agere non currit præscriptio ex pragmaticorum indistincta opinione.*
2 *Distinctio hic adhibenda ex auctoris sententia.*
3 *Actio qua nondum nata est per præscriptionem perimi non potest.*
4 *Fideicommissi actio, si dies aut conditio nondum extiterit, ne centesimo quidem anno excluditur.*
5 *Si actio competens propter absentiam aut ignorantiam eius cui competit exerceri nequeat, non ideò impeditur præscriptio.*
6 *Contra ignorantem quando currat præscriptio.*

7 *Contra*

7 *Contra absentem Reip. causa currit præscriptio.*
8 *Viuo patre non currit præscriptio filiofam. bona paterna per patrem venditavindicaturo: nec mulieri viuente marito.*
9 *Ratio superioris enuntiati.*
10 *Regulariter datur locus præscriptioni temporis aduersus non valentem agere ex aliqua causa, saluo tamen restitutionis auxilio.*

RItum est pragmaticorum hoc prouerbium, Non valenti † agere, non currere præscriptionem ex *l.1.C.de annal.except.l. in rebus 30.C.de iur.dot.l.1.in fin C.de bon. matern.* Ego verò distinguendum † existimo, qua ex causa quis agere impeditus sit. Nam si ob id duntaxat, quod nullam actionem habuit, fateor actionem † quæ nondum nata est, perimi non posse: Vnde fit † vt fideicommissi in diem aut sub conditione relicti actio, si dies aut conditio non nisi post centesimum annum extiterit, ne centesimo quidem anno excludatur *l. vlt.§. fin autem sub conditione. C. commun. de legat.* Sed si qua actio † competat, quæ tamen non potuit exerceri, propter absentiam aut ignorantiam eius qui agere debuit, aut qua alia de causa, nego ob id solùm impediri præscriptionem, quod toto illo tempore agi non potuerit. Alioqui dicendum erit, nunquam futurum, vt præscriptio temporis currat contra ignorantem. quod tamen falsum est. Currit † enim quoties præscriptionis tempus continuum est, non vtile, *leg.1. D. de diuers. temp. præscrip.* Continuum autem semper esse intelligitur, nisi cùm lex vtile esse vult. Atqui agere non potest is qui actionem sibi cõpetere ignorat. Eodem modo dicendum esset, † eum qui cùm reipublicæ causa abesset, agere non potuit, nulla temporis præscriptione summouendum fore, præsertim cùm absentia illa non modò probabilis sit, sed etiam iusta & necessaria. Et tamen præscriptionis tempora contra eum currere ex eo apparet, quòd dat ei prætor in integrum restitutionem ex generali illa clausula, *si qua mihi iusta causa esse videbitur, l. 1.& tot.ti. D.ex quib. caus. maior.* Denique mouent me illæ ipsæ leges quibus pragmatici & interpretes mouentur, vt contra sentiant. Quid enim erat necesse constitui, vt viuo patre † non curreret præscriptio filiofamilias bona materna per patrem vendita vindicaturo, nec rursus mulieri viuente marito, si ita ius esset, vt non valenti agere, præscriptio currere nunquam posset? Siquidem certum est nullam prorsus † actionem mulieri competere pro dote siue aduersus maritum, siue contra rerum aut pignorum dotalium possessores reperenda quandiu constat matrimonium. Filius autem familias etsi agere viuo etiam patre ex quocunque contractu potest, non tamen nisi patre ipso consentiente: *l.§. vlt. necessitate. C. de iur. delib.* difficillimum verò est, vt pater qui bona filij vendidit consentire velit filio acturo ex ea causa quæ patrem ipsum de euictione sit obligatura, siue ponas materna bona filij, siue aliunde ipsi quæsita. Itaque cum hoc casu in eas angustias coniiciatur filius, vt vel paternam verecundiam violare, vel iure suo cadere cogatur, æquissimè prospectum est, vt totius temporis quo pater viuit negligentia ipsi imputari non possit. Sed extra hanc caussam sicuti cessant constitutiones Iustiniani, quæ singulare ius continent, ita iure communi vtendum est, danduſque † locus præscriptioni temporis etiam aduersus non valentem agere. Saluo tamen auxilio restitutionis, si qua probabili ratione concedi debere videatur. Scripsimus hac de re *lib.7. Coniect.*

ERROR X.

De confirmando tutore vel curatore.

SVMMARIA.

1 *Ex sententia pragmaticorum erronea tutor quilibet confirmandus est.*
2 *Dicti erroris confutatio, qua docetur quando tutor confirmandus sit.*

CAussam huic errori aut errandi potius occasionem dedit titulus ille qui in Pandectis est, & in Codice Iustiniani De confirmando tutore vel curatore. Sic enim à pragmaticis † acceptus est, rubricam magis quàm leges quę sub rubrica sunt obseruantibus, vt tutores omnes etiam à patre ritè rectèque testamento datos omnimodo confirmari oporteat: nec tutori priùs permittendum sit accedere ad tutelæ administrationem, quàm fuerit à iudice confirmatus. Cum † tamen si omnes locos qui sub eo titulo sunt legas & perlegas, nihil apertius sit quàm videre tutoris confirmandi neque necessitatem neque rationem vllam subesse, nisi eo demum casu quo perperam tutor datus sit, id est, aut ab eo qui dare non potuit, vtputa à matre (quæ sicuti filium non habet in potestate, ita tutorem ei dare non potest, cùm tutoris datio proficiscatur ex iure patriæ potestatis) aut ei cui dari non potuit ne quidem à patre, vt puta filio puberi aut curator impuberi, aut denique eo loco in quo dari tutor non potest, id est, in codicillis testamento non confirmatis. His enim casibus, & si qui sunt similes, cùm tutoris datio non teneat ipso iure, necessaria est confirmatio vt is ipse tutor sit quem testator voluit. Nam in cõfirmando tutore solet iudex sequi voluntatem testantis si nihil aliud sit quod impediat. Cæterùm si tutor datus sit, & à quo, & cui, & vbi, & quomodo oportet, nulla omnino confirmatione opus est; *l. 1. eod.* Proinde ex quo se tutorem sciuit, si non se excusauit, obstrictus intelligitur periculo tutelæ quamuis confirmatus non fuerit, quemadmodum ex contrario si benè & ex pupilli vtilitate gesserit, non ei imputabitur cur non perierit confirmationem.

ANTONII FABRI IC.

Decas Quarta.

ERROR PRIMVS.

De creditore fiduciariam, & vt loquuntur, prouisionalem adiudicationem vrgente in generalis bonorum discussionis instantia.

SVMMARIA.

1 *Propter longas moras heredum in absoluendis inuentarijs solennibus, & peragenda instantia generalis bonorum discussionis, pest solet prouisionalis adiudicatio pendente lite.*

2 *Quæst. an huiusmodi adiudicationibus locus esse debeat, & quando est locus, vocari oporteat cæteros creditores, an cum solo herede rem agi sufficiat.*

3 *Sententia pragmaticorum alios creditores expectandos non esse arbitrantium.*

4 *Sententia autoris cur his adiudicationibus prouisionalibus non facile dandus sit locus.*

5 *Quibus ex causis fiduciarijs illis adiudicationibus locus esse possit*

6 *Quibus in causis potest fieri prouisionalis adiudicatio, audiendos esse cæteros creditores, anteriores, tum posteriores.*

7 *Non satis consultum iri & heredis & creditorum indemnitati per satisdationem contra pragmaticos.*

1 QVam longas † moras ad hibere soleant heredes, non modò in conscribendis absoluendísque sollennibus inuentariis, sed etiam in peragenda instantia generalis, vt vocant, discussionis bonorum, quam inter heredem & creditores defúncti ac legatarios tractari decidíq; necesse est, De bonis hereditarijs venundandis, vt singulis ex ordine satisfiat sciunt omnes, qui in foro versantur. Ea res plerunque causſam dat creditoribus & legatarijs petendæ prouisionalis & fiduciariæ adiudicationis pendente lite, oblata nimirum satisdatione, De pecunia restituenda, & in corpus hereditarium referenda eo tempore quo singulis creditoribus & legatarijs per ordinem satisfieri in eámque rem bona vendi oportebit.

2 Quæri † autem solet an huiusmodi fiduciarijs adiudicationibus aliquis locus esse debeat, & si quando locus est, an cæteros omnes creditores vocatos & auditos esse oporteat, an cum solo herede rem agi sufficiat, qui solus condemnari potest. Plerique ex pragmaticis † putant, nec ferè est qui dissentiat, si qua vel minima heredis culpa & mora arguatur, facile in eam sententiam descendere iudicem debere, vt pendente lite creditori vrgenti condemnet heredem, neque alios creditores expectari necesse sit, quasi nihil eorum interſit, nec ipsius quoque heredis cùm præstita satisdatio est. Cur. n. faciemus, inquiunt heredi nihil aliud agenti, quàm vt legis beneficio in creditorum necem abutatur, & in longius tempus per moras & ambages protracta lite grassetur impunè diutiùs in hereditate? Sed tamen

3 † facit contra creditorem, quòd si hæc sententia reciperetur, fieret vt nunc his nunc illis creditoribus obtinentibus protinus in frusta scinderetur hereditas: Nam

4 cùm heres qui beneficium inuentarij implorauit nec cogi nec condemnari possit vt soluat, nisi hactenus vt rerũ hereditariarum distractionem patiatur, ex quarum precio victori satis fiat, euenire necesse esset, vt per huiusmodi venditiones multiplicatas totum patrimonium distraheretur, aut potius exhauriretur, nulla spe relicta rei hibẽdarum rerum quæ ex hac causſa distractæ essent. Sed & diminueretur hereditas per sũptus quos ex causſa iudicati, & vt loquuntur, pro emolumẽto adiudicationis ex statuto præstari oporteret. Eos namque sumptus sicuti à creditoribus prorogandi sunt, ita post diffinitiuam sententiam illis restituendos esse constat, ne in damno morentur: quod contingeret si principalis debiti quantitas per eos sumptus diminueretur. Quæ res tanto minorem efficit hereditatem iam alioqui suſpectam, & cõsequenter nocet creditoribus posterioribus, quibus tamen consuli æquum est, ne ex eo quod post mortem communis debitoris gestum est inter heredem & quosdam ex creditoribus, damnum sentiant. Planè fatendum † est posse interdũ locum esse huiusmodi prouisionalibus adiudicationibus, nimirũ si ex creditoribus aut legatarijs ij agant qui cæteris fauorabiliores esse videantur, vt puta ex causſa doris vel alimẽtorum, vel depositi, vel qua alia eiusmodi, quæ aut pietatis ſpeciem præ ſe ferat, aut lõgiorem moram non admittat. Sed extra has causſas nõ facilè ferendus est qui lite pendente fiduciariam vrget condemnationem. Ex superioribus † autẽ causſis potestquidem fieri 5 6 condemnatio, ſed tamen non aliter quàm auditis cæteris creditoribus, ſiue anteriores illi ſint ſiue posteriores, cùm eorum omniũ quàm maximè interſit; Iuris autem ratio postulet vt citandus ſemper & audiendus ſit ad actum, quiſquis ex eo actu lædi potest *l. nam ita 39. D. de adopt.* Præſertim cùm ad illã diſcuſſionis inſtantiã creditores & legatarij omneſ euocati iura ſua in iudicium deduxerunt. Quis enim patiatur pronunciari aliquid ſiue per diffinitiuam ſententiam, ſiue per interlocutoriam inauditis ijs qui eam ipſam tractant inſtantiam? Nam nec aliter ſciri potest quinam ex ijs ſint fauorabiliores. Nec reſponderi queat quod pragmatici reſpõdent ſatis † conſultũ iri & 7 heredis, & creditorũ indemnitati, ſi ſatiſdatio præſtetur. Non enim alius ſatiſdationis effectus eſſe poteſt, quàm vt condẽnetur fideiuſſor à victore datus, ſi ex poſtfacto aut nihil aut minus debitum fuiſſe aparebit nec pecunia cum eo, præterea quòd intererit reſtituetur. Atqui fieri poteſt vt verè ſit creditoris qui obtinuit & ex anterioribus, qui proinde ad pecuniæ reſtitutionem condemnandus nunquam erit, nec tamen æquum ſit prouiſionalẽ ei fieri adiudicationem, ſi cæteris fauorabilior non ſit. Aut enim omnibus faciendа eſt ſi ſunt æquè fauorabiles, aut nulli: ne, vt dixi, per eos ſumptus qui adiudicationes illas concomitantur, hereditas diminuatur in necem poſteriorum creditorum, quibus moram culpámque heredis nocere nõ oportet. Damnum enim quod ex tali diminutione ſentirent, non farciretur per fideiuſſionem, vtpote quæ non in hunc caſum nec in hanc cauſſam præſtita eſſet, ſed in aliam planè diuerſam. Quanquã etiamſi in hanc ipſam cauſſam fideiuſſor oblatus proponeretur, non ideò ſtatim conſequens eſſet, inauditis aliis creditoribus quicquam conſtitui debere. In id enim comparatus eſt vſus ſatiſdationum vt ius ſuum quiſque

eommo

commodiùs tueatur citra alterius iniuriam, non vt comminiscendæ iniuriæ prætextus quæratur. Quemadmodum dicere solemus suspectum tutorem non ob id magis in administratione retinendum quòd locupletissimè satisfecerit, quia, inquit lex, satisdatio non mutat malevolum tutoris propositum, sed ei diutiùs in re pupillari grassandi facultatem præstat. *l. quia satisdatio 6. D. de suspect. tutor.*

ERROR II.

De eo qui propriam possessionem auocat ex clausula constituti.

SVMMARIA.

1 *Quid induxerit Iustinianus in l. vlt. C. de acq. poss. ex pragmaticorum sententia.*
2 *Naturam possessionis repugnare d. l. vlt. vulgatæ interpretationi.*
3 *Eam tamen summâ æquitate niti.*
4 *Ex pragmaticorum sententia d. Iustiniani lex eò pertinet non vt possessio quasi amissa repetatur, sed vt quasi retenta vindicetur.*
5 *Si is per quem possidemus possessionem in alium transtulerit, possessio nobis est amissa, contra pragmat.*
6 *Dissensio imperialis in d. l. vlt. & eius l. expositio*
7 *Sabinianorum & Proculianorum dissensio in quæstione, an amissa sit nobis possessio, quando is per quem possidemus, possessionem dereliquit.*
8 *Semper amittitur possessio quando ab alio occupatur.*
9 *Rationem Iustiniani in d. l. vlt. non esse generalem, nec pertinere ad eum casum quo possessio ab alio occupata est.*
10 *Cur vtatur his verbis Iustinianus in d. l. vlt.* nihil penitus dominio præiudicij generetur.
11 *In specie l. meminerint. 6. §. 1. C. vnde vi. domino possessio amissa censetur, & pupillo quæsita, vbi eam inuasit tutor, licet sit restituenda.*
12 *Error pragmaticorum ex Iustiniani lege actionem competere putantium ei qui per clausulam constituti aut veram traditionem possessor factus est, ad propriam possessionem à nouo possessore auocandam.*
13 *Actio quam vocant pragmaticæ Galli* de maintenue *quando competat.*
14 *Possessio translata quibus remediis iuris recuperetur.*
15 *Emendatio l. si de eo. §. 1. D. de acq. possess.*

1 NOTISSIMVM est beneficium † Iustiniani in eorum fauorem, vt vulgò creditur, inductum, quorum possessio interuersa sit per eum per quem antèà possidebant *l. vlt. C. de acquir. possess.* Sic enim accipitur ea lex vt perinde liceat veteri possessori pristinam possessionem suam condicere & auocare, ac si interuersa non esset. Quæ constitutio il ita est pugnat proculdubio cum iuris ratione. 2 Nam cùm † possessio sit facti potius quàm iuris, fieri sanè non potest vt non amittatur cùm in alium translata est facto eius per quem retinebatur, tametsi eum animo retinere dominus velit, quia tamdiu duntaxat animo retinetur possessio quandiu eius naturaliter & corporaliter apprehendendæ facultas supereſt: id est quandiu naturalis, & corporalis possessio amissa non est *l. si colonus* 31. *l. si de eo fundo* 40. §. 1. *D. de acquir. possess.* 3 Habet † tamen hæc interpretatio summam æquitatem, (quæ & Proculianis videtur placuisse in *l. cum quis* 31. *D. de dolo.*) ne alteri per alterum iniqua conditio inferatur. Commodum enim possessionis non paruum est, præsertim vt rei non actoris partes sustineat is, qui si non possideret agere cogeretur §. *commodum Inst. de interd.* Ex hoc pragmatici inferunt Iustiniani † legem eò pertinere, non vt possessio quasi amissa 4 repetatur, sed vt quasi retenta nec vnquam amissa vindicetur. Alioqui non esset, inquiunt, plenum beneficium Iustiniani si possessionis restituendæ duntaxat necessitatem induceret, retinendæ autem & asserendæ ius non præberet. Ego verò nunquam mihi persuadere potui eam Iustiniani mentem fuisse, quam vulgo interpretes putant. Esto enim quod illi volunt, ita Iustiniano placuisse, vt si is quem possidemus possessionem dereliquerit non idcirco possessio amittatur: Nego † idem dicendum esse si non modò de possessione 5 discesserit, sed etiam possessionem illam in alium transtulerit. Nam si iuris rationem inspicias, dubitari non potest quin nouo facto possessore prior possessio domino amissa sit, quandoquidem amissa esset etiamsi is per quem antèà retinebatur decessisset: quo tamen casu constat non ita facilè possessionem interpellari quia in morientem animus non est amittendæ vltro possessionis *d. l. si de eo.* §. 1. *de acquir. poss.* Non enim fieri potest vt duo simul reuera possideant *l.* 3. §. *ex contrario. eod. tit.* aut vt non reuera possideat is qui sibi rem habet, dominúmque, si eam possessionem occupare velit, prohibiturus est, quantumuis iniustè possideat, quoniam iniusta quoque possessio vera possessio est. Quod si non tam iuris ratione quàm Iustiniani legem intueare, sic Iustinianus definit † vt siue seruus, siue procura- 6 tor, siue colonus, vel inquilinus; vel quispiam alius per quem licentia est nobis possidere corpotaliter nactam possessionem cuiuscumque rei dereliquerit vel alij prodiderit, desidia fortè, vel dolo, *vt locus aperiatur alij eandem possessionem detinere*, nihil penitus dominio præiudicij generetur. Non igitur tractat Iustinianus illum casum quo is per quem possidebamus transtulerit in alium possessionem nostram, sed illum duntaxat quo possessionem dereliquerit vel alij prodiderit, vt eius occupandæ præbeat facultatem: quo casu putabat † Sabiniani amitti domino possessionem etiamsi ab 7 alio occupata non fuisset *d. l. si colonus, & d. l. si de eo fundo* §. 1. *D. eod.* Proculiani verò negabant amitti possessionem quandiu non esset ab alio occupata *d. l. cùm quis* 30. *de dolo.* Sic dicimus eum qui visis armatis qui aliò tendebant metu deterritus profugit, non videri vi deiectum nisi ab iis occupata possessio fuerit *l.* § *idem Labeo ait* 29. *l.* 3. §. *si quis autem & seq. D. de vi & vi armat.* Itaque occupatio possessionis interdum requiritur non solùm vt possessio acquiratur occupanti, sed etiam vt pristino possessori adimatur. Cæterum nullus casus est in quo † non amittatur possessio quæ ab alio 8 est occupata. Neque mouere nos debet quod ratio illa Iustin. † videtur generalis *ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat.* Primum, n. cùm ab alio possessio occupata est, non solùm intercedit factum & malignitas eius per quem possidebamus, sed etiam factum & animus eius qui incipit possidere, ex quo potissimum acquisitio possessionis æstimatur. Potuit. n. ille fieri possessor etiam inuito & ignorante eo per quem possidebamus, puta si vi aut clam eum deiecisset: quo casu apertum est non esse locum Iustinianeæ constitutioni, vt dicemus infr. errore quinto. Deinde obseruandum est quod Iustinianus sic loquitur *nihil penitus domino præiudicij generetur. Dominio* inquit non *domino*, vt intelligamus id tantum ea constitutione fieri! vt possessio nostra non interpelletur ex eo solo, quòd ab eo per quem possidebamus derelicta sit: quoniam ea interpellatio noceret dominio quod per vsucapionem acquiritur, si nondũ vsucapio tunc completa esset, vt & in *d. l. si de eo* §. 1. Cæterum si ponas de vsucapione non tractari aut quia iam tum esset completa, aut quia rem illam à vero domino emissem, nec nouus possessor vsucape-

re cœpisset sicuti amissio possessionis nullum dominio præiudicium adferre potest, ita dicam cessare Iustiniani constitutionem, nec eò extendendam esse vt ne ipsa quidem possessio amittatur. Nihil n. vetat amitti possessionem, nec vllum tamen dominio præiudicium generari, quia nihil commune habet proprietas cum possione. Denique etiamsi maximè admitterem generaliter accipiendam esse rationem illam *ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat*, nec de dominio dumtaxat, sed etiam de possessione, non tamen fieret consequens quod pragmatici volunt possessionem non amitti. Nam & in † specie *l. meminerint. 6. §. 1 C. unde vi*, id est, cùm habito colludio curatores vel tutores minorum rem iis debitam ea occasione peruadunt vt pupillis vel adultis iurgandi copia & fructus adimatur, eatenus quidem subuenitur pupillis & minoribus vt neque eos neque dominum atterat damno culpa temeritatis alienæ, sed tamen non inde fit vt non ipsis pupillis & minoribus etiam ignorantibus possessio quæsita intelligatur, ac proinde domino amissa: constitutum enim est vt illico reddi domino debeat à quo est ablata, vt habent verba legis, nimirum quia licèt lex neque factum neque animum tutoris aut curatoris probet, facere tamen non potest vt possessio quæ reuera ablata est non sit ablata, cùm sit facti. Et huic interpretationi conuenit quod sequitur apud Iustinianum *in d.l. vlt. sed ipse, si liberæ conditionis est competentibus actionibus subrogetur omni iactura ab eo restituenda domino rei, vel ei circa quem negligenter vel dolosè versatus est.* Quam enim iacturam aliam posset dominus incurrere, si ne quidem occupatam per alium possessionem amitteret? Isque sensus etiam est *d. l. cùm quis* ; 1. *D. de dolo.* Eáque sententia Proculianorum à Sabinianis dissentientium, vt iam ante nos vir doctissimus Iacobus Cuiacius ex ipsis Iustiniani verbis obseruauit. Præbet enim Iustinianus ipse non leue huius dissensionis argumentum, cum præfatur quæstionem illam quæ constitutioni causam dederit ex libris Sabinianis profectam esse. Hæc cùm ita sint, quis non videt toto cælo † aberrare pragmaticos cum ea Iustin. constitutione abutuntur vt ei qui per clausulam constituti aut per veram traditionem possessor factus est actionem dent ad propriam possessionem euocandam à quolibet nouo possessore? Duplex enim hic error est; vnus ille, quod ad hunc quoque casum Iustiniani legem accommodant, vt ex facto eius, per quem possessio retinebatur, nullum neque dominio, neque possessioni præiudicium generetur, non magis quàm si à custode possessionis (sic enim vocatur in *l. vlt. C. de delat. lib.* 10.) ea possessio derelicta tantùm, necdum ab alio occupata esset. Alter, quod veteri possessori dant actionem non tam ad repetendam quàm ad retinendam possessionem quasi nunquam amissam. Cumulante enim beneficium legis Iustinianeæ cum interdicto retinendæ possessionis, vt efficiant actionem, quam illi appellant, *de maintenue*, quæ † sanè competit cùm derelicta tantùm, aut prodita possessio est, non etiam tradita. Sed cùm tradita est, atque ita translata, nego posse tractari de retinenda possessione, quæ † omnimodo recuperanda est interdictis scilicet in eam rem comparatis, aut actionibus illis extraordinariis in locum interdictorum substitutis, *Vnde vi*, aut *Quod vi, aut clam*. Neque enim interdicta restitutoria concurrere vnquam possunt cum iis, quæ sunt retinendæ possessionis. Illud non possum prætermittere † corruptum esse Africanum *d. l. si de eo*, §. 1. vt facilè prospicere quiuis potest, sicque restituendum, *si fortè colonus per quem dominus possideret, decessisset (propter vtilit. enim receptum est vt per colonum possessio & retineretur & continuaretur)* non statim dicendum eum interpellari, &c. Illa enim verba *quo mortuo* abundant proculdubio vt principium §. demonstrat, quod ab Africani interprete obseruatum non fuisse miror.

11 11 13 14

ERROR III.

De exceptione non factæ excussionis oppositæ aduersus hypothecarium creditorem agentem ad possessionem ex clausula constituti.

SVMMARIA.

1 *Modus transferendæ possessionis, quando quod meo nomine possideo, alieno nomine possidere incipio.*
2 *Possidere & alieno nomine possidere vt differam.*
3 *Modus transferendæ possessionis per clausulam constituti licet fictitius transfert veram & realem possessionem, nec tantum ciuilem, sed etiam naturalem.*
4 *Creditor cuius nomine debitor se constituit possidere, agens contra tertium possessorem non potest repelli exceptione non factæ excussionis, si pragmaticis credimus. & n. 7.*
5 *Limitatio superioris effati.*
6 *Distinctio pragmaticorum inter actionem hypothecariam & conditionem possessionis ex l. vlt. C. de acq. possess.*
8 *In d. l. vlt. non esse constitutum vt detur ei cuius possessio per alium interuersa est actio aliqua ad euocandam possessionem, contra pragmatic.*
9 *Error pragmaticorum negantium amitti possessionem quæ translata sit ab eo qui alieno nomine possidebat.*
10 *Quo casu possessio quam per alium retinemus nobis videri possit retenta, cùm ab alio est occupata.*
11 *Emendatio lectionis l. si de eo. 40. in pr. D. de acq. possess.*
12 *Cùm possessio tantùm derelicta est & prodita, difficilius est vt possessionem meam amittas is qui meo nomine possidet, quam si suo nomine possideret.*
13 *Si debitor rei, quam meo nomine se possidere constituerat possessionem in alium transtulerit, Iustiniani constitutione non est effectum, vt possessionem non amiserim aut amissam retinere possim antequam recuperauerim.*
14 *In casu superiori quamuis implorem beneficium clausulæ constituti & legis Iustiani, non retinendæ, sed recuperandæ possessioni locus est.*
15 *Quoniam reuera possessor est is in quem custos mea possessionis transtulit possessionem.*
16 *Conclusio autoris de summonendo per exceptionem non factæ excussionis eo qui implorato beneficio legis Iustinianeæ agit contra tertium possessorem.*
17 *Tertio & bona fidei possessori exceptio non factæ excussionis accommodatur quoties à creditore hypothecario conuenitur propter hypothecam.*

QVOD meo † nomine possideo, possum alio nomine possidere. Neque enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere, & alium possessorem ministerio meo facio, nec idem est possidere, † & alieno nomine possidere. Nam possidet cuius nomine possidetur: Procurator autem alienæ possessionis præbet ministerium; inquit Celsus in *l. quod meo* 18. *in prin. De acq. poss.* Idémque est, si qui fundum quem possidebat ab alio conduxerit. Nam & hic desinit possidere, cúmque à quo conduxit facit possessorem, *l. qui bona* 19. *eo. l. quadam mulier* 77. *D. de rei vind.* Etsi autem modus † ille transferendæ possessionis per clausulam constituti fictitius est, quia factum in eo nullum interuenit, sed nuda voluntas constituentis, transfert tamen veram & realem possessionem, nec tantum ciuilem, sed etiam naturalem, in eóque pragmatici

1 2 3

gmatici omnes conſentiunt : & rectè Mirum verò eſt quàm multi magnique effectus hinc pendeant, quos latè videre eſt apud And. Tiraq. in tractatu illo De iure conſtituti poſſeſſorij. Inter cæteros maximus ac ferè
4 præcipuus ille eſt, vt creditor † hypothecarius, cuius nomine debitor ſe conſtituit poſſidere res obligatas ſi poſſeſſionem pignoris nanciſci velit, in eámque rem agat contra tertium poſſeſſorem, repelli non poſſit exceptione illa vulgari non factæ excuſſionis quæ ex Iuſtiniani conſtitutione datur cuilibet bonæ fidei poſſeſſori *Aut. hoc ſi deb. C. de pig.* Sed hoc ita tamen, inquiunt pragmatici,
5 † ſi creditor agat conductione, ex *l. Inſt. vlt. C. de acq. poſ.* non etiamſi hypothecaria experiatur. Diſtinguunt †. n. nec vt ſibi videntur, inſubtiliter, actionem
6 hypothecariam à condictione illa ex lege Iuſtinianea, in eo quòd per hypothecariam & quaſi Seruianam actionem creditor auocat poſſeſſionem non propriam, ſed ſui debitoris, aut eius qui à debitore cauſſam poſſeſſionis habet, vt contingeret in directa rei vindicatione *l. ſi fundus*, 16. §. *in vindicatione. D. de pig.* Per condictionem verò ex lege Iuſtiniani auocat propriam poſſeſſionem, quaſi nec amiſſam. Non. n. dubitant, quin facto debitoris qui pignus vendidit, aut alia de cauſſa tradidit, amiſſa ſit poſſeſſio quæ per clauſulam conſtituti fuerat acquiſita, niſi beneficio nouæ conſtitutionis implorato
7 retineatur. Ea verò retenta, negant † exceptionem excuſſionis non factæ poſſe reo competere, quia poſſeſſori dumtaxat datur, & fauore poſſeſſionis, non ei qui ab ipſo poſſeſſore conuenitur. Error pragmaticorum hac parte in eo eſt quòd putant conſtitutione Iuſtiniani fa-
8 ctum eſſe vt † ei cuius poſſeſſio per alium interuerſa eſt, actio aliqua detur ad auocandam poſſeſſionem. Nihil. n. aliud à Iuſtiniano conſtitutum eſt, niſi vt poſſeſſio non amittatur facto cuſtodis qui eam vel dereliquit vel prodidit, non etiam vt ſi amiſſa ſit facto eius qui non modò poſſeſſionem dereliquit, vel prodidit, ſed etiam tradidit, aliqua actione reuocetur : Nam etſi aliqua in eam rem actio daretur, eam non retinendæ, ſed recuperan-
9 dæ poſſeſſionis gratia dari neceſſe eſſet. Sed & in eo errant quòd negant amitti poſſeſſionem etiam quæ tradita ſit, & tranſlata ab eo, qui alieno nomine poſſidebat. Nam, vt proximo capite diſputauimus, fieri nullo modo poteſt ; vt non amittatur poſſeſſio quæ in alium transfertur, non magis quam vt duo ſint in ſolidum eiuſdem rei poſſeſſores aut vt vbi ego ſto, tu etiam ſtare
10 videaris, *l. 3. ex contrario D. de acq. poſ.* Nec poſſeſſio † quam per alium retinemus nobis alio caſu videri poteſt retenta, cum ab alio eſt occupata, quam illo ipſo, quo ei per quem poſſidemus retineri poſſet ſi ſuo nomine poſſideret. 1. ſi ponas ab eo occupatam per quem poſſideat is qui noſtro nomine poſſidebat *l. ſi de eo 40. in pr. D. eo.* vbi Afr. ſcribit, Si de eo fundo, quem cùm poſſiderem pignori tibi dedi, ſeruus tuus te deiiciat,
11 adhuc me poſſidere (ſic. n. † proculdubio legendum eſt, non vt vulgò *te poſſidere*) quoniam nihilominùs per ipſum ſeruum poſſeſſionem retineas : quam ſi non retineres vtique nec ego per te retinere poſſem. Dixi *cum ab alio eſt poſſeſſio occupata*, quia ſi poſſeſſio non
12 tradita & tranſlata, ſed tantum † derelicta & prodita ſit difficilius eſt vt poſſeſſionẽ meam amittat is qui meo nomine poſſidet quàm ſi ſuo nomine poſſideret : quoniam dolus & malignitas ipſius ei quidem nocere poſſet, mihi tamen obeſſe non debet : Poteſtque hoc caſu poteſtas legis mihi proſpicere contra eius calliditatem, cum de iure meo dumtaxat & citra alterius iniuriam tuendo agatur, non item ſi ab alio occupata poſſeſſio ſit, quia facilius eſt legi, facere vt ego poſſidere non deſinam nemine alio adhuc incipiente poſſidere, quam vt poſſeſſio quæ iam ab alio occupata eſt, mea nihilominus eſſe intelligatur. Priore caſu ſola iuris ratio, ſi Sabinianis magis quàm Proculianis credimus impedimento eſt. Poſteriore autem, ipſa etiam natura. Itaque ſi debitor † meus rem quam meo nomine ſe poſſidere conſti- 13
tuerat, non ſolum deſierit poſſidere, ſed etiam in alium tranſtulerit, eumque fecerit poſſeſſorem, abſurdum eſt exiſtimare Iuſtiniani conſtitutione vlla factum eſſe, aut fieri potuiſſe vt poſſeſſionem meam non amiſerim aut quod eſſet adhuc difficilius amiſſam retinere poſſim priuſquàm recuperauerim. Cui conſequenter dicendum eſt, quantumuis implorem † beneficium clauſulæ 14
conſtituti, & legis Iuſtinianeæ, non tamen retinendæ, ſed recuperandæ poſſeſſioni locum eſſe ; nec eo minùs poſſeſſorem manere eum qui re vera poſſeſſor eſt, quique pro tali haberetur ſi agerem hypothecaria. Nam & inepcum, prorsúſque ridiculum fuerit, ſi quis putet ex diuerſa actionis ſpecie mutari cauſſam poſſeſſionis, id eſt, ex voluntate mea pendere an is qui rem meam re vera poſſidet pro poſſeſſore habendus ſit, nécne, quemadmodum ex voluntate mea pender an hac aut illa actione experiri malim, cùm vtraque competit. Cauſſa ſi quidem poſſeſſionis facti eſt, idcóque nec poſtliminio continetur, *l. denique* 19. *D. ex quib. cauſſ. maior.* Cùm igitur nec clauſulam conſtituti, nec Iuſtiniani conſtitutio facere poſſit quominus reuera † poſſeſſor ſit is in quem cuſtos meæ poſſeſſionis tranſtulit poſſeſſionem, negari non poteſt quin ſummoueri † debeam exceptione non factæ excuſſionis ſi contra eum agam de pignore ſiue hypothecaria, ſiue alia vlla actione. Nam nec alia de poſſeſſione actio vlla mihi competere poteſt aduerſus eum qui ſine vitio & ex bona fide iuſtóque titulo poſſidet. Ei verò qui tertius † & bonæ fidei poſſeſſor eſt, id eſt, qui nec vi, nec clam à me nec ſine titulo poſſidet, huiuſmodi exceptionem ex æquitate accommodandam eſſe certum eſt, quoties à creditore hypothecario conuenitur propter hypothecam, licèt alia quàm hypothecaria actione conueniatur. Video pragmaticos hîc ſtupentes, & audaciam noſtram accuſantes, quòd errorem arguamus in re quam omnium exploratiſſimam eſſe arbitrantur : ſed tamen ſi ea coniungent quæ ſuperiore errore diſſeruimus de ſententia *d. l. vlt. C. de acquir. poſſ.* & quæ addemus in ſequentibus, præſertim cap. 6. non diffidimus fore vt rationem à nobis ſtare intelligant, eámque nobiſcum tandem amplectantur.

ERROR IV.

De creditore, qui poſt intentatam hypothecariam implorat beneficium clauſulæ conſtituti, & legis vltimæ D. de acquir. poſſ.

SVMMARIA.

1 *Creditor hypothecarius qui quæſitam per clauſulam conſtituti poſſeſſionem & facto debitoris amiſſam perſequitur hypothecaria, ſummoueri poteſt exceptione non factæ excuſſionis, ſecus ſi agat condictione ex lege Iuſtiniani ex pragmaticorum ſententia.*

2 *Creditor qui poſt intentatam hypothecariam implorat beneficium clauſulæ conſtituti & legis Iuſtinianeæ audiendus quidem eſt, condemnandus tamen in omnes expenſas ad eam diem factas, ſi pragmaticis credimus.*

3 *Auctoris diſputatio contra primum pragmaticorum effatum.*

4 *Qui pignus per hypothecariam vindicat, credendus non eſt poſſeſſioni ſuæ renunciaſſe.*

5 *Etiam intentata hypothecaria Iuſtiniani beneficium retineri poteſt. & n. 7.*

6 *Hypothecaria quandoque datur vero poſſeſſori contra non poſſidentem, & n. 9.*

8 *Abſurdum*

8 *Absurdum est statuere non aliter videri retentam possessionem, quam si imploratum sit beneficium Iustiniani, nec refert an initio litis an post imploretur.*

10 *Creditor qui veram possessionem habens agit hypothecario contra non possidentem hoc ipso possessione sua cadit.*

11 *Conclusio autoris contra pragmaticorum sententiam.*

1 PROXIME docuimus, differentiam à pragmaticis permagnam constitui, vtrum creditor † hypothecarius post amissam debitoris possessionem pignoris, quam per clausulam constituti acquisiuerat, contra nouum possessorem agat hypothecaria, an potius condictione ex lege Iustiniani. Propterea quòd priore casu summouendus sit exceptione non factæ excussionis si aliud nihil impediat, posteriore verò non item. Videamus iam quid ex eo illi inferant. Nimirum, si post † intentatam hypothecariam
2 & litem de ea contestatam mutetur actio, & non tam de iure quàm de possessione pignoris agatur conductione ex lege Iustiniani propter clausulam constituti, audiendum quidem actorem, sed tamen propter mutatam actionem eo tempore quo impunè mutari non potuit in expensas omnes ad eum vsque diem factas condemnandum. In quo videntur mihi nouis se inuoluere erroribus. Nam etsi maximè verum esset quod illi affirmant,
3 & nos negamus Iustiniani constitutione factum esse vt possessio quam per alium retinemus sine facto nostro amitti non possit, & vt ad eam retinendam hodie condictio ex illa lege competat quæ olim nulla competebat: parum tamen iudicio meo referret, an hypothecaria quis ageret, an condictione ex lege Iustiniani, vt actio mutata & mutationis pœna aliqua pendenda esse
4 videretur. Non enim is qui pignus † per hypothecariam vindicat, credendus est possessioni suæ renuntiasse, non magis quàm si domini iure rem vindicasset, quia nihil commune habet proprietas cum possessione, vt scriptum est in *l. naturaliter* 12. §. *nihil commune. De acquir. poss.* Nec quicquam vetat vtramque actionem cumulari, aut
5 vt melius dicam, intentata † etiam hypothecaria Iustiniani beneficium nihilominùs retineri. Quandoquidem hypothecaria actio sicut & directa rei vindicatio non solùm ei qui non possidet datur contra possessorem, sed
6 & interdum verò † possessori contra non possidentem, dummodo restituendæ rei habeat facultatem. Finge conueniri eum qui ex caussa depositi, vel commodati, vel conducti rem teneat. Nemo negauerit eum qui deposuerit, vel commodauerit, vel locauerit, manere possessorem: quia ex his caussis, & si quæ aliæ sunt similes, non magis possessio quàm dominium transfertur. *l. licet* 17. §. 11. *D. depositi l. rei commodatæ* 8. *D. commod. l. quædam mulier* 77. *D. de rei vind. l. qui bona fide* 19. *l. interdum* 21. §. *vltim. D. de acquir. possess.* Et tamen huiusmodi personas omnes, id est, depositarium, commodatarium, conductorem, rei vindicatione, siue directa siue hypothecaria teneri constat, quia licèt non possideant, tamen restituendæ rei habent facultatem perinde acsi
7 possiderent. *l. officium.* 9. *ff. de rei vindicat.* Cur non † igitur hypothecariam exercere is etiam poterit, qui possessionem suam beneficio nouæ constitutionis retinuit;
8 Aut cur inducamus vt non aliter retenta † possessio videatur, quàm si imploratum sit beneficium Iustiniani, cùm legis verba præ se ferant non tam induci ea constitutione ius nouum, & à iuris ratione alienum, quàm certum fixumque fieri quod antèà per Sabinianorum & Proculianorum dissensiones in incerto positum esse videbatur? Denique tametsi beneficio Iustiniani non aliter locus esse posset, quàm si specialiter expressimque esset imploratum, quid tamen refert an ab initio litis, & ante contestationem; an postèà imploretur si ea beneficij vis & potestas est, vt vbi semel imploratum est, possessio nunquam amissa intelligatur? Quid enim absurdius quàm si quis dicat amissam fuisse reuera possessionem quandiu beneficium Iustiniani imploratum non fuit, desisse verò amissam esse ex quo demum tempore fuit imploratum? Quænam obsecro ratio noua hæc est amittendæ & recuperandæ possessionis? Itaque quod pragmatici supponunt, & pro certo habent hypothecariam actionem dari ad auocandam possessionem debitoris aut eius qui conuenitur, id verò negandum est si sic accipiatur, vt non aliter quàm contra verum possessorem hypothecaria exerceri possit, & ab eo qui non possidet. Potest enim exerceri † etiam à vero pos- 9
sessore contra nudum detentorem qui modò rem restituere possit, quia non veram possessionem auocat ex necessitate, sed corporalem duntaxat, & vt loquuntur, asininam detentationem, *l. si cum venditor* 66. *ff. de euict.* Quanquam si vera possessio penes eum reperiatur qui rem detinet, ea quoque per hypothecariam auocatur: sed id in consequentiam restitutionis quæ caussam omnem complectitur: & quicquid penes reum fuit, potiùs quàm iure & potestate actionis. Alioqui si poneres non posse creditorem agere hypothecaria quin aduersarium constituat verum possessorem, eo possessionis genere quod prætor requirit in interdicto. Vt possidetis, quomodo Pegasus loquebatur, quem Vlp. refert *in d. l. officium*, sequeretur creditorem, † qui veram possessionem habens hypothecariam, institueret contra non possidentem, hoc ipso visum iri à iure possessionis suæ cecidisse, & aduersarium possessorem fecisse, non secus ac si eam rem à detentore conduxisset, quia solo animo fieri potest vt quis desinat possidere, & alium faciat possessorem. *l. quod meo* 17. *cum l. seq. in princ. D. de acquir. possess.* Vt autem duo sint in solidum eiusdem rei possessores, fieri nullomodo potest. Atque ita fieret, vt non modò post contestationem, ac ne quidem ante litem contestatam licere ei deberet agere de possessione, quam vltro & facto proprio amisisset; nec si expensas omnes refundere paratus esset. Quid enim habet commune refusio expensarum cum acquirenda vel amittenda possessione? Aut quis admittat possessionem semel amissam solo animo & nuda voluntate eius qui amisit recuperari, inscio adeóque inuito eo qui verus possessor factus fuit? Concludendum † igitur est, siue dicas eum qui agit hypothecaria retinere possessionem quam ante habuit, non debere eum ad sumptuum refusionem condemnari ob imploratum beneficium Iustiniani &, clausulæ constituti quasi mutata actione, cùm nihil sit quod impediat vtriusque remedij cumulationem (refusio enim expensarum non solet locum habere nisi cùm ab vna actione transitus fit ad aliam quæ cumulari non posset, vt tractant nostri ad *l. edita. C. de edend.*) siue dicas ex contrario eum qui agit hypothecaria fateri & hoc ipso facere aduersarium possessorem, atque ita propriam possessionem si quam habuit amittere, non debere illum audiri ne refusis quidem expensis, adeóque nec ante litem contestatam, si ad declinandam exceptionem non factas excussiones aut eligere aut cumulare velit actionem de possessione quam ipse vltro & sponte amiserit. Nec solum si de possessione retinenda velit certare (quod post eam amissam fieri nullo modo potest) sed etiamsi de ea recuperanda, quia recuperandæ possessionis ratio nulla superest neque ciuili, neque prætorio, neque Iustinianeo iure ei qui proprio facto desiit possidere. Itaque in vtram se partem vertant pragmatici, proculdubio errant, aut nos egregiè fallimur.

ERROR

ERROR V.

Si possessio per clausulam constituti quæsita amissa sit sine facto constituentis.

SVMMARIA.

1 *Quibus casibus putent pragmatici locum habere beneficium legis l.vlt.C.de acq.poss.*
2 *Quo casu locum habeat d.l. vlt.contra pragmaticos.*
3 *Non posse ad eum casum porrigi Iustiniani legem quo sine dolo,aut culpa eius per quem possidebamus,alius inuasit possessionem,contra pragmat.*
4 *Interdictis recuperandæ possessionis quando non sit locus.*

1 INTOLERABILIOR hic error est & ineptior, quia magis abhorret non tantùm à ratione iuris, quam pragmatici parum curare solent, sed etiam à verbis Iustinianeæ constitutionis, quæ pragmaticos fefellit. Nam cùm possessio † quæ per clausulam constituti quæsita est hypothecario creditori, possit interuerti duobus modis, vno, ita vt intercedat factum & voluntas debitoris qui se alieno nomine possidere constituit, altero, ita vt etiam inuito debitore alius vi aut clam possessionem inuadat, & debitori creditorique eripiat: putant illi vtroque casu locum esse beneficio legis nouæ, vt creditor hypothecarius si id imploret, ius habeat auocandæ & retinendæ propriæ possessionis quam per constitutum nactus fuerat, quasi nec eam amisisse vnquam videatur. Cùm tamen,si Iustiniani † verba intueatis,apertissimum 2 sit id vnum Iustiniano propositum fuisse,vt vero possessori faueret ac prospiceret aduersus dolum, malignitatem, & vt loquitur,machinationem eius per quem possideret;& quidem vno illo casu quo is possessionem dereliquisset aut prodidisset alij, non etiam tradidisset, inque alium transtulisset, quomodo explicauimus *supra cap.* 2. Quòd si hoc etiam pragmaticis vltro concedam, quod volunt, ad eum quoque casum Iustiniani legem pertinere quo possessio non solùm derelicta aut prodita, sed etiam in alium translata sit, vt neque tum amittatur, nunquam tamen concedam eò vsque ineptiarum 3 † progredi nos debere vt idem admittamus etiamsi dolus nullus, culpa nulla, factum denique nullum intercesserit eius cuius fidei custodia possessionis commissa erat. Nihil enim est in tota Iustiniani constitutione, quod ad hunc casum aptari possit.Quinimò si is ipse cui commissum fuit vt alieno nomine possessionem adprehenderet tam negligenter in eo versatus sit, fortassis etiam si voles dolo malo vt possessionem iacere passus sit,non vult Iustinianus haberi possessionem pro adprehensa, sed dolum aut negligentiam procuratoris hactenus nocere domino vt nulla ei possessio acquiratur, Et tamen hac in specie videtur procurator fecisse contra quàm facere debuit hoc ipso quòd non fecit ea quæ facere debuit, vt habet iuris regula in *l. qui non facit, de regul. iur.* Quanto minus igitur credendum est voluisse Iustinianum tam audacter violare iuris regulas, vt possessionem quam per alium quis retineret amitti noluerit, tametsi occupata esset ab alio citra factum & voluntatem custodis? Cur enim fauorabilior existimetur hoc casu is qui per alium possidet quàm per seipsum possideret? Alioqui sanè dicendum erit eadem Iustiniani constitutione factum esse vt hodie nullo casu possessio amitti possit,citra voluntatem & factum eius qui antè possidebat, atque ita nullum amplius supersit vsum interdictorum ad restitutionem possessionis pertinentium, quibus scilicet locus nullus † est cùm facto 4 aut consensu siue expresso siue tacito pristini possessoris amissa est possessio. Quod tamen ex pragmaticis qui dixerit nemo hucusque tam stultus fuit. Frequentissimus enim vsus est interdictorum recuperandæ possessionis, præcipuè verò ex pontificio illo *Canone redintegranda* 3. *quæst.* 1.

ERROR VI.

De formula sententiæ ferendæ pro creditore hypothecario possessionem propriam auocante ex clausula constituti & beneficio legis vlt. C. de acquir. possess.

SVMMARIA.

1 *Vulgaris formula ferendæ sententiæ pro creditore hypothecario possessionem auocante ex clausula constituti & beneficio legis vlt. C.de acq.possess.*
2 *Cum hypothecaria exercetur quomodo vulgò sententia feratur pro creditore.*
3 *Disputatio autoris aduersus pragmaticorum propositam traditionem.*
4 *Idem est effectum siue creditor manu teneatur in possessione rei obligatæ iure pignoris,siue in possessionem illam inducatur eodem iure.*
5 *Exceptio non factæ excussionis inducta est aduersus omnes hypothecarios creditores pignoris possessionem persequentes.*
6 *Etiam cum imploratur remedium l. vlt. C. de acq. poss. actio siue in iudicium deducta est hypothecaria censenda est.*
7 *Et consequenter eo casu creditor repelli potest exceptione non factæ excussionis.*
8 *Si exceptionem non factæ excussionis impedit quod is qui agit possessor est, exceptionis locus non foret, licèt creditor cum clausula constituti ageret hypothecaria: & cur.*
9 *Potest agi simul ad retinendam possessionem ciuilem & adipiscendam naturalem.*
10 *Qui propriam auocat possessionem ex l. vlt. C.de acq. poss.petere intelligitur corporalem possessionem quam habet aduersarius.*
11 *Qui directam rei vindicationem exercet possessioni suæ renuntiasse non intelligitur.*
12 *Qui à debitore rem pignoratam cum clausula constituti, bona fide comparauit,dignus videtur qui exceptione non factæ excussionis gaudere debeat.*
13 *Ordinis exceptio fauore tantum tertij possessoris inducta est.*
14 *Absurdum est metiri fauorem emptoris ex actione creditoria vt faciunt pragmatici.*
15 *Sententia quorundam pragmaticorum de modo actionis & sententiæ ferendæ quoties possessor factum ex clausula constituti agit hypothecaria.*
16 *Sententia pragmaticorum refutatio.*

1 CREDITORE † hypothecario possessionem propriam auocante ex clausula constituti & beneficio *legis vlt. C. de acquir. possess.* ea ferendæ sententiæ formula obseruari à iudicibus solet, vt pronuncient manutenendum esse creditorem in pignoris sui possessione, tamdiu eam retenturum iure pignoris & hypothecæ quandiu ei plenè & integrè satisfactum non erit. Aliter quam seruari soleat cùm hypothecaria † actio exercetur. Tunc 2 enim iubetur creditor mitti in possessionem rei obligatæ, non retineri, quia per hypothecariam creditor non suam possessionem auocat sed alienam, id est eam quæ debitoris fuit tempore pignoris contracti, & quæ nunc penes eum est qui conuenitur siue debitor ille sit siue alius:

Digitized by Google

3 alius:eáque pragmaticorum † non insubtilis, si diis placet, distinctio & obseruatio est, ridicula sane,ac sibi ipsi
4 repugnans. Nam si effectum † ipsum, vt par est, magis quàm vtriusque formulæ verba conlideres, quid obsecro refert an creditor manuteneatur in possessione rei obligatæ iure ipso pignoris, an verò in possessionem illam eodem iure inducatur? An non vtroque casu agit tanquam creditor hypothecarius & siue possessionem, siue detentionem illam quæ penes aduersarium fuit, auocat iure hypothecarij creditoris? An non vtriusque formulæ idem effectus est vt non prius possessio ab eo auferri possit quàm ipsi fuerit satisfactum? Quidni ergo vtroque casu eadem exceptione repelletur non factæ excus-
5 sionis, cùm ea exceptio † inducta sit aduersus omnes hypothecarios creditores pignoris possessionem persequentes. Respondebis fortasse, ita demum exceptioni illi locum esse si is qui conuenitur reuera possideat; & præterea conueniatur non solùm ab hypothecario creditore,sed etiam hypothecaria actione:cùm autem creditor propriam possessionem auocat propter clausulam constituti ex beneficio *legis vltimæ Cod. de acquir. possess.* actionem exerceri quidem à creditore hypothecario, sed non hypothecariam, nec contra possessorem, sed à possessore aduersus eum qui non possidet, at asininam duntaxat detentionem habet. Ego verò aut non intelligo quid tibi velis, aut in verbis ludis, & meè nu-
6 garis. Nam fateri † te necesse est, vel actionem illam quam creditori hypothecario dari vis ad auocãdam propriam pignoris possessionem, effectu ipso esse hypothecariam, vel saltem fieri non posse vt vtraque contentio subsistat, id est pignoris, & translatæ per constitutum possessionis. Siquidem contendis, quod & verum est, creditorem qui post conuentionem de pignore cauit sibi per clausulam constituti hoc ipso factum esse pignoris possessorem: nec tamen ius pignoris amisisse, quandoquidem nec pignoris possessionem habet nisi tanquam pignoris, id est quia pignus habet. Quòd si hæc non sunt contraria, Creditorem & pignus habere & pignoris possessionem; cur erunt magis illa contraria creditorem & hypothecariam exercere & suam pignoris possessionem tueri? Aut si contraria non sunt, quidni eadem actione vtrumque contineri poterit, vt & hypothecariam exerceat ex qua parte creditor est,& possessionem suam retineat ex qua parte possessor? Quænam verò formula in eam rem aptior excogitari potest, hoc est ad pignoris & possessionis iura simul vindicanda, quàm si creditor per simplicem libellum petat se manuteneri in rei obligatæ possessione, vt eam pignoris iure retineat. Vides enim hoc casu agi non modò de possessione, sed etiam de iure pignoris, cùm si ius pignoris nullum proponeretur, nulla etiam subesset causa retinendæ possessionis, quæ per clausulam constituti propter solum pignus translata fuisset. Proinde quamtumuis proponas intentatum quod vocant remedium *legis vltimæ C. de acq. possess.* propriámque non alienam possessionem à creditore auocatam,fateri te oportet nihilominus hypothecariam quoque actionem in iudicium deductam intelligi. Quippe quæ nihil aliud est quàm actio de iure pignoris aut quæ propter ius pignoris datur. Conse-
7 quens † igitur est vt perinde hoc etiam casu repellendus sit creditor exceptione non factæ excussionis, ac si constituti clausula in contractu nulla interuenisset:
8 Aut ex contrario, si exceptionem † hanc id impediat quod is ipse qui agit possessor est, negandum est exceptioni locum fore, tametsi per hypothecariam creditor in id ageret, vt in pignoris possessionem mitteretur quia æquè verum est hoc casu illum agere qui verè possessor est. Neque enim ex eo quod petit se in possessionem mitti statim potest inferri velle se priuari commodo possessionis quam sibi quæsiuerat per clausulam constituti, cùm & agat ex eo ipso contractu in quo clausula ista inserta est, & præterea ad ipsam quoque possessionẽ, agat. Ad possessionem,inquies,adipiscendam,non ad retinendam. Fateor, sed ad adipiscendam nimirum illam quam non habet,vt eam retinere possit quam iam habet, id est, vt loquar apertiùs, ad adipiscendam corporalẽ illã & asininam detentionem quæ penes reum est,non veram illam & realem possessionem tam naturalem quàm ciuilem, quam à tempore contracti pignoris nactus fuerat per clausulam constituti. Nihil enim vetat agi simul † ad 9
retinendam possessionem ciuilem & adipiscendam naturalem,vt Bartolus & alij tractant ad *legem 1. D. vti possid.* quoniam per retentionem ciuilis possessionis ius est adipiscendæ naturalis.Multo igitur magis ei qui non modò ciuilem, sed etiam naturalem & realem possessionem eam habet per clausulam constituti, permittendum erit vt ea retenta petat & adipiscatur asininam quæ penes aduersarium reperitur. Nam in contrarium similiter euenit vt qui propriam † auocat 10
possessionem ex beneficio *l. vlt. C. de acquir. possess.* licèt nihil aliud petat nisi vt in pignoris possessione retineatur,hoc ipso tamen petere intelligatur mitti se in asininam illam possessionem quam habet aduersarius: alioqui non potest dici quis alius eiusmodi actionis effectus futurus sit, quando verum est aduersarium, licèt reuera non possideat, tamen asininam & corporalem habere possessionem, quæ sola veræ possessionis totum fundamentum est.Quinimò statim atque is qui eo modo rem detinet incipit velle sibi habere & verum possessorem prohibere quamuis nullo iure id faciat,tamen incipit proculdubio possidere. Ideoque tanquam spoliator conueniendus est interdictis aut actionibus restitutoriis vt possessionem quam eripuit, restituat. Itaque quamuis admitterem quod semper negabo, Iustiniani constitutione factum esse, vt hoc etiam casu possessio non amittatur, eiusque retinendæ ius saluum sit veteri possessori tamen fatendum esset vel inuito Iustiniano, asininam saltem possessionem ei deesse, ac proinde restitui debere ab eo contra quem agit interdicto retinendæ possessionis. Et verò si is qui directam rei † vindi- 11
cationem exercet possessioni suæ renunciasse non intelligitur, vt scriptum est in *l. naturaliter* 12. §. *nihil commune. D. de acq. possess.* quanto minùs possessionis propriæ retinendæ animum abiecisse credendus erit is, qui in id egit vt eam quoque possessionem quam aduersarius habuit qualiscunque illa esset nanciscereturꝰ Quamquam si quod res est fateri volumus, is qui à debitore rem † comparauit, & ex iusto titulo habere cœpit, 12
etiamsi verus possessor non esset (esse autem non dubito) hoc ipso tamen quòd asininam illam possessionem ex bona fide & cum titulo nactus fuisset,non minùs dignus videretur qui exceptione ordinis, & non factæ excussionis gaudere deberet quàm si verè nec tantùm naturaliter, sed etiam ciuiliter possideret. Cur non enim eodem auxilio ei succurramus qui alioquin idem damnum passurus sit quod pateretur si verus possessor esset, meraque hypothecaria conueniretur? Neque enim odio creditoris aut hypothecariæ actionis inductam Iustinianus voluit ordinis exceptionem, sed fauore † tan- 13
tùm tertij possessoris, ne possessio quam haberet qualiscumque illa dummodo iusta esset, ei eriperetur per creditorem, cui ex aliis bonis debitoris æquè satisfieri posset. Atqui idem huius emptoris fauor est, idémque damnum & incommodum si ea re quam bona fide compararit, carere cogatur vt creditori satisfiat. Planéque absurdum † fuerit meriti fauorem emptoris ex 14
actione creditoris, quomodo pragmatici faciunt qui ordinis exceptionem ei accommodant aduersus creditorem agentem hypothecaria, licet possessorem factum ex clausula constituti, non etiam si propriam possessionem auocet ex beneficio nouæ constitutionis, licèt agat tanquam creditor & ad eum finem vt pignoris iure possessionem illam retineat. Quam ob causam & huius absurdi euitandi gratia, vidi ex pragmaticis † subtilio- 15
ribus

ribus nonnullos, qui eam ſollennem quam diximus ferendæ in hac actione ſententiæ formam non probarent, ſed dicerent, Ad fugandam non factæ excuſſionis exceptionem de nuda cauſa poſſeſſionis & agendum & pronunciandum eſſe, nulla pignoris facta mentione. Sed næ iſti faciunt intelligendo vt nihil intelligant.
16 Quaſi † verò ius vllum poſſeſſionis habeat creditor tanquam creditor niſi quatenus hypothecarius eſt, & ratione pignoris ita contracti, aut quaſi poſſit ſeparari clauſula conſtituti quæ acceſſoria eſt à pignoris conuentione quæ eſt principalis. Et verò an non in ſententia exprimi neceſſe eſt ius quod modò debitori competit, ſed etiam quilibet poſſeſſori luendæ poſſeſſionis ſi luere pignus velit oblato omni eo quod victori debetur. Fieri ergo nullomodo poteſt vt de iure pignoris nihil dicatur, & conſequenter vt hypothecariam non exercere videatur qui poſſeſſionem ſiue propriam, ſiue alienam auocat iure pignoratitij creditoris. Nam quemadmodum hypothecaria cumulari poteſt cum interdicto recuperandæ poſſeſſionis vt omnes conſentiunt, ita & cum interdicto retinendæ quoties creditor agens hypothecaria poſſidet, nec hypothecariam exercet niſi vt æſtimam auocet detentionem, ſine qua nec fructus ex pignore vllos percipere, nec pignus diſtrahere, vacuámque eius poſſeſſionem tradere poteſt. Quidni verò, cùm & interdicta retinendæ & adipiſcendæ poſſeſſionis cumulari poſſint dummodò ad diuerſas poſſeſſionis ſpecies referantur, vt diximus?

ERROR VII.

De creditore auocante propriam poſſeſſionem implorato beneficio clauſulæ conſtituti, non etiam legis vltimæ C. de acquir. poſſeſſ.

SVMMARIA.

1 *Sententia pragmaticorum de formula concipienda actionis, qua creditor propriam poſſeſſionem auocat, vt vtetur ordinis exceptio.*
2 *Refutatio ſententiæ pragmaticorum.*

1 VIgo pragmatic † putant creditorem qui pignoris ſui poſſeſſionem auocare velit à tertio poſſeſſore vt effugiat periculum exceptionis ordinis, quæ tertiis poſſeſſoribus accommodatur non ſolùm propriam poſſeſſionem auocare debere implorato in eam rem beneficio clauſulæ conſtituti, ſed etiam obſeruandum id debere, vt beneficium imploret quod inductum eſt conſtitutione Iuſtiniani in *l. vlt. C. de acq. poſſ.* Sic enim ſentiunt clauſulam conſtituti, licèt profit ad acquirendam veram & realem poſſeſſionem, prodeſſe tamen non poſſe ad hoc vt facto debitoris poſſeſſio interuerti non potuerit alienato pignore niſi Iuſtinianeæ quoque legis beneficium imploretur. Et ſanè fatendum eſt ſolam Iuſtiniani conſtitutionem illam eſſe, non dicam quæ hoc ius induxit (neque enim hanc conſtitutionis ſententiam eſſe vnquam admiſero) ſed quæ huic errori ſpecie iuris inducendo prætextum
2 attulit. Sed † tamen abſurdum mihi ſemper viſum eſt exiſtimare, hanc actionis & formulæ ſolennitatem eſſe neceſſariam, nec ſufficere poteſtatem iuris coniunctam cũ voluntate actoris ius ſuum exequentis, & poſſeſſionem ſuã aſſerentis. Quid enim refert an expreſſis verbis an facto ipſo imploretur beneficium legis? An non autem ſatis auxilium legis implorat, qui eo modo agit quo alioquin agere non poſſet? Igitur verius eſt ſi error communis pro iure accipiatur, ſatis eſſe creditori ad ordinis exceptionem declinandam, vt dicat ſe poſſeſſorem per clauſulam conſtituti aut qua alia ratione, contendatque non potuiſſe poſſeſſionem ſuam ſe inſcio interuerti facto debitoris, licèt auxilium *legis vltimæ. Cod. de acquirend. poſſeſſ.* nullomodo imploret. Eóque iure iam ferè vtimur.

ERROR VIII.

De acquirenda per conſtitutum poſſeſſione futurorum bonorum.

SVMMARIA.

1 *Valet iure ciuili obligatio omnium bonorum debitoris & præſentium & futurorum.*
2 *Obligatis indiſtinctè omnibus bonis etiam futura obligata intelliguntur.*
3 *Per clauſulam conſtituti appoſitam in obligatione omnium bonorum acquiritur creditori etiam futurorum poſſeſſio, ſi creditum pragmaticis.*
4 *Clauſulam conſtituti prodeſſe quidem ad transferendam poſſeſſionem bonorum præſentium, non etiam futurorum, contra Pragmaticos.*
5 *Ita demum prodeſt clauſula conſtituti ſi fuerit præſens & ſciens is cui nomine conſtitutum eſt poſſideri.*

VEmadmodum valet † iure ciuili obligatio 1
bonorum omnium debitoris, non ſolùm præſentium, ſed etiam futurorum, *leg. & quæ nondum* 15. §. *quod dicitur D. de pignor.* adeóque obligatis † generaliter & indiſtinctè bonis om- 2
nibus, etiam futura obligata intelliguntur ex Iuſtiniani conſtitutione in *l. vltim. C. qua res pignor. oblig. poſſeſſ.* Ita receptum eſt à pragmaticis, & inductum à vulgaribus interpretibus iuris, vt † per clauſulã conſtituti quæ 3
generali bonorum omnium obligationi ſubiici ſolet acquiratur creditori poſſeſſio vniuerſorum bonorum non ſolùm quæ debitor eo tempore habuit, ſed eorum etiam quæ poſteà quæſierit, quaſi facta tranſlatione poſſeſſionis ſub illa conditione ſi debitor earum rerum quas nondum habet, ſed tamen habiturus eſt, poſſeſſor quandóque fieret: ſicuti & pignus ipſum ſub ea conditione contractum intelligitur. Si res illæ peruenient ad dominium debitoris, cùm priùs ſit vt res obligata in dominio ſit debitoris, quam vt obligari poſſit *d.* §. *quod dicitur* Conſtat enim ſicut pignus ſub conditione acquirendi dominij contrahi poteſt, ita & poſſeſſionem ſub conditione qualibet transferri poſſe *l. qui abſenti* 38. 1. *D. de acquirend. poſſeſſ.* Sed vereor † ſic hæc dominij & poſ- 4
ſeſſionis comparatio interpretes & pragmaticos fallat, cùm agitur de poſſeſſione per clauſulam conſtituti transferenda. Hic enim acquirendæ poſſeſſionis modus licèt habilis ſit ad veram quoque poſſeſſionem acquirendam, tamen fictitius eſt, nec tam facilè admittit vt ea ratione poſſeſſio transferatur. Nam vt ſcriptum eſt in *l. quod meo* 17. *D. eod.* cùm quis conſtituit ſe alieno nomine poſſidere, neceſſe eſt vt idipſum priùs ille ſuo nomine poſſideat. Alioqui conſtitutum nullius momenti eſt. Facit autem illa clauſula vt qui poſſidebat deſinat poſſidere, faciatque alium poſſeſſorem: quamquam verò ſit vno inſtanti vt & amittat poſſeſſionem & eam in alium transferat, illud tamen non æquè eodem inſtanti fieri poteſt vt & incipiat & deſinat poſſidere. Non enim iuris tantùm ratio, ſed ipſa etiam natura facit vt neceſſe ſit priùs quæſitam eſſe poſſeſſionem quàm amitti poſſit, ſiquidem eſſe in rebus omnibus naturalibus, ſicuti primum non eſſe ſequitur, ita præcedit ſecũdum. Atqui ſi amittas clauſulam conſtituti nihil operari eo primùm inſtanti quo poſſeſsio rei obligatæ acquiritur ex poſtfacto debitori, illud etiam te fateri neceſſe eſt fieri non poſſe vt vnquam operetur: cum eo ipſo inſtanti impleatur conditio ſub qua vt poſſeſsio transferretur actum fuit. Eſt enim illùd perpetuum in actibus

omnibus qui ſub cõditione fiũt, vt niſi eo primùm inſtãri quo cõditio impletur effectum ipſum producant, quem producere poſſent ſi purè facti eſſent, non valeant: quia nec exiſtens conditio quicquam aliud adfert niſi vt purè res acta videatur: contracto nimirum & æſtimato obligationis iure non ex eo tempore quo conditio impletur, ſed quo res geſta eſt ſub conditione vt pluribus explicauimus, *libr. 5. Coniecturar. cap. 6. & 7.* Nec diuerſa ratio eſt poſſeſſionis quæ per veram traditionem transfertur ſub conditione. Nam neque ex ea traditione transfertur poſſeſſio exiſtente licèt poſteà conditione, ſi traditionis tempore is qui tradidit poſſeſſor non fuit: quoniam exiſtens conditio facit duntaxat vt traditio pro purè facta habeatur: Purè autem facta non transferret poſſeſſionem, niſi ab eo facta eſſet qui ipſe tùm poſſideret. Nec quod fortaſſis medio tempore vera poſſeſſio quæſita fuit ei qui tradidit, quicquam proderit ad cauſſam transferendæ poſſeſſionis non magis quàm ſi poſt traditionem purè à non poſſeſſore factam poſſeſſio acceſſiſſet. Neceſſe enim eſt, vt & voluntas & poteſtas transferendæ poſſeſſionis eo inſtanti adſit quo traditio fit, ac proinde vt quæſita tradenti poſſeſſio præcedat tranſlationem, quæ fit in accipientem. Porrò conſtitutum vice traditionis eſt, ideóque diximus quod nec pragmatici negant non aliter ex conſtituto poſſe transferri poſſeſſionem quàm ſi conſtituens poſſideat eo ipſo tempore quo conſtituit. Quare nec diffitebor, poſſeſſionem eo caſu quo conſtituens tempore conſtituti poſſideat, transferri poſſe ſub conditione, non ſecus acſi vera traditio ficta eſſet. Sed hoc contendo ſiue vera ſiue ficta traditio interceſſerit, non magis ſub conditione acquirendæ poſſeſſionis poſſe transferri poſſeſſionem, quamuis ex poſt facto ea poſſeſſio acquiratur conſtituenti, quàm ſi actum fuiſſet, vt purè transferretur per eum qui nondum tunc poſſideret. Contrahendi pignoris longè alia cauſſa eſt. Nihil enim obſtat quominus eodem inſtanti & dominium acquiratur debitori, & pignoris iure obligetur creditori, quia tam dominij quàm pignoris acquiſitio iuris poteſtate fit: Ius autem eodem inſtanti vtrumque commodè operatur: Adeò vt quod magis mirum eſt, ſi plures creditores concurrant, quorum alter tacitam hypothecam ex priuilegio habeat, alter non niſi expreſſam, præferatur is qui tacitam habet quaſi cauſſam pignoris præuenerit, vt Papinianus ait in *l. ſi is qui D. de iur. fiſc.* de cuius ſententia & ratione ſcripſimus *l. 2. Conſil. cap. 13.* At poſſeſſio non transfertur iuris poteſtate, ſed facto hominis, id eſt per traditionem aut quid aliud quod ſit vice traditionis, quoniam tota facti eſt, *l. denique 19. D. quib. ex cauſ. maior.* Facta autem plura quæ aliquam inter ſe ordinis rationem habẽt, non poſſunt ad vnum idémque inſtans accommodari, quia natura non niſi in tempore operatur. Itaque concludendum eſt clauſulam conſtituti appoſitam in obligatione bonorum omnium præſentium & futurorum prodeſſe ad transferendam poſſeſſionem bonorum præſentium duntaxat, non etiam futurorum. Obſeruandum autem eſt ita demum † prodeſſe ſi præſens fuerit aut ſciens aut volens is cuius nomine conſtitutum eſt poſſideri. Non etiam ſi fuerit abſens, nec ſi pro eo notarius ſtipulatus ſit, iſque ſtipulationem ratam habuerit, quia non poteſt quæri poſſeſſio, niſi animo & corpore. Vtrumque autem neceſſe eſt intercenire eo ipſo inſtanti quo poſſeſſio ex parte conſtituentis amittitur, vt habiles ſint termini à quo & ad quem nec inhabile medium vllum ſit ad transferendam poſſeſſionem. In quo etiam vulgò à pragmaticis erratur. Sed nos de eo aliàs pluribus.

ERROR IX.

De precaria poſſeſſione.

SVMMARIA.

1. *Differentia inter precariam poſſeſſionem & eam quæ per clauſulam conſtituti acquiritur.*
2. *Aliter conſulitur ei qui poſſidebat per precarium vbi interuerſa eſt eius poſſeſſio, aliter ei qui per conſtitutum poſſeſſor factus eſt, ex ſententia pragmaticorum.*
3. *Refellitur pragmaticorum diſtinctio, & oſtenditur beneficium leg. vltim. C. de acquirend. poſſeſſ. ad eos etiam pertinere qui per precarium poſſident.*

INter precariam † poſſeſſionem & eam quæ per clauſulam conſtituti acquiritur, multum intereſt. Non enim ſicuti conſtitutum ita & precarium transfert naturalem veramque poſſeſſionem talem, ſed ciuilem duntaxat. Et differentiæ ratio eſt, quoniam qui ſe alieno nomine poſſidere conſtituit, hoc ipſo definit poſſidere, & alium facit poſſeſſorem, vt proximè dicebamus: Proinde transfert eam ipſam poſſeſſionem quam habebat, & qualem habebat, id eſt tam naturalem quàm ciuilem, ſola excepta corporali, & vt vocant, aſinina, quæ cùm tota ex facto & detentione ipſa æſtimetur, remanet penes conſtituentem qui alieno nomine in poſſeſſione eſt. Qui verò fatetur ſe ab alio precario poſſidere, is facit quidem alium poſſeſſorem, ſed ciuiliter tantùm, non etiam naturaliter, quia non definit velle poſſidere, ſed eam tamen poſſeſſionem quam retinet, vult ſibi etipi poſſe per eum à quo dixit ſe precariò poſſidere. Sic enim pragmatici noſtri poſt vulgares interpretes ratiocinantur. Recténe an ſecus, alio loco videbimus cùm de naturali & ciuili poſſeſſione latiùs diſſereamus. Hinc autem pragmatici † inferunt, ſi poſſeſſio quam debitor in creditorem hypothecarium tranſtulerat per precarium ab eo ipſo interuerſa ſit per alienationem fortaſſe pignoris ſubſecutam, non eodem modo conſuli poſſe creditori ad auocandam & aſſerendam poſſeſſionem propriam, quaſi per conſtitutum poſſeſſor factus eſſet. Non enim ipſi competere beneficium conſtitutionis Iuſtinianeæ in *l. vlt. C. de acquir. poſſeſſ.* ſed interdictis reſtitutorijs aut actionibus extraordinarijs in locum eorũ ſubſtitutis vtẽdũ neceſſariò eſſe, vt amiſſa poſſeſſio repetatur. Mouẽtur ex eo quòd Iuſtiniani conſtitutio de ijs expreſſim loquitur, qui corporalem nacti ſunt poſſeſſionem, id eſt vt illi interpretantur veram, realem & naturalem. In quo ſanè parum ſubtiliter facere mihi videntur. Nam † cùm id vnũ tota illa lege agat Iuſtinian. vt prouideat ne ſemel quæſita poſſeſſio, ex dolo & malignitate eius per quem retinebatur amitti poſſit, cur non eodem iure vtetur is qui per precarium nactus eſt ciuilem poſſeſſionem, vt eam ſibi adſerere poſſit & retinere, quo vteretur ad veram & naturalem poſſeſſionem tuendam, ſi eam per conſtituti clauſulam nactus eſſet? An ideò fortaſſe quod ciuilis poſſeſſio cùm ſola eſt & ſine naturali, facilius amittatur; Imo verò multo difficiliùs amittitur, quia pendet tota ex animo poſſidentis, nec proinde inſcio inuitóque eo poteſt interuerti: Amittitur quidem ſtatim atque deſiijt eſſe velis & efficax ad naturalem ipſam poſſeſſionem auocandan, vtputà ſi is qui ciuiliter tantùm poſſidebat ſciens ab alio fuiſſe occupatam naturalem, eam repetere neglexerit vel per triduum ſolùm, aut ſi per decennium naturalem illam poſſeſſionem deſeruerit, vt noſtri poſt Bartolum tractant in *leg. ſi de ea quadrageſima §. primo. De acquir. poſſeſſion.*

poſſeſſion. quoniam his caſibus videtur deeſſe animus retinendæ poſſeſſionis, priore quidem caſu propter negligentiam præſentem, poſteriore verò propter obliuionem, quæ ex decennij lapſu præſumitur. Sed quandiu ſupereſt voluntas illa retinendæ poſſeſſionis ciuilis, numquam interrupta, vtique ciuilis poſſeſſio ſalua eſt, nec minùs remedia competunt ad eam retinendam & naturalem adipiſcendam, quàm competerent ad naturalem ipſam aut retinendam aut recuperandam ſi cum ciuili ſimul quæſita fuiſſet. Nam & cùm is qui naturaliter & ciuiliter poſſidebat turbatur in naturali poſſeſſione aut deiicitur, non alia ratione iuuatur interdictis retinendæ aut recuperandæ poſſeſſionis, quàm quia retinet ciuilem, qua amiſſa propter interruptum animum poſſidendi, nulla profectò naturalis aut retinendæ aut recuperandæ ratio ſupereſſet. Numquam enim ei ſuccurritur, qui proprio facto aut voluntate ſua deſiit poſſidere: Nec mouere pragmaticos debuit quod Iuſtiniani conſtitutio eorum perſonas diſerte complectitur, qui corporaliter nacti ſint poſſeſſionem. Nam poſterior pars conſtitutionis euidenter demonſtrat ideò pertinere, vt ſi is per quem nondum cœpimus poſſidere negligens fuerit in acquirenda poſſeſſione quam ex mandato noſtro nobis acquirere potuit & debuit, nocear nobis ea negligentia, quia facilius illud admitti poteſt vt per alium nobis nihil acquiratur, quàm vt per alium nobis damnum inferatur. Toties igitur Iuſtiniani conſtitutio proderit quoties agetur de retinenda poſſeſſione quæ per alium iam acquiſita & retenta poſtmodum ab eo derelicta aut prodita ſit: nullum enim ex eius dolo & malignitate præiudicium domino generari oportebit, nec quaſi interpellata poſſeſſione vſucapio quoque interpellata videbitur, quandiu ea poſſeſſio ab alio occupata non erit, quemadmodum in ſuperioribus explicauimus. Cæterùm idem obtinebit non ſolùm ſi corporalis & aſinina illa poſſeſſio occupata ſit, ſed & ſi naturalis ciuiliſque poſſeſſio ſine corporali, & conſequenter ſi ciuilis tantùm ſine naturali, nimirum vt ea poſſeſſio quæ iam acquiſita erat ſiue ciuilis tantùm fuit ſiue naturalis & ciuilis, retineatur qualis fuit. Alioqui nec illud erit admittendum quod pragmatici tamen omnes fatentur. Prodeſſe Iuſtiniani legem iis etiam qui non niſi per conſtituti clauſulam facti ſint poſſeſſores. Etſi etiam verum eſt per conſtitutum transferri poſſeſſionem non modò ciuilem, ſed etiam naturalem, veram & realem, corporalis tamen quæ, vt dixi, nihil niſi aſinina eſt cùm ex corpore tota æſtimetur, non transfertur ſicuti nec per precarium. Itaque quod ad hanc rem pertinet nihil hæc ab illa differt.

ERROR X.

Si poſſeſſio per conſtitutum & precarium ſimul tranſlata ſit.

SVMMARIA.

1 *Error Notariorum in clauſula conſtituti conceptione tranſlata poſſeſſionis per precarium mentionem cumulantium.*
2 *Fieri non poteſt vt per precarium & conſtitutum ſimul poſſeſſio transferatur.*
3 *Differentia inter conſtitutum & precarium.*
4 *Quæ res poſſidendæ cauſſæ coniunguntur & eodem iure cenſeantur.*
5 *Si per errorem vtraque clauſula, & precarij & conſtituti adhibita ſit, non ideo tranſlatio poſſeſſionis impeditur.*
6 *Differentia obſeruanda in verbis quibus dicta clauſula concipiuntur.*
7 *notarij non rarò quo magis cumulatis cautionibus cautum alicui volunt, eo plus ei nocent.*
8 *Bonis omnibus alienatis aut obligatis, etiam iura comprehenduntur, ſecus ſi addatur mentio mobilium & immobilium.*

NOtariorum † hic error eſt potius quàm politorum & verſantium in foro pragmaticorum, ſolent enim notarij clauſulam conſtituti ſic cõcipere: vt qui aliquid ex bonis ſuis alienat vel obligat, conſtituat ſe eam rem & alieno nomine & precario poſſidere: nimirum vt & aptiore & certiore modo vtamur transferendæ poſſeſſionis. Non animaduertentes fieri non poſſe, vt per precarium & conſtitutum ſimul † poſſeſſio transferatur propter diuerſam adeóque repugnantem vtriuſque clauſulæ rationẽ Nam per conſtitutum, † vt & in ſuperioribus à nobis diſputatum eſt non modò ciuilis poſſeſſio transfertur, ſed etiam naturalis, vera & realis, omnis denique excepta corporali & aſinina. Per precarium verò ſola ciuilis, remanente naturali & reali penes eum qui precariò poſſidet. Quomodo enim precariò poſſideret, ſi nullomodo poſſideret? Enimuerò non ſicut aliud eſt poſſidere aliud nomine alieno poſſidere, vt ait *lex quod meæ* 17. *D. de acq. poſſ.* ſimiliter dici poteſt aliud eſſe poſſidere, aliud precariò poſſidere. Quippe poſſidet etiam ille qui precario poſſidet, quamuis cum hac adiectione precarij: quæ adiectio facit duntaxat vt ei poſſeſſio ſua prodeſſe non debeat contra eum à quo poſſidet precario: quæ tamen contra alios prodeſt, quemadmodum contingit & in violenta & in clandeſtina poſſeſſione: quæ vtraque vera poſſeſſio eſt, & ad cauſſam interdictorum vtilis, licèt ſit iniuſta. Solent namque tres illæ † poſſidendi cauſſæ coniungi eodémque ferè in omnibus iure cenſeri, ſi vi, aut clam, aut precariò poſſideatur. Igitur quemadmodum fieri non poteſt vt vna eadémque perſona poſſideat naturaliter, & non poſſideat naturaliter, ita neque illud admitti vt clauſulæ conſtituti coniungatur clauſula precarij ad transferendam poſſeſſionem. An ergo ſi vtraque † adhibita ſit per errorem & imperitiam ſiue notarij ſiue ſtipulatoris, tranſlatio poſſeſſionis impediretur? Minimè verò. Abſurdum enim ſit, & præter contrahentium voluntatem, precarij clauſulam non niſi ex ſuperabundanti adiectam quo magis poſſeſſio transferatur, facere quominùs tranſlata videri poſſit per conſtitutum, quod ad eam rem non modò vtile & efficax eſſe, ſed etiam ſufficere potuit Nam & dici ſolet in iis quæ diuiduam & ſeparatam habent rationem vtile per inutile non vitiari *l. placuit* 29. *D. de vſur.* multum tamen intereſt † quibus verbis clauſula conſtituti ſit concepta. Nam ſi quis, vt plerunque fit, conſtituerit ſe precariò poſſidere, non vtraque, ſed ſola precarij clauſula interueniſſe videbitur, ſoláque poſſeſſio precaria, id eſt ciuilis tranſlata: Non item ſi quis conſtituerit ſe ſtipulatoris nomine & precariò poſſidere: Hic enim duplex clauſula eſt, conſtituti prima, precarij altera: & hoc caſu obtinent quæ nunc diximus. Ita fit plerunque † vt notarij quo pluribus verborum ambagibus vtuntur, vt cumulatis cautionibus magis cautum ſit ſtipulatori, ei potiùs noceant, quia vim & ſignificationem verborum quæ Iureconſultorum propria eſt, non intelligunt. Idem euenit cùm in obligatione aut alienatione bonorum omnium adiiciunt ne quid prætermiſiſſe videantur *tam mobilium, quàm immobilium.* Facit † enim ea adiectio vt iura & actiones non comprehendantur, licèt adiectum ſit *quorumcumque*, cùm tertiam bonorum ſpeciem conſtituant à mobilibus & immobilibus omnino diſtractam & ſeparatam. *leg. à Diuo Pio decimoquinto §. primo Dec. de re iudic.* Propter quam cauſſam ſi bonorum ſimpliciter & indiſtinctè obligatio aut alienatio facta eſſet, nemo dubitat quin etiam iura & actiones com-

prehenderentur. Sanè in propoſita quæſtione De poſſeſſione per conſtitutum & precarium tranſlata ſi diuerſis temporibus debitor conſtituerit & precariò rogauerit, aliud dicendum erit, atque inſpiciendum, quid priùs factum ſit, Vt quod nouiſſimè factum erit, id ſolum obtineat quaſi à priore conuentione receſſum ſit per poſteriorem *leg. ſi quis antè conduxit 10. D. de acquirend. poſſeſſ.*

ANTONII FABRI IC.

Decas Quinta.

ERROR PRIMVS.

De creditore hereditario in poſſeſſionem propriam auocante ex clauſula conſtituti pendente inſtantia diſcuſſionis bonorum.

SVMMARIA.

1 *Creditor hereditarius poteſt poſſeſſionem propriam auocare ex clauſula conſtituti pendente inſtantia diſcuſſionis bonorum.*
2 *An in caſu ſuprà poſito neceſſe ſit audiri cæteros creditores.*
3 *Sententia pragmaticorum diſtinctionem hic adhibentium.*
4 *Audiendos eſſe cæteros creditores, quorum inſtar eſt contra pragmaticos.*
5 *In quæſtione propoſita diſtinctio quorumdam refertur & refellitur.*
6 *In ſtellionatum incidit qui rem iam uni obligatam alteri obligat.*
7 *Quo caſu non ſit audiendus heres qui alios creditores vocari petit.*

1 COniungenda erunt quæ hoc capite ſcribemus cum iis quæ ſcripſimus *cap. 1. Decadis ſuperioris.* Solent † hypothecarij creditores quorum nomine debitor conſtituit ſe poſſidere, vt ſolennis inuentarij moras & incommoda effugiant, auocare propriam poſſeſſionem ex clauſula conſtituti, in eámque rem implorare beneficium conſtitutionis Iuſtinianeæ *in l. vlt. C. de acquir. poſſeſſ.* Ita enim aſſequuntur vt dilata quæſtione de crediti iure & ordine, in id vſque tempus quo de creditorum omnium & legatariorũ actionibus vno eodémque iudicio cognoſci & pronunciari poſſit, interea retineant poſſeſſionem quam ſibi per debitoris conſtitutum acquiſierunt. Et quidem optimo iure, quia cùm ea poſſeſſio per clauſulam conſtituti tranſlata fuerit à debitore viuo in creditorem, non poteſt videri hereditaria. Siquidem hereditarium id dicimus quod mortuo teſtatore in eius hereditate reperitur. Reperiri autem in hereditate & poſt mortem non poteſt quod ipſe dum viueret alienauit. Porrò illud conſtat beneficium inuentarij non pertinere niſi ad cauſſam hereditatis, & rerum hereditariarum, nec proinde in aliis rebus aut iuribus non hereditariis prodeſſe heredi debere. Itaque ſi creditorem ſic agentem velit heres ea exceptione ſummouere, quòd iam cœpta ſit inſtantia diſcuſſionis bonorum defuncti, in qua de creditorum omnium iure ſimul & ſemel diſceptari oporteat, non eſt audiendus. Nihil enim commune habet cauſſa poſſeſſionis cum iure pignoris, niſi hactenus vt ſi ex poſtfacto appareat creditorem hunc aut verum creditorem non fuiſſe, aut poſterionem eſſe aliis creditoribus, quibus non aliter quàm ex huius rei pretio ſatisfieri poſſit, prævalere debeat ius pignoris, nihilque huic conſtituario profit poſſeſſio quænuda eſt, id eſt pignoris iure & priuilegio diſtituta. Ita tamen emergit plerumque dubitatio, † an cum hoc actionis genere creditor ſibi proſpicit, vocandi ſint & audiendi cæteri creditores quorum poteſt intereſſe, quemadmodum vocandi eſſent & audiendi ſi pendente diſcuſſionis inſtantia prouiſionalis, & vt loquuntur, fiduciaria adiudicatio peteretur. Et pragmatici putant, † audiri quidem eos debere ſi interuenire velint: ſed ſi vltro ſe non offerant, non poſſe moram fieri ab herede creditori qui nihil niſi propriam poſſeſſionem, quæ ampliùs hereditaria non eſt auocare velit. Ne alioquin eueniat vt parùm ei profit quod habeat pro ſe clauſulam conſtituti, quódque de nuda poſſeſſione agat, non etiam de pignoris ſui iure. Præſertim verò ſi offerat ſatisdationem de pignore cuius poſſeſſionem auocat, in corpus hereditatis reponendo, ſi quando ita fieri debere iudex arbitrabitur, vt creditoribus omnibus ex rerum hereditariarum diſtractione ſatisfiat. Quod tamen cuiuſmodi ſit, non facilè poſſum intelligere. Nam cùm per conſtitutum † non aliter poſſit transferri poſſeſſio, quàm ſi eo tempore poſſideat is qui ſe conſtituit alieno nomine poſſidere, vt omnes conſentiunt, quomodo fieri obſecro poteſt vt ſciat an defunctus eo tempore poſſederit, niſi auditis creditoribus cæteris omnibus hypothecariis? Quid enim ſi quis ex iis anterior tempore per ſimilem conſtituti clauſulam poſſeſſor factus reperiatur; Apparebit vtique nullius momenti eſſe poſſeconſtitutum ab eo poſteà factum qui ampliùs non poſſidebat: ideóque fruſtra & nullo iure auocari per iſtam poſſeſſionem, quam dicere ſuam non poſſit, quàmque nunquam habuerit: Atqui, inquies, nihil intereſt heredis, an hic aut ille creditor poſſideat, cùm non eo magis futurus ipſe ſit poſſeſſor eius rei quam defunctus per conſtituti clauſulam deſierat poſſidere. Sicut & ex contrario nihil intereſt creditoris anterioris poſſeſſionem ex clauſula conſtituti habentis an poſterior hic creditor ex ſimili clauſula poſſeſſionem ſibi adſerat, an ea poſſeſſio penes heredem remaneat, quandiu ipſe ius ſuum non exequitur, cùm ſi poſteà exequi volet, perinde ſit ille poſſeſſionem ſuam à creditore ipſo, atque ab herede auocaturus, nulla ſcilicet ei obſtatura exceptione de re inter alios ſe inſcio iudicata. Verùm reſpondeo imò quàm maximè intereſſe heredis ne ſibi poſſeſſio pignoris per eum auferatur, qui auferendi ius nullum habeat, cùm eo ſummoto futurum ſit vt corporalis poſſeſſio pignoris maneat in hereditate, nec eam creditor anterior tam citò fortaſſis auocet, qui auocare ſi vellet poſſet. Finge eſſe illum heredi amiciorem neque tam importunum creditorem qui forſitam ſciat non poſſe ſe periclitari quòd ſit ex anterioribus, quique poſſeſſionem ſuam penes heredem eſſe malit, quàm penes alium cúmque poſteriorem creditorem: nam & id malle credendus vtique eſt, quandiu poſſeſſionem quam ab herede auocare ſi vellet, poſſet patitur manere penes heredem. Et ſanè licèt

verum

verum sit æquè bonam actionem habiturum eum contra creditorem posteriorem ac contra heredem ipsum, siue creditor posterior siue heres possideat, fatendum tamen est multo faciliorem & expeditiorem fore persecutionem si contra heredem ageat quàm si contra creditorem, quia nihil omnino habet quod obiicere possit heres veri debitoris aduersus creditorē: Alius verò creditor quāuis posterior nō tam facilè possessionem quoquo iure quæsitam sibi eripi patietur, quia neque debitor ipse est, neq; debitoris heres, ob idq; fauorabilior existimatur: cúmque creditor anterior aduersus heredem agens nihil aliud probandum habeat nisi quòd sit creditor, si agat aduersus alium creditorem quantumlibet posteriorem, cogetur probare se non tantùm creditorem esse, sed etiam anteriorem, adeóque quod non semper consequens est, potiorem, quia fieri nonnunquam potest vt qui tempore posterior est, potior tamen sit iure, habeátque ex causa fauoréque debiti ius prælationis. Sed & creditoris anterioris aliunde interest vt contra heredem agat potiùs quàm contra creditorem posteriorem, qui ex iudicato possessor factus sit, quoniam possessio quæ per constitutum quæsita fuerat, non potest videri per solam debitoris mortem interuersa, ideóque nec dubitatio vlla est quin possit creditor se dicere possessorem inuito etiam herede: nec necesse habeat implorare beneficium *legis vlt. C. de acq. poss.* vt seq. cap. dicemus: Alio autem facto possessore præsertim creditore, & quidem per iudicem, fieri non potest quin anterioris creditoris possessio interuertatur, nisi beneficium Iustiniani imploretur, ac proinde minùs tutus est creditor anterior agens contra posteriorem, quippe qui cautiùs agere cogitur, & quasi solennem actionis formulam proponere, etiam post sublatas formularum & actionum solennitates, ne peperam egisse videatur, ſ pragmaticis credimus, qui putant creditori hypothecario, si de iure pignoris agere malit, quàm de possessione, nihil prodesse clausulam constituti, vt retulimus *Decade superiore cap.* 4. Quæ cum ita sint negari non potest quin creditorum anteriorum interſit ne quicquam inauditis iis decernatur in fauorem posterioris, qui ex clausula constituti adsciuerat sibi communis pignoris possessionem. Imò interest etiam posteriorum propter sumptus quos ab anteriore creditore fieri necesse est pro possessione pignoris consequenda. Emolumentum. n. illud quod Principi penditur pro iudicato, non minùs debetur ob auocatam ex constituto possessionem quàm si de iure crediti & hypothecæ actum esset: quoniam adiudicatio illa possessionis includit adiudicationem quandam crediti tanquam in necessarium antecedens cùm clausula constituti sit accessoria ad obligationem principalem, nec ius vllum habeat creditor auocandæ possessionis pignoris, nisi quatenus & creditor, & hypothecarius est. Sumptus autem illos quicunque à creditore prorogati sunt, ei restitui, atque ex hereditate indemnitatem præstari iustissimum certè est, ne quam crediti iacturam & diminutionem patiatur. Ita fit vt hereditas ipsa diminuatur, fiátque deterior causa creditorum posteriorum si hereditas iam alioqui suspecta soluendo non sit. Atqui bonus iudex id agere quantum potest debet, vt creditoribus omnibus etiam chirographariis, adeóque legatariis & fideicommissariis satisfiat nec inanibus aut non necessariis sumptibus hereditas oneretur. Non ergo facilè debet in eam descendere sententiam, vt creditorem qui ex constituto possessionem auocat, audiendum putet, nisi auditis etiam cæteris, quorum videat interesse. Quare nec distinctio † illa placere potest, quam à nonnullis inductam scio, An heres mala mente negligentiùs versetur in prosequenda discussionis bonorum instantia, nécne: vt priore casu in pœnam negligentiæ possessio corporalis ei auferatur: posteriore non item. Pollet. n. ea distinctio rationem aliquam habere, si heredis dumtaxat, non etiam creditorum interesset. Sed cum interſit creditorum, vt ostendimus, non est permittendum vt iis noceat negligentia dolúsue heredis: potiúsque audiri debet creditor, vt alios creditores in ius vocari & asciri curet, ne sibi longior mora fiat, & quidem propriis sumptibus, postmodum ab hereditate repeturus, si comperiatur iustam agendi causam. i. possessionem ex constituto anteriore quæsitam habuisse. Nec est quod quis dicat, satisdationis remedio satis consultum iri, & heredis & creditorum omnium indemnitati. Non. n. satisdatio hæc in eam rem præstatur, vt si quid ex hereditate per huiusmodi actionem imminutum sit, id à creditore farciatur, sed tantum vt si vel nihil vel minus ei debitum esse poste à constiterit, nec rem illam exhibeat cuius auocat possessionem, præstetur quanti interest heredis & creditorum auocatam non esse possessionem. Itaque si verus & legitimus creditor reperiatur, nulla præsitiæ satisdationis vtilitas est, nec si alij sint anteriores creditores æquè per constitutum facti possessores, dum res ipsa cuius possessio fuerat auocata cum fructibus inde perceptis restituatur. Nec eo minùs tamen diminuitur hereditas per sumptus à creditoribus factos ad auocandam ex ordine nunc ab hoc per illum, nunc ab illo per alium possessionem. Nisi fortè quis inducendum putet, vt huiusmodi sumptuum repetitio nulla sit, damnóque potiùs cedant eorum qui malè & sine caussa litigarunt. Sed tamen non potest id ex iuris ratione defendi, cum tanto magis imputandum sit defuncto debitori, quanto plures sunt creditores quorum nomine constituit ille se possidere eam rem, cuius non nisi vnum potuit facere possessorem. Nam & in stellionatum † incidit hoc ipso quod rem iam vni obligatam alteri obligauit, nec præmonuit alteri esse obligatam *l. & quæ nondum 15. §. qui res suas D. de pign. l. 3. D. de crim. stellionat.* Plane si creditor † qui agit ante alios eam offerat conditionem vt nequid præiudicij ex ea actione cæteris creditoribus & legatariis aut fideicommissariis inferatur, nec eorum periculo hereditas diminuatur, in cámque caussam satisdare paratus sit, vix est vt audiendus sit heres iam negligens & morator, si quò longiorem creditori moram iniiciat, alios creditores vocari petat vt ipsis auditis de crediti & constituti iure cognoscatur. Sufficit. n. vt indemnes seruentur ij quibus nihil imputari potest, parúmque curandum est quid damni possit emergere ei cuius culpa aliqua dolúsue interceſſit, quia nec damnum vllum sentire videtur, vt est in iuris regula, Loquor de herede qui iam sit in mora & culpa, quoniam alioqui non minor heredis quàm creditorum ratio habenda est, ne quid ex hereditate diminuatur. Cùm quicquid ex bonis hereditariis supererit post dimissos creditores legatarios & fideicommissarios omnes, id ille totùm habiturus sit, suo iure; nisi hoc ipsum fortasse velis ei imputare, quòd inuentarij beneficium agnouit: quod tamen non nisi absurdè facere possis. Non. n. dolo facit qui iure communi vtitur, extra quam si ponas tam euidenter locupletem esse hereditatem vt inuentarij cōficiendi probabilem caussam aliam nullam habere heres potuerit, nisi vt in creditorum & legatariorum necem beneficio legis abuteretur. Aboqui sanè interest heredis, nec minùs cùm de pignoris possessione agitur quàm si de iure ipso crediti & hypothecariæ actionis tractaretur: quia licèt possessio per constituti clausulam à viuo debitore translata, non sit hereditaria, tamen res ipsa hereditaria est cuius possessio auocatur, tantumdémque incommodi accedit heredi, quantum si nullâ possessione translatâ, res ipsa per hypothecariam euinceretur: Quo casu minùs dubito quin verum sit quod primo superioris decadis capite probaui, non nisi auditis creditoribus legatariis, & fideicōmissariis omnibus adiudicationē vllā facrēdam esse, vel ob hoc ipsum ne lite pēdēte laceretur hereditas multiplicatis adiudicationibus, & quod est cōsequens, distractionibus rerū hereditariarū. Neq; enim eorū sententiā probamus, qui creditori propriā ex cōstituti

clauſula poſſeſſionem auocanti hactenus indulgent, vt retinendæ poſſeſſionis duntaxat, non etiam diſtrahendæ rei habeat facultatem. Contra quos diſputabimus infra. capit. 3.

ERROR II.

De eo qui ad propriam poſſeſſionem tuendam implorat beneficium legis vlt.C.de acquir.poſſ. *etiam contra heredem debitoris.*

SVMMARIA.

1 *Etiam aduerſus heredem debitoris eiuſdemque conſtituentis volunt pragmatici implorandum eſſe beneficium l.vlt. C.de acq. poſſ. ab eo qui propriam poſſeſſionem tueri vult.*
2 *Dicta ſententia refutatio.*
3 *Sabinianorum & Proculianorum diſſenſio.*
4 *Facto potiùs quàm fato cuſtodis amitti poſſeſſionem cur exiſtimarint Sabiniani.*
5 *Exponitur l.ſi de eo §.1.D de acq.hered.*
6 *Per additionem hereditatis non amittitur poſſeſſio quæſita per conſtitutum.*
7 *Conſtitutum non finitur morte conſtituentis, ſed tranſit in heredem.*

1 VSQVE adeò inualuit † apud nos error pragmaticorum exiſtimantium non ſufficere creditori propriam poſſeſſionem auocanti à detentore quòd per clauſulam conſtituti aut qua alia ratione poſſeſſionem nactus ſit, niſi etiam imploret auxilium Iuſtinianeæ conſtitutionis *in l.vlt. C. de acq.poſſ.* Vt idem quoque admittendum putent etiamſi de poſſeſſione agatur aduerſus heredem
2 debitoris eiuſdémque conſtituentis. Quæ ſententia † pugnat euidenter cum iuris ratione. Etſi enim diſſenſio
3 † vetus fuit inter Proculianos & Sabinianos in quæſtione illa, Vtrum poſſeſſio noſtra amittatur facto eius per quem poſſidebamus ſi is poſſeſſionem dereliquerit vel prodiderit animo deſinendi poſſidere, Sabinianis exiſtimantibus poſſeſſionem amitti etiam priùs quàm ab alio eſſet occupata, Proculianis verò contrà negantibus niſi poſſeſſionem alius occupaſſet. *l. cùm quis* 31. *D. de dolo. l. ſi de eo.* 40. §. 1. *ff. de acq. poſſ.* quorum ſententiam Iuſtinianus præualere voluit *in d.l vlt. C.eo.* Tamen decedente eo qui cuſtos erat noſtræ poſſeſſionis nec Sabiniani ipſi negarunt manere nos poſſeſſores in id vſque tempus quo poſſeſſionem noſtram adipiſci negligeremus, vt Africanus fatetur in *d. l. ſi de eo.* §. 1. quia non ſicut derelinquentis aut prodentis poſſeſſionem, ita morientis coloni aut procuratoris voluntas eſt vt poſſeſſionem amittamus licèt re vera deſinat poſſidere. Viſúmque eſt probabilius Sabinianis † vt facto quam vt
4 fato cuſtodis poſſeſſio amittatur. An quod ea poſſeſſionis noſtræ cuſtodia quam colonus aut procurator habuit in heredem eius continuetur? Minimè. Nam neque in heredem veri poſſeſſoris tranſit poſſeſſio rerum hereditariarum, licèt omnia defuncti iura in heredem tranſeant *l. cum heredes* 13. *eo. de quo dicemus infr. cap.* 4. Multò minùs autem dicendum ſit alienæ poſſeſſionis cuſtodiam ei creditam, cuius fides & induſtria electa fuit, tranſire in heredem, cui nihil creditum poſſeſſor velit: ſed poſſeſſionem quamdiu ab alio occupata non eſt, retineri dicimus etiam poſt mortem eius per quem poſſidebamus, quia neque noſtrum, neque ipſius factum vlum interceſſit per quod amitti poſſeſſio potuerit. Sicut.
5 n. poſſeſſio ſine animo & corpore non acquiritur, ita nec niſi vtroque concurrente amittitur, *l. quemadmodum.* 8. *eo.* Nec quod is per quem poſſidebamus morien-
do deſinit re vera poſſidere, poteſt facere vt noſtra quoque poſſeſſio interpelletur, quia non tam poſſidebat ille, quàm in poſſeſſione erat noſtro nomine: poſſidendi autem animus etiam poſt eius mortem in nobis ſupereſt, iſque efficax ad retinendam poſſeſſionem quamdiu alius nemo eſt qui poſſeſſionis controuerſiam facere nobis velit, id eſt, quamdiu ab alio non eſt occupata. Propter quam cauſſam ſic Africanus loquitur in *d. l. ſi de eo.* §. 1. vt cum poſſeſſionem interpellari neget, eam tamen à domino adipiſcendam non retinendam dicat. Ita namque ſcribit *non ſtatim dicendum ea interpellari, ſed tunc demum cùm dominus poſſeſſionem adipiſci neglexerit.* Nimirum quia licèt verum ſit non deſiiſſe nos poſſidere, verum tamen eſt corporalem illam poſſeſſionem quæ cuſtodi commiſſa fuerat, iacére poſt eius mortem, & in eo eſſe vt occupari à quocumque poſſit, & conſequenter etiam à nobis ipſis qui ſi eam adprehendere negligamus, tum demum verò poſſidere deſinimus. Poſſeſſio n. quæ ſolo animo retinetur ſicuti quamdiu durat prodeſt ad adipiſcendam aut recuperandam corporalem, ita per negligentiam amittitur ſi poſſeſſor ex quo ſciuit amiſſam corporalem eiúſque adprehendendæ poteſtatem ſibi ſaluam eſſe, adprehendere illam neglexit: quod modici temporis interuallum licèt intellectu magis percipi quàm verbis exprimi poſſit, vt in *l. quo enim* 12. §. *Iulianus ait. D. rat. rem. habe.* tamen ab interpretibus noſtris triduo concluditur. Notandúſque eſt ille Africani locus contra eos qui negant interdicta retinendæ & adipiſcendæ aut recuperandæ poſſeſſionis concurrere poſſe. Tam.n. id facile eſt quàm vt is cuius poſſeſſio interpellata non eſt, nihilominus poſſeſſionem adipiſci & poſſit & debeat: Relatione. ſ. facta ad diuerſas ſpecies poſſeſſionis. Quò etiam pertinet quod dici ſolet poſſeſſionem adeptum eum non videri qui ita nactus eſt vt eam retinere non poſſit. *l. non videtur* 22. *D. eo.ti. de acq.poſſ.* Itaque cum Iuſtiniani conſtitutio in *d.l.vlt.C.de acq. poſſeſſ.* eò pertineat vt poſſeſſio non intercidat, quæ alioqui ex Sabinianorum ſententia, meo quidem iudicio veriore amitteretur, non eſt quod eius poteſtatem inducamus illo etiam caſu quo certum ſit, & extra controuerſiam, non amitti poſſeſſionem. Dices † fortaſſe 6
ſententiam illam conſentientem quam referimus Sabinianorum & Proculianorum quæ negat amitti poſſeſſionem morte eius per quem retinebatur, ita demum veram eſſe ſi poſſeſſio illa maneat in hereditate & quandiu maneat in hereditate, non etiamſi ab alio ſit occupata, quemadmodum Africanus ſupradicto loco tractat. Adita igitur hereditate ſicut deſinit hereditas eſſe, ſitque patrimonium heredis: Ita poſſeſſionem amitti quaſi ab herede ipſo vt ab alio quolibet occupatam. Sed non ita eſt. Nam quemadmodum hereditas, ſic heres defuncti perſonam repreſentat, multóque aptiùs quàm hereditas quod ad poſſeſſionem pertinet, quia cum poſſeſſio facti ſit, hereditas quæ nihil niſi nomen iuris eſt, poſſidere ipſa non poteſt. Indéque euenit vt quamuis noua poſſeſſio ſit quam heres habet, quia tamen habet eam occaſionem ſi non iure hereditatis, defuncto potiùs quàm extraneo poſſeſſori comparare debeat, ob idque non magis mutare ſibi poſſit cauſſam poſſeſſionis, aut, vt melius dicam, interuertere domini poſſeſſionem, quàm defunctus ipſe potuiſſet. Alioqui dicendum eſſet, poſſeſſionem quæ per conſtitutum tranſlata eſſet amiſſam iri ſtatim atque conſtituentis hereditas adita, rerúmque hereditariarum poſſeſſio per heredem occupata eſſet, quemadmodum & ſi per alium quemlibet occupata fuiſſet. Nam vt ſuperiore Decade diſputauimus non pertinet Iuſtiniani conſtitutio ad hunc caſum quo poſſeſſio, quæ per alium retinebatur alio occupata ſit. Et tamen certi receptique iuris eſt, conſtitutum † per quod tranſlata poſſeſſio eſt, non 7
modò non finiri morte conſtituentis, ſed etiam tranſire in heredē, vt is non tam ſuo quam priſtini poſſeſſoris & conſtituentis nomine poſſidere videatur, vt idē in herede

quod

quod in defuncto ſeruetur, vt in *l. cùm miles* 30. *D. quib. cauſſ. maior.* Poſſeſſio enim ſemel per conſtituentem quæſita, non iam animo conſtituentis retinetur, ſed animo eius in cuius commodum fuit conſtitutum, corpore tamen illius qui conſtituit, & conſequenter eadem poſſeſſionis retinendæ cauſa ſubeſt mortuo etiam conſtituente, non ſecus acſi per corporalem traditionem poſſeſſio fuiſſet tranſlata.

ERROR III.

Si creditor pignoris poſſeſſionem nactus pendente diſcuſſionis inſtantia vendere pignus velit.

SVMMARIA.

1 *An creditor qui pignoris poſſeſſionem nactus eſt pendente diſcuſſionis inſtantia, poſſit pignus vendere.*
2 *Ratio pro negatiua pragmaticorum ſententia.*
3 *Diſputatio autoris contra pragmaticorum ſententiam.*
4 *Inutile eſt pignus quod diſtrahi non poteſt.*
5 *Sibi debet imputare heres ſi ad impediendam diſtractionem pignoris cuius poſſeſſionem nactus eſt creditor, huic non offerat.*
6 *Quum pignus venditur à creditore qui eius poſſeſſionem nactus eſt, aliorum creditorum nihil intereſſe.*
7 *Satiſdatio præſtita à creditore pignoris diſtractionem urgente prodeſſe poteſt omnibus creditoribus.*
8 *Præſtita ſatisdatione debet licere creditori pignus vendere etiam pendente diſcuſſionis inſtantia.*

QVoniam caſus quidam ſunt, in quibus permittendum eſt hypothecario creditori qui per clauſulam conſtituti poſſeſſionem nactus fuit vt eam auocet ab herede etiam pendente inſtantia generalis, vt vocant diſcuſſionis, docuimus ſuprà errore primo, operæ precium eſt videre an iis
1 caſibus debeat licere creditori † pignus vendere ſi debitum conſequi malit, quàm pignus retinere. Solet enim de eo interdum diſputari magnis contentionibus quaſi
2 difficiliùs id creditori permittendum ſit, quàm † vt pignoris poſſeſſionem nanciſcatur, propterea quòd pignoris diſtractio maioris ſit momenti, ſpectéque ad cauſſam non poſſeſſionis, ſed proprietatis, liquidem per diſtractionem pignoris proprietas alienatur, adeóque irreuocabiliter, ita vt rectè ſollennitérque facta diſtractio non ob id ſolùm reuocari poſſit quòd appareat nihil debitum fuiſſe, niſi alij poſtmodum appareant creditores quibus etiam ſatisfieri oporteat (quo caſu iteratam pignoris venditionem permittendam eſſe diximus *Decad.* 1. *Error*, 6.) Qui enim autore iudice comparauit, etiam in executione prouiſionalis & fiduciariæ adiudicationis ſemper ſecurus eſt, tametſi poſteà prouiſionalis illa adiudicatio per diffinitiuam reuocetur; ne alioqui nemo reperiatur qui ad emptionem accedere, incertumque litis euentum potiùs quàm rem certam emere velit. Ob eámque nimirum cauſſam ſolent & debent vectores qui vrgent ſolutionem, ſatisdare de indemnitate præſtanda in eum caſum quo ex poſtfacto conſtet venditionem
3 fieri non debuiſſe: vt reuocata interlocutione quæ ius diſtrahendi dedit fideiuſſor iudicati non emptor, ab ijs quorum interierit conueniatur: itaque cùm per huiuſmodi venditiones hereditas diminuatur, non putant pragmatici permittendum creditori qui pendente lite poſſeſſionem nactus eſt, licèt præſtita ſatisdatione, vt pignoris diſtractionem vrgeat, propterea quòd in tempus diffinitiuæ ſententiæ quæ de creditorum omnium & legatariorum ac fideicommiſſariorum iure reddenda eſt, conferri ea res ſoleat, vt bona omnia hereditaria diſtrahi iubeantur: ex quorum precio ſingulis & omnibus ex
3 ordine ſatisfiat. Ego verò non poſſum † intelligere cur creditori deneganda ſit facultas diſtrahendi pignoris cuius habet poſſeſſionem. Nam & dici ſolet, & verum eſt inutile † pignus eſſe quod diſtrahi non poteſt: adeò vt 4
etiamſi non conuenerit vt creditori pignus diſtrahere liceat, ea tamen conuentio pro expreſſa habeatur. *l.* 4. *D. de pignor. action. l. qua ſpecialiter* 9. *l. ſi in hoc* 14. *Cod. de diſtract. pignor.* ſibi namque † imputare debet heres cur 5
ad impediendam diſtractionem non offerat creditori, ſiue ex anterioribus creditoribus ille ſit, ſiue ex poſterioribus, cùm ex Iuſtiniani conſtitutione in *l. vltim. Cod. de inr. deliber.* liberum ſit heredi qui inuentarij beneficium agnouit vt ſoluat cui volet ex creditoribus etiam poſterioribus, ſalua anterioribus aduerſus eum qui ſolutionem accepit condictione. Nam, quod beneficium legis & inuentarij imploratum eſt, non debet meliorem facere conditionem heredis, aut deteriorem creditoris hypothecarij cauſſam, quatenus vires hereditariæ patiuntur, ſed hactenus duntaxat ne heres ſupra hereditatis facultates teneatur. Quod verò † ad 6
alios creditores attinet, nihil etiam illorum intereſt, quia ſiue anteriores ſunt, ſaluam habent repetitionem aduerſus eum qui ſolutionem accepit, *d. l vlt.* ſiue poſteriores ſunt, ius habent impetandi vt iterum pignus diſtrahatur, ſi non à creditore ipſo facta diſtractio ſit, ſed nomine debitoris, mandante iudice & poſtulante creditore: ſecundum eam diſtinctionem quam nos tradidimus *Error.* 6. *decad.* 1. Quod ſi creditor vendiderit iure creditoris, conſtat quidem poſterioribus creditoribus neque hypothecariã aduerſus emptorẽ neque actionem vllam contra eum qui vendidit ſupereſſe, ſed æqui bonique conſulere id debent, quia & idem contingeret ſi aut debitor ipſe viueret, aut eius hereditas citra inuentarij beneficium adita eſſet. Cur enim ex beneficio illo per heredem agnito muterur ius creditorum inter ſe non cum herede ipſo contendentium? Taceo quòd cùm ſatisdatum † eſt de indemnitate non tam heredi quàm hereditati ipſi præſtanda, poteſt ea ſatisdatio prodeſſe creditoribus omnibus, vt æquè commodè ſuum conſequi poſſint, acſi nullum pignus diſtractum eſſet, ſiue creditori huic aut nihil aut minùs debitum fuiſſe appareat, ſiue pignus viliore precio diſtractum probetur non vocatis cæteris, qui ſi vocati fuiſſent, aut pluris licitari, aut aliũ emptorem pluris licitaturum ſubijcere potuiſſent. Alioqui ſi programmate admoniti & præſentes fuerunt, nec ius ſuum executi, aut ſaltem proteſtati ſunt, videri poſſunt ius pignoris ſui remiſiſſe *l. ſi eo tempore* 6. *l. ſi hypothecar.* 8. *C. de remiſſ. pignor.* Proinde nihil cauſſæ eſt cur præſtita † præſertim ſatisdatione non debeat licere cre- 8
ditori qui in pignoris poſſeſſione eſt, pignus vendere, aut pignoris venditionem poſtulare, licèt inchoata nondum finita ſit diſcuſſionis inſtantiæ nam & nullo contracto pignore ſi miſſio in poſſeſſionem ex dicto prætoris impetrata eſſet, venditio quoque permitteretur, quia nec alij in poſſeſſionem mittuntur ex edicto, quàm qui pignus ea ratione conſtitutum poſſunt vendere *l. pen. §. vlt. D. quib. ex cauſſ. in poſſeſſ. eat.*

ERROR IV.

De ſtatutaria rerum hereditariarum poſſeſſione quæ à defuncto in heredem continuatur.

SVMMARIA.

1 *An Iuris rationi conueniat conſuetudo qua rerum hereditariarum poſſeſſio à defuncto in heredem continuatur.*
2 *Ex ſententia pragmaticorum ſuus heres ipſo iure poſſeſſor ſit, extraneus verò per additionem.*
3 *Nulla iuris ratione poſſeſſionem à defuncto in heredem transferri ſine huius facto, contra pragmat. &c. n. 9.*

4 *Ius ſui heredis inducit continuationem dominij, non etiam poſſeſſionis.*

5 *Quod in ſuis heredibus facit ius ſui heredis, idem extraneis facit poteſtas aditionis.*

6 *Poteſtas aditionis non facit vt poſſeſſio quæ penes defunctum fuit, ad heredem prius pertineat quàm corporaliter adprehenſa ſit.*

7 *Effectus poſſeſſionis perinde tranſeunt in heredem, acſi poſſeſſio in eum ipſo iure continuata eſſet. explicatio l. cùm miles. 30. D. ex quib. cauſ. maior.*

DVbitant† pragmatici an iuris rationi conueniat ea conſuetudo, quæ ex Gallorum moribus ad nos traducta, & ferè vbique gentium recepta eſt, vt paterfamilias moriens heredem ſiue inſtitutum ſiue legitimum faciat poſſeſſorẽ, quod Galli dicũt *Le mort ſaiſit le vif*. Diſtinguũt 2 † autẽ ſuum heredẽ ab extraneo, vt ſuus heres ſtatim & ipſo iure ſicut heres, ita & poſſeſſor fiat ex *l. in ſuis. 11. D. de liber. & poſth.* iunct. *l. cùm miles 30. D. ex quib. cauſſ. maior.* extraneus verò nõ aliter quàm ſi & hereditatẽ adierit, & eâ aditâ poſſeſſionẽ naturaliter adprehẽderit *l. cum hered. 23. D. de acquir. poſſeſſ.* Quæ diſtinctio nullã † certe 3 rationem habet. Nam cùm poſſeſſio ſit facti potiùs quàm iuris, hereditatis autem acquiſitio tota ſit ex iure & ex legis poteſtate, prorſus conſequens eſt vt nulla iuris conſtitutione poſſeſſio à defuncto in heredem transferri poſſit: *l. denique 19. D. ex quib. cauſſ. maior.* eſtque omnino neceſſarium intercedere factum heredis ad poſſeſſionem acquirendam: quæ nunquam niſi animo & corpore acquiritur. Nec ſuorum heredum hac parte priuilegium 4 vllum eſſe poteſt magis quàm extrancorum, quia ius † & nomen ſui heredis inducit continuationem dominij duntaxat, non etiam poſſeſſionis, nimirum, vt nulla videatur hereditas fuiſſe, quaſi olim hi domini eſſent qui etiam viuo patre quodammodo domini exiſtimantur, vt Paulus loquitur *d. l. in ſuis.* Cæterùm quemadmodũ nemo dixerit filium eſſe poſſeſſorem rerum paternarum viuo patre, ita nec illud admitti poteſt, vt poſſeſſio quæ penes patrem fuit, in ſuum heredem poſt patris mortem continuetur. Eáque lauoleni ſententia eſt in *d. l. cùm heredes.* Etſi enim de extraneo herede loquitur cùm tractet de adita hereditate (ſuus namque non dicitur adire, ſed ſe immiſcere cùm ſit ipſo iure heres) abſurdum tamen fuerit exiſtimare plus iuris habere ſuum heredem in bonis patris citra aditionem aut immixtionem, quàm 5 habeat extraneus poſt aditionem. Nam quod in ſuis † heredibus facit ius ſui heredis, id in extraneis facit poteſtas aditionis: hoc ſcilicet, vt omnia omnino defuncti iura tranſeant ad heredem, cùm hereditas nihil aliud ſit quàm ſucceſſio in vniuerſũ ius quod defunctus habuit. 6 Sed non idcirco fit, vt poſſeſſio † quæ penes defunctum fuit, ad heredem priùs pertineat quàm naturaliter, id eſt corporaliter, & vt loquũtur, de facto adprehenſa ſit, quia non in iure, ſed in facto verſatur: Quamuis, quod ma- 7 gis mirum eſt, effectus † poſſeſſionis quia ex iure ſunt, perinde ad heredem etiam extraneum tranſeant, atque ſi poſſeſſio in eum ipſo iure tranſlata & continuata eſſet: vt cernere eſt in vſucapione, quæ licèt non poſſit eſſe ſine poſſeſſionẽ, *l. ſine poſſeſſione 25. D. de vſucap.* tamen impletur aliquando etiam priùs quàm adita ſit hereditas, quomodo ſcriptum eſt in *d. l. cùm miles*, vbi † quod 8 ait Iuriſconſultus, defuncti poſſeſſionem quaſi iunctam tranſire in heredem, male pragmatici ſic accipiunt, vt defuncti poſſeſſio re vera, id eſt, eadem ipſa quam defunctus habuit, in heredem continuetur, ſed ſic potiùs intelligi debet vt iungatur poſſeſſio defuncti, cum poſſeſſione heredis, ad hoc vt vſucapio à defuncto cœpta per heredem impleri poſſit. Idque verbum ipſum coniungendi demonſtrat, quia ſi non alia eſſet poſſeſſio heredis quàm quæ defuncti fuit, coniunctio nulla fieri poſſet, cui ſcilicet locus nullus eſſe poteſt niſi inter ſeparata: ſicuti nec dicimus dominium quod defunctus habuit coniungi cum dominio heredis, quia nimirum vnum idémque numero dominium eſt. Sed illud multò abſurdius eſt, quòd iidem pragmatici textum illum de ſuo herede interpretantur, cùm apertiſſimè pertineat ad extraneum heredem, vt ex eo conſtat quod tractat de adita hereditate, ſicut & *d. l. cùm heredes.* Aditi enim, vt diximus, non poteſt hereditas ſi qua eſt eius qui ſuum heredem habet. Ex quo illud etiam manifeſtum relinquitur non aliam eius loci ſententiam eſſe poſſe quàm quæ nunc primùm à nobis allata eſt. Quandoquidem nec pragmatici diffitentur, poſſeſſionem quæ penes defunctum fuit in heredem extraneum ipſo iure ſic tranſire non poſſe vt continuata magis quàm iuncta videatur. Abhorret† ergo ius hoc noſtrum con- 9 ſuetudinarium à iuris ſcripti ratione non minùs quod ad ſuos, quàm quod ad extraneos heredes pertinet.

ERROR V.

De hereditariarum rerum poſſeſſione, ex qua hereditatis aditio inducitur.

SVMMARIA:

1 *Error pragmaticorum ex ſtatutaria rerum hereditariarum poſſeſſione inducentium hereditatis aditionem & tranſmiſſionem.*

2 *Ratio pragmaticorum & eius refutatio.*

3 *Conſuetudo de qua ſuperiori capite non facit heredes, ſed eos qui ſunt heredes facit poſſeſſores.*

4 *Eodem temporis momento quo hereditas in heredem tranſfertur, ipſa quoque poſſeſſio conſuetudinis poteſtate hereditati acquiritur.*

5 *In extraneis præcedere debet aditio, vt ei conſuetudinis heres poſſeſſor fiat.*

6 *Sicut extraneus hereditatem non aditam non tranſmittit, ita neque poſſeſſionem.*

7 *Poſſeſſio corporalis vt differat à conſuetudinaria.*

8 *Sui heredes ipſo iure ſtatim ſunt heredes, ipſa verò conſuetudine poſſeſſores.*

9 *Poſſeſſionem conſuetudinariam non rectè dici tranſire in heredes ipſo facto.*

10 *Ipſo iure quæ fieri dicantur: quæ item ipſo facto.*

11 *Conſuetudo eſt ius non ſcriptum, etiam quum ſcripta eſt.*

NOn leuior hic multorum pragmaticorum error† eſt, quòd exiſtimant ſtatutariam illam & conſuetudinariam poſſeſſionem, 1 quæ à defuncto in heredem ſine vlla interruptione continuata eſſe intelligitur, inducere aditionem hereditatis, ſi repudiatio in contrarium nulla ſit, adeò vt ſi non declarata voluntate heres ſiue teſtamentarius ſiue legitimus deceſſerit, non dubitent quin ad ipſius heredem hereditas quaſi adita tranſmittatur. Nam, inquiunt, † quomodo fieri poteſt, vt heres non 2 ſit is qui res hereditarias poſſidet tanquam heres, quique eas poſſidendi alio quàm hereditario iure nullum ius habeat? Quæ tamen ratiocinatio, ſi recta eſt, fateri eos oportet, conſuetudinis huius, de qua tractamus, tantam vim eſſe, vt heredes omnes ſiue teſtamentarios, ſiue legitimos quantumuis extraneos faciat neceſſarios. Quo abſurdius dici nihil poteſt. Tantum enim abeſt vt conſuetudo† hæc faciat neceſſarios, vt ne quidem faciat heredes. Quid ergo? Eos qui aut neceſſarij, aut voluntarij ſunt hered. facit poſſeſſ. Prius ergo eſt vt ſint heredes, quia conſuetudo non transfert poſſeſſionem niſi in heredes. Transfert quidem in eos qui aut inſtituti ſunt, aut proximiores ad ſuccedendum ab inteſtato, ſed non quatenus vel inſtituti vel

proximio

proximiores sunt, at quatenus heredes siue scripti siue legitimi. Neque est quod quis pro pragmaticis obijciat secundum hanc sententiam fore vt possessio citiùs quàm hereditas in heredem transferatur, cùm hereditas non nisi ex quo adita est, possessio autem statim ab instanti mortis quæsita intelligatur. Nam imò verò
4 vtrunque † sit eodem temporis momento, quia hereditas quandocunque adita, retrofingitur à die mortis adita fuisse, nec vllo vel minimo instanti iacuisse, ne quicquam sit quod impediat quominus bonorum quæ defunctus reliquit dominium per legem heredi rectà acquiratur, vt pluribus explicauimus *lib.* 14. *Coniect. cap. vlt.* Illo autem ipso instanti quo hereditas ex lege defertur & ex postfacto acquisita intelligitur, possessio quoque consuetudinis potestate heredi acquiritur, vt non prius heres videri possit factus dominus quàm possessor rerum hereditariarum. Sed quemadmodum prius est vt hereditatem adeat si extraneus sit, quàm vt dominium rerum hereditariarum nanciscatur, ita præce-
5 dere † aditionem necesse est, vt vi consuetudinis pos-
6 sessor factus videatur. Proinde si neque † adita, neque repudiata hereditate decesserit, sicuti hereditatem non aditam non transmittit iuxta veteris & noui iuris regulas: Itaque neque possessionem quam numquam habuit, transmittere potest. Longéque distat possessio
7 † ista consuetudinaria ab ea quam heres naturaliter & corporaliter nanciscitur, cùm vult gerere pro herede. Illa enim facit heredem eum qui heres non erat, quoniam hoc ipso quod attingit, vel minimum quid hereditarium gerit se pro herede si aliam attingendi causam nullam habuit, & consequenter fit heres non minùs quàm adeundo post sublatas Theodosij constitutione cretionum solennitates *l. gerit* 88. *l. pro herede* 20. *D. de acq. here.* iunct. *l. cretionum* 17. *C. de iur. delib.* At possessio consuetudinaria non acquiritur animo aut facto vllo heredis, sed sola consuetudinis potestate. Itaque non potest inducere aditionem aut gestionem pro herede quæ & facti est & animi. Consequenter cùm eos solos qui heredes sunt, consuetudo faciat possessores, necesse est ad inducendam consuetudinis potestatem, vt actus aliquis præcedat ex quo declaretur voluntas adeundæ, imò verò aditæ hereditatis. In suis & necessariis heredibus nihil tale tractari potest, quia
8 sicut † ipso iure heredes sunt statim ac citra aditionem, ita & ipsa consuetudine possessores. Sic enim loqui malo quàm quomodo pragmatici solent, qui hanc possessionem *ipso facto* in heredem transire dicunt. Nam
9 † quemadmodū nemo rectè dixerit huiusmodi possessionis continuationem fieri ipso iure, quia possessio facti non iuris est, ita nec fieri *ipso facto* cùm citra factum vllum heredis acquiratur, non eo solùm casu quo hereditas sine facto vllo acquiritur, vt in suis & necessariis heredibus, sed illo etiam quo aditione opus est, vt in extraneis. Aditio enim ad hereditatem duntaxat acquirendam prodest, hereditatis autem acquisitio quæ iuris non facti est, locum facit consuetudini quæ possessionem dat heredi. Ipso † iure fieri dicuntur quæ fiunt iuris autoritate, & ex iure tantùm, non etiam ex hominis
10 facto pendent. Ipso † autem facto ea quæ vt fiant nihil aliud exigunt: nisi vt factum interuenerit, vt cùm dicimus incurrere quem facto ipso pœnam excommunicationis, aut confiscationis. Neutrum autem fit cùm defuncti possessio in heredem continuatur. Quamquam longè probabilius esset dicere continuationem illam fieri ipso iure quam ipso facto. Nam & consuetudo
11 † ius est, scilicet non scriptum, etiam cùm scripta est, quia nunquam ex scriptura, sed semper ex eo, quòd moribus longóque vsu receptum est, æstimatur.

ERROR VI.

De clausulis quæ adhiberi solent ad impediendam excussionis non factæ exceptionem.

SVMMARIA.

1 *Error pragmaticorum de clausula quâ volunt effici, vt impediatur exceptio non factæ excussionis.*
2 *Ex conuentione creditoris cum debitore non potest fieri vt exceptio non factæ exceptioni, creditori obyci nequeat.*
3 *Dicta exceptio ex beneficio solius legis competit non ex facto aut persona debitoris.*
4 *Beneficium legis alij à me eripi nequit.*
5 *Cur valeat conuentio ne fideiussor exceptionem ordinis obyicere possit non item ea ne tertius possessor exceptione discussionis iuuetur.*
6 *Quomodo intelligendum illud vulgatum posse quemlibet rei suæ, quam vult Legem dicere.*
7 *Quid operentur verba in clausula de pignore apponi solita, ad habendum, tenendum, possidendum.*
8 *Clausula constituti creditorem facit quidem possessorem, non tamen impedit exceptionem ordinis contra pragmaticos.*

VEterum pragmaticorū error † fuit, etiamnum 1
à plerisque ex recentioribus, laudatus, ad impediendam exceptionem non factæ excussionis quæ ex noua Iustiniani lege datur tertiis possessoribus aduersus creditores hypothecariam exercentes, posse creditorem sibi consulere hoc remedio, si expressim conueniat cum debitore bona sua obligante vt eiusmodi ordinis exceptioni locus esse numquam possit, nec bonorum debitoris ad quascumque manus peruenerint excussionem facere creditor compellatur. Quasi permittendum † sit debitori cum creditore con- 2
trahenti quam velit rei suæ legem dicere, rémque ipsam pro arbitrio afficere & obligare priusquam in alienas manus peruenerit. In quo sanè falluntur. Nam cùm ea exceptio † neque ex persona neque ex facto debitoris 3
competat tertio possessori, sed ex beneficio solius legis, & fauore propriæ possessionis, iuris ratio non patitur vt debitoris facto & voluntate possessori eripiatur. Beneficium enim quod à me alius habiturus est tollere facilè possum: quod autē ab alio vel à lege, † non possum: adeo 4
vt nec pacti exceptio quæ fideiussori ex pacto rei semel quæsita fuit, cōtrario eiusdem rei & debitoris pacto fideiussori inuito vel ignoranti adimi possit *l. vltim. D. de pact.* Longéque diuersa ratio est exceptionis ordinis quæ fideiussori competit vt non conueniatur antè excussum principalem debitorem, alia eius quæ tertio possessori. Valet, & efficax est conuentio † illa, ne fideius- 5
sor exceptionem ordinis possit obiicere, quia fit cum ipso fideiussore qui procul dubio huic exceptioni sicut & cæteris pro se fauorabiliter introductis renunciare potest, *l. penultim. Cod. de pact.* Nam si cum debitore solo ea pactio facta fit, siue ante, siue post acceptum fideiussorem, certum est non obstaturam eam fideiussori. At conuentio illa ne tertius possessor discussionis exceptione iuuetur, fit semper cum debitore, nunquam verò cum tertio possessore qui necdum vllus est, necquis futurus sit adhuc sciri tùm potest. Proinde mirum non est, non nocere eam tertio possessori. Nec, quod dici
† solet, posse quemlibet rei suæ quam vult legem dicere, 6
ad rem facit. Id enim etsi eò pertinet vt in præiudicium non modò paciscentis conuentio valeat, id est eius qui per acquisitionem fit dominus, sed etiam cuiuslibet possessoris qui ab acquisitore isto ius habeat, vt putasi

constituta

constituta sit seruitus etiam inutilis, aut quæ alia ratione constitui alióqui non posset *l. ei fundo 17. D. de seruit. l. venditor 13. D. commun. præd.* tunc tamen locum obtinet, cùm quis rem suam alienat, non etiam cùm obligat, quia hoc casu sicuti dominus manet (quoniam causa pignoris nihil cum causa dominij commune habet) ita eam rem quam priùs obligauit posteà alienando, transfert dominium & possessionem simul, atque ita facit vt vel inuito se transeat in emptorem ius obiciendæ exceptionis, quam lex dat cuilibet tertio bonæ fidei possessori. Neque enim possessionis translationem impedire possunt verba illa † quæ vulgo in clausula De pignore apponi solent. *Ad habendum, tenendum, possidendum*, &c. non solùm quia non faciunt creditorem possessorem, sed possidendi tantùm ius & causam præbent (possessio enim non verbis transfertur, aut per instrumentum, sed traditione opus est aut qua alia re quæ sit vice traditionis *l. prædia. D. de acquir. possess.*) sed etiam quia si possessio siue ciuilis siue naturalis ea ratione transferretur, corporali tamen penes debitorem manente, & debitore postmodum alienante, non eo minùs vera possessio emptori acquireretur per traditionem, ex quo inciperet ille sibi habere velle. Propter quam causam inductus est à pragmaticis vsus anteà ferè incognitus clausulæ constituti, quæ proculdubio in hoc plus vitium & potestatis habet quàm superior clausula, quòd † creditorem facit possessorem. In eóque mihi cum pragmaticis conuenit. Sed non in eo quod putant posse clausulam hanc facere vt ordinis exceptioni locus nullus relinquatur. Nam quemadmodum non impedit quominus ea possessio amitti & interuerti possit facto ipsius debitoris constituentis, rem illam obligatam alienantis & transferentis, ita nec eripere potest commodum quod possessori accessurum est beneficio legis. Quare & pragmatici fatentur, non sufficere clausulam illam constituti nisi præterea imploretur auxilium constitutionis Iustinianeæ in *l. vlt. C. de acquir. possess.* ad propriam possessionem quæ re vera interuersa est auocandam & retinendam. Quod tamen nos superiore decade iam satis supérque refutauimus. Ita factum est vt sicuti clauus clauum trudit, ita error errorem apud pragmaticos & peperierit, & excluserit.

ERROR VII.

De iuribus, & nominibus excutiendis.

SVMMARIA.

1 *Exceptio non factæ excussionis quatenus putetur à nonnullis odiosa.*
2 *Quatenus fauorabilis ab aliis dicatur & defendatur.*
3 *Dicta exceptionis æquitas vt ad publicam vtilitatem pertineat.*
4 *Dictam exceptionem odiosam esse, & n. 6.*
5 *Nulla ratione cauere potest creditor ne exceptione ordinis repelli possit.*
7 *An iurium debitori competentium excussionem facere compellatur creditor repulsus per ordinis exceptionem.*
8 *Ratio negantium pragmaticorum.*
9 *Iniquum esse compelli creditorem huiusmodi excussionem facere, si in eo versetur eius incommodum: secus si sine incommodo id facere possit.*
10 *Quomodo consuli possit creditori quando minùs exploratæ est actio.*
11 *Actiones litigiosæ nec vendi, nec excuti possunt.*
12 *Creditor non tenetur litem institutam suscipere actionis litigiosæ excutiendæ causa.*
13 *Actiones litigiosæ per vniuersalem venditionem vtiliter venduntur.*

EXcussionis † non factæ exceptionem nonnulli putant esse odiosam, quia videtur aliena esse à iuris ratione, cùm per eam fiat vt creditor qui sibi diligenter prospexit acceptis à debitore pignoribus ius suum exequi prohibeatur. Alij contrà † fauorabilem esse defendunt, propterea quòd faueat bonæ fidei possessori, ne tam citò támque facilè inquieteretur per creditorem, cui aliunde & æquè commodè ex ipsius debitoris bonis satisfieri possit. Ita enim fit vt nullo creditoris aut damno aut incómodo consulatur possessori, qui & bonam fidem & titulum habens dignus vtique est cui quantum fieri potest succurratur, nimirum cùm deceptus est à debitore qui non præmonuit fuisse rem illam alteri obligatam, ex cáque causa incidit in stellionatum. Nam si nouus possessor seruisset eo tempore quo contraxit, fuisse rem obligatam, nemo dubitat, quin exceptionis beneficio indignus videretur. Pertinet autem huius exceptionis † æquitas non modò ad priuatam, sed etiam ad publicam vtilitatem: quia litium materiam minuit, cùm si possessor primo loco conueniretur à creditore, necesse esset dari ei regressum aduersus debitorem, atque ita fieret duplex lis, veraque periculo & damno debitoris in quem solum cuditur faba. Quidni ergo debitor rectà erit conueniendus vt vnica lite cùm debitor soluendo est tota res expediatur? Ego † si qua cautio adhiberi per creditorem posset ne ordinis exceptione repelleretur, fateret libentissimè exceptionem hanc esse fauorabilem, ob eam potissimùm rationem, quòd minuendis litibus prodesset. Imputandum enim creditori dicerem cur eam cautionem quæ adhiberi potuerat, non adhibuisset, vt euenit in ea ordinis exceptione quæ competit fideiussori præsente debitore. *Authent. præsente. Cod. de fideiuss.* Nam cùm ei possit renunciari, vt proximo capite diximus, imputet sibi creditor qui eam renunciationem non extorsit. Sed cùm in ea sim sententia, vt neque per † clausulam constituti, neque alia vlla arte & subtilitate fieri posse putem vti ne tertius bonæ fidei possessor exceptione ista adiuuandus sit, non possum intelligere cur non videri debeat † odiosa, quæ detur contra debitorem agentem ex pignoris conuentione expressa, tam bene diligentérque concepta, vt in creditoris potestate non fuerit meliùs sibi prospicere argum. *l. 3. D. de separat.* Nam si dicas, non fieri per hanc exceptionem, vt creditor moretur in damno, sed tantùm vti ne rectà possit experiri contra possessorem. Respondebo, quod vsus ipse verissimum esse docet, non eo minùs interesse creditoris, vt liberum habeat contra possessorem ipsum æquè ac contra debitorem agendi arbitrium: quando plerumque incertum nec satis exploratum est, aut facile exploratu, an debitor soluendo sit nécne: in eámque rem plurimis interdum sumptibus necessariò prorogandus creditor oneratur, quorum etsi repetitionem posteà habet non modò contra debitorem si soluendo sit, sed etiam contra bonæ fidei possessorem, si debitor non soluendo reperiatur. Sciunt tamen qui in foro versantur, quantum interfit prorogatas litis expensas, & eas quæ post victoriam taxantur: quantásque moras ea repetitio secum trahere soleat. quemadmodum & excussio cùm fit siue personæ siue bonorum debitoris. Proinde negari non potest quin maximè interfit creditoris vt huiusmodi ordinis exceptione, si fieri possit, non repellatur. Inde quæritur aliquando, An iurium † quoque & actionum debitori competentium si fortè alia bona nulla sint, excussionem facere compellatur. Nec desunt ex subtilioribus pragmaticis, qui putent, non esse compellendum. Moti † ex eo tantùm quòd cùm iura & actiones nec videantur nec possideantur, vix fieri possit vt eorum persecutio non

non sit dubia, perplexa & obscura: quo casu nemo dixerit vsque adeò iniuriosè agendum esse cum creditore, vt pro pecunia litem vnam pluréſve instituere cogatur, nec aliter suum consequi possit quàm si & litibus & sumptibus & seipsum & alios diuexet. Verùm videtur mihi ratio hæc satis frigida & ieiuna. Quamquam enim
9 fateor quod illi contendunt, iniquum † esse vt creditor pro suo consequendo contra alium quàm contra debitorem agere cogatur si non nisi cum aliquo incommodo id facere possit. Quid tamen si nullum in ea re incommodum, nulla impensa versabitur? Finge indubitatas esse actiones fortassis aduersus debitorem iam condemnatum aut confessum, qui pro condemnato habendus sit, siue in iure confessus fuerit, siue in instrumento publico, authentico, & vt loquuntur, garentigiato. Quòd si minùs † certa & explorata sit actio, no-
10 litque creditor agere contra debitoris debitores: quid prohibet sic rem expediri, vt debitori ipsi certum tempus pro causarum & personarum qualitate à iudice præstituatur intra quod agere debeat, & debitorem suum aut confessum facere, aut condemnatum? Sed & si debitori ipse agere recuset, vel cunctetur, & creditor pariorem vrgeat solutionem, potest, meo iudicio, facillimè nullóque incommodo ita ei consuli, si iura illa quæ debitori aduersus alios competunt, publicè exponantur, & vendantur. Vocatis quoque in eam rem tertiis possessoribus mox per hypothecariam inquietandis, ne obiicere quandóque possint collusum fuisse inter creditorem & emptorem, pluriſque venire rem potuisse, si ipsis denunciata venditio fuisset. Sic enim euenier vt non maiore aut sumptu aut incommodo actionis & nominis quàm fundi venditio fiat, & ex precio quod redigetur vel in totum vel pro parte creditori soluatur. Quòd enim actio perplexa sit & dubij euentus, non solet impedire venditionem, sed tantùm facere vt viliore precio distrahatur. Cæterùm qualiscumque est, ea vendi rectè potest, sicut & alea & iactus retis rectè venditur, & emitur *l. si iactus retis. D. de action. empt. totóque titulo D. & C. de hered. vel action. vendit.* Quid ergo, si emptor nullus reperietur, calliditate fortassis eorum contra quos competunt actiones? Tum verò excussio pro facta habebitur. Nam si verum est, vt est, tanti rem esse quanti vendi potest, consequens est nullius momenti esse rem quę nullum inuenit emptorem, Nisi fortè quia velit ad id creditorem adigere, vt debitoris sui nomina emat, vel accipiat in solutum: quomodo si ageret de distrahendis bonis propij debitoris *l. 1. & 2. C. si in cauſ. iudic. pign. capt. fit.* Sed id esset periniquum, quia creditor aliud pro alio accipere non cogitur, cùm aliter ei satisfieri possit.
11 Quòd si actiones † excutiendæ, sint litigiosæ, dubitari minùs potest, quin earum excussio fieri nulla debeat, quippe quarum venditio, sicut & alterius cuiuslibet rei litigiosæ iure prohibeatur. Illud enim duntaxat relinquitur si excussio facienda est, vt litem instituta suscipere creditor teneatur. Quod sanè alienum
12 † esset ab ea æquitate, quæ hanc ordinis exceptionem induxit. Nam cùm non odio creditoris inducta sit, sed fauore possessoris quatenus ei prospici sine creditoris incommodo potest, ne fiant de lite lites, nemo non videt creditorem qui sine litigio suum consequi nequeat, non esse in eas coniiciendum angustias, vt contra debitoris sui debitorem potiùs litigare cogatur, quàm contra pignorum suorum possessorem. Planè remedij loco non malè forsitan quis dixerit, non has aut illas debitoris actiones quæ litigiosæ sunt, sed vniuersa ipsius debitoris bona vendi debere. Nam cùm *bonorum* nomen denotet quid vniuersale, licèt in bonis
13 nihil sit præter litigiosas illas actiones, venditio † tamen valebit tanquam rei non litigiosæ, quoniam vniuersalis venditionis priuilegium illud est, vt multa cum vniuersitate transeant, quæ alioqui non transirent. Vt puta fundus dotalis, res litigiosa, ius patronatus, & alia quæ sunt similia *l. quadam 61. D. de acqu. rer. dom.*

ERROR VIII.

De excussione debitoris vsque ad peram & sacculum, vt aiunt, faciendæ.

SVMMARIA.

1 *Sententia pragmaticorum de excutiendo debitore ad peram & sacculum vsque antequam contra tertium possessorem pignorum vti possit.*
2 *Ex opinione pragmat. non videtur bene excussum debitor, quin prius adactum sit ad bonorum cessionem, etiamsi appareat eum soluendo non esse.*
3 *Quàm iniqua sit relata pragmaticorum sententia.*
4 *Quis sit vulgaris procedendi ordo cùm non apparet debitorem non esse soluendo.*
5 *Quæ sint iudicis partes cùm creditor negat debitorem soluendo esse, ipse verò possessor affirmat.*

VIgatum est pragmaticorum † brocardicum, excussionem debitoris ad peram vsque & sacculum fieri debere antequàm aduersus fideiussorem aut tertium possessorem pignorum agi possit. Ex quo inferre † solent, non prius videri bene excussum debitorem, quàm adactus sit ad bonorum cessionem faciendam, licèt alioqui appareat eum soluendo non esse. Quæ 2
sententia dici † non potest quàm creditoribus incommoda sit & damnosa: Cùm vix contingat vt debitor quantumuis inops confugiat ad beneficium legis Iuliæ 3
De cessione bonorum, quin prius coniectus sit in carceres, nullámque aliam sui liberandi rationem videat superesse. Atqui mens Iustiniani cùm ordinis exceptionem induxit quæ fideiussoribus iustisque pignorum possessoribus accommodaretur, non illa fuit aut esse potuit vt creditoribus suum persequentibus longior mora fieret, sed tantum vt quoad eius fieri posset, à proprio debitore potiùs, quàm à fideiussore, aut à tertio possessore solutionem consequerentur. Proinde si appareat debitorem soluendo non esse, nihil causæ est, cur contra fideiussorem aut possessorem agere creditor prohibeatur. Planè quandiu † id non apparet, non est admittendum vt excussio quæ re vera facta non fuit pro facta habeatur: satisque esse debet creditori si ex bonis sui debitoris commodè suum consequi possit. Itaque nihil ei proderit, si pragmaticis credimus, quòd debitorem soluendo esse neget, si ex contrario is qui non factæ excussionis exceptionem obiicit, affirmet esse eum soluendo. Præsumptio.n. est soluendo esse, maximè contra creditorem qui cum eo contraxit. Siquidem ferè est vt nemo cum illo contrahere velit quem egenum esse putet. Quamquàm autem facilè ex posifacto potest paupertas superuenire, allegantis tamen est probare non negantis. Eóque sanè iure vtimur vt vrgendus non sit fideiussor aut possessor ante factam excussionem, vt indicet bona quæ excuti velit: Sed priùs & ante omnia probare creditor debeat quantum per rerum naturam fieri potest vt negatio probetur, id est per relationem apparitoris qui debitoris vicinos & familiares interrogauerit, nulla esse bona debitoris saltē quę sine controuersia possideri queant. Quo facto tum demum spectat ad fideiussorem aut pignorum possessorē vt si qua bona esse putet quæ excuti debeant, ea indicet, quòd si eiusmodi indicatio per fideiussorē aut possessorem facta sit ante exploratas per creditorē facultates debitoris, nihil aliud à creditore exigemus nisi vt ea bona excutiat quæ iudicata fuerūt. Credibile nāq; est fideiussorē aut possessorem

ſoré qui in indicando tam diligens fuerit, ea omnia indicaſſe quę excuti debeant: Igitur facta eorũ excuſſione liberũ erit creditori ius ſuũ exequi ſiue aduerſus fideiuſſorem, ſiue aduerſus pignorum poſſeſſorem. Nulla enim hac parte inter eos differentia eſt. Prudentiùs tamen faciet † iudex ſi creditore negante debitorem ſoluendo eſſe, fideiuſſore autem vel poſſeſſore idipſum affirmante, interloquatur & iubeat vt de facti veritate conueniant, ſub commination pœnæ certæ in eum conſtituendæ quem ex poſtfacto apparebit, falsò & per calumniam quid affirmaſſe vel negaſſe. Sic enim fiet vt non tam facilè ac temerè aut hic aut ille proſiliat ad affirmandum vel negandum. Affirmatione autem hinc, & negatione illinc ſecuta, non aliæ iudicis partes eſſe poſſunt, quàm vt exigat probationes, quas tamen ſi quid mei iudicij eſſet, à ſolo reo exigendas putarem, non etiam à creditore, cum huiuſmodi negationis quæ nec loco nec tempore coarctata eſt, omnino per rerum naturam impoſſibilis ſit probatio, reúſque in exceptione actor exiſtat & conſequenter probatione onerari debeat, in eo præſertim quod fundamentum eſt ſuæ exceptionis: Maximè cùm ſi per calumniam quid negauiſſe creditor probabitur, condemnationem ex ea cauſſa ſubinde paſſurus ſit. Etſi enim verum eſt quod pro pragmaticis ſuprà obiicimus, eum qui mutatam eſſe dicit conditionem debitoris, id eſt, ex idoneo factum inopem, probare id debere: ſicut & eum qui voluntatis aut alterius cuiuſlibet rei mutationem allegat. In propoſito tamen probatio ſatis hoc ipſo facta videtur: quòd pignora quæ debitor contractus tempore poſſidebat, & quorum fidem creditor ſecutus erat, nunc alienata reperiuntur.

ERROR IX.

De excuſſione pignorum poſtremo loco alienatorum.

SVMMARIA.

A *ſicut exceptio non excuſſi debitoris competit poſſeſſori conuento ante debitorem, ita debitore non exiſtente ſoluendo competat priori emptori exceptio non excuſſi poſterioris, ſi prior conueniatur.*

2 *Sententia affirmans Ægidij Magiſtri, & eius fulcimentum.*

3 *Ægidium Magiſtrum non recte relatam ſententiam firmare per l. ſi quis habens. 25. D. qui & à quib. man.*

4 *Ex eo quod Iuſtinianus induxit exceptionem non excuſſi debitoris, cur non perinde inducenda exceptio non excuſſi poſterioris emptoris.*

5 *Colorem æquitatis, ne lites de lite fiant non ſufficere ad huiuſmodi exceptionem inducendam.*

6 *Iam vetus tales ordinis exceptiones aduerſus creditorem qui expreſſa pignoris conuentione ſibi proſpexerat nullas admiſiſſe, & num. 8.*

7 *Exponitur ſententia Moſchis 47. D. de iur. fiſci, & aduerſus pragmaticorum opinionem inducitur.*

9 *Diſcrimen inter reuocatoriam & hypothecariam actionem.*

10 *Diſtinguendum eſſe inter tacitam & expreſſam hypothecam, quum queritur de excuſſione debitoris facienda antequam poſſeſſor conuematur.*

11 *In quo ſit deterior conditio tacitam hypothecam habentis, quàm habentis expreſſam: & in quo ſit melior, quàm nullam hypothecam habentis.*

12 *Quod pertinet ad excutiendas emptoru poſteriorum, iuri veteri ſtandum eſſe.*

13 *Modus procedendi quo ſecurè poteſt uti creditor hypothecariam contra poſſeſſores inſtituturus.*

14 *Quorundam diſtinctio reprobata.*

VM debitor pignora omnia alienauit, nec ſoluendo reperitur eo tempore quo creditor agit hypothecariâ, dubitari adhuc ſolet an liberum ſit creditori conuenire verum velit ex poſſeſſoribus, an cogendus ſit aduerſus eum priore loco agere qui poſterior comparauit. Quæſtio † in eo eſt, An ſicuti exceptio non excuſſi debitoris competit poſſeſſori ſi ante debitorem conueniatur, ita priori emptori competat exceptio non excuſſi poſterioris, ſi prior conueniatur. Nam de excutiendo ipſo debitore quem ponimus non eſſe ſoluendo, tractari vtique non poteſt. Probabilius † autem plerique putant, hoc etiam caſu exceptioni locum eſſe debere, vrgente nimirum, vt exiſtimant eadem æquitatis ratione, ne fiant de lite lites ſi prior emptor cui bona omnia venditoris obligata fuerunt, priore loco inquietetur, cùm pro ſua indemnitate habiturus ſit regreſſum aduerſus poſteriorem, cuius tandem periculo & damno totam rem cedere oporteat, quia cum debitore iam ipſo facultatibus, & inope contraxit. Cuius ſententiæ author apud nos laudatur Ægidius Magiſter magni inter pragmaticos Gallicos nominis, & in ſuprema Pariſiorum Curia præſes primarius, qui & ab amplißimo illo ordine ſic iudicatum refert ex *l. ſi quis habens 25. D. qui & à quib. manum.* vbi ſcriptum eſt, ſi quis habens creditores, manumiſerit plures ſeruos, non omnium libertatem impediri, ſed eos qui primi ſunt liberos eſſe, donec creditoribus ſuum ſoluatur. Sed † pace tanti viri dixerim, non ſunt hæc ſimilia. Nam pluribus ſeruis manumiſſis ab eo qui non fuit ſoluendo, id vnum impedit libertatem quod lex Ælia Sentia non patiatur dari libertates in fraudem creditorum qui ea ratione fraudarentur cùm libertates minuant patrimonium, ex quo creditoribus ſatisfieri oportet. Pertinet enim ille locus ſicut & tota lex Ælia Sentia ad ſeruos manumiſſos qui pignoris vinculo nullo tenebantur, alioqui libertatem illud impediet quòd ſeruo obligato non magis quàm alieno directa libertas dari poſſit propter vinculum pignoris quòd per datione libertatis inuito creditore contra iuris rationem diſſoluetur, *l. generaliter 24. §. ſi quis ſeruo D. de fideic. libert.* Cùm autem lex Ælia Sentia non omnibus obſtet libertatibus quæ dantur à debitore qui ſoluendo non eſt, ſed ij tantùm per quas fraudarentur creditores, conſequens eſt per eam fieri vt ſi pluribus manumiſſis vnius tantum libertate fraudentur, non vtriuſque ſed alterutrius dumtaxat impediatur libertas, & quidem plerumque illius qui poſteriore loco liber ſcriptus eſt, vt Iulianus dicebat, quòd in dubio & cæteris paribus nihil ſit quod meliùs dici poſſit quàm ordinem ſcripturæ ſequendum eſſe *d. l. generaliter. §. quid ergo 17.* Dixi *cæteris paribus*, quia ſi maioris pretij ſit is qui ante nominatus eſt, nec ſufficiat poſteriorem retrahi in ſeruiturem, prior ſufficiat, dicendum eſt ſequenti loco ſcriptum ſolum ad libertatem peruenturum *d. l. ſi quis habens*: vt cum vtraque libertas ſeruari non poſſit, alterutra tamen ſeruetur. At nos tractamus de bonis à debitore primum obligatis, deinde alio atque alio tempore venditis, quorum in eo diſpar ratio eſt, quod cum omnia ſimul obligata ſint, par & æquale in omnibus eſt ius creditoris, cuius nec intereſt an poſteà huic aut illi, priore aut poſteriore loco ſint vendita hæc aut illa, quia nec fuit in poteſtate debitoris aut emptorum creditoris conditionem facere deteriorem. Nec quod Iuſtinianus induxit † exceptionem nõ excuſſi debitoris, facere debet, vt perinde inducenda ſit exceptio non excuſſi poſterioris emptoris. Eſt enim conſtitutio illa iuris veteris correctoria, proinde ſuis finibus coangustãda, nec facilè amplianda, præſertim cũ longè alia ratio ſit poſterioris emptoris & d[illegible]. Creditor enim, qui cum debitore cõtraxit, nõ facilè recuſare poteſt, quominus contra ipſum agat, ſi agendo ſuum cõſequi æquè cõmodè poſſit. Atqui cùm poſteriore emptore nõ magis cõtraxit quã cum priore, fierique poteſt vt æquè difficilis futura

futura sit pignoris persecutio aduersus posteriorem emptorẽ atque contra priorẽ: cur ergo cogamus creditorem vt contrà posteriorem creditorem priùs agat? Dices, ne fiant de lite lites. Respondebo æquitatis rationem hanc esse non iuris: neq; tamen huiusmodi æquitatẽ sufficere ad ius nouum inducendũ citra constitutionem: Alioqui
6 dicendum esset iniquum fuisse ius vetus, quod † tales ordinis exceptiones aduersus creditorem qui expressa pignoris conuentione sibi diligenter prospexisset, nullas admittebat. Neque verò huius siue rationis siue æquitatis vestigium vllum peti potest *ex d.l. si quis habens*, in cuius specie manifestum est ei qui priore loco liber scriptus est, nullam competere posse actionem aduersus eum qui posterior nominatus fuit, tametsi ius ita esset vt primi libertas impediretur, quia quod impediretur non fieret per libertatem secundo loco datam, sed per legem Aeliã Sentiam, quæ hac in re creditoribus vtilissimè prospexit, nec rursus pro euictione libertatis actio vlla competere potest ei qui seruus manet. Sicut nec priori emptori contra quem creditor hypothecariam exercuit, actio vlla cõpetere potest aduersus secundum emptorem ob id solũ quòd hic prior, ille posterior emerit, res eidem creditori æquo iure obligatas, sed quia id quod posteriore loco venditum fuit, priori emptori pro indemnitate obligatum repetitur, Nam si fingeres venditoris eiusdemque debitoris bona priori emptori obligata non fuisse, nemo vtique daret ei quasi Seruianam contra emptorem posteriorem, sed solam ex empto personalem contra tuum venditorem. Ita fieri necesse est, si pragmaticorum sententia obtineat, vt creditori aduersus anteriorem emptorem agere volenti priùs explorandum sit, an emptor ille obligata habeat venditoris sui bona omnia nécne, vt scire possit an ordinis exceptio sibi obstatura sit, an non. Quod tamen quàm ridiculum sit nemo non videt. Quid enim creditoris interest an bona posteriore loco vendita, priori emptori fuerint obligata? Sed quid rationibus contendimus? Apertè pro nobis contra pragmaticos † vrget Paulus in *l. Moschis* 47.
7 *de iur. fisci*, vbi cùm Moschis fisci debitrix ex conduct.one vectigalis proponeretur heredes habuisse à quibus Fatia Senilla & alij prædia emerant, & conuenirentur emptores propter Moschidis reliqua, diceréntque heredes Moschidis idoneos esse, & multos alios ex eisdem bonis emisse, refert Paulus pronunciatum fuisse ab Imperatore æquum esse priùs heredes conuenire debere in reliquum possessorem omnem. Quorum verborum is procul dubio sensus est, non vt possessores omnes simul & pro rata conueniri oporteat, quomodo nonnullos interpretari video, sed vt quilibet ex possessoribus pro arbitrio & electione creditoris conueniri possit post excussos heredes. Itaque quod ad heredes excutiendos attinet admittitur exceptio non factæ excussionis, quod ad possessores verò, non admittitur. Et rectè. Non enim sicut facilè scitur quis debitor sit aut heres debitoris, ita facilè sciri potest quis ex possessoribus postremus omniũ comparauerit: ex quo illud etiam fit vt dici non possit æquè commodè creditorem agere posse contra posteriorem emptorem atque contra priorem: cùm multò facilius ei fuerit explorare quis possessor sit, quàm quo ordine. Cur non ergo idem in cæteris creditoribus obtinebit quod in fisco admissum est, vt arbitrium habeant eligendi & conueniendi cuiuslibet possessoris? Neq; enim priuilegium fisci vllum in eo est, cùm heredes debitricis suæ excutere cogatur priusquam possessores vrgere & inquietare ei liceat. Quin potiùs non absre quis existimare possit deteriorem fisci hac parte, quàm ceterorum
8 creditorum causam esse, quando † nullo alio Pandectarum loco reperias creditorem hypothecarium repelli exceptione non excussi debitoris. verissimum enim est quod iam diximus, ius hoc nouum esse & à Iustiniano inductum contra iuris veteris rationem: quæ creditori electionem dabat, an contra debitorem eiúsue heredes personalẽ actionem, an potiùs contra possessores hypothecariam exercere vellet. *l. distractis* 14. *l. persecutione* 24. *C. de pignor.* Scio excutiendum esse debitorem priusquàm conueniantur possessores cùm creditor agit reuocatoria *l. 1. C. de reuoc. his quæ in fraud. cred.* Sed alia reuocatoriæ † alia hypothecariæ actionis ratio est. Hypo- 9
thecaria datur contra eum qui res obligatas possidet, ac proinde ei qui ex iure proprio, sibique per conuentionem quæsito agit. Reuocatoria verò contra eum qui tenet bona debitoris nullo vinculo pignoris obligata, sed tamen in creditorum fraudem alienata. Itaque datur creditori non quasi ei acquisita proprio iure & ex aliqua conuentione, sed ex mera indulgentia prætoris, qui cessante iuris ciuilis auxilio vtilem in factum actionem in eam rem introduxit: Fauore scilicet creditorum, qui alioqui fraudarentur. Atqui per solam alienationem non fraudantur creditores, sed ita demum si per alienationem factum sit vt minùs supersit in bonis debitoris quàm sufficere possit ad dimittendos creditores: quod ipsum non aliter sciri potest quàm si excussus sit debitor, & quidem ad peram vsque & sacculum: adeò vt nec priùs benè excussus videri debeat, meo iudicio, quàm adactus sit ad bonorum cessionem faciendam, vt in hoc saltem melior conditio sit eius qui emit res non obligatas quàm eius qui obligatas: item quòd in edicto prætoris fraus non tantùm consilio, sed etiam re & effectu accipiatur, fraus verò in effectu nulla esse possit, nisi in eo, quod à debitore nullo prorsus modo seruari potest. Itaque mirum non est fieri hoc casu excussionem debitoris ex optima, imò necessaria iuris ratione. At cùm bona quæ à tertio possidentur sint creditori obligata, non est prohibendus creditor, quominùs iure suo vratur, & pignoris conuentionem exequatur, prohiberetur autem si non nisi excusso debitore possessores inquietare posset: Pignoris enim vtilitas præcipua in eo versatur, vt etiã posteaquàm alienatũ fuerit à debitore, saluam habeat creditor eius persecutionẽ. Cogit me tamen Paulus in *d. l. Moschis*, itémque quod in eandem sententiam scriptum est in *l. 1. C. de comuen. fisc. debit. lib. 10.* vt distinguendam hîc putem † 10
hypothecam tacitam ab expressa: vt, quod nos contédimus excussionem debitoris heredúmve ipsius faciendam non esse, ad eum casum pertineat quo hypotheca sit expressa, non ad illum etiam quo tacita duntaxat. Pignus enim quod habet fiscus in bonis sui debitoris citra vllam pignoris conuentionem, non nisi tacitum esse potest *l. anfertur* 46. *§. fiscus D. de iur. fisc. l. 2. C. in quib. causs. pign. vel hypoth. tacit. contr.* Dissimilitudinis autem huius quam inter tacitam & expressam hypothecam constituimus eadem ferè ratio est quæ illius quam proximè diximus esse inter hypothecariam & reuocatoriam actionem. Nempe quòd pignus tacitum non ex contrahentium pactione & conuentione, sed ex sola legis potestate inducatur, legis inquam id agentis vt quibusdam creditoribus faueat propter personarum aut negotiorum fauorabiliorem conditionem ne periclitentur omissa fortasse per imperitiam aut per incuriam speciali pignoris conuentione. Porrò hactenus ei succurrendum fuit ne damnum sentirent, non etiam vt eodem in omnibus iure vterentur, quo si per expressam pignoris conuentionem sibi cauissent. Solet enim plenior esse hominis prouisio quàm legis Qui autem hypothecam tacitam ex priuilegio habent, vt fiscus, mulier & aliæ eiusmodi personæ periclitari non possunt quandiu debitor ipse idoneus est & solúdeo. Non ergo iis permittendum fuit vt tacitæ hypothecæ priuilegio abuti possent in necem possessorum, quandiu à debitore aut debitoris heredibus consequi summ possent, quasi nec priùs constituta per legem hypotheca vlla tacita, quia nec necesse fuit, vt constitueretur: Licèt ex postfacto si appareat eo tempore quo agitur necessarium fuisse priuilegium tacitæ hypothecæ ne in damno creditor moretur, potestas legis retrotrahat constitutionẽ taciti pignoris ad id tempus quo

contractum est vt inter creditores non nisi tacitum pignus habentes idem temporis ordo seruetur, qui seruaretur si expressum pignus haberent *l. si qui mihi* 28. *D. de iur. fisc.* de cuius tententia scripsimus *lib.* 2, *coniect. iur. ciuil. ca.* 10. Ex quo loco apparet fiscum in iure illo tacitæ hypothecæ non esse deterioris conditionis quàm cæteros qui tacitam duntaxat hyporhecam habent, cuius & in alijs pleriſque iuris partibus causa fauorabilior esse solet. Quod cùm ita sit, quidni ad alios creditores taciti tantum pignoris iure hypothecariam exercentes, idem obtinebit, quod in fisco constitutum est, vt nonnisi excusso debitore eiusue heredibus contra possessores agere possint? Alioqui esset fiscus deterioris conditionis: quod non est admittendum. Ergo erit dura † 11
caussa creditoris tacitam duntaxat hypothecam ex priuilegio habentis, quàm si expressam haberet in eo quod etiam iure Pandectarum inspecto excussionem debitoris facere cogitur, quam non facit is qui expressam habet, cessante Iustiniani constitutione: Melior tamen quàm si hypothecam nullam haberet, non in eo solùm quod habet ius persequendæ hypothecæ contra quemlibet possessorem excusso demum debitore, licèt fraudis consilium in alienando nullum intercesserit, sed in illo etiam quod posterioribus creditoribus quantumuis expressam hypothecam habentibus præferendus est perinde acsi expressam haberet *d. l. si qui mihi.* Item in eo quod cogendus non est debitorem excutere ad petam vsque & facculum, id est, eum adigere ad implorandum auxilium cessionis, quomodo cogeretur si nullam hypothecam haberet, nec actionem aliam quàm reuocatoriam, quia legis tacitam hypothecam inducentis mens illa est vt eo casu quo hypothecæ locus erit, non minùs ex ea cõmodi creditor sentiat quàm si per expressam pignoris conuentionem tibi prospexisset: diximus autem expresso pignore constituto non vsque adeò inuitiosè agendum esse cum creditore vt non potiùs tertios possessores inquietare possit, quàm à debitore cessionem bonorum extorserit, quia nec facilis nec commoda sit ea ratio debiti consequendi: nec proinde illi iniungenda, qui acceptis idoneis pignoribus diligenter sibi cauerat, ne in eas ipsas vigendi & eligendi debitoris angustias coniceretur. Nec est quod quis dicat, frustra † nos propositam 12
quæstionem reuocare ad ius Pandectarum quod Iustiniani constitutione abrogatum est. Nam quod pertinet ad excutiendos emptores posteriores, nihil Iustiniani constitutio de ea re cauit. Proinde ius vetus saluum manet. Id enim tantum Iustinianus constituit vt ante omnia excussio fieri debeat ipsius debitoris heredúmve eius itéque fideiussorum, & aliorum si qui sint intercessorum: quo facto permittit vt aduersus pignorum possessores agatur sine vlla ordinis aut téporum distinctione. Quod omnium minimè prætermisset si vltro prætermittere voluisset. Sed & ex casu quo excussionem fieri Iustinianus iubet, non id proculdubio agit vt iustum creditorẽ damno vel incommodo aliquo adficiat, sed tantùm vt bonæ fidei possessori consulat quantum sine creditoris incom-
modo & vexatione id fieri potest. Ne quis tamen † du- 13
bitationi locus relinquatur, suaserim vt creditor hypothecam instituturus contra possessores post excussum debitorem, possessores omnes in ius vocari curet, postmodum inter se disputaturos, apud eumdem iudicem, cuius ex ipsis bona prius vendi oporteat, quisve prior aut posterior acquisiuerit. Ita enim fieri non poterit vt malè egisse videatur, aut vt excussionis non factæ exceptione repellatur: quandoquidem certum est ex huius vel illius pignoris venditione omnimodo ei satisfieri oportere. Nam & pragmatici ipsi qui contendunt excussionem posteriorum emptorum fieri debere, fatentur tamen non aliter id locum habere quàm si bona posteriore loco alienata possideri sine controuersia & vendi possint: non etiam si possessor intercedat, & agenti creditori controuersiam faciat. Est enim generale vt bonorum quæ sine controuersia possideri nequeunt, excussio fieri non debeat: sicut & pro excusso habetur debitor qui facilè conueniri non potest, tametsi sit soluendo idoneus siquidem æstimatur quis, non tantùm ex facultatibus, sed potissimum ex conueniendi facilitate. Nec sanè æquum esset creditorem cogi litem instituere aduersus posteriorem emptorem, cùm ob hoc ipsum excussionis non factæ exceptio ei obiiciatur, ne litium multiplicandarum occasio & materies augeatur. Apparet autem ex superioribus nec distinctionem † illam placere posse quam plerique pro- 14
bant, an tractemus de hypothecaria per creditorum instituta contra emptorem, an de regressu emptoris contra alium ex posterioribus, quasi hoc casu facilius quàm illo concedenda sit possessori exceptio non factæ excussionis. Neutro enim casu aut ratio iuris aut Iustiniani constitutio exceptioni huic locum relinquit.

ERROR X.

Si debitoris debitor à creditore hypothecario conueniatur.

SVMMARIA.

1 *Nomen debitoris pignori dari potest.*
2 *Creditor hypothecarius quomodo agere possit aduersus debitorem debitoris.*
3 *Personalem actionem non posse exerceri aduersus debitorem debitoris sine cessione, contra pragmaticos.*
4 *Error pragmaticorum putantium debitori debitoris aduersus creditorem competere exceptionem non factæ excussionis.*
5 *Casus quo debitoris debitori competit exceptio non factæ excussionis.*
6 *Distinctio in hac quæstione obseruanda.*
7 *Chirographarius creditor non potest debitoris sui debitorem conuenire.*

ETsi nomen † debitoris stricto iure pignori 1
dari non potest, vtilitatis tamen causa receptum est inductumque à prætoribus vt eius oppignoratio defendatur, vtrumque propter eas rationes quæ nos fusiùs tractauimus *lib.* 8. *Coniect. cap.* 15. & 10. Quare & si generaliter bona debitoris obligata sint, dummodò non fuerit adiectum *mobilia & immobilia*, nemo dubitat quin iura & actiones quæ tertiam bonorum speciem constituunt, & consequenter nomina debitorum contineantur: Proinde aduersus † de- 2
bitoris debitorem tanquam in alias quaslibet res obligatas hypothecariam exercere creditor potest, non vt personali actione experiatur, quę non nisi vero creditori, aut ei cui causa vel mandata fuerit, danda est, sed vt nominis distractionem petere possit, aut debitorem proprium adigere ad faciendam nominis cessionem. In quo primum errare pragmatici vulgo solent. Existimant. n. plerique oppignorati nominis vtilitatem in eo versari vt creditoris creditor paratum habeat exercitium personalis actionis saltem vtilis aduersus debitoris sui debitorem, nulla etiam cessione facta: quod tamen † non minùs abhorret 3
à recta iuris ratione, quàm si quis diceret fundum obligatum hoc ipso quod obligatus est acquiri creditori pleno iure, fierique proprium ipsius, Certum enim est ex caussa pignoris non transferri dominium in creditorem, sed tantùm distrahendi dominij facultatem. Prius verò est vt actionẽ quis habeat siue proprio iure, siue ex cessione quàm vt eam exercere possit. Sed & alius nonnullorum pragmaticorum † error in eo est, quod vulgo pu- 4
tant debitoris debitorem si recta per hypothecariam conueniatur perinde iuuandum exceptione non factæ excussionis atq; alium quemlibet tertium possessorẽ, quoniam & hic tertius est. Etsi enim verum est esse illum tertium

tium cùm non ſit debitor agentis creditoris, vt proximè dicebamus, non poteſt tamen videri poſſeſſor, cùm iura quæ ſunt incorporalia minimè poſſideantur. Atqui exceptio non factæ excuſſionis aduerſus hypothecariam, ſolis poſſeſſoribus competit, nec niſi fauore poſſeſſionis tuendæ, & metu litium multiplicandarum, propterea quòd poſſeſſori conuento & condemnato dandus eſſet regreſſus contra debitorem, litémque nouam eo nomine inſtitui oporteret. Ergo fieri non poteſt vt competat debitori debitoris, qui non ſolùm poſſeſſor non eſt, ſed ne regreſſum vllum habere poteſt aduerſus proprium creditorem ob cuius debitum conuenitur, tametſi ſoluerit creditoris creditori, quandoquidem ea ſolutione perinde liberatur, acſi proprio creditori ſoluiſſet, ſiue ceſſio actionis aliqua facta ſit, ſiue nulla, niſi quod facta ceſſione liberatur ipſo iure, quia proprio creditori ſoluiſſe intelligitur, aut ſaltem ex eius voluntate: ſi autem ceſſio nulla facta ſit, liberatur ope exceptionis quam prætor in eam rem accommodat *l. ſi conuenerit. D. de pig. act.* Cæterum in effectu nihil refert an ipſo iure competat liberatio an auxilio exceptionis: nec quicquam abeſſe videtur ei qui ſoluit quod debuit ſi ea ſolutione liberationem quoquomodo conſecutus ſit, licèt alij ſoluerit quàm cui debuit: in cóque apertiſſimè differt debitor debitoris à tertio poſſeſſore, qui vtique ſi alieno creditori ſoluat, vt poſſeſſionem ſuam retineat, tanto pauperior factus eſſe creditor, quia incipit rem habere ex noua cauſſa & ob litis æſtimationem à ſe ſolutam, quæ quaſi noua emptio eſt: Ideóque nimirum, neceſſe eſt regreſſum ei dari contra debitorem à quo iam emerat, alitérue ſibi acquiſiuerat ne in damno moretur. Vnde illud etiam ſit, vt ſi nullam indemnitatis actionem poſſeſſor habeat, fortè quia nudus poſſeſſor ſit nullum habens titulum, iuuandus non ſit huiuſmodi exceptione, quaſi ceſſante ratione quæ dandæ exceptionis æquitate introduxit. Obſeruanda tamen eſt differentia inter pignus nominis expreſſa conuentione conſtitutum, & illud quod iudicis autoritate capitur in executione iudicati, aut quod hac parte idem eſt, inſtrumenti guarentigiati quod pro condemnatione habetur. Nam hoc poſteriore caſu † non
5 aliter pignus rectè captum & per ipſam capionem conſtitutum intelligitur, quàm ſi alia bona nulla ſint quæ capi poſſint: Proinde competit debitori debitoris exceptio non factæ excuſſionis *l. 2 C. quand. fiſc. vel priuat.* Nempe quia cùm nominis oppignoratio ipſo iure non teneat, ſed tuitione tantum prætoria, fruſtra iudex, ſe interponat ad conſtituendum pignus in nomine debitoris, quandiu alia bona ſunt quorum conditio, & natura ea ſi vt pignoris obligationem poſſint admittere. Nam & cùm neceſſitas cogit vt nomen debitoris pignori capiatur, ſi nullis aliis bonis exiſtentibus, attamen non tam pignoris iure capi dicitur, quàm pignoris loco, vt ait *d. l.* 2. hoc eſt in ſubſidium, nullo ſe pignore aſſecente: vt obſeruauimus *lib.* 8. *coniect. cap.* 17. Vbi etiam monuimus quod ad rem noſtram valdè pertinet, nec à pragmaticis benè animaduerſum eſt, multùm † intereſſe an nomen debitoris expreſſa conuentione obligatum ſit, an ſola legis poteſtate. Nam ſi tacitè & ſolius legis auxilio pignus conſtitutum proponatur, perinde iuuandus eſt debitor exceptione non factæ excuſſionis ſi alia ſint bona, atque ſi magiſtratus autoritate in executione iudicati nomen pignoris loco captum eſſet *l. non prius 4. C. quand. fiſc. vel priuat.* Non ſolùm quod iam olim id obtinuerit quotieſcùnque ex tacita hypotheca ageretur, quemadmodum à nobis ſupra diſputatum eſt *error. 9. ex l. Moſchus 47. ff. de iur. fiſc.* ſed etiam quòd neceſſe non ſit conſtitui à lege ius pignoris ſicut nec à magiſtratu in ea re quæ ſui natura vinculum obligationis ſuſpicere nequeat quandiu in aliis rebus & commodiùs, & vt ita dicam naturaliùs conſtitui poteſt. At cùm expreſſa ſiue generali ſiue ſpeciali conuentione pignus contractum eſt in nominibus debitorum, poſtquàm placuit eam conuentionem valere, nihil cauſſæ eſt cur non rectà conueniri poſſit debitor debitoris per hypothecariam, non quidem ita vt perſonali actione vrgeatur ad ſolutionem ſicuti à nobis proximè dictum eſt, ſed ita vt proprio creditori ſoluere prohibeatur, noménque ſuum perinde ac fundum, aut quamlibet aliam rem pignori obligatam publicè & ſolenniter diſtrahi patiatur: quæ actionis hypothecariæ formula & conditio eſt. Alioqui conſtat chirographarium † creditorem non poſſe debitoris ſui debitorem conue- 7
5 nire *l. penul. C. de nouat.*

ANTONII FABRI IC.

Decas Sexta.

ERROR PRIMVS.

De iure & ordine creditorum tacitam duntaxat hypothecam habentium, & quid ſi habeant etiam expreſſam.

SVMMARIA.

1 *Sententia pragmaticorum erronea de ordine creditorum tacitam duntaxat hypothecam habentium.*
2 *Inter hypothecarios creditores ſiue hypotheca fuerit tacita ſiue expreſſa, qui prior eſt tempore, potior eſt iure.*
3 *Caſus quo tacita hypotheca minor eſt vis quàm expreſſa.*
4 *Quibus in qui tacitam duntaxat hypothecam habet licèt ſit poſterior tempore præferatur ei qui expreſſam habet.*
5 *Ex l. ſi qui 28. D. de iur. fiſc. probari eum qui nonniſi tacitam hypothecam habet præferendum eſſe poſteriori expreſſam habenti.*
6 *Habens tacitam hypothecam ſi deinde ſibi caueat per expreſſam tacite priuilegium amittit.*
7 *Exponitur l. vlt. C. de pact. conu. tam ſup dot.*
8 *De d. l. ratione ſententia Iac. Cuiacij refertur & refellitur.*
9 *Qui pignus accipit, ſi poſtea nouatione facta idem pignus accipiat priſtinum temporis ordinem retinet.*
10 *Differentia inter expreſſam & tacitam hypothecam.*
11 *Creditor habens tacitam hypothecam ſi proteſtetur cùm acquirit expreſſam, ius anterioritatis retinet.*

NOn deſunt inter pragmaticos † qui putant 1
creditorum tacitam duntaxat hpoythecam habentium ordinem illum eſſe debere vt ſolis chirographarijs aliiſq; nudis creditoribus præferantur, cæteris verò expreſſam habentibus hypothecam, licèt tempore poſterioribus poſtponantur. Horum

rum inſcitiam minùs admiraret ſi non eſſent ex eorum numero, qui non modò politiores, ſed etiam eruditiores ſibi videntur. Nam, quid obſecro dici poteſt ineptius? Iuris ſiquidem regula eſt, inter creditores † hypothecarios eum qui prior eſt tempore eſſe etiam iure potiorem, *l. 2. l. ſi fundum 4. C. qui potior. in pignor. hab. l. potior. 11. & paſſ. D. eod.* Neque lex aliqua eſt quæ diſtinguat hac parte hypothecam tacitam ab expreſſa, ſicut nec diſtinguendi ratio vlla eſt, cùm obligatio pignoris ex die contractus nata intelligatur ſi nihil ſit quod impediat ne tum naſcatur, vt quia fortaſſe aliquid adhuc ſuperſit faciendum quod poſteà factum ſit, vt in *l. 1. in fin. & d. l. potio. 11. §. ſi colonus. eo.* Ex quo autem nata eſt, rem ipſam afficit quandiu pecunia ſoluta non eſt *l. grege 13. §. etiam D. de pignor.* Nec minor † taciti vis eſt quàm expreſſi, niſi quod attinet ad ſeruos propter penſionem obligatos: qui ſi expreſſim obligati ſint, non poſſunt manumitti, ſin tacitè duntaxat, poſſint *l. licet 6. & l. eſt differentia 9. D. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. contr.* Sed & interdum euenit vt qui tacitam † duntaxat hypothecam habet licèt poſterior ſit tempore, habeat tamen priuilegium prælationis, vt etiam anterioribus expreſſam hypothecam habentibus anteponatur, quemadmodum cernere eſt in eo qui pecuniam credidit ob ædificij reſtitutionem, quem conſtat habere priuilegium non ſolùm tacitæ hypothecæ, ſed etiam prælationis *l. 1. eod. l. creditor 25. D. de reb. credit. l. interdum & ſeq. D. qui potior. in pignor. hab.* Item in pupillo ex cuius numis res comparata eſt, *l. idémque 7. eod. l. 3. in princ. D. de reb. eor. qui ſub tutel.* Sed apertiùs in muliere ex conſtitutione Iuſtiniani in *l. aſſiduis 12. C. qui potior. in pigno. hab.* ſecundùm eam interpretationem quam nos tradidimus & probauimus *lib. 8. Coniect. cap. 11.* Ita autem ius commune eſſe, vt qui non niſi tacitam hypothecam habet, præferatur poſteriori creditori habenti expreſſam, conſtat † eleganter ex *l. ſi qui mihi 28. D. de iur. fiſc.* quæ licèt de fiſco loquatur, non tamen fiſci priuilegio aliquo nititur, ſed ratione illa quæ tota eſt iuris communis, quòd pignoris cauſſam fiſcus præuenerit. Sic namque Papinianus reſpondi ſui rationem concipit: *præuenit enim cauſſam pignoris fiſcus.* Nec alia dubitandi ratio erat apud Papinianum, quàm quòd in bonis futuris fiſco tacitè, priuato autem anteà & expreſsè obligatis priuatus præferendus eſſe aut ſaltem vterque in pignore concurrere videretur, ſicut dici ſolet cùm pluribus bona futura diuerſis temporibus ſunt obligata *d. l. idémque, §. 1. D. qui potior. in pignor. habeant.* Sed alia hac in re & potentior cauſſa eſt taciti pignoris quàm expreſſi, propter eam rationem quæ à nobis ad illum Papiniani locum allata eſt *lib. 2. Coniect. cap. 10.* Hæc autem quæ diximus ita obtinent ſi tacitam hypothecam nihil impediat. Nam ſi is † cui lex tacitæ hypothecæ priuilegium alioqui daret, ſibi cauerit per expreſſam ſiue in ipſo negotio ſiue ex poſtfacto, puto expreſſam facere vt priuilegio nullus locus eſſe poſſit. Id enim eſt quod dici ſolet Expreſſum facere ceſſare tacitum: quia nec neceſſe eſt vt lex ei proſpiciat qui ipſe ſibi proſpexit, cùm tacitæ hypothecæ priuilegium non aliam ob cauſſam ſit inductum, quàm vti ne periclitetur creditor qui ex iuſta aliqua cauſſa priuilegio & auxilio dignus videatur. Quæ ſententia & ratio † eſt *legis vltimæ Cod. de pact. conuent. tam ſup. dat.* vbi Iuſtinianus licèt alioqui mulieribus ſupra modum fauere ſolitus, non aliter tamen iis dat priuilegium tacitæ hypothecæ pro bonis paraphernalibus, quàm ſi expreſſam nullam adhibuerint. Expreſſa namque pignoris conuentione intercedente eas ſolas mariti res obligatas eſſe vult quæ expreſſim pignori datæ ſunt, non item cæteras quæ alioquin tacitæ hypothecæ vinculo continerentur. Nec eſt † quod cum *Iacobo Cuiacio* ſubtilem agas, qui in *Obſeruat. poſterioribus* negat hypothecam tacitam perimi per expreſſam, contendens in illa Iuſtiniani lege non tam extingui tacitam hypothecam, quàm non naſci, cùm expreſſa interuenit, vtpote quam nec aliter inducere Iuſtinianus velit, quàm ſi de pignore nihil conuenerit. Nam reſpondeo ita Iuſtinianum conſtituiſſe, quia non aliud ex iuris ratione conſtituere potuit: quando ea eſt hypothecarum omnium legalium quas tacitas appellamus conditio & natura, vt cum expreſſa concurrere numquam poſſint, nec ſanè vllus iuris locus eſt qui repugnet, ſi ſolam dotis cauſſam excipias, de qua ſequenti capite dicemus. Quibus conſequens eſt, vt ſi is qui ab initio tacitam hypothecam habuit, & eo iure poſteriores creditores, licèt expreſſam hypothecam habentes vincere potuit, poſteà expreſſim pignus acceperit poſtponendus ſit cæteris creditoribus hypothecariis qui medio tempore contraxerunt: quia cùm tacitam hypothecam nullam habeat, ſupereſt expreſſa ſola, in qua poſterior eſt. Nec rectè comparabitur ei qui cùm pignus † accepiſſet poſteà nouatione facta idem pignus accepit: quem Papinianus reſpondit in ſui ipſius locum ſuccedere, & priſtinum temporis ordinem retinere *l. 3. l. creditor 12. §. Papinianus D. qui potior. in pignor. habeant.* Expreſſa † namque hypotheca quæ facti eſt, fieri nequit vt pro non expreſſa habeatur. Tacita autem ſicut ex lege & iure eſt, ita facilè per legem iuriſque rationem in eum ſtatum reduci poteſt, vt nunquam competiiſſe exiſtimetur, licèt aliquando re vera competierit: nimirum accedente expreſſa, quæ facit quandocunque ſuperueniens vt ceſſet ratio tacitæ inducendæ, & conſequenter vt inducta finiatur. Nam quemadmodum lex nihil fingit fruſtra, ita nec fictionem quæ aliquando vtilis eſſe potuit, retinet ex quo incipit fieri inutilis, id eſt, ex quo peruenit ad eum caſum à quo non potuit incipere. Igitur debebit † creditor ille de quo tractamus proteſtari cùm acquirit ſibi ius expreſſæ hypothecæ, velle ſe ſaluum ſibi manere ordinem, quem alioqui ex tacita hypotheca erat habiturus inter hypothecarios creditores. Neque enim dubitandum eſt quin eiuſmodi proteſtatione ius anterioritatis retenturus ſit, cùm nulla ex eo iniuria fiat illis quibus medio tempore ius quæſitum eſt, quos æquè ſuperaturus erat etſi tacitam duntaxat hypothecam habuiſſet: quamuis neque proteſtando, neque paciſcendo tacitam ipſam hypothecam ſibi retinere poſſit, quam facto ſuo amiſit hoc ipſo quod beneficio legis contentus eſſe noluit, qui expreſſam ſibi comparauit, atque ita effecit, ne legis auxilio indigere ampliùs videri poſſit.

ERROR II.

De muliere habente expreſſam & ſpecialem hypothecam pro dote.

SVMMARIA.

1 *Mulier Pandectarum iure nullum pro dote priuilegium habeat niſi inter chirographarios creditores.*
2 *Hodie verò habet duplex priuilegium tacita ſcilicet hypothecæ & prælationis.*
3 *Prælationis illud priuilegium quale.*
4 *Quo caſu qui poſterior contraxit præferatur anterioribus hypothecam expreſſam habentibus.*
5 *Caſus quo ex iure communi mulier præferenda eſt anterioribus creditoribus expreſſam hypothecam habentibus.*
6 *Eſt quidem abſurdum vt mulier pro dote creditoribus anterioribus expreſſam hypothecam habentibus anteponatur: ita tamen à Iuſtiniano conſtitutum eſt.*
7 *Tertium mulieris priuilegium pertinens ad tacitam hypothecam quam pro dote habet.*

8 *Reſol*

8 *Refellitur error pragmaticorum negantium specialis hypothecæ excussionem ante omnia facere teneri mulierem, sed ei ius esse cætera mariti bona persequi si velit.*

9 *Nullum est dotis priuilegium aduersus exceptionem non factæ excussionis.*

10 *Tacitam hypothecam quando lex inducat.*

11 *Mulier dotem repetens excussa speciali hypotheca potest ad generalem regredi.*

1 MVLIER † quæ Pandectarum iure nullum pro dote priuilegium habebat nisi inter chirographarios creditores, quorum priuilegia non ex tempore æstimari solent, sed ex causſa, hodie Iustiniani constitutionibus 2 duplex † priuilegium habet, tacitæ scilicet hypothecæ, & prælationis. *l vnic. C. de rei vxor. act. l. assiduis* 12. *C. qui potior. in pignor. hab.* & *Nouell. 97. de equal. dot.* Prælationis, † inquam, vt creditoribus cæteris omnibus etiam 3 anterioribus præferatur, non solùm si tacitam hypothecam habeant, vt vulgò pragmatici post interpretes sentiunt, sed & si expressam. Hanc enim Iustiniani mentem & sententiam esse probauimus *lib. 8. Coniecturar. cap. 11. & seq.* Iniquissimam sanè si iuris rationem inspicias. Etsi enim non est nouum vt qui posterior contraxit præferatur anterioribus expressam quoque hypothecam habentibus. Id tamen † vix est vt alio vllo casu contingat, 4 quàm quo pecunia creditoris posterioris saluam fecerit aut præbuerit pignoris causſam, vt in iis speciebus quas Iureconsulti tractant in lege *interdum* 5. *& duabus sequentibus. D. qui potior. in pignor. habeant.* At ex dote nihil omnino commodi potest accedere creditoribus anterioribus, nisi ponas ex dotali pecunia comparatum fundum, qui per hypothecariam vindicetur ex futurorum 5 bonorum obligatione. Hoc enim † casu fatebor libentissimè mulierem in eo fundo cæteris omnibus præferri debere, & quidem non ex priuilegio, sed ex iure communi, *lege licet 7. C. qui potior. in pignor. habeant.* Nimirum concurrente priuilegio tacitæ hypothecæ, quæ facit vt necessaria non sit expressa, quæ alioqui necessaria esset. Extra hunc casum non nego quod interpretes affirmant 6 nihil posse dici absurdius † quàm vt mulier pro dote creditoribus anterioribus expressam hypothecam habentibus anteponatur: Sed nego consecutionem, si quis ex eo cum interpretibus & pragmaticis inferre velit idipsum à Iustiniano constitutum non fuisse. Quis enim nesciat quàm impensè & plus æquo mulieribus fauere Iustinianus voluerit? Aut quis miretur Iustiniani constitutiones nouas & correctorias à iuris & æquitatis ratione dissentire? Denique hîc illud Vlpiani verbum obtinet, *Dura quidem lex, sed ita scripta est.* Aliud & ter- 7 tium mulieris † priuilegium est quod attinet ad hypothecam tacitam quam habet pro dote. Nam si mulier tacito pignore non contenta, expressa pignoris conuentione sibi prospexerit, ita tamen vt maior taciti quàm expressi pignoris vtilitas constare possit, dicendum est non eo minùs tacitam hypothecam locum habere, quæ alioqui per expressam perimeretur, vt proximo capite disputauimus. Exemplum esto, Si expressa pignoris conuentio facta sit ex interuallo post dotis constitutionem, & eo tempore quo ius quæsitum iam sit aliis qui medio tempore cum marito sub pignore contradixerunt. Si enim mulier iure communi vteretur, amitteret non modò priuilegium temporis, sed etiam hypothecam ipsam tacitam propter expressam: Et idò ne adiectio expressi pignoris deteriorem faciat dotis & mulieris conditionem, hypotheca tacita salua manet. Exemplum alterum est, si expressa pignoris conuentione certa duntaxat bona mariti obligata sint. Nam nec hæc conuentio mulieri noceret si tacita hypotheca quæ generalis est per expressam specialem peremptа intelligeretur. Siquidem negari non potest quin mulieris interfit habere obligata generaliter bona omnia mariti potiùs quàm aut hæc aut illa specialiter. Hucusque priuilegij ratio tota ex eo proficiscitur, quòd dotis causſa & conditio nulla pactione deterior fieri possit, id est, ne muliere quidem volente, quoniam ea res non tantùm ad priuatam mulieris vtilitatem pertinet, sed etiam ad publicum reipublicæ fauorem *lege Attilicianus* 17. *D. de pact. dotal.* Quod nec pragmatici ipsi ignorant. Sed in eo tamen labuntur, † quòd existimant mulierem quæ pro dote specia- 8 liter pignora quædam accepit, non minùs iuris habere si ex tacitæ hypothecæ iure cætera mariti bona persequi & vindicare velit, quàm si specialiter pignus nullum acceptum esset, vt perinde aduersus quoslibet bonorum mariti possessores hypothecariam exercere possit, nec specialis hypothecæ excussionem ante omnia facere compellatur. Nam cùm ita comparatum sit ius commune, vt etiam excusſo debitore aut habendo pro excusſo, si fortè euidenter absens sit aut non soluendo, prius tamen bona quæ specialiter obligata sunt excuti oporteat, quàm ex generali obligatione in cætera agi possit *l. 2. C. de pignor. l. 2. D. qui potior. in pignor. habeant.* non puto dubitandum quin eodem iure mulier vti debeat, quandiu ex bonis specialiter obligatis dotem & indemnitatem plenam consequi potest: vt hoc casu solius hypothecæ specialis, non etiam generalis tacitæ ratio habeatur, non magis quàm si aut inter alias personas, aut de alia re, quàm de dote tractaretur. Cur enim fauore dotis recedamus à iure communi, cùm dos nullomodo periclitetur? Illud enim vtique constat dotis † priuile- 9 gium nullum esse aduersus exceptionem non factæ excussionis, neque hac parte inter mulierem & cæteros creditores quicquam interesse, ne tum quidem cùm generaliter & expressim bona omnia mariti pro dote obligata proponuntur. Quantò minus igitur si generalis illa obligatio non ex conuentione descendat, sed ex sola legis potestate? Nam cùm generalis hypotheca expressa est, fieri interdum potest, vt non factæ excussionis exceptioni locus nullus relinquatur, nempe si subiecta sit clausſula illa, quam notarij ferè semper subiicere solent, *ne specialitas deroget generalitati, nec contrà*: Quæ clausſula vix est vt vnquam vsurpetur cùm generalis hypotheca nulla, nisi tacita est: neque verò vsurpari commodè potest, cùm, vt à nobis probatum est, in superioribus accessione pignoris expressi, tacitum si quod fuit omnino extinguatur, etiam inuito creditore, in cuius non magis est potestate vt priuilegium tacitæ hypothecæ retineat, in eum casum quo sibi ille pro arbitrio cauet ne legis auxilio indigeat, quàm vt inducat eo casu quo lex non inducit. Vtrumque scilicet, ex legis pendet auto- ritate, quæ † portò tacitam hypothecam nec induxit 10 vnquam, nec retinet, nisi cùm æquitas facit vt necessarium id esse videatur: non videtur autem necessarium quoties ea persona cui lex offert tacitam hypothecam mauult sibi prospicere per expressam, siue expressa idonea sit, siue non. Sibi enim imputet qui legis beneficio nolit esse contentus: nimirum si talis creditor sit qui conditionem suam pro arbitrio facere deteriorem possit. Nam si proponas mulierem † de dote repetenda labo- 11 rantem, admittam non inuitus quod pragmatici volunt, perinde hoc vno casu saluam ei superesse tacitam hypothecam, & consequenter in cætera omnia mariti bona generaliter, quamuis tacitè duntaxat obligata, acsi specialis conuentio pignoris nulla intercessisset, pro ea scilicet debiti parte quæ ex bonis specialiter obligatis redigi & seruari non potuerit. Hoc enim semper contendo specialis hypothecæ excussionem ante omnia fieri debere à muliere, non secus atque ab alio quolibet creditore: quemadmodum contingeret si constante matrimonio mulier iura hypothecarum vltrò & sine causſa remisisset. Quo casu dubitari non oporteret quin remissio valeret, si modò eo tempore quo de dote ageretur ex reliquis mariti bonis indemnitatem habere mulier posset *l.*

iubemur. C. ad SC. Velleian. quaſi nulla tum metuenda mulieri captione. Siquidem in remiſſione huius vel illius pignoris neque donatio neque damnum vllum verſatur, quandiù aliunde ſatisfieri creditori poteſt, *l. etſi.* 18. *D. qua in fraud. credit.*

ERROR III.

De hypothecæ ſpecialis excuſſione.

SVMMARIA.

1 *Creditor qui vniuerſa debitoris bona generaliter obligata habet, quadam verò ſpecialiter, non poteſt generalem hypothecam priùs perſequi, quàm ſpecialis excuſſionem fecerit.*

2 *Ex erronea pragmaticorum ſententia quisquis rem aliquam ex bonis generaliter obligatis poſſidet, ſi hypothecaria conueniatur, poteſt non excuſſa ſpecialis hypothecæ exceptionem obiicere.*

3 *Diſtinctio adhibenda in quæſtione de exceptione non excuſſæ ſpecialis hypothecæ competente ei qui bona generaliter obligata poſſidet.*

4 *An d. exceptio competat creditori chirographario qui bona generaliter obligata poſſidet?*

5 *An exceptio non excuſſi debitoris competat ei qui ſpecialem hypothecam bona fide poſſidet, diſputatio aduerſus pragmaticos.*

6 *Nullum eſt remedium quo poſſit creditor hypothecarius ſibi proſpicere ad declinandam non excuſſi debitoris exceptionem.*

7 *Quomodo caueri poſſit ne locum habeat exceptio non diſcuſſæ hypothecæ ſpecialis.*

1 CVm quis vniuerſa † debitoris ſui bona generaliter pignori accepit, quædam autem ex ipſis ſpecialiter, ſiue ſpecialis obligatio, ſiue generalis præceſſerit, conſtat non priùs poſſe creditorem in ea bona agere quæ obligatione generali continentur, quàm ſpecialis hypothecæ excuſſionem fecerit, quaſi eam ipſe ſibi legem ab initio præſtituerit, qui non contentus generali pignoris conuentione ſpecialem adiecit, *l. 2. C. de pignor. l. 3. D. qui potior. in pignor. hab.* Vix enim eſt vt quis ſpecialiter pignori accipiat eam rem, quam ſoluendo debitore imparem eſſe ſciat, ideóque quandiu res illa extat, illud ſaltem diſcutiendum eſt an ex eius pretio ſatisfieri commode poſſit, antequam ad alia pignora quæ non niſi generaliter obligata ſunt, perueniatur. Sed tamen quomodo id accipiendum ſit non omnes intelligunt, & in
2 eo etiam aliquando à pragmaticis erratur. Putant † enim tam generaliter id accipi debere vt quiſquis rem aliquam ex bonis generaliter obligatis poſſideat, ſi prior hypothecaria conueniatur, hanc non excuſſæ ſpecialis hypothecæ exceptionem obiicere poſſit. Quod non ita
3 eſt. Diſtinctionem enim † adhiberi oportet an poſſeſſor ille ſit etiam creditor nécne: vt ſi creditor ſit, habeat exceptionem, ſi non ſit, non habeat, cuius diſtinctionis ratio manifeſta illa eſt, quòd multo æquius ſit fauere creditori qui etiam poſſeſſor eſt quàm nudo poſſeſſori qui nihil omnino iuris in ea re habeat quæ alteri generaliter eſt obligata. Creditorem autem intelligo eum cui ex quacunque cauſſa debetur. Itaque ſi quis rem generaliter obligatam poſſideat ex cauſſa emptionis, aut alio quocunque iuſto titulo, nec ſolùm ſi ex oneroſo, ſed etiam ſi ex lucratiuo, puta ex mera donatione, non dubito quin huiuſmodi exceptione ſit adiuuandus, quia verum eſt eum eſſe creditorem, adeóque plus quàm creditorem qui etiam dominus eſt. At nudus alieni pignoris poſſeſſor, id eſt, qui nullum aliud ius in pignore alieno habeat, quàm quia poſſidet, neque fauore, neque auxilio vllo dignus videri poteſt aduerſus eum qui propriæ conuentionis ius exequitur: quemadmodum nec habet eam non excuſſi debitoris exceptionem de qua in ſuperioribus diximus, & quæ ex Iuſtiniani noua conſtitutione tertiis poſſeſſoribus accommodatur: tametſi multo facilius ſit vt illa quàm vt hæc detur, quia non tanta fit iniuria creditori qui agere cogitur aduerſus debitorem ipſum nullas omnino defenſiones habiturum, quanta fit cùm excutere cogitur rem poſſeſſam ab alio, qui poſſeſſionis ſuæ tuendæ gratia nihil non moliturus ſit vt longioris litis ambagibus creditorem fatiget. Quid ergo ſi ex bonis † generaliter 4
obligatis aliquid poſſideatur ab eo, qui ſit quidem creditor ſed chirographarius tantùm non hypothecarius? Iam enim alio loco monuimus ad huiuſmodi creditores chirographarios qui pignus nullum habent non pertinere titulum illum Codicis etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri poſſe. Et puto non debere huius creditoris meliorem eſſe conditionem quàm ſi nudus poſſeſſor eſſet, quia cùm de pignore quæritur, nihil refert an creditor quis non ſit, an ſit duntaxat chirographarius. Pignoratitio enim ſuccurrimus quia veriſimile eſt eum contraxiſſe, & ex bonis generaliter obligatis pignus accepiſſe, quòd ſciret futurum vt ex aliis quæ ſpecialiter obligata eſſent, creditori anteriori, commodè ſatisfieri poſſet: quæ ratio non congruit creditori qui pignus nullum accepit. Nec eo minùs tamen is † 5
qui ſpecialem hypothecam bona fide poſſidet, iuuandus eſt exceptione non excuſſi debitoris ſi ante factam illam excuſſionem recta per hypothecariam conueniatur: in quo etiam plerique ex vulgaribus pragmaticis errant, exiſtimantes ſpecialis hypothecæ conuentionem eam vim habere, vt impediat exceptionem quæ aliàs obiici poſſet non excuſſi debitoris. Nam cùm ea exceptio detur poſſeſſori ſolius legis beneficio, & fauore tuendæ poſſeſſionis quæ ex iuſto titulo in alium translata eſt, apparet ſpecialem hypothecam per quam creditor anterior ſibi proſpexit, non magis poſſe viam præcludere exceptioni non factæ excuſſionis, quàm facere vti ne poſſeſſio rei ſpecialiter obligatæ in emptorem aliúmve iuſtum acquirentem transferatur. Neque verò fieri vlla cautione poteſt vt beneficium quod tertius poſſeſſor à lege etiam multo creditore habiturus eſt, ipſius creditoris facto ei præripiatur. Excipio tamen, ſi cum pragmaticis errandum & inepiendum eſt, caſum illum quo creditor hypothecarius poſſeſſionem pignoris nactus ſit, ſiue per veram traditionem, ſiue per clauſulam ea ſtituti quæ ſit traditionis vice. Tunc enim creditor qui idem poſſeſſor eſt ſi impletet beneficium *legis vltimæ Cod. de acquir. poſſeſſ.* ad ſuam poſſeſſionem auocandam & retinendam, non poteſt repelli exceptione non factæ excuſſionis quæ non competit niſi poſſeſſori: idque ſiue agat contra eum qui aliquid teneat ex bonis generaliter obligatis, ſiue contra ſpecialis hypothecæ detentorem. Eadem enim vtriuſque caſus ratio eſt, cùm vtraque exceptio ſiue non excuſſi debitoris, ſiue non excuſſæ ſpecialis hypothecæ, ſoli poſſeſſori detur, numquam autem ei qui non poſſidet: in eóque pragmatici omnes conſentiunt tam conſtanter, quàm ego iuſtè ab omnibus diſſentio. Nego enim poſſeſſorem pignoris manere eum qui aut per traditionem, aut per clauſulam conſtituti poſſeſſor factus fuit, ſi pignus à debitore alienatum ſit in eum qui corporalem ipſius poſſeſſionem ſibi habere cœperit. Nego Iuſtiniani conſtitutionem quam illi tam inſulsè abutuntur, ad eum caſum pertinere quo is qui alieno nomine poſſidebat rem alienauerit & corporalem, atque vt vocant, aſininam poſſeſſionem in alium tranſtulerit, ſed ad illum duntaxat quo poſſeſſio derelicta tantùm aut prodita, non etiam tradita ſit vt pluribus docuimus *Decade quarta*. Itaque ſi bene ſentio, nullum † prorſus reme- 6
dium

dium eſt, quo poſſit creditor hypothecarius ſibi proſpicere ad declinandum non excuſſi debitoris exceptionem. Nam ſi ponas eum non hypothecam, ſed pignus accepiſſe, id eſt rem mobilem quam in pugno & manu habeat, quæſtioni locus nullus eſſe poteſt, quia nec hypothecaria actione indiget ad aduocandam poſſeſſionem quam penes ſe iam habeat, niſi proponas ex poſtfacto amiſſam, quo caſu fatendum eſt æquè locum fore exceptioni, atque ſi is hypothecam ab initio non pignus accepiſſet. Neque enim quiſquam dixerit Iuſtiniani conſtitutionem in *dict. l. vltim. C. de acquir. poſſeſſ.* ad eum pertinere qui ſuam poſſeſſionem, quam per ſeipſum retinebat, ipſe amiſerit. Planè aduerſus exceptionem † non excuſſæ ſpecialis hypothecæ, poteſt remedio & cautioni locus eſſe: nimirum vt caueat creditor, expreſsimque conueniat ne generalitati ſpecialitas deroget, aut contrà. Quæ vulgaris clauſula eſt à notariis paſſim adhiberi in hanc rem ſolita, vt ſuperiore capite dicebamus. Et ratio diſſimilitudinis eſt, quia exceptio nõ excuſſi debitoris competit ex lege inuito iam creditore. Nemo autem facere poteſt quin leges locum habeant, niſi cum lex aliquid conſtituit in eum caſum quo nihil in contrarium ab homine cautum, & conſtitutum ſit. At exceptio non excuſſæ ſpecialis hypothecæ competit ex æquitate quadam, cui cauſam dat voluntas ipſa ſaltem tacita creditoris, qui non contentus generali obligatione bonorum debitoris pignus aliquod aut hypothecam ſpecialiter accipiendo ſatis declarauit malle ſe ex iis bonis ſpecialiter obligatis ſuum conſequi, quàm ex cæteris. Neque tamen ideò fit vt inutilis maneat obligatio cæterorũ, cùm excuſſione facta ſpecialis hypothecæ liberam habiturus ſit creditor eorum perſecutionem, id eſt, ſiue ſpecialis illa hypotheca minùs idonea, ſiue perſecutio eius difficilior reperietur. Adiecta porrò clauſula & proteſtatione illa vt generalitati ſpecialitas nõ deroget, apertiſſima eſt voluntas creditoris nolentis ex eo iure quod per generalem pignoris conuentionem ſibi quæſiuit, quicquam detrahi ob id ſolùm quod ſpecialem hypothecam adiecerit: Proinde nullus contrariæ voluntatis coniecturæ locus relinquitur.

ERROR IV.

De poteſtate generalis hypotheca ijs caſibus quibus ſpecialis neceſſaria eſſe creditur.

SVMMARIA.

1 *Quàm parum cautè faciant ij creditores qui ad generalem bonorum debitoris omnium obligationem adijciant ſpeciali.m.*

2 *Quibus caſibus putent pragmatici ſpecialem hypothecam maioris vtilitatis eſſe creditori, quam generalẽ.*

3 *Clauſula conſtituti non poteſt facere, vt poſſeſſor quis maneat eius rei quam alius corporaliter ſibi poſſidet, contra pragmat.*

4 *Interueniente contentione de non alienando fundo qui oppignoratus eſt creditori, alienatio non valet.*

5 *Specialis hypotheca ſine conuentione de non alienando pignore, non poteſt impedire alienationem, contra pragmaticos.*

6 *Non minor eſt vis generalis hypothecæ quàm ſpecialis, vt conductori retentio detur aduerſus emptorem quouſque indemnitatem ſit conſecutus.*

7 *Quo pertineat titulus Codicis.* Etiam ob chirograph. pecun. pign. retin. poſſe.

8 *Quo caſu ſpecialis hypotheca vſus ſit neceſſarius.*

1 VÆ proximè diximus, oſtendunt quàm parum caute faciant plerique † creditorum, qui ad generalem bonorum debitoris omnium obligationem aduciunt ſpecialem, cùm inde fiat vt duplicis excuſſionis faciendæ incommodo ſe onerent, ſi quando hypothecariam exercere volent, excutiendi ſcilicet primùm debitoris, deinde excutiendæ ſpecialis hypothecæ. Sunt tamen quidam caſus † in quibus vulgò creditum à eſt à pragmaticis, ſpecialem hypothecam maioris commodi & vtilitatis eſſe creditori quàm generalem. Vnus ille eſt, ſi is qui fundum certis annis certáque penſione fruendum locauit, eum fundum ante finitam conditionem vendiderit. Etſi enim conſtat non teneri emptorem ſtare colono *leg. emptorem 5. Cod. de locat.* quia locatio ſicuti non transfert dominium, ita neque impedit quo minus locator rem ſuam alienando transferat dominium in accipientem, nec conſequenter quominus emptor re ſua pro arbitrio vtatur, ſi tamen is ipſe fundus qui locatus eſt ſpecialiter obligatus fuerit conductori pro eius indemnitate, contractúſque obſeruatione, placet non aliter permittendum emptori, vt conductorem expellat, quàm ſi ante omnia indemnitatem ei præſtiterit, cuius conſequendæ nomine conductor nonnihil perſonalem ex conducto actionem haberet contra locatorem, ſi aut nulla, aut generalis duntaxat hypotheca ſubeſſet: Alter caſus eſt, Si quis iuſta pactione obſtrinxerit ſe ad certum fundum tibi vendendum, iſque poſtea fundum illum alteri vendiderit. Quanquã enim tibi obligatus eſt perſonali actione, quæ ex cõtractu iuſto naſcitur in id omne quod tua intereſt ob fidem ruptam, non ideò tamen minùs tranſlatum videri poteſt dominium in alium emptorem per traditionem à domino factam, niſi ea tranſlatio impedita ſit per ſpecialem eiuſdem fundi obligationem ex *l. ſi creditor 7. §. 1 de diſtrah. pignor.* iunct. *l. ſi ſterilis 21. §. ſi tibi. D. de action. empt.* His itaque caſibus & aliis, ſi qui ſunt ſimiles, volunt pragmatici neceſſariam eſſe ſpecialem pignoris conuentionem, nec ſufficere generalem, quaſi ſpecialis ſit fortior ad rem ipſam, de qua retinenda agitur afficiendam. Sed & ſunt qui putent, ſpecialem ipſam ſufficere, niſi accedat etiam clauſula cõſtituti per quam poſſeſſio transfertur in creditorem, vt idem ſit & creditor & pignoratitius, & pignoris poſſeſſor. Nemo enim dubitat quin facilè ſit donata ſit creditori poſſidenti retentio, quàm non poſſidenti perſecutio. Pro poſſeſſore autem habent creditorem qui per clauſulam conſtituti aut aliter poſſeſſor ſemel factus eſt, licèt tranſlatio facta ſit & domini & poſſeſſionis in emptorem, quia putant habere illum ius aduocandæ adeóque retinendæ ſuæ poſſeſſionis, implorato duntaxat auxilio conſtitutionis Iuſtinianeæ in *l. vltima. C. de acquirend. poſſeſſione*, qui perpetuus pragmaticorum error eſt, totics à nobis conſutandus, quoties inculcandus. Nam vt hinc ordiamur, non poteſt facere clauſula † conſtituti, ſicut nec vera realiſque traditio, vt poſſeſſor quis maneat eius rei, quã 3 alius reuera & corporaliter ſit detinet vt eam non alij, ſed ſibi ſoli habere velit. Cùm enim poſſeſſio aut tota facti ſit non iuris, aut ſaltem facti magis quàm iuris *leg. denique 19. D. ex quibus cauſſ. maior.* pendeátque ex animo eius qui rem tenet ſi alienam poſſeſſionem interuertere, ſibique eam habere malit fieri certè nequit, vt non poſſideat ſiue iuſtè ſiue iniuſtè quiſquis rem tenet animo domini, & conſequenter vt non deſinat poſſidere qui antèà poſſidebat, liquidem duo in ſolidum eiuſdem rei poſſeſſores eſſe non poſſunt *lege 3. §. ex contrario D. de acquirend. poſſeſſion.* quemadmodum diſputauimus *decade quarta* Nec Iuſtiniani conſtitutio in *dict. l. vltima* ad hunc caſum pertinet, quo is qui alieno nomine poſſidebat poſſeſſionem tradidit, ſed ad illum duntaxat quo poſſeſſionem dereliquit, aut etiam prodidit citra traditionem: vt ipſa legis verba præ ſe ferunt. Igitur non eſt cur conſtituti poteſtatem in auxilium euocemus, quando eum caſum tractamus, quo agatur aduerſus emptorem eundémque detentorem rei, quæ ſiue generaliter, ſiue ſpecialiter fuit obligata. Et tamen non facilè, meo iudicio, dici

poteſt, quin prodeſſe debeat hypotheca ſpecialis ſine poſſeſſione ad impediendam dominij tranſlationem, niſi cùm hoc ipſum nominatim conuenit, vt fundus ille
4 alienari non poſſit. Huiuſmodi enim conuentione † intercedente, fateor alienationem non valere, vt pactioni ſtetur, quomodo ſcriptum eſt in *d. l. ſi creditor.* §. 2. *de diſtract. pign.* vbi ſine cauſſa *Baldus*, vt referunt, legebat *vllam* pro *nullam*, quia ſi alienationem à domino factam illud ratam facere ſolet, quòd nihil ſit tam conueniens naturali rationi & æquitati quàm voluntatem domini rem ſuam in alium transferre volentis ratam haberi, *l. adeò 7. §. qua ratione. D. de acquir. rerum dominio.* conſequens eſt, vt qui propria conuentione alienandi facultatem ſibi præceptam voluit, alienare poſteà non poſſit inuito creditore qui ius pignoris in ipſa re habeat, licèt ius ipſum pignoris ſi pactio de non alienando nulla acceſſiſſet, non ſufficeret ad impediendum quominùs ſaluo pignoris iure diſtrahi res poſſet. Enimuerò non aliud admittendum erit ſi generalis tantùm, non etiam ſpecialis hypotheca conſtituta proponatur. Æquè enim rem afficit hypotheca generalis atque ſpecialis. Nec minùs verum eſt ius in re habere creditorem, cui generaliter, quàm cui ſpecialiter pignus datum fuit. Nulla autem
5 interueniente † conuentione de non alienando pignore, nego ſpecialem hypothecam facere poſſe vt alienatio impediatur dummodo debitor qui alienat poſſeſſionem habeat, ſiue veram, ſiue aſtimnam (neque enim ſine poſſeſſione dominium transferri poſſet) cùm nec facere poſſit ne locus ſit exceptioni non factæ excuſſionis, quemadmodum proximo capite diccbamus, cui tamen locus eſſe non poſſet ſi alienatio impediretur, ſiquidem non videretur titulum habere, nec aliquo fauore dignus eſſe, qui ex emptione nulla poſſideret, alioqui priuaretur conuentionis ſuæ fructu creditor ſpecialiter pactus de pignore qui hoc ipſo de non alienando pignore pactus intelligeretur, cùm non leue incommodum ex eo ſentiat, quod debitoris excuſſionem facere cogitur, non facturus vtique ſi debitor ipſe poſſideret, nec alienaſſet. Nihil ergo hac parte intereſt an generaliter pactus ſit creditor de pignore, an ſpecialiter. In alia autem ſpecie cùm locatus fuit fundus, & ante finitam conductionem à locatore alienatus, ſimiliter dico non minorem eſſe
6 vim † generalis hypothecæ quàm ſpecialis, vt conductori tertentio detur fundi aduerſus emptorem, quouſque indemnitatem ſit conſecutus. Nam cùm ex locatione dominium non transferatur in conductorem, vt diximus, negari non poteſt quin obligatis à locatore bonis ſuis omnibus, is quoque fundus qui locatus eſt obligatus intelligatur: Etſi autem non magis poſſeſſio quàm dominium rei locatæ acquiritur conductori, retentio autem non niſi poſſeſſori videtur danda eſſe, tamen verius eſt retinendi pignoris ius habere omnem qui corporalem & aſtimnam habet pignoris poſſeſſionem, quomodo habet conductor qui & ob hanc cauſſam aliquando dicitur naturaliter poſſidere. Fit enim ex conductore creditor ſtatim atque re conducta frui prohibetur, ſiue per locatorem prohibeatur, ſiue per alium qui cauſam habeat à locatore, nec quod incipit ſuo nomine poſſidere eam rem quàm anteà non niſi conducti titulo, id eſt pro alieno poſſidebat, facere debet, vt poſſeſſionis cauſam ſibi ipſi mutare videatur: Vtitur enim iure ſuo, & quidem iure quod ex ipſo conductionis titulo
7 nactus eſt. Et huc maximè pertinet † titulus ille Codicis; *Et iam ob chirographariam pecuniam pignus retineri poſſe.* Retinere namque poteſt quiſquis detinet, licèt non poſſideat eo poſſeſſionis genere quod proprium eſt interdictorum, vt Vlpianus loquitur *in l. officium 9. de rei vindication.* Nec proinde neceſſe eſt adhibitam eſſe in contractu clauſulam conſtituti ad transferendam rei locatæ poſſeſſionem in conductorem, quaſi ſub ea conditione, ſi quid à locatore aduerſus contractum factum erit: quanquam tutius ſanè & melius id fuerit, ne qua pragmaticis cauillandi occaſio relinquatur. Nihilne igitur creditoris interetit vtrum generalem hypothecam habeat an ſpecialem? Nihil prorſus quod ad ipſius commodum attiner, niſi vno caſu, quem nos in Codice Sabaudico proferemus. Solet tamen ſpecialis † hypo- 8
thecæ vſus tum maximè eſſe neceſſarius, cùm antichreſis contrahitur, id eſt, pignus ea lege datum vt fructus ex eo percipiendi cedant in vicem vſuratum, *l. & quæ nondum 15. §. ſi antichreſis. D. de pignor.* Nempe quòd ea pignoris conuentio non aliter valeat, quàm ſi facta non ſit in fraudem legitimarum vſurarum, id eſt, ſi fructus qui ex pignore percipi commodè poſſunt legitimo vſurarum modo reſpondeant. Inde namque fit vt fructuum quoque modus certus eſſe debeat, vt ſciri poſſit, an ſit legitimus, quod tamen obligatis generaliter, datiſque in antichreſim bonis omnibus debitoris ſciri non poſſet: Præter id quod vix eſt, vt quis bonorum omnium antichreſim contrahat, nec ſibi quicquam fructuum reliquum faciat, ex quo ſuam ſuorúmque vitam tueri poſſit.

ERROR V.

De locatore rem conductam vindicante à conductore.

SVMMARIA.

1 *Quodnam ius nouum introduxerit Iuſtinianus in l. ſi quis conductionis. Cod. de locat.*
2 *D. Iuſtiniani conſtitutionem à vera iuris ciuilis ratione abhorrere.*
3 *Quomodo accipienda iuris veteris regula, qui ab aduerſario poſſidet nunquam poteſt aduerſarium vincere ob id quòd poſſideat.*
4 *Expenditur ratio quæ videtur facere pro Iuſtiniano, non eſſe permittendum conductori vt cauſam poſſeſſionis ſibi mutet.*
5 *Obligatio ex contractu conductionis naſcens non aſtringit conductorem ad rem reſtituendam, quam poſt conductionem ſuam eſſe nouit.*
6 *Quis ſit color æquitatis Iuſtinianeæ conſtitutionis.*
7 *Si locator directa rei locatæ vindicatione vtatur, an poſſit conductor dominij quæſtionem referre.*
8 *Sententia pragmaticorum negans.*
9 *Aſſertio autoris affirmans.*
10 *Emptor conuentus hypothecaria à venditoris creditore poteſt negare rem fuiſſe venditoris contra pragmat.*

NOn incelebris eſt conſtitutio Iuſtiniani in *l. ſi quis conductionis. C. de locat.* qua † conſtitu- 1
tum eſt, vt qui conductionis titulo rem tenet, ſi à locatore conueniatur, finita locatione ad eius rei corporalem & naturalem poſſeſſionem reſtituendam, dominij quæſtionem referre non poſſit, nec rei reſtitutionem differre aut recuſare eo prætextu, quaſi dominus ipſe ſit, non is qui locauit. Quæ conſtitutio nouum ſanè ius continet, abhorrénſque à
vera rectáque iuris ciuilis ratione. Etſi † enim nihil 2
commune habet proprietas cum poſſeſſione, priúſque poſſeſſionis quàm dominij quæſtio terminanda eſt, ſi tamen in promptu appareat de iure conductoris, quòd dominus ſit rei à ſe conductæ, dubitari non oportet, quin probatio dominij abſorbeat cauſſam poſſeſſionis, ſi Papinianus potiùs quàm Iuſtinianus conſulatur. Nec obſtabit quòd etiam veteris iuris † regula illa fuit, vt 3
qui ab aduerſario poſſideret, nunquam poſſet aduerſarium vincere ob id quòd poſſideret, *l. 1. §. vlt. D. quod vi aut clam.* Sic enim id accipiendum eſt, quomodo & Vlpianus

Vlpianus loquitur, non vt numquam vincere debeat aduerſarium à quo poſſidet, ſed vt numquam vincere debeat ob hoc ſolùm quia poſſidet, id eſt in cauſſa poſſeſſionis. Cæterùm in cauſſa dominij nihil prohibet quominùs vincere poſſit, cùm eam victoriam non ex eo tibi comparet quòd poſſideat, ſed ex eo quòd ſit dominus. Illa potiùs ratio † facit pro Iuſtiniano,
4 quòd non ſit permittendum conductori vt ſibi mutet cauſſam poſſeſſionis, quam vtique mutare videtur, cùm incipit velle pro ſuo & pro domino poſſidere rem quam antèà pro alieno, nec niſi conductionis titulo poſſidebat. Sed tamen fieri poteſt vt dominij quæſtionem referat, nec tamen ſibi mutet cauſſam poſſeſſionis, vt puta, ſi non priùs pro ſuo poſſidere velit, quàm de dominij ſui iure cognitum fuerit, & pronunciatum, priùs autem de dominij iure cognoſci & pronunciari velit, quàm rem reſtituere compellatur. Quid ergo? Moram tantùm facit in ea re reſtituenda quam conducti titulo adhuc tenet. Quòd ſi addas, obligatum † eſſe ex contractu con-
5 ductorem vt rem ſibi locatam reſtituat locatori, nec audiendum eum eſſe qui propriæ obligationi ſatisfacere recuſet, dicam obligationem illam nullo iure, & ſine cauſſa factam reperiri, ex quo apparet rem conductam fuiſſe conductoris, neque enim rei ſuæ conductio magis quàm emptio aut pignus conſiſtere poteſt, *l. neque pignus 35. D. de regul. iur.* Et quemadmodum locator non facit dominum conductorem, ita nec dominium ſuum amittit conductor ob id ſolùm quòd rem ſuam conduxerit, præſertim ſi ignorans conduxit. Nam diſtinctio illa an conductor ſciuerit, an ignorauerit, ad cauſſam ſoluendæ penſionis aut amittendæ poſſeſſionis pertinet magis, quàm ad ius dominij transferendi. Eſt enim difficilior dominij amiſſio & acquiſitio, cùm nec ſine traditione dominium transferatur, neque verò ex traditione ipſa, ſi nuda ſit, id eſt, nullo iuſto & legitimo titulo ſuffulta, *l. numquam nuda. 20. D. de acquir. rer. domin.* Ha-
6 bet tamen Iuſtiniani † conſtitutio hunc æquitatis colorem, quòd quandiu non apparet cuius ſit res conducta, negari non poſſit quin ſubſiſtat inter locatorem & conductorem obligatio mutua locati & conducti, & conſequenter quin ex bona fide poſt finitam conductionem reſtituere rem debeat conductor, qui in id vſque tempus eam & alieno nomine poſſedit, & tanquam alienam. Sed hoc ita, ſi ex locationis contractu conue-
7 niatur. Quid enim ſi locator † rem à ſe locatam vindicet tanquam ſuam? Non ſum neſcius pragmaticos pleroſ-
8 que in ea eſſe hæreſi, vt putent, † nec hoc etiam caſu permittendum conductori vt referat dominij quæſtionem, quia non eò minus conductor eſt, & in mala fide, ſi non ante omnia rem ipſam reſtituat, poſtmodum eam dominij iure ſi volet, & poterit, vindicaturus. Sed errant manifeſta iuris alioquin apertiſſimi ignoratione. Quiſ-
9 quis † enim agit rei vindicatione, cogitur probare ſe dominum eſſe, ſi negetur: nec priùs poteſt vincere quàm intentionem ſuam impleuerit, licet reus nullo iure ſe probet poſſidere *l. vltim. C. de rei vindicat.* Id enim eſt quod dici ſolet, vicioſam quoque poſſeſſionem, id eſt, quæ nec titulo, nec bona fide adiuuetur, aduerſus extraneos prodeſſe ſolere, id eſt, aduerſus eos qui nullum ius habent vindicandi *l. vlt. D. de acquir. poſſeſſ.* Multùm igitur intereſt an conductor directa rei vindicatione, an ex contractu locationis à locatore conueniatur. Poſteriore demum caſu locum habet conſtitutio Iuſtiniani, non etiam priore: ne eam apertè vis fiat legibus, & iuris rationi, præſertim cùm imputare ſibi locator debeat, cur vindicationem pro actione perſonali elegerit, nec Iuſtinianeæ conſtitutionis beneficio vti maluerit. Multo autem faciliùs admittendum illud etiam eſt, ſi conductor ab alio quàm locatore ex aliqua cauſſa, non tamen ex contractu ipſo locationis conueniatur permittendum illi eſſe vt dominij quæſtionem referat, negétque fuiſſe rem locatoris, quoniam & agente ipſo locatore, dum ne ex contractu locationis eam quæſtionem referre poſſet. Cui non diſſimile illud etiam eſt quod dicimus, licèt pragmaticis ferè omnibus mirum id, & nouum, ne dicam falſum, videatur, eum qui ab alio † emit, non videri hoc 10
ipſo fateri venditorem dominum, cùm aliena quoque res emi poſſit, in eóque decipi etiam emptor, qui ad emptionem accedens putat rem eſſe venditoris. Idcóque ſi emptor per quaſi Seruianam conueniatur à venditoris creditore hypothecario, negare poterit, venditoris vnquam rem fuiſſe vt excludat hypothecariam, quæ non aliter tenet quàm ſi res obligata probetur in dominio fuiſſe debitoris, & quidem eo tempore quo pignoris obligatio contracta eſt, niſi cùm etiam futura bona in obligationem deducta fuerunt *l. & quæ nondum 15. §. quod dicitur. D. de pignor.* Nimirum quoniam hypothecaria actio vindicatio quoque eſt, licèt pignoris non dominij, nec fieri poteſt vt quis rem alienam obliget. In quo pignus differt à venditione. Pignoris enim obligatio rem ipſam quæ obligatur, afficit, venditio verò non niſi perſonam venditoris, *l. rem alienam 18. D. de contr. empt.*

ERROR VI.

De venditis fructibus fundi iam locati.

SVMMARIA.

1 *Ex pragmaticorum ſententia Venditione fructuum eius rei quod priùs locata fuerat, diſſoluitur locatio.*
2 *Ratio d. ſententiæ, quia per venditionem fructuum transfertur dominium, per locationem non item.*
3 *D. rationis diſcuſſio.*
4 *Emptor fructuum conductori fundi per omnia videtur comparandus.*
5 *Differentia quæ inter creditorem fundi & fructuum emptorem videtur conſtituenda.*
6 *Fructuum dominium ante perceptionem non acquiritur emptori.*
7 *Fructus venditi & percepti ſpectant ad emptorem duplici ratione, ad conductorem verò nonniſi vna tantùm ratione pertinent.*
8 *Qui fructus vendit eius fundi quem locauit incidit in ſtellionatum ſi fructuum emptorem non præmoneat.*
9 *Perfecto ſemel contractu, voluntas locatoris declarata in contractu non poteſt ita facilè inſcio & inuita conductore reuocari.*
10 *Oblata conductori indemnitate an emptor fructuum ante perceptionem ei præferendus ſit.*

SÆpenumero mirari mihi contingit, & inueſtigare quam rationem haberet quod pragmatici toties iactitant, Venditione † fructuum eius rei quæ priùs locata fuerat, diſſolui locationem, quod Galli vulgo ſic exprimunt. *Vente de fruicts rompt ceuſe.* Nam cùm id paſſim receptum ſit, adeóque ſine lege, non inutilis ſanè, aut Iureconſulto indigna quæſtio eſt an dicatur etiam ſine ratione. Illa autem ratio † prima, &, ni fallor, ſola oc- 2
currit, quòd per venditionem transferatur dominium ac ius omne quod fuit penes venditorem, non etiam per locationem. Inde enim fieri videtur vt emptor fructuum dominij iure vincere debeat conductorem qui dominus non eſt. Mihi tamen attentiùs intuenti ratio † hæc pro- 3
bari in propoſito non poteſt, id eſt cùm de fructuum venditione diſputamus, ſed eo demum caſu quo fundus ipſe venditus ſit. Fundo namque vendito, fateor non teneri emptorem ſtare colono, vt apertè ſcriptum eſt in *l. emptorem 9. C. de locat.* quia cùm per emptionem factus ſit dominus fundi, non ſolùm prohibendus non eſt quominùs re ſua pro arbitrio vtatur, ſed etiam quod ad

ipſos

ipſos fructus attinet, anterius & potentius ius habet quàm conductor, ſcilicet tanquam dominus, quandoquidem fructus pendentes fundi pars videntur *l. fructus* 44. *D. de rei vindicat.* ac proinde priùs etiam quàm percepti ſint, pertinent ad emptorem eodem dominij iure quo fundus ipſe: Conductor verò ſicut nihil iuris in fundo habet, ita nec in fructibus quamdiu in fundo ſunt & antequàm eos perceperit: itaque mirum non eſt ſi à fundi emptore dominij iure expelli poſſit, & prohiberi ne fructus percipiat, inuito eo qui dominium ipſorum habet. At in fructuum emptore nihil eſt quod facere poſſit vt eadem illius quæ emptoris fundi ratio conſtitui debeat. Quinimo conductori † potiùs per omnia & in omnibus videtur comparandus 4 Neque enim dici poteſt quicquam iuris habere in fructibus antequàm à fundo ſeparati ſint, cùm nec ius vllum habeat in fundo ipſo cuius partem fructus conſtituunt: ſicut nec bonæ fidei poſſeſſor, qui tamen quod ad fructus attinet, penè in omnibus domini loco habetur *l. bonæ fidei* 48. *ff. de acquir. rer. domin.* nempe quia fieri non poteſt vt fundi ius & dominium non ſequantur fructus qui ſunt in fundo. Poſteà verò quàm à ſolo ſeparati ſunt non nego fieri eos emptoris cui venditi ſunt, ſi eos perceperit: Sed dico perinde fieri conductoris qui eos percipit, quia quamuis non emerit, tamen voluntate domini eos percipit, quod vtique ſufficit vt ſuos facere poſſit, quemadmodum Africanus argumentatur in *l. ſi ſervus* 64. §. *locavit. D. de furt.* Tantundem igitur in fructibus iuris habet conductor fundi quantum emptor fructuum. Niſi forte quis velit differentiam illam inducere, † 5 vt fructuum dominium acquiratur conductori ſolâ perceptione, emptori verò fructuum ſola ſeparatione, exemplo ſimilis differentiæ quæ inter bonæ fidei poſſeſſorem & fructuarium traditur in *l. ſi fructuarius meſſem* 13. *D. quibus mod. uſusfruct. amitt.* Nam cùm emptio fructuum valeat tanquam rei futuræ, quaſi ſub ea conditione contracta ſi fructus naſcentur, nihil aliud eſſe videtur quod impediat ne ſtatim emptor dominus fiat quàm quod fructus nulli ſint ante ſeparationem. Separatione autem ſecuta proculdubio fructus fieri incipiunt, conditióque emptoris exiſtit etiam ante perceptionem: ſed tamen nego conſequens ex eo fieri 6 vt fructuum † dominium emptori ante perceptionem acquiratur, nam ad acquiſitionem dominij ex cauſſa emptionis conditionalis, non illud ſatis eſt impletam eſſe conditionem, ſed traditionem quoque rei venditæ interuenire neceſſe eſt, ſiue ante, ſiue poſt conditionis implementum §. *vendita. Inſtitut. de rer. diuiſ.* Traditio enim illa eſt quæ dominium transfert, non conuentio *l. traditionibus* 20. *C. de pact.* Atqui fructuum venditorum traditio nulla fieri poteſt ante ſeparationem, quia necdum vlli in rerum natura eſſe intelliguntur, vt diximus, quod autem nondum eſt, tradi nullomodo poteſt. Fieri ergo nequit vt ſola ſeparatione fiant emptoris, omninóque neceſſe eſt expectari perceptionem, vt eos emptor ſuos faciat, ſiue quòd eos percipiat ex voluntate domini, quemadmodum diximus de conductore, ſiue quòd patientia domini ſcientis & volentis fructus percipi ab emptore traditionis vice ſit, vt euenire ſolet in vſufructu conſtituendo in ſeruitutibus tradendis, aliiſque huiuſmodi iuribus incorporalibus quæ veram traditionem non admittunt *l. 3. §. 1. de vſufr.* Quæ poſterior ratio conductori non conueniret, quia cùm per locationem non id agatur vt tranſlatio vlla dominij fiat in conductorem, traditio nulla fructuum neceſſaria eſt, ſufficitque traditum eſſe fundum etiam ante fructus aut ſatos aut ſeparatos, vt conductor intelligat habere ſe ius percipiendi ex domini voluntate fructus qui in eo fundo naſcentur. 7 Itaque fructus venditi † & ab emptore percepti ſpectant quidem ad emptorem duplici ratione, qui autem ex fundo locato percepti ſunt à conductore non niſi vna ratione ad conductorem pertinent, ſed tamen tam citò ad hunc quàm ad illum, quia in vtroque perceptionis tempus expectatur. Proinde ſi conductor diligentior fuerit in iis fructibus percipiendis, prior quoque fructuum dominus factus videbitur, emptorique in dominij quæſtione præferendus erit, ſicut euenit, cùm pluribus eadem res diuerſis emptoribus vendita eſt. Præfertur namque ſi cui priùs tradita fuit *l. quoties* 15. *Codice de rei vindicat.* Quamuis enim vnus tantùm hîc emptor ſit, non duo, tamen cùm tantundem iuris habeat conductor ad fructus ſuos faciendos quantum ſi emiſſet, parum meo iudicio intereſt an duobus quis fructus vendiderit eoſdem, an verò vni fundum locâuerit, alteri verò eiuſdem fundi fructus vendiderit, & vtroque caſu incidit † in ſtellionatum ſi non præmoneat emptorem fructuum, quòd fundus ille ſit locatus. 8 Obiicies fortaſſe, imò verò conductorem hoc caſu non poſſe fructus ſuos facere, quia nec poteſt videri eos percipere ex voluntate domini qui ante perceptionem eos fructus alteri vendidit. Verùm reſpondeo voluntatem † illam locatoris declaratam in contractu vltroci- 9 troque obligatorio non ita facilè & inſcio aut inuito conductore reuocari poſſe, poſteaquam contractus ſemel perfectus fuit *l. ſicut* 4. *Codice de obligation. & action.* Adeo vt quamuis voluntas morte finiri ſoleat, ius tamen conductoris ex eiuſmodi voluntate ſemel acquiſitum, locatoris morte non finiatur, nec heres mutare voluntatem poſſit. *l. viam veritatis* 4. *Codice de locat.* Quanto minùs igitur locator ipſe mutare poterit, niſi præſtita priùs conductori indemnitate? Præſertim verò, ſi, vt paſſim hodie fieri aſſolet, vniuerſa locatoris bona generaliter conductori obligata proponantur pro contractus obſeruatione. Nam cùm ea ratione fructus quoque ipſi obligari intelligantur tanquam bona futura (priùs enim eſt vt cùm extare incipient, fiant locatoris quàm vt ex perſona locatoris eiuſdémque venditoris acquirantur emptori) quidni permittemus conductori vt eos iure ſuo percipiat inuito etiam locatore, in cuius quippe poteſtate non eſt vt benè ſemel contracti pignoris vinculum diſſoluat? Dices non eo minùs ſaluum fore vinculum pignoris quòd fructus illi emptori acquirentur, quia ius prioris ex quo contractum eſt nihil cum cauſſa dominij commune habet. Sed ſi admittas cõductorem ius habere debere auocandorum per hypothecariam ab emptore fructuum poſtquàm emptor eos perceperit, quanto magis ei licebit ius ſuum exequi in rem ſibi obligatam, quandiu res illa in debitoris ſui dominio adhuc eſt, & priuſquàm ad emptoris dominium perueneret? Aut cur conductori denegemus facultatem percipiendi fructus qui nondum ſunt emptoris, cùm ſi eos percepiſſet etiam poſtquàm emptoris facti eſſent, retinere tamen illos ſuo iure poſſet? Sanè ſi ponas offerri † ei indemnitatem 10 pleniſſimam ſiue ab ipſo locatore ſiue à fructuum emptore, qui quod ad fructus attinet in locatoris ius ſucceſſeris, videlicet ante perceptionem, admitti faciliùs poſſit potiorem emptoris quàm conductoris cauſſam eſſe oportere, quia iusomne, conductoris pendet ex obligatione locati & conducti, quæ cùm ſit perſonalis non eò pertinet vt dominium fructuum acquiratur conductori, ſed tantùm vt creditori præſtetur frui licere, aut ſi non præſtabitur quanti conductoris intererit locator condemnetur. Sed tamen vrget hoc etiam caſu pro conductore, quòd locator ipſe ſi indemnitatem conductori offerre quàm patientiam, cùm poſſet, præſtare mallet, non eſſet audiendus: Neque enim permittendum eſt ei qui contraxit vt ſi contractui ſatisfacere poſſit liberetur præſtando id quod intereſt. Sicut dicimus etiam de venditore qui ſi rem venditam præſtare poſſit, nec tamen velit, condemnandus eſt præciſè vt tradat, nec eius quod intereſt præſtatione liberatur vt nos ex Pauli ſententiis docuimus

mus *lib. 6. Coniect.* Cur ergo plus iuris demus emptori fructuum ex perſona locatoris quàm locator ipſe habiturus eſſet ſi fructus non vendidiſſet? Nec enim reſponderi poteſt idem contingere fundo quoque venditò qui locatus fuerat. Nam venditio fundi idcirco non impeditur per locationem; quia nihil iuris conductor habet in fundo, quódque locator plus iuris transferat in emptorem fundi pro fructibus quàm eſſet ipſe habiturus, fit per conſequentias, quoniam qui Dominus fundi eſt, is vt fructuum qui ex eo fundo naſcentur Dominus etiam ſit neceſſe eſt. At cùm fructus venduntur iniuria fit conductori in ea ipſa re quam ex voluntate locatoris ſibi acquirere volui, nec aliud transfert venditor in emptorem quàm illud ipſum ius, quod non habuit inuito conductore, percipiendi. ſ. fructus ex fundo locato naſcituros. Alioqui perinde dicendum eſſet poſſe eum qui tibi fundum iam locauerit, alteri iterùm locando ius tuum extinguere, quoniam non minùs hic mutat voluntatem alteri locando, quàm ſi fructus vendidiſſet, & tamen nemo id dixerit quia in pari cauſſa duorum conductorum, potiorem eum eſſe neceſſe eſt, qui prior contraxit, ſaltem eo caſu quo prior etiam fructus perceperit, vt in locatione pluribus facta diuerſis temporibus, idem ſeruetur quod in venditione. Igitur ſi conductor de quo agimus diligentior fuerit in percipiendis fructibus, quàm is qui fructus emit, dicendum eſt æquè præferri eum debere in dominio fructuum acquirendo, quemadmodum contingeret ſi pluribus diuerſo tempore iidem fructus venditi eſſent. Nec. n. quicquam cauſſæ eſt cur minus iuris habere debeat conductor in fructibus fundi locati quàm ſi eos emiſſet, aut cur melior ſit conditio emptoris fructuum, quàm ſi conduxiſſet. Neuter ſiquidem Dominus ſit fructuum niſi ex perceptione, quæ vt dixi, traditionis loco eſt. An igitur non plus iuris habebit emptor fructuum etiamſi prior contraxerit, quàm is cui poſteà idem fundus locatus fuit? Non plus vtique niſi eos fructus aut ſpecialiter aut generaliter cum cæteris bonis ſui venditoris habuit obligatos. Nam & ſimiliter conductor etiam qui poſterior contraxiſſet omnimodo præferendus eſſet ſi ſolus vinculo pignoris niteretur. Quòd ſi vterque ius pignoris in iis fructibus habuit, is potior erit qui in pignore prior reperietur. Quid denique ſi quod plerunque fit, alteruter, id eſt, vel emptor fructuum vel conductor poſſeſſionem fructuum nactus ſit per clauſulam conſtituti? iam diximus *Decade quarta* heri non poſſe, vt per conſtitutum transferatur poſſeſſio bonorum futurorum. Sed ſi pragmaticorum errorem pro iure haberi velis, dicam potiorem fore conditionem eius qui per clauſulam illam poſſeſſor factus erit, quia poſſeſſio fructuum plus quàm perceptio eſt, nec poſſunt videri non percepti fructus qui iam poſſidentur. Quid ſi vterque, vt ſæpe ſit, eandem habeat clauſulam conſtituti? Concurret vterque in poſſeſſione, & conſequenter in dominio, ſicut & concurrerent in pignore ſi vtrique oppignerati eſſent fructus, licèt diuerſis temporibus *l. idemque 7. §. 1. D. qui potior. in pign. habeant.* Quamquam ſi verum amamus, abſurdum eſt fieri eos poſſeſſores per illum qui numquam ipſe poſſederit.

ERROR VII.

De tutela impuberis, auum paternum & matrem habentis.

SVMMARIA.

1 *Error pragmaticorum putantium impuberis auum paternum habentis tutelam ad matrem deferendam eſſe.*

2 *Dicti erroris confutatio.*

3 *Rationis pragmaticorum refutatio.*

NIHIL dici, meo iudicio, poteſt † abſurdius quàm quod pragmaticis placere † video, impuberis, qui amiſſo patre auum paternum & matrem habeat ſuperſtites, tutelam ad matrem deferri, licèt eius ſententiæ autorem laudent Bartolum ad *Nouell. vt lic. matr. & auiæ.* Nam cùm † hic impubes in aui paterni maneat poteſtate, in qua & pater erat (ponimus enim nepotem eſſe ex filiofamilias non ex emancipato) repugnat omnino principiis & rationi iuris vt ei tutor detur. Eſt enim tutela ius in capite libero, vt Scæuola definiebat, & conſequenter imago quædam & participatio patriæ poteſtatis: propter quam cauſſam nullo iuris loco, nullóque caſu apud iureconſultos ſcriptum reperias tutorem dari ei qui in alterius ſit poteſtate, quia non magis id fieri poteſt, quàm vt quis eodem tempore ſit in poteſtate duorum: quod non ſolùm ius ciuile, ſed natura etiam ipſa abhorret. Inde etiam fiebat vt iure ciuili fœminis nullo caſu tutela deferretur, ne matri quidem & auiæ ante Iuſtiniani conſtitutionem, quæ in eam rem nominatim facta eſt, quoniam fœminæ non habent nec habere poſſunt ius poteſtatis, ne in liberos quidem. *l. illud 4. §. ad teſtamenta. D. de bonor. poſſ. contr. tabul.* Quid ergo fuit quod in iure tam aperto † Bartolum pragmaticorum, vt puto, potiùs quàm iuris anteſignanum falſitere potuerit? Hoc vnum. ſ. quod ex vulgata regula, eò tutela deuolui ſolet quò redit hereditas *l. quò tutela 73. De regul. iur.* certum autem eſt in filij hereditate matrem præferri auo etiam paterno, quia proximior eſt in gradu, inter aſcendentes verò prærogatiuam gradus ſeruari Iuſtinianus voluit, vt qui proximior eſt cuiuſcunque ſexus ſit & ex quacunque linea cæteris omnibus præferatur, *Nouel. 118. de hered. ab inteſt. venient.* Cur non ergo, inquiunt, mater auo paterno in tutela præferetur? Sed in promptu reſponſio eſt ineptam & ridiculam eſſe ratiocinationem, quia Iuſtiniani conſtitutio quæ de tutelis eſt, itémque illa quæſtio, cuinam potiùs deferenda ſit tutela, ad eum caſum pertinet quò de tutela tractari poſſit. Sunt enim vt vulgò tractant & recte, præſupponendi termini habiles. Nos autem negamus tractari poſſe de tutela eius qui ſit in aui poteſtate non magis quàm ſi patrem ſuperſtitem haberet. Priùs ergo probare *Bartolus* debuit dandum eſſe huic impuberi tutorem, quàm de eo diſputare, Matérne danda ſit, an auus paternus. Sanè in auo materno poteſt locum habere hæc quæſtio, itémque ſententia & ratio *Bartoli*, quia nepos ex filia non eſt in aui materni poteſtate. Quamquam illud etiam abſurdum videtur filiamfamilias, quæ ipſa non ſit ſui iuris, habere filium in poteſtate iure tutelæ *l. ſic euenit 21. ff. ad l. Iul. de adult.* Illud vtique conſtat ſi nepos ſit ex filio emancipato matrem auo paterno propter Iuſtiniani conſtitutionem præferri debere.

ERROR VIII.

De curatore ei dando qui in patris aut aui paterni eſt poteſtate.

SVMMARIA.

1 *Error pragmaticorum putantium aliquando filiofam. tutorem ſine curatorem dari poſſe.*

2 *Dicti erroris confutatio.*

NON multùm diſtat † error hic à ſuperiore. Nam quemadmodum ex vera rectáque iuris ratione ei qui in patris aut aui paterni poteſtate eſt, tutor dari nullomodo

lo modo potest, ita nec curator. Etsi enim ea inter tutorem & curatorem differentia est quòd tutor personæ, curator bonis datur, tamen fieri nequit vt qui alium in potestate habet, non habeat etiam illius bona si qua sint, sequuntur namque bona personam eodémque iure censentur. Et tamen casus quidam sunt in quibus putant pragmatici inducendum esse vt etiam filiofamilias curator detur, præsertim impuberi aut minori. Nimirum quoties patri aut auo paterno ex aliqua causa auferetur legitima administratio, puta si aut prodigus ipse sit aut mente captus qui nec administrare possit, vel cùm aliquid filiusfamilias facere cogitur quod sit in rem patris, finge cogendum eum fideiubere pro patre, aut proprias res vendere vt patrem à vinculis eximat & liberet. Nam cùm nemo in rem suam alteri autoritatem præstare possit *l. 1. D. de autor. tutor.* consequens videtur vt in id necessaria sit auctoritas curatoris, maximè si filiusfamilias impubes aut minor annis vigintiquinque proponatur. Solent enim quæ à minoribus sine curatoris autoritate gerantur, minoris esse momenti, & facilius admittere in integrum restitutionem, si læsio aliqua intervenit. Sed si
2 mecum † attentiùs rem intueare, non negabis pragmaticos hîc desipere, & si insanis omnibus curator dandus est, curatore ipsos indigere. Cùm. n. pater aut auus paternus iis moribus est vt legitimam bonorum filij administrationem ei auferri oporteat, non ideò tamen amittit ius patriæ potestatis, quippe quod non ex moribus sed ex solo patris nomine, iurisque autoritate & constituitur & æstimatur. Atqui ratio, vt diximus, quæ impedit ne filiofamilias tutor aut curator dari possit tota pendet ex iure patriæ potestatis. Non igitur tutoris aut curatoris dandi necessitatem inducere illud potest, quòd patet desierit esse administrator. Separata. n. sunt iura patriæ potestatis & legitimæ administrationis, equidem administratio legitima quam habet pater in bonis filij pendet ex patria potestate tanquam effectus à causa. Sed non quemadmodum cessante causa cessat effectus, ita dici potest cessante effectu causam cessare. An igitur patri dementi aut prodigo permittemus administrationem bonorum filij, aut ipsi filio qui fortasse dementior sit & insanior liberum patrimonij sui administrandi arbitrium relinquemus? Nequaquam. Sed patri curatorem dabimus, qui non tantùm bonorum patris administrationem habeat, sed etiam bonorum filij ex persona patris perinde ac si patris bona essent, quæ sunt filij: vt administratio bonorum filij confluat in administrationem bonorum patris: quasi vnum idémque sit patrimonium, sicut patris & filij vna eadémque persona esse intelligitur. Quod ad alium verò casum pertinet quo curatoris datio necessaria esse existimatur, id est, si in rem patris aliquid faciendum sit à filio, æquè ineptire pragmatici mihi videntur: non quòd putem permittendum patri vt in rem suam præstet filio autoritatem, sed quia officium & autoritas iudicis sufficere in eam rem potest. Quis enim melius quàm iudex ipse qui optimus sit iuris interpres & arbiter, æstimare possit quid filium pro patre facere oporteat? Aut quod periculum est ne fortè filius minor quandoque in integrum restituatur ex causa ætatis aut læsionis aduersus id quod & iure cogente & magistratu iubente fecerit? Non enim omnia quæ à minoribus geruntur, suspecta sunt, & periculo restitutionis obnoxia, sed ea duntaxat, quæ propter ætatis lubricam & inconsultam facilitatem minori damnum adferunt. Cæterùm non videtur deceptus qui iure communi vtitur *l. vlt. C. de in integr. restit. minor.* Nec conqueri filius debet à se factum id pro patre, quod ni fecisset, ingratus à patre dici, ex eáque causa exheredari potuisset. Sic dicimus Patrem recusantem, autoritatem præstare filio volenti agere aduersus eum cui pater ipse aliquid ex bonis ipsius filij aduenticiis vendiderit, cogendum nihilominùs esse vt eam autoritatem præstet & quidem officio iudicis, ac uelicèt iurauerit, nũquam se contrauenturum aut contrauenienti consensurum: potiùs quàm vt admittamus curatorem filio in eam rem dari, quoniam, vt Baldus tractat ad *l. vlt. §. in computatione. C. de iur. delib.* potest quis venire etiam contra factum proprium ratione officij sui, & in omni iuramento & promissione intelligitur excepta autoritas superioris. Et tamen quia fieri facilè potest vt paterna verecundia filium impediat ne audeat adire iudicem, vt patri imperetur necessitas autoritatis præstandæ, æquissimè constitutum est à Iustiniano in *l. 1. §. vlt. C. de annal. except.* vt præscriptionis tempora non currant contra filiumfamilias quandiu remanet in patris viui potestate, quod & iam anteà in bonis maternis statutum fuerat à Constantino in *l. 1. C. de bon. matern.* Quibus constitutionibus vtique ratio nulla constaret, si ita ius esset, vt etiam viuo patre dari filiofamilias curator posset. Imputandum enim esset filio cur eum curatorem non petiisset. Sed neque cogendus esset pater, etiam inuitus, autoritatem præstare filio ad agendum, si alia ratione consuli filio commodè posset per dationem curatoris: quomodo tamen cogi eum posse, officio scilicet iudicis, voluit Iustinianus in *l. vlt. §. necessitate. C. de bon. qua liber.*

ERROR IX.

De minore curatorem habente.

SVMMARIA.

1 *Minori curatorem habenti difficiliùs permittitur vt contrahat sine curatore, quàm si nullum haberet.*
2 *Potest tamen sine curatore stipulanti promittere, & à promittente stipulari.*
3 *Prohibita minori alienatione prohibita quoque censetur obligatio qua ad alienationem peruenitur potest.*
4 *Non recta est in omnibus prodigi, cui bonis interdictum est, & minoris curatorem habentis comparatio.*
5 *Nec minoris curatorem habentis & pupilli.*

INTEREST sanè an minor curatorem habeat, nécne. Etsi enim minor non aliter restituitur, quàm si læsus sit, siue curatorem habeat, siue non: tamen cùm habet † 1
curatorem, difficiliùs ei permittitur vt contrahat sine curatore quàm si nullum haberet. Nimirum si res suas vendere velit sine decreto. Nam quod ad hanc rem pertinet non absimilis videtur ei cui à prætore, curatore dato, bonis interdictum est: vt Imperatores Diocletianus & Maximianus responderunt in *l. si curatorem habens 3. C. de integr. restit. minor.* Alienatio. n. rerum minoris siue mobilium, siue immobilium, sicut maioris, & præcipui momenti est, ita difficiliùs permittenda visa fuit, ne alioqui totius patrimonij iacturam facilè minor incurrat, quod ne fiat curator ei dari in id solet. Sed non eo minùs ei permittendum est † vt stipulanti, promit- 2
tendo sine curatore suo, se obliget *l. puberes 101. de verb. obligat.* sicut & sine curatore stipulari posset *l. neque tutoris. 7. C. de contr. & commist. stipulation.* Quamquam enim prohibita † alienatione solent ea quoque prohibita intelligi, per quæ ad alienationem peruenitur potest, 3
ex obligatione autem minoris valida fieri potest vt ad bonorum eius distractionem perueniatur, si is qui ritè rectéque obligatus est, nolit soluere *l. magis puto 5. §. si pupillus stipulanti. D. de reb. eor. qui sub tutel. vel cur. sunt non alien.* tamen ea distractio minùs periculosa suspectáque est, quæ non nisi per iudicem & caussâ cognitâ fieri potest, & consequenter ita demum si appareat iustam obligandi minoris causam fuisse, nec aduersus eam obligationem restitutio in integrum ex iusta causa postuletur. Ex quo apparet, non rectam esse † in omnibus pro- 4
digi,

digi, cui bonis interdictum eſt dato curatore, & minoris curatorem habentis comparationem. Nam is cui bonis interdictum eſt, non magis obligare ſe poteſt promittendo, quàm rem ſuam tradendo in alium transferre. *l. is cui bonis. 6. D. de verb. obligat.* Et ridiculi ſunt interpretes noſtri, qui quod ſcriptum eſt in *dict. l. puberes*, de eo pubere intelligunt, qui non habet curatorem, cùm tamen lex dicat *ſine curatoribus ſuis*, vt & iam antè nos *Iacobus Cuiacius* ad eum locum obſeruauit. Sed magis ridiculi ſunt pragmatici, qui minorem † habentem curatorem putant in omnibus comparandum eſſe pupillo: ex eóque inferunt, nec ſi vendat rem ſuam adhibito iureiurando, poſſe tamen valere venditionem, & confirmari ex conſtitutione Friderici, quæ ſacramenta puberum ſponte facta ſuper contractibus rerum ſuarum non retractandi inuiolabiliter cuſtodiri iubet. *Auth. ſacramenta puberum. Cod. ſi aduerſ. vendit.* Nam cùm ea conſtitutio nihil aliud requirat ad contractus quoſlibet etiam alienationum validandos, niſi vt pubes fuerit is qui iurauit, quis putet puberem hoc ipſo fieri impuberem aut pro impubere habendum, quòd curatorem habeat, ne iurando obligetur? Sed & conſtat pupillum, etiamſi poſſit vtiliter ſtipulari ſine tutore *d. l. neque tutoris*, obligari tamen & promittere ſtipulanti niſi tutore autore non poſſe *l. ſi pupillus 127. D. de verb. obligat.* cùm tamen minor etiam ſine curatore ſuo rectè obligetur *dict. l. puberes.* Non igitur eadem in omnibus ratio eſt pupilli, quæ minoris curatorem habentis. Et ſanè ſi verum eſt, quod interpretes omnes, itémque pragmatici clamitant, iuſiurandum poſt ſupradictam Friderici conſtitutionem habere vim decreti & ſolennitarum omnium, quas alioqui neceſſe eſſet interuenire in venditione rerum minoris, cur requiremus præſentiam curatoris, quæ vna eſt éx ſolennitatibus requiſitis? Quamquam vtrum id verum ſit, quòd iuſiurandum habeat vim decreti omniúmque ſolennitatum, quoniam id quoque mihi ſuſpectum eſt, alio loco diſcutiendum erit.

ERROR X.

Vbi conueniri debeat is qui ex cauſſa euictionis vel mandati autor laudatur.

SVMMARIA.

1 *Venditor ſequitur forum & iudicem emptoris.*
2 *Quomodo à pragmaticis propoſitum enuntiatum accipiatur.*
3 *Sententia pragmaticorum confutatio.*
4 *In quibus actionibus actor forum rei ſequi debeat.*
5 *Qua ſit ſententia legis venditor. 49. D. de iudic.*
6 *Venditor qui negat ſe ad litem pro emptore ſuſcipiendam teneri apud iudicem emptoris non cogitur litigare, ſed apud ſuum conueniendus eſt.*
7 *Senſus l. 1. Cod. vbi in rem act. exerc. deb.*
8 *Vbi cogatur litigare qui à fideiuſſore ex cauſſa mandati ad litem defendendam vrgetur.*

RITVM eſt, venditorem † ſequi forum & iudicem emptoris, *l. venditor. 49. D. de iudic. l. 1. in fi. C. vbi in rem actio.* Sed tamen à pragmaticis omnibus id peſſimè acceptum eſt. Putant † enim, ſi quis tanquam venditor laudetur autor ab emptore cui res euincitur, in cámque rem conueniatur ad rem defendendam, cogi illum apud emptoris iudicem litigare, non ſolùm ſi fateatur ſe teneri, quod ſanè dubitationem non habet, ſed etſi neget ſe vendidiſſe, aut de euictione obligatum eſſe, aut quid aliud alleget propter quod litem defendere non teneatur. Quod vtique † falſum eſt, & ex rectis iuris ratione defendi nullomodo poteſt. Nam ſiue quis ex venditione, ſiue ex cauſſa mãdati conueniatur, vt litem pro alio ſuſcipiat, is neceſſe eſt vt ex contractu, vel ex quaſi contractu conueniatur, ergo perſonali actione. Perſonales enim actiones ex ſunt omnes, quæ vel ex contractu vel quaſi, vel ex delicto vel quaſi proficiſcuntur. Porrò in eo perſonalium † actionum genere aperti ſſimum & perpetuum ius eſt, Actorem forum rei ſequi debere *l. 2. C. de iuriſdict. omn. iudic.* Quod & in actionibus in rem locum habet, niſi quod eo caſu, etiam in iis locis in quibus res, propter quas contenditur, ſitæ ſunt, actio in rem contra poſſidentem exerceri poteſt *l. vlt. C. vbi in rem act. exercer. deb.* Nec huic noſtræ ſententiæ † repugnat quod ſcriptum eſt in *d. l. venditor.* Tractat enim illo loco Paulus de venditore qui ab emptore denunciatus vt cuin euictionis nomine defenderet, non negabat ſe teneri, ſed dicebat ſe ſui iudicis priuilegium habere, & ex ea cauſſa volebat litem ab eo iudice, apud quẽ res inter petitorem & emptorem cœpta erat, ad ſuum iudicem reuocare. Id verò fieri debere negat Paulus, & optima ſanè ratione, quòd venditor ſoleat ſequi forum emptoris. At nos de eo venditore † agimus, qui negat ſe teneri ad litem pro alio ſuſcipiendam, quique ſui iudicis priuilegium allegat vt propriam litem tractet, non vt alienam. Qui caſus certè diuerſus eſt, nec minùs indubitati iuris, vt apud ſuum, non apud alienum iudicem conueniatur qui ex propria perſona proprióque contractu conuenitur: nec alia ſententia † eſt *dicta l. 1. C. vbi in rem actio exerc. deb.* in vltimis illis verbis, *Nec enim iuriſdictionis forma in eadem prouincia conſtitutis, tam petitore quam poſſeſſore ab auctoris perſonam quam in alia prouincia dicis conſiſtere, debet immutari.* Agebatur enim illo etiam loco de venditore cui litem poſſeſſor denuntiauerat, quíque nihil allegabat quominus euictionis periculum præſtare deberet, vt præcedentia illa oſtendunt, *Nam ſi denuntiaſſi ei qui tibi vendidit, intelligis euictionis illi periculum imminere.* Et hic ſanè error mihi ſemper viſus eſt ſtolidiſſimus & ineptiſſimus omnium, quorquot pragmaticorum inſcitia vel induxit vnquam, vel admiſit, nec poſſum ſatis mirari, qua infelicitate factum ſit, vt in ſupremis quoque tribunalibus inualuerit. Quæ de venditore diximus, eadem obtinent in eo † qui fideiuſſorem dedit, ſi à fideiuſſore ex cauſſa mandati ad litem defendendam vrgeatur.

G ANTO

ANTONII FABRI IC.
Decas Septima.

ERROR PRIMVS.

De rescindentis & rescissorij iudicij cumulatione.

SVMMARIA.

1 *An rescindentis & rescissorij iudicij cumulatio iuris scripti ratione nitatur.*
2 *Sententia pragmaticorum affirmans & eius fulcimentum.*
3 *In oppositum autoris assertio.*
4 *Restitutio in integrum datur ad distrahendum negotium iniquè contractum, estque actio personalis.*
5 *Actio in rem priùs dari nequit, quàm per in integrum restitutionem rescissa sit alienatio.*
6 *Iudicium rescindens rescissorij est praparatorium.*
7 *Explicatio l. in causse, 13. §. interdum. D. de minorib.*
8 *Quæ actiones cumulari queant.*
9 *Actio de eo quod vi metúsve caussa gestum qualis sit, & aduersus quem detur.*
10 *Actio restitutoria ex capite de dolo non admittit cumulationem iudicij rescissorij.*
11 *Actiones non aliis dantur, quàm quorum interest.*
12 *In minorum restitutione in integrum an possit cumulatio rescindentis & rescissorij fieri.*

1 VOD moribus Galliæ primùm inductum, & ad vsum nostrum forensem traductum est, vt
2 rescindentis † & rescissorij cumulatio admittatur, id pragmatici plerique putant à iuris
3 communis ratione non abhorrere. Sic enim Imbertus † in Enchiridio scribit post Speculat. *Tit. De in integr. restit.* Ex *l. in caussa 13. §. interdum. D. de minor. vigintiquinque ann.* vbi Vlpianus scribit non esse nouum vt & in rem restitutio detur minori, id est, etiam aduersus rei possessorem, licèt cum eo contractum non sit. Vt puta, inquit, rem à minore emisti, & alij vendidisti. Potest desiderare interdum aduersus possessorem restitui ne rem suam perdat, vel re sua careat; & hoc vel cognitione prætoria, vel rescissa alienatione dato in rem iudicio. Ego verò ausim
4 † dicere ius hoc nostrum forense & consuetudinarium hac etiam parte, si qua vnquam in alia, cum iure scripto
5 dissentire. Nam cùm restitutio † in integrum detur ad distrahendum negotium quod iniquè contractum fuit, non magis fieri potest, vt nõ sit personalis ea actio quàm si competeret ex contractu ad distractum, vt in specie *l. ex empto 11. §. si qui vina. D. de actio. empt.* Iudicium autem quod in rem ipsam † datur, fieri nequit vt priùs detur, quàm rescissa sit alienatio: vt & Vlpianus ipse fatetur in *dicto §. interdum.* Siquidem quandiu tenet alienatio, non potest videri Dominus esse is qui rem suam alienauit. Proinde nec actionem in rem habere interim potest, quæ non nisi Domino datur, *l. in rem 23. D. de rei vindicat.* Est
6 igitur iudicium † rescindens præparatorium rescissorij, necessarióque præcedere debet, nisi aliquid sit quod faciat, vt eius qui rem possidet, non alia, quàm eius qui ipse contraxit, ratio constituenda videatur: vtputa, si is qui contraxit, nomen suum duntaxat accommodauerit possessori, dolúsque possessoris interuenerit in contractu cum alio ineundo. Hic enim meo † iudicio sensus est Vl- 7
piani in illis verbis, *vel cognitione prætoria.* Nam quemadmodum in integrum restitutio minorum in hoc cæteris fauorabilior est, quòd non iudicis dati, vt cæteræ, sed ipsius prætoris autoritate indulgetur, vt edicti verba demonstrant (ait namque Prætor, *animaduertam*, non vt in aliis *iudicium dabo.*) Ita pleniorem habet causæ cognitionem, magisque libertum admittit arbitrium prætoris, vt ex caussa etiam possessorem condemnet, quàm si per iudicem datum res expediretur. Quomodo enim iudicium in rem daret prætor, nisi sub hac formula, *si apparebit rem esse petitoris.* Quomodo autem poterit constare rem esse petitoris nisi priùs rescissa sit alienatio? Id enim est quod Vlpianus subiicit, *vel rescissa alienatione dato in rem iudicio*, vt minori iudicium in rem detur post alienationem rescissam beneficio in integrum restitutionis. Cumulari ergo huiusmodi actiones non possunt: earum
† enim demum cumulatio fieri dicitur quæ simul & se- 8
mel tractantur, & inter quas nullus ordo sit, nec alteram altera aut præcedat, aut sequatur: quomodo se habent inter se actio personalis & hypothecaria contra debitorem, vindicatio & actio ex vendito contra eum qui rem alienam dolo malo vendidit Domino ignoranti, nec dum tradidit, & aliæ similes lexcentæ. Erit autem res aptior, si de aliis caussis in integrũ restitutionis tractemus. Actio † 9
enim de eo quod vi metúsve caussa gestum erit, quoniam in rem scripta est, datur contra quemlibet possessorem etiam, qui neque vim neque metum intulerit: ideóque probata vi vel meru per quemcũque illato condemnatur possessor ad rem restituendam, non duabus actionibus in id cumulatis, sed vnica illa actione quæ ipsa in integrum restitutio est. Cur enim duas actiones inducamus cùm vna sufficiat? Quamquam si velit, etiam in rem agere potest, quasi qui Dominus manserit *l. metum 9. §. volenti & § licet de eo quod met. causs. l. 3. C. eod.* Illa quoque restitu-
tio † quæ datur ex capite De dolo, licèt in personam tan- 10
tùm sit ex parte agentis, tamen non admittit cumulationem iudicij rescissorij, quia dolũ manifestis indiciis priùs probatum esse necesse est, adeóque rescissum esse id quod dolo malo gestũ est, quàm ad possessorem peruenire possit. Sed nec impetrata restitutione ex caussa doli fieri potest vt ad possessoré perueniatur, ne quidem posteà, quoniam is aduersus quem restitutio impetrata est, si rem non restituat, condemnari solet, & debet in id omne quod interest actoris qui dolum malum passus est. Posteà verò quàm consecutus ille fuit quicquid sua interesse potuit, iam nulla caussa est actionis ei indulgendæ contra possessorem. Illud enim actionibus † omnibus commune est, 11
siue in rem sint, siue in personam, vt non alij detur quàm cuius interest. Quòd si ponas eum qui dolum admisit & condemnatus est, soluendo non esse, ne tum quidem possessor erit inquietandus, quoniam actio de dolo, & in integrũ restitutio quæ ex ea caussa competit, non datur fauore eius qui dolum passus est, ne quid damni sentiat, sed odio eius duntaxat qui dolum fecit, ne ex dolo suo lucretur. Nos autem de eo possessore loquimur qui bonæ fidei sit, & qui dolum nullomodo participauerit. Alioqui esset is ipse conueniendus non necessario iudicio, sed propria

actione

actione de dolo si dolũ participasset.Multò minùs igitur quis admittat hoc casu rescindẽtis & rescissorij cumula-
11 tionem.De sola in integrũ † restitutione quæ minoribus læsis datur,tractari & dubitari potest:in qua sanè speciale est,vt non tantùm contra eum detur qui cũ minore contraxit,sed interdũ etiam contra possessorem,scilicet quia non tam competit odio eius qui minorem decepit:(quòd si esset,non posset ea deceptio bonæ fidei emptorem contingere)quàm fauore minoris ne rem suam perdat,néve re sua careat,vt Vlp.loquitur in *d.§.interdum*.Cui consequens est,vt non aliter minori succurrendum sit aduersus bonæ fidei possessorem, quàm si periclitetur minor de damno,aut si de ea re agatur quæ cogi eum carere iniquum sit.Prius contingit,si is qui cum minore contraxit, non sit soluendo, vt indemnem seruare minorem possit, posterius verò si ponas alienatam à minore rem pretiosam, & quam habere ipsius interfit potiùs quàm ipsius æstimationem, propter iustam & probabilem affectionem. Finge domum paternam esse in qua sint maiorum imagines & alia eiusmodi ad virtutis & honoris studium incitamenta.Nam & ex hac causa minorem in integrum restitui posse placuit,licèt damnum pecuniarium nullum emergat *l.si in emptionem* 35.*D.eod.titul*. Itaque eleganter Vlpianus hæc duo accepit quasi separata, quæ tamen prima facie possit quis in eundem sensum vsurpare, *ne rem suam perdat,néve re sua careat*.Interdum enim sufficit minoris si indemnis seruari possit, ne patrimonium suum diminuisse videatur, licèt futurum sit vt re sua careat. Interdum contrà sufficit ad indulgendam minori restitutionem,quòd alioqui re sua carituras sit,licèt non moretur in damno. Ergo si is qui cum minore contraxit, soluendo sit, & de ea re agatur in quam non cadat probabilis & iusta minoris affectio, nulla minori danda est actio contra possessorem,nec si scienter emerit rem quam sciuit à minore sic alienatam fuisse vt tamen aduersus primum emptorem restitutio concedi potuerit,vt apparet ex ea distinctione quam eodem loco Vlpianus subiicit, iuncta lege sequenti. Falsum igitur est fieri hoc casu rescindentis & rescissorij cumulationem.Sed & cum rescisso contractu per minorem inito datur actio contra possessorem iis nimirum casibus quibus alioqui minor aut damnum sensurus, aut re sua pretiosa carituras esset, cumulatio tamen dici non potest actionum quæ non contra vnum eundémque possessorem,sed contra plures comperunt. Potiùs enim dicenda esset actio rescissoria, executio rei iudicatæ in causa restitutionis in integrum quàm actio cumulata. Nec sanè quicquam in eo absurdi est secundum hanc nostram interpretationem vt executio impetratæ restitutionis sit expeditior, nec possit quandoque possessor dicere collusum fuisse inter minorem,& emptorem condemnatum.

ERROR II.

De tertio possessore rei à minore alienatæ & per in integrum restitutionem petitæ.

SVMMARIA.

1 *Quomodo in quæstione de restitutione minoris accipiant pragmatici illud vulgatum,Rescindentis & rescissorij cumulationem fieri posse.*

2 *Restitutio in integrum quæ datur minori est personalis, & datur tantum contra eum qui cum minore contraxit,contra pragmaticos.*

3 *Qui cum pupillo aut minore contraxit eumque decepit deterioris debet esse conditionis, quàm qui postea ab ipso emit.*

4 *Explicatio l.in causſa.13.§.interdum.D.de minorib.*

5 *Ex sententia Bartoli prioris contrahentis bona prius discutienda sunt per minorem,quam ad tertium possessorem peruenire possit.*

6 *An qui emit rem quam scit aliquando fuisse minoris, eo ipso pro male fidei possessore habendus sit.*

IGNOSCENDVM esset pragmaticis,si iuris ignoratione erratent in ea duntaxat verborum significatione alicquenda, quæ iureconsultorum propria est, & ex qua tamen pendet tota cognitio principiorum. Sed ferre non possum vt errent in suis ipsis etiam erroribus, & hoc ipsum in quo priores pragmatici erarunt aliter accipiant posteriores,quàm priores senserint.Nam quod illis placuit admittendam esse rescindentis & rescissorij cumulationem,isti sic intelligunt † vt restitutio in integrum,quæ minori ex edicto competit aduersus eum,cum quo minor contraxit,possit rectà exerceri contra tertium possessorem, adeóque inaudito & non vocato eo, cum quo contractum fuit. Quod tamen tam absurdum est, quàm quod absurdissimum: cum restitutio † in integrum quæ competit minori non possit esse non personalis, quandoquidem in id datur vt quod cum alia persona gestum est rescindatur: alioqui si nihil cum minore gestum sit,non datur restitutio *l.ait prætor 7 D.de minor.*Nec sanè vsquam scriptum est restitutionem in integrum dari minori contra tertium,hoc sensu,vt de iure & æquitate restitutionis tertius qui non contraxit disputare cogatur. Datur quidem interdum hactenus vt cùm rescissus fuerit contractus,auditio scilicet & condemnato eo qui minorem læsit,cogatur tertius rem restituere quæ fuit minoris, vt scriptum est in §. *interdum l.causſa* 13. *eod.* quo casu non tam restitutio ipsa quàm vis & effectus restitutionis contra tertium dirigitur: sed vt tertius qui neque contraxit,neque tractatui interfuit, compellendus sit suscipere litem de in integrum restitutione, nulla certè ratio patitur aut iuris aut æquitatis.Ea namque causæ cognitio quæ circa concedendam vel denegandam restitutionem versatur, pendet vt plurimum ex iis quæ in tractatu habendo interuenerunt,quæ aliquando sunt eiusmodi, vt minor qui restitutionem petit, decepisse potiùs quàm deceptus fuisse videatur. Quorum tamen omnium vix est vt conscius sit & gnarus,qui bona fide ab eo emit,cum quo minor contraxit. Dices fortasse,tertium illum possessorem si à minore rectà inquietetur, ius habere denunciandi sui venditoris, qui litem vt propriam suscipiendo, aduersus minorem disputaturus sit de iniquitate restitutionis. Sed quænam,obsecro, præposteta hæc litigandi ratio est, vt is cuius damno restitutionis euentum cedere oportet, qui ipse contraxit, qui denique ex contractu obligatum habet minorem, id vnum agentem vt contractus dissoluatur, non à minore ipso,sed ab emptore cui nihil imputari potest,emptorisque sumptibus & periculo ad restitutionem impediendam euocetur. Errorem autem pragmaticorum illud apertiùs detegit,quòd quemadmodum volunt amittendam esse omni casu rescindentis, & rescissorij cumulationem, ita omni casu patiuntur tertium possessorem condemnari vt restituat rem minori, si is in causſa restitutionis obtinuerit, quasi fieri nequeat vt melior conditio sit eius, qui emit ab eo cum quo minor contraxit, quàm ipsius primi contrahentis. In quo apertè vim faciunt Vlpiano, & etiamsi Vlpianus non esset certissimæ iuris rationi. Quis enim non æquum putet,vt qui cum † pupillo contraxit, eúmque decepit, siue ex proposito
3 siue in re ipsa dolus interuenit, deterioris conditionis sit, quàm qui postea à primo emptore, fortassis maximo & immodico pretio, quòd primus ille viliſſimo comparatat? Aut quomodo potest videri minor læsus ab eo cum quo nihil gessit? Aut denique quid minoris interest, à quo res sua possideatur, si obtenta restitutione, indemnitatem, litisque æstimationem consecutus sit ab eo per quem fuerat deceptus? Nisi fortè proponas talem rem esse, quam interfit maximè minoris habere potiùs quàm rei æstimatione, quo casu superiore

periore capite diximus permittendum minori, vt rem quondam suam euincat, propter iustam & probabilem adfectionem ex *l. si in emptionem* 35. *D. de minor.* eámque Vlpiani sententiam esse in *d. §. interdum*, in illis verbis *vel re sua careat*. Sed hoc ipsum cogit nos vt fateamur, si aliud nihil sit, nisi quòd minor læsus fuerit in rei suæ & hereditariæ venditione, nihil constituendum esse contra tertium possessorem. Non enim iusta & probabilis illa minoris adfectio est, si dicat male se rem habere, ob hoc solùm quòd aliquando sua fuit. Qui perpetuus pragma-
4 ticorum error est. Sed & quod magis quis mirari possit, ea Vlpiani sententia esse videtur in *d. §. interdum*, vt non solum ex parte minoris distinguendum sit an ab eo cum quo contraxit, indemnis seruari possit, iustámve & probabilem habeat rei suæ recuperandæ adfectionem, sed etiam ex parte possessoris, an bona fide contraxerit, néne, nimirum vt intelligamus si bonæ fidei emptor fuit, non esse permittendum minori, qui in caussa restitutionis obtinuit, vt eum inquieret, nec eo quidem casu quo alioquin permitteretur, id est, etiamsi minor iustam habeat adfectionis causam, dummodò prior emptor idoneus sit & soluendo: quia scilicet maior ratio est vt possessori faueamus, qui bonam fidem in contrahendo habuit, & cui proinde nihil imputari potest, quàm minori, cui saltem hoc ipsum imputari potest cur contraxerit, & rem suam alienauerit. Tractamus enim de contractu qui ipso iure valuerit, & consequenter ex quo alienatio dominiique translatio secuta sit: quoniam si poneres rem immobilem sine decreto & sine iureiurando venditam fuisse, restitutio in integrum necessaria non esset, daretúrque minori tanquam domino aduersus quemcunque possessorem directa vendicatio *l. non est vobis* 2. *C. de pred. minor.* Et verò si aliter Vlpianum intelligeres, vix dici posset quo supradicta distinctio pertineret. Coniunctio enim legum quæ ex Paulo & Caio subiiciuntur, ostendit satis, distinctionem Labeonis quam ex Pomponio Vlpianus refert, & quam Iureconsulti probarunt eam fuisse, vt si tertius possessor in mala fide esset, id est, non ignoraret ea quæ inter minorem & priorem emptorem gesta essent, omnimodo daretur aduersus eum restitutio: sin bonam fidem haberet propter ignorantiam, non alio casu succurri oporteret minori aduersus ignorantem, quàm si prior emptor soluendo non esset. Nam vt Paulus ex eodem Pomponio dicebat, quandiu is qui à minore rem accepit, aut heres eius idoneus est, nihil noui constitui debet in eum qui eandem rem posteà bona fide emerit: id est, de impetrata quidem restitutione aduersus priorem emptorem, eóque condemnato. Tantum abest vt eo inaudito possessorem quemlibet sine vlla bonæ vel malæ fidei distinctione à minore per in integrum restitutionem omni casu, id est, & pro re qualibet, & tum etiam cùm prior emptor soluendo esset, inquietari posse responsum fuerint prudentes, si eos pragmatici consuluissent. Itaque quod interdum, & nonnisi ex magna caussa minori permittendum esse Iureconsulti voluerunt, pragmatici nostri semper & distinctè admittunt, & ad omnes res, omnéque tam minorum quàm possessorum personas protrahunt, non modò inuita iurisprudentia, sed etiam, quod mirabilius est, inuito *Bartolo*, qui ad eum Vlpiani locum verè magis quàm subti-
5 liter adnotauit. Prioris † contrahentis bona priùs discutienda esse per minorem, quàm ad tertium possessorem quem ignorantia excusat peruenire possit. Illud tamen apud ipsos quoque Iureconsultos obseruari volo, quod
6 illi aiunt de malæ † fidei possessore sic accipiendum esse, non vt malæ fidei possessor quis sit ex hoc solo, quòd cùm emeret sciuit rem illam fuisse aliquando minoris, sed ita demum, si quomodo Vlpianus loquitur, *sciuit rem ita gestam*, id est, sic contractum fuisse cum minore, vt is læsus fuerit, ex eáque caussa in integrum restitutionis quandocunque postulandæ ius habuerit. Fieri namque potest, vt quis sciat rem minoris aliquando fuisse, nec tamen sciat deceptum minorem: nimirum si quod sæpenumero euenit, minùs aperta sit læsio, aliáve caussa restitutionis, putà dolus primi emptoris. Alioqui est sanè quod imputetur ei qui emit rem, quam scit minoris fuisse, si non fuerit diligentior, adeóque curiosior in inquirendo, quomodo res gesta sit inter minorem & priorem emptorem, id est, an minor læsus fuerit & aduersus contractum suum ex ea caussa restitui potuerit, néne, arg. *l. doli* 19. §. *diuersum D. de non. l. vir vxori.* 17. *D. ad S. C. Velleian. l. vlt. De exercit. act.*

ERROR III.

De in integrum restitutione maioris aduersus tertium possessorem ex caussa immodicæ læsionis.

SVMMARIA.

1 *Pragmatici dari putant maiori in integrum restitutionem etiam aduersus tertium possessorem ex caussa immodica læsionis.*

2 *Quatenus permittendum sit ei qui petit restitutionem vt eam impetret contra tertium possessorem, & numer.* 4.

3 *Non est in maiore recipiendum quod propter ætatem indultum est minori, vt in rem aliquando petere possit restitutionem, & num.* 7.

5 *Vera sententia l. in caussa.* 13. §. *interdum. D. de minorib. aduersus pragmaticos declaratur.*

6 *Qui se in pretio læsum conqueritur, sat habet si indemnis seruetur.*

8 *Etiamsi secundus emptor sciuerit quid inter priores contrahentes gestum sit, non tamen danda est maiori aduersus ipsum in integrum restitutio.*

9 *Ne quidem eo casu quo prior emptor non est soluendo.*

10 *Restitutiones quædam fauore ætatis, quædam odio eius qui conuenitur, conceduntur.*

11 *Restitutio ex capite de eo quod metus caussa, cur aduersus quemlibet possessorem detur.*

12 *Quomodo accipienda sit regula, Alienationem non posse fieri nisi cum sua caussa.*

13 *Debitoris chirographarij bona creditori etiam post condemnationem non sunt priùs obligata, quàm iudicati executio per pignorum capionem facta sit.*

14 *Quomodo intelligendum illud, Resoluto iure datoris resoluitur & acceptoris.*

SED illud multò absurdius † & intolera- 1
bilius est quod iidem pragmatici inuexerunt, cùm maior annis viginti quinque ex caussa immodicæ læsionis petit restitutionem in integrum aduersus venditorem. Putant enim si læsus sit venditor vltra dimidiam iusti precij, & ea res ab emptore rursus alienata sit, dandam venditori restitutionem, non modò aduersus priorem emptorem, sed etiam aduersus posteriorem, eundémque possessorem, idque indistinctè, id est, sine proponas bonæ fidei possessorem esse qui ignorauerit ea quæ inter venditorem & priorem emptorem gesta sunt, siue malæ fidei possessorem qui sciuerit: itemque siue primus emptor soluendo sit, siue non. In quo constituunt prorsus eandem rationem minoris & maioris in iure petendæ restitutionis contra tertium possessorem: imò meliorem faciunt conditionem maioris, quàm ex iuris ratione debeat esse minoris, secundùm ea quæ proximè disputauimus. Vtumque autem ideò solùm, quòd permissa sit, inquiunt, rescindentis & rescissorij cumulatio. Nos verò iam in superioribus docuimus, errore primùm

mùm inductũ illud eſſe, vt reſcindentis & reſciſſorij cumulatio admittatur, cùm priores pragmatici ita ſe facere putarent ex vera ſtrictáque iuris ratione, potiùs quàm vt ab eo recederent, quod iure communi cautum eſſet, Deinde monuimus, ſi quãdo permittendum † ſit ei qui petit reſtitutionem, vt eam impetret contra tertium poſſeſſorem, hactenus id ei indulgendum eſſe, vt tamen priùs & ante omnia de iure & æquitate reſtitutionis diſceptetur inter eos qui inuicẽ contraxerunt, vt quæ actio in poſſeſſorem dirigitur, magis ſpectet ad excutionem rei quæ inter alias iudicata erit, quàm ad cauſſam ipſam iudicandæ reſtitutionis. Id enim eſt quod Vlpianus ſcribit in *dict. l. in cauſſa* 13. §. *interdum. De minor. Interdum reſtitutio & in rem datur minori.* hoc eſt, non tantùm in perſonam eius qui cum minore contraxit, ſed etiam aduerſus rei poſſeſſorem, licèt cum eo non ſit contractum. Vt intelligamus hoc etiam caſu dari nohilominus in perſonam quæ contraxit, non in rem ſolùm: Sed & probauimus † ſpeciale ius illud eſſe in minore propter fauorem, & priuilegium ætatis vt in rem aliquando petere poſſit reſtitutionem: Nec idem recipiendum eſſe in maiore, non ſolùm ſi de immodica duntaxat læſione ſed nec ſi de dolo illius cum quo contraxit conqueratur, ex eáque cauſſa reſtitui velit, quia dolus ex proposito non afficit rem ſed perſonam duntaxat, & quidem eius ſolius qui dolo malo quid admiſit, non etiam illius qui à doloſo comparauit, quam in rem textus eſt apertiſſimus in *l. dolus* 10. *Cod. de reſcind. vendit.* Quod ſi ita eſt, multò minus rem ipſam afficiet dolus qui non ex proposito, ſed tantum in re ipſa interuenerit, de quo in *l. ſi quis cùm aliter* 35. *De verborum obligationibus*, quem etſi dolo ex proposito noſtri comparant, nec ſatis rectè, vt alibi tractauimus, non eſt tamen ex interpretibus aut pragmaticis qui meliorem faciat conditionem eius qui dolum in re ipſa paſſus eſt, quam eius qui ex proposito deceptus fuit. Quamquam nec dolum in re ipſa colligunt ex ſola immodica, & vt vocant, enormi læsione, ſed ex ea tantùm quæ ſit enormiſſima, id eſt. quomodo ij ipſi interpretantur, vltra beſſem. Quo admiſſo dici ſane minùs poteſt eum qui immodicè læſus fuit, & enormiter duntaxat non enormiſſimè hoc ipſo habere rem affectam, vt eam per in integrum reſtitutionem perſequi poſſit aduerſus poſſeſſorem. Denique nec minori † ipſi ſemper indulgemus reſtitutionem in integrum, etiam contra poſſeſſorem, ſed interdum, vt Vlpianus loquitur in *dict.* §. *interdum*, id eſt, vt nos ex eodem Vlpiano Pomponio & Paulo explicauimus, ita demùm ſi is cum quo minor contraxit, non ſit ſoluendo, nec aliter fieri poſſit vt minor indemnis ſeruetur, quàm ſi actio ei detur contra tertium licèt bonæ fidei poſſeſſorem, quamuis indemnitas minori præſtita ab eo qui cum minore contraxit, aut ab eius herede non faciat quominùs minor re ſua carere cogatur. Sufficit enim vt rem ſuam non perdat, id eſt, vt pro re ipſa habeat litis æſtimationem, hoc eſt, quanti ſua intereſt, in quo ipſum quoque precium rei continetur *l. 1. D de empt. l. in interdicto* 6. *D. vnde vi.* Niſi ipſius omnimodo interſit vt rem ipſam præcisè habeat, nec ea careat, vt in ſpecie *l. ſi emptionem* 35. *D. de minor.* Alioqui † ſi quod Vlpianus ait in *d. l.* §. *interdum ne rem ſuam perdat, vel re ſua careat*, ſic intelligeres quomodo pragmatici intelligunt, vt toties reſtitutio in rem danda ſit minori, quoties aliter futurum eſt vt re ſua careat, inepta eſſet diſtinctio illa, in qua tamen Vlpianus ipſe cæterique prudentes tantopere ſibi placent, an is qui cum minore contraxit, eiúſue heres ſoluendo ſit, nécne. Quantumuis enim ſoluendo ſit, tamen facere id non poteſt vt re ſua carere non cogatur ſi non liceat ei agere contra tertium poſſeſſorem qui rem ipſam habet, quemadmodum ex contrario ſi permittas ei agere contra poſſeſſorem vt ei rem ipſam auferat, fruſtrà quæras an prior emptor ſoluendo ſit nécne, cùm etiamſi maximè ſoluendo eſſet, nihil tamen deberet minori qui iam rem ſuam eſſet à poſſeſſore conſecutus. Et tamen apertiſſima ſunt Vlpiani & Pauli verba quandiu is qui à minore rem accepit, aut heres eius idoneus ſit, nihil noui conſtituendum eſſe in eum qui rem bona fide emerit, id eſt, auferri ei rem non debere. Parum igitur curandum eſt an futurum ſit vt minor re ſua careat, dummodo rem ſuam non perdat, quam certe non perdit, quoties pro re accepit reſtitutionis beneficio litis æſtimationẽ, licèt re ipſa careat, quia eã nec habet, nec habere poteſt, poſtquàm deſiit ipſius intereſſe. Ita autem conſtituto circa minorem iure, quis non videt in eo qui maior ſit eſſe omnia diſſimilia, aliúdque iuris omnino conſtitui oportere? Maximè verò ſi non niſi ex cauſſa immodicæ læſionis reſtitutio petatur. Nam qui ſe in † pretio læsũ conqueritur, nec ſe enormiſſimè læſum alegat, vt ex pragmaticorum ſententia contra pragmaticos diſputem, ſed enormiter duntaxat, non id agit vt rem ſuam præcisè habeat, ſed tantum vt indemnis ſeruetur. Quandequidem cogitur electionem dare emptori, vt vel rem ipſam reſtituat recepto pretio quod dedit, vel iuſtum pretium ſuppleat *l. 2. C. de reſcind. vẽdit.* Itaque ſi iuſtum ei pretiũ ſuppleatur, deſinit habere actionẽ. Cur ergo † permittatur ei vt agat contra tertium poſſeſſorem eo ſaltẽ caſu quo is ipſe qui contraxit, eiúſve heres idoneus ſit & ſoluendo? is enim vtrique iuſtum pretiũ ſuppleturus eſt, cùm rem ipſam quam nõ habet reſtituere nullomodo poſſit. Quinimo cùm per eum factum ſit ne rem ipſam poſſit reſtituere, quam vltro alienauit, non abſurde quis dixerit poſſe cum vrgeri præcisè vt iuſtum precium ſuppleat. Fruſtra ſiquidem electio detur ei qui eligendi facultatem non habeat. Niſi quis dicat, poſſe fieri vt electionis commodum ei ſaluum eſſe debeat, ſi forte minore pretio ab eo ipſo cui vendidit redimere rem poſſit. Sed quanquã ea ratio facere poteſt vt ſi rem ipſam præſtare velit quam ſic redemerit, debeat audiri, eſt tamen id alienius & inexpectatius, quàm vt dicendus ſit petitor malè egiſſe qui contra eum egerit ad iuſti pretij ſuppletionem præcisè, nulla illi relicta electione. Proinde quidni ſecurus erit emptor poſſeſſor quandiu à priore eiúſve herede indemnis ſeruari actor poteſt, eique iſtum precium ſuppleri? Quod ego non illo tantùm caſu admittendum arbitror, quo tertius poſſeſſor bonam fidem habere proponatur, propter iuſtam ignorantiam pretij in priore venditione conuenti, ſed illo etiam quo proponas ſecundum hunc † emptorem ſciuiſſe quæ inter priores contrahentes geſta ſunt, & quàm vili pretio res primùm venierit. Ea namque ſcientia non impedit quominus is qui acquirit à priore emptore, poſſit credere ſe tutò emere, dummodò ſciat eum à quo acquirit, ſupplendo iuſto pretio imparem non eſſe, cùm nihil aliud ſit quod reſtitutionis poteſtate extorqueri poſſit ab inuito emptore qui rem ipſam à ſe iam alienatam reddere amplius non poteſt. In cóque ſanè æquum eſt meliorem eſſe conditionem minoris viginti quinque annis quàm maioris, vt ætatis fauor & priuilegium reſtitutioni patrocinetur. Ius dico, etiamſi prior † emptor ſoluendo non ſit, nihil tamen aduerſus poſteriorem conſtitui debere, nec ſi ea quæ inter venditorem & priorem emptorem geſta ſunt non ignorauit: ſicut euenire iam diximus in ea reſtitutione quæ petitur ex capite doli, nempe quia reſtitutiones iſtæ † non conceduntur fauore actoris, quomodo fauore ætatis conceditur illa quæ minori datur, ſed odio eius qui conuenitur, hæc odio doli & doloſi, illa odio læſionis, & conſequenter eius qui venditorem læſit, nemo autem dixerit odium eius qui alium vel decepit dolo malo, vel citra dolum læſit, ei nocere oportere qui neque deceperit, neque læſerit, cùm fieri facilè poſſit vt poſterior is emptor deceptus ſit à priore, ac multò pluris emerit, non modò quàm prior emptor comparaſſet, ſed etiam quàm quanti re vera res fuit. Sola reſtitutio † quæ maioribus competit ex capite edicti *D. ea quæ met.*

cauſſ. alio iure vtitur. Datur enim contra quemlibet poſſeſſorem etiamſi is metum non intulerit, ideóque dicitur in rem ſcripta eſſe. An quòd odioſior ſit vis quàm dolus? Minimè. Neque enim poteſt odium vis priuatæ aut publicæ tantum eſſe vt damno afficere debeat eum qui neque vim, neque metum intulit, ſed qua cùm metus in eo ſit qui alienat, & vim patitur, dolus autem in eo qui acquirit dolo malo, minùs videtur alienationi conſentire is qui vi & metu, quàm qui deceptus alienat, ideóque dicitur rem in bonis ſuis retinere, habétque vtilem ſi velit vindicationem, *l. metum* 9. §. *volenti.* & §. *licet de eo quod mét. cauſ. l.* 3. *C. eod.* maioréque fauore dignus eſt contra quemcumque poſſeſſorem, quia non dicit aduerſarium aliquid fecille, ſed ſeipſum vim & metum paſſum eſſe, quæ ſola huius reſtitutionis cauſſa eſt, nec minùs vera & æqua ſi contra eum agatur qui metum non intulit, quàm ſi ille ipſe intuitler. Vnum eſt quod pro tuendo pragmaticorum errore vrgere maximè videtur, quódque ſemper in ore habent, Alienationem ſcilicet fieri non poſſe niſi cùm ſua cauſſa, *l. alienatio* 67. *D. de contr. empt.* Ex eo namque inferunt, rem alienatam quæ penes primum emptorem fuit in ea cauſſa, vt per in integrum reſtitutionem redhiberi quandocunque poſſet, non potuiſſe in ſecundum emptorem alienari, niſi eadem lege & conditione vt reſtitutionis periculo maneret obnoxia. Sed reſpondendum
12 eſt quod illi non intellexerunt, regulam illam † quæ habet alienationem, fieri cum ſua cauſſa, de ea demum cauſſa accipi debere, quæ rem ipſam afficiat, vtputa, ſi res fuit obligata, aut legata ſub conditione ante alienationem, aut ea lege vendita vt retrouenderetur. Omnes enim pactiones quæ fiunt in traditione rei quæ alienatur, rem ipſam afficiunt, & conſequenter obligant poſſeſſorem, cùm non aliter fuerit primus alienator rem ſuã alienaturus *l. ſi cùm venderet.* 13. *D. de pign. act. l. venditor.* 13. *D. commun. præd.* Cæterùm ſi quis exiſtimet rem alienatam non poſſe meliore conditione eſſe apud emptorem, quàm futura eſſet penes venditorem, is procul dubio errauerit. Alioqui dicendum erit, ſi debitor chirographarius iam condemnatus aliquid ex bonis ſuis vendiderit, priuſquàm in executione iudicati pignora caperentur, permittendum eſſe victori vt eam rem pignoris iure capiat, quoniam alienationis tempore in ea cauſſa res illa fuit vt pignoris iure capi poſſet ſi in debitoris dominio manſiſſet: Et tamen dici hoc non poteſt,
13 quia certum eſt debitoris † chirographarij bona non eſſe creditori obligata, ne quidem poſt condemnationem priuſquàm iudicati executio per pignorum capionem facta ſit, nec ſi ea alienatio in fraudem facta proponatur, quo caſu reuocatoria neceſſariò agendum eſt, priuſquàm ea res pignori capi poſſit, quaſi in bonis adhuc manſerit debitoris. Addunt pragmatici reſoluto iure da-
14 toris, † reſolui ius acceptoris ex *l. lex vectigali. D. de pign.* Sed intelligi id debet de reſolutione quæ fiat ipſo iure, aut conuentionis poteſtate, non extraordinario auxilio reſtitutionis ex ſola æquitate contra ſtricti iuris rationem.

ERROR IV.

Si is qui à minore emit, aut à maiore læſo vltra dimidiam iuſti pretij petente reſtitutionem, abſens ſit, aut contumax, aut ſine herede deceſſerit.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia pragmaticorum erronea, ſi is qui à minore emit aut à maiore læſo vltra dimidiam iuſti pretij petente reſtitutionem abſens ſit aut contumax, aut ſine herede deceſſerit, aduerſus tertium poſſeſſorem dandum eſt auxilium reſtitutionis.*

2 *Ex ſola primi emptoris abſentia contra poſteriorem non ideò eſt concedenda reſtitutio: quòd curator bonis abſentis dari queat.*

3 *An contumacia primi emptoris ſufficiat ad concedendam reſtitutionem contra ſecundum?*

4 *Sententia per contumaciam contra autorem abſentem reddita non nocet ſucceſſori.*

5 *Priore emptore exiſtente idoneo & ſoluendo, eius abſentia aut contumacia non debet efficere, vt permittatur actori tertium poſſeſſorem inquietare.*

6 *Quo caſu ſubſidiaria reſtitutio contra poſſeſſorem danda ſit.*

7 *Non cogitur actor priorem emptorem ad peram vſque & ſaculum excutere.*

8 *Si prior emptor ſine herede deceſſerit, hereditati iacenti dandum non eſſe curatorem, vt volunt pragmatici.*

VI inter pragmaticos videri volunt ſubtiliores, fatentur quidem neque minorem, † 1
neque eum qui ex cauſſa immodicæ læſionis reſtitutionem petit contra tertium poſſeſſorem, priùs audiendum eſſe, quàm egerit contra priorem emptorem, cum quo contractum eſt, ſed ſi prior ille emptor aut abſens ſit, aut contumax, putant poſſe id ſufficere actori vt etiam aduerſus poſteriorem emptorem paratum habeat auxilium reſtitutionis, quaſi ſatis excuſſo eo qui abſens aut contumax probetur. Non enim ſimilem eſſe excuſſionem hanc ei quæ fit à pignoratitio creditore contra tertium poſſeſſorem hypothecariam exercente, quam iidem pragmatici volunt ad peram vſque & ſaculum fieri oportere: Propterea quòd, inquiunt, hæc quæ facienda eſt in cauſſa reſtitutionis non aliam rationem habeat, quàm vti ne de reſtitutionis iure & æquitate diſceptare cogatur is qui neque contraxit, neque tractatus initi rationes vllomodo perſpectas habet: nihil autem imputari poſſit ei qui per abſentiam aut contumaciam prioris emptoris cogitur agere rectà contra poſſeſſorem. Quæ ſententia non plura verba continet, quàm errata. Nam cùm abſens eſt à prouincia † is 2
qui contraxit, nihil vetat dari curatorem abſentis bonis, qui curator perſonam abſentis repræſentet, actionémque in integrum reſtitutionis excipiat, & ex inſtrumentis fortaſſe quæ in bonis reperiet, agentis intentionem excludat. Proinde nihil cauſſæ eſt cur ex ſola primi emptoris abſentia reſtitutionem contra poſteriorem tam facile dari oporteat. Quòd ſi primus † emptor ſit qui- 3
dem in prouincia, ſed contumax, qui ritè ac legitimè ad iudicem euocatus adeſſe nolit, fateor poſſe contra eũ ſequi condemnationem, & perinde reſcindi contractum acſi de reſtitutionis æquitate inter præſentes diſceptatum fuiſſet, quoniam qui verè contumax eſt, hoc ipſo habetur pro confeſſo, &, quod eſt conſequens, pro condemnato. Sed nego contumaciam illam vſque adeò nocere debere poſſeſſori, vt non ſaluas habeat etiam autoris ſui defenſiones, ſi eas proponere & allegare volet. Ferè enim perpetuum eſt, vt ſententia † per contumaciam 4
aduerſus autorem abſentem reddita, non noceat ſucceſſori, cui noceret ſi contra præſentem reddita proponeretur. Sufficeret namque redditam colluſionem cum legitimo contradictore, qualis vtique ille non eſt qui non contradixit, ſed fuit contumax vt haberetur pro confeſſo. Sed quod præcipuum eſt, ſiue prior † emptor abſens, 5
ſiue contumax fuit, nihilomagis exiſtimo permittendum actori, vt tertium poſſeſſorem, qui bonæ fidei ſit, inquieter, ſi non vltrò ille ſe offerat ſuſcipiendæ liti reſtitutoriæ dummodò prior ille emptor qui abſens aut contumax eſt, ſit etiam idoneus & ſoluendo. Nam qui abſens eſt, nec defenditur non aliam pœnam pati ſolet, quàm vt in poſſeſſionem bonorum eius actor mittatur,

cuſtodiæ

custodię primùm, deinde vēditionis causſa. Cōtumax verò licèr habeatur pro confesso, perindéque ac confessus condēnari possit & debeat, non tamen hoc ipso habetur pro inope & egeno. Atqui diximus & probauimus in superioribus, quandiu prior emptor soluendo est, nihil aduersus posteriorem constituendum esse, ne quidem fauore minoris, si possessor in bona fide sit, ex Vlpiano & Paulo in *l. in causſa* 13. §. *interdum. & l. seq. D. de min.* Fauore autem maioris multò minùs, siue aduersarij dolo deceptus sit, siue contra dolum læsus vltra dimidiam iusti pretij, cùm nec distinctio illa bonæ & malæ fidei possessoris necessaria sit, cùm agitur de restitutione maioris, dummodò prioris emptoris dolum aut tractatum posterior non participauerit. Non ergo sufficere potest ad inquietandum possessorem, quòd prior emptor qui absens, vel contumax est, pro excusso habeatur, quòd ad personam attinet, nisi etiam bona eius excutiantur, probentúrque idonea non esse ad præstandam actori indemnitatem. Illud sanè non inficior, eo casu, quo actori permittendum est vt etiam contra pos-
6 sessorem petat subsidiariam restitutionem, id est, si † ex causſa minoris ætatis restitutio postuletur nec prior emptor sit soluendo (alium enim casum nullum agnosco in quo subsidiaria restitutio contra possessorem danda sit, cùm si dolum ille, aut tractatum prioris emptoris participauerit, aut si vis allata fuit, vel metus, æquè principaliter conueniri possit qui possidet, ac si
7 contraxisset) non esse cogendum actorem † vt priorem emptorem excutiat ad peram vsque & sacculum aut vt ex eius bonis, quantum fieri poterit saltem pro parte satisfaciat, quia nec creditor hypothecarius cogeretur, vt probauimus *Decade* 5. *error.* 8. Plus autem iuris habet minor petens restitutionem, quàm creditor, quia eius rei nomine agit quæ aliquando fuit sua, imò petit rem quodammodo adhuc suam quandiu indemnis non præstatur, sed & cùm ita demum posteriori emptori parcendum esse Vlpianus & Paulus velint, si prior sit idoneus & soluendo, apparet non posse idoneum aut soluendo videri eum qui plenissimam indemnitatem minori præstare non potest. Et verò quomodo fieri posset vt minor qui ex bonis primi emptoris non nisi partem indemnitatis consecutus esset, pro reliqua parte peteret restitutionem contra possessorem? Vtique enim actionem pro indemnitate habere non posset, vt quod indemnitati deesset, suppleretur; nec aliud esset quod per in integrum restitutionem petere posset præter rem ipsam: quam tamen si totam peteret, iam indemnitatis suæ partem consecutus, an non malè ageret, & in plus quàm sibi deberetur? Idque probat optimè, ni fallor, quod Caius scribit in *l. sed vbi* 15. *D. de minor.* eo casu quo restitutio datur minori, contra possessorem dandum esse possessori regressum aduersus suum autorem. Quid enim regressus prodesse posset si ad peram vsque & sacculum autor ille per minorem iam excussus esset? Restat vt videamus quid dicendum sit,
8 si primus emptor sine herede decesserit. Pragmatici † enim existimant hoc casu dandum esse curatorem hereditati tanquam iacenti, inter quem & minorem de iure & æquitate restitutionis contendatur, tum ad tertium bonæ fidei possessorem perueniatur. Quam sententiam ne admittere possim, illud facit, quòd quoties quis sine herede decessit, nulla hereditas est cui curator dari possit, fiúntque bona vacantia, & proinde fisco defetenda, si sint soluendo, vt à nobis probatum est *Decade* 4. Contra fiscum igitur eo casu agendum erit si bona illa occupare voler. Cogitur enim fiscus respondere creditoribus, & heredis vice actiones omnes excipere, quæ contra defunctum competierunt. Sin bona soluendo non sint, quia tunc nec ad fiscum pertinent, illud vnum superest, vt in eorum possessionem actor mittatur tanquam in bona debitoris sui qui nec defenditur, nec defendi ab vllo potest. Scilicet si is actor proponatur, qui contra posteriorem emptorem nullam actionem habere debeat, ne tum quidem cùm prior soluendo non est. Nam si minor sit cui propter lubricum ætatis faueri oporteat potiùs quàm tertio bonæ fidei possessori, eo nimirum casu quo primus emptor non sit idoneus, consequens sit superioribus vt non sit cogendus petere missionem in possessionem bonorum vacantium quæ ponimus soluendo non esse, sed rectà & in rem ipsam petere possit restitutionem aduersus possessorem.

ERROR V.

Vbi causſam in integrum restitutionis agitari oporteat.

SVMMARIA.

1 *Sententia l. 2. C. vbi & apud quem cogn. in integr. restit. ag.*
2 *In personalibus actionibus actor forum rei sequitur.*
3 *Ratio dubitandi d. l. & pragmaticorum de loco vbi causſam restitutionis in integrum agitari oporteat sententia.*
4 *Iudicium rescissorium non esse principalius & dignius rescindente aduersus pragmaticos.*
5 *Restitutionem in integrum non esse agitandam in foro illius loci vbi sita sunt bona, sed in illo potius vbi domicilium habet possessor qui conuenitur.*
6 *Refellitur ratio propter quam pragmatici censent causſam restitutionis in foro illius loci vbi sita sunt bona agitandam esse.*
7 *Index requisitus sicut non potest cognoscere de viribus aut iniquitate sententiæ, ita nec recusare potest petitam iudicati executionem.*
8 *Exceptio.*
9 *Quando celeritate coniungendarum inter se actionum vna occultetur.*

RIdicula videri posset hæc tractatio, nisi eam pragmaticorum error faceret necessariam. Extat enim constitutio Diocletiani & Maximiani *in l. 2. Cod. vbi & apud quem cognit. in integr. restit. agit. sit.* quæ † habet causſam in integrum restitutionis in eo loco agitandam esse in qua domicilium fouet is qui conuenitur, Idque consequens est ei quod in superioribus tam sæpe inculcauimus, actionem restitutionis in integrum quia competit ad distractum, perinde personalem esse aduersus eum qui contraxit, atque si ex contractu ipso ad implenda promissa ageretur. Est enim id commune personalibus † omnibus actionibus, vt eas apud iudicem 2
eius qui conuenitur proponi, actorémque forum rei sequi oporteat *l. 2. C. de iurisd. omn. indic.* Sed dubitandi † causſa ex eo nascitur, quòd pragmatici induxe- 3
runt vt rescindentis, & rescissorij cumulatio fieri possit. Inde namque consequi voluerunt, vt siue is ipse qui contraxit, rem possideat quæ per in integrum restitutionem petitur, siue alius & tertius possessor sit, non in eo loco agi oporteat in quo domicilium reus habet, quomodo agi oporteret si rescindens solum tractaretur, sed apud iudicem loci, in quo res ipsa sita est, aut quia rescissorium iudicium principalius & dignius esse existimant, ex quo scilicet effectus restitutionis ipsius pendeat, aut potiùs, quòd alioqui verendum plerumque esset, ne post impetratam, longáque lite obtentam restitutionem apud iudicem domicilij, nouam litem pro iudicati executione instituí oporteret in eo loco, in quo res sita esset, præsertim si poneres sitam esse in alieni Principis territorio, propter difficultates quæ interuenire solent, cùm rei quæ à magistratu alterius ditionis

iudicata fuit, executio petenda est apud iudicem qui sub alio Principe iuri dicendo præest. Sed quis ferat tam apertè vim fieri legibus & rationi iuris? Nam, vt ea taceam nec repetam, quæ suprà tam fusè disputauimus circa errorem hunc De rescindentis & rescissorij cumulatione, non possum videre qua ratione iudicium † rescissorium dici possit dignius & principalius, quàm rescindens, cùm nonnisi ad rescindentis executionem spectet, dignius autem, nec solùm principalius, sed principale solum illud sit, quod propter se & principaliter exercetur, non autem quod posteriore loco & in alterius executionem. Trium enim est, iudicia executoria & consequentia, non nisi præcedentium accessoria esse. Vnde illud etiam praxis admisit, vt procurator qui prioris litis peragendæ mandatum accepit, nec nouo mandato indigeat in caussa executionis iudicati, nec quasi officio functus recusare possit, quominus in executionis instantia maneat procurator, non alia ratione, quàm quòd illud ipsum iudicium, quod prius fuit durare etiam post iudicatum videatur, quandiu iudicati executio secura non est. Quid enim iudicatum prodesset, aut quæ vtilitas & autoritas esset iudicati, si executio nulla sequeretur? Sed etsi admitterem, quod semper negabo, iudicium rescissorium aut principalius & dignius esse, aut æquè dignum & principale, non tamen consequens esset agitandam in integrum † restitutionem in foro illius loci vbi bona sita essent, sed in illo potiùs vbi domicilium haberet possessor qui conueniretur. Qui locus sæpe alius est à loco in quo sita sunt bona quæ per in integrum restitutionem petuntur. Nec parum interest plerunque eius qui conuenitur vt in loco potiùs domicilij conueniatur quàm in quo sita res est, siue ille ipse qui contraxit, siue alius possideat, si fortè loca sint longo dissita regionum internallo. Quod autem pragmatici obiiciunt, † verendum esse ne de lite fiant lites, si non eo loco petatur restitutio, in quo bona sunt constituta propter difficultates, quas executio iudicati afferre solet, maximè cùm alibi facienda executio est quàm vbi iudicatum fuit, vereor ego ne faciant parum cautè, qui non animaduertunt id quod ipsa etiam praxis docet, sententiam quæ in vnius Principis territorio ritè solennitérque lata sit, in alterius quoque Principis territorio executioni demandari posse, dummodò implorata sit autoritas magistratus qui ei territorio præest. Vulgatum n. est iudicem † requisitum, sicuti non potest cognoscere de viribus sententiæ iudicis requirentis, multò minùs verò de iniquitate, ita recusate non posse petitam executionem iudicati, dum ne euidenter † nulla sit sententia, puta quæ lata sit à iudice euidenter incompetenti. Nam si Sabaudus à Parisiensi personali actione lacessitus contumax fuerit, & ex contumacia condemnatus sit, non facilè permittet Senatus noster requisitus executionem Senatusconsulti Parisiensis, nisi audito eo quem prima specie verisimile est perperam & à non suo iudice condemnatum fuisse: vt alio loco scribemus. Sed si is qui apud Senatum Parisiensem conueniri, & condemnari potuit, ibi conuentus & condemnatus sit, siue per contumaciam peracto ritè iudiciorum ordine, siue præsens non dubitabit Senatus noster iudicati executionem iubere, inaudito etiam eo qui iam ritè condemnatus est *l. si prætor 75. D. de indic.* Nulla ergo ratio est propter quam de restitutione in integrum tractari oporteat in eo loco in quo bona sita sunt, omisso loco domicilij eius contra quem restitutio postulatur. Scio contingere aliquando † vt celeritate coniungendarum inter se actionum vna occultetur, vt in *l. 3. §. penul. D. de donat. int. vir & vxor. l. singularia 15. D. si certum petatur.* Sed id fit cùm inter eosdem personas vtraque actio versatur, nec cuiusquam interest, nec iuris ordo & necessitas repugnat. Item cùm tractatur de conuentionibus & traditionibus exinde factis, non etiam cùm de ordine iudiciorum, qui certam formam à lege præscribi præscriptámque seruari, non modò priuatorum, sed etiam reipublicæ interest: Alioqui perinde possit quis concludere, semper incipiendum esse ab executione, non à citatione, quod tamen leges omnes negant. Iudicium porrò rescissorium, executio, vt dixi, quædam est iudicij rescindentis.

4

5

6

7

8

9

ERROR VI.

De condemnatione fructuum in iudicio restitutionis in integrum.

SVMMARIA.

1 *Ex sententia pragmaticorum & interpretum erronea in iudicio restitutionis in integrum restituendi sunt ij tantum fructus qui aut percepti sunt aut percipi potuerunt à die litis contestatæ.*
2 *Ratio dictæ sententiæ prima.*
3 *Secunda.*
4 *In oppositum autoris disputatio.*
5 *In integrum restitutio quid.*
6 *Verbum* restituendi, *in sententiis de in integrum restitutionibus plenissimam habet significationem vt fructus quoque contineantur.*
7 *In restitutione quæ fit ex caussa vis vel metus fructus omnes restitui debent.*
8 *Non potest absolutè bonæ fidei possessor dici is qui rem possidet ex contractu per restitutionem rescindibili.*
9 *Didacum Couarru. in l. in caussa 13. §. interdum, & l. seq. perperam malæ fidei possessorem accipere.*
10 *Appellatione restitutionis in integrum quid veniat.*
11 *Expenditur Didaci traditio, si iudex quem condemnauerit ad rem restituendam simpliciter, nec quicquam de fructibus adiecerit, non videri eum ad fructuum restitutionem damnatum.*
12 *Sententia iudicis cur à pragmaticis stricti iuris dicatur.*
13 *Promissa per stipulationem rei restitutione si de fructibus nihil adiectum sit, an ij in stipulationem veniant.*
14 *Refellitur ratio pragmaticorum suprà proposita numero 2.*
15 *Perpenditur locus Iuris Canonici ex quo probant nonnulli restitutionem in integrum etiam minori competentem sine fructibus faciendam esse.*

PVgnandum hîc nobis erit non modò cum pragmaticis, sed etiam cum interpretibus plerisque, præsertim ex recentioribus, qui & iuris & æquitatis meliores magistri existimantur. Sed non est quod valdè aut hos, aut illos curemus, si pro nobis pugnabit autoritas prudentum. Frequentissima ferè omnium interpretum vox est, & in tribunalibus omnibus receptissima, Ei qui in caussa restitutionis † in integrum obtinuerit aduersus possessorem, siue actor minor fuit annis viginti quinque, siue maior, itémque siue possessor sit ille ipse qui contraxit, siue alius, restituendos esse fructus illos dumtaxat qui percepti sunt, aut percipi potuerunt à die litis contestatæ, totius autem præcedentis temporis rationem nullam haberi oportere. Cuius sententiæ, † quæ tot tantósque assertores habet, vnica illa ratio affertur, quòd licèt ab initio, id est, à quo tempore contractum est contractus in eo fuerit, vt per in integrum restitutionẽ potuerit rescindi quandiu tamen rescissus non fuit, aut saltem lis contestata super implorata rescissione, non possit dici malæ fidei possessor is fuisse, qui non solùm possedit cum titulo & bona fide, sed etiam iustam habuit caussam

1

2

cauſſam ignorandi an actor reſtitutionem aliquando petiturus & obtenturus eſſet, nécne, ſiue propter incertum reſtitutionis, quomodo Papinianus loquitur in *l. ſi Titius* 48 *de fideiuſſ.* dubiúmque exitum iudiciorum, ſiue quòd plerumque accidat, vt ij etiam, qui ſi vellent, reſtitui poſſent, nolint tamen ſecúmque præclariùs agi exiſtiment ex alia quapiam cauſſa, quàm ſi reſtitutionem implorarent: Hoc autem admiſſo, quòd bonæ fidei poſſeſſor fuerit is contra quem reſtitutio tandem poſtulata eſt, illud ſtatim conſequens fieri aiunt, vt fructus omnes lucretur quoſquos & quotquot percepit ante litem conteſtatam. Bonæ ſiquidem fidei poſſeſſor fructus ſuos facit non tantùm induſtriales, ſed etiam naturales, denique omnes, vt Paulus loquitur in *l. bonæ fidei* 48. *de acquir. rer. domin.* Addi etiam poteſt, † reſtitutionem in integrum non dari niſi iis caſibus, in quibus ipſo iure contractus tenet, neque enim fieri poteſt vt contractus, qui ipſo iure non tenet, reſcindatur: *l. ſi curatorem habens* 3. *C. de in integr. reſt. minor l.* 2. *C. de pred. minor.* Contractu autem ſubſiſtente, apparet bonæ fidei poſſeſſorem non poſſe non eſſe eum qui titulum habeat, & ex titulo bonam fidem. At videamus primùm, † ne ipſum nomen in integrum reſtitutionis hanc ſententiam impugnet manifeſtiſſimè. Quid enim aliud ſonat, niſi † actionem extraordinariam, quæ ex beneficio & ex edicto prætoris ad id competit, vt vnuſquiſque integrum ius ſuum recipiat, in eundémque ſtatum res reducatur in quo erat priùs quàm contractum fuiſſet? *l. quod ſi minor.* 24. §. *reſtitutio D. de minor. l. vnic. Codice de reput.* quæ fiunt in *iudic. in integr. reſtit.* Atqui ſi contractus à minore initus qui nunc per reſtitutionem reſcinditur, non interueniſſet, proculdubio minor fructus rei ſuæ percepiſſet, emptor autem pretium à ſe datum eiúſque legitimas vſuras nunc haberet. Ergo fatendum eſt ſic reſtitutionem fieri debere vt minori res ſua reſtituatur, cum fructibus omnibus; emptori autem viciſſim pretium quod dedit, cum legitimis vſuris reddatur, *l. patri pro filio* 27. §. *ſi pecunia. l. minor annis* 40. §. *prædia. D. de minor.* quibus locis hoc ipſum tam apertè diſertéque expreſſum eſt, vt non potuerit apertiùs. Sed & ipſum 6 *reſtituendi* verbum, † quo in ſententiis *De in integrum reſtitutionibus* neceſſariò vtendum eſt, habet pleniſſimam ſignificationem vt fructus quoque contineantur, & reſtituantur, *l. videamus* 38. §. *in Fauiana. cum ſeqq. D. de vſur. l. vlt. in fi. D. de verb. ſignif. l. in condemnatione* 173. §. *cùm & verbum. de regul. iur.* & in reſtitu- 7 tione † quæ ſit ex cauſſa vis vel metus, hoc quoque quod dicimus, fructus omnes omnémque cauſſam ſine vlla temporis diſtinctione reſtitui debere, Vlpianus ſcribit in *l. ſed & partus* 12. *D. quod met. cauſſ.* itémque Paulus in *d. l. videamus* §. *item ſi vi. de vſur.* Et verò non 8 poſſe bonæ † fidei poſſeſſorem abſolutè dici eum qui rem poſſidet ex contractu per reſtitutionem reſcindibili, apparet, ſatis ex eo quod Vlpianus in *l. in cauſſa* 13. §. *vlt. D. de minor.* & Paulus in *l. ſeq.* malæ fidei poſſeſſorem appellant illum etiam qui emit ab eo contra quem minor potuit reſtitui, ſi modò ea quæ inter minorem & priorem emptorem geſta ſunt, non ignorauit. Quanto igitur magis pro malæ fidei poſſeſſore habendum putauerunt eum qui ipſe ſic contraxit, vt ſciuerit aut ſcire debuerit futurum ſe reſtitutionis periculo obnoxium? Quid enim aliud eſt ſcire quòd reſtitutioni locus eſſe poſſit, quàm præuidere futurum vt ſi quandoque reſtitutio impetrabitur, fructus omnes cum re ipſa reſtitui oporteat? Qui verò eo animi ſenſu, aut potiùs eo metu fructus percepit, etiam ante litem conteſtatam, potéſtne abſolutè videri bona fide rem poſſediſſe fructúſque ex ea percepiſſe? Non magis vtique quàm vt bona fide percepti dicantur ij quos poſt litem conteſtatam perceperit is qui in illum vſque diem bonæ fidei poſſeſſor fuit. Quod enim facit conteſtatio ante allatas probationes, niſi vt poſſeſſor ex eo die intelligat fieri poſſe vt ad fructuum exinde percipiendorum reſtitutionem aliquando teneatur? *l. ſed etſi l.* 25. §. *ſi ante petit. D. de pet. hered.* Nec pro- 9 bare † poſſum quod *Didacus Couarru.* reſpondet, ſine lege & ſine ratione, Iure-conſultos iis locis malæ fidei poſſeſſorem dicere, non illum duntaxat qui minorem in contrahendo læſit, ſed eum quoque qui ab emptore iſto comparauit, ſi ſciuit rem ita geſtam eſſe, non quod ad fructus attinet, ſed quod ad hunc tantùm effectum, vt aduerſus eum & in rem ipſam reſtitutio dari poſſit. Quis enim credat fieri poſſe vt quis malæ fidei poſſeſſor ſit quod ad rem ipſam tantóque odio dignus vt contra vulgares iuris regulas reſtitutionis periculum excipere cogatur, quod autem ad fructus attinet, bonæ fidei poſſeſſor fuiſſe exiſtimetur? Annon ea ipſa fide fructus ex fundo percipiuntur, qua fundus ipſe poſſidetur? Dicere potiùs debuit, vir lanè alioquin pereruditus, & de iure noſtro optimè meritus, deteriorem eſſe poſſe conditionem poſſeſſoris, quod ad fructus ſpectat, quàm quod ad rem ipſam, hactenus vt quamuis bonæ fidei poſſeſſor fuerit, putà ſi ignorauit ea quæ inter minorem & priorem emptorem geſta ſunt, fructus tamen reſtituere cogatur, eo caſu quo nil obſtante bona fide, reſtitutio etiam aduerſus eum impetrari poſſit, quod contingit ſi primus emptor non ſit idoneus & ſoluendo. *d. l. in cauſſa. in fi. & l. ſeq.* Nimirum quia licèt non eo minùs bonæ fidei poſſeſſor ſit & maneat, quòd ille à quo emit præſtare minori indemnitatem nequeat, fauor tamen minoris, qui elicuit, vt perinde contra poſſeſſorem reſtitui debeat ne in damno moretur, acſi mala fides interueniſſet, idem elicit vt eam reſtitutionem plenam eſſe oporteat, & integram, cuiuſmodi ſanè non eſſet ſi fructus quoque non contineret. Nec enim cùm in integrum reſtitutionem † dicimus, rei duntaxat reſtitutionem intelligimus quanquam hoc ſolum ſufficeret vt intelligeremus etiam fructus reſtitui oportere, ſed reſtitutionem ſignificamus perſonarum quæ contraxerunt, & quidem in integrum, ne dubitare quiſquam poſſit quin iure & poteſtate reſtitutionis omnia in priſtinum ſtatum reponantur, in quo erant priuſquàm contraherentur, & in quo eſſent hodie ſi contractum non fuiſſet, *l.* 2. §. *antepen. D. ne quid in loc. public.* & elegantiùs *in l.* 1. *C. de ſentent. paſſ. & reſtit.* Ex quo etiam reſponderi poteſt ad id quod *Didacus* obiicit, ſi iudex † quem con- 11 demnauerit ad rem reſtituendam ſimplicitet, nec quicquam de fructibus adiecerit, non videri eum ad fructuum reſtitutionem condemnatum. Nam præter id quod mihi ea traditio ſuſpectiſſima eſt propter eas leges, quibus probauimus *reſtituendi* verbum pleniſſimam habere ſignificationem, vt etiam fructus complectatur, dico poſſe intereſſe an in lege, aut quod hac parte idem eſt, in edicto prætoris verbum hoc *reſtituendi* inueniatur, an in ſententia iudicis. Priore caſu etſi non ſpecialiter de fructibus additum eſt, tamen etiam fructus ſunt reſtituendi, vt apertè Paulus ait in *d. l. in condemnatione* 173. §. 1. Pleniſſimam enim lex, itémque edictum Prætoris recipit interpretationem à iure, quoniam alioquin neque lex mortua ſeipſam interpretari poteſt, neque edictum. Sententia autem iudicis ſtrictiùs accipitur, quia ſi quid obſcuri aut ambigui in ea eſt, id iudex interpretari commodè poteſt, etiam poſtquam per pronunciationé officio functus fuit, eáque non noua ſententia, ſed tantùm ſententiæ declaratio eſt. Propter quam cauſſam dicitur à pragmaticis † ſententiam eſſe ſtricti iuris, exemplo ſtipulationis, vt quicquid in ſententia & ſtipulatione non palam expreſſum eſt, pro omiſſo habere oporteat, *l. quicquid aſtringenda* 98. *de verb. oblig.* Conſtat autem ſi 12 quis in ſtipulatione † promiſerit rem reſtituere, nec adiecerit de fructibus, fructus in ſtipulationem nullos venire *l. hæc verba* 13. *de verb. ſignif.* vbi Vlpian. ſcribit hæc verba in ſtipulatione poſita, *Eam rem recte reſtitui*, fructus quidem continere, ſed non propter verbum

reſtitui,

reſtitui,at proptet adiectam dictionem *rectè*,quæ inquit, pro viri boni arbitrio eſt. Qui tamen locus præſe ferr potiùs, ni fallor, aliud in ſententia iudicis quàm in ſtipulatione reſpondeti debere. Cùm enim iudex nihil diſtet à viro bono, niſi quòd viri boni arbitrio fungendi, non modò ius & autoritatem habet, ſed etiam neceſſitatem, quidni credendus eſt iuſſiſſe rem rectè & viri boni arbitrio reſtitui, licèt verbum illud *rectè* non adiecerit? Id eſt cur non ex viri boni arbitrio boni iudicis ſententiam interpretemur? ſiquidem ponimus eam exerceri actionem ex qua fructuum quoque condemnatio fieri potuerit & debuerit, vt non niſi per imperitiam, aut incuriam, aut dolum iudicis ea fructuum mentio prætermiſſa videatur. Alioqui eſſet ſanè abſurda dubitatio. An *reſtituendi* verbo fructus continerentur in ſententia iudicis, eo caſu quo nonniſi iniquè fructuum condemnatio fieri potuiſſet. Illa autem alia ratio
14 † pragmaticorum, quòd quandiu reſtitutio aduerſus contractum petita non eſt, contractus teneat, nihil ad rem pertinet. Parum enim refert quod ad bonam fidem fructúſque percipiendos ſpectat, an contractus non teneat, an ita teneat, vt ſcias poſſe aliquando reſcindi, & ita reſcindi vt omnia in integrum reſtitui oporteat.
15 Vnus tantùm locus eſt, iſque Pontificij † iuris, non ciuilis, ex quo probari poſſit reſtitutionem in integrum etiam minori competentem ſine fructibus faciendam eſſe. Is eſt *cap. conſtitutus. De in integr. reſtit. in* 6. vbi hoc ipſum ſic conſtitutum eſt in reſtitutione, quam Eccleſia impetrat cùm læſa eſt exemplo minoris. Sed vt alias ad eum locum reſponſiones & interpretationes prætermittamus, reſpondendum eſt, non eſſe rectam in omnibus Eccleſiæ, & minoris comparationem, ne tum quidem cùm agitur de in integrum reſtitutione. Comparatio recta eſt, quod ad rem quæ alienata eſt, auocandam: ſed quod ad fructus, non item. Et differentiæ ratio eſt, quia ius percipiendorum fructuum non ſpectat ad Eccleſiam, ſed ad prælatum, qui ſcilicet ratione fructuum domini loco habetur, aut ſaltem vſufructuarij iure cenſetur, nec fauore vllo dignus eſt vt comparari debeat minori, præſertim cùm vix ſit vt eiuſmodi reſtitutio accommodetur prælato ipſi qui alienauit, ſed tantùm ſucceſſori, quia nec præſcriptionis tempora currunt contra Eccleſiam quandiu viuit prælatus qui malè alienauit. Succeſſor autem in beneficio nullum ius habet petendorum fructuum, qui, ſi alienatio nulla facta eſſet, non ad hunc ſucceſſorem qui petit reſtitutionem, ſed ad prædeceſſorem pertinuiſſent. Denique prælatus, qui reſtituitur, non ſuo, ſed Eccleſiæ nomine reſtituitur, vt rem Eccleſiaſticam malè alienatam ad Eccleſiæ patrimonium reuocet: fructus autem non Eccleſiæ, ſed ſuo nomine peteret, ſi petendi ius haberet. Non autem ſicut Eccleſia ipſa, ita & prælatus minori comparatur in cauſa petendæ reſtitutionis. Idque à Didaco & aliis Pontificij iuris interpretibus obſeruatum non fuiſſe mirandum eſt.

ERROR VII.

De fructibus ei adiudicandis, qui reſtituuntur ex cauſa immodicæ læſionis.

SVMMARIA.

1 *Venditor læſus in pretio vltra dimidiam iuſti pretij ſi reſtituatur in integrum, non alios fructus reſtituere tenetur emptor, quàm quos percipit à die litis conteſtatæ. & n.* 28.

2 *Venditori læſo in pretio vltra dimidiam partem beneficium reſtitutionis non competit. numer.* 5. *& ſeqq. ad* 25.

3 *Auxilium reſtitutionis eſt extraordinarium, ideoque tribui ei non debet qui communi iure munitus eſt.*

4 *Venditori læſo vltra dimidium pretij competit conditio ex Diocletiani & Maximiani conſtitutione l.* 2. *Cod. de reſcind. vendit.*

6 *Non eſt iudicis dare in integrum reſtitutionem, ſed prætoris.*

7 *Actio quæ venditori datur ob immodicam læſionem non finitur quadriennio, vt ſolent reſtitutiones in integrum.*

8 *Beneficium l.* 2. *C. de reſcind. vendit. non eò pertinet vt venditio reſcindantur, ſed vt ſubſiſtente venditione res ad æquitatem reuocetur.*

9 *Sententia l. maioribus.* 3. *C. comm. vtr. iudic.*

10 *Cur minoribus læſis in diuiſione ſuccurratur auxilio reſtitutionis in integrum.*

11 *Ante l.* 2. *C. de reſcind. vend. non potuit venditor læſus vltra dimidium iuſti pretij agere contra emptorem ad reſcindendam venditionem aut negotium ad ſuam æquitatem reuocandum.*

12 *Lapſus Iacobi Cuiacij.*

13 *Cur Impp. in d. l.* 2. *nouum ius induxerint.*

14 *Cùm in venditione immodica læſio intercenit, reſcinditur quodammodo venditio ſi emptor iuſtum pretium ſupplere nolit.*

15 *Sententia l. ſi voluntate.* 8. *C. de reſcind. vend.*

16 *Conditio ex l.* 2. *C. de reſc. vend. in quid præcisè detur.*

17 *Cur non poſſit dici abſolutè eam conditionem dari ad reſcindendam venditionem.*

18 *Contractus nullus agendo reſcinditur niſi per in integrum reſtitutionem.*

19 *Quæ ſententia dicatur reſcindi.*

20 *Titulus C. de reſcind. vendit. quomodo concipiendus & intelligendus.*

21 *Quando ex cauſſa immodicæ læſionis reſcindatur venditio per in integrum reſtitutionem.*

22 *Facilius minor reſtituitur in integrum aduerſus emptorem, quàm maior.*

23 *Si dolus in venditione interuenerit, poteſt minor etiam citra reſtitutionem ſe defendere.*

24 *Si nec vis, nec dolus, nec mala fides interuenerit contractus nullatenus reſcindi poteſt.*

26 *Actio quæ datur venditori læſo vltra dimidium iuſti pretij non poteſt dari contra tertium poſſeſſorem.*

27 *Omnes conditiones ſunt in perſonam, non in rem.*

29 *Error pragmaticorum.*

QVæ dicimus de fructibus omnibus ex cauſſa reſtitutionis in integrum petitori adiudicandis, aduerſus receptiſſimum errorem pragmaticorum, noui erroris materiam & occaſionem præbere poſſunt, ſi non cautio aliqua adhibeatur. Nam cùm venditor læſus † eſt in pretio vltra di- 1
midiam iuſti pretij, placet noſtris non modò pragmaticis, ſed etiam interpretibus, reſtitutionem in integrum aduerſus venditionem ex ea cauſſa dandam eſſe, & tamen fateor veriſſimum eſſe quod iidem illi affirmant, non ad alios fructus reſtituendos condemnari emptorem debere, quàm quos à die litis conteſtatæ perceperit. In quo igitur errant? In eo nimirum quòd putant inducendum † 2
hoc caſu beneficium reſtitutionis, cùm tamen non competat, quia nec neceſſarium eſt. Nemo enim neſcit, auxilium reſtitutionis † eſſe extraordinarium, & ideò tribui 3
non debere ei qui communi auxilio & mero iure munitus eſt, *l. in cauſſa* 16. *D. de minor. l.* 3. *C. de in integr. reſtit. minor.* Atqui venditor † qui vltra dimidium iuſti pretij 4
læſus eſt, tutus eſt iure communi, id eſt condictione, ex Diocletiani & Maximiani conſtitutione in *l.* 2. *C. de reſcind. vend.* quæ cùm ait, humanum eſſe, vt vel venditor reſtituto emptori pretio rem recipiat autoritate iudicis intercedente †, vel quod iuſti pretij ſupplendi cauſa 5
emptor offeret, accipiat; oſtendit ſatis non eſſe hoc † 6
caſu

casu necessariam restitutionem sufficiente ob æquitatem eámque constitutionem iudicis autoritate.
6 Nam neque iudicis † esset date in integrum restitutionem,sed prætoris. Et non esse hanc in integrum re-
7 stitutionem ex eo manifestè apparet, quód actio † quæ venditori datur ob immodicam læsionem, non finitur quadriennio, vt cautum erat Nouella constitutione Rom. senioris cap. 2.(quod restitutionibus omnibus excludendis tempus à Iustin. præscriptum est in *l.vlt.C.de temp.in integ.rest.*)sed ad trigesimum vsque annum extenditur exemplo cæterarum omnium personalium actionum ex *l.sicut.& l.omnes C.de præscr.* 30.*vel* 40.*ann.* quia condictio est ex lege, vt pragmatici omnes interpretésque consentiunt. Apparet etiam ex eo,quòd bene-
8 ficium † illius legis, non eò pertinet vt venditio rescindatur, alioqui præcisè vrgendus esset emptor vt rem redderet quam adhuc haberet. Sed vt subsistente venditione,quod iniquè gestum est ad suam æquitatem reuocetur, quod fit cum electio emptori datur, an iustum pretium supplere malit & rem retinere, an potius recepto pretio rem restituere, *l.si voluntate* 8.*in fin. C.eod. l.*1.*§.si quis in fraudē D.si quid in fraud. patron.*& apertiùs expressū est in Nouella Romani senioris,Non tamē ipsius iudicij æquitate sola,vel auxilio restitutionis:sed
9 beneficio constitutionis sic † & in *l.maioribus* 3.*C. communē vtrinsq; iudic.*iidem Impp.Diocletianus & Maximianus rescripserunt, Maioribus etiā per fraudē vel dolū, vel perperā meo iudicio factis diuisionibus subueniri solere,An per in integrū restitutionē?Minimè. Est enim ius illud propriū & singulare minorū,vt si in diuisione læsi sint,& caussa cognita restitui in integrum possint.*l.pen. C.commun.diuid.* Sed æquitate iudicij,& officio iudicis: quia vt lex ait, in bonæ fidei iudiciis quod inæqualiter factum esse constiterit, in melius reformari oportet. Quæ ratio cùm sit generalis ad omnia bonæ fidei iudicia pertinens, ostendit satis ordinario iure id fieri, & officio iudicis caussa cognita,vt ait *l.*3.*C. quib. ex causs. maior.*non extraordinario auxilio restitutionis, licèt hac in re differat venditio à diuisione cæteriſque bonę fidei contractibus, vt dicemus *Decad.seq.err.* 1. & 6. Quòd si
10 quis quærat: Cur ergo minoribus † hoc casu subueniatur per in integrum restitutionem, cùm certi iuris sit quod iam monuimus cessare extraordinarium remedium restitutionis, vbi ordinarium competit? Respondebo multum interesse an æquitate iudicii, an per restitutionem minori succurratur, quia priore casu reuocatur res ad suam æquitatem,posteriore verò reducitur in pristinum statum,id est,in quo res erat antequàm contraheretur. In eóque partim versatur caussæ cognitio illa quam requirit *dicta l.pen.C.commun.diui.*Nam si perinde consuli possit minori eo modo quo maiori succurreretur, hoc est,si nihil eius interfit, an in pristinum statum, an ad æquitatem duntaxat omnia reducantur, non erit restituendus. Finge non in eo minorem læsum esse,quòd diuisit cùm ei expediret manere potiùs in communione, sed in eo tantùm quòd inæqualiter facta diuisio est,sufficiet ei potestas iudicij communi diuidendo, si eo iudicio agi possit propter nondum translatum hinc inde dominium rerum diuisarum vt nos docebimus *Error.*1. *Dec.seq.* neque locus erit restitutioni.Sed si tractandum sit de rescindenda diuisione,quòd minori longè vtilius futurum erat si mansisset in communione,necessaria erit restitutio, quia nunquàm æquitas contractus poterit inducere actionem ex contractu ad rescindendum contractum ad rescindendum contractum,nisi si ea contrahentium voluntas & conuentio fuit,vt in specie *l.ex empto.*
11 11.*§.si qui vina.D. de actio. empt.* Neq; tamen † hæc sic accipi velim, vt putem ante supradictam Imperatorum constitutionem in *d.l.*2.*C.de rescind.vend.* potuisse venditorem qui vltra dimidiam iusti pretij læsus esset,agere contra emptorem ex sola iudicij æquitate ad eum in id agendum,vt vel iustum pretium suppleret, vel recepto pretio rem restitueret. Semper enim licuit ementibus, & vendentibus se in pretio circumuenire; & quidem naturaliter vt Vlpianus loquitur in *dict. lib. in caussa* 16. *§. idem Pomponius. D. de minor.* & Paulus *l.item si* 22. *§. vlt. D. locat.* Id est, vt ego interpretor, naturali ratione,quia emptionis & venditionis natura sic fert,vt emptor viliore pretio comparandi, venditor verò cariore distrahendi votum gerant, vixq; post multas contentiones paulatim venditore de eo quod petierat,detrahente,emptore autem huic quod obtulerat, addente,in certum consentiant pretium vt scriptum est non ineleganter in *d.l.si voluntate* 8.*C.de rescind.vendit.* Propter quam caussam nullo Pandectarum loco reperias, actionem vllam dari venditori ob id solùm quòd immodicè læsus sit in pretio. non dicam ad rescindendam venditionem, sed ne quidem ad negotium in suam æquitatem reuocandum, quia in eo quod licitè fiebat, 12
nulla poterat iniquitas subesse. Mirórque ingenium † viri clarissimi *Iacobi Cuiacij*, qui ausus est dicere beneficium *legis illius secundæ, C.de rescind. vendit.* non esse nouum, nec veteri iurisprudentiæ fuisse incognitum. Nam præter id quod verba illa legis *humanum est*, ius nouum præ se ferunt. apertiùs hoc expressum est in *d.l. si voluntate*, quæ eorundem Imperatorum est in postremis illis verbis. *electione emptori iam præstita seruanda.* Cur enim *iam præstita*, si ex iuris ratione semper competierat? Sed quanquam hæcita sunt, fatendum tamen 13
est maximè motos fuisse imperatores †, vt nouum illud ius inducerent, ex eo quòd contractus emptionis & venditionis sit bonæ fidei, cuius æquitatem ad eum quoque casum accommodari æquum sit, quo tam grandis læsio interuenerit. Quid enim aliud significant verba illa *humanum est*, nisi æquissimum esse, licèt non æquitatis tantum ratione, sed etiam miserationis, vt dicemus *Decad.prox.error.*7. Quare & omnes fatentur in stricti iuris contractibus non idem obtinere: propterea quòd in iis nulla prorsus aut certè non tanta habeatur ratio æquitatis:cùm tamen si ex hac caussa restitutio daretur, vix dici posset cur separati hac parte deberent contractus bonæ fidei à contractibus stricti iuris, quorum in
14 cæteris,siue minorum,siue maiorum restitutionibus eadē ratio est. Non nego rescindi quodammodo † venditionem ex immodica læsione, si emptor iustum pretium supplere nolit. Nihil enim aliud tunc fieri potest nisi vt
15 recepto pretio quod dedit, rem quam accepit restituat: quod salua venditione fieri nullo modo potest,isque † sensus est *dictæ legis si voluntate*, cùm ait, neque bonam fidem,quæ emptionis atque venditionis conuentionem tuetur, pati, neque rationem vllam concedere, rescindi contractum qui vel statim vel post pretij quantitatis disceptationem finitus sit, nisi minus dimidia iusti pretij, quod fuerat venditionis tempore, datum esset, electione iam emptori præstita seruanda.vt intelligamus eo casu quo læsio vltra dimidiam interuenerit, rescindi
16 contractum si emptor iustum pretium supplere nolit. Sed cum ea † condictio ex noua lege non in id præcisè detur vt emptor rem restituat,sed ita vt electionem habeat vel rei restituendæ,vel iusti pretij supplendi,apparet non posse dici absolute actionem hanc dari ad rescindendam venditionem.*d.l.*1.*§.si quis in fraudem. D.si*
17 *quid in fraud.patr.& Nouell.Rom.senioris c.*2. Daretur † enim contra inuitum, id est, faceret vt etiam inuito emptore venditionem necessariò rescindi oporteret, quomodo in *l.non est probabile* 6. *C. eod.tit.* Atqui ex contrario, vt suppleatur iustum pretium venditionis, fieri non potest nisi subsistente & salua venditione, extra cuius caussam de pretio nunquam disputatur. Sed & cùm emptor iustum pretium supplere recusat, magis est vt partitè loquentibus dicendum sit resolui venditionem potestate legis,quàm rescindi: in pristinam siquidem caussam res redit resoluta venditione,vt Paulus loquitur in specie *l.voluntate* 10 *in fin.D. quib. mod. pign.*

vel

vel hypoth. soluit .deniqueinauditum est , vt contractus
18 † vllus agendo rescindatur, nisi per in integrum restitutionem,etiamsi vis aut dolus interuenitet, ne tum quidem cùm alioqui licet ab emptione discedere,vnde illud est quòd separati sunt in Codice tituli *De rescind.vendit.*
19 *& quand. liceat ab empt.disce.* Sicut dicimus † sententiam rescindi non posse,nisi aduersus rem iudicatam restitutio in integrum postuletur,aut à sententia appelletur. Vnde item dictum illud Symmachi, Vox iuris & legum est bonæ fidei contractum non rescindi Interpretes & pragmaticos sefellisse videtur , quod noua illa lex Diocletiani & Maximiani posita est sub titulo *De rescind. vendit.* Sed obseruare debuerunt, quod ex aliis omnibus eius tituli legibus apparet, sic accipi debere rubricam, vt venditio rescindi nunquam possit quæ à maiore & ritè iureque facta est. Debuitque potiùs sic
20 concipi † titulus negatiuè *De non.rescind.vendit.*aut vēditionē rescindi non posse,quomodo ille *Sentent.rescind. non poss.* Quamquam etsi admitterem ex caussa immodicæ læsionis rescindi venditionem,quod falsum est, non tamen statim esset consequens competere ex ea caussa in
21 integrum restitutionem.Nisi poneres † dolo malo, vel per vim coactum venditorem vt venderet,tum enim vtique venditio rescinderetur agente eo qui vim vel dolum passus esset , & restitutio esset necessaria ob illam æquitatem danda,quòd nihil sit tam contrarium bonæ fidei quæ in hoc præcipuè contractu dominatur, quam vis aut dolus, vt disertè scriptum est in *l.1.& in l.si dolo* 5. *C. eod.* Tum igitur duntaxat restitutio necessaria est cùm contractus sic perfectus est,vt tamen reformari aut rescindi possit proprio auxilio,id est,quod ex ipsius contractus æquitate proficiscitur,vt contingit si maior annis viginti quinque vel vi vel dolo malo deceptus vendiderit,& circumscriptus siue in pretij quantitate,siue in eo quod vendiderit rem quam non expediebat vendere.
22 Nam in minore † 25 .annis multò facilius admittimus necessariam esse restitutionem aduersus emptorem si fortè læsus sit in pretio, aut qua alia ratione citra vim vel
23 dolum. Nam si vis dolúsve † interuenerit,& minor non agat , sed conueniatur ex contractu , potest ille iudicij æquitate citra restitutionem sc defendere & obtinere vt dolus vindicetur. Nam si nec doli exceptio necessaria dicitur, quia bonæ fidei iudiciis insunt doli exceptiones,*l.sed si ideo* 21.*D.solut.matr.* quanto minus necessaria est restitutio? Quòd si nec vis, † nec dolus interue-
24 nit, nec mala fides, contractus non solùm factus,sed etiã iure perfectus est, idcóque rescindi nec potest nec debet inter maiores, neque beneficio restitutionis,neque citra restitutionem:quia sicuti ratum non habetur quod non bona fide gestum est,*d.l.* 1.*C.de rescind.vendit.*ita ex contrario ratum habendum est quicquid bona fide gestum fuit.Ratum autem non habetur quod per restitutionem rescinditur.Qua de caussa in *l.ad rescindendam* 4. *C.eod.* scriptum est in hæc verba,*ad rescindendam venditionem, & mala fidei probationem*, vt intelligamus rescindendæ venditionis caussam aliam esse nullam posse , quàm si mala fides probetur. Atqui ob probationem malæ fidei hoc solùm non sufficit, quòd venditor in pretio læsus sit etiam supra dimidiam *d.l.si voluntate* 8.*in princip. &*
25 *d.l.dolus* 10.*C.eod.*Ergo admitti non † potest vt in integrum restitutio competat maiori ex sola caussa immodicæ læsionis,nec si rem venditam emptor alienauerit, quia tametsi rem emptor haberet, rescindi tamen venditio ex hac caussa non posset citra Diocletiani constitutionem: post eam verò constitutionem sufficere potest condictio ex lege cum æquitate iudicij & officio iudicis coniuncta, vt emptor vel rem reddere,vel iustum pretium supplere iubeatur. Quæ tamen non sufficeret citra in integrum restitutionem , si ad rem præcisè adhibendam actio venditori accommodaretur,neque res amplius restitui posset propter alienationem in alium factam. Tunc.n. ea restitutionis æquitas esse deberet, vt qui restituere rem non posset facto suo quòd ea alienasset,condemnaretur in id omne quod actoris interesset,quemadmodum contingit cùm ex caussa doli restitutio postulatur contra eum qui restituere rem aut non vult,aut non potest.*l.arbitrio* 18.*D.de dolo. l. dolus* 10. *C. de rescind. vendit.*Ex quo apparet euidentiùs quàm verum sit,quod
à nobis in superioribus disputatum est,actionem † illam 26
quæ datur venditori ipso vltra dimidiam iusti pretij,non posse dari contra tertium possessorem , nec si prior emptor non sit soluendo. Non enim sicuti restitutio in integrum aliquado & ex caussa datur in rem,vputa si competat ex caussa minoris ætatis,aut ex capite vis & metus, ita & condictio ex lege potest vnquam in rem scripta esse,nisi si id ipsum lege cautum & expressim constitutum sit. Omnes enim condictiones † tam quæ ex lege 27
sunt,quàm aliæ,in personam sunt,non in rem.*l.1. D.de condict.ex leg.*iuncto § *appellamus.Instit.de action.* Igitur vt ad institutam disputationem redeamus, cùm ex beneficio *legis* 2.*C.de rescind vendit.* emptori nolenti iustum supplere precium res auferatur per condictionem, non per in integrum restitutionem, mirum non † est si quis 28
admittat quod pragmatici volunt, non esse condemnandum emptorem, vt fructus restituat , nisi quos perceperit à die litis contestatæ. Nam etsi maximè ex hac caussa rescindi venditionem dici posset,eò vique tamen teneret quousque rescissa esset,ac proinde fatendum esset non sine titulo emptorem possedisse rem sibi venditam,& ex ea fructus percepisse:& consequenter eos fructus suos omnimodo fecisse. Optimè namque procederet hoc casu ratio illa pragmaticorum quæ à nobis allata est capite superiore,& qua illi abutuntur , vt probent ne tum quidem cùm restitutio impetratur,vllam fructuũ ante litem contestatam perceptorum condemnationem fieri oportere. Sola enim restitutio illa est quæ facit, vti ne in plenum ex titulo & bona fide percepti fructus videantur,vtque per consequentias veniant in condemnationem , & restitutionem. Ergo pragmaticorum error hac parte in eo est , non quòd putant emptorem alios fructus restituere cogendum non esse quàm quos perceperit post litem contestatam , sed quòd putant inducí hoc casu auxilium restitutionis in integrum : quod si esset, vtique ex natura restitutionum omnium omnia,in pristinum statum reduci,atque ita fructus omnes etiam ante contestationem perceptos restitui oporteret.

ERROR VIII.

Si venditor qui vltra dimidiam iusti pretij læsus est , renuntiauerit beneficio l. 2. C. de rescind. vendit.

SVMMARIA.

1 *An sit audiendus venditor qui vltra dimidium iusti pretij læsus , renuntiauit beneficio l. 2. C. de rescind. vend.*

2 *Auxilium restitutionis in casu proposito solere impetrari.*

3 *Iusiurandum eadem leges & conditiones quas contractus ipse recipit.*

4 *Auxilium restitutionis in casu proposito num. 1, venditori non competere aduersus pragmaticos , & num.6.*

5 *Exceptio.*

7 *Ex eo quod mulieres SC.Velleiano renuntiantes eo tamen iuuantur,non sequi eum qui beneficio l.2.Codic. de rescind.vendit.renuntiauit, iuuandum tamen per in integrum restitutionem,*

8 *Reijcitur traditio interpretum statuentium venditorem qui sciens iustum rei suæ valorem læsus est vltra*

vltra dimidium iusti pretij beneficium l. 2. Cod. de resc vend. non habere.

9 *Probatur in eo qui neque coactus, neque iustum valorem ignorans vendidit.*

10 *Quatenus valeat renuntiatio l. 2. Codice de rescind. vendit.*

11 *Quæ coactio valeat ad impetrandam restitutionem contra venditionem in qua immodica læsio intercenit.*

12 *Etiam concesso ex immodica læsione locum esse restitutioni, non sequitur vt emptor fructus omnes à se perceptos reddere compellatur.*

13 *Post litem contestatam possessores omnes sunt pares, id est, malæ fidei.*

1 VId ergo si venditor † qui vltra dimidiam iusti pretij læsus est, renuntiauerit beneficio *legis secundæ Cod. de rescind. vendit.* Id enim hodie passim fit, & quidem cum iuramento, nec dubitari potest, quin valeat renuntiatio non modò propter autoritatem iusiurandi quod sine dispendio salutis æternæ seruari potest, sed etiam, quia vulgaris regula iuris est, Posse quemlibet resilire ab eo iure quod pro se introductum est, fauoique suo renuntiare *l. penultim. C. de pact.* Quòd si admittes renuntiationem valere illud etiam consequens est, vt non aliter audiatur venditor, si beneficio nouæ legis vti velit aduersus emptorem, quàm si renuntiatio illa rescindatur, quod cùm neque potestate & æquitate iudicij bonæ fidei fieri possit, neque autoritate constitutionis quæ casum hunc complexa non est, vtique
2 fatendum † videtur, auxilium restitutionis in integrum ad rescindendam venditionem necessarium esse. Eóque iure vtimur. Quasi eadem concedendæ restitutionis causa & æquitas subsit, facta renuntiatione, quæ subesset, si renuntiatio nulla facta proponeretur. Est enim exploratissimum, qua facilitate quis contrahit, & contrahendo decipitur ac læditur, eâdem induci, vt huiusmodi renuntiationes adhibeat. Iusiurandum autem †
3 easdem leges & conditiones recipere quas contractus ipse recipit, in quo adhibetur *l. vlt. Cod. de non numer. pecun.* nec impedire restitutionem si absolutio impetrata sit, quia licet possit seruari sine periculo salutis, iniquitatis tamen vinculum esse non debet. Ego non ne-
4 garem † restitutionis auxilium hîc necessarium fore, si crederem venditori qui legis beneficio sciens & vltrò renuntiauit aliqua ratione subueniri oportere. Sed vt id mihi persuadere non possim, illud facit, quod nullo iuris loco scriptum video succurrendum esse venditori, aut alij maiori annis vigintiquinque, qui delatum sibi legis beneficium abiecerit. Æquitas enim illa quæ dictat subueniendum esse venditori propter tam immodicam læsionem, non est tanta támque euidens, vt possit ex se inducere restitutionem. Alioqui non fuisset necessaria noua constitutio, quæ proculdubio necessaria fuit. Itaque quamuis etiam post renuntiationem eadem subsit æquitas, quoniam non eo minùs, imò tantò magis læsus reperitur qui legis auxilium amisit, non tamen subest eadem autoritas constitutionis, cui potiùs quàm illi æquitati ius restitutionis, si quod competeret, ac-
6 cepto ferendum esset. Non enim sicut Imperatores fauere voluerunt venditori læso, ita & ei qui beneficio quod propter læsionem habere poterat, vti noluit. Proinde nullum post renuntiationem superesse potest ius concedendæ restitutionis, nisi ex noua causa, vt
5 puta si ea † renuntiatio extorta sit per vim aut per dolum ex facti qualitate, non ex sola pretij quantitate æstimandum, aut si minor proponatur is qui renuntiauit. Alterutrum namque † necessariò farendum videtur,
6 aut non posse renuntiari beneficio nouæ legis, quod nec quisquam vnquam dixit, nec rationem vllam habet, aut si vtiliter renuntiari potest, non posse eam renuntiationem rescindi per in integrum restitutionem ex eo ipso legis beneficio cui renuntiatum est. Alioqui quid aliud illud esset niti renuntiationem effectu ipso non valere? Quidni verò maior annis vigintiquinque huic beneficio renuntiare poterit, cùm & si per triginta annos faceret, sola temporis præscriptione ab eo beneficio excluderetur, vt omnes consentiunt ex *l. sicut & l. omnes Cod. de præscr. 30. vel 40. annor.* Cur enim maior sit potestas præscriptionis, quæ non nisi tacitæ remissionis iure censetur quàm expressæ renuntiationis? Aut quæ iniquitas emerget, si post abiectum per renuntiationem beneficium nouæ constitutionis, res ad eam iuris rationem & æquitatem reuocetur quæ obtinuit toto iure Digestorum? Nec simile est † quod pragmaticis & 7
interpretibus placet, mulieri permittendum esse, vt Senatusc. Velleiano renuntiet ex *l. vlt. §. pe. D. ad SC. Vell. l. etiam 11. l. iubemus 21. C. eo l. vlt. & Authmatri & auæ. C. quand. mulier. tutel. offi. fung. poss.* nec eo minùs tamen iuuari mulierem Velleiano, vt aduersus eam renuntiationem in integrum restituatur. Nam vt taceam non videri mihi verum quòd illi habent pro constanti, valere eiusmodi renuntiationem, de quo dicam in sequentibus. Posset etiam dissimilitudinis ratio illa afferri, quòd Senatusc. Velleiano non modò succursum sit mulieribus pro alio intercedentibus, si sibi succurri velint, sed etiam diuinctè iis prohibitum est ne pro alio intercedant, tamersi maxime velint *l. 1. eo.* Inde námque est quod Paulus respondit, ea quæ in fraudem senatusconsulti quod de intercessione fœminarum factum est, excogitata probari possunt, rata haberi non oportere, *l. quidam voluit. 29. §. 1. eod.* Quid enim esset facilius quàm fraudem senatusconsulto facere, si tales mulierum renuntiationes sic valerent, vt nec per in integrum restitutionem rescindi possent? At noua Diocletiani & Maximiani lege, qua contrahentibus vltra dimidiam iusti pretij læsus subuenitur, non illud factum est vt prohibeatur venditor lædi, si vltrò & sponte lædi velit, sed illud tantùm vt si per imprudentiam, minúsque cautè contrahendo, aut vrgente rei familiaris necessitate vendere coactus, læsus sit vltra dimidiam, agere possit si velit contra emptorem, vt vel recepto pretio rem restituat, vel iustum pretium suppleat: Nec tamen illud valdè † probo, quod interpretibus plerisque placet, ven- 8
ditorem, qui sciens iustum rei suæ valorem, læsus sit vltra dimidiam iusti pretij, beneficium nouæ legis non habere, licèt ei nominatim non renuntiauerit: quasi indignus sit cui succurratur, siue beneficium vltrò abiecerit, siue ob hoc ipsum passus sit se decipi vltra dimidiam vt emptorem deciperet, ac postmodum legis beneficium aduersus eum implioraret. Nam perinde, imò magis miseratione & auxilio dignus est, qui sciens iustum rei suæ valorem, coactus necessitate, vendit viliore pretio quàm si valorem nesciret, vt dicemus *Decad. seq. error. 7.* Sanè si neque coactus, † neque iustum valorem 9
ignorans vendidit, vix est, vt putem ei esse succurrendum. Illud certè omnimodo requirendum arbitror ad excludendum † illius legis beneficium, siue per expres- 10
sam, siue per tacitam renuntiationem, vt qui læsus est vltra dimidiam sciuerit sententiam nouæ constitutionis, quoniam aliter fieri non potest vt ei iuri & beneficio quod quis ignorat an sibi competat, aut quale illud sit: vtiliter renuntiare posse videatur, *l. mater decedens 19. D. de inoffi. testam.* Sed non puto similiter distinguendum esse, quomodo quidam distinguunt, an necessitate † cogente, adactus sit venditor ad rem 11
suam tam vili pretio distrahendam an potiùs ex voluntate meráque liberalitate. Inauditum enim est vt alicui liceat rem quam vendidit actione vlla condicere, ob id solùm quod necessitate cogente vendiderit, nisi coactio illa sit à persona quæ vim & metum intulerit ad extorquendam venditionem. Alioqui fuisset illa iusta causa petendæ restitutionis etiam iure vetere,

illo saltem casu quo ad coactionem illam immodica quoque læsio accessisset: quod tamen falsum esse probauimus in errorem superiorem: Cùm vix vnquam fuerit vt vilissimo pretio res suas distrahere voluerint, nisi qui cogente necessitate venderent. Sed etsi admitterem
11 † ad rescindendam venditionem ex causa immodicæ læsionis nihil obstante renuntiatione posse locum esse restitutioni, non tamen statim consequens fiet vt emptor fructus omnes à se perceptos reddere compellatur. Nam quod proximo capite diximus, eam restitutionum omnium naturam esse, vt non minùs quòd ad fructus quàm quod ad rem ipsam attinet, omnia in pristinum statum reduci oporteat, non potest ad hunc casum pertinere, in quo scilicet datur restitutio, non ad rescindendum contractum ipsum venditionis, sed ad rescindendam duntaxat renuntiationem; quæ si facta non esset, iam probauimus eas iudicis partes fore, vt non alios fructus ab emptore restitui iubere deberet, quàm quos ipse post contestationem percepisset. Quis enim æquum putet vt melior sit conditio venditoris ratione fructuum si beneficio legis renuntiauerit, quàm si non renuntiasset? & plus iuris eum habere ob id solùm quod renuntiauerit? Atqui si renuntiatio nulla facta esset, haberet venditor actionem ad hoc duntaxat vt emptor vel rem tradere pretio recepto, vel iustum pretium supplere teneretur, sine vlla fructuum restitutione, quia neque de fructibus quicquam ab Imperatoribus constitutum est, neque ex iuris ratione constitui potuit aduersus eum qui bona fide & cum iusto titulo fructus suos fecisset. Ergo si renuntiatio interuenerit, cùm hoc minùs iuris habeat venditor, quòd audiendus non est citra auxilium restitutionis, non debet in eo plus iuris habere vt fructus ante litem contestatam perceptos petere possit. Nihil enim aliud iuris ei adfert restitutio, nisi vt in eum statum venditor restituatur, in quo esset, non si non contraxisset, sed si beneficio legis non renuntiasset. Non enim plus reddit restitutio quàm abstulerit læsio, id est, ea causa quæ inducit restitutionem. In proposito autem restitutio competit, & necessaria est, non propter læsionem in pretio, sed propter illam quæ interuenit in eo quod legis beneficio ex causa immodicæ læsionis competituro renuntiatum fuit. Sola igitur renuntiatio per restitutionem rescinditur. Plane quòd ad fructus pertinet qui post contestationem percepti sunt, nemo dubitat quin venditori restituendi sint, viciſsimque vsuræ pretij emptori, quia post litem
13 † contestatam possessores omnes sunt pares, id est, pro malæ fidei possessoribus habendi, *l. sed etsi lege 25. §. si antè. D. de petit. here.* Plerumque tamen solet compensatio fieri fructuum cum vsuris, ad concurrentem vsque vsurarum quincuncium quantitatem, vt & in *l. minor. 40. §. vlt. D. de minor.*

ERROR IX.

De minore qui petita propter ætatem restitutione, nec probata ætate probauit immodicam læsionem.

SVMMARIA.

1 *Restitutio minori non aliter competit quàm si & minor ætas & læsio aliqua probetur.*
2 *Restitutio minorum quatenus sit plenior & fauorabilior restitutione maiorum.*
3 *Actore probante immodicam læsionem, non tamen ætatem minorem. An possit cogi emptor ad rem restituendam si nolit.*
4 *Pragmaticorum sententia affirmans.*
5 *Differentia inter restitutionem rei quæ fit minori & eã quæ fit maiori: vnde pragmaticorũ sentẽtia refellitur.*
6 *Pragmaticorum error in concipienda petitione restitutionis.*
7 *Modus petendæ restitutionis rei ex beneficio l. 2. C. de resc. vendit. non inutilis.*
8 *Qui agit vt minor, denegat emptori supplendi iusti pretij electionem.*
9 *Probatio immodicæ læsionis aliquando prodest vt læsus facilius restituatur tanquam minor.*
10 *Causa ætatis minoris cum causa immodicæ læsionis quatenus coniungi possit.*

CVm restitutio quæ † minoribus annis viginti quinque dari solet propter lubricum ætatis, non aliter competat, quàm si & minor ætas & læsio aliqua probetur *l. nam posteaquam 14. §. ff. si minor. D. de iureiur.* euenit plerumque vt qui ex causa & priuilegio minoris ætatis per restitutionem, alleget etiam læsionem, nec eam tantùm quæ cum ætatis fauore coniuncta sufficeret ad inducendam restitutionem, sed illam etiam propter quam æquum esset maiori quoque subueniri, id est, quæ esset immodica & vltra dimidiam iusti pretij. Etsi enim ex ea causa, si pragmaticis credimus, restitutio competere perinde posset ad rescindendam venditionem, etiam non probata minori ætate: potest tamen minoris interesse, vt tãquam minor potiùs, quàm quasi maior impetret restitutionem, quia plenius est † & fauorabilius auxilium re- 2
stitutionis minorum, non modo quòd ad fructus medio tempore perceptos attinet, secundùm ea quæ à nobis in superioribus contra pragmaticos disputata sunt: sed in eo etiam maximè, quòd minori restituto ipsa res quæ aliquando minoris fuit, restituenda est præcisè, nec auditur emptor si iustum pretium supplere malit. Interest namque minoris rem potiùs habere quam vendidit, cùm vendere non expediret. Quod in maiorum restitutionibus, si quæ ex causa immodicæ læsionis competere possunt, diuersum est. Datur enim emptori electio iusti pretij supplendi si id malit, quàm recepto pretio rem restituere *l. 2. & l. si voluntate 8. in fin. C. de rescind. vendit.* Accidit autem aliquando, vt deficiat actor in probatione minoris ætatis, probet verò immodicam, &, vt vocant, enormem læsionem: quo casu † dubitari so- 3
let, an obtinere debeat hactenus saltem, vt iure maioris cogere possit emptorem ad rem restituendam, ni iustum pretium supplere malit. Et pragmaticorũ † errore rece- 4
ptum est, tantam esse inter huiusmodi restitutiones coniunctionem & adfinitatem, vt qui iure minoris restitui non potest, restitui tamen debeat iure maioris, si ea probauerit quæ maiori ad victoriam satis esse possent. Quod mihi videtur cum iis quæ suprà constituimus maximè dissentire. Nihil enim, meo iudicio, commune aut simile habent restitutiones minorum cum restitutionibus maiorum. Minori † qui iustam habet causam petendæ 5
restitutionis, res ipsa quæ petitur restituenda est cum fructibus omnibus, id est, iis etiam qui ante litem contestatam percepti fuerunt. Maiori verò non aliter restituenda res est quam si emptor iustum pretium supplere nolit: eóque casu non fructus omnes in restitutionem veniunt, sed ij tantùm qui percepti sunt post contestationem. Quomodo ergo fieri obsecro potest, vt qui tanquam minor restitui voluit, tanquam maior restituatur? Nam etsi tanquam maior egisset ex causa immodicæ læsionis, nec tamen, emptori electionem iusti pretij supplendi reliquisset, male proculdubio egisse videretur. Egisset enim conditione ex lege contra eam formam quæ ipsa lege constituta esset. In quo etiam video pragmaticos † passim er- 6
rare, quibus visum est sufficere vt restitutio sola rei petatur propter immodicam læsionem, eáque læsio probetur: quasi electio illa supplendi iusti pretij quam lex tribuit emptori, pendeat potiùs ex officio iudicis quàm ex iure actionis. Cùm

tamen

tamen in cæteris omnibus cauſſis ex quibus non præcisè aliquid, ſed aut hoc, aut illud debetur, certi iuris ſit male agere cum, & cauſſa plus petere qui alteram rem, non alterutram petit. In propoſito enim tantò magis locum id habere debet, quantò minùs iuris habet venditor ad rem quam vendidit redhibendam, quàm ad petendum iuſti pretij ſupplementum. Nam res ipſa quæ iam vendita & alienata eſt, non poteſt priùs deberi quàm venditio reſciſſa, aut ſaltem reſoluta ſit; reſcindi porrò aut reſolui nequit, quandiu emptori ſalua eſt electio iuſti pretij ſupplendi. Siquidem ea ſuppletio non fit niſi ex cauſſa contractus, & ſubſiſtente venditione, qua iam reſciſſa & reſoluta, de pretio ampliùs quærendum nihil eſſet. Illud ergo potiùs admitti deberet vt venditor ab emptore peteret ſolum iuſti pretij ſupplementum, ac recuſante emptore, tum demum quaſi conſenſu emptoris reſoluta venditione ageret ad rem reſtituendam. Cur enim habeamus venditionem pro reſciſſa & reſoluta ex ſolius venditoris agentis voluntate, quandiu in emptoris arbitrio lex relinquit an ſtare venditionem velit? An non præpoſtera illa agendi ratio eſt, & conſequenter indigna quæ admittatur? Denique cùm noua illa Imperatorum conſtitutio ſola humanitate & æquitate nitatur ne emptor immodicè lædatur, quis non videt ita demum poſſe reduci rem ad ſuam æquitatem, ſi quod iuſto pretio deeſt, ſuppleatur, non etiam ſi res ipſa quæ vendita fuit reddatur? Hoc enim caſu tantum abeſt vt reuocetur negotium ad ſuam æquitatem, vt ex contrario quod contractum fuerat diſſoluatur: quod ipſum fieret ſanè perinique niſi ex ipſius emptoris voluntate fieret, in cuius poteſtate fuit facere vt contractus teneret, nec diſſolueretur. Proinde non ſolùm æquitatis, ſed etiam iuris ratio facit, vt ex contractu agi oporteat potiùs & priùs quàm ex diſtractu, aut ſi mauis, ad contractum adimplendum, priùs quàm ad diſtrahendum.

7 Quamquam non inficior, ſi quod † plerumque fit, actor dicat probéque ſe immodicè læſum eſſe, ex eáque cauſſa petat ſibi rem ſuam reſtitui ex beneficio *legis ſecundæ C. de reſcind. vendit.* poſſe id ſufficere vt ritè rectéque exiſtimetur, vt quod per relationem expreſſum eſt, pro ſimpliciter expreſſo habeatur. Legis enim beneficio implorato calumnioſum fuerit exiſtimare contra ipſius legis formam agere venditorem voluiſſe: nec aliæ hoc caſu iudicis partes eſſe poſſunt, quàm vt legis vim & poteſtatem ſequatur, condemnato emptore vt vel rem reſtituat vel iuſtum pretium ſuppleat: vtrunque enim æquè principaliter, licèt alternatiuè, venit & in actionem & in condemnationem: Quòd ſi admittendum eſſet alterum eſſe in obligatione, alterum in præſtatione & officio iudicis, dicerem potiùs in obligatione & actione id contineri vt iuſtum pretium ſupplereretur, in præſtatione verò & officio iudicis, vt nolente emptore iuſtum ſupplere precium, res ipſa cum fructi-

8 bus reſtitueretur. Atque minor † qui ex cauſſa minoris ætatis petit reſtitutionem, non modò in id agit præcisè vt rem ipſam habeat, ſed etiam ita agit, vt quamuis non exprimat, hoc ipſo tamen quod agit tanquam minor, deneget emptori ſupplendi iuſti pretij electionem: quæ ſcilicet numquam tribuitur ei qui à minore læſo conuenitur. Nam quod præter ætatem allegat etiam læſionem, non eò pertinet vt propter læſionem ſolam reſtitui velit, ſed id ex neceſſitate facere cogitur, quia nec ſola ætas ſine læſione prodeſſet. Poteſt autem probatio

9 læſionis † immodicæ, & quæ ſit vltra dimidiam iuſti pretij prodeſſe actori, aliquando etiam vt reſtituatur tanquam minor facilius, quam ſi non tam grandis læſio probaretur. Nimirum ſi, quod ſæpe accidit, dubiæ ſint, & in vtramque partem æquales ætatis probationes. Etſi enim omnino incumbit minori vt ætatem, cui ſuccurri vult, præcisè probet, quoniam hac parte tempora computantur de momento in momentum, vt lex ait, non leuis tamen præſumptio eſt quòd minor fuerit potius quàm maior is qui tam graui læſione iniuriam ſibi fieri paſſus ſit: Eſt enim & facilius & frequentius vt minor hac in re quàm vt maior decipiatur, ſicut & multò æquius eſt, vt ei qui tam magno damno affectus eſt ſubueniatur, quàm ei qui minorem alleget læſionem. Concludamus igitur fieri nullomodo poſſe vt remedia hæc impetrandæ reſtitutionis ex cauſſa minoris ætatis & immodicæ læſionis ſimul concurrant, non magis in perſona minoris, quàm ſi maior ille eſſet, qui reſtitutionem poſtularet, niſi † forteſſis eo modo quo etiam contrariæ actiones, eodem libello proponi poſſunt id eſt ſubordinate, aut potiùs alternatiuè, vt ſi actor in vna defecerit, aliam ſaluam habeat in qua obtinere poſſit. Idque conſilium, vt tutiſſimum, ita optimum eſt, & ab iis minoribus haud dubiè amplectendum qui ætatis ſuæ probationes minùs certas & exploratas habent.

ERROR X.

De cumulatione condictionis ex Can. redintegranda 3. quæſt. 1. *cum condictione ex l.* 2. C. de reſc. vendit.

SVMMARIA.

1 *Auxilium reſtitutionis minoribus competens non poteſt concurrere cum ea actione quæ minoribus datur ex cauſſa immodicæ læſionis.*

2 *Condictio ex Can. redintegranda, 3. quæſt. 1. non poteſt cumulari cum condictione ex l. 2. Codice de reſc. vendit.*

3 *Inſignes differentiæ inter condictionem quam ius Pontificium induxit, & condictionem quæ datur ex l. 2. C. de reſc. vendit.*

4 *Quo caſu pragmatici quidam cumulationem dictarum condictionum concedant aut negent.*

5 *Diſtinctio pragmaticorum inter enormem & enormiſſimam læſionem refertur & refellitur.*

6 *Quid exigat l. 2. C. de reſc. vendit.*

7 *Enormiſſima læſione intercedente an relinquatur emptori electio ſupplendi iuſti pretij, vel rei reſtituendæ accepto pretio.*

8 *Cum inquitas contractus empti venditi corrigitur, fructuum tamen interea perceptorum lucrum emptori ſalvum remanet.*

9 *Generaliter accipiendum eſſe illud I Ctorum, licere contrahentibus in emendo & vendendo ſe in pretio decipere & quidem naturaliter.*

10 *Refellitur traditio interpretum & pragmaticorum de enormiſſima læſione, & nullitate contractus quam ex ea emanare volunt.*

11 *In contractu diuiſionis quando læſio per dolum intercedit quomodo læſo ſuccurratur.*

12 *Si læſio vltra beſſem in contractu emptionis intercedat non tamen habetur contractus pro infecto, ſed pro imperfecto.*

13 *Dolus emptoris ex qualitate facti, non ex quantitate pretij æſtimandus eſt.*

SI cui perſuaſum erit quod nos proximè diſputauimus, auxilium reſtitutionis, † quod 1
minoribus aliquomodo deceptis competit, non poſſe concurrere cum ea actione quæ maioribus datur ex cauſſa immodicæ & enormis læſionis, multò facilius is admittet, quod nos nunc tractandum proponimus, condictionem † *ex Can. redintegranda* 3. q. 1. cumulari non poſſe cum ea condictione quæ ab Imperatoribus Diocletiano & Maximiano inducta eſt in *l. 2. Cod. de reſcind. vendit.* Prior † enim illa condictio 3
quam ius pontificium induxit, non modò contra

ſpoliatorem ipſum,ſed etiam contra tertium quemlibet, adcóque ſi multis creditus, bonæ fidei poſſeſſorem,tam amplas & fauorabiles habet præſtationes, vt probata ſpoliatione ex parte actoris, & poſſeſſione ex parte rei, non poſſit reus non condemnari vt rem ipſam præcisè reſtituat, & quidem cum fructibus omnibus, id eſt ſine vlla diſtinctione eorum qui percepti ſint ante vel poſt litem conteſtatam. Ea verò condictio quæ maioribus datur *ex l. 2.C.de reſcin. vendit.* neque contra quemlibet poſſeſſorem competit,ſed contra eum duntaxat qui ipſe contraxit,vt nos probauimus, neque ad rem præcisè reſtituendam, ſed ita vt ſalua ſit emptori electio iuſti pretij ſupplendi,ſi id malit, nec denique ad fructus omnes repetendos ſed ad eos duntaxat, quos emptor à die litis conteſtatę perceperit. Quæ tres inſignes differentiæ ſunt inter vtramque condictionem,& eiuſmodi ſanè, vt cumulationem illam quam nos fieri poſſe negamus, nullomodo patiantur. Idque & ex pragmaticis † nonnulli 4
fatentur, quibus iuriſprudentia non prorſus deſpectui aut ludibrio eſt:eò ſcilicet caſu quo in integrum reſtitutio (ſic enim appellant) danda ſit ex cauſſa enormis duntaxat læſionis. Diſtinguunt † namque omnes quot- 5
quot ſunt, læſionem enormem ab enormiſſima, interpretantes enormem illam,quæ eſt vltra dimidiam iuſti pretij, enormiſſimam verò eam quæ excedit beſſem,vt puta ſi quis rem dignam trecentis & decem aureis, emerit centum. Huiúſque diſtinctionis rationem illam adferunt, quòd fieri nequeat vt enormiſſima illa læſio non inducat præſumptionem doli ex propoſito, quinimò probationem pleniſſimam doli in re ipſa qui dolo ex propoſito non malè comparandus videatur *ex l. ſi quis cùm aliter 35. D.de verb. oblig.* De quo quia iam ſatis multa contra errorem iſtum ſcripſimus *Decad.1.* non erimus hîc in eo refellendo longiores.Hoc tantum monebimus,nouam illam Impp. conſtitutionem, quæ maioribus vltra dimidiam iuſti pretij læſis ita ſuccurrendum putauit, vt tamen ſaluam iis reliquerit ſupplendi iuſti pretij electionem,nullam omnino huiuſmodi diſtinctio- 6
nis coniecturam præbere. Nihil enim aliud † exigit, niſi vt venditor læſus ſit vltra dimidiam iuſti pretij, humanúmque eſſe ait vt hoc caſu emptor vel rem ſibi venditam reſtituat recepto pretio quod dedit,vel iuſtum pretium ſupplear.An non verò hoc ipſum tantò humanius 7
eſt quantò grauior læſio interuenerit ? An putas † potiùs in humanum fore ſi emptori qui tam grandi læſione venditorem deceperit, electio aliqua relinquatur? Arqui non habet venditor quod conqueratur, cùm eligente emptore iuſti pretij ſuppletionem res ad ſuam æquitatem reuocatur. Iniquitas enim quæ dat cauſſam reſtitutioni, in eo tantùm conſiſtit quòd prorſus viliſſimo pretio res diſtracta fuerit. Ea verò iniquitas corrigitur, cùm emptor aut iuſtum pretium ſupplere aut rem 8
reſtituere cogitur. Nec eo † minùs tamen fructuum interea perceptorum lucrum emptori ſaluum eſſe conuenit, cùm imputari magis poſſit venditori cur iure ſuo vſus non ſit, nec citiùs perierit contractum reduci ad æquitatem,quàm emptori cur in pretio venditorem tam grauiter decepetit, quod ille putare potuit & debuit ſibi licere *l. in cauſſa 16.§. idem Pomponius. D.de minor. l. item ſi 22. §. vltim. D. locat.* quibus locis quod aiunt 9
Iure conſulti † licere contrahentibus in emendo & vendendo ſe in pretio decipere, & quidem naturaliter, id eſt,ita ferente non ſolùm natura ipſa tractatus empti & venditi, ſed etiam naturali propenſione eorum qui ad emendum aut vendendum accedunt *l. ſi voluntate 8. de reſcind. vendit.* Id, inquam, generaliter & indiſtinctè traditum eſt nulla læſionis quantitate taxata, id eſt,non adhibita illa diſtinctione, An intra aut vltra dimidiam iuſti pretij læſus ſit venditor, ſicut & lex Imperatoria quæ venditori vltra dimidiam iuſti pretij læſo ſuccurrit,non diſtinguit an beſſem quoque pretij ea læſio excedat necne. Quod cùm ita ſit, nec nos diſtinguere debemus vulg. *l. de pretio 8. D. de Publician. in rem act.* Et ſanè quod pragmatici † poſt nonnullos interpretes 10
induxerunt de enormiſſima læſione, vt tunc interueniſſe videantur, cùm vltra beſſem iuſti pretij venditor læſus eſt, non ſolùm ſine lege eſt, ſed etiam ſine ratione. Sed illud multò magis, quod addunt ex hac cauſſa contractum habendum eſſe pro nullo & infecto,quemadmodum, inquiunt, ſi dolus ex propoſito interueniſſet. Nam etſi poneres dolo malo & peſſimo emptoris circumſcriptum venditorem, non in eo quod vendidiſſet (faceret enim ea res nullam ipſo iure venditionem *l. & elegantèr 7. ff. de dolo*) ſed in eo tantùm quòd viliſſimo pretio vendidiſſet, contractus tamen ipſo iure ſubſiſteret, ſatiſque eſſet æquitate iudicij bonæ fidei hactenus purgari dolum vt venditori conuento iuſtum pretium ſuppleretur. Id enim iam olim non ſolùm in iudicio de dote,quod omnium maxime bonæ fidei erat, obtinebat *l.ſi res æſtimata 12. §. ſi mulier. D. de iur. dot.* ſed etiam in datione in ſolutum, quæ propiùs accedit ad venditionem *l. ſi quis aliam 46. in fin. D.de ſolut.* & in con- 11
tractu † diuiſionis qui æquè bonæ fidei ſemper fuit,vtpote diuiſione ipſa vicem emptionis obtinente *l. Cod. commun.vtriuſque iudic.* iidem Imperatores, quorum eſt *dicta lex 2.C.de reſc.vendit.* apertè reſcripſerũt,nec noui iuris conſtituendi, ſed veteris conſeruandi gratia, illo etiam caſu quo per fraudem vel dolum, adcóque perperam dummodò ſine iudicio facta diuiſio ſit, ſubueniri maioribus oportere:An vt à diuiſione prorſus recedatur acſi nulla facta eſſet ? Minimè : ſed vt quod inæqualiter factum eſſe conſtiterit, in melius reformetur, *l. maioribus 3.C.comm. vtriuſque iudic.* Nimirum æquitate ipſius iudicij, quia vt lex ait, iudicium bonæ fidei eſt, in contractibus autem qui bonæ fidei ſunt, etiam maioribus officio iudicis cauſſa cognita iura publica ſubueniunt, *l.in contractibus 3. C. ex quib. cauſſ. maior.* quia ſcilicet bono & æquo non conuenit aut lucrari quem ex damno alterius,aut damnum ſentire per alterius lucrum *l.iure ſuccurſum 6. §. vlt. D. de iur. dot.* Adeò vt nec ſit hoc caſu neceſſaria in integrum reſtitutio, quia quod poteſt æquitas reſtitutionis in cæteris cauſſis, id in bonæ fidei iudiciis officium ſolum iudicis poteſt, quandiu actio bonæ fidei competere poteſt, vt non obſcurè innuit *dicta lex,In contractibus.* Itaque æquitas † illa quæ facit vt 12
venditori tam immodicè læſo ſuccurri oporteat, non facit etiamſi vltra beſſem læſus proponatur, vt contractus habeatur pro infecto, ſed vt habeatur pro imperfecto quouſque reformatus ſit,& perfectus,ſiue agendo condictione ex *l.2.C.de reſc.vendit.* ſiue excipiẽdo æquitate iudicij,*l.3.C quib.ex cauſſ.maior.d.l.3.C. comm. vtriuſque iudic.* Aut vt reſcindatur, ſi is qui dolum admiſit iudicio bonæ fidei conuentus nolit conſentire vt ad ſuam æquitatem res reuocetur; quod fit in venditione, ſi emptor venditi iudicio laceſſitus ante ſolutum pretium, præſtare & ſupplere iuſtum nolit. Æquiſſimum ſane eſt deteriorem eſſe conditionem eius qui in contractu bonæ fidei dolum admiſit,quàm eius qui bona fide,licèt magno ſuo commodo rem geſſerit:Deteriorem,inquam, non in eo duntaxat, quòd contractus reſciſſionem per in integrum reſtitutionem ex doli cauſſa inuitus pati cogatur, ſed in eo etiam quod fructus omnes reſtituere debet, vtpote mala fide perceptos *l.1.C.de dolo.* quos tamen dolo nullo interueniente ſuos faceret iure bonæ fidei poſſeſſoris,quantacumque læſio in pretio adeſſe proponeretur.Perpetuò enim verum eſt quod ait *l. dolus 10. C. eod. tit.* dolum emptoris † ex qualitate facti,non ex quantita- 13
te pretij æſtimandum eſſe.Longè quealia Vlpiani ſententia eſt in *d.l.ſi quis cùm aliter 35.ff.de verb.obli.& l.ſi ſuperſtite 5.C.de dolo,* vt ſcripſimus in *error.7. Decad.1.*

ANTONII

ANTONII FABRI IC.

Decas Octaua.

ERROR PRIMVS.

De diuiſione in qua læſio interuenit.

SVMMARIA.

1 *Diuiſio emptionis & permutationis vicem obtinet.*
2 *Ex cauſſa immodica læſionis ſuccurritur condiuiſori læſo.*
3 *Quanta læſio requiratur vt ſuccurratur læſo condiuiſori.*
4 *Sententia Accurſij; læſionem vltra dimidium iuſti pretij requirentis.*
5 *Opinio pragmaticorum læſionem ad quartam vſque iuſti pretij ſufficere aſſerentium, probata Imberto.*
6 *Ratio Imberti & eius refutatio. num. 7.*
8 *Tertia ſententia quorundam pragmaticorum læſionem quæ iuſti pretij trientem excedat aut æquet requirentium.*
9 *Dicta ſententia refutatio.*
10 *Sententia autoris de quæſtione propoſita & numero ſeqq.*
11 *In ſtrictis iudiciis, ſi neque dolus, neque vis, neque metus interuenerit, etiamſi læſio in re ipſa ſit, nullus tamen iudicis officio locus relinquitur dolo verò aut metu interueniente neceſſaria eſt reſtitutio in integrum.*
12 *In iudiciis bonæ fidei ſiue dolus, ſiue vis, aut metus interuenerit, ſufficit æquitas iudicij pro reſtitutione ſi dolum paſſus conueniatur: at ſi agat opus eſt reſtitutione.*
13 *Vi accipiendum illud Symmachi Iuris & legum vocem hanc eſſe, bonæ fidei contractum non reſcindi.*
14 *Plus poteſt officium iudicis in bonæ fidei iudiciis, quàm exceptio doli in ſtrictis.*
15 *Si in venditione dolus interuenerit ex parte emptoris & emptor agat ad rem tradendam, poteſt iudicij æquitas ſufficere venditori ne tradere rem cogatur, niſi emptor dolum purgare paratus ſit.*
16 *Idémque obtinet in contractu diuiſionis.*
17 *De qua diuiſione agatur in l. maioribus. 3. C. commun. vtriuſque iudic.*
18 *Conſtitutio d. l. maioribus. ad quem caſum porrig poſſit.*
19 *Ad quem caſum propriè pertineat.*
20 *Si dolus nullus aut vis interuenerit in venditione, ſed læſio ſine dolo, venditori qui ex empto conuenitur ab emptore ad rem tradendam, non ſufficit æquitas iudicij, vt non cogatur rem ipſam tradere.*
21 *In quam rem fuerit neceſſaria noua conſtitutio l. 2. C. de reſc. vendit.*
22 *In diuiſione idem quod in emptione obtinere, vbi vnus ex condiuiſoribus læſus eſt vltra dimidium iuſti pretij, pragmaticorum placitum eſt.*
23 *Non eandem eſſe fuiſſéque olim diuiſionis & emptionis rationem, contra pragmaticos.*
24 *Si vis vel dolus interceſſerit in diuiſione, reſtitutio in integrũ competet; ſicut etiam ex capite minoris ætatis.*
25 *Nulla intercedente vi aut dolo ex cauſſa ſolius læſionis iure Pandectarum non reſcinditur diuiſio.*
26 *Minoribus aduerſus diuiſionem non niſi cauſſa cognita datur reſtitutio.*
27 *Explicatur l. maioribus. 3. C. comm. vtr. iudic.*
28 *An ex l. 2. C. de reſc. vendit. ſuccurratur læſo condiuiſori.*
29 *Sententia autoris.*
30 *Refellitur Imberti.*

VOniam diuiſio † emptionis vicem obti- 1
net *l. 1. Cod. 1. commun. vtriuſque iudic.* ſicut & permutationis *l. ſi filia. 20. §. ſi pater. D. fam. erciſc.* nemo dubitat quin ex cauſſa † 2
immodicæ læſionis ſubueniendum ſit ei ex copdiuiſoribus, qui deceptus eſt etiamſi maior proponatur *l. maioribus 3. Cod. commun. vtriuſque iud.* Exemplo, inquiunt, venditionis, in qua hoc ipſum à Diocletiano & Maximiano conſtitutum eſt in *l. 2. Cod. de reſc. vend.* Sed quanta læſio † requiratur, vt in integrum reſtitutioni aduerſus diuiſionem locus fiat, quomodo pragmatici loquuntur, aut vt contractus in melius reformetur, quæ eorundem Imperatorum verba ſunt, *d. l. maioribus*, non ſatis conſtat inter iuris interpretes, nedum inter pragmaticos. Etſi enim *Accurſio* † & pleriſque ex antiquioribus interpretibus viſum eſt, ad exẽplum venditionis non aliter ſubueniendum eſſe ei qui læſus eſt, quàm ſi vltra iuſti pretij dimidiam læſus ſit. Multorum tamen, præſertim pragmaticorum † aliud 5
iudicium eſt, exiſtimantium ſufficere poſſe ad contractum reſcindendum, ſi ad quartam vſque iuſti pretij læſio probetur. Quam ſententiam in Galliæ tribunalibus receptiſſimam eſſe refert Imbertus in enchiridio, contendens, quod magis eſt, non eſſe eam à iure ſcripto alienam ex *Auth. contra cùm rogatus. Cod. ad S. C. Trebell.* vbi ſcriptum eſt ex Iuſtiniani *Nouel. 108. cap. 1.* cùm quis rogatus fuerit, vt ſine liberis decedens quod tunc ex hereditate ſupereſt reſtituat, quartam eum inſtitutionis fideicommiſſario reſtituere compellendum. Mouetur † ex ratione illa generali poſita in *dicta lege, maioribus*, *Quia in bona fide iudiciis quod inæqualiter factum eſſe conſtiterit, in melius reformabitur.* Quis enim neget inæqualiter factam eſſe diuiſionem, etiamſi non vltra dimidiam læſio interuenerit? Sed tamen ſi ea ratiocinatio † recta eſt, conſequens fiet vt & venditori intra dimidiam læſo, eadem ratione ſubueniri æquum ſit, cùm iudicium empti & venditi non minùs bonæ fidei ſit, quàm quod ex diuiſione facta competit, & conſequenter ratio illa generalis ad omnia bonæ fidei iudicia pertinens, non minùs ad emptionem & venditionem, quàm ad cæteros bonæ fidei contractus accommodari debeat. Quare nec deſunt qui putent † eam ſaltem læſionem in contractu diuiſionis reformando exigi, quæ iuſti pretij trientem excedat, aut certè æquet, maximè ſi non inter fratres agatur inter quos æqualitas exactior ſeruanda eſt *l. inter filios 11. Cod. famil. erciſc.* ſed inter alios ſiue coheredes, ſiue communium bonorum condiuiſores. Sed his † quoque illud obſtat, quòd cùm eadem 9
diuiſionis, quæ aliorum bonæ fidei contractuum ratio conſtituatur in *d. l. maioribus*, certum tamen eſt

Digitized by Google

venditionem non magis reformari, ſi ad trientem vſque iuſti pretij læſus ſit venditor, quàm ſi ad quadrantem duntaxat, requirique omnimodo vt vltra dimidiam læſum ſe conqueratur. Scio poſſe non eleganter diuiſionis & emptionis diuerſam in eo conſtitui rationem, quòd qui diuidunt, non id agunt vt alter alterum in pretio aut potiùs valore diuidendarum rerum circumſcribant, ſed vt ſuam quiſque portionem quota & quantacumque tandem illa ſit, integram, nec aliud præterea quicquam conſequatur At qui accedunt ad emendum & vẽdendum, eo animo ſunt, vt alter alterum in pretio quãtum fieri poteſt decipere velit, emptor quidem vilius comparando, venditor autem cariùs diſtrahendo *l. ſi voluntate* 8. *Cod. de reſcind. vendit.* Verum enimuerò illa ſemper dubitatio manet, quòd in *d. l. maioribus* ſic loquuntur Imperatores, vt ſignificent non iure aliquo ſingulari quod in iudiciis diuiſoriis obtineat, ſed ex iure communi omnium bonæ fidei iudiciorum, ſi quid inæqualiter factum eſſe conſtiterit, id in melius reformari oportere. Quòd ſi ita eſt, non facilè defendi aut explicari poteſt, in quo hac parte diuiſio differat à venditione. Ego longè aliter † quàm ab interpretibus aut pragmaticis hucuſque factum ſit, totam rem hanc diffiniendam eſſe arbitror. Illud imprimis ſtatuo, quod facile omnes admittent, licèt pauci animaduertant: Differre bonæ fidei iudicia ab iis quæ nos ſtricti iuris appellamus, cùm in aliis quàm plurimis tùm in eo maximè, quòd in ſtrictis, † ſi neque dolus neque vis, aut metus interuenerit, etiamſi læſio in re ipſa ſit, nullus tamen iudicis officio locus relinquitur, quia in eo iudiciorum genere nullum officium eſt iudicis, niſi vt formulæ ſubſeruiat, & conuentionis, ex qua agitur, formam præcisè ſequatur. Sed nec reſtitutioni facilè locus eſt, niſi ex iis cauſſis quas prudentes congerunt in interpretatione edicti *ex quib. cauſ. maior.* niſi fauor minoris ætatis intercedat. Dolo autem, vel vi aut metu interueniente, non modò vtile, ſed etiam neceſſarium eſt auxilium reſtitutionis ex edicti capite *De dolo* aut *De eo quod metus cauſ.* quia cùm in huiuſmodi iudiciis nulla prorſus æquitatis, ſed tantùm ſtricti iuris ratio habeatur, non poteſt fieri vt eam admittant reformationem, quam æquitas alioqui ſuggerere videretur quandoquidem & ea contractuum ſtricti iuris natura & conditio eſt, vt nec æquum ſit in iis haberi rationem æquitatis. In iis autem iudiciis † quæ ſunt bonæ fidei, ſiue dolus, ſiue vis aut metus interuenerit, ſiue quid aliud quod aduerſus contractum ſtricti iuris inducere poſſet reſtitutionem, ſufficit æquitas iudicij pro reſtitutione vt ad æquitatem omnia reuocentur, nempe ſi is conueniatur qui dolum paſſus eſt, aut metum. Hoc enim eſt quod dici ſolet, Exceptiones doli bonæ fidei iudiciis ineſſe, *l. ſed etſi* 21. *D. ſolut. matrim. l. huiuſmodi* 84. §. *qui ſeruum. de legat.* 1. Tantundémque in iis poteſt officium iudicis, quantum doli exceptio in ſtrictis. Imò & quantum ipſa in integrum reſtitutio *l. in contractibus* 3. *Cod. ex quib. cauſ. maior. l. iure ſuccurſum* 6. §. *vlt. D. de iur. dot.* iunct. *l. ſi ex cauſſa* 9. §. *in dotis quoque modo. D. de minor.* adeóque quod magis mirum eſt, quantum in ſtipulatione nominatim facta interrogatio, *l. quia tantundem* 7. *D. negot. l. quare* 54. *D. locat.* Cæterùm ſi is qui dolum, vel vim aut metum paſſus eſt, non conueniatur, ſed agere velit, amiſſa fortè iam poſſeſſione rei quam repetere vellet, ſicuti agere cogitur, ita & in integrum reſtitutionem poſtulare, quia non poteſt fieri vt officio iudicis locus ſit niſi propoſita prius actione ex bonæ fidei contractu: quam porrò proponere non poteſt is qui id agit vt ex capite metus vel doli contractus reſcindatur. Itaque quemadmodum in ſtrictis iudiciis doli exceptio ſufficit reo, quæ eidem agenti foret inutilis, quoniam ad agendum vt dolus vindicetur neceſſaria eſt dolo actio, id eſt reſtitutio ex capite doli, ita & in bonæ fidei iudiciis dolus quidem vindicatur æquitate iudicij, ſi is ipſe agat qui dolum admiſit, ſed non poteſt naſci actio ex contractu quantumuis bonæ fidei ſit, ad contractum qui dolo malo initus ſit reſcindendum, in eámque rem beneficium reſtitutionis prorſus neceſſarium eſt, &, vt dicam breuiùs, officium iudicis in huiuſmodi iudiciorum genere pro doli exceptione eſt, pro actione de dolo non eſt, vbi res integra eſſe deſiit, & bonæ fidei iudicium extinctum, neque pro alia vlla in integrum reſtitutione *leg.* 3. & 4. *Cod. de his quæ vi met. cauſ. l.* 1. *l. ſi dolo* 5. *l. dolus* 10. *Cod. de reſcind. vendit.* Alioqui dicendum eſſet aduerſus contractum bonæ fidei numquam poſſe competere reſtitutionem, ne quidem ex cauſſa metus aut doli, cùm reſtitutio non detur vbi alia actio competit: quod tamen ſupradictis locis aliiſque innumeris apertiſſimè negatur. Et quod Symmachus † dicebat, iuris & legum vocem hanc eſſe, Bonæ fidei contractum non reſcindi: non hunc ſenſum habet, vt eos contractus qui bonæ fidei ſunt, numquam per in integrum reſtitutionem reſcindi oporteat, ſed vt is qui demum non reſcindatur qui bona fide initus perfectúſque ſit: quo iure cenſeri ſanè non poteſt venditio quam emptoris dolus aut vis extorſerit tametſi ea quoque bonæ fidei dicatur inſpecto ſcilicet eo quòd à contrahentibus fieri debuerit, non quod ab iis factum ſit. Illud tamen obſeruandum eſt, in eo plus poſſe officium † iudicis in bonæ fidei iudiciis, quàm exceptionem doli in ſtrictis, quòd in ſtrictis non quælibet æquitas exceptionem doli inducit, ſed ea tantùm quæ ex cauſſa doli profiſciſcitur, & quæ rationem illam habet ne aduerſarius ex dolo ſuo lucretur, ideóque reſtitutio plerumque neceſſaria eſt ei etiam qui ex contractu ſtricto conuenitur. At in bonæ fidei iudiciis officium iudicis ſemper & omni caſu non ſolùm pro doli exceptione eſt, ſed etiam pro reſtitutione in integrum, ſi modò ei ſubueniendum ſit, non qui agit, ſed qui conuenitur. Ex his iuſto ſi in venditione † dolus interuenerit parte emptoris, ſiue in pretio, ſiue in qua alia re, & emptor agat iudicio empti ad rem tradendam, poſſe iudicij æquitatem ſufficere venditori ne tradere rem cogatur, niſi emptor aut iuſti pretij ſuppletione, aut alia qualibet ratione dolum purgare paratus ſit. Nam & haberet doli exceptionem ſi officium iudicis ſufficere non poſſet. Nec aliud meo iudicio † in diuiſione iuris eſt, ſi rerum diuiſio duntaxat facta, non etiam poſſeſſio tranſlata vel relicta ſit. Agenti enim ex ea diuiſione quæ per fraudem vel dolum facta ſit, obſtabit proculdubio æquitas iudicij, ſufficiétque reo ad excludendam actoris intentionem, vt quod inæqualiter factum eſſe conſtiterit, in melius reformetur. Quæ, ni fallor, ſententia eſt *dictæ legis, maioribus* 3. *Cod. commun. vtriuſque iudic.* In qua tractari † de diuiſione, quæ nondum per traditionem & tranſlationem poſſeſſionis finem acceperit, vt loquitur *l. ſi inter* 8. *eod. tit.* ex eo apparet, quòd lex ponit actum eſſe iudicio bonæ fidei. Nam diuiſionis placitum niſi traditione vel ſtipulatione ſumat effectum ad actionem, non magis prodeſſe poteſt quàm aliud quodlibet pactum nudum, *l. diuiſionis placitum* 45. *D. de pact. l. cum proponas* 21. *Cod. eod.* Secuta autem traditione impletóque contractu, nulla iam actio ſupereſſe poteſt aut naſci ex diuiſione inter condiuiſores. Sola vindicatio eis competit, cùm eius quiſque rei quam penes ſe habet ex diuiſione dominium nactus ſit, *l.* 2. *C. commun. vtr. iudic.* Stipulatione autem interpoſita naſcitur, quidem actio ex ſtipulatu, ſed quæ ſtricti iuris, non bonæ fidei eſt *l. quicquid* 99. *D. de verb. oblig. l. videamus* 38. §. *ſi actionem. D. de vſur.* Non igitur poteſt ea lex de alio bonæ fidei iudicio intelligi, quàm quod ſit familiæ erciſcundæ, aut communi diuidundo. De quibus etiam totus ille titulus eſt. Atqui nec familiæ erciſcundæ, nec communi diuidundo iudicio aliter agi poteſt quàm ſi corpora maneant communia *l. familiæ* 9. *ill. eod. tit.* Corpora autem non poſſunt videri communia poſteaquam per diuiſionem

poſſeſſionis

possessionis dominium quoque diuisum est *d. l. 2. eo.* Necesse igitur est vt ea lex intelligatur de diuisione eiusmodi quæ steterit in finibus nudæ conuentionis, nec dum stipulatione aut traditione effectum sumpserit.
18 Quæ res facit, vt quod eo loco ab Imperatoribus † constitutum est, possit habere locum non modò si is qui à condiuisore per fraudem vel dolum circumuentus fuit, conueniatur iudicio communi diuidundo ad diuisionem eo quo conuenit modo faciendam, sed etiam, quod notabilius est, si ille ipse qui circumuentus est, agat communi diuidundo, tanquam rebus omnibus in communione adhuc retentis. Aduersario enim excipienti de pacto diuisionis replicatio doli obiicietur, quæ bonæ fidei iudicium faciet, commentúmque fraudis repellet, vt in *l. auersus 3. C. de except.* Quod in cæteris bonæ fidei contractibus qui nudo consensu perficiuntur diuersum est, in quibus traditio non est necessaria vt contractus
19 perfectus videatur. Quamquam magis † mihi placet prior interpretatio, vt *d. l. maioribus*, ad eum casum pertineat quo conuenitur is qui dolum passus est, non quo agit, cùm non requirat doli replicationem aduersus pactum, quæ tamen necessaria esset vt iudicium bonæ fidei
20 constitueretur, *d. l. aduersus.* Sed si dolus † nullus, vis nulla interuenerit in venditione, at læsio duntaxat in pretio quantacumque citra dolum, cùm dolus ex qualitate facti, non ex quantitate pretij æstimetur, *d. l. si dolus 10. C. de rescind. vendit.* dico non posse æquitatem iudicij sufficere venditori, si empti iudicio, quod bonæ fidei est, conueniatur ad rem tradendam, quominus tradere rem cogatur, etiamsi iustum pretium supplere emptor nolit, quoniam æquitas nulla est quæ hoc suadeat, siquidem in pretio emptionis & venditionis naturaliter, id est, ex natura negotij quod geritur, licet contrahentibus inuicem se decipere, nisi adsit dolus malus, *l. in causse 16. §. idem Pomponius. D. de minor. l. item si pretio 22. §. vlt. D. locat.* Multo minùs autem sufficiet æquitas iudicij ad dandam actionem venditori vt emptor aut rem tradere pretio recepto, aut iustum pretium supplere teneatur. Est enim longè difficilius vt actio detur vltrò ad rescindendum contractum, quàm vt aduersus agentem ex contractu officium iudicis imploretur. In eámque nimirum rem ne-
21 cessaria † fuit noua constitutio *d. l. 2. C. de rescind. vendit.* quæ venditori vltra dimidiam iusti pretij læso subueniret, & quidem in vtrumque casum, id est, siue is ageret, siue conueniretur. Humanum enim visum est non tam laxis habenis permittendum esse ementibus & vendentibus se in pretio decipere, sed ad finem vsque dimidiæ iusti pretij: quod ipsum priusquàm constitutum esset, & Pandectarum iure non oporteat haberi pro constitu-
22 to. In diuisione † verò quin idem quod in emptione hodie obtinere ius debeat, si alter ex condiuisoribus vltrà dimidiam iusti pretij læsus sit, nemo ex pragmaticis dubitat. Cur enim condiuisoris, inquiunt, deterior conditio sit quàm venditoris etiam traditio sit subsecuta? Malè, vt posteà dicemus. Sed si intra dimidiam læsus proponatur, hic verò casus est de quo dubitari posse putant, id est, an eadem in omnibus hodie sit, oriúmque fuerit ra-
23 tio diuisionis & venditionis. Et puto † esse semperque fuisse planè diuersam, in eo quòd non sicuti naturaliter licèt contrahentibus in emendo & vendendo se in pretio decipere, ita & in diuidendo permissum est vt suam quisque ex diuisoribus portionem alieno incommodo faciat ampliorem, quam ex ratione esse debeat. Id enim agunt qui diuidunt, vt vnusquisque id duntaxat ferat quod suum est, ex alieno autem nihil: quamobrem nec quicquam acquirere dicitur qui diuidit, quoniam licèt fiat Dominus eius portionis quam in re communi socius habebat, tamen de suo tantundem præstat socio quantum ab eo accipit. Æquitas igitur iudicij bonæ fidei sufficere potest ad contractum qui inæqualiter factus sit in melius reformandum, si communi diuidundo agat ille qui ex inæquali diuisione lucrum captat. Nam si conueniatur, proculdubio ei proderit pactum diuisionis ad exceptionem, quæ doli replicatione elidi non poterit, cum ponamus nihil dolo malo factum esse. Non enim magis in diuisione quàm in emptione dolus æstimandus est ex inæqualitate portionum, sed ex sola qualitate facti *d. l. dolus 19. C. de resc. vendit. & leg. dolum 6. C. de dolo.* Itaque vno illo casu quo is qui in diuisione læsus est, agere velit iudicio communi diuidundo, adhibenda distinctio est, an dolus ali quis condiuisoris interuenerit, nécne; quia sola doli, aut quæ similis est metus replicatio iudicium bonæ fidei constituere potest, quod per exceptionem pacti euersum videbatur: cùm & ex bona fide illud sit vt pacta seruentur, quæ nec contra bonos mores, nec contra leges facta sint *d. l. aduersus 3. C. de except.* Sed si is qui à condiuisore læsus est conueniatur eodem iudicio communi diuidundo, nihil prorsus interest an inæqualitas ex condiuisoris dolo perfecta sit, an emerserit citra dolum, quia vtroque casu æquum est & ex verisimili voluntate contrahentium, vt quod inæqualiter factum est, ad æqualitatem reuocetur. Æquitas autem illa licèt sufficiens non sit ad exceptionem doli inducendam, cùm dolus nullus interuenit, tamen sufficiens est ad inducendum officium iudicis, quod, vt dixi, cæteris omnibus exceptionibus longè plenius & vberius est. Idque est quod ait *d. l. maioribus, per fraudem, vel dolum, vel perperam factis diuisionibus*, vt intelligamus nihil hac parte inter hæc interesse. Perperam enim factas diuisiones intelligo, quæ malè, id est, inæqualiter factæ sunt citra fraudem tamen. vt ea adiectio nonnihil operetur, sed hoc tamen ex superioribus semper repetitum volo, vt is locus ad eum casum coangustetur, quo ex diuisione traditio secuta nondum sit, quando alioqui futurum est, vt nihil sit quod tractari queat de iudicio communi diuidundo, sublata per dominij translationem communione. Cæterùm si res desierint esse communes, id est, si rerum communium diuisio relicta vel translata possessione finem acceperit, vt loquitur *d. l. si inter 8. eo.* nego posse diuisionem quantumuis inæqualem reformari in melius æquitate iudicij, quia neque iudicium bonæ fidei vllum superest quod exerceri possit, siue dolo malo siue citra dolum ea inæqualitas contigerit, siue is qui læsus est, agat, siue conueniatur. Planè si vis † vel dolus intercesserit, re- 24
stitutio in integrum competet ad rescindendam diuisionem ex capite edicti *De dolo*, vel *De eo quod met. caussa.* Sicut & ex capite minoris ætatis, si minor fuerit is qui læsus proponitur. *l. pen. C. commun. diuid. l. 1. C. si aduers. transact. vel diuis.* Sed nulla † intercedente vi, nullo dolo, 25
vel metu, non puto ex caussa solius læsionis quantumlibet immodicæ rescindi posse diuisionem, si inspicias ius Pandectarum. Nec dubito quin ea sit sententia *d. l. si inter*, cùm ait, Si inter maiores annis viginti quinque diuisio rerum communium relicta vel translata possessione finem acceperit, instaurari mutuo bona fide terminata consensu minimè posse. Iam enim monuimus non eo minus bona fide perfectam videri diuisionem, quòd læsio interuenerit, Alioqui dici non posset quid hac parte inter maiores & minores interesset, cùm nec minoribus † tam facilè detur restitutio aduersus diuisionem, sed 26
caussa cognitâ, vt scriptum est in *d. l. pen.* id est ita demum si læsi nec in re modica proponantur. De minimis enim, vt dici solet, non curat prætor *l. scio 4. D. de in integr. restit. l. si quis adfirmauit 9. §. vlt. D. de dolo*, ne tum quidem cùm minoribus succurrit. Etsi enim non ignoro posse satis magnam læsionem videri ad inducendam minotis restitutionem, etiamsi intra quartam iustæ æstimationis partem læsus sit, quis tamen prudentum vnquam dixit, læsionem quæ in re ipsa duntaxat quantacumque contigerit, posse locum facere restitutioni inter maiores? Nec ad rem pertinet si quis obiiciat quod suprà diximus, diuidentium non eam esse mentem vt se circumscribant, sed vt suam quisque portionem integram ferat.

Inducit enim ea res iudicij æquitatem duntaxat, si post diuisionem factã necdum perfectã agatur cõmuni diuidundo, vt docuimus, non etiã æquitatem restitutionis ad rescindendam diuisionem, quæ secutis hinc inde traditionibus iure perfecta, impleráque sit: quia facilius est vt reformetur diuisio quandiu destinata magis quàm vt perfecta dici potest, quàm vt perfecta rescindatur. Denique sicut læsio sola non inducit exceptionem doli in strictis iudiciis, nec item in integrum restitutionem aduersus contractum stricti iuris, ita neque potest inducere officium iudicis in contractibus bonæ fidei, ad hoc vt contractus vltrò rescindatur per actionem, sed ita demum duntaxat si iudicium bonæ fidei exerceatur, quod porrò exerceri nullum amplius potest ex causa diuisionis, siue factæ, siue faciendæ, cum omnino peracta perfectáque diuisio est. Eóque pertinent, † quod nemo tamen obseruauit, verba illa *d.l. maioribus. Sine iudicio factis diuisionibus*, non vt iudicis autoritati aliquid hac in re tribuatur, vt vulgò pragmatici sentiunt, sed quia cùm intercedente iudicis autoritate fit diuisio, fiunt à iudice mutuæ adiudicationes, *l. item Labeo* 22. §. 1. & *pass. D. famil. ercisc. l. 2. l. communi* 7. *in princ. &* §. 1. *& pass. D commun. diui.* quarum adiudicationum vis & potestas illa est vt dominium statim transferatur in eum cui facta est adiudicatio. Est enim adiudicatio, sicut & traditio, vnus ex iis modis per quos adquiritur dominium iure Quiritium, apud *Vlp. tit. 19. De acquisit. rer.* Proinde factis per iudicem diuisionibus, atque ita translato per mutuas adiudicationes dominio, non potest supersesse iudicium familiæ ercisc undæ aut communi diuidundo, cuius æquitate possit inæqualis diuisio in melius reformari, ideóque ad auxilium restitutionis in integrum recurrendum est, & confugiendum, si læsio per condiuisoris dolum intercenit, sin sine dolo & inter maiores, quærendum: eò magis quòd diuisiones etiam cùm sine iudice fiunt, solent tamen fieri per arbitros diuisorios, non per ipsos condiuisores, quibus ideò minor de se inuicem conquerendi occasio relinquitur: aut si per se diuidant, solet, qui maior est, portiones constituere, minor autem eligere: quod cùm fit de se ipso potiùs quàm de condiuisore, querelæ causam habet, si læsus reperiatur, vt proximo cap. dicemus, & hæc quidem toto Pandectarum iure sine dubio obtinuerunt. Sed cùm per nouam † Imperatorum constitutionem *l. 2. C. De rescind. vendit.* hactenus recessum sit ab eo iure, vt venditori quoque succurratur si vltra dimidiam iusti pretij læsus sit, cui tamen succurrendi longè minor ratio semper fuit quàm condiuisori, propter eam rationem quam attulimus, quòd interemptorem & venditorem id agatur, vt se inuicem in pretio decipiant, non etiam inter condiuisores. Hinc nimirum dubitatio nasci potest, non solùm an si læsio vltra dimidiam intercenerit, actio condiuisori læso danda sit (quod minorem difficultatem habere videtur) sed an minor quoque læsio possit sufficere vt condiuisori subueniatur. Ergo puto † neutro ex his casibus iuuandum condiuisorem qui læsus est, quantacunque tandem læsio illa sit, propter eas rationes quas adferam *infr. cap. 6 ad fin.* Sed etsi putarem non magis iniquam fore constitutionem, quæ statueret sufficere læsionem in diuisione ad quadrantem aut trientem vsque, quàm quæ succurrit venditori læso vltra dimidiam iusti pretij, tamen cùm id nullo prorsus iuris loco proditum sit, non faterer ab interpretibus, aut ab aliis qui condendæ legis autoritatem non habeant, eam sententiam induci probatiue debere. Nam etsi qua lex esset quæ hoc ipsum constitueret, ratio tamen reddi non posset cur de quadrante potiùs quàm de triente, aut de sextante, aut de quincunce locuta fuisset, iurisque id esset, vt loquuntur, positiui; cuiusmodi sunt quæ indigent proculdubio constitutione eius qui ius habeat constituendi, nec possunt ex sola æquitatis interpretatione constari. Quod autem ita existimandi † ansam Imbertus sumit ex *Auth. contra eum rogatus. C. ad S. C. Treb.* quis non videt prorsus ridiculum esse *τὸ ἔπος διάφορον*? Cùm igitur sola illa Diocletiani & Maximiani constitutio in hanc rem exet, cuius autoritate siue vti siue abuti licear, cùm de alijs bonæ fidei contractibus ex læsionis causa rescindendis agitur, diuisióque vicem emptionis obtinere existimetur, non video qua fronte dici possit condiuisori citra dolum aut metum læso succurri debere, si non nisi intra dimidiam iustæ æstimationis læsus proponatur. Illud sanè ab interpretibus & pragmaticis omnibus concedi volo, errare se non toto, quod aiunt, cœlo, sed tota iurisprudentia, cùm suum hunc errorem probari putant ex *d. l. maioribus. C. commun. vtriusque iudic.* quam nos probauimus ad eas diuisiones nullo modo pertinere, ex quibus translata est possessio & cũ possessione proprietas, siue per veram & corporalem traditionem, siue quod hîc idem est, per clausulam constituti ea possessionis translatio facta est.

ERROR II.

Si diuisio inter maiores per electionem aut sortem facta sit, & læsio intercenerit.

SVMMARIA.

1 *Diuisionis faciendæ modus receptior in iure per arbitros diuisorios, mutuásque iudicis ad iudicationes.*
2 *Alius diuidendi modus hodie vsitatissimus præsertim inter fratres, quo maior natu diuidit, minor eligit.*
3 *An per restitutionem, rescindi queat diuisio secundi modi cùm alteruter ex condiuisoribus vltra dimidiam iusti valoris læsus est.*
4 *Sententia pragmaticorum affirmans.*
5 *Contraria autoris sententia & eius confirmatio.*
6 *Si in quæstione proposita interueniat dolus vel metus, an condiuisor læsus sit minor 25 annis, tunc succurrendum est læso.*
7 *Alia exceptio, seu casus quo succurritur læso condiuisori.*
8 *Ex sola læsione quæ per inæqualitatem portionum contigit, non potest mala fidei probatio induci.*
9 *Ad quam diuisionem trahi possit beneficium l. 2. C. de resc. vendit.*
10 *Si diuisio per sortem facta sit an succurratur læso.*

1 Et plerumque diuisio † inter eos qui rem communem habent, siue coheredes, siue socij sint, per arbitros diuisorios, mutuásque à iudice adiudicationes, eáque frequentior in libris nostris & receptior diuisionis faciendæ ratio est. Vsu tamen apud nos & apud pleraſque gentes 2 receptissima † illa est, quæ nec veteribus fuit incognita, præsertim inter fratres, vt qui maior natu est, diuidat, qui minor est eligat, de qua & in *capite secundo. Extr. de paroch.* Hoc verò cùm ita sit, dubitari † potest an si 3 alteruter ex condiuisoribus læsus proponatur vltra dimidiam iusti valoris rerum diuisarum restitutio in integrum danda sit ad rescindendam diuisionem. Nec tamen pragmatici † dubitant, quin dari debeat non solùm si vltra dimidiam, sed etsi ad trientem vel quadrantem vsque 4 alteruter ex cõdiuisoribus læsus probetur. Quod mihi † 5 non modò durum, sed etiam prorsus improbabile sæpe visum est. Quam enim querelæ causam iustam habere, aut de quo magis quàm de se ipso conqueri potest, qui ipse aut diuisit, aut elegit? Siquidem ponimus neque vim neque dolum intercenisse in persuadendo vt vel diuisio sic fieret, vel electio, sed bona fide gesta omnia, alterutram tamen portionem altera pretiosiorem, & amplioremfuisse. In aliis negotiis præsertim, in emptione

& ven

& venditione ſolet tractatus præcedere contractum, in emptione & venditione in eóque tractatu vix aliud quicquam agitur inter contracturos, niſi vt qui cautior & ſolertior eſt ex alterius ſiue inſcitia ſiue ſtultitia lucrum capiat: quæ res locum poſtea facit reſtitutioni in integrum aut exceptioni doli ſi contractus ſit ſtricti iuris, aut officio iudicis, ſi iudicium ſit ex eorum numero, quæ bonæ fidei appellantur. Sed in huiuſmodi diuiſione quæ fit conſtituente vno, & eligente altero, nullus præcedit tractatus niſi de diuidendo, vnuſquiſque autem quam ipſe vult legem contractui ſolus dicit, vnus conſtituendo pro arbitrio portiones, alius eligendo, quam ſuam eſſe malit. Et verò quis credat eum qui portiones conſtituit, vt condiuiſor haberet electionem ea mente fuiſſe vt ſocium circumſcriberet? An non potiùs ſibi ipſi fraudem faceret, qui in condiuiſoris arbitrio relinqueret vt eam portionem eligeret quæ multò amplior eſſet? Econtrà quis eum audiat ſi ſe dicat circumuentum ab alio qui elegit, & eligendo non niſi iure ſuo vſus eſt? An non hoc ipſo fraudem & turpitudinem ſuam patefaciet ſi dicat inæquales à ſe factas portiones, & conqueratur, quòd ſocius cui electionem dederat, elegerit meliorem? Quid enim aliud expectare poterat? An fortaſſe vt qui electionem habeat eligeret eam partem quæ eſſet minoris æſtimationis, meliorem verò haberet ipſe qui portiones feciſſet? Atqui non poteſt hoc fieri ſine dolo malo. Denique tritum eſt nunquam audiendum eſſe eum qui id petat cuius contrarium non fuerat in inuentum contrarium poſtulaturus l. *penul. C de euict.* Electione igitur facta melioris & amplioris portionis, non poteſt conqueri is qui electionem dedit, cùm ſi ſocius deteriorem elegiſſet, non conquereretur. Euenit quidem interdum, vt maior natu qui diuidit, portiones faciat inæquales, eámque minùs congruam in qua ſint bona, quæ ſciat ille ſocium habendi auiditate electurum. Sed quanquam ea res proximè accedit ad dolum, imputari tamen magis poteſt ei, qui eam portionem habere maluit, niſi in hoc ipſo dolum paſſus eſt, quòd perſuaſus fuit vt illam potiùs eligeret, qui aliam erat alioquin electurus, Semper
6 enim caſum † illum excipio, quo interuenerit dolus vel metus: item illum quo is ex condiuiſoribus qui læſus eſt, minor ſit annis vigintiquinque. Huic namque ſubueniendum eſſe non dubito qui per lubricum ætatis & inconſulta facilitate inæquales portiones conſtituit, aut ex inequalibus, quarum electionem habuit, eligit minorem *l.1. Cod. ſi aduerſ. tranſact. vel diuiſ.* Quidni verò cùm & in lucro minoribus ex edicto ſuccurratur? *l. ait prætor. 7. § hodie. & §. ſeq. D. de minor.* vbi quod dicitur etiam in lucro minoribus ſuccurri, & ideò quamuis ſine dolo cuiuſquam legatum repudiauerit minor, vel in optionis legato captus ſit, dum eligit deteriorem, vel ſi duas res promiſerit illam aut illam, & pretioſiorem dederit ei ſubueniendum eſſe, obtendit ſatis non idem eſſe in maiore aut receptum, aut recipiendum. Cui etiam conuenit quod ſcriptum eſt in *l. ſi inter 8. C. comm. vtriuſque iud.* Si inter maiores annis vigintiquinque rerum communium diuiſio relicta vel tranſlata poſſeſſione finem acceperit, inſtaurari mutuo conſenſu & bona fide terminata non oportere. Ponimus enim perfectam eſſe diuiſionem tranſlata poſſeſſione per traditionem, aut per clauſulam conſtituti quæ ſit vice traditionis. Alioqui ſi placitum † dumtaxat diuiſionis præceſſerit, & vera
7 bonorum communio adhuc ſupereſſet, vt poſſit agi familiæ erciſcundæ aut communi diuidundo, facilior libentiſſimè, æquitate ipſius iudicij quod bonæ fidei eſt, poſſe fieri vt hoc etiam caſu quo diuiſio per optionem datam acceptámque facta fuit, quod inæqualiter factum eſſe conſtiterit in melius reformetur. Non enim quod optio vlterò data, aut accepta eſt, facere poteſt vt inæqualitas nulla ſubſit, nec proinde vt corrigenda non ſit ex natura iudiciorum omnium bonæ fidei, quandiu iudicium tale ſupereſt quod exerceri queat, ex *l. maior. 3. C. de comm. vtr. ind.* de qua ſuperiore capite ſcripſimus, præſertim cũ tam eius qui electionẽ dedit, quàm eius qui accepit, voluntas illa ſemper fuerit, vt in diuiſione mutua æqualitas ſeruaretur: quaſi inæqualitas, ſi qua ſit ea per errorem & præter voluntatem contrahentium potiùs quàm præcogitato eorum conſilio emerſiſſe credenda ſit. Sed ſi diuiſio perfecta, dominiumque hinc inde tranſlatum proponatur, ſicuti deficit æquitas iudicij bonæ fidei quod nullum amplius ſupereſt, neque familiæ erciſcundæ, neque communi diuidundo, ita ſupereſſe aliud auxilium non poteſt ad agendum aduerſus contractum, quàm in integrum reſtitutionis, quæ porrò deficit cùm negotium inter maiores geſtum eſt bona fide. Iam autem ſæpius mo- 8
nuimus ex ſola læſione † quæ per inæqualitatem portionum contigerit, non poſſe malæ fidei probationem induci, non magis quàm in venditione ex ſola pretij modicitate *l. ſi voluntate 8. l. duobus 10. C. de reſcind. vend.* quòd ſi vnquam, hoc certè vno caſu vetum eſt, quo diuiſio facta ſit per electionem. Nec eſt contrarium quod ſuperiore capite diximus ex pragmaticorum magis quàm ex noſtra ſententia. Non eo minùs locum eſſe conditioni ex *l. 2. C. de reſcind. vend.* neque in venditione tantum, ſed etiam in diuiſione, ſi item eo caſu quo læſio interuenerit vltra dimidiam, propter nouam illam conſtitutionem quæ iuri veteri hac parte derogauit. Nam reſ- 9
pondeo † poſſe id obtinere in ea diuiſione, quæ per arbitros diuiſorios facta ſit, & per mutuas iudicis adiudicationes, aut etiam mutua ſociorum conuentione, non in ea de qua tractamus, quam non vtriúſque, ſed ſingulorum & vniuſcuiuſque ex ſociis voluntas totam fecerit, portionibus ſcilicet ab vno ſolo conſtitutis, & ab alio ſolo electione facta. Conditionem enim ex noua illa lege contra eos demum dari æquum eſt, & vt lex loquitur, humanum, qui iure conuentionis à ſe factæ licèt ſine dolo, capiant lucrum ex damno alieno, non contra eos quibus ſola aduerſarij voluntas, & vt ita dixerim, liberalitas lucrum attulerit, in quorum numero ille eſt qui ex diuiſione per electionem facta pinguiorem portionem conſecutus eſt ſiue ipſe, ſiue alius elegerit, dices, eandem igitur rationem conſtituendam fore diuiſionis, quæ per arbitros & iudicem facta eſt: quandoquidem nec in ea contrahentium tractatus vllus interuenit, ſed arbitrorum duntaxat, & iudicis factum. Verùm ſunt iſta longè diſſimilia. Factum enim & arbitrorum & iudicis ſit factum partis, vt loquuntur, ex quo à parte laudatum adprobatúmque eſt in *l. ſi ob cauſſam 28. C. de euict.* ob idque iiſdem artibus & machinis deſtruendum eſt, quibus ſi ab vtroque ex contrahentibus factum eſſet. At electio quam quis ex optione ſibi data fecerit, nullomodo videri poteſt ab eo facta qui optionem dedit, aut ex eius induſtria, ſed ex ſola meráque eius qui elegit voluntate. Proinde æquum non eſt ſi is qui elegit, ſeipſum læſerit, ei ſuccurri contra ſocium, per quem nihil factum eſt, niſi quòd optionem dedit. Nam ſi obiiciat, imò per eum aliud quidpiam factum eſſe, id nimirum quod partes conſtituit, & quidem inæquales, in promptu eſt reſponſio, ex ſola minoris portionis electione læſionem emergere, non item ex inæqualium portionum conſtitutione, quæ lucrum eligenti allatura erat ſi pinguiorem elegiſſet. Quid
ſi diuiſio † per ſortem facta ſit? Nam & id aliquando 10
euenit ſi conſtitutis per arbitros diuiſorios portionibus non poſſint ſocij, ne per arbitros quidem conſentire quam ſibi, quam ſocio datam velint *l. 2. C. quand. & quib. quart. pars debet. ex bon. decur. l. vlt. in prin. C. comm. de legat l. ſi quæ ſunt 5. D. fam. erciſc.* Videtur autem probabilius, vt qui ſorti rem committendam putauit, ſi ex ſorte læſus ſit, reſtitui in integrum non poſſit ad reſcindendam diuiſionem, præſertim quæ ſecutis hinc inde traditionibus perfecta ſit: quia & ex contrario potuerat ea ſors incidere, ex qua lucrum ſenſurus fuiſſet. Non. n. reſtitutionum cauſſæ ex euentu diiudicandæ ſunt, ſed ex

initio

initio, etiam, cùm de minorum restitutione quæ omnium fauorabilissima est, tractatur, *l.3.§ scio l.verum* 11. §. *item non restituetur. D. de min.* Nec valdè hac parte refert an sorte, an electione diuisio fiat. Nam cùm mutuo condiuisorum assensu sorti res committitur, videntur singuli ab initio eam quisque partem elegisse, quam sors esset adiudicatura. In cóque potentior est adiudicatio huiusmodi, quam quæ fit per arbitros, aut per iudicem: quia non sicut arbitrorum aut iudicis factum, ita & sortis euentus videri potest factum partis, vt aduersus eum cui sors lucrum attulit, quasi ex facto suo lucrum illud senserit, restitutio concedatur. Nam quod casu magis quàm certo iudicio hæc diuisio fieri videtur, non eo magis restitutionem inducere potest: imò tantò minùs quod huius periculi pretio maioris lucri spem emisse videtur is cui ea placuit electio, quam sors esset probatura, arg. *l. propter spem* 23. *D. famil. erciſc. l. nam hoc modo* 11. *D. de hæred. vel act. vendit. l. si iacturam* 12. *D. de action. empt.*

ERROR III.

De suppletione faciendæ per eum ex condiuisoribus, contra quem impetrata est restitutio ex causſa immodicæ lesionis.

SVMMARIA.

1 *An posito eandem esse rationem emptionis & diuisionis, quemadmodum in venditione suppletio fit in pecunia numerata vbi venditor lesus est, ita etiam audiendus sit condiuisor contra quem impetrata est restitutio si suppletionem velit facere in pecunia.*
2 *Pragmaticorum sententia negans.*
3 *Dissertatio autoris aduersus pragmaticos.*
4 *Obiectio pragmaticorum & eius refutatio.*

QVI eandem in omnibus rationem constituunt emptionis & diuisionis, vt aduersus diuisionem perinde ac contra venditionem ex causſa immodicæ læsionis concedant in integrum restitutionem, solent quærere, An ✣ quemadmodum in venditione suppletio fit in pecunia numerata, ita & cùm de diuisione ad æquitatem & æqualitatem reducenda tractatur audiendus sit is contra quem restitutio postulatur, si quod congruæ socij portioni deest, in pecunia supplere velit. Et in eam pragmatici † omnes eunt sententiam, vt putent suppletionem in bonis non in pecunia fieri debere, quia non sicut in venditione ex vna parte merx, ex altera pretium versatur *l.1. D. de rerum permutat.* ita & in diuisione bonorum siue mobilium siue immobilium de pecunia tractari potest, sed de iis ipsis bonis, quæ communia sunt, aut fuerunt. In quo offendunt † proculdubio in eam ipsam legem, cuius æquitate mouentur vt quod in venditione constitutum est, protrahant ad diuisionem. Quid enim esset iniquius noua illa Imperatorum constitutione quæ venditionem bona fide perfectam iubet retractari ob immodicam solam læsionem, & quodam modo rescindi, si non electionem iusti pretij supplendi daret emptori? At quia in emptoris arbitrio & potestate relinquit, an quod iusto pretio deest, supplere malit, atque ita efficere vt venditioni stare inuitus venditor cogatur, æquissima esse creditur constitutio quæ inuito emptore sic reuocat contractum ad suam æquitatem, vt tamen venditionem ipsam inuito etiam venditore tueatur, si eam stare emptor velit. Nam si nolit, id est, si rem à se emptam malit recepto pretio reddere quàm iustum pretium supplere, tum verò ipsius quoque voluntas accedit ad vorum venditoris vt communi vtriusque consensu venditio resoluatur: in quo nihil est aut absurdi, aut iniqui. Eadem igitur ratione dicendum est. Hoc admisso quod nos in superioribus negauimus, & negabimus semper, vt aduersus diuisionem perfectam perinde ac contra venditionem restitutio ex causſa immodicæ læsionis peti possit, non esse permittendum actori vt reo socio auferat electionem, quâ emptori contra venditorem lex dedit. Atqui fieri non potest vt eam non auferat, si negetur licere ei qui conuenitur, vt quod congruæ portioni condiuisoris deest, suppleat in pecunia numerata. Quomodo enim fiet suppletio, quin ex portione quæ reo obtigit tantundem detrahatur? Quod si admittas, an non ita sit, vt diuisio quæ perfecta fuerat, rescindatur inuito reo, & ad nouam diuisionem acsi prior nulla esset, deueniatur? Nam si dicas id non fieri nisi ex parte, quia non prorsus noua diuisio fit, sed manentibus ijsdem portionibus, tantum ex ampliore detrahitur arbitrio boni viri, quantum necesse est ad complendam actoris portionem. Nisi à tota diuisione recedi reus malit, in cóque versari commodum electionis, quæ emptoris exemplo ei accommodatur. Facilis replicatio est, tantam, si non reo condiuisori, certè legibus iniuriam fieri, cùm inuito eo resilitur à diuisione pro parte bonorum, quorum iam absolutum dominium nactus fuerat, quanta fieret si tota diuisio rescinderetur. Non enim quòd plus aut minùs ille lædatur, inducere potest diuersitatem iuris, quominùs vtroque casu perinde iniquum ius videri debeat, cuius potestate contractus bonæ fidei bonáque fide perfectus inuito reo rescinditur, & infirmatur. Nec solùm contractus ipse rescinditur, sed etiam dominium quod ex eo contractu quæsitum fuerat, auferetur ab inuito, quod etiam à receptissimis iuris regulis abhorret: adeóque ab ipsa Imperatorum constitutione quæ non aliter rem venditam vult restitui venditori, quàm si emptor iustum pretium supplere nolit, & consequenter non nisi volente, & consentiente emptore. Illud sanè non inficior, si ante translatum ex diuisionis causſa dominium agatur inter socios iudicio familiæ erciscundæ, aut communi diuidundo, posse inæqualitatem illam reformari officio iudicis & sola ipsius iudicij æquitate, & quidem ita vt ex ijs bonis quæ alteram portionem pleniorem effecerant, alia minùs congrua repleatur, Eámque esse sententiam *legis, maioribus* 3. *Cod. commun. vtriusque iudic.* sed post translatum hinc inde dominium rerum quæ aliquando communes, postea verò diuisæ fuerunt, sicuti iudicium bonæ fidei nullum superest quod exerceri possit, ita legis illius æquitatem superesse nego, etsi quid auxilij competat ei ex socijs qui se vltra dimidiam læsum dicit, dico non aliud esse posse, quàm quod exemplo emptoris traduci potest ex beneficio *dict. l. 2. Cod. de rescind. vendit.* ac proinde non habere condiuisorem læsum quod conqueratur, si aduersarius paratus sit id quod congruæ portioni deest in pecunia supplere. An non. n. hac ratione fit vt iniquitas quæ ex inæqualitate profecta est, corrigatur? Aut quid aliud agunt Impp. in *d. l. 2.* nisi vt qui tam grauiter & immodicè læsus est in damno non moretur? Atqui non moratur in damno is cui ad vltimum vsque quadrantem damnum quod ex diuisione sensurus erat in pecunia sarcitur. Sicuti dicimus (veréne an ex pragmaticorum duntaxat sententia alio loco videbimus) filio qui aliquid minùs legitima in numis acceperit, supplendam esse legitimam non in corporibus bonorum, sed in pecunia, cùm tamen nemo negauerit perinde indemnem seruandum esse filium atque eum ex condiuisoribus qui per diuisionem læsus est, imò fauorabiliorem esse hanc suppletionem, quæ filio facienda est, quia legitimam integram, illibatam, nullóq; pacto deteriorem factam habere debet. Quod si dicas † non esse cogendum condiuisorem qui tam grauiter læsus fuit vt re sua careat, aut vt pecuniam pro bonis accipiendo res suas inuitus vendat (nunquam. n. æquum est inuitum quem suo pretio res suas vendere *l. non enim*

2 3 4

enim. 9. D. ver. amot.) reſpondebo, non certare hoc caſu ſocium qui agit, de habendis bonis ſuis, ſed de alienis, vtpote qui portionem ſuam dominij quod in rebus communibus habebat, tranſtulerit in ſocium per traditionem ex diuiſione ſecutam. In id ergo nunc agit vt res à ſe alienatas, ac proinde factas iam alienas ab inuito Domino auferat, & quidem eo ſolo prætextu, quòd alioqui futurum ſit vt in damno moretur. Potiùs igitur eo ſuccurrendum eſſet ne res illas, quas iuſto titulo ſuas feciſſet, iuſto etiam pretio vendere cogeretur. Sed tamen poſtquam placuit ei quoque qui læſus fuit hactenus ſubuenitendum eſſe vt in damno non moretur, æquiſſimum illud temperamentum eſt, vt damnum ei in pecunia non in bonis ſarciatur. Nempe ſi id eligat is qui conuenitur. Nam ſi malit ſupplere in bonis, adcóque nouam facere diuiſionem, non video qua fronte aut ratione poſſit id recuſare ſocius qui priorem impugnat diuiſionem.

ERROR IV.

Si quid ex bonis diuiſis alienauerit is qui diuiſionem reſcindi vult ex cauſſa immodicæ læſionis.

SVMMARIA.

1 *Error pragmaticorum eo etiam caſu ſuppletionem in bonis faciendam eſſe exiſtimantium quo is qui diuiſionem reſcindi vult aliquid ex bonis diuiſis alienauerit.*
2 *Reſtitutio ei non eſt danda per quem factum eſt quominus res ſit integra.*
3 *Abſurda quæ dimanant ex pragmaticorum ſententia.*
4 *Venditæ portionis parte à condiuiſore perperam ei indulgent pragmatici quidam vt ſufficiat conferri ab eo pretium quod ex venditione redegit.*
5 *Non ſemper pretium ſuccedit loco rei contra pragmaticos.*
6 *Facta bonorum diuiſione nullum familiæ erciſcundæ iudicium ſupereſt.*

SED hic multò grauior † pragmaticorum error mihi videtur, quòd exiſtimant, illo etiam caſu quo ex bonis iam diuiſis aliquid diſtraxerit is qui vult reſcindi diuiſionem ex cauſſa immodicæ læſionis, permittendum tamen ei eſſe vt ſuppletionem poſſit petere in bonis, nec vt in pecunia accipiat cogi poſſe. Nam vt prætermittam quod certiſſimi iuris eſt, numquam poſſe dari reſtitutionem † ei per quem factum eſt quominus integra res ſit, nec ſi minor proponatur, *l. quòd ſi minor. 24. §. Scæuola D. de minor.* quia omnium reſtitutionum commune ius illud eſt vt omnia in priſtinum ſtatum reſtitui oporteat §. *reſtitutio, ead. leg. & l. vnic. Cod. de reputat.* quæ fiunt in *iudicat. in integ. reſtit.* Illud etiam me mouet, quòd ſecundùm † hanc pragmaticorum ſententiam euenit vt melioris conditionis ſit actor quàm reus; & is qui alienauit, quàm qui portionem ſuam integram retinuit. Si quidem volunt pragmatici, vt etiam inuito reo ſuppleatur ex bonis quod deeſt congruæ actoris portioni, nec tamen volunt actorem cogi poſſe vt quæ ex portione ſua alienauit, reponat, & in commune reſtituat. Nam quod velut remedij loco excogitarunt, vt ea ipſa bona in portionem ſuam imputet quaſi hoc ipſo conferat, minus accipiendo *l. 1. §. ſed etſi tantum. D. de collat. bonor.* ad rem non pertinet. Quid enim ſi reus dicat paratum ſe permutationem inire portionum ſi omnia in priſtinum & integrum ſtatum reſtituantur? Cur dicemus videri eum calumniæ cauſa id deſiderare, cùm per ſolum actorem ſtet, ne deſiderio eius ſatisfieri poſſit? Aut cur ei qui diuiſionem impugnat licebit ea bona quæ alienauit retinere inuito ſocio, & præterea ex iis ipſis quæ ad ſocium ex diuiſione peruenerint, illo etiam inuito partem auocare? Certè hoc vno ſaltem caſu debuerunt pragmatici admittere ſuppletionem in pecunia fieri poſſe, vt minus ei ſuccurratur, cui magis imputari poteſt. Sed tantùm abſunt ab hac ſententia, vt ex contrario mordicùs defendant probata læſione per eum qui portionis ſuæ partem alienauerit, non modò ſupplendum ei eſſe ex bonis quantum deeſt ad inducendam æqualitatem, ſed etiam diuiſionem nouam & ex integro fieri debere, hoc tantùm addito temperamento vt quantum ab actore alienatum eſt, tantundem ex cæteris bonis omnibus permixtis reo detur, & quidem in eadem bonorum qualitate ac conditione, proborum dictamine, vt loquuntur. Quo admiſſo planè non video quid hoc ius commune habeat cum noua Imperatorum conſtitutione quæ de venditione tantùm locum emptori dat electionem an iuſtum pretium ſupplere malit, nec priùs reſcindi venditionem patitur, quàm emptor dixerit nolle ſe quod iuſto pretio deeſt ſupplere. Nam ſi quod in venditione duntaxat conſtitutum eſt, pragmatici poſt interpretes vtrique certè nimis audacter protrahunt ad diuiſionem quòd ea ſit vice emptionis *l. 1. C. commun. vtriuſque iudic.* cur eam electionem ſupplendi iuſti valoris quam lex dat emptori, ademptam volunt condiuiſori? Aut ſi alia emptionis, alia diuiſionis hac parte ratio eſt, quo iure obſecro, aut qua autoritate audeant illi traducere ad diuiſionem quod contra iuris regulas inductum, & conſtitutum fuit in venditione duntaxat? Denique cur meliorem faciunt conditionem ſocij qui ex bonis ſibi per diuiſionem acquiſitis aliquid alienauit, quod in commune reponere nequeat, quàm venditoris cui nihil poteſt imputari ſi modò paratus ſit reddere pretium quod accepit? Hic enim tametſi pretium offerat, tamen electionem quam emptori lex dedit, ei auferre non poteſt ſi malit emptor iuſtum pretium ſupplere & rem retinere. Condiuiſor verò contrà, ſi pragmaticis credimus, etiamſi non poſſit in communionem redigere ea quæ poſt diuiſionem alienauit, poteſt tamen nouam petere diuiſionem, non ſecus acſi omnia in integro eſſent, aut per eum non ſtaret quominùs eſſent. Sed & ſunt inter pragmaticos † qui putent 4
adeò indulgendum condiuiſori eidémque actori qui portionis ſuæ partem alienauit, vt ſufficiat conferri ab eo pretium quod ex venditione redegit, præſertim ſi vendiderit ex cauſa neceſſaria, vtputa pro dimittendis creditoribus hereditariis, quoniam, inquiunt, in iudiciis vniuerſalibus, quale eſt familiæ erciſcundæ, pretium ſuccedit loco rei. *l. ſi rem. 22. & ſeq. D. de hered. petit.* Quæ ſententia tantò ſanè abſurdior eſt, quantò condiuitori reſtitutionem petenti fauorabilior. Nam cùm ei poſſit imputari cur diſtraxerit antè petitam reſtitutionem, ſi non fuerit neceſſaria cauſſa diſtrahendi, aut tum etiam cùm neceſſaria fuit alienatio, cur nunc rebus non amplius integris, vltrò petat reſtitutionem, fieret tamen vt pecuniam pro bonis accipere cogeretur ſocius cui nihil imputari poſſet. Deinde quod aiunt † pretium ſuc- 5
cedere loco rei in iudiciis vniuerſalibus, apertè falſum eſt, ſi tam generaliter intelligatur. Habet enim ea ſententia ſuas diſtinctiones, nec niſi ad certas duntaxat actiones pertinet, & ad certos caſus. vt conſtat ex *l. item veniunt 20. §. ſimili modo. & §. vlt. l. ſed etſi l. 25. §. conſtituit. De petit. hered.* De quo dicendum nobis erit latius alio loco. Sanè non poteſt ratio illa pertinere ad in integrum reſtitutiones, quarum natura & conditio illa eſt, vt in eum ipſum ſtatum reſtituant omnia, in quo res erat priuſquam contraheretur. Quod verò adiiciunt de iudicio familiæ erciſcundæ, an non prorſus ineptum eſt? Semel enim facta bonorum diuiſione † conſtat fa- 6
miliæ erciſcundæ iudicium ſupereſſe non poſſe *l. familia*

lia 9.C.commun. vtr. iud. Nemo autem dixerit etiam rescissa diuisione per restitutionem restaurari communionem, quæ scilicet fuit semel extincta, non tam per diuisionem quàm per traditionem ex diuisione secutam: traditio enim, cùm sit facti meri, non potest rescindi sola iuris & legis potestate, sed rescisso contractu retrotraditione opus est vt dominium in pristinam caussam reuertatur, *l. ab emptione* 58. *D. de pact. d.l.2. C.de rescind.vendit.* Sanè si bona fide is alienauerit, contra quem restitutio postulatur, nulla ratio est cur non liberari debeat collatione aut imputatione pretij quod redegit, quia nihil est quod ei possit imputari qui rem suam, & tanquam suam, & iure suo vendidit, nec recusat quominus contractui stetur, meliorémque ipsius conditionem esse æquum est, quàm si post factas à se alienationes postularet ipse restitutionem. Ponimus enim neque vim neque dolum eius interuenisse, sed bona fide licèt inæqualiter factam esse diuisionem.

ERROR V.

De differentia venditionis, & diuisionis in probanda læsione.

SVMMARIA.

1 *Cùm de contractu ex causa immodicæ læsionis rescindendo agitur, venditionis & diuisionis non eadem ratio in omnibus constituenda est.*
2 *Cum agitur de iusto pretio probando à venditore læso quodnam tempus spectetur.*
3 *Cùm de diuisione rescindenda tractatur ad probandam læsionem, cuius temporis inæqualitas probanda sit.*
4 *Conuenientia inter diuisionem & venditionem.*

1 ETsi magna est inter venditionem & diuisionem adfinitas, vt ostendimus in superioribus, non tamen tanta est vt cùm de contractu † ex caussa immodicæ læsionis rescindendo agitur, eadem vtriusque ratio in omnibus constituenda sit. Nam si venditor se vltra dimidiam iusti pretij læsum conqueratur, probare cogitur
2 verum iustúmque rei pretium † quod fuit tempore venditionis, *l.2. si voluntate* 8.*Cod. de rescind. vendit.* & ni ita faciat, succumbit, licèt probet immodicam læsionem, inspecto eo tempore quod venditionem præcessit, aut subsecutum est, quoniam pretia rerum pro temporum & locorum varietate mutantur, *l. pretia rerum* 63. *D. ad leg. Falcid.* neque recta consecutio est à valore qui fuit ante vel post contractum, ad eum qui fuit tempore contractus: Læsio autem quæ in contractu interuenisse dicitur, fieri non potest vt benè probata videatur, nisi ad illum ipsum tempus quo contractum est accommodetur. Probatur autem ex comparatione reditum eius fundi, *l. penult. D. de reb. cor. qui sub tutel. l. si fundum per fideicommissum* 92. *de legat.* 1. Item venditionum quæ ab aliis eodem tempore factæ sint bonorum eiusdem conditionis & qualitatis. Quod tamen dicimus *eodem tempore*, non adeò præcisè accipiendum est, vt ille ipse dies in quo contractum est, significetur, sed vt Iureconsulti loquuntur ἐν παλάτει, id est latiùs & pinguiùs circa id tempus quo contractum fuit. Cùm verò de diuisione
3 † rescindenda tractatur, sufficit ad probandam læsionem probari inæqualitatem portionum, quæ iam tùm cùm diuideretur interuenerit, & quidem ex qualitate & conditione bonorum, licèt de iusta eorum æstimatione nihil probetur. Nam cùm in omnibus bonæ fidei iudiciis, præsertim verò in diuisione æqualitas seruanda sit, nemo non videt subesse inæqualitatem maximam si ex vna parte feuda, iurisdictiones & prædia vrbana instructissima, ex alia verò parte non nisi fundi rustici & ignobiles distribuantur. Nisi ex contrario probetur inæqualitatem illam quæ ex bonorum qualitate & conditione inducitur, quantitate compensatam. Fieri enim facilè potest vt tot fundi ignobiles in vnam ex portionibus conferantur, vt nobiliorum qui in alteram portionem collati sunt, valorem æquent, adéóque superent. Sed probandum id ipsum est ab eo qui negat, non qui dicit læsionem interuenisse, vt inæqualitatis præsumptio, quæ ex diuersa bonorum conditione nascitur, contrariis certísque probationibus elidatur. Quod non satis diligenter à pragmaticis obseruatum scio. Putant enim eum qui aduersus diuisionem restitui velit ex caussa immodicæ læsionis, cogendum probare valorem bonorum perinde acsi de rescindenda venditione ageretur. Illud tamen diuisioni † cum venditione commune est, quod in pro- 4
banda hac conditione, hac æstimatione bonorum, id tempus præcisè spectandum est quo contractum fuit, nimirum vt sciatur an inæqualitas, & læsio aliqua interuenerit, nécne. Nam si ponas aliquid ex bonis diuisis alienatum fuisse per eum qui agit ad rescindendam diuisionem, & pragmaticorum errorem sequare, qui non eo minùs restitutionem ipsi etiam qui alienauit dandam esse existimant, non dubito quin cogendus sit actor hic imputare in suam portionem bona alienata, non ad eam duntaxat vsque quantitatem quam ex ipsorum alienatione redegerit, vt pragmatici vulgo sentiunt, nec rursum ad eam vsque quæ fuit tempore diuisionis, vt eruditiores nonnullos aliquando sensisse audio, sed ad eam quæ tunc est cùm agitur, dum ne quid de pristina bonorum qualitate & conditione medio tempore sit immutatum: quia si non essent alienata eam æstimationem reciperent, quæ nunc est, in noua diuisione incunda. Aliud enim est de læsione quærere, aliud verò de rei circa quam læsio interuenit, restituendæ æstimatione. Non idem est si is alienauerit contra quem restitutio in integrum postulatur, vt diximus ad finem capitis superioris.

ERROR VI.

De læsione quæ in dotalibus rebus æstimandis interuenit.

SVMMARIA.

1 *Æstimatio rei dotalis vera venditio est.*
2 *Non tamen est venditio simplex, sed dotis caussa.*
3 *Differentia inter venditionem simplicem & venditionem dotis caussa, ratione rescissionis contractus ex læsionis caussa.*
4 *Iam olim obtinuit vt in fundi dotalis æstimatione læsa muliere, cogeretur maritus vel fundum reddere, vel iustum pretium supplere: idémque erat ex parte mariti si læsus proponeretur.*
5 *Inquisitio rationis differentiæ allatæ sup. num. 3.*
6 *Errores Iacobi Cuiacy.*
7 *Iure veteri quoties ex bona fidei contractu agebatur, non solùm vis & dolus, sed etiam læsio si qua occurreret, iudicij æquitate vindicabatur.*
8 *Excipi à regula suprà proposita contractum emptionis, venditionis, itémque locationis & conductionis.*
9 *Cur alterutri coniugum læso in æstimatione fundi dotalis succurreretur iure veteri.*
10 *Quomodo melior sit conditio dotis, quàm aliorum contractuum bona fidei.*
11 *Errare pragmaticos qui existimant beneficium l.2. C. de rescind. vendit. ad eum quoque casum pertinere qua æstimata dos data sit, & in æstimatione læsio interuenerit.*

12 *Quæ*

12 *Quatenus sit deterioris conditionis venditor, quàm mulier circumscripta in dotis æstimatione, aut condusitor in dimissione læsus: & quatenus sit melioris.*

1 NOn ignorant pragmatici æstimationem † dotalis rei verâ venditionem esse, *l. plerumque* 10. *§. si antè. D. de iur. dot.* quoniam æstimatio facit emptionem *l.* 1. *D. de æstimat. act. l.* 7. *sed etsi res* 7. *§.* 1. *D. de Publicia. in rem act.* Sed nesciunt non esse simplicem † vendi-
2 tionem, aut dotis causla, vt loquitur *l. quoties* 16. *D. de iur. dot.* nec rursum quid inter hanc & illam intersit. Differentias aliquot tradidit vir doctissimus, & nunquam sine laudis præfatione nominandus *Iacobus Cuiacius lib.* 17. *observat. cap.* 1. sed ni fallor, non omnes.
3 Inter cæteras enim hæc etiam vna est, cùm agitur † de contractu ex causla læsionis rescindendo, quòd venditori decepto vltra dimidiam iusti pretij succurritur, & quidem beneficio nouæ constitutionis in *l.* 9. *C. de rescind. vendit.* quæ si non esset, nullo prorsus legis auxilio ei succurreretur. Mulieri verò, si in æstimatione fundi dotalis circumuenta sit, siue intra, siue vltra dimidiam iusti pretij, non beneficio illo nouæ constitutionis succurritur, sed solius iudicij æquitate, vt ex eo apparet
4 quod iam idem iure † vetere obtinebat, vt cogeretur maritus vel fundum reddere, vel iustum pretium supplere *l. iure succursum* 6. *§. vlt. l. si res* 12. *§.* 1. *D. de iur. dot.* Idémque erat ex parte matiti si is læsus proponeretur *dict. l. iure. §. vlt. & l. circumscripta* 6. *in fi. Cod. fol. matr.*
5 Cuius differentiæ † ratio à nemine hucusque tradita satis perobscura esset, si non ex iis quæ suprà disputauimus, satis intelligeretur. Nam si quis eam tantùm rationem adferat quam Pomponius attulit in *d. l. iure succursum. §. vlt. quòd bono & æquo non conueniat aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum*, dicam esse illam generaliorem, quam vt coangustanda sit ad causlam dotis. Conuenit enim omnibus bonæ fidei contractibus, ex quibus scilicet præstationes omnes & condemnationes ex bono & æquo fieri necesse est. Cui etiam congruit quod scriptum est in *l. maioribus* 3. *C. commun. vtriusque iudic. Quia*, inquit lex, *in bonæ fidei iudiciis quod inæqualiter factum esse constiterit in melius reformabitur.* Ita igitur dicendum erit in omnibus bonæ fidei iudiciis iam olim idipsum obtinuisse, nec proinde necessariam fuisse Diocletiani & Maximiani nouam constitutionem vt venditori subueniretur, cùm iudicium venditi non minùs bonæ fidei sit quàm de dote. Et tamen constat quod & nos iam sæpiùs monuimus, legem illam nouum ius præ se ferre, totique veteri iurisprudentiæ incognitum fuisse & inauditum, vt venditori citra vim aut dolum læso succurreretur, quantacunque tandem læsio intercuenisset. Nec est qui dis-
6 sentiat, solo Cuiacio † excepto, qui non solùm sine lege, sed etiam sine ratione contrariam sententiam primus inuexit. Idem ille tamen fatetur emptori qui etiam supra dimidiam læsus fuisset, numquam subuentum fuisse, in cóque cum cæteris consentit. Nam nec hodie post *legem* 2. *Cod. de rescind. vendit.* ei subueniendũ esse putat, in quo dissentit ab omnibus. Hoc verò cur ita? cùm emptionis contractus non minùs bonæ fidei sit, quàm venditionis vel dotis? Vereor autem ne astute nimis & callidè agat vir doctissimus, qui vt difficultatem hanc nec omnino prætermittat, nec benè diluat, hoc tántùm scribit, sufficere inter coniuges si alter alterum indemnem seruet, nec societatem vitæ, communémque amicitiam quæ inter eos fuit, pati, vt alter ex alterius damno locupletetur, etsi in quoquam iudicio bonæ fidei, in iudicio dotis maximè æquitatem & beneuolentiam spectari, & vt erat in veteri formula, *Quod æquius & melius est.* Quasi verò de illo quæramus, cur in contractu dotis ita constitutum sit, ac non de illo potiùs, cur in cæteris contractibus qui æquè bonæ fidei sunt, & consequenter in empti quoque iudicio iam olim idem fuerit constitutum. Ratio ex iis pendet quæ diximus in primum huius Decadis errorem. Nam † proculdubio ita 7
tus vetus fuit, vt quoties ex bonæ fidei contractu ageretur, non solùm vis & dolus, si quis interuenisset sed etiam læsio & inæqualitas, si qua occurreret, ipsius iudicij æquitate vindicaretur *d. l. iure. d. l. maioribus, & l. in contractibus* 3. *C. quib. ex causs. maior.* quæ cum apertè de contractibus bonæ fidei loquatur, non aliam ob causlam, quàm vt intelligamus in contractibus stricti iuris aliud esse, vim certè faciunt non solùm verbis legis, sed etiam iuris rationi, qui eam legem protrahunt etiam ad contractus, quos stricti iuris idcò dici placuit, quòd in iis ratio æquitatis nulla prorsus, aut certè non tanta habeatur. Ab ea tamen regula † visum est excipi debere 8
contractum emptionis & venditionis, itémque locationis & conductionis, non quidem si vis aut dolus, aut alio quocunque modo mala fides, sed si citra vim & dolum, & malam fidem læsio duntaxat in pretio aut in pēsione interueniret; ratione illa quòd in hoc cõtractuũ genere naturaliter liceat contrahentibus inuicem se decipere in pretij & pensionis modo constituendo, nec aliter fieri venditio aut locatio soleat, quàm id agente venditore & locatore vt cariùs vendat vel locet, emptore verò & conductore contrà, vt viliùs emat vel conducat *l. in caussa* 16. *§. idem Pomponius. ff. de minor. l. item si* 22. *§. vlt. D. locat. l. si voluntate* 8. *C. de rescind. vendit.* eaque ratio tam apertè tradita est in *l. & ideo* 23. *D. locat.* vt nihil dici possit aperius. Nam cum in fine legis præcedentis scriptum esset, in locationibus & conductionibus idem iuris esse quod in emptione & venditione, vt liceat naturaliter contrahentibus se inuicem circumscribere quod ad pretium & pensionem attinet, subiicitur ex Hermogeniano, *& ideo pratextu minoris pensionis, locatione facta, si nullus dolus aduersarij probari possit, rescindi locatio non potest*, vt intelligamus fieri id singulari quodam iure ad alios bonæ fidei contractus non producendo, in quibus nullomodo nulláque in re permissum est contrahentibus vt se decipiant: cuiusmodi sunt contractus depositi, commodati, mandati, de pignore, aliique similes, in quibus non solùm dolus, aut vis, sed etiam læsio quælibet sola iudicij æquitate vindicatur, ita vt nec alia vlla actione opus sit. Ergo quod in emptionibus & venditionibus, itémque in locationibus, & conductionibus contrà receptum esse Hermogenianus scribit, vt prætextu læsionis rescindi contractus non possit, sic omnino accipiendum est, vt neque ipsius iudicij æquitate, neque alia vlla actione rescindatur. Ex quo satisfactum est propositæ quæstioni, si de illo tantùm quæratur, cur non venditori aut emptori læso, itemque locatori aut conductori olim succurreretur, æquitate iudicij bonæ fidei, sicut in cæteris omnibus bonæ fidei iudiciis ei qui læsus esset succurrebatur. At si quis pergat quærere cur ergo † mulieri succurreretur, quæ fũ- 9
dum dotalem minoris æstimatum tradidisset, aut marito, qui plutis æstimatum accepisset, cùm ea æstimatio venditionis iure conferetur? alia responsio quærenda erit ad dubitationem hanc diluendam. Dicendum autem est, ius hoc ex eo profectum fuisse, quòd huiusmodi venditio, licet vera, non tamen simplex venditio esset, sed dotis causla: id est, quæ sic fieret, vt tamen dotis causlam in venditionem & emptionem transferri nollent contrahentes, sed eandem manere vt soluto matrimonio dotis iudicium superesset perinde acsi dos inæstimata fuisset. Namquoties fundus æstimatus in dotem datur, id primùm & præcipuè agitur vt fundus ille pro dote sit, deinde vt fundi æstimatio sit in dotem pro fundo. Nec proinde id agitur inter virum & vxorem vt plus minúsve sit in dote, sed vt fundus ipse, aut quanti fundus est. Itaque si in fundo æstimando alteruter circumscrip- 10
sit, licèt ea æstimatio venditionis instar habeatur, quia tamen facta est dotis causla, consequens est vt soluto ma-

trimonio petatur æſtimatio, non ex vendito, ſed actione de dote, per quam fundus ipſe peteretur, ſi non eſſet æſtimatus: contractus igitur dotis manet, qui quamuis in eo ſit ſimilis venditioni, quòd bonæ fidei eſt, in eo tamen differt, quòd non eſt ex eorum numero in quibus liceat contrahentibus ſe decipere. Nam & cum in modo patrimonij mulier decepta eſt, ſi fortè vltra vires patrimonij, vel totum patrimonium circumſcripta in dotem dederit, ſubueniendum eſt ei non ſolùm minori, ſed etiam maiori, nec per in integrum reſtitutionem, ſed ſola æquitate iudicij *l. ſi ex cauſſa 9. §. in dotis quoque modo, ff. de minor.* iunct. *d. l. ſuccurſum, §. vlt. de iur. dot.* licèt heredi mulieris neceſſaria ſit in integrum reſtitutio aduerſus maritum qui dotem ſit lucratus: quæ ſententia eſt *l. vnic. C. ſi aduerſ. dot.* quoniam inter heredem mulieris & maritum, hoc caſu nullum ſupereſt iudicium de dote, alioqui non egeret in integrum reſtitutione heres mulieris ad quem dos reuerteretur. Quanto igitur magis certa re in dotem data citra læſionem, iudicium de dote ſaluum erit & ſufficiens, vt ſi in eadem re poſtmodum æſtimanda alteruter ex coniugibus læſus ſit, ei ſubueniatur. Sed & obſeruatione dignum illud eſt meliorem † eſſe hac parte conditionem dotis quàm ſit aliorum contractuum bonæ fidei, etiam eorum in quibus nullum contrahentibus ius eſt ſe inuicem decipiendi. Nam in cæteris ſi ſemel perfecti ſint, & traditione finem acceperint, fieri non poteſt vt fraus vel inæqualitas, ſi qua ſit, æquitate iudicij corrigatur, quia nec iudicium vllum ſupereſt quòd exerceri poſſit *l. 3. l. ſi inter 8. C. commun. vtr. iudic.* Ideóque in integrum reſtitutio neceſſaria eſt, ſi modò cauſſa aliqua ſubſit concedendæ reſtitutionis, id eſt, ſi vis aut dolus interuenit. Nam, vt ſæpius diximus, ea cauſſa ſolius immodicæ læſionis reſtitutio numquam maiori datur. At in cauſſa dotis non ſolùm ſi fundus dotalis æſtimatus fuerit, quæ æſtimatio inſtar venditionis eſt, ſed etiamſi traditio ſecuta ſit, poteſt tamen corrigi & emendari læſio & circumſcriptio facta in æſtimatione, per æquitatem iudicij de dote, quoniam traditio illa dotis facta marito, non abſumit iudicium de dote ex parte mulieris, quæ ſoluto matrimonio perſecutionem dotis ex eo contractu habitura eſt contra maritum, aut mariti heredes, ſed tantùm ex parte mariti qui accepta dote ſiue læſus ſit, ſiue non, nihil habet quod conqueratur. Cæterùm ſoluto quandocumque patrimonio muliere aut eius herede dotem repetente, ſiue mulier læſa in fundi dotalis æſtimatione ineunda, ſiue maritus ipſe, reuocabitur res ad ſuam æquitatem ex ſola iudicij bonæ fidei poteſtate, quia ſupereſt iudicium bonæ fidei ex parte mulieris ad dotem repetendam. Ex quo infero errare
11 pragmaticos † & interpretes omnes, quotquot exiſtimant beneficium *legis 2. C. de reſcind. vendit.* ad eum quoque caſum pertinere quo æſtimata dos data ſit, & in æſtimatione læſio interuenerit. Eámque eſſe ſententiam *d. l. ſi circumſcripta 6. C. ſolut matr.* in illis verbis *quid ſuper huiuſmodi contractuum vitio ſtatutum ſit, vulgo patet.* Etſi. n. lex illa eſt Imperatorum Diocletiani & Maximiani, qui venditori vltra dimidiam iuſti pretij læſo primi ſubuenerunt, ſupra dictis tamen verbis, non quid ab iis Imperatoribus contra iuris communis rationem conſtitutum, ſed quid à iure communi in ſimilibus cauſis ſtatutum fuerit ſignificatur, *ſuper vitio*, inquit, *huiuſmodi contractuum*. Nam contractuum bonæ fidei vitium eſt ſi contineant læſionem & inæqualitatem etiam citra dolum, exceptis venditionibus & locationibus, ob idque iudicij bonæ fidei æquitate vitium illud emendandum eſt, quandiu iudicium illud ex alterutra parte exerceri poteſt. In cauſſa verò dotis iudicium bonæ fidei tandiu ſupereſt, quandiu dos mulieri eiúſve heredi reſtituta non fuit. Non magis igitur locus ille referri poteſt ad nouam Imperatorum conſtitutionem, quàm quod ſcriptum eſt in *d. l. in 6. §. vlt. & d. l. ſi res 2. §. 1. de iur. dot.* & aliis eiuſmodi iuris antiqui locis, qui accommodatam ex noua conſtitutione interpretationem recipere non poſſunt. Plane ſi dos fuerit mulieri reſtituta in conuenta æſtimatione, ſiue mulierem ex ea æſtimatione læſam proponas, ſiue maritum, fateor nullum ſuperfore iudicium bonæ fidei, cuius æquitate ſubueniri poſſit ei perſonæ quæ fuit læſa. Sed nego ſubueniti ex hac cauſſa debere, ne mulieri quidem niſi minor fuit annis vigintiquinque, quia eſt quod imputetur maiori, cur cùm iudicio de dote experiretur, non fuerit vſa auxilio & beneficio iuris communis. Præterquàm ſi qua ſit cauſſa ob quam maioribus quoque ſuccurri ſoleat, id eſt, ſi vis, aut dolus interceſſerit. Nec ſanè vllus iuris locus eſt, qui eo caſu aut mulieri, aut marito ſubueniendum eſſe dicat: Sicut neque in cæteris contractibus vnquam ſubuenitur ei qui læſus fuit, ſi contractui ex vtraque parte ita ſatisfactum ſit, vt ex contractu agi amplius non poſſit *d. l. maioribus* iunct. *d. l. ſi tutor. 8. C. commun. vtr. iudic.* Dices, an ergo melioris conditionis † erit venditor poſt 11
Diocletiani & Maximiani conſtitutionem, quam mulier circumſcripta in dotis æſtimatione, aut quàm condiuiſor qui in diuiſione læſus eſt? Conſtat enim venditionem non ſolùm perfecto contractu, quod fit nudo conſenſu, ſed etiam impleto, id eſt, ſublecutis rei venditæ pretíque mutuis traditionibus ſi læſus ſit vltra dimidiam iuſti pretij habere conditionem ex *d. l. 2. 1. C. de reſcind. vendit.* hactenus vt emptor vel rem reddere pretio recepto, vel iuſtum pretium ſupplere inbeatur. Et tamen diximus quod & verum eſt, venditionem in eo deterioris eſſe conditionis quam ſint cæteri contractus bonæ fidei: quod ſi læſio quantacúq; dúmodo citra dolũ in ea interuenerit, nullo iuris cómunis auxilio venditor adiuuatur, beneficio verò nouæ legis non aliter quàm ſi immodica & enormis læſio proponatur. Et hic ſanè totius fere huius tractatus difficilior nodus eſt. Sed facilis erit explicatio ſi dicamus, motos fuiſſe Imperatores vt nouum illud ius in venditione inducerent ob hoc ipſum quòd venditor quantumcunque læſus omni auxilio deſtituebatur, eo prætextu quod in hoc conuentionis genere liceret contrahentibus ſe inuicem decipere in pretio, cùm tamen eâ decipiendi licentiâ plerique paſſim abuterentur, maximè in necem venditorum quos neceſſitas rei familiaris plerumque adigit ad venditionem viliſſimo pretio faciendam. Nec tamen conſequens eſſe, vt cæteris contractibus qui hac parte venditione fauorabiliores ſunt idem beneficium hodie dari debeat, id eſt, vt ſecuto quoque implemento ex vtraque parte, atque ita extincto iudicio bonæ fidei ſuccurramus ei qui læſus fuit, nec ſi vltra dimidiam iuſti pretij læſus ſit, quia eſt quod ei imputetur, non quòd ita contraxerit, ſed cur contractum tantæ læſionis iniquitate laborantem vltrò impleuerit, nec potiùs curauerit, vt ad æquitatem reduceretur, & in melius reformaretur, cùm ipſius iudicij æquitate & poteſtate id aſſequi poſſet. Quod ipſum quoniam venditori imputari non poteſt, cui ſcilicet ius antiquum nullomodo ſuccurrit, mitum non eſt, ſi lex noua ei ſubueniat, tum etiam cùm impleuit contractum, perinde acſi non impleuiſſet. Quanquam ſi velit venditor hodie iudicij æquitate ſe tueri priuſquam contractum impleuerit, proculdubio poteſt quia iudicium bonæ fidei eſt dummodo ſit læſus vltra dimidiam iuſti pretij. Alioqui ius antiquum manet, in eóque deterioris conditionis eſt venditor quàm cæteri, ſicut & melioris cùm vltra dimidiam iuſti pretij deceptus eſt, in eo quod non ſolùm tueri ſe iudicij æquitate ante impletum contractum, ſed etiam poſtquam impleuerit vltrò agere poteſt, vt iniquitas corrigatur. Itaque ſomnium eſt interpretum noſtrorum, quòd putant beneficium *dictæ legis ſecundæ. C. de reſcind. vendit.* locum habere in fundo dotali pluris aut minoris æſtimato, & ad diuiſionem alióſqu bonæ fidei contractus produci debere. Somnium verò eſt Iacobi Cuiacij quod defendit iam olim obtinuiſſe in venditione illud ipſum

ius

ius quod à Diocletiano & Maximiano inductum est in *d. l. 2. C. de rescind. vendit.* Quod autem addit etiam de suo beneficium venditori datum ad emptorem porrigendum non esse, an verum sit, itémque de aliis bonæ fidei contractibus videamus.

ERROR VII.

De emptore qui immodicè læsus est.

SVMMARIA.

1 *Sententia pragmaticorum de productione beneficij l. 2. C. de rescind. vendit. ad emptorem, locatorem, conductorem, permutatorem, & omnes denique bona fidei contractus.*

2 *Sententia Cuiacij negantis d. l. 2. ad emptorem porrigendam esse: eámque ad locatorem quidem & permutatorem produci, non etiam ad conductorem affirmantis.*

3 *Dissertatio auctoris probantis 1. d. l. beneficium ad emptorem non pertinere.*

4 *Cur auxilio dignior visus sit Impp. venditor quàm emptor.*

5 *Respondetur ad l. 2. §. sed si emerit. 9. D. si quid in fraud. patron. qua utitur Robertus vt sententiam pragmaticorum contra Cuiacium defendat.*

6 *Dolo intercedente nulla est differentia inter emptionem, venditionem, cæteroſque bonæ fidei contractus.*

7 *Error pragmaticorum supinus de casu quo videatur læsus emptor.*

8 *Error Molinæi.*

1 VIx vnquam ex pragmaticis † quisquam dubitauit, nec ferè ex interpretibus quin beneficium quod noua Imperatorum Diocletiani & Maximiani constitutione venditori datum est in *l. 2. C. de rescind. vendit.* porrigi debeat ad emptorem, itémque ad locatorem, conductorem, permutatorem, ad omnes denique bonæ fidei contractus: quasi in omnibus eadem æquitatis & bonæ fidei ratio idem quoque ius postulet. In eamque rem abutuntur passim rescripto eorundem Imperatorum quod extat in *l. 3. C. commun. vtr. iudic.* vbi generaliter scriptum est in bonæ fidei iudiciis quod inæqualiter factum esse constiterit in melius reformari oportere. Cuius tamen loci quàm alius planéque diuersus sensus sit, iam satis supérque in superioribus explicauimus. Primus
2 *Iacobus* † *Cuiacius libro 16. obser. cap. 18.* negauit porrigendam esse ad emptorem, ea potissimum ratione motus quòd non eadem sit ratio subueniendi emptori quæ venditori. Propterea quòd, inquit, venditorem plerumque necessitas rei familiaris compellit vendere pretio minore *l. 2. l. non ideirco 12. leg. si quis 6. C. de rescind. vendit. l. 1. C. de prad. dec. l. 2. C. sine cens. vel reliq.* Emptor verò vltro accedit ad emptionem prædij, sæpe fraudandi causa, & plerumque emit pretio impenso & immodico affectione opportunitatis, vel vicinitatis, vel cœli, vel quod illic educatus sit, vel parentes sepulti, vt *leg. 1. §. sed si rem. D. si quid in fraud. patron.* vel quod maiorum eius fuerit, vt in *l. si emptionem 35. D. de minor.* quibus casibus siue prudenter, siue stultè faciat, quia tamen sponte facit, nihil cauſæ est cur ei subueniatur. De locatione non dubitat quin idem iuris sit quod de venditione, cur & de conductione idem quod de emptione. De permutatione verò quia non magis venditioni quàm emptioni similis est, videtur magis dubitare. Sed tamen concludit idem beneficium dari debere vtrique permutatori, sed quatenus vterque venditori assimilatur, non quatenus vterque emptorem imitatur. Ego verò miror ingenia tot tantorúmque virorum se exercentium & aberrantium manifesta iuris certissimi ignoratione. Nam vt ab ea dubitatione † incipiamus, quæ est de emptore, si iuris 3
rationem inspicias, certum est nullo modo ei subueniendum esse ob quantamlibet immodicam lætionem, quia nec venditori subueniretur nequidem ante impletum contractum, etsi iudicio empti aut venditi quod bonæ fidei est ageretur, quoniam in eo contractu speciale est vt liceat contrahentibus se inuicem naturaliter in pretio decipere *l. in causſa 16. §. idem Pomponius D. de minor. l. si voluntate 8. C. de rescind. vendit.* Nec aliud in locatore & conductore iuris est, propter eandem rationem *l. item si pretio 22. §. vlt. & l. seq. D. locat.* Itaque ad hos contractus non pertinet, quod de aliis bonæ fidei contractibus scriptum est, id quod inæqualiter gestum fuerit, æquitate iudicij bonæ fidei in melius reformari debere, nisi cùm vis aut dolus intercesserit. Nec bona ratio est qua moueantur interpretes vt emptori subueniant, *quòd bonæ fidei contractus sit*, qua tamen meliorem aliam nullam habent. Si verò ius nouum inspicias quod ab Imperatoribus contra iuris veteris rationem constitutum est, quid apertiùs quàm constitutionem de dolo venditoris locutam esse? Ergo qui eam protrahunt ad emptorem, fateantur necesse est id se facere sine lege, & consequenter sine ratione, cùm nec in venditore rationem vllam habere possit lex noua, quæ abhorret à iuris veteris ratione. Et verò apertissima & erudentissima inter venditorem & emptorem dissimilitudinis ratio est quam nos ex Cuacio protulimus. Nam quod lex † ait 4
humanum est, ostendit latis ita ab Imperatoribus constitutum in venditore, non ratione aliqua iuris aut æquitatis, aut bonæ fidei, sed miserationis tantùm, vt & in *l. scripto 7. §. vlt. D. vnd. liber.* Videtur enim miseratione dignus venditor, qui vrgente necessitate res suas, quas sciat multò pluris esse, cogitur tamen vilissimo pretio distrahere, nullum alioquin emptorem inuenturus. Idcóque parum, meo iudicio, interest an venditor sciat rei suæ valorem, néne. Tanto magis enim dignus est cuius leges misereantur, qui contra quàm velit rem maioris pretij vendit minore. At emptoris qui multò pluris emit quàm res sit, nihil cauſæ est cur misereamur. Stultitiæ enim potiùs id imputandum est, vt ait *l. 3. l. alienus. D. ad leg. falcid.* Stultis autem vix est vt vnquam subueniatur quomodo nec iis qui errant in iure cùm habeant copiam iurisperitorum, quos stultos vocat Iurisc. in *l. regula. 9. §. pen. D. de iur. & fact. ignor.* Nec communem interpretum & pragmaticorum † errorem iuuat §
quod scriptum est in §. *sed si emerit 9. l. 1. D. si quid in fraud patr.* quo potissimum vtitur Ioannes Robertus in Animaduersionibus vt Cuiacij sententiam impugner. Etsi enim eo loco ratio eadem constituitur emptoris multo maiore pretio comparantis, & venditoris multo viliore distrahentis, id tamen pertinet ad actionem Fabianam quæ datur patrono in cuius fraudem alienatum est, non autem ad propositam dissensationem, de qua nunquam Iureconsulti ne per somnium quidem cogitarunt. Et ratio dissimilitudinis non obscura illa est, quia quicquid in fraudem patroni factum est à liberto, id reuocari æquum est, melioremque esse conditionem patroni qui neque contraxit, neque fraudari potuit, quàm liberti qui ipse emit aut vendidit, quíque sibi ipsi non etiam patrono fraudem potuit facere. Quare nec dubitatur quin idem dicendum sit, etiam si læsio quæ in emptione vel venditione intercesserit per fraudem liberti non excedat dimidiam iusti pretij: cùm tamen sit in confesso nec olim potuisse nec hodie posse rescindi venditionem ex immodica læsione, si non vltra dimidiam venditor læsus sit. Proinde atque potiùs ille locus, si subtiliùs intueare, nec venditori nec emptori succurri debere ob si lamimn odicam læsionem: alioqui nihil esset necesse vt patrono, et Fabianâ & ex proprio iure succurreretur, si ex persona liberti succurri ei posset, vt saltem ex bonis

igitized by Google

liberti haberet eam actionem quam libertus ipse suo iure esset habiturus. Quod autem pro eodem pragmaticorum errore tuendo obiicitur de marito qui in re dotali pluris æstimata circumscriptus est, multò minùs ad rem pertinet, vt ex iis quæ proximo capite diximus intelligi potest. Et verò vsu ipso euenire cernimus, vt rarissime emptor à venditore vltra dimidiam iusti pretij decipiatur. Et si quando id euenit, vt plurimum fit, dolo venditoris, qui haud dubiè æquitate ipsius iudicij ex empto quod bonæ fidei est, vindicatur. Dolo namque intercedente † nulla prorsus differentia est inter emptionem, venditionem, cæterósque bonæ fidei contractus, & in omnibus generaliter eo casu verum est quod ait *l. 3. C. commun. vtr. iud.* in bonæ fidei iudiciis quod inæqualiter factum esse constiterit, in melius reformari. Nec solùm si vltra dimidiam iusti pretij, sed etsi longè minor læsio dummodò per dolum alterutrius contrahentium intercenerit. Ille verò multò grauior † & intolerabilior eorundem interpretum & pragmaticorum error est, quod existimant videri læsum emptorem vltra dimidium iusti pretij si rem dignam 10. emerit 16. cùm tamen certissimum sit ad eiusmodi læsionem inducendam necessarium esse, vt rem dignam 10. emerit 21. vt eadem proportio seruetur in emptione quæ in venditione. Nemo enim dubitat quin venditor tum demum vltra dimidiam iusti pretij læsus videatur, cùm rem dignam 21. vendidit duntaxat 10. Iustum autem pretium ita suppleri per emptorem si offerat 21. non si dimidium aurei, cum decem, quamuis si ab initio decem cum dimidio dedisset, venditori hodie non succurreretur. Alioqui frustra lex daret optionem emptori qui vtique mallet semper supplere quod deesset iusto pretio quàm rem reddere. Similiter igitur è contrario dicendum est læsionem vltra dimidiam iusti pretij ex parte emptoris interuenire cùm rem dignam decem emit 21. Venditorem verò illo casu habere optionem debere, vtrum de medio malit vndecim remittere, an recepta re, quantum accepit, id est aureos 21. reddere. Idque iam antè nos rectè obseruatum est non tantùm à *Cuiacio*, sed etiam à *Carolo Molineo*, qui si cum *Cuiacio* in iurisprudentia conferatur, meo iudicio nullus homo est. Quid tamen sibi † *Molinem* velit cùm ait emptori quidem subueniendum esse ex beneficio *d. l. 2.* sed non æquè ac venditori, ego planè non intelligo, nisi tantam Molineo legis nouæ condendæ potestatem demus quantam Impp. Diocletianus & Maximianus habuerunt. Omnino enim aut lex illa Impp. seruanda est in emptore, aut nulla prorsus. Quod autem *Cuiacium* post cæteros omnes idem admittit in locatore & permutatore quod in venditore, quam falsum sit, ex iis quæ mox dicemus intelligitur.

6

7

8

ERROR VIII.

Si locator immodicè læsus sit.

SVMMARIA.

1 *Quatenus eadē fuerit olim ratio venditoris & locatoris.*
2 *Sicut succurritur venditori læso ex Impp. constitutione, ita & locatori succurrendum videri pragmaticis.*
3 *Refutatio sententia interpretum, & n. 5. & seq.*
4 *Leges iuris veteris correctoria non facilè extra fines sunt trahendæ, ne quidem ex identitate rationis & æquitatis.*
5 *Iusta merces & pensio in locatione præsertim fundi rustici nonnisi ex fructuum modo constitui potest.*
6 *Si in plures annos facta sit locatio & primo anno aut nulli aut perexigui fructus percepti sint, remissio tamen mercedis non prius fieri debet, quam totum locationis tempus præterierit.*
7 *Læsio quæ facit locum beneficio legis ex eo tempore æstimanda est quo contractum fuit, non quod subsecutum est.*
8 *Incerti euentus quantitatis & valoris fructuum percipiendorum certa iustáque æstimatio nulla est.*
9 *Non statim certum iustumque pretium illud videri debet, quod in publica locationis auctione promissum est.*
10 *Differentia inter venditionem rei immobilis & locationem ratione æstimationis rei venditæ & locatæ.*
11 *Æquitas contractuum non est æstimanda ex euentu.*
12 *Frumenti vel hordei mutuò dati accessiones cur etiam ex nudo pacto sint præstandæ.*
13 *Rationem propter quam succurritur venditori læso, cessare in locatore.*
14 *An in locatione vrbani prædy locum habeant quæ de incerta fructuum æstimatione dicta sunt.*
15 *Differentia inter vrbani & rustici prædy locationem.*
16 *Idē Iuris esse in locatione Vrbani prædy quod in rustici.*
17 *Obiectio & eius diuisio.*

DIximus in superioribus, eandem † olim fuisse venditoris & locatoris rationem, in eo quod sicuti in venditione & emptione, ita in locatione & conductione licebat contrahentibus naturaliter se in pretio inuicem decipere, *l. in emptione 16. §. idē Pomponius. D. de minor. l. item si 22. § vlt. D. loca. l. si voluntate 8. C. de rescin. vend.* & ideò neque venditori neque locatori qui citra dolū immodicè læsus esset succursum fuisse æquitate iudicij bonæ fidei, vt fiebat in cæteris bonæ fidei iudiciis *l. & ideò 23. D. locat.* iunct. *l. 3. C. comm. vtriusque iudic. l. 3. C. quib. ex caus. maior. l. iure 6. §. vlt. & l. si res 12. §. 1. D. de iur. dot.* Eadem ratio facere videtur vt quemadmodū hodie succurritur † venditori ex noua Diocletiani & Maximiani constitutione si vltra dimidiam iusti pretij læsus sit, hactenus scilicet, vt emptor vel iustum pretium supplere, vel recepto pretio quod dedit, rem quam accepit restituere teneatur: Ita etiam locatori in eodem casu eadémque æquitatis ratione succurri oporteat. Vterque enim contractus bonæ fidei est, iisdémque regulis constitit, vt scriptum est in *l. 2. D. locat.* Eáque conlentiens vox est interpretum omnium, & pragmaticorum. Mihi tamen valde suspecta, † & vt liberè dicam quod sentio, prorsus falsa: non ideò duntaxat quod noua lex de venditore tantùm locuta sit, non etiam de locatore. Nouæ autem leges † iuris veteris correctoriæ non facilè extra suos fines sunt trahendæ, ne quidem ex identitate, vt loquuntur, rationis & æquitatis, vt à iure communi quàm minimum fieri potest recedatur, sed etiam quia non video qua ratione aut qua viâ optio illa quam Impp. dederunt emptori, vt iustum pretium supplere possit si velit, accommodari queat conductori, præsertim fundi rustici. Siquidem iusta † merces & pensio in locatione non nisi ex fructuum modo constitui potest. Locatio enim est vice venditionis fructuum, vt diximus *Decad. 6. Error. 6.* At fructuum percipiendorum non solùm modus, sed etiam valor incertus est *l. si ea lege 17. l. oleo 23. Cod. de vsur.* Vnde illud quoque fit vt si in plures annos † facta sit locatio, & primo anno aut nulli, aut perexigui fructus percepti sint, remissio tamen mercedis non prius fieri debeat, quàm totum locationis tempus præterierit, vt sciatur an primi anni sterilitas cum sequentium vbertate compensari possit *l. ex conducto 15 §. Papinianus alias. l. si vno anno D. locat. l. licet certis annis. 8. C. eodem.* Eóque iure passim vtimur. Quomodo igitur fieri potest vt locator se immodicè læsum dicat & probet quantulacumque mercede locauerit priusquam locationis tempora effluxerint? Quod si id expectandum est, quis admittat succurrendum esse locatori ex causa immodicæ læsionis, cùm ea læsio † quæ locum facere potest beneficio legis ex eo præcisè tempore æstimanda sit quo contractum fuit, non quod subsecutum est *dicta lege si voluntate.* Dices, posse læsionis huius certam rationem

1

2

3

4

5

6

7

constitui

constitui æstimato ex communi hominum æstimatione dubio illo euentu non modò quantitatis sed etiam valoris fructuum percipiendorum: Fateor dubium euentum æstimari posse, vt in *lege propter spem* 23. *D. famil. erciscund.* aut cùm tactus retis emitur. *l. si iactum* 11. *D. de actio. empt. l. nam hoc modo* 11. *D. de hered. vel act. vendit.* Sed nego † incerti illius euentus posse vllam certam iustamque esse æstimationem, sed pro certa iustáqua habetur quæcunque & quantulacunque facta est, quia ex cuiusque opinione pendet, non ex re ipsa quanti id sit, quod quale quantumque futurum est nondum apparet. *l. vbi autem* 75. *D. de verb. obligat.* Atqui, inquies, si ea locatio facta esset publica auctione, multò amplior merces & supra dimidiam redigi potuisset, adeóque fortassis ea lege vt conductor casus fortuitos omnes in se reciperet, nec vlla ex caussa mercedis remissionem
9 postulare posset. Ita esto, nego consequens † esse vt iustum certúmque pretium illud videri debeat: Quis enim negabit fieri posse vt qui ea lege conduxerit, damnum ex conductione sentiat, si forte aut nulli fructus aut tam exigui prouenerint, vt ex eorum pretio redigi conuenta merces non possit? At ex contrario potuit conductor lucrari, cedo, sed mihi ad victoriam satis est quod potuerit etiam damno adfici, vt inferam non posse locationis tam certam iustamque esse mercedem, vt locator certam læsionem possit obtendere propter quam æquum sit ei subueniri. Non enim quid locator communi euentus incerti æstimatione redigere locando potuerit inspiciendum est, sed quid & quantum ex fructibus percipere si fundum non locasset, hoc ipsum autem omnino incertum est: nec desunt plerique diligentes patres familias qui certam mercedem nullo remissionis faciendæ periculo obnoxiam longè præferant incerto lucro, quod ex fructuum perceptione multò vberius sperare
10 potuissent. In eóque manifestè differt † venditio rei immobilis à locatione. Res enim immobilis quæ venditur sicut certa præsénsque est, ita certam & præsentem habet æstimationem, ex cuius comparatione iam inde ab eo ipso die quo contractum est, sciri possit an venditor læsus sit vltra dimidiam iusti pretij, nécne. Fructus autẽ ei lo catæ quantumcumque spe vbertimi & quàm plu-
r imos emptores nacturi, possunt reipsa & ex euentu tam parui esse, vt etiamsi minima mercede conducti essent, tamen conductor in damnum incideret, iustámque eorum æstimationem conuenta merces superaret. Quo casu quis obsecro diceret iustam fuisse mercedem quæ eorũ fructuum nomine promissa esset? Nec est contrarium
11 quod dici solet, æquitatem † contractuũ non ex euentu sed potiùs ex initio æstimandam, præsertim cùm quæsertim cùm quæritur an huic aut illi sit subueniendum Ex eo namque infero quod volo, non igitur posse certiorem aut iustiorem vllam esse dubij euentus æstimationem quàm quæ sit ab initio, quanta demum aut quantacumque illa sit, inspecto scilicet eo, non solùm quot quantique fructus percipi potuerint sed etiam quot quantique potuerint non percipi. Denique hoc casu spes quodammodo emitur, & periculum, quod vtrimque imminet ex maiore aut minore percipienda fructuum quantitate, tanti æstimatur. Nec nouum est vt propter eam incertitudinem, & quantitatis & valoris fructuum percipiendorum deterior hac parte sit conditio locatoris, cùm ex contrario interdum & melior sit ob hanc eandem caussam creditoris conditio cui fructus huiusmodi debentur, vt puta si de frumenti. vel hordei mutuò dati accessionibus tractetur, Etsi enim fœnebris pecuniæ vsuras constat non deberi nisi ex stipulatione *l. Titius* 24. *D. de præscript. verb. l.* 3 *C. de vsur.* frumenta † tamen
x 2 vel hordei mutuò dati accessiones etiam ex nudo pacto præstandas esse placuit *l. frumenti.* 12. *eod.* nimirum propter incerti pretij rationem vt ait *dicta lex oleo* 23. *eodem.* Fieri namque potest vt ea mora plus lucri adferat debitori quàm adferat damni obligatio accessionum, licèt alioqui vix sit vt non videatur conditionem deteriorem facere is qui frumenti vel olei accessiones promittit, quas citra promissionem non deberet. Ac sane si verum est quod nos proximo capite probauimus, misericordiæ † potiùs quàm aut iuris, aut æquitatis, aut bonæ fidei 13
ratione succurrendum esse venditori quem necessitas rei familiaris solet plerumque adigere ad venditionem vili fundi pretio faciendam, cur dicamus similiter miserationi dignum esse locatorem qui vilissima mercede rem suam locauit? Nam vt taceam multò minus damni, & incommodi esse in locatione quàm in venditione, nec facilè pro re minimi & temporalis, vt ita dicam, præiudicij rescindendum esse bonæ fidei contractum, quis nó videt quàm dispar sit hac in re locatio à venditione? Quantumcumque enim prematur locator angustia rei familiaris conductores multos inuenire potest, at venditor non nisi perpaucos emptores propter periculum quod multò maius est grauioris damni incurrendi si ab egeno quis fundum comparet quàm si conducat: quia nec merces solui ex conductione solet nisi quandiu & quatenus conductori frui licet, pretium autem ex caussa emptionis statim soluendum est, si non statim immineat periculum euictionis quantumcumque pauper sit is qui vendidit, *l. si post perfectam. C. de euict.* Sane in locatione † prædij vrbani paullò obscurior res esse videtur, quo- 14
niam qui ex eo fructus percipitur certior est, cùm quotidie percipiatur, vt proinde ex comparatione eius qui in ipso contractus die percipitur, facilè iniri possit iusta mercedis totius anni æstimatio. Nam & inde alia differentia † nascitur inter locationem prædij vrbani & lo- 15
cationem rustici, quòd reconductio prædij rustici ex sola taciturnitate in annum vnum facta intelligitur, vrbani verò non nisi singulos dies, *l. item. quæritur*, 13 §. *vltim. D. location.* Sed magis est vt hac parte nihil † 16
interfit, vtque viliore mercede facta locatio tenere debeat dum ne dolus intercedat *dict. l. & ideo* 23. *D. location. l. si ea pactione* 14. *Cod. de vsur.* propter alias rationes quas rustici prædij locatori nocere diximus: item quia prædij vrbani fructus ab vsu patrisfamilias separatus nullus est nisi qui ex locatione percipitur. Itaq; cùm perlocationem cõstituatur nõ pluris videri potest quàm quãtus constituitur per locationẽ. Nec quòd prædiũ vrbanũ alij pluris locari potuit, ad rem facit. Potuit enim contrà etiam fieri, vt aut nemini, aut minori mercede locaretur: Neque magis læditur qui prædium vrbanum quod alij locare potuit centum aureis, locauit tibi quadraginta, quàm qui pecuniam fœnebrem quam credere potuit sub vsuris centesimis, credidit sub quincunciibus. Nam sicuti pecunia, sic prædium vrbanum res sterilis est, nec vllos ex se fructus parit, ideóque quod ex ea re percipi potest, mero lucro imputandum est, non etiam damno, tametsi plus commodi ex locatione alij facta redigi potuerit. Inaudi:um verò est vt in lucro maioribus, siue per in integrum restitutionem, siue qua alia ratione succurratur. Id enim proprium ius est minorum, *l. ait prætor* 7. §. *sodie. D. de minor.* Interesse namque viderut eius duntaxat qui damnum passurus est, non eius qui lucrum factuius esset *l. si is cui*, 71. §. 1. *D. de furt.* Et hanc sententiam probat non malè *dict. l.* 14. *C. de vsur.* si bene intueare, vt nos docebimus pluribus *Decad. proxim. in error.* 6. Nec sententiæ nostræ † aduersatur quòd 17
venditio & locatio iisdem regulis constant, *dict. l.* 2. *de locat.* Nam quod venditori vltra dimidiam iusti pretij læso succurritur, non fit ex iuris regula, sed contra iuris regulam, ex Impp. constitutione quæ de venditore tantùm, non etiam de locatore locuta est, vt suprà diximus.

ERROR IX.

Si in permutatione læsio immodica ex alterutra parte interuenerit.

SVMMARIA.

1 *Permutationis & emptionis & venditionis conuenientia.*
2 *In permutatione locum habere quoque beneficium legis 2.C.de rescin. vend. si interpretibus & pragmaticis fides.*
3 *Sententia Cuiacij de quæstione an in permutatione locum habeat d.l.2.*
4 *Autoris sententia negans & eius fulcimentum.*
5 *Permutatio est similior diuisioni quàm venditioni.*
6 *Differentia inter venditionem & permutationem.*
7 *Cur permutatio emptionis vicem obtineat non venditionis.*
8 *Alienam esse l. 1. §. sed si emerit. 13. D. si quid in fraud patron.*

1 HAbet permutatio pleraque similia, † & affinitatẽ maximam cum emptione & venditione, quoniam origo emendi vendendique ab ipsis permutationibus cœpit, vt pluribus refert Paulus in *l.1. D. de contr. empt.* illa similitudo præcipua est quòd sicut emptio & venditio, ita permutatio bonæ fidei est, & vicem emptionis obtinere dicitur *l.2.C.de rer. permut.* inde fit vt
2 neque ex interpretibus, neque ex pragmaticis † quisquam dubitet, quin nouum illud ius quod ab imperatoribus in venditione inductum est, in permutatione quoque locum habeat, id postulante eadem, vt putant & iuris & æquitatis ratione. Vel ob id magis, quod solo *Iacobo Cuiacio* excepto, cuius sententiam nos in superioribus probauimus, idem ius quod in venditore constitutum est, in emptore quoque constitutum volunt.
3 *Cuiacius* verò †, ne secum pugnantia dicere videatur, admittit quidem in permutatione locum esse constitutioni, sed ex ea parte inquit, qua permutatio venditionem, non qua emptionem imitatur. Me, † vt contra
4 sentiam, perpetua illa sibique constans ratio semper mouet, quòd neque lex Imperatorum de permutatione locuta est, sed tantùm de venditione, neque necessitas vlla fuit, propter quam Imperatores permutanti subuenire deberent aduersus immodicam læsionem. Nam cùm permutatio sit contractus bonæ fidei, neque tamen ex eorum numero in quibus naturaliter licet contrahentibus se decipere in pretio (quia neque pretium in permutatione vllum est *l.1. D. de rer. permut.* neque inter permutantes tractatus ille præcedit, quem in venditionibus præcedere ait *lex voluntate* 8. *Cod. de rescindend. vendit.*) Consequens est, vt si qua læsio & inæqualitas interuenerit, ea corrigi possit æquitate iudicij bonæ fidei, nec extrinseco egeat auxilio. Ex regula *l. 3. C.commun.utr.iud.l.3.C.quib.ex caus.maior.l.iure.6.§.vlt.l.si res* 12.§. 1. *D.de iur. dot.* Quòd si is qui læsus fuit aut prior impleuerit vt actionem ex placito permutationis haberet *l.ex placito.3.C.de rer permut.* aut agenti aduersario consenserit, atque ita implementum vtrimque subsecutum sit, est sanè quod sibi imputet cui communi iuris beneficio vti noluerit, planéque indignus est si maior sit annis viginti quinque cui succurratur, post duplicem consensum à se præstitum, & cùm contraxit, & cùm contractum adimpleuit: Sicut de diuisione scriptum est in *l.si inter* 8. *C. commun.utriusque iudic.* Est enim permuta-
5 tio † simillima diuisioni potiùs quàm venditioni. Vtraque enim emptionis vicem obtinere dicitur, *l.1.C eo.d.l.* 2. *C. de rer. permut.* Quod de venditione similiter nisi ridiculè dici non potest. Ex placito permutationis nulla re secura, nisi stipulatio interposita sit, nulla nascitur actio *d.l. ex placito*, quemadmodum neque ex placito diuisionis, *l. diuisionis placitum*, 45. *C.de pact.* Vtraque tamen actio bonæ fidei est *d.l.3. C.commun.utr.iudic.d.l.* 2. *C. de rer. permut.* Denique vterque contractus perficitur traditione hinc inde facta *d.l.si inter.l.4.5.7.& 8. C.de rer. permut.* nec vlla inter diuisionem & permutationem dissimilitudinis ratio hac parte reddi potest, cùm tamen inter venditionem † & permutationem sint per- 6
multæ. Et illa imprimis, quam diximus, quòd non sicut in venditione ita & in permutatione licèt naturaliter contrahentibus se decipere. Item quòd non sicut plerumque venditor necessitate rei familiaris premitur vt rẽ suã quæ multò maioris pretij sit, vilissimo distrahere cogatur, ita & qui rem suam permutat. Non tam enim id agit, qui permutat vt alienet, quàm vt acquirat, Id eòque minus dignus est, cui miserationis & vt Imperatorum verbo vtar, humanitatis intuitu ei succurratur ex caussa solius immodicæ læsionis, sicuti diximus cum Cuiacio non esse succurrendum emptori quantocunque pretio emerit, quia sponte & vltrò siue prudens & sciens, siue insaniens accedit ad emptionem. Et hinc quoque pendet tertia & præcipua ratio propter quam vel Cuiacium ipsum possim cogere vt fateatur non idem iuris in permutatione quod in venditione constituendum esse, nimirum quia permutatio non venditionis sed emptionis, vt diximus, vicem & instar obtinet, & quidem ex parte vtriusque permutantis, licèt emptio sine venditione nulla esse nec intellectu quidem percipi possit. Alioqui cùm in permutatione vtrimque omnia sint æqualia, dici non posset ex vtrius potiùs persona emptionis vicem gerere videretur, Cur verò emptionis, † non venditionis? Quia, vt dixi, vtriusque permu- 7
tantis animus ille est vt sibi acquirat, non vt alienet. Quod enim vterque alienat, fit per consequentiam, quia fieri aliter nõ posset, vt alter alterius rem haberet, quippe quam nolit dominus alienare, nisi ea mente vt in eius locum aliam sibi comparet. Cùm enim is qui ab alio acquirit nihil habet quo vicissim alius indigeat, pecunia non res pro re datur, cùmque eptio & venditio contrahitur, non permutatio *d.l* 1. *D.de contr. emp.l. naturalis* 5. §. 1. *D. de præscr. ver.* Quod si verum est, vt est, permutationem emptionis vicem obtinere, non ergo obtinet vicem venditionis. Etsi enim veteres emptionis venditionisque appellationibus promiscuè vtebantur, *l. veteres* 19. *D. de act. empt.* constat tamen aliam esse, venditionem, aliam emptionem; alium venditorem alium emptorem, aliam denique venditi, aliam empti actionem *l.ex empto* 11. *& pass. D.eod.* nec proinde fieri posse vt vnus idémque contractus emptionis & venditionis iure censeatur. Atqui fatetur *Cuiacius*, & verissimum est emptori qui vltra dimidiam iusti pretij læsus est, non succurri beneficio *l.2. C. de rescind. vend.* Ergo neque permutanti succurretur, vel ob id maximè quòd ei aliunde satis superque consulitur sola æquitate ipsius iudicij quod bonæ fidei est si priusquàm contractum impleat, iure suo vti velit, & officium iudicis implorare, vt quod inæqualiter factũ fuit in melius reformetur. Et ridicula est illa distinctio vt etiã post implemẽtũ succurratur permutanti, non tanquã emptori, sed tanquam venditori, cùm, emptoris tantũ non etiam venditoris partibus fungatur. Neq; obstat † quòd in *l.1.§. sed si* 8
emerit.13. D si quid in fraud.patre. eadẽ ratio constituitur venditionis, permutationis & locationis, in illo etiam casu de quo disputamus, id est cũ in contractu læsio interuenit. Ad aliũ enim casũ locus ille pertinet, ad illum scilicet quo contractus à liberto inuitus fit in fraudẽ patroni. Patũ nãq; refert quomodo fraus patrono facta fuerit, an locando, aut emendo, aut vendendo, an permutando, aut quo alio contractus genere. Si quidẽ quicquid in

patroni

patroni fraudemũ geſt fuit, totũ id per Fauianam actionem reuocari æquum eſt. Nos verò cum caſum tractamus quo quis non alij, ſed ſibi ipſi fraudem fecerit, in eóque contractuum iura prout cuiuſque natura ferat diſtinguimus & ſeparamus.

ERROR X.

Si aduerſus tranſactionem ex cauſſa læſionis immodicæ reſtitutio petatur.

SVMMARIA.

1 *Beneficium l. 2. C. de reſcind. vendit. ineptè produci ad contractus ſtricti iuris.*
2 *Præſertim ad tranſactionem.*
3 *Iure Pandectarum non potuit tranſactio reſcindi prætextu quantumuis læſionis.*
4 *Bona fide factas tranſactiones quas dicamus.*
5 *Ex natura rei de qua fit tranſactio, conſici læſionem non poſſe, ita certæ eſſe æſtimationis, vt propterea poſſit tranſactio reſcindi.*
6 *Bartoli inepta traditio & eius confutatio.*
7 *Pragmaticorum ridicula ſententia de concipienda facti quæſtione quum reſciſſio tranſactionis petitur: & eius refutatio.*
8 *Non minor eſt auctoritas tranſactionis, quàm rerum iudicatarum.*
9 *Pœna eorum qui aduerſus iuratam tranſactionem veniunt.*
10 *Conſtitutiones nouæ apud Gallos & Sabaudos de non reſcindendis tranſactionibus prætextu immodicæ læſionis.*

Olerabilior eſſet interpretum & pragmaticorum error, ſi quod nouo iure ab Imperatoribus conſtitutum eſt fauore venditoris læſi vltra dimidiam iuſti pretij, producerent ad cæteros duntaxat contractus venditioni ſimiles, id eſt qui bonæ fidei ſunt. Sed quod † creſcente paulatim audacia idem iuris indictum volunt, in contractibus quoque ſtricti iuris ferri meo iudicio nullo modo poteſt. Et illud multo minus, quod rationis loco addunt, contractus omnes hodie bonæ fidei cenſendos eſſe, quod quàm falsò & ridiculè ab iis dicatur, proxima decade oſtendemus. Ille nunc error nobis refellendus eſt qui mihi omnium maximus videtur, quòd etiam tranſactionem † ex cauſſa immodicæ læſionis reſcindi poſſe arbitrantur. Quo quid dici poteſt, non dicam abſurdius, ſed toti etiam reipublicæ pernicioſius? Nam ſi reipublicæ intereſt, lites quæ in dies ferè ſingulos innumeræ emergunt, aut iudicato, aut tranſactione finiri, finitas autem bona fide, id eſt, non vi, non dolo, numquam reſtaurari, quemadmodum tot iuris locis ſcriptum eſt, quis erit obſecro litium finis, ſi ex cauſſa immodicæ læſionis tranſactiones reſcindi concedatur? Et verò ſi Pandectarum † ius inſpicias, conſtat non potuiſſe tranſactionem reſcindi prætextu læſionis, nec ſi ad quadruplum vſque læſio intercueniſſet, *l. Lucius* 78. §. *vltim. D. ad S. C. Trebell.* Si verò Diocletiani & Maximiani conſtitutionem, quæ de venditore tantùm loquitur, quid in ea eſt ex quo poſſit coniectura capi, quod idem conſtitutum voluerint in tranſactione? Tranſactiones enim licèt bona fide factas eſſe oporteat vt omnimodo defendantur, nec in integrum reſtitutionis periculo ſubiaceant ex capite edicti, *De dolo* aut *De eo quod met. cauſ.* tamen bonæ fidei contractus non eſſe nemo neſcit. Bona autem † fide factas tranſactiones eas interpretamur, quæ neque vim neque dolum habuerunt, tametſi ex iis læſio aliqua emerſerit. Nihil enim commune habet læſio cum mala fide, præſertim cùm de tranſactione tractatur, quia nihil prohibet quominùs prudenter & vtiliter feciſſe exiſtimandus ſit, qui litem execratus ex qua non minùs compendij quàm moleſtiæ ſperare poterat, de toto negotio minima pecunia accepta tranſegerit. Nam & iuſta tranſactionis cauſſa illa eſſe creditur ſi à lite diſcedatur, imò & à litis metu, ſi forte nulladum lis mota erat, ſed moueri tamen timebatur *l. 2. Cod. de tranſact.* dummodò non dicis cauſſa & per calumniam ea lis inſtituteretur *l. ſumma* 65. §. 1. *De condict. indeb.* Itaque generaliter conſtitutum eſt cauſſas & lites tranſactione finitas reſcripto imperiali reſuſcitari non oportere *l. cauſſas.* 16. *C. de tranſaction.* Quanto minùs igitur permittendum erit vt reſuſcitentur ſolo iudicis officio implorato? Aut quomodo fieri poterit, vt in iudicio ſtricti iuris officium iudicis imploretur? Et ſanè cùm tranſactionum † omnium ea natura & conditio ſit vt de re dubia ac incerta fieri debeant, *l. 1. D. eodem.* læſionem verò certam eſſe oporteat, & quidem contractus tempore præcisè inſpecto, vt nouæ conſtitutioni locus eſſe poſſit *d. l. 2. l. ſi voluntate* 8. *C. de reſcin. vendit.* dici nullo modo poteſt qua ratione aut quibus mediis reſcindi tranſactio poſſit ob ſolam immodicam læſionem. Fieri enim nequit vt res incerta certam habeat æſtimationem, *l. vbi autem* 75. *D. de verb. oblig.* aut vt qui incertum ius remittit aliquo accepto, quod poterat non habere ſi iudicij caſum & euentum expectaſſet, læſus videatur, *l. de fideicommiſſo.* 11. *C. de tranſact.* Quæ res materiam præbuit † Bartolo ſommandi neſcio quid de immodica læſione quæ excedat dimidiam iuſti pretij, inſpecto, inquit, etiam dubio euentu litis, vt difficilius tranſactionis quàm cæterorũ contractuum reſciſſio inducatur. Sed mihi videtur *Baldus* dixiſſe, quod oportuit, qui ſtolidam hanc *Bartoli* ſubtilitatem truffam appellauit. Quis enim dubium illum litis euentum æſtimare vnquam poſſit? Aut quis æſtimabit niſi qui ſciet quis iudicij euentus futurus erat ſi tranſactum non fuiſſet? Quis verò hoc ipſum ſciet, niſi qui de tota lite iam inſtructa tutò iudicare poſſit? Denique ad dubium hunc litis euentum æſtimandum neceſſe eſt de litis euentu tractari, in eámque rem refricari quæſtionem ipſam ſuper qua tranſactum fuit, perinde ac ſi tranſactum nihil eſſet. Atque ita priùs etiam quàm tranſactio reſciſſa ſit is ſtatus litis conſtituitur qui eſſet iam obtenta reſciſſione. Fateor dubium euentum poſſe æſtimari propter ſpem *l. 23. D. famil. erciſcund.* vt & iactum retis *l. ſi iactum.* 12. *D. de act. empt.* aut cùm certo pretio venditur hereditas, ſi qua ſit, vt in *l. nam hoc modo* 11. *D. de hered. vel act. vendit.* Sed nego dubij euentus poſſe certam eſſe æſtimationem, nec aliam certiorem quàm quæ primùm pro æſtimantis arbitrio conſtituta ſit, nec proinde certam poſſe dici læſionem quæ ex huiuſmodi euentus dubij æſtimatione inducatur. Et tamen fatentur omnes certam læſionem eſſe debere, & quidem inſpecto præcisè tempore contractus vt protin ad contractum quiſquis ille ſit, reſcindendum. Sed in eo maximè ſuaues ſunt pragmatici, quod putant † eum qui tranſactionem ex cauſſa immodicæ læſionis reſcindere velit, nihil egiſſe videri ſi in proponenda facti quæſtione allegauerit duntaxat ſe læſum fuiſſe vltra dimidiam iuſti pretij, niſi adiecerit etiam verba illa *etiam inſpecto dubio litis euentu* quòd ea ſola læſio iuſta, & ſufficiens videri poſſit cùm agitur de contractu tranſactionis reſcindendo, nec tamen negant fieri non poſſe vt ea læſio per teſtes probetur cùm ſit iuris magis quam facti, niſi Papinianum, Vlpianum, cæteróſque Iureconſultos ad teſtimonium ea de re dicendum aduoces, itaque relinquunt eam arbitrio iudicis æſtimandam, vt ex dictis teſtium qui de ſimplici læſione vltra dimidiam teſtificati fuerint colligat an tanta ſit læſio vt inſpecto etiam dubio litis

euentu vltra dimidiam videri possit. Quo sensu quid obsecro dici potest huiusmodi læsione incertius? Aut quis vnquam audiuit facti probationem ex iure petendam esse, aut arbitrio iudicis committendam? Ex facto siquidem ius oritur, non factum ex iure: & quamuis in æstimanda probationum fide & autoritate, maximum iudicis arbitrium versetur, fieri tamen non potest vt ipsa probationum examinandarum substantia, id est ipsa facti veritas ex arbitri iudicio pendeat. Alioquin non solùm superuacuæ essent testationes, sed ipsa quoque tota facti quæstio, nec de facto, sed de iure tantùm apud iudicem quæri oporteret: quod tamen nemo vnquam dixit. Denique admisso Bartoli somnio, fieri non potest vt litium finis vllus per transactionem constituatur. Nam si vel super ipsa lite mota de rescindenda transactione ob immodicam læsionem centies transactum esse proponas, eadem semper calumniandi causa superetit ei qui sæpius litigare volet vt dicat læsum se fuisse vltra dimidiam inspecto etiam dubio litis euentu, quousque saltem dimidium eius rei quam aut suam aut sibi debitam esse contendebat, plenissimè, id est, cum fructibus & expensis fuerit consecutus. Atque ita fiet vt inter dubium, & certum, si quis tamen certus vnquam esse potest, litis euentum nihil planè interfit: & transactio ad instar cæterorum contractuum redigatur, quos ex immodica læsione rescindi posse placuit nulla dubij illius euentus habita ratione. Quod tamen quàm ridiculum futurum sit ex eo apparet quòd etiamsi error calculi semper exceptus intelligatur, etiam in transactione, si tamen super ipso calculi errore transactum sit, transactio omnimodo tenet, nec noui erroris prætextu rescindi potest, quamuis error ille, quia facti est non iuris, sit inculpatissimus *l. vnic. C. de error. calcul.* quo loco, vt & aliis innumeris comparatur autoritas transactionis cum autoritate rei iudicatæ, vt
8 intelligamus non minorem autoritatem † esse transactionum quàm rerum iudicatarum, quod his ipsis verbis expressum est in *l. non minorem* 20. *Cod. de transact.* Imò maiorem esse transactionum scripsit Harmenopulus *lib.* 1. *tit.* 10. Atqui constat sententiam rescindi non posse prætextu quantæcunque læsionis. *l. vlt. sole tit. C sentent. resc. non posse.* Ergo neque permittendum est vt transactio inter maiores facta hoc prætextu rescindatur. Et verò infamiæ & periurij pœna † nominatim in eos constituta est, qui veniunt aduersus iuratam tranactionem siue interpellando iudicem, siue supplicando Principi, siue non implendo promissa *l. si quis ma.* 41. *eod.* Quæ lex etsi durior plerisque videtur quàm vt in praxi admittenda sit, quod ad pœnas irrogandas, ostendit tamen satis quanta vis & autoritas esse debeat transactionis, præsertim iuratæ, & in qua ineunda neque vis, neq; dolus intercesserit. Ob id nimirum inuitis pragmaticis factum est constitutione regia † apud Gallos, 10
apud nos autem edicto Diui Emanuelis Philiberti Principis nostri, vt prætextu immodicæ adeóque enormissimæ læsionis, dummodò neque vis, neque dolus adsit, transactiones rescindi prohibeantur: cùm vsu longo compertum esset non alia fere de causa tot litibus & iurgiis redundare tribunalia, quàm quòd prætextu huiusmodi immodicæ læsionis permissa in integrum aduersus transactiones restitutione nullus litium finis reperiretur. Sed quamquam nemo est qui edictum illud sanctissimum non laudet, vetus tamen ille & interpretum & pragmaticorum error non modò inuita iurisprudentia: sed inuito etiam Principe extorsit, vt non aliter
11 tanta sit † autoritas transactionum, quàm si actis publicis insinuatæ sint, insinuari autem ante trigesimum diem elapsum ex quo factæ sunt, non possint. Ita fit vt ante diem illum trigesimum non quidem pœnitentiæ locus sit, quomodo rudiores plerique existimant, sed tamen saluum sit ius petendæ restitutionis contra transactionem ex capite enormis læsionis, id est, quæ excedat dimidiam iusti pretij inspecto etiam dubio litis euentu. Ideóque nec mirum est si Sabaudia nostra tot & tantis, quot quantisque vix alia gens vlla litibus diuexetur. Scio moueri Bartolum & quotquot Bartoli sententiam sequuntur duobus præcipuè iuris locis ex *l. si quis cum aliter* 36. *D. de verb. oblig. & l. si superstite* 5. *Codice de dolo.* Sed quàm parum ij loci ad rem faciant probauimus in *error.* 4. *Decadis prime* tam apertè, vt hîc repetere operæ pretium non esse arbitremur.

ANTONII FABRI IC.

Decas Nona.

ERROR PRIMVS.

De bona fide quæ in contractibus omnibus exigitur.

SVMMARIA.

1 *Perperam statuere pragmaticos omnes contractus esse bona fidei, ex eo, quod bonam fidem in contractibus considerari æquum est.*
2 *Quid denotetur, cùm dicitur bonam fidem in contractibus omnibus considerari debere.*
3 *Dolus aliter vindicatur in iudiciis bonæ fidei, aliter in strictis.*
4 *In bonæ fidei iudiciis condemnatio fit ex æquitate & bona fide: in strictis verò index formulæ precisè additus est.*
5 *Ex contractibus bonæ fidei præstationes fiunt multò ampliores quàm ex strictis.*
6 *Inscitia Ioannis Imberti omnes contractus bonæ fidei esse apud Christianos asserentis.*
7 *Non rectè incusari Paulum & Vlpianum quòd scripserint in emptione & venditione, itémque in locatione & conductione naturaliter licere contrahentibus se decipere in quantitate pretij aut pensionis.*
8 *Veteres prudentes & iuris autores in iis quæ ad mores pertinent fuere cum Christiana religione prorsus consentientes.*
9 *Aurea Papiniani sententia.*
10 *Constitutionem l. 2. C. de rescind. vend. inepte proferri ad omnes contractus.*

BOnam fidem in contractibus considerari æquum est, inquit *l. bonam fidem* 4. *Cod. de obligat. & action.* Sed vereor ne non satis bona fide faciant pragmatici † qui ex eo colligunt contractus omnes esse bonæ fidei, aut ex re-
1 centioribus & politioribus nonnulli, qui ex eadem lege

ge inferunt non ita magni momenti habendam esse differentiam contractuum bonæ fidei, & stricti iuris. Nihil enim est in iure nostro frequentius & scitu dignius vel vtilius quàm obseruatio differentiarum quæ sunt inter contractus stricti iuris, & eos quos bonæ fidei appellamus. Quas qui nescit, cum necesse est in omni iuris parte delipere, aut prudentibus ipsis qui eas tam multas tamque accuratè explicant, prudentiorem esse. Ergo
2 cùm dicimus bonam fidem in contractibus † omnibus considerari debere, non illud significamus, quod pragmatici volunt, contractus omnes esse bonæ fidei, aut pro bonæ fidei contractibus habendos, sed contractibus omnibus commune illud esse, vt ex bona fide omnia, nihil ex mala inter contrahentes agi oporteat. Malam enim fidem quæ potissimùm ex vi & dolo inducitur leges omnes execrantur, nec vnquam patiuntur ratum esse quod per vim dolúmve extortum est, siue bonæ fidei, siue stricti iuris contractus proponatur. Hactenus nimirum vt tam in his quàm in illis contractibus vin-
3 dicetur dolus. Sed tamen aliter † in bonæ fidei iudiciis, aliter in strictis. Nam in bonæ fidei iudiciis vindicatur dolus ipsius iudicij æquitate, neque doli exceptio necessaria est. Id enim est quod dici solet bonæ fidei iudiciis doli exceptiones inesse *l. sed etsi ideo* 11. *D. solut. matr. l. huiusmodi* 84. §. *qui seruum de legat.* 1. An in strictis iudiciis, id est, quæ ex contractu stricti iuris exercentur necessaria est doli exceptio, alioqui ex natura iudicij & ex lege contractus condemnari oporteret eum, qui tamen ex æquitate & bona fide non esset con-
4 demnandus, nempe quia in bonæ fidei † iudiciis condemnatio fit ex fide bona, & quod æquius & melius videtur, iudex sequi potest ex præscripto ipso formula quæ dat ei laxissimas habenas æquitatis & diiudicandæ & sequendæ. In strictis verò vique adeò adducitur iudex formulæ, vt ab ea ne latum quidem vnguem recedere possit. Itaque si appareat Lucium Titium Mæuio stipulanti spopondisse, aut à Mæuio centum mutuò accepisse, nec formula contineat exceptionem pacti aut doli, nihil aliud facere iudex potest, nisi vt Lucium Titium condemnet, quamuis videat non deesse æquitatem quæ pro eo faciat si pacti vel doli exceptio subiecta fuisset. Quod nos pluribus explicauimus *li.* 15. *Coniect. iur. ciuil. ca.* 1. & attigimus alus plerisque locis. Sed & differentia magna est in præstationibus, quoniam ex con-
5 tractibus † bonæ fidei præstationes fiunt multò ampliores & vberiores quàm ex strictis; Sic ferente scilicet natura contractuum & iudiciorum bonæ fidei, cùm ex cõtrario in strictis nec ipsa bona fides aut æquitas patiatur vt tam amplæ & vberes præstationes fiant. Quis enim ferat pecuniæ ex stipulatu debitæ vsuras à die moræ tam facilè deberi quàm si depositi aut mandati iudicio peterentur? Aut tam fauorabiliter citra moram & stipulationem adiudicandas ex mutuo, quàm adiudicantur venditori ob non solutum pretium ab emptore qui rei venditæ fructus percepit. Hæc verò omnia cur tam varie, nisi quia actiones ex causa depositi vel mandati, vel venditi competentes bonæ fidei sunt, condictiones verò ex mutuo aut ex stipulatu sunt stricti iuris. Cùm autem omnes hæ differentiæ & aliæ innumeræ huiusmodi adhuc sint in quotidiano vsu forensi, ipsis etiam pragmaticis non reluctantibus, planè non video qua
6 fronte possint illi dicere contractus omnes hodie esse bonæ fidei, nullos stricti iuris. Nec sanè possum facere quin miretur insciticm viri alioquin docti, & inter pragmaticos Gallos elegantissimi Ioannis Imberti, † cui in enchiridio venit in mentem scribere non conuenire viro Christiano credere alios hodie vllos esse contractus quàm qui bonæ fidei sint, propterea quòd fraudem dolúmque omnem à contractibus nostris abesse oporteat vt Christiani & nominemur & simus. Quasi verò non perinde exosam fraudem habuerint veteres iuris Romani conditores, quos videmus tot propositis edictis & cautionibus id vnum maximè egisse ne quis ex dolo suo lucrum sentiret, neque sua fraus cuiquam patrocinaretur. Non absimiliter vir quidam magni nominis Vlpianum † & Paulum inculabat quòd scripsissent, ille 7
in *Lan causse* 16. §. *idem Pomponius. D. de minor.* hic in *l. item si pretio* 12. §. 1. *D. loc.* in emptione & venditione, itémque in locatione & conductione naturaliter licere contrahentibus se decipere in quantitate pretij aut pensiones: quasi non idem scripturi fuerint si Christiani fuissent. Nec animaduertebat vir minimè malus, iureconsultos iis locis non de ea deceptione sensisse quæ adnexum habeat dolum malum, vt apertissimè constat ex *l. & ideo* 23. *D. locat.* sed de solertia illa, quam in contrahendo adhibere solent quotquot sunt venditores, emptores, locatores, conductores, vt in eo tractatu qui hos contractus præcedit alter alterius consensum eliciat, quanto facere potest commodo suo & lucro. Idque tam naturale est, id est à natura insitum omnibus vendituris aut empturis, locaturis vel conducturis, ex natura quoque ipsa huiusmodi contractuum, vt nec aliter hodie fiant venditiones & locationes inter Christianos, more certè à nostris moribus non improbato. Nec enim Christiana religio prudentiam & solertiam ex hominum consortio tollit, sed tantum ne quid per fraudem dolóve malo fiat prohibet. Fuerunt veteres prudentes † & 8
iuris nostri autores in iis quæ ad mores pertinent cum Christiana religione prorsus consentientes, & eius probitatis tuendæ, sine qua societas humana conseruari nequeat, tam studiosi & religiosi vt mirari quis persæpe non immeritò possit tam impios & planè ethnicos homines tam piè locutos fuisse. Testis esto, ne cæteras congeram, aurea † illa Papiniani sententia quæ extat in *l.* 9
si, venditor 6. in fin. D. de serv. export. Vtro bonum conuenire credere venditoris interesse quòd animo sentientis satisfactum non esset. Item illa quæ in *l seq.* in eundem sensum, licet alus verbis, *cum beneficio adfici hominem interest hominis, enimuero pœna non irrogata indignatio solam dolitiam continet.* Quid enim potuit melius scribere, aut Christiano homine dignius magnus ille Augustinus, qui commune gentium omnium ius esse scripsit vt ament amicos, proprium verò Christianorum, vt amẽt etiam inimicos, sed hoc obiter & præter motem nostrum, extra rem. Valeant igitur qui dicunt contractus omnes siue ciuili siue Pontificio iure, aut ex Christianis moribus bonæ fidei censendos esse, nullos stricti iuris. Item qui ex eo inferunt † constitutionem Impp. Dioc- 10
letiani & Maximiani in *l.* 2. *Codice de rescin. vendit.* quæ venditori immodicè læso subuenit, producendam esse ad cæteros omnes contractus qui bonæ fidei sunt, vt rursum inferant, prodici ergo debere ad eos etiam qui sunt stricti iuris, adeóque ad transactiones, quasi & ij quoque contractus qui stricti iuris sunt contractuum bonæ fidei iure censeantur, quomodo Imbertus in enchiridio, inepte proculdubio & insulsè argumentatur. Totam enim iurisprudentiam peruertì necesse est, aut differentiam quæ olim fuit inter iudicia bonæ fidei & stricti iuris, adhuc superesse.

ERROR II.

De exceptionibus & replicationibus doli quæ bonæ fidei iudicium facere, aut bonæ fidei iudiciis inesse creduntur.

SVMMARIA.

1 *Error pragmaticorum & interpretum Iuris putantium exceptionem doli oppositam facere iudicium bonæ fidei quod antea fuerat strictum: item replicationes doli bonæ fidei iudiciis inesse.*

2 *Verùmque*

2 *Vtriusque erroris reiectio & confutatio remissiuè.*

REfutato pragmaticorum errore illo tã craſſo,quo defendunt eſſe hodie bonæ fidei contractus omnes, alius nobis refellẽdus nunc eſt, proximè accedens ad ſuperiorem, ſed tamen tantò dignior animaduerſione noſtra,quantò ſubtilior eſt,nec pragmaticis tantùm,ſed doctiſſimis etiam pleriſque viris acceptior. Putant † enim
1 exceptionem doli oppoſitam facere iudicium bonæ fidei,quod antea fuerit ſtrictũ ex *l.Seia* 42. *D.de don.cauſ. mor.* Itémque replicationes doli,quòd exceptiones ſint bonæ fidei iudiciis ineſſe,ſicut & cæteras doli exceptiones ex *l. aduerſ.*3.*C.de except.* Quod vtrumque placet *Iacobo Cuiacio lib.* 3. *obſerv. cap.* 17. & *lib.* 8. *cap.* 6.
2 Nos contra defendimus † fieri nullo modo poſſe vt exceptio doli oppoſita faciat iudicium bonæ fidei quod prius fuit ſtricti iuris,aut vt replicationes doli inſint bonæ fidei iudiciis, quomodo inſunt exceptiones Vtrumque multis magniſque rationibus, quas non tam latè & diligenter explicauimus *lib.* 14. *Coniect. cap.* 18.& 19. vt hic repetere nihil ſit neceſſe. Locum indicaſſe ſufficiat, vnde haurire poſſint iuris ſtudioſi,quibus operam nauamus, non ſolum quid alij ſentiant, ſed etiam quid ſentiendum nobis videatur. Eſt enim tractatus hic ex apicibus iuris, in quo nihil pragmaticos vidiſſe, minùs ideò mirandum eſt.

ERROR III.

De actione de dolo,quæ bonæ fidei iudiciis ineſſe dicitur.

SVMMARIA.

1 *Actio de dolo omnibus bonæ fidei iudiciis ineſt.*
2 *Quoties actio de dolo exerceri poteſt,non ſequitur bona fidei iudicio locum eſſe.*
3 *Vulgò malè creditur actionem de dolo competere non poſſe quoties alia actio competere poteſt.*
4 *Vera ſententia l.* 1. *C. de dolo aduerſus Accurſium & Cuiacium defenſa.*
5 *Explicatur l.ſi ſeruus,* 11. *D.de euiction.*
6 *Quomodo accipiendum illud, tum maximè ex empto teneri venditorem,cum eius dolus interceſſit.*
7 *Quando iudicium bonæ fidei poſſit eſſe pro actione de dolo.*
8 *Quid deceperit Cuiacium & alios in interpretatione l.*1.*C.de dol.*
9 *Quando actionem de dolo polliceatur prætor, ſi alia actio non ſit.*
10 *In omnibus actionibus directis in quibus agitur de fide rupta etiam in litem iuratur.*
11 *Cur in ſpecie l.*1.*C.de dol.detur actio de dolo.*

DE exceptionibus & replicationibus doli diximus quæ bonæ fidei iudiciis ineſſe exiſtimantur. Dicendum nunc aliquid eſt de actione *de Dolo.* Nam & hæc bonæ fi-
1 dei † iudicijs omnibus ineſſe creditur, & verum eſt : vt ex eo apparet, quòd illo etiam caſu quo ceſſat actio *De dolo*,& competit ſubſidiaria in factum temperanda propter honorem eius contra quem agitur, ſic concipienda eſt actio vt bonæ fidei mentio fiat, *l. non debet* 11. *in fin. D.de dolo.* Sed tamen quomodo id accipiendum
2 ſit non omnes intelligunt. Nam ſi quis putet † poſſe iudicio bonæ fidei locum eſſe quoties actioni de dolo locus eſſe poſſet, is proculdubio errauerit. Fieri enim facilè poteſt vt iudicium bonæ fidei nullum ſuperſit,& tamen ob dolum in bonæ fidei contractu admiſſum de dolo agi oporteat. Vt puta ſi contractui iam ſatisfactum ſi ex vtraque parte:& tamen dolus alterutrius contrahentium in contrahendo interuenerit. Finge dolo malo Titij perſuaſum te,non vt ei fundum venderes,ſed vt viliſſimo pretio venderes, nec tantùm venditionem ſubſecutam eſſe,ſed etiam traditionem ex parte tua,pretij verò ſolutionem ex parte Titij;non poteſt actio venditi ſufficere,imò nec tibi competere ad reſcindendam venditionem, ſed neceſſaria in integrum reſtitutio ex capite De *dolo*, quæ ipſa nihil aliud quàm prætoria de dolo actio eſt *l. dolus* 10.*C. de reſc. vendit.* Quid ergo? Quandiu ſuper eſt iudicium bonæ fidei quod exerceri poſſit, neque actio de dolo, neque vllam in integrum reſtitutio neceſſaria eſt,ſed ſufficit actio ex bonæ fidei cõtractu ad dolum vindicandum, qui ſenſus eſt *l.ſi dolo* 5. *l.ſi voluntate* 8.*C.eod.*& eorũ quæ nos ſcripſimus *Decade ſuperiore in errorem primum.* Exuncto verò iudicio quod ſit cum ex vtraque parte contractui ſatisfactum eſt, noa alia ratio ſupereſt doli vindicandi quàm ſi actio de dolo proponatur. Alioqui dicendum eſſet nullo caſu cõpetituram in integrum reſtitutionem ex capite doli vel metus aduerſus bonæ fidei contractum, quod tamen apertiſſimè falſum eſt,& pleriſque legibus quę ſunt ſub titulis *De eo quod met.cauſ.*& *De dolo D.*& *C.* ex diametro contrarium. Rurſus ſi quis dicat quod ab omnibus dici audio, actionem de dolo † competere non poſſe quoties actio alia,præſertim quæ bonæ fidei ſit,competere poteſt,is certè meo iudicio malè ſenſerit. Obſtabit enim per quàm euidenter *lex prima C.de dolo.* in cuius ſpecie,id eſt,cùm fideiuſſor à creditore pignora emit,& oblata quantitate ſortis & vſurarum dominiũ cum fructibus reſtituere recuſauit,nemo dubitat quin mandati actio quæ bonæ fidei eſt,cõtra ipſum in eam rẽ competat. *l.ſi mandato* 59.§.1. *D.mandat.* Ertamen quia fidem rũpit debitori prò quo ſoluit,& cuius nomine pignora ſibi reddi,non vendi curare debuerat, poſſe contra eum agi de dolo,ſcriptum eſt in *d.l.*1. *Cod.de dolo.* Quam legem † etſi ſcio à *Ioanne Azone*, & *Accurſio*, quos *Iacobus Cuiacius* ſecutus eſt *li.*3.*obſer.c.*37. acceptam eſſe de
4 actione mandati quæ propter dolum competat, mihi tamen durius id videtur quàm vt poſſit admitti. Nam vt prætermittam rationem illam quæ ex rubrica ipſa ſumi poteſt, quia negat *Cuiacius* ſub eo titulo collocari debuiſſe,quis obſecro vnquam dixit actionem De dolo pro actione mandati quæ ob dolum competat? Nam & ſi dolus nullus intercedat,mandati plerunque agi poteſt,propriúmque ius eſt depoſitarij vt non niſi ex dolo conueniri poſſit. Deinde cùm legis ratio ſic concepta ſit *ne fidei rupta gratia poſſit de dolo actio exerceri*,ſi verba illa *de dolo* intelligas quomodo illi intelligunt *doli nomine*, An non perinde inſulſa fuerit ratio ac ſi ſcriptum eſſet *ne fidei rupta gratia doli nomine poſſit actio exerceri* ? Nã quid aliud ſignificant verba illa *fidei rupta gratia* niſi hoc ipſum *doli nomine*,niſi fortè quis putat perfidiam (ſic enim appellat Vlpianus in *l.furti* 6.§.*fit.de his qui notãt. infam.*)poſſe eſſe ſine dolo? Nec ſimile eſt quod *Cuiacius* adducit ex *l.ſi ſeruus* 11.*de euict.* quaſi eo loco Vlpianus cùm ſcripſit *de dolo agi poterit ſi dolus interceſſerit*, de actione ex empto ſenſerit quæ danda ſit ratione doli. Etſi enim admitterẽ,quod nego poſſe eo ſenſu donari Vlpianũ,tamen conſequens non eſſet eandem interpretationẽ Imperatoribus conuenire. Nihil enim erat apud Vlpianum ex quo poſſet colligi venditorem doli nomine teneri debere,itaque nihil in ea interpretatione inſulſi eſt, aut incommodi,ſi ea verba *de dolo* interpretemur *ob dolum.* Sed nego ſic Vlpianum † intelligi poſſe. Nam ſi ſer-
5 uus venditus traditus ſit emptori,& deceſſerit antequam euinceretur, puto non ſolùm ſtipulationem duplæ non committi,vt apertè Vlpianus ſcribit, quia nemo eum euincit,ſed fatum humanæ ſortis,at neque ex empto teneri quamuis dolo malo, id eſt, ſciens alienum vendiderit.

vendiderit. Nihil enim ob eam cauſſam abeſt emptori, cùm etſi ſeruus ille venditoris fuiſſet, perinde deceſſiſſet. Scio non eſſe nouum vt deficiente
6 actione ex ſtipulatu duplæ, agi poſſit ex empto, quia hæc plenior eſt, nec certas vllas habet conditiones *l. non tamen 24. l. ſi ei cui 41. in princip. & §. 1. D. eod.* neque rurſum ignoto † tum maximè cùm dolus venditoris interceſſit, ex empto eum teneri *l. ex empto 11. & paſſ. D. de action. empt.* ſecundum id quod iam diximus actionem de nolo bonæ fidei iudicius ineſſe: ſed dico tum id fieri cùm aut res nondum tradita, aut cùm poſt traditionẽ euicta eſt, aut cũ ex alia cauſſa emptor rem habere videtur, puta quòd litis æſtimationem exſoluerit, aut ex legati cauſſa, alio denique quàm emptionis iure rem habere cœperit, ne etiam cùm res fato ſuo periit poſt traditionem ante euictionem. Nihil enim tum ſpereſt propter quod iudicium ex empto ſupereſſe debere videatur. Sed tamen quia æquum non eſt impunitum manere dolum venditoris, qui ſciens & decipiendi emptoris gratia ſeruum alienum vendidit, nulla ratio eſt cur non de dolo teneatur. Et hoc etiam conuenit ei quod
7 modò dicebamus, non ſemper iudicium † bonæ fidei poſſe eſſe pro actione de dolo, ſed tum duntaxat cùm aliquid ſupereſt præſtandum ex contractu, propter quod iudicium bonæ fidei exerceri adhuc poſſit. Vnum eſt
8 quod & veteres, & recentiores interpretes † omnes fefellit, vt in *d.l. 1. C. de dolo* non putauerint dari poſſe actionem de dolo. id nimirum quod in *l. ſeq. ſcriptum eſt, De dolo* actionem ita demum permitti cauſa cognita, ſi alia actio non ſit. Nam cùm in propoſita ſpecie dubitari non poſſit quin mandati actio competat, vt Paulus ſcripſit in *d. l. ſi mandatu 59. § 1. D. mandat.* conſequens omnino videtur actionem de dolo concedi nullo modo debere. Sed inueſtigare & animaduertere debuerunt qua
9 ratione factum ſit à prætore, vt hanc † de dolo actionem ita polliceatur ſi alia actio non ſit, rationem Vlpianus docet in *l. 1. §. ait prator D. eod. quoniam*, inquit, *famoſa actio non temere debuit à pratore decerni ſi ſit ciuilis vel honoraria, qua actor poſſit experiri.* Ergo ſi alia quàm quæ de dolo actio competit æquè ſit famoſa, nihil cauſſæ eſt cur non æquè facilè prætor actionem de dolo concedere debeat, cùm non magis eius qui conuenitur, quàm actoris intereſſit hoc caſu vtra actio proponatur. Atqui actio mandati directa quæ debitori competit aduerſus fideiuſſorem, perinde atque actio ipſa de dolo infamiam irrogat condemnato *l. 1. l. furti 7. §. mandati. D. de his qui notant. infam.* quoniam in directa actione mandati, & aliis huiuſmodi bonæ fidei actionibus directis agitur de fide rupta *l. ei apud quem 5. in princip. D. depoſit. l. ad comparandas 16. Cod. mandat.* id eſt, vt idem Vlpianus loquitur in *d. l. ſi furti §. vltim. de perfidia.* quæ nihil niſi inſignis dolus eſt. Non quidem in omnibus vt *Cuiacius* ſentire videtur, ſed in iis tantùm actionibus quas Prætor expreſſit verbis edicti. *De his qui notant. infam.* id eſt Pro ſocio, tutelæ, mandati, depoſiti *l. 1. D. eod. tit.* Quamquam enim etiam is qui vendidit, nec rem tradit, fidem rumpere dicitur in *l. non videbitur 35. D. ſtatulib.* dici tamen non poteſt contra eum agi de fide rupta, ex empto, nec ſimiliter ex vendito contra emptorem qui in ſoluendo pretio rei venditæ & traditæ moram facit. Ob idque nec in his actionibus empti & venditi iuratur in litem, vt probauimus *lib. 6. Conſect. iur. ciuil. cap. 17.* cum tamen in actionibus † omnibus
10 directis in quibus agitur de fide rupta etiam in litem iuretur, quemadmodum non obſcurè Vlp. tractat in *d. l. ei apud quem.* Directas enim hic intelligimus ad differentiam contrariarum, in quibus nec de fide rupta agitur, nec conſequenter de irroganda infamia, ſed tantùm de calculo, vt ait *d. l. furti §. vltim. & l. Sabinus 29. D. de dolo.* Etſi non ex directis omnibus irrogatur infamia, licèt in omnibus agatur de fide rupta & ideò iuretur etiam in litem, vt puta in directa commodati, & pignoratitia, & aliis ſi quæ ſunt ſimiles, quatuor enim illæ, quas prætor expreſſit, habent neſcio quid eminentioris perfidiæ ex parte eius qui fidem rumpit. Actiones autem venditi & empti ſunt æquè directæ, neutra contraria: igitur vt ad mandati † actionem de qua agimus, redea- 11
mus, cùm ſit illa ex eorum numero quæ infamant, non poteſt dici cur debeat impedire actionem de dolo aduerſus eum qui non modò dolosè, ſed etiam perfidè egit. Tantóque minus habet fideiuſſor quod conqueratur in ſpecie *d. l. 1. C. de dolo*, quòd lex non potuit dare rectam rationem de dolo contra fideiuſſorem, ſed tum demum cùm interpellatus vt accepta ſorte cum vſuris fundum cum fructibus redderet, recuſauit. Quo caſu ſanè apertior & odioſior dolus eſt, omnimodo per actionem famoſam, quæcumque tandem illa ſit, vendicandus, quia fideiuſſor in omni contractu qui ex cauſſa fideiuſſionis pendeat, bonam fidem præſtare debet *d. l. ſi mandatu 59. §. 1. mandat.* Non enim extranei emptoris loco ſubſtitutus videtur, ſed eius qui pignora accepit, vt ſcriptum eſt in *l. Paulus reſpondit 59. D. de fideiuſſ.* De quo tamen ſequenti capite paullò latiùs nobis diſſerendum eſt. Conſequenter nõ fuit cur Triboniano ſuccenſere Cuiacius debuerit, quòd ea lex prima poſita ſit ſub titulo De dolo, quali debuerit potius collocari ſub titulo mandati, ad quam ſane nihil pertinet cùm debitor aduerſus fideiuſſorem mauult agere De dolo quàm mandati.

ERROR IV.

De fideiuſſore qui pignora debitoris emit à creditore.

SVMMARIA.

1 *Species l. 1. C. de dol.*
2 *Ratio d. l.*
3 *Conciliatio d. l. 1. Cod. de dol. & l. ſi mandatu. 59. §. 1. D. mandat. cum l. cùm ſecundus. 5. §. 1. D. de diſtract pign.*
4 *Emendatio d. l. 1. C. de dol.*
5 *In ſpecie d. l. 1. condemnandum eſſe fideiuſſorem ſine iudicio mandati, ſine actione de dolo, vt fructu, omnes quos percipit reſtituat ſimul cum fundo vicißimque pretium à ſe datum cum vſuris conſequatur.*
6 *Diſtinctio quam ex Molinæo adhibent pragmatici ſpecie propoſita.*
7 *Ratiocinationis Molinæi & diſtinctionis pragmaticorum refutatio.*

POſtulat vtilitas huius quæſtionis vt à nobis tota res diligentiùs exponatur, præſertim verò quia pertinet ad interpretationem legis primæ *C. de dolo*, de qua proximo capite dicere cœpimus. Verba † le- 1
gis hæc ſunt, *ſi fideiuſſor à creditore pignora emerit, oblata quantitate ſortis & vſurarum, tibi dominium cum fructibus quos bona fide percepit, conſulti iuris reſtituet, ne fidei rupte gratia de dolo poſſit actio exerceri.* Eadem ſpecies eſt quam Paulus tractat in *l. ſi mandatu 59. §. 1. D. mandat.* Idémque ius niſi quòd mandati actionem Paulus dat contra fideiuſſorem, Imperatores verò de dolo. Sed ſunt hæc contraria, quoniam in debitoris eiuſdémque actoris electione & arbitrio eſt vtra malit experiri, cùm vtraque ſit eiuſdem poteſtatis, eundémque effectum habeat, etiam quod ad infamiam irrogandam: vt in ſuperioribus diſputauimus. Vtriuſque verò loci ratio † ex 2
eodem Paulo traditur *l. Paulus reſpondit 59. De fideiuſſ.* quia fideiuſſor in quem pignora debitoris tranſlata

ſunt,

sunt, siue à confideiussoribus, siue à creditore non emptoris ex tranei loco substitutus videri debet, sed eius qui pignora accepit, ideóq; inquit, ratione habeti oportet, & fructuum & vsurarum, ita scilicet vt condemnetur fideiussor debitori ad fructus omnes à se perceptos restituendos, vicissim verò debitor gdeiussori ad præstandas vsuras pecuniæ quam is pro liberandis pignoribus
3 impendit. Nec est contrarium † quod Marcianus scribit in *l. cum secundus* 5. §. 1. *D. de distract. pignor.* fideiussorem hoc casu pignora iure emptionis tenuisse videri. Nam cùm re vera emerit, negari non potest quin tenuerit iure emptionis, sed tamen quia emit contra bonam fidem, non alio quàm malæ fidei emptionis iure censeri potest si emptionem obiicere velit debitori. Ideóque lex ne quicquam ab eo mala fide gestum suspicetur, mauult de eo sic sentire quasi pignora emerit liberandorum duntaxat eorum gratia, non etiam sui negotij gerendi caussa, ac proinde eo animo, vt in creditoris duntaxat, aut confideiussorum iura succederet, non vt sibi quicquã iuris proprij aduersus debitorem compararet. Alioqui non posse huiusmodi emptionem fieri bona fide, Paulus disertè docet in *d. l. si mandatu.* §. 1. vbi postea quã respondit fideiussorem hunc pignora cum fructibus restituere cogendum neque extraneo emptori similem habendum esse, rationem statim reddit *cum in omni contractu bonam fidem præstare debeat.* In omni, scilicet contractu qui ex caussa fideiussionis pendeat, in ea siquidem fideiussor est veluti procurator debitoris, nec proinde ex re debitoris lucrum vllum captare debet occasione susceptí mandati, siue ratione fructuum, siue alia in re *l. idémque* 10. §. *idem Labeo ait. D. mandat.* Atqui contractus hic emptionis quo de agimus, pendet ex caussa fideiussionis, Potuit enim fideiussor vrgeri ad solutionem debiti pro debitore, non alio vtique iure quàm quia fideiusserat: solutione autem facta non solùm liberatus fuit debitor, sed etiam per consequentias, pignora quæ proinde curare debuerat fideiussor sibi reddi, non vendi, mox contraria mandati actione totum debitum cum vsuris, & legitimis accessionibus à debitore repeti-
4 turus. Hæc cùm ita sint, miror non fuisse animaduersum mendum † quòd est in *d. l. C. de dolo* in illis verbis *cum fructibus quos bona fide percepit*, in quibus manifestum est deesse negationem, legendúmque *quos non bona fide percepit.* quòd & sequens eiusdem legis ratio euidentiùs indicat *ne fidei rupta gratia de dolo possit actio exerceri*, Quis enim bona fide perceptos fructus dicat qui percepti sint rupta fide, & quos restitui oporteat per actionem de dolo? Nam quòd eos percepit titulo emptionis, facere non potest, vt bona fide percepisse videatur, cùm ob hoc ipsum quod emit rem debitoris, cuius erat in rea ipsa re procurator, per fidè egerit & malam fidem pro bona præstiterit. Etsi non inficior posse fieri beneficio & iure restitutionis in integrum, vt eos quoque fructus qui bona fide percepti sunt cùm re ipsa restitui sit necesse, quia bona fides inducit duntaxat ius acquirendorum fructuum. non etiam retinendorum, vt à nobis disputatum est *lib. 3. Coniectur. iur. ciuil. cap. 17.* Sed nego posse id contingere in ea restitutione quæ conceditur ex capite edicti De dolo, quia cùm non detur nisi contra eum ipsum qui dolum admisit, fieri certè non potest, vt qui de dolo malo rem nactus est, videri debeat possessor bonæ fidei quod ad fructus. Possessorem enim bonæ fidei cùm dicimus, non fructuum, sed ipsius fundi ex quo fructus percipiuntur possessorem
5 significamus. Vtcunque sit, apparet in ea specie † quam nos tractamus condemnandum esse fideiussorem siue iudicio mandati, siue actione de dolo, vt fructus omnes quos percepit restituat simul cum fundo, vicissimque pretium à se datum cum vsuris consequatur. Et tamen non possunt pragmatici sibi persuadere tam facilè & in-
6 distinctè id esse recipiendum. Distinguunt † enim, an debitum à fideiussore persolutum simplex fuerit an vsurarium: & quod lex ait fructus esse restituendos, non aliter admittunt, quàm si simplex debitum fuerit, non etiam si vsurarium. Eiúsque distinctionis autorem laudant *Carolum Molineum* virum sanè magno ingenio, nec ad iurisprudentiam malè natum, si opiniones suas ex iuris ratione, non iuris rationem prudentúmque sententias ex opinione sua æstimare didicisset. Is in libroillo quem de vsuris conscripsit, primus quod sciam, docuit distinctionem hanc inter debitum, quod vocat simplex & vsurarium, nec dubitat quin fideiussor suos fructus facere debeat quos percepit ex re pignorata: quasi id fiat nullo incommodo &. damno debitoris, qui æque fructus illos amissurus erat si à creditore percepti fuissent. Mouetur autem ex eo præcipuè quòd quamuis lex neget habendum eum loco extranei emptoris, fatetur tamen succedere ipsum in ius creditoris. Quod si ita est, consequens videtur, vt quemadmodum creditor eos fructus in vicem vsurarum lucrifecisset (debitum enim vsurarium intelligit cuius nomine contracta fuerit antichresis, de quo leq. cap. dicemus.) ita & fideiussor qui creditori soluit & in eius iura successit, lucrari eos debeat. Quæ ratiocinatio, † nisi me fallo, subdola & in- 7
congrua est. Nam quod prudentibus placet fideiussorem nunc in locum creditoris potiùs quàm extranei emptoris substitutum videri, eò tantùm pertinet vt fideiussori offerri possit, quemadmodum creditori offerri posset si possideret, non item extraneo emptori. Cæterùm non vsque adeo in ius & locum creditoris successisse credendus est, vt fructuum lucrum separare possit, quod habuisset creditor si pignora retinuisset. Neque. n. id fieri posset ex bona fide, quæ scilicet non patitur vt lucretur quicquam fideiussor ex re debitoris ob mandatum à se susceptum, quippe quod gratuitum fuit, vt esse debuit. Itaque non potest esse bona collectio à creditore fœneratitio ad fideiussorem liberaliter amici & procuratoris officium exequentem. Nam ex contrario quantumcunque simplex debitum fuerit, id est etiamsi ponas expressim conuenisse inter debitorem & creditorem, vt neque vsuras vllas creditor petere, neque fructus pignoris in vicem vsurarum retinere posset, tamen constat fideiussori vsuras deberi eius pecuniæ quã pro debitore soluerit creditori, nec alioqui in damno moretur, cum ex tempore solutionis pecunia illa ei absit ex caussa mãdati & æquitas iudicij bonæ fidei postulet vt vsurarũ rationem ex parte eius cui pecunia debetur, omnimodo haberi oporteat. Sicut igitur in eo melioris conditionis est fideiussor quàm creditor, in cuius locum fideiussor successit, ita & deterioris in eo esse debet quod fructus nullos ex re debitoris sibi acquirere potest, ne eos quidem quos creditor sibi fuerat acquisiturus. Eadem enim fructuum & vsurarum ratio ferè semper constituitur in omnibus bonæ fidei iudiciis *l. vsuræ* 34. *D. de vsur.* præsertim verò in iudicio mandati *d. l. idémque* 10. §. *idem Labeo. D. mandat. d. l. Paulus respondit.* 59. *D. de fideiuss.* & quemadmodum indemnem fideiussorem debitor præstare cogitur, non solùm ratione sortis, sed etiam vsurarum licèt debitum simplex fuerit, vt & Molineus ipse fatetur, ita vicissim fideiussor indemnem debeat præstare debitorem non tantùm pignorum nomine quæ redemit à creditore aut à confideiussoribus, sed etiam ratione fructuum quos ipse ex pignoribus redemptis percepit. Quod vtrumque apertissimè expressum est in *d. l.* 1. *C. de dolo*, aliisque in prædictis quæ volunt offerendum esse debitum fideiussori cum vsuris, & retrò pignora debitori cum fructibus, nulla distinctione adhibita simplexne an vsurarium debitum fuerit. Sed & in eo Molineus labitur quòd simplex dubitum intelligit cuius nomine antichersis expressim contracta non est, nec animaduertit tacitè contractam eam intelligi tum etiam cùm gratuita pecunia foit, si modo pignora data sint ex quibus percipi fructus potuerint, nec in contrariũ conuentum sit, vt ex iis fructibus ad legitimum vsque modum

vsura

retinere creditor posset. Potest enim creditor eo casu fructus retinere non quidem omnes, sed ad eum saltem modum quem legitimæ vsuræ patiuntur, quasi antichresi tacitè contracta *l.cum debitor* 8. *D. in quib. caus. pig.vel hypot.tacit.contr.* Quod ipsum tamen quia obscurius est, & à pragmaticorum quoque sensu alienum, quale & cuiusmodi sit paullò infrà sequenti capite tractandum est.

ERROR V.

De antichresi tacita, & fructibus pignoris in sortem imputandis.

SVMMARIA.

1 *Cùm debitor gratuita pecunia vtitur, potest creditor ex fructibus pignoris sibi dati ad legitimum vsque modum vsuras retinere.*
3 *Dubium quod occurrit in superiori enuntiato iuris.*
3 *ἀντίχρησις quid, vbi Bartoli supinus error.*
4 *L.cum debitor 8. D. in quib. caus. pign. vel hypo. emendatio ab Hotomanno allata reiicitur.*
5 *D.l.8. interpretatio Cuiaciana.*
6 *Gratuita pecunia duobus modis dicitur Cuiacio.*
7 *Differentia Cuiaciana inter antichresin tacitam & expressam.*
8 *Differentiæ ratio.*
9 *An valeat antichresis expressa quæ facta est in fraudem vsurarum.*
10 *Fructus qui expressa antichresi constituta percipiuntur à creditore ex pignore non percipi tanquam vsuras, sed in vicem & locum vsurarum.*
11 *Sententia l.si ea pactione. 14. C. de vsuris.*
12 *Antichresis facit vt neque gratuita, neque vsuraria pecunia dici queat.*
13 *In quibus locationibus mercedis remissio indulgeatur, aut non indulgeatur.*
14 *Locatio quæ per antichresin contracta intelligitur vt ab aliis differat.*
15 *Quò quisq; est prudentior, eò minoris spē æstimare solet.*
16 *Corrigitur indistincta Cuiacy locutio Antichresin expressam non seruare iustum modum vsurarum.*
17 *Error pragmaticorum antichresim tacitam nullam agnoscentium.*
18 *Locationem prædij siue rustici siue vrbani rescindi non posse ex caussa quantumlibet immodica lesionis.*

1 CVm debitor † gratuita pecunia vtitur, potest creditor ex fructibus pignoris sibi dati ad legitimum vsque modum vsuras retinere, inquit *lex cùm debitor* 8. *D. in quib. caus. pignor. vel hypothec. tacit. contr.* In qua tamen illud mi-
2 rum † nec facilis explicationis esse videtur, quod ponit pecuniam gratuitam esse, nec eo minùs tamen facultatem creditori dat fructuum retinendorum vsque ad finem legitimarum vsurarum. Nam si pecunia gratuita est, vsuræ nullæ debentur: nec proinde fructus vlli aut percipi aut retineri possunt in vicem vsurarum, & consequenter imputandi videntur in sortem, vt eam extenuent. Illud etiam auget dubitationem, quòd cùm inter
3 † debitorem & creditorem conuenit vt pignoris fructus cedant lucro creditoris loco vsurarum, nec in sortem imputetur, speciale id contractus genus est, quod prudentes nostri Græco vocabulo *ἀντίχρησιν* appellant, de qua in *l.si is qui* 11. §. *si antichresis D. de pignor.* vbi suauiter & facetè Bartolus post Accursium idiomatis Græci ignorantione antiphonam pro antichresi legit, & nescio quid de duplici decreto commentus, quid antiphona sit ex psalmorum primordiis interpretatur. Conuentionem igitur interuenire necesse est vt antichresis contracta videatur, alioqui nihil distaret species à genere si vbicumque datum pignus esset, antichresis quoque contracta dici posset. Ieaque propter has rationes putarunt plerique corruptum esse Pauli contextum, & inter cæteros † *Franciscus Hotomanus* quo in legibus interpretandis & emendandis *non infelicior alter*, ausus est affirma- 4
re in obseruationum suarum libris deesse negationē in primis verbis eaque addita legendum *cum debitor non gratuita pecunia vtatur*. Iacobus Cuiacius † cuius eru- 5
ditioni difficiliorum iuris locorum interpretationes plenasque certissimas debemus multò feliciùs suo more & præclariùs obseruauit *lib. 8. obseruat. capit.* 17. longè aliam & elegantiorem esse loci illius sententiam quàm anteà crederetur, sumptáque coniectura ex titulo sub quo lex collocata est, primus animaduertit tractari ea lege de antichresi tacita quæ haud dubiè inter debitorem & creditorem contracta intelligitur, quoties pro debito tale pignus datur ex quo fructus aliquis percipi possit, etiamsi nihil de vsuris præstandis aut de fructibus in vicem vsurarum percipiendis conuenit. Nam, vt ille ait, gratuita † pecunia dicitur non illa solùm de qua con- 6
uenit vt gratuita esset, sed illa etiam de qua non conuenit vt sit sub vsuris, licèt debitor quasi *ἀντίδωρα* obligatus, pignus tradendo, tacitè consentiat, vt inuicem vsurarum creditor fructus percipiat. An igitur nihil interet vtrum pignus simpliciter detur, an antichresis contrahatur? Imò quàm maximè interet, quoniam, in quit *Cuiacius*, antichresis † tacita seruat legitimum modum vsurarum, expressa non seruat. Nam si fundus mihi in 7
antichresim datus sit, licet ex eius fructibus percepero longè plus quàm ferat legitimus modus vsurarum, nihil tamen restituere debebo: quia sic conuentum fuit *l. si ea pactione* 14. *C. de vsur.* Sed si antichresis contracta non esset, eatenus tantùm retinere possem, quatenus per legitimas vsuras liceret, reliquum omnino restitui oporteret. Et diuersitatis † ratio quam *Cuiacius* non 8
reddit, illa satis euidens est, quòd creditor qui ex debitoris voluntate & conuentione expressa fructus sibi percipit, ius habeat quæsitum sibi ex proprio contractu, nec aliter fuerit contracturus. Nec enim est, quod ei inuideat debitor si plures sint fructus quàm vsuræ legitimæ, quando etsi minus aut nihil ex fructibus prouenisset, nihil tamen aliud pro vsuris petere creditor posset, qui tamen alioqui gratuitam pecuniam non erat creditурus. At cùm nulla conuentio præcedit, sicut non habet debitor quod conqueratur, creditore ad legitimum vsque modum vsurarum fructus pignoris retinente, quia tacitam suam voluntatem in id accommodasse creditur, cùm si alio erat animo, protestari debuerat nolle se ex pignoris sui fructibus quicquam sibi decedere. Ita æqui bonique consulere debet creditor, si in locum vsurarum pecuniæ quam gratuitam esse volebat, permittatur sibi retinere ex fructibus quantum satis est ad legitimas vsuras complendas, sibique imputare debet si ampliores fructus consequi volebat, cur non meliùs sibi prospexerit per antichresim expressam. Ergóne, inquies valebit antichresis † expressa quæ facta sit in fraudem vsura- 9
rum? Nam si non seruat illa modum legitimum vsurarū, consequens videtur, vt in earum etiam fraudem facilè fiat, in eóq; solo à tacita antichresi differt. Hic verò nodus est quem dissoluere vir doctissimus debuit, nec dissoluit. Dicendum est fructus † qui expressa antichresi consti- 10
tuta percipiuntur à creditore ex pignore, non percipi tāquam vsuras, sed, quod est longè dissimile in vicē & locum vsurarum. Si perciperentur tanquam vsuræ, nulla ratione fieri posset vt excederent legitimum modum: ne alioqui facile esset huiusmodi commento fraudem facere legi & constitutionibus, quæ vsuris certum modum præstituerunt. Sed quia percipiuntur loco vsurarum, & tanquam fructus, & quidem incerti, siue euentum spectes, siue æstimationem, nihil fit contra leges, etiamsi longè plus sit quod ex fructibus redigitur,

quàm sint legitimæ vsuræ, quia potuit & minus esse, & interdum etiam fortalle nihil. Eáque & euentus & æstimationis fructuum incertitudo tollit omnem fraudis suspicionem, sicut & pleraque alia extorquet inuita etiam, vt ita dixerim, iuris ratione, quale illud est inter cætera quod frumenti vel hordei vel olei mutuò dati accessiones etiam ex nudo pacto præstandæ sunt quæ in pecunia non nisi ex stipulatione præstantur *leg. frumenti* 10. *lege. oleo vigesima tertia. iunct. lege tertia, Cod.* 11 *de vsur.* Idque nimirum est quod ait † *dicta lex si ea pactione* 14. *Codice eodem*, hoc casu quo expressa antichresis cont acta est domo pignori data, ex cuius locatione potuerit creditor, si eam alij locasset, multò plus redigere quàm vsurarum iustus modus patiatur, nihil tamen debere creditorem restituere aut in sortem imputare, quia non tam illicitum fœnus contractum, quàm vilius facta locatio videatur. Sensus est, antichresim pignus quidem esse, sed non vsurarium, vt vulgò putant, at quòd potiùs in aliud contractus genus transeat, locationi simillimum, quasi in eo fundo qui pignori datus fuit locato creditori, & quidem viliori mercede ad fructus ex eo percipiendos & lucrifaciendos non vsurarum iure, vt diximus, sed ob id duntaxat quod non aliter fuerit creditor gratuitam pecuniam & sine vsuris 12 daturus. Antichresis † facit vt neque gratuita dici possit pecunia, neque rursum vsuraria, sed medio quodam nomine, non gratuita, quæ tamen fieri potest vt nullum commodum adferat creditori si fortè fructus omnes grandine percussi, aut per lasciuiam prætereuntis exercitus ablati, alióve quo casu & vi maiore amissi proponantur. 13 Neque enim locatio † hæc similis est cæteris, in quibus ob has causas aliásve similes remissio mercedis iustè postulatur. Habent enim cæteræ mercedem certam, eámque ex fructuum qui sperari posse videntur, comparatione constitutam, vt proinde mirum non sit si pro damno quod fructibus immodicum contingit, 14 remissio indulgeatur. Hæc verò quæ per antichresim † contracta intelligitur, certam mercedem nullam habet, neque fit ex comparatione aut fructuum percipiendorum, aut vsurarum quæ pro pecunia deberi possent, sed illa tantùm ratione quòd creditor tanti æstimauerit pecunia sua carere, quanti esset illud quod ex incerto fructuum euentu redigi posset. Denique spes ipsa hoc casu æstimatur, quæ tamen nullam ex se habet certam æstimationem, sed eam demum quam quisque pro ar- 15 bitrio constituerit. Quò autem prudentior † quisque est, eò minoris spem æstimare solet, Stultorum enim est sperata pro præsentibus & exploratis habere. Prudentibus verò spes plerumque nihil aliud est, quàm paullò plus quàm nihil. Quæ quanquam ita sunt, vi- 16 derint tamen mihi *Iacobus Cuiacius* † nimis generaliter & indistinctè locutus, cùm dixit antichresim expressam non seruare instum modum vsurarum. Nam imò verò fieri potest vt seruare debeat, scilicet si fructuum æstimatio certa sit & taxata, siue taxatio illa mutua debitoris & creditoris conuentione facta fuerit, siue per locationem ab eodem creditore alij factam. Cùm enim sola incertitudinis ratio conuentionem hanc tueatur, ne quicquam in fraudem vsurarum & constitutionum excogitatum dici possit, planè consentaneum est, vt si quo modo creditor certum sibi redditum ex fructibus comparet, offendat in legem quatenus is redditus legitimas vsuras superabit, Quod tam apertè expressum est in *d. l. si ea pactione.* 14. *Cod. de vsur.* vt nullus dubitationi locus relinquatur. Si enim fundus creditori datus pignori in antichresim ab eo subinde alij locatus sit, licèt antichresis expressa fuerit, vsque adeò tamen seruabit modum vsurarum, vt quod suprà eum modum creditor ex sua locatione exegerit debitoris sui lucro debeat imputare. Quod secus esset si ille ipso eo fundo, ita vti conuenerat, per se non per alium vsus fuisset. Quamquam hoc ipsum ita accipiendum esse puto si iusta fuerit merces illa quam creditor ex locatione est consecutus. Nam si ex stultitia conductoris plus perceperit quàm iustæ mercedis ratio ferebat, vix est vt debitori prodesse debeat quod ex alterius quàm ex debitoris damno & incommodo ad creditorem peruenit. Ex his verò apparet † quàm egregiè pragmatici fal- 17 lantur qui antichresim tacitam nullam agnoscentes, existimant cogendum esse creditorem, vt fructus omnes quoscunque ex pignore percepit, imputet sibi in sortem, licèt non excedat legitimum modum vsurarum: quod apertè pugnat cum *dicta lege, cùm debitor* 8. *in quibus causs. pignus vel hypotheca tacit. contrah.* Possunt autem quæ diximus ad id etiam accommodari, quod nos Decade superiore probauimus, Locationem † prædij siue 18 vrbani, siue rustici rescindi non posse ex cauilla quantumlibet immodicæ læsionis. Nam si fructus incerti & futuri certam haberent æstimationem, diiudicandum non ex eo quòd tanti fundus locatus sit, sed ex eo quòd plutis locari alteri potuisset, vtique non valeret antichresis, quatenus fructus vsuras legitimas excederent in specie *d. l. si ea pactione*: numquam enim lex fauet pactioni per quam legitimis vsuris fraus fiat. Sed quia rei quæ non extat nulla potest certa iniri æstimatio, nec si iam aliquando extitit, multò minùs verò si numquam, *alias* 9. *D. de in lit. iur.* Inde fit vt antichresis licita sit etiam in prædio vrbano (cuius fructus qui ex vsu ipso percipitur certior est quàm prædij rustici) præterquàm vno illo casu quo velit creditor eum sibi certum facere, & ad eum modum redigere quem certum sit fore supra iustum modum vsurarum. Eadem igitur ratio facere debet, vt locatio propter solam immodicam læsionem rescindi non debeat, quia læsionem probari oporteret quæ talis tantáque fuisset ipso contractus tempore inspecto, qualis tamen, vt dixi, nulla probari nec esse potest: satisque consultum est conductori, quod si damnum aliquod improuisum casu & vi maiore ex conductione tenserit, remissionem mercedis impetrare potest: creditor verò, vt ita dicam, antichresticus, non similiter pecuniæ suæ vsuras vsque ad modum legitimum petere potest, si fortè damnum quod in fructibus passus est tale tantúmque fuerit, vt ex iis quos percepit legitimarum vsurarum modus confici non possit.

ERROR VI.

De differentia pignoris & hypothecæ in tacita antichresi constituenda.

SVMMARIA.

1 *Nimis generaliter accipi à pragmaticis quod scriptum est à Iurisconsulto, inter pignus & hypothecam nihil nisi nominis sonum differre.*
2 *Verus sensus superioris effati.*
3 *Differentia prima inter pignus & hypothecam.*
4 *Secunda, eáque præcipui momenti.*
5 *Confectarium de discrimine inter creditorem pignoratitium & hypothecarium.*
6 *Creditor hypothecarius quid in libello actionis petere debeat.*
7 *Creditor qui est in possessione pignorum per clausulam constituti non tenetur in libello supplici petere vt pignora distrahantur.*
8 *Perinde transfertur possessio per constitutum atque per traditionem.*
9 *Distinctio quorundam pragmaticorum reiecta.*

QVod in *l.* 4. §. 1. *de pignor.* scriptum † est inter pignus & hypothecam nihil nisi nominis sonum differre, non bene à pragmaticis acceptum est, qui tã generaliter id intelligunt, vt nõ solùm pignoris & 1

hypothecæ

hypothecæ nominibus promiſcuè paſſim abutantur, ſed etiam pignorum & hypothecarum iura confundant, acſi nihil prorſus inter iſta diſtaret. Fateor quod ad formulam & poteſtatem † actionis hypothecariæ pertinet, 2
nihil pignus ab hypotheca differre, qui ſupradicti loci ſenſus eſt, deſumpti, vt inſcriptio legis docet, ex Marciani libro ſingulari ad formulam hypothecariam, ſed in cæteris, non modò ſi partitè loqui velis, verùm etiam ſi vim & effectum rerum conſideres, multum intereſt an pignus contractum ſit an hypotheca. Taceo differen- 3
tiam † illam quæ à Iureconſulto tradita eſt in *l. ſi rem 9. §. propriè. D. de pign. act.* quòd pignus propriè eſt rei mobilis, quam quis in manu & ad manum habere poſſit, quaſi dictum à pugno. Hypotheca verò rei immobilis. Scio ipſis prudentibus & iuris noſtri autoribus differentiam hanc non adeò placuiſſe, vt non ſæpiſſimè illi ipſi pignus in fundo conſtitui dicant, & fundum oppigneratum, aut quod idem eſt pignoris vinculo, & iure obligatum. Etſi enim pignorum originem à rebus mobilibus cœpiſſe credibile eſt, vtilitas tamen euicit vt in immobilibus quoque idem ius conſtitui neceſſe fue- 4
rit. Sed illa tamen differentia † manſit, quæ præcipui momenti, quòd pignus non niſi rei traditione perficitur, hypotheca verò nudo conſenſu. Eſt enim obligatio pignoris non etiam hypothecæ, ex earum numero, quæ re contrahuntur. Hinc verò fit, † vt plus iuris habeat 5
creditor pignoratitius, quàm hypothecarius, in pignoris fructibus commodo & lucro ſuo percipiendis. Nam cùm non tantùm pignoris ius & vinculum habeat in re ipſa, ſed etiam rei poſſeſſionem traditam ſibi à debitore, videtur habere ius quoque percipiendorum fructuum pignoris ex ipſius debitoris voluntate: idcóque nec mirum eſt ſi quaſi tacita antichreſi contracta poſſit ille ex fructibus ſibi retinere ad legitimum vſque modum vſurarum. Intercedens enim factum debitoris in pignore tradendo, coniecturam præbet voluntatis, quòd licuti creditor mutuam & gratuitam pecuniam dando nullas à debitore ob vſum eius pecuniæ vſuras expoſcit, ita viciſſim debitor pignus tradens creditori, nec de fructibus quicquam paciſcens conſentire videtur, vt liber ſit creditori & impunitus vſus pignoris, ſiue is vſus in fructuũ perceptione conſiſtat, vt euenit ruſtico prædio oppignorato, ſiue in ſola habitatione, vt in prædiis vrbanis. Ius enim percipiendorum fructuum ſequi ſolet ius tranſlatæ poſſeſſionis, & quiſquis poſſeſſionem rei ſuæ tradit, hoc ipſo conſentit vt fructus percipiat creditor cui tradit, id eſt, vt creditor vtatur gratuito pignore debitoris, ſicut debitor vtitur gratuita pecunia creditoris. Et ob id nimirum nulla lex eſt, quæ creditorem qui ex pignore fructus percepit obliget ad reſtitutionem fructuum, quaſi nullo iure ex re aliena perceptorum niſi quatenus excederent ſortem: Nam vſque ad eam ſortis quantitatem imputantur in ſortem etiam inuito debitore, & ſortem extenuant, in eo ſcilicet quod excedunt legitimum modum vſurarum. Quemadmodum enim ſi debitum vſurarium fuit, fructus pignoris imputantur primùm in vſuras, deinde in ſortem, ita & cùm pecunia fuit gratuita, prius eſt vt fructus à creditore percepti lucro cre- 8
ditoris cedant ad concurrentem vſque quantitatem legitimarum vſurarum, quàm vt ſorti extenuandæ proſint: alioqui euenires vt traditio creditoris commodo facta quò melius ſibi cautum haberet, ipſius damno & incommodo cederet ſi fructus omnes ex pignore tradito perceptos in ſortem ſibi imputare cogeretur. Nemo enim neſcit quàm creditoribus incommoda & diſpendioſa ſit ſolutio illa quæ fit per partes, ſed ea præſertim quæ fit per fructuum perceptionem, aut, vt melius dicam, conſumptionem. Vix namque eſt vt diligentiſſimo quoque patrifamilias non id accidat vti fructuum conſumptio ſtatim aliqua ſaltem ex parte perceptionem non ſequatur. Planè pro ea parte fructuum quæ legitimas vſuras excedit, non poteſt videri creditor pignoratitius adeò ex voluntate debitoris fructus percipere, vt eos facere ſuos poſſit, & præcipuos, id eſt citra onus imputationis: quia ne quidem creditoris pignus accipientis voluntas illa fuiſſe videri poteſt, vt pro pecunia gratuita plus commodi perciperet ex re debitoris, quàm ſi ſub vſuris pecuniam credidiſſet: Quo tamen caſu, non niſi ad licitum vſque modum vſuras ſtipulari & percipere potuiſſet. Nec eum iuuat ratio quæ fauet creditori expreſſam antichreſim habenti, vt etiamſi ampliores fructus perceperit, quàm quanti ſint legitimæ vſuræ, nihil tamen ſibi imputet in ſolutum, quia potuit ex contrario euenire vt vel nullos, vel minores perciperet. Nam expreſſa antichreſi contracta apparet nolniſſe creditorem pecuniam gratuitam mutuam dare: de vſuris verò nihil conueniſſe: ſed de fructibus pignoris in genere & ſub incerto ſibi acquirendis cogitaſſe. Itaque nihil abſurdi aut iniqui emergit ſi plus commodi creditor ſentiat ex fructibus quàm ex vſurarum ſtipulatione ſenſurus fuiſſet: dummodo illud diſtrictè & accuratè caueatur, ne quid in legitimarum vſurarum fraudem factum videri poſſit: cuius tamen fraudis ſuſpicio nulla eſt quandiu incertus eſt euentus, id eſt incerta quantitas, incerta conſequenter æſtimatio fructuum percipiendorum, vt ſuperiori capite probauimus. At in tacita antichreſi quæ non niſi ex præſumpta contrahentium voluntate inducitur, fieret contra voluntatem ſi plus incommodi adferret debitori quòd gratuitate creditoris pecunia quàm ſi vſuraria vteretur. Id verò contingeret ſi etiam ſupra modum vſurarum fructus pignoris lucrari creditor poſſet. Et hæc quidem de pignoratitio creditore verè rectéque dicuntur. Sed in hypothecario, id eſt qui rei obligatæ poſſeſſionem non habeat, longè aliud eſt. Nam ſicut debitor ei rem obligatam non tradidit: ita nihil eſt ex quo poſſit colligi tacitam debitoris voluntatem illam eſſe vt percipiendorum ex hypotheca fructuum ius vllum creditor habeat. Traditio enim quæ ſine facto tradentis nulla eſt, inducit tranſlationem poſſeſſionis, poſſeſſio autem tranſlata ius fructuum percipiendorum. Itaque licèt creditor hypothecarius ni ad diem pecunia ſoluatur, ius habeat vindicandi fundi per actionem hypothecariam, & ſubinde poſtquam vindicauerit, retinendi, ac conſequenter fructus omnes qui ex pignore redigi poſſunt, percipiendi, quia tamen id facit pro ſuo iure magis quàm ex debitoris ſiue expreſſa, ſiue tacita voluntate, nullam fructuum partem lucratur, ſed omnes quoſquos, & quotquot percipit ſibi cogitur imputare, in ſortem, ſi debitum neque vſurarium neque antichreſticum fuit. Qua de cauſſa prudenter faciunt huiuſmodi creditores hypothecarij, † qui eodem libello quo pe- 6
tunt mitti ſe in poſſeſſionem bonorum debitoris (quam agendi formam ſequi coguntur ij qui non ſunt pignorum poſſeſſores) petunt etiam vt publicè pignora diſtrahantur, ne alioqui eueniat vt ex imputatione illa quandoque facienda fructuum omnium, non modò quos perceperint, ſed etiam quos percipere potuerint, ſors ipſa aut omnino ſoluta, aut ſaltem magna ex parte attenuata reperiatur, non ſine magno ipſorum incommodo, quibus ex ea fructuum perceptione parum ſuperſit quod in calculos referre poſſit. Ineóque pragmaticorum conſilium & morem laudo. Sed non in eo † etiam quod idem obſeruari volunt, illo quo- 7
que caſu, quo creditor in pignorum poſſeſſione ſit per clauſulam conſtituti. Nam & in hac ſpecie ſi non contracta fuerit antichreſis expreſſa, perinde volunt creditorem petere vt pignora diſtrahantur, eodem ſupplici libello quo petit vt in fructuum poſſeſſione tanquam ſua retineatur: Eodem ſcilicet metu vrgente, ne fructuum perceptione debitum quaſi imaginaria ſolutione abſorptum reperiatur. Etenim ſi vera ſunt vt ſunt, quæ nos ſcripſimus de pignoratitio creditore cui pignus à debitore traditum eſt, vt tacitam antichreſim

ac modum vſque legitimarum vſurarum contraxiſſe videatur, quidni idem dicemus illo etiam caſu quo poſſeſſio non per veram & realem traditionem tranſlata ſit, ſed per clauſulam conſtituti? Si quidem perinde transfertur poſſeſſio † per conſtitutum atque per traditionem, nec fictitia tantùm & ciuilis ſed etiam vera, realis, & naturalis, vt pragmatici quoque fatentur, nec diſtinguemus † an ea conſtituti clauſula appoſita ſit vt plerumque ſit in obligatione generali bonorum omnium debitoris, an in hypotheca certi fundi. Poſſet enim ea diſtinctio locum habere in antichreſi expreſſa quæ quoniam regulariter non ſeruat modum vſurarum, facilè videri poſſet in earum fraudem facta eſſe, ſi pro exiguo fortaſſis debito bonorum omnium debitoris quę ingentis eſſent æſtimationis fructus percipere creditor vellet. At in antichreſi tacita nihil tale eſt quod metui poſſit cùm ſeruet modum vſurarum, & proinde quicquid excedit vſuras licitas ſorti ſit imputandum: ex quo illud etiam euenit vt quo maiores & vberiores ſunt fructus bonorum obligatorum, eo citiùs debitum extinguatur: Quòd ſi eo extincto aliquid ex re & bonis debitoris ſupereſt penes creditorem, id verò conſtat pignoratitia actione debitori reſtituendum eſſe. Ita fit vt nec legitimis vſuris, nec debitori fraus vlla fieri poſſit, non magis obligatis cum clauſula conſtituti bonis omnibus debitoris, quàm ſi vnus duntaxat aut alter fundus obligatus proponeretur. Quid autem ſi clauſula quidem conſtituti nulla ſit, ſed tamen conuenerit vt liceat creditori propria autoritate quandocunque poſſeſſionem pignoris occupare? Non parum diſtat hic creditor ab eo qui per conſtitutum poſſeſſor factus eſt, niſi hactenus, quòd non poteſt videri poſſeſſor, nec proinde ius habere percipiendorum fructuum, quandiu non eſt nactus poſſeſſionem. Cæterùm ſiue propria autoritate quod poteſt iure conuentionis, ſiue quod ciuilius fuerit, autore iudice vel ducente debitore poſſeſſionem pignorum ſit ingreſſus, eodem iure debet quo cæteri pignoratitij creditores quia & ex eo tempore pignoratitius non hypothecarius eſt.

vera eſt illa propoſitio, quia inuentum inductumque eſt à Iuſtiniano vt alia ratione poſſit pignus vilitatem adferre creditori, nempe ſi ius dominij impetretur. *ex l. vnic. C. de iur. domin. impetr.* Illud tamen ſemper verum eſt inutile pignus eſſe quod ſic contractum fuit, vt neque vendi poſſit, neque eius dominij ius à creditore impetrari. Addunt qui grauiores æquitatis ſectatores videri volunt, iniquum eſſe vt creditor pecuniâ ſuâ in perpetuum carere cogatur. Quaſi verò pecunia credita maneat adhuc in dominio creditoris? ac non potiùs idcò mutua dicatur quòd de mea fiat tua *l. 2. D. de reb. credit.* Debuerunt potiùs dicere alienam eſſe pactionem illam à mutui natura & conditione, & notiſſimos mutui terminos excedere ſi conueniat vt pecunia mutuò data repeti numquam poſſit, cùm illud imprimis ſit ex natura mutui, vt pecunia quæ à creditore mutua data eſt, ei poſtea reſtitui debeat, & conſequenter vt niſi reſtituatur exigi à creditore poſſit. *l. cum quid 3. D. eod.* Sed tamen videntur mihi rationes † hæ omnes leuiores, 3
quàm vt mouere quemquam debeant. Nam vt priorem prioreloco refellamus, etiamſi pignus ſic datum ſit, vt neque detrahi queat, neque dominium eius impetrari propter conuentionem in antichreſi dictam, vt quandiu creditor pignore frui poterit pecuniam exigere non poſſit. Non tamen ſtatim conſequens eſt, inutile pignus eſſe, quippe quod vtilitatem fructuum adferat creditori, nec ad eam vſque ſummam duntaxat quæ par ſit legitimis vſuris, ſed interdum etiam ſupra quam legitimus vſurarum modus patiatur, ſi modò nihil in earum fraudem factum ſit, vt in ſuperioribus diſputauimus. Si pignus ſic datum eſſet vt cautionis tantùm vice fungeretur, inutile ſanè eſſet, ſi diſtrahi numquam poſſet, ideóque nec conuentio vteretur de pignore numquam diſtrahendo. At cùm ea pignoris dandi cauſſa fuit vt in vicem vſurarum creditor pignore frueretur, fructuſque ſuos faceret, ſicut non poteſt dici pignus inutile quandiu frui creditor poteſt, ita neque inutilis pactio dicenda illa eſt de qua diſputamus. Sibíque imputare potius creditor debet, cur ita conuenerit allectus ſpe fructuum percipiendorum & lucrandorum, quos vtique maiores ſperauit, quàm futuræ eſſent vſuræ ſi pecuniam ſorori collocaſſet. Vſu enim compertum eſt, vix vnquam fieri antichreſim conſtitui vt non ſit vtilis & commoda creditori, id eſt quin pignus longè pluris ſit quàm debeatur, & conſequenter fructus pignoris ampliores ſperentur quàm iuſtus vſurarum modus ferre poſſet, ſi ex vſurarum comparatione antichreſis expreſſa conſtitui deberet. Et verò cùm paciſci creditor liberaliter, & gratuitò poſſit de pecunia numquam petenda (valet enim vtique pactum de non petendo, & fauorabile exiſtimatur quia liberatorium eſt, etiamſi cauſſam aliam nullam habeat quàm liberalitatem creditoris) quidni etiam paciſci poterit de pecunia certo tantùm caſu numquam petenda? Aut cur non creditor rei ſuæ quam velit legem dicere prohibeatur? Etſi enim difficilius eſt vt creditor ſibi præripiat facultatem quâ habet à lege, pignoris diſtrahendi quandiu liberũ habet ius pecuniæ repetendæ, cùm per eam præcipuè pignoris diſtractionem ſuum conſequipoſſit: Præcedente tamen aut aliter quoquomodo interueniente pactione, vt pecunia mutuò data vel numquam, vel non ante certum tempus certamve caſum exigi poſſit, quod paciſci licere diximus, æqua & vtilis ſit conuentio de pignore non diſtrahendo: quia nec fieri poteſt vt diſtrahatur pignus pro conſequenda pecunia quæ nondum peti poſſit licèt iam debeatur. Minus enim eſt petere quàm conſequi ſolutionem inuito debitore. Aſqui in ea ſpecie quam nos tractamus, id eſt antichreſi ſic expreſſim conſtituta, vt quandiu creditor pignore in antichreſim accepto frui poterit, diſtrahere pignus non poſſit, conuentionem quoque illam ſiue expreſsè adhiberi, ſiue tacitè ſubintelligi neceſſe eſt, vt pecunia ipſa exigi

&c

ERROR VII.

Si conuenerit vt pignus in antichreſim datum diſtrahi à creditore nunquam poſſit.

SVMMARIA.

1 *An pactio valeat ſi conuenerit vt pignus in antichreſim datum diſtrahi à creditore nunquam poſſit.*
2 *Pragmaticorum quorundam ſententia negans & eius fulcimenta.*
3 *Leues eſſe rationes quibus pragmatici ſuam ſententiam ſtabiliunt.*
4 *Obiectio pragmaticorum & eius dilatio.*
5 *Conuentio qua defenditur autoritate pontificia conſtitutionis, in Extrauag. Regimini.*

1 DEbitoribus † pleriſque pignus in expreſſam antichreſim tradentibus vſuuenit aliquando, vt paciſcantur cum creditore, de pignore illo numquam diſtrahendo; Quod cum accidit, quæri interdum ſolet an pacto valeat. Nec deſunt inter pragmaticos † qui negent valere: 2
Ob eam potiſſimùm rationem, quod dici ſoleat inutile pignus eſſe quòd diſtrahi nunquam poteſt. Inde enim fit vt quamuis expreſſim conuenerit ne diſtrahi vnquam poſſit, facere tamen conuentio nequeat, quin peruenire tandem liceat ad diſtractionem dummodò prima præceſſerit denunciatio de ſoluendo *l. 4. l. quamuis 6. D. de pignor. act.* Et quamquam non hodie ſicut olim abſolutè

& repeti nequeat quasi contento, creditore eo commodo quod ex pignoris fructibus sperare potest. Quidni igitur valebit etiã conuentio vt distrahi pignus tandiu nõ possit? Nã & dicimus creditorẽ qui pactus est de vsuris ad certũ vsq; tẽpus sibi soluendis pactũ quoq; fuisse, intelligi de sorte interim non petenda *l. qui in futurum §. 7. D. de pact.* Cur non igitur eadem interpretatio capienda, si non de vsuris, sed de fructibus pignoris in locum vsurarum percipiendis conuenerit? Quod enim pragmatici † obiciunt, aiũt pro pragmaticis obiicere quis possit alienum id esse à mutui natura vt pecunia credita exigi nonnunquam possit, ad rem sanè non pertinet. Antichresis enim, de qua agimus, non eam conuentionem absolutè continet vt pecunia numquam repeti possit, sed cum hac adiectione, & exceptione *quandiu creditori licebit frui pignore in antichresim.* Quandiu autem creditor pignore fruitur, ferè est vt pecuniã à se creditã frui videatur. Ideò enim dicta est ἀντίχρησις quasi contrafruitio, quòd sicuti debitor ea pecunia fruitur quæ fuit creditoris, ita vicissim creditor eo pignore quod est debitoris. Itaque si contingat vel euictione pignoris, vel quo alio modo impediri creditorem quominus plenissimam habeat pignoris fruitionem, non quidem habebit ex ea causa debitorem obligatum de euictione, nisi specialiter ita conuentum & promissum sit; sed tamen quasi finita & ipso iure resoluta antichresi ius nanciscetur Pecuniæ quandocunque repetendæ, etiamsi per debitorem non stet quominus creditor pignore fruatur: Eáque demùm conuentio improbanda esset, per quam creditor etiam pignore frui prohibitus pecuniam quoque repetere prohiberetur. Non valdè in contrarium dissimile est, quòd in annuarum † pensionum venditionibus certo pretio factis authoritate constitutionis pontificiæ *in Extrauag. regimini.* ea passim conuentio admitti solet, vt si venditor moram faciat in soluenda pensione, repeti pe emptorem pretium possit, nec cogatur emptor stare contractui, quamuis in cæteris venditionibus si solam contractus naturam inspicias, non ob id solùm resilire emptor à venditione possit, quòd venditor ex parte sua non impleat, sed habet tantùm eo nomine actionem ex empto in id omne quod sua interest. *l. ea conditione 14. C. de resc. vend.* nimirũ conuentiones hæ de quibus diximus siue in venditione, siue in pignore, non tam contra quàm præter naturam contractus sunt, idcóque admitti debent, præsertim vtilitatis caussa, cùm huiusmodi conuentionum beneficio plerumque accidat, vt facilè ac libenter ita contrahat qui alioquin non fuisset contracturus.

dem eiusmodi vt neque debitori de creditore, neque creditori de alio quàm de se conquerendi occasio relinquatur, si debitore tandiu cessante in solutione, ius dominij pignoris tandem impetretur. Cæterùm quemadmodum + non prohibetur debitor pignus distrahere: si id malit vt ex pretio satisfaciat creditori; quia Dominus pignoris manet, nec quicquam interest creditoris dummodo suum consequatur, ita ex contrario si creditor solutionis citiùs extorquendæ gratia malit pignus distrahere iure creditoris, quod facere potest dum ne conuenerit ne possit, aut etiam petere vt per iudicem, id est autoritate iudicis nomine debitoris distrahatur, non prohibet Iustiniani constitutio ne id facere pro suo iure possit. Vnde fit vt quàm rarissimè creditores eam impetrandi dominij formam sequantur, quam Iustinianus præscripsit. Eáque res iam olim Accursium impulit vt scriberet legem illam plerisque locis in desuetudinem abiisse: Indéque nostri † etiam pragmatici arrepta errandi occasione vulgò existimant non esse eam apud nos in vsu. In quo tamen labuntur. Nam præterid quòd neque Principis edictum, neque lex vlla municipalis apud nos est, cuius potestate constitutio Iustiniani abrogata videri possit (quod autem immutatum non est, cur stare prohibeatur?) memini cùm aliquando ex facto incidisset quæstio De creditore qui ius dominij ex forma præscripta impetrare volebat, relatum fuisse ab antiquioribus Senatoribus, idem se vidisse non semel antea factitatum: Fateor tamen non nisi † perraro id vsurpari solere quòd pignoris distractio vero modo huic creditori, commodior videatur. Sed nec facilè videas creditorem id consilij capere vt pignus distrahat iure creditoris, quoniam ea plerumque creditorum pignora distrahentium mens est vt ipsi emant aut pro se subiiciant emptores, siue alio nullo emptore existente, siue quòd rem ipsam sibi habere malint: quod tamen facere non possent si ipsi venderent. Neque enim idem potest esse emptor, & venditor. Itaque commodius † putant esse si petant distrahi pignora per iudicem, vt debitoris nomine facta venditio perinde habeatur ac si ab ipso debitore facta fuisset: Quæ res facit vt creditor ipse vice extranei emptoris possit emere, nec superest debitori vis offerendi post elapsum semestre quod statuto nostro in eam rem præstitutum est, non magis quàm si emptori prorsus extraneo venditum pignus fuisset.

ERROR VIII.

De iure dominij pignoris impetrando.

SVMMARIA.

1 *Quale sit nouum ius introductum à Iustiniano in l. vnic. C. de iur. dom. impetr.*
2 *Cur rarissime vsurpetur ius d. l. vnic. & numer. 4.*
3 *Errare pragmaticos qui putant d. l. vnic. non esse in vsu apud Allobrogas.*
5 *Cur frequentior sit illa pignoris venditio quæ fit per iudicem.*

1 NOVVM sanè ius † illud fuit quod Iustiniani constitutio induxit *in l. vnic. C. de iur. domin. impetr.* Sed tamen nec debitoribus damnosum, nec creditoribus inutile, si eius constitutionis obseruationem sequi malint, quàm de pignore distrahendo cogitare. Habet enim beneficium illud Iustinianeum suas ambages, moras & conditiones, & qui-

ERROR IX.

De venditione facta sub pacto de retrouendendo.

SVMMARIA.

1 *Sicut in pignoribus frequens est pactio antichreseos contrahendæ, ita in venditionibus pactũ de retrouẽdẽdo.*
2 *Inter hasce conuentiones magnam esse conuenientiam, & quis inde pragmaticorum error effluxerit.*
3 *Reprobatur sententia pragmat. censentium si ad pactum de retrouendendo accedat modicitas pretij tanta vt venditor supra dimidiam sit læsus, contractum pro simulato & fœneratitio habendum esse.*
4 *Pactio de retrouendendo non facit venditionem odiosiorem, sed contrà læsionem minuit, & quomodo.*
5 *Distinctio quorumdam reprobata.*
6 *Quæcunque in traditionibus rerum pactiones apponuntur, ea seruanda sunt.*
7 *Refertur sententia eorum pragmaticorum qui ita demum contractum pro simulato habendum putant, si ad immodicam læsionem & pactionem de retrouendendo accedat vt emptor solitus sit fœnerari.*
8 *Quatenus relata opinio probanda sit,*
9 *Error pragmaticorum docentium si contractus sit fœneratitius, cogendum creditorẽ vt fructus omnes quos*

ex re vendita percepit, percipereve potuit in sortem imputentur.

10 *D. errorem à iuris ratione alienum esse; quòd contractus ita intus censendus sit iure antichreseos expresse.*

11 *Emptionem simulatam qua de agitur, non esse fœneratitium contractum, nec ea omnem pecuniam esse vsurariam qua non est gratuita, contra pragmaticos.*

12 *Cum antichresis contracta est in fraudem legitimarum vsurarum, quatenus à lege improbetur contractus: & ad quam vsque quantitatem fructus possit retinere creditor.*

13 *Legitimus modus vsurarum apud Sabaudos.*

SIC VT in pignoribus frequens † pactio illa
1 est, de qua proximè diximus, antichreseos contrahendæ, vt debitor pecuniâ creditoris, non gratuita quidem, sed tamen sine vsuris, creditor verò vicissim re obligata fruatur, ita & in venditionibus vsitata ea est de qua nunc dicemus, vt qui emit promittat se venditori, aut quandocunque sine certi temporis definitione, aut ad certum vsque tempus & intra id tempus retrouenditurum. De qua tamen in toto iure nostro vnus tantum & singularis locus est in *leg. 2. C. de pact. int. empt. & vend.* Vulgo vocant venditionem factam sub pacto de retrouendendo. Tanta autem inter has conuentiones † similitu-
2 do, & affinitas est, vt plerumque dubitetur an venditio contracta sit, an antichresis, in eóque passim ab interpretibus & pragmaticis erratur. Nam si ad pactionem illam de retrouendendo accedat modicitas pretij tanta vt venditor iupra dimidiam sit læsus, existimant plerique contractum suspectum esse, & vt loquuntur, simulatum, ac pro fœneratitio potiùs habendum: quasi colore quæsito fœnori, vt sub specie emptionis liberiùs emptor in re debitoris, & in fraudem legitimarum vsurarum
3 grassaretur. Quæ tamen sententia † tanquam lege & ratione destituta, licèt magis autoribus probata, iampridem fere ab omnibus tribunalibus explosa est. Nam cùm ea emptionis & venditionis natura sit vt contrahentibus liceat naturaliter, liceréque debeat se decipere *l. in caussa 16. §. idem Pomponius D. de minor. leg. item si pretio 22. §. vltim. D. locat.* idcóque nec æquitate iudicij, nec alio vllo modo venditori aduersus læsionem succurratur præterquàm ex beneficio nouæ constitutionis in *l. secunda. Cod. de rescind. vendit.* si læsus sit vltra dimidiam iusti pretij *l. si voluntate 8. eod.* Nihil cauillæ est cur tam facilè simulationis præsumptio, quę alioquin odiosa est, capiatur, propter accedentem pactionem licitam
4 de retrouendendo, quæ † tantum abest, vt venditionem faciat odiosiorem, vt ex contrario læsionem minuat, vtpote quæ pars pretij esse existimetur. *l. fundi partem 79. D. de contr. empt.* Nam si venditor æstimata etiam pactione adhuc vltra dimidiam iusti pretij læsum se conquerarur, duplicem viam habet per quam sibi consulat contra emptorem, alteram ex conuentione, cuius potestate cogere emptorem potest vt recepto pretio rem restituat & retrouendat: alteram ex noua constitutione, per quam similiter cuincat & extorqueat rei venditæ restitutionem nisi emtor iustum pretium supplere malit. Nec distin-
5 guendum † est, meo iudicio, in hoc casu, an pactum de retrouendendo sit liberum nécne, id est, an ita sit conceptum vt in venditoris facultate & arbitrio maneat, quando retrouenditionẽ sibi fieri velit, an verò ita vt ante certum tempus eam petere prohibeatur. Vtraque enim pactio licita est si aliud nihil obstet, & generalis
6 regula iuris facit vt quæcumque pactiones † in traditionibus rerum apponuntur, eas seruari oporteat *l. in traditionibus 48. D. de pact.* non solùm si respiciant vtilitatem venditoris rem tradentis, qui non aliter venditurus aut traditurus fuit, sed etsi spectent ad commodum emptoris, quia nec aliter fuit ille empturus. Itaque receptior † interpretum & pragmaticorum sententia 7
est, non aliàs simulatos huiusmodi contractus videri debere, quàm si ad immodicam læsionem & pactionem illam de retrouendendo accedat tertium illud, quòd emptor solitus sit fœnerari, sed accedente hac fœnerandi consuetudine, non est qui dubiter quin emptionis contractus simulatus dici debeat & fœneratitius, nec pro fœneratitio tantum haberi, sed etiam pro facto in fraudem legitimarum vsurarum. Cui sententiæ cauillam potissimum dedit constitutio pontificia *in cap. ad nostram. & cap. illo nos. Extr. de pignor.* Nec sanè iniqua sententia
est, vt fraudibus comminiscendis, quantum fieri potest, 8
via præcludatur. Sed vereor † ne ex iuris ratione non sit satis tuta, nisi addas eam emptoris consuetudinem proponi probarique, vt eiusmodi contractuum commento soleat improbum fœnus exercere. Nam si proponas solitum quidem eum fœnerari, sed aperto fœnore, & pecuniam credere sub vsuris præsertim licitis & quæ iustum modum non excedant, vix est vt si postea rem maioris pretij emat viliori, adiecto etiam pacto de retrouendendo fœnerandi potiùs quàm emendi animum videri debeat habuisse. Ex prioribus enim contractibus qui dissimiles fuerunt coniectura probabilis sumi non potest, quòd eandem in hoc quàm in aliis habuerit voluntatem. Quam obrem puto necessariam esse hanc adiectionem, nec sanè aut pótificia, aut alia vlla lex repugnat. Probata verò ea consuetudine fœnerandi quam requiro, non dubito quin contractus fœneratitius haberi debeat: siue pactum de retrouendendo fuit liberum, sine non; quamquam si non fuit liberum, apertior est mulcóque certior simulatio, quæ cùm probatur, aut ita præsumitur vt contraria probatione aut præsumptione iusta illa præsumptio non elidatur, constat sanè plus valere quod agitur, quàm quòd simulatè concipitur *l. 1 & tot. tit. C. plus valer. quod agit.* Præcipuus tamen hac in re 9
pragmaticorum error † mihi videtur in eo esse, quòd putant, si contractus fœneratitius fuit, vsque adeò seueriter agendũ esse cum creditore vt fructus omnes quoscquos ex re vendita perceperit aut percipere potuerit: in sortem sibi imputare cogatur, perinde acsi creditor eos fructus nullo iure, nullaq; ex caussa percepisset. Id enim ego non solùm nimis durum & iniquum esse arbitror, sed à iuris etiam ratione omnino alienum. Illa † namque 10
simulatio quam ex supradictis coniecturis induci facetor, efficit quidem vt contractum pignus potiùs quàm emptio facta esse intelligatur, sed facere non potest vt non saltem eadem creditoris conditio esse debeat quæ esset si antichresim expressè contraxisset. Omnia enim quæ ad antichresim cõstituendam necessaria sunt, interueniunt in huiusmodi emptione, ac primùm ex parte creditoris voluntas commodi alicuius ex pecunia sua in vicem vsurarum extorquendi, ex parte autem debitoris traditio pignoris, consensusque expressus vt eos fructus quos ex pignore creditor percipiet sibi lucretur. Qui namque vendit & tradit non potest eo animo non esse, vt transferat in emptorem non modò possessionem, sed etiam percipiendorum fructuum ius plenissimum. Nihil igitur distat huiusmodi contractus ab antichresi, nisi nomine tenus, quoniam emptio à contrahentibus noa antichresis dicta est, cur non igitur eodem quo antichresis iure censebitur? Atqui si contracta expressim antichresis fuisset, fructus omnes quoscquos ex pignore percepisset creditor lucrifecisset, nec sibi in sortis solutionem imputasset, ne pro ea quidem parte quæ iustum & licitum vsurarum modum excessisset, vt à nobis in superioribus latè comprobatum est. Quidni ergo idem admittemus pignoratitio contractu sub emptionis nomine constituto? Dices fortasse contractum hunc simulatum non solùm pro pignoratitio haberi, sed etiam pro fœneratitio, adeóque quod peius est, pro facto, vt diximus in fraudem legum, & vsurarum. Proinde non posse censeri iure antichreseos expresse, quam nos itidẽ

diximus

diximus nihil commune habere eum fœnore, nec fœneratitium contractum esse *ex l. si ea pactione 14. in fin. Cod. de vsur.* sed respondeo interpretum & pragmaticorum errore † magis quàm iure factum esse vt emptio illa simulata, qua de agimus fœneratitius contractus existimetur, dum pignoratitium contractum & fœneratitium pro eodem habent, nec distinguunt pecuniam vsurariam ab ea quæ nec vsuraria nec gratuita sit, existimantes vsurariam esse omnem quæcumque non gratuita est. In quo tamen euidentissimè falluntur. Sicut & in eo quòd antichresim ipsam quoque pro fœneratitio contractu habent. Nam si omnia ex iuris ratione æstimentur, nihil verius est, quàm quod iam probauimus, posse fieri, & verò euenire quotiescumque antichresis siue expressa, siue tacita contrahitur, vt pecunia quæ debitori à creditore datur non sit vsuraria, nec tamen gratuita videri possit si antichresis expressim contracta proponatur: quemadmodum ex contrario si non nisi tacita antichresis contracta sit, pecunia gratuita quidem est, *l. cum debitor. 8. D. in quib. causs. pign. vel hypoth. tacit. contr.* nec eo minùs tamen creditori adfert commodum fructuum ad eum vsque modum quem legitimæ vsuræ patiuntur, vt eadem lex ait. Denique vsuraria pecunia non est, nec proinde contractus vsurarius, aut quod idem est fœneratitius, nisi cùm de vsuris conuenit, siue expresso vsurarum nomine, siue tacito, vt fit cùm de aliqua quantitate vltra sortem reddenda actum est, quicquid enim sortem excedit vsura est, & fœnus. Sed cùm neque de vsuris neque de pecuniario excessu actum fuit, non potest videri pecunia vsuraria, licèt nec gratuita sit, & è contrario plus adferat commodi creditori ex perceptione fructuum pignoris, quàm si de vsuris grauissimis cõuenisset. Nec igitur contractus fœneratitius censeri debet, ne tum quidem cùm antichresis contracta est in
12 fraudem legitimarum vsurarum: quia † hoc etiam casu non totum contractum lex improbat, sed quatenus duntaxat in fraudem factus est. Itaque ad concurrentem vsque quantitatem vsurarum legibus permissarum, poterit creditor ex fructibus rei sibi oppignoratæ retinere. In eóque nimirum distabit contractus hic de quo disputamus ab antichresi expressim & licitè constituta, quod cùm illa non seruet modum vsurarum, hic tamen seruat, vt quod in fraudem legis factum est vindicetur, duriúsque agatur cum eo qui illicitè quàm cum eo qui licitè contraxit. Cæterùm ad eum vsque modum quem leges ferunt, ratio nulla est cur creditori fructuum retentio denegetur, quæ non denegaretur, etiamsi gratuitam pecuniam dedisset. Non enim possis deteriorem facere conditionem huius improbi fœneratoris quàm si habere illum velis pro eo qui pecuniam gratuitam dederit debitori accepto pignore. Nam vt nullum pignus habuisse existimetur facere non possis, quandoquidem pignoris conuentio & traditio facti est non iuris, nec verò id pragmatici negant qui fatentur esse pignoratitium creditorem. Atqui etiam is pecuniam gratuitam dedit si vicissim pignus acceperit nulla intercedente de fructibus aut luctandis aut reddendis conuentione, nihilominus retinere ex fructibus potest ad modum vsque legitimatum vsurarum. Idem ergo permittendum erit creditori, qui sub emptionis nomine illicitum fœnus contraxerit. Cui consequenter dicendum est non esse cogendum eum imputare in sortem perceptos fructus nisi quatenus modum illum excedunt. Le-
13 gitimus autem † modus etsi apud nos nullus constitutus est, tamen exemplo ex Gallicis constitutionibus de tempto is esse videtur, qui ascendit ad duodecimam, Galli vocant *au denier douze, huit & tiers pour cent.* Certè legitimas vsuras quincuncium fine concludi nemo dixerit cùm passim tolerentur decunces, vt ex iis quæ primo proximæ Decadis capite dicemus intelligetur. Faciunt ergo pragmatici iniuriam creditori, quem condemnant ei fructuum omnium restitutionem, nec alias quàm quincunces vsuras ei adindicant, aut non nisi ad concurrentem vsque quincuncium quantitatem fructus compensant.

ERROR X.

De æstimatione pacti quod in venditionibus apponi solet De retrouendendo.

SVMMARIA.

1 *Pactum de retrouendendo est pars pretij.*
2 *Huiusmodi pactio quota sit pars pretij.*
3 *Vulgaris pragmaticorum sententia.*
4 *Examinatur pragmaticorum opinio.*
5 *Lege computationis, 68. alias lege hereditatum. D. ad lege falcid. à Triboniano interpolata esse.*
6 *Distinctio autoris in quæstione supra numer. 2. proposita.*
7 *Si quando per testes læsio immodica probanda sit, quid à testibus æstimandum sit, quid deinde à iudice.*
8 *Pragmaticorum inanis subtilitas quid requirat imponenda facti quæstione cum petitur rescissio venditionis sub pacto de retrouendendo ex immodica læsionis caussa.*

PActum † de retrouendendo quod in venditionibus adiici solet, pretij partem esse satis constat, vt & cætera pacta omnia quorũ adiectione moueri potest emptor vt vel vilius vel cariùs emat *l. fundi 79. D. de contr. empt. l. si venditor 6. in fin. D. de fern. expor.* Sed quota † pretij pars sit, id 2
est, quam æstimationem recipere debeat, non æquè constat, & difficilis est inquisitionis: Vulgaris pragmaticorum sententia † est, tertia pretij conuenti parte æstiman- 3
dum esse, vt res quæ viginti aureis vendita est sub pacto de retrouendendo, triginta væniisse existimetur. Nec improbabilis † ea traditio est si pactum de retro- 4
uendendo perpetuum sit, aut quod effectu idem est sine vlla temporis definitione, vel trigesimum vsque annum. Non enim parum emptoris incõmodum est quòd tamdiu cogatur in suspenso manere, nec certi quicquam & explorati habere an rem à se emptam, an verò pecuniam quam ex caussa emptionis numerauit in bonis suis computare debeat. Vixque est vt prudens paterfamilias & diligens, non fuerit pretium auctarus tertia parte, si puram venditionem impetrare potuisset, vel ob id maximè, quòd qui sub hoc pacto emunt, sic posteà affecti esse solent vt quod emerunt, nec omnino colant quasi suum, nec prorsus tanquam alienum negligant, sed dubij & hærentes tractent certè negligentiùs, quàm si sine restituendi onere rem tenerent. Sed cum plerunque eueniat, vt triennio duntaxat, aut quinquennio, aut ad summũ decennio ea redimendi facultas concludatur, non puto posse defendi eandem pacti æstimationem illo casu esse debere quæ esset si perpetua redimendi potestas data proponeretur. Quo enim brevius tempus est quod pacto continetur, eo minùs incommodi sentit emptor ex pacti adiectione, idcóque non est quod tanti pactum æstimet, vt maiore pretio rem comparasse videatur. Et tamen pragmatici nullam hac in re adhibent temporis distinctionem, & siue longius siue brevius tempus fuerit quod pacto comprehensum est ad trientem vsque pretij æstimant eius vtilitatem, vt videre est apud Iosephum Ludouicum in *Decis. Perusinis.* Et sanè difficile est vt pro temporum distinctione alia atque alia possit iusta iniri æstimatio, si tempora velis computare de momento in momentum, quod tamen non magis fieri potest nec

debet quàm ſi agatur de æſtimandis alimentis, aut de æſtimando vſufructu, de quo Æmilius Macer ex Vlpiano tractat in *l. computationi* 68. aliàs *l. hereditatum D. ad legem falcidiam*, in qua non dubito † quin ab illis verbis *ſolitum eſt tamen* vſque ad §. *ſi quis ex heredibus*. Tribo-
5 niani verba ſint non Iureconſulti. Nam Æmilius Macer non tantùm quid Vlpianus ſenſerit, ſed etiam quo iure vtantur explicat his verbis *eóque nos iure vti Vlpianus ait & circa computationem vſufructus faciendam*. Quod omnino pugnat cum ſequenti illa adiectione *ſolitum eſt tamen*. Quid enim aliud eſt ius quo vtimur, quàm quod ſolitum eſt vſurpari? Sed & apertè abſurdum eſt quod ſequitur ſi reipublicæ vſusfructus legetur, ſiue ſimpliciter, ſiue ad ludos non niſi triginta annorum computationem fieri. Nam cùm vſusfructus reipublicæ relictus non niſi centeſimo anno finiatur, quòd is vitæ humanæ finis longiſſimus eſſe exiſtimetur *l. ſi vſusfructus* 9 *D. de vſufr. legat. l. an vſusfructus* 59. *D. de vſufr.* incerta verò illa vſusfructus æſtimatio quam Vlpianus ſequendam putauit, cùm vſusfructus alicui legatus eſt, non niſi ex incertitudine vitæ hominis proficiſcatur, planè conſequens eſt vt vſusfructus reipublicæ relictus ſicut incertitudinem nullam admittit, ita non aliam æſtimationem recipiat, quàm quæ centum annorum reſpondeat computationi. Sed hoc obiter dictum ſit. Cæterùm quemad-
6 modum in ea ſpecie Vlpianus † pro ætatis varietate aliter atque aliter & alimenta & vſumfructum æſtimat, ita & probabiliſſima mihi ea diſtinctio videretur vt ſi non ſupra quinquennium redimendi facultas extenderetur, ſextam partem pretij conſtitueret, à quinquennio vſque ad decennium; quintam: à decennio vſque ad vicennium, quartam. A vicennio vſque ad triceunium, tertiam. Sed quoniam hoc iuris poſitiui eſt, vt loquuntur, non etiam certa iuris ratione conſtituti, neceſſe eſſet induci illud ab iis qui poteſtatem conſtituendi iuris haberent, qualem habuerunt olim non ſolum principes, & prætores, ſed ipſi etiam prudentes: hodie apud nos ſolus Senatus, niſi eliminetur communem interpretum errorem, cuius non minor apud pleroſque auctoritas eſt quàm ſacroſancti Senatus apud omnes eſſe deberet. Audio verò, licet pro compertо affirmare non poſſim, neſcio quid non valdè diſſimile à Senatu noſtro aliquando probatum fuiſſe, cum eiuſmodi quæſtio ex facto incidiſſet, circa venditionem factam ſub pacto de retrouendendo ex cauſſa immodicæ læſionis reſcindendam. In quo etiam obſeruandum eſt, quod vulgares pragmatici ignorant, ſi quando per teſtes, vt fieri ſolet, eiuſmodi læſio immodica probanda ſit, non eſſe neceſſe vt teſtes æſtiment quantum ad conuenti pretij quantitatem accedere debeat ex pacti æſtimatione, quomodo enim ſcire id poſſint quod iuris eſt magis quàm facti, quódque nec ipſi ferè Iureconſulti intelligunt? ſed ſufficere ſi teſtes de communi pretio rei abſolutæ venditæ teſtificentur. Iudicis enim arbitrio poſteà relinquitur, vt æſtimet an ſubducta pacti de retrouendendo iuſta æſtimatione, læſio immodica ſatis probata videatur. Illud ſanè pragmatici plerique † requirunt, vt in proponenda facti quæſtione 7
is qui immodicè læſum ſe dicit, proponat & exprimat læſionem tantam eſſe quanta ad contractum reſcindendum ſufficere poſſit etiam ſubducto eo quanti pactum eſt: alioqui ſuccumbere & condemnari debeat, ſi id non propoſuerit, etiamſi de eo quoque teſtes teſtificentur, quibus ſcilicet credendum non eſt deponentibus vltra articulata, vt loquuntur, multò magis ſi de eo nihil teſtes dixerint. Sed tamen cùm ea res quatenus facti eſt ex contractu ipſo de cuius reſciſſione agitur, colligatur, quatenus verò iuris eſt neque cadat in ſcientiam teſtium, neque cum quæſtione facti commune quicquam habeat, poſſintque omnia ex arbitrio iudicis rectè conſtitui & accommodari, non video cur hanc pragmaticorum ſatis ſtolidam ſubtilitatem admittere debeamus, per quam fiat vt aduocati ſui imperitiâ cauſſam amittat is qui alioquin obtinere deberet.

ANTONII FABRI .IC.

Decas Decima.

ERROR PRIMVS.

De legitimo vſurarum modo.

SVMMARIA.

1 *Legitimæ & licitæ vſuræ quæ dicantur, vbi Molinæi error.*
2 *Vſurarum tolerantia vnde profluxerit.*
3 *Error Molinæi cenſentis ante Iuſtiniani conſtitutionem in l. eos 26. C. de vſur. vſurarum nullum fuiſſe certum modum.*
4 *Vſura centeſima quæ.*
5 *Vſura centeſima omnium grauiſſima fuerunt: trientes verò leniſſimæ.*
6 *Vnde dicta ſint trientes vſuræ.*
7 *Tribonianum non interpolaſſe l. cùm quidam. 17. §. vlt. D. de vſur. contra Cuiacium.*
8 *Mediocres, ſeu moderatæ vſuræ quæ olim fuerint.*
9 *Quod ſit ius nouum à Iuſtiniano de modo vſurarum in l. eos. 26. C. de vſuris conſtitutum.*
10 *L. 1. C. de vſur. & l. ſi vt propónis. 4. C. de ædif. priuat. abrogatas eſſe, contra Accurſium & Molinæum.*
11 *Quo caſu Iuſtiniani conſtitutione non comprehenſo hodie poſſit exigi vſura centeſima.*
12 *Quonam iure vtantur Sabaudi quid attinet ad certum vſurarum modum & num. 14.*
13 *Errare pragmaticos qui exiſtimant apud Sabaudos legitimas vſuras eſſe ſeptunces cum ſemuncia.*
15 *Perperam ſtatuere pragmaticos creditorem, aut emptorem condemnatum ad fructuum reſtitutionem non poſſe maiores quàm quincunces vſuras accipere aut compenſare.*
16 *L. ſi pro mutua 8. C. ſi cert. pet. non rectè à quibuſdam corrigi: & quis ſit eius l. ſenſus.*

LEGITIMAS † & licitas vſuras cùm dicimus, non illud ſignificamus quod *Carolo Molineo* peſſimo theologo, nec multò meliori Iuriſconſulto viſum eſt, vſuras aliquas eſſe quæ re vera licitæ & inter Chriſtianos permiſſæ videri poſſint, niſi quas certis caſibus Theologi admittunt non tam vſurarum quàm iuſtæ vtilitatis & eius quod intereſt iure cenſendas. Idem enim mihi ſemper viſum eſt quod Imperatori Leoni qui *Nouell. conſtitut. 83.* apertè ſcripſit vſuras quæ vocantur pecuniæ

cuniæ creditæ vbique à Spiritus sancti decreto condemnari. Licitas igitur legitimásque vsuras eas intelligimus, quæ vt Leo dicebat, propter redundantem in humana vita peruersitatem tolerantur à principibus etiam inuitis. Quales sunt trientes ea constitutione permissæ, abrogato egregio Basilij Imperatoris edicto quòd generaliter & indistincte vsuras interdixerat in vniuersum. Etsi enim non est ex principibus Christianis cui liberum sit vsuras probare & admittere, quas sacrosancta Ecclesiæ autoritas nullo non tempore damnauit, commerciorum tamen necessitas, & misera miserorum hominum cupiditas vel ab inuitis extorsit, vt quas permittere nec volunt, nec possunt, eas ad certum vsque modum tolerare
a cogantur. Quod quoniam † non ex iure, sed ex commerciorum vtilitate; aut potiùs necessitate proficiscitur, aliter atque aliter pro regionum ac temporum varietate obseruatur. Adeò vt non desint, inter quos & Molineus
3 † ipse est, qui putent ante Iustiniani constitutionem in *l. eos* 26. *Cod de vsur.* nullum vsurarum fuisse certum modum. Quod tamen quàm falsum sit apparet ex innumeris locis Pandectarum & Codicis in quibus videas fieri mentionem vsurarum licitarum & illicitarum, *l. vsuras illicitas* 20. *l. placuit sine supra statutum modum* 29. *& alibi pass. D. de vsur.* Vnde & legitimæ vsuræ in *l. pecunia fœnebris* 9. *eod.* quæ proculdubio fuerunt † centesimæ, cùm
4 in dies triginta, inque denarios centenos denarij singuli præstabantur, vt in cautione illa, de qua in *lege lecta* 40. *D de reb. creditor. l. nihil interest* 4. *D. de nautic. fœnor l. si pro mutua* 8. *C. si certum petatur. Paulus lib.* 2. *sentent. titul.* 14. §. 2. Etsi enim vsuras illas centesimas non ita passim frequentatas fuisse scio, quòd omnium grauissimæ essent, præterquàm si traiectitia pecunia proponeretur, cuius vsuras in infinitum stipulari licebat, fauore susceptæ per creditorem periculi, aut si species fœnori datæ essent, vt innuit Iustiniani constitutio in *d. l. eos*, illis verbis *vel specierum fœnori dationibus*, absurdum tamen sit legitimas vsuras interpretari, vt à quibusdam factum video, eas quæ magis sunt in vsu. Cùm nihil sit tam euidens quàm legitimas eas esse quæ sunt licitæ, id est, ad quas vsque stipulari licet, & vltra quas non licet. Eiusmodi verò fuit vsura centesima *d. l. nihil interest* 4.
5 *D. de nautic fœnor.* Leuissimæ vsuræ † ex contrario fue-
6 runt trientes, sic dictæ † quòd ascenderent ad tertiam vsque centesimæ. Idque constat ex §. *vlt. l. cum quidam* 17. *D. de vsuris*, si iungas *l. si legatum* 5. *D. de operib. public.* Idem enim Diui Pij rescriptum vtroque loco refertur, sed latiùs in *dicta l. si legatum*, & in hæc verba, Siquidem dies non sit ab his qui statuas vel imagines ponendas legauerunt, præfinitus: à præside prouinciæ tempus statuendum est, & nisi posuerint heredes, vsuras leuiores intra sex menses, si minùs, vsuras semisses reipublicæ pendant. Quod autem Vlpianus eo loco dixit *vsuras leuiores*, Paulus *in dicto* §. *vlt.* dixit *vsque ad tertiam centesimæ*,
7 vt nulla † ratio sit cur cùm *Iacobo Cuiacio lib.* 5. *obseruat. cap.* 38. ea verba Triboniano adscribere debeamus, aut cur Triboniano siccensere potiùs quàm Paulo, qua de caussa integrum Diui Pij rescriptum non retulerit. Triboniano enim satis fuit adhibere Vlpianum qui referret, ex quo peti posset quod decrat Paulo. Paulus verò satis habuit eas vsuras exprimere quæ priores heredibus ex prima mora infliguntur, quamuis possint illæ crescere si
8 intra semestre mora non purgetur. Mediocres † vsuræ & moderatæ olim fuerunt non besses, vt quidam putant, sed semisses, aut vocant semissales, quales erant quæ fisco pendebantur *dicta leg. cùm quidam* 17. §. *si debitores D. de vsuris l. vltim. Cod. de fiscal. vsur. lib.* 10. aut reipublicæ *lege Septitia* 10. *D. de pollicitation.* Erant enim mediæ inter maximas, id est, centesimas, & nullas. Etsi bessium quoque stipulationem satis frequentem fuisse non ig-
9 noro. Hæc cùm ita iure vetere se haberent, Iustinianus † pro arbitrio, nec iniqua sanè moderatione omnia immutauit in *dicta lege eos, Cod. de vsuris.* Illustribus viris trientarias duntaxat vsuras permisit. Iustis negotiatoribus terrenis, mediterraneis aut terrestribus, besses, hoc etiam addito *Nouell.* 136. vt argentariis debeantur tametsi eas stipulati non fuerint, Maritimis negotiatoribus, & iis qui species, id est, vt egò interpretor, licet contra vsurparum prudentibus loquendi rationem, merces fœnori dederint, quibus olim licebat vt diximus vsuras in infinitum stipulari, ad centesimam vsque concessit. Cæteris omnibus non nisi dimidiam centesimæ, id est, semisses vsuras, quas & præstari voluit iis omnibus casibus quibus placuit vsuras exigi posse etiam citra stipulationem, vt contingit in omnibus bonæ fidei iudiciis. Excipiuntur tamen vsuræ pupillares, & ex iudicio societatis debitæ si *Accursio* & *Molineo* credimus ex *l. 1. C. de vsur. pupill. & l. si vt proponis* 4. *C. de ædif. priuat.* Sed cum leges † illæ 10
sint priorum Imperatorum, manifestum est abrogatas esse constitutione illa Iustiniani quæ non solùm posterior, sed etiam generalissima est, vt & Iustinianus ipse testatur in *l. 3. C. de vsur. rei iud.* illo loco *in capitulis lege nostra tantummodo exceptis.* Vnus tantùm meo iudicio casus hodie supereest in quo exigi possit vsura centesima
extra quam illa Iustiniani † constitutione comprehen- 11
sum sit. Is est si agatur de vsuris rei vindicatæ post quadrimestre quod iudicato faciendo præstitutum est soluendis ex *d. l. 3* in qua hoc ipsum expressim sancitum & constitutum est. Quamquam non obscurè ea lex innuit priorem constitutionem quæ vsuris certum modum dedit ad eas duntaxat vsuras pertinere, quæ aut ex cõtractu, aut ex quasi contractu debeantur, non etiã ad eas quæ ex caussa iudicati. Proinde si quis alius casus esset in quo de vsuris centesimis tractari ex iure vetere posset dum ne ex cõtractu vel quasi debitæ essent, admitterem facilè etiam hodie centesimas vsuras deberi, si quis Iustiniani constitutionibus locus relictus esset, præsertim cùm nec cõtractæ consuetudinis in regione obtinentis rationem vllam haberi Iustinianus voluerit. Sed tamen inuito Iustiniano inualuit, vt iis etiam in locis qui Romanorum legibus reguntur & apud nos longè aliud ius sit quo vtimur quod ad vsuras attinet quàm quod fuit à Iustiniano constitutum. Vsuras enim centesimas nullo prorsus casu toleramus, sed eos qui decunces ✣ excedunt tanquam im- 12
probos fœneratores condemnamus, & grauissimis pœnis nunc pecuniariis nunc extraordinariis, prout delicti grauitas & atrocitas exigit, etiam infamia notamus, ex *l. improbum* 20. *C. de his qui notant. infam.* Ex stipulatione verò non semisses tantum, sed etiam decunces vsuras deberi admittimus, Dodrantes verò & besses multò magis. Si de vsuris nullis conuenerit, & aliquæ debeantur, quincunces duntaxat adiudicamus: semisses vix ferè vnquam, septunces interdum mercatoribus, si pecunia iis debeatur non pro pretio venditarum mercium, sed ex caussa pecuniæ traditæ. Pragmaticorum nostrorum vulgaris error est legitimas vsuras apud nos esse septunces cum semuncia. Propterea quòd edicto diui Emanuelis Philiberti optimi Principis nostri expressim cautum fuit, vt venditæ pensiones frumenti vel hordei, vel olei aut vini, & aliarum huiusmodi mercium ad eum modum redigantur. Sed manifestum est non id edicto illo egisse principem vt vsuris certum modum statueret, sed tantùm vt improbam fœneratorum calliditatem quæ sub licitæ emptionis colore anteà impunè grassabatur, coërceret: nec tamen leuiores aut medias vsuras princeps æquissimus eo casu inductas voluit, sed eas quæ proximè ad grauiores accederent, propter incertam mercium æstimationem, quæ & alia multa singularia induxit contra iuris rationem. Quamquam non tam incerta æstimatio, quàm incertus euentus fructuum fauorabiles facit huiusmodi conuentiones. Videturque potiùs his maioribus vsuris caussam illud dedisse quod etiam Iustiniani constitutio in *d. l. eos*, vsuras centesimas eo casu permisit quo species fœnori darentur. Quas etiam species fœnori dari sentire non possum intelligere, nisi de mercibus intellexit: quæ

tamen

tamen Iureconſultis appellatione generis potiùs quàm ſpeciei continentur. Denique nullus apud nos legitimus vſuratum modus eſt ſi decunces pro legitimis non habeas, quandoquidem vt dixi tolerantur, dum ne initio anni protogentur, quod cùm fiat ex decuncibus fiunt de-
13 cunces. Frequentiores tamen † in iudiciis ſunt quincunces, in ſtipulationibus ſeptunces cum ſemuncia, aut Gallorum exemplo, vſuræ duodecimæ quæ anno demum
14 duodecimo æquant † ſortem. Galli dicunt *Au denier douze, huit & tiers pour cent.* Sed de vſuris alio loco diſſerendum nobis erit copioſiùs, non ſolum contra pragmaticos, ſed præcipuè contra *Carolum Molinæum*, qui in eo tractatu inſtar omnium eſt, ac cuius inter pragmaticos non modò prima ſed ſuprema etiam autoritas eſſe ſolet. Illud tantùm ſubiiciendum reſtat, non poſſe rationem
15 habere quod pragmatici volunt, ſiue † in fraudem legitimarum vſurarum antichreſis contracta ſit, ſiue venditor enormiſſimè & vltra iuſti pretij beſſem læſus fuerit, condemnandum creditorem aut emptorem ad fructuum reſtitutionem, nec viciſſim maiores quàm quincunces vſuras aut accipere aut compenſare debere. Quidni enim liceat ei retinere ex fructibus ad legitimum ſaltem vſque modum? Vt diſputauimus in *errorem 9. Decad. ſuperioris.* Nam ſi quis putet decunces vſuras grauiores eſſe quàm vt pro legitimis haberi debeant, cur non ſaltem admittemus beſſes, aut ſeptunces, aut denique vel ex ipſa Iuſtiniani lege quæ nullo principis edicto ſublata eſt, ſemiſſes? Nam etſi tale pignus datum eſſet quod legitimis illis vſuris non ſufficeret, nihilominus legitimæ vſuræ deberentur *dicta lege, ſi pro mutua 8. Cod. ſi*
16 *cert. pet.* vbi quod † quidam pro *minoris* legunt *maioris*, vel addita negatione *non minoris*, faciunt ſanè parum ſubtiliter. Non enim ſenſus ille eſt quem putant viri alioquin doctiſſimi & de iure noſtro meritiſſimi; Debitorem non ideò legitimas vſuras creditori denegare debere quòd ei non minoris pretij pignus dederit quàm ſumma ab eo accepta valeat, ſed hîc potiùs, creditorem qui pignus accepit impar vſuris legitimis, non ideò cogendum eſſe vt leuioribus contentus ſit, aut prohibendum ne legitimas quæ maiores ſunt exigat, quia nihil commune habet æſtimatio pignoris cum debiti iure, ſiue debitum ſortis intelligas ſiue vſuratum, & quemadmodum non eo plus debetur creditori quòd pluris ſit pignus quàm quod debetur, ita nec minùs ob id ſolùm quòd pignus ſit minoris.

ERROR II.

De diuiſione fructuum inter emptorem & venditorem ſecuta ex pacto retrouenditione.

SVMMARIA.

1 *Locus ſingularis in iure de venditione ſub pacto de retrouendendo & eius expoſitio.*
2 *Si venditor ſub pacto de retrouendendo pretium reddiderit, aut legitimè obtulerit an ex tempore fructus omnes ſint ei reſtituendi, an pro rata temporis diuidendi.*
3 *Pragmaticorum ſententia diuiſionem probans.*
4 *Quo pretextu æquitatis moueantur pragmatici.*
5 *Rerum dotalium fructus diuiduntur inter maritum & vxorem aut eorum hæredes, pro rata temporis quo matrimonium ſtetit.*
6 *Fructus omnes ante retrouenditionem pertinere ad emptorem; poſt eam verò ad venditorem, contra pragmaticos.*
7 *Facilis eſt & fauorabilis fructuum aut vſurarum remiſſio præſertim cùm agitur ex pacto in traditione rei venditæ adiecto.*
8 *Contracta venditione ſub pacto adiectionis in diem is cui addicta res eſt non ſolum vſucapere poteſt, ſed & fructus & acceſſiones omnes lucrari.*
9 *Quod de fructibus dotis inter virum & vxorem diuidendis conſtitutum eſt, ex ſpeciali dotis iure pendet: nec ad venditionem ſub pacto de retrouendendo trahi poteſt, & cur.*
10 *Cautela pro emptore ſub pacto de retrouendendo.*

MONVIMVS in ſuperioribus vnicum † in toto iure locum eſſe in quo agatur de venditione facta ſub pacto. De retrouendendo. Is eſt in *l. 2. C. de pact. inter empt. & vend.* Cuius verba hæc ſunt, *ſi fundum parentes tui ea lege vendiderunt, vt ſiue ipſi, ſiue hæredes eorum emptori pretium quandocumque vel intra certa tempora obtuliſſent, reſtitueretur, téque parato ſatisfacere conditioni dicta hæres emptoris non paret, vt contractus fides ſeruetur, actio præſcriptis verbis vel ex vendito tibi dabitur habita ratione eorum quæ poſt oblatam ex pacto quantitatem, ex eo fundo ad aduerſarium peruenerunt.* Quæ poſtrema verba omnes intelligunt, & rectè de fructibus perceptis ex re vendita retrouendenda, vt emptor ad eorum reſtitutionem condemnetur, ex quo venditor pretium reddidit aut legitimè etiam obtulit. Sed an fructus † 2
omnes venditori reſtituendi, an pro rata temporis diuidendi ſint, inter iuris interpretes dubitatur. Pragmatici † 3
non dubitant, ſed pro explorato habent diuidendos eſſe pro rata temporis quo venditio ſteterit, vt ſi venditio tertia parte anni conſiterit, tertiam quoque fructuum partem ferat emptor, reliquæ partes duæ ad venditorem pertineant, ſiue illius anni quo facta retrouenditio eſt, percepti fuerint fructus ab emptore, ſiue à venditore. Cuius ſententiæ primus autor fuiſſe creditur *Raphael Comenſis ad legem, qui Romæ 122. in principio. Dig. de verborum obligation.* Quem ex recentioribus poſt alios innumeros ſecutus eſt *Didacus Couarr. lib. 1. variar. reſol. cap. 15. n. 7.* Mouentur pragmatici † non iuris ratione aliqua, ſed vt 4
ſolent, prætextu illo æquitatis, quòd ferendum non ſit ſiue emptorem ſiue venditorem & rem ſimul & pretium habere: quorum tamen alterutrum contingere neceſſe eſſet ſi ad eum ſolùm totius anni fructus pertinerent qui eos percepiſſet. Nam ſi ante retrouenditionem percepti fructus eſſent, frueretur primus emptor & re, & pretio. Haberet enim pretium ſibi à venditore reſtitutum, & nihilominus fructus iam à ſe perceptos retineret. Sin poſt retrouenditionem, habet primus venditor integros fructus, qui fortaſſe toto illo anno pretium retinuiſſet, nec niſi pridie meſſium aut vindemiarum pecuniam emptori reddidiſſet. In eámque rem abutuntur etiam pragmatici poſt interpretes exemplo rerum dotalium, quarum † fru- 5
ctus conſtat diuidi inter maritum & vxorem, aut eorum hæredes, pro rata temporis quo matrimonium ſtetit, *lege fructus 7. §. Papinianus alias, lege diuortio. D. ſolut. matrim.* Non erimus hîc longiores in errore illo refellendo, quia de eo latiùs tractandum nobis erit in Diſputationibus forenſibus. Hoc tantùm dicemus, iuris † rationem nul- 6
lomodo pati, vt fructus qui iure ſoli non ſeminis percipiuntur, *lege qui ſcit 25. §. 1. Digeſt. de vſuris.* ad alium pertineant quàm ad eum qui & dominus eſt, cùm eos percipit, & iure dominij percipit. Atqui emptor ante retrouenditionem plenè dominus eſt fundi ſibi venditi, licèt retrouendere teneatur: ſicut & venditor poſt factam retrouenditionem. Ergo neceſſe eſt, vt qui fructus ante retrouenditionem percepti ſunt ab emptore, toti & integri ad eum ſolum pertineant, & contra quotquot à venditore poſt retrouenditionem, toti & integri ad venditorem. Nec eſt quod aut hic aut ille ſiue hoc ſiue illo caſu conqueratur. Imputare namque ſibi debet qui nullam fructuum partem habet, cur non melius ſibi proſpexerit, & ab initio cauerit, vt ſecuta quandocumque retrouenditione fructus pro rata temporis diuiderentur.

Quod

Quod si factum esset, iniquitas hodie nulla subesset, quæ tamen potuit contrario euentu aduersario nocere si retrouenditio alio tempore, id est, aut citiùs aut tardiùs facta fuisset: Idcóque nec iniquum ius illud videri potest propter dubium in vtramque partem euentum. Non enim audiendus est qui id petit cuius contrarium in contrarium euentum non fuerat postulaturus *l. penultim. Cod. de solut.* Etsi autem in eo dispar conditio est emptoris & venditoris, quod in emptoris potestate non est quo tempore fiat retrouenditio vt fructus sibi acquirere possit, sed totum id in arbitrio venditoris est qui ius habet redimendi, quandocumque & ab inuito etiam emptore, tamen non habet emptor de quo magis quam de se conqueratur, qui tam liberam dederit venditori quandocumque redimendæ rei facultatem, nulla de participandis fructibus aut de vsuris adiecta pactione. Neque verò nouum est, vt emptor & fructibus fundi venditi & vsuris pretij careat eo anno quo fit retrouenditio cùm ita conuenit, licèt bonæ fidei contractus qualis est emptionis & venditionis non perinde hanc admittat conuentionem, vt aut venditor, aut emptor & pretium simul & rem amittat *leg. ex empto* 11. §. *vlt. Dig. de actione empt.*

7 Facilis † enim est & fauorabilis fructuum aut vsurarum remissio: præsertim cùm agitur ex pacto in traditione rei venditæ adiecto, *leg. in traditionibus* 49. *D. de pact.* Si talis pactio sit quam æquitas contractûs non reiputat. Nam cùm pactum sit pars pretij *l. fundi partem* 73. *D. de contrahend. emption. leg. si venditor* 6. *in fin. Digest. de fern. expert.* consequens est vt quo commodius aut incommodius venditori pactum est, eo pluris aut minoris vendidisse rem videatur, quemadmodum *vltimo superioris Decadis capite* à nobis tractatum est. Sic dicimus contracta

8 † venditione sub pacto addictionis in diem, cum cui addicta res est non solùm vsucapere posse, sed & fructus & accessiones omnes lucrari *leg.* 2. §. *vltim. D. de in diem addict.* non adhibita distinctione illa quæ fructuum diuisionem pro rata temporis inducat, licèt alio emptore existente qui meliorem adferat conditionem, atque ita resoluta venditione fructus perceptos simul cum re ipsa restitui oporteat *l.* 4. §. *idem Iulianus lib.* 1. *& l.* 6. *D. eodem.* Nec simile est quod pragmatici adferunt de fructibus

9 dotis inter virum & vxorem diuidendis. Id enim † fit speciali quodam iure dotis quæ non adeò absolutè mariti est, constante matrimonio, vt non etiam mulieris esse videatur. Quamuis enim sit in bonis mariti, est tamen mulieris, *l. quamuis* 75. *D. de iure dotium. l. in rebus* 30. *Cod. eodem.* Quamquam in illa etiam quæstione. De fructuum dotis diuisione erratum est à pragmaticis & interpretibus, vt docuimus *lib.* 1. *Coniectur. capit* 13. At res vendita sub pacto de retrouendendo quamdiu retrouendita non est pleno iure est emptoris, licèt cum onere retrouendendi. Idcóque nihil prohibet cur non fructus omnes ad eum quoque pertineant. Idémque in venditore tractari potest post retrouenditionem. Et sanè verba illa legis *habita ratione eorum quæ ad aduersarium pervenerunt* demonstrant apertissimè fructus venditori esse re-

10 stituendos, non etiam diuidendos. Prudentiùs igitur † faceret emptor si cùm paciscitur de retrouendendo, paciscatur etiam de fructibus pro rata temporis diuidendis, vt neque dubitationi, neque errori pragmaticorum locus supersit: idque passim hodie fit. Peccatur tamen à plerisque in eo quòd paciscuntur ne ante certum anni tempus redimere venditor possit. Quæ pactio sicuti facit vt redimendi facultas non sit libera, ita suspectam reddit venditionem, vt contractus simulatus & pignoratitius potiùs quàm venditio facta esse videatur, secundùm ea quæ diximus *in errorem* 9. *Decadis superioris.* At pactio illa de fructibus inter redemptorem, & retrouenditorem diuidendis, non facit vt eo minùs libera sit redimendi facultas, neque iniqua est aut à iuris ratione aliena cùm habet expressam contrahentium voluntatem.

ERROR III.

De diuidendis inter emptorem & debitorem fructibus pignorum redemptorum.

SVMMARIA.

1 *Ex sententia pragmaticorum fructus pignorum redemptorum inter emptorem & debitorem diuidendi sunt pro rata temporis.*
2 *Pignorum redemptorum fructus omnes debitori intra constitutum tempus redimendi restituendos esse contra pragmaticos, & num.* 13.
3 *Idque obtinere siue creditor ipse emerit.*
4 *Siue extraneus.*
5 *Pignorum venditio quatenus sit similis venditioni quæ fit sub pacto addictionis in diem.*
6 *Vt verum sit illud facta venditione sub pacto addictionis in diem fructus interea perceptos priorem emptorem sequi.*
7 *Venditio quæ fit sub pacto de retrouendendo, vt differat à venditione pignorum, item ea quæ fit sub pacto addictionis in diem.*
8 *Retrouenditio secunda est venditio, non resolutio prioris.*
9 *Cum pignus redemptum intra semestre redimitur nulla venditionis Laudemia debentur: secus si post semestre.*
10 *Facta venditione sub pacto de retrouendendo iam tum laudemia debentur directo domino: secuta verò retrouenditione alia etiam debentur nisi consuetudo loci obstet.*
11 *Facta retrouenditione apud Sebusianos nulla debentur laudemia, at apud Sabaudos debentur dimidiata.*
12 *Cùm redimuntur pignera vendita, non tam redimi quàm lui deberi.*
14 *Explicatur sententia Straui Sabaudici constituentis vt fructus post additionem percepti spectent ad emptorem.*
15 *Fructus pendentes qui propriè dicantur.*

NOn absimilis, sed tamen superiori errori contrarius hic est hoc ipso quod ad hunc quoque casum quo agatur de fructibus † 1
pignorum redemptorum inter emptorem & debitorem diuidendis, pragmatici nostri idem ius accommodant quod ad illum de quo proximè diximus, De fructibus rei retrouenditæ inter emptorem & venditorem partiendis. Putant enim vtroque casu diuisionem pro rata temporis fieri debere. Nos verò sicuti fructus omnes rei retrouenditæ ad eum pertinere probauimus qui eos percepit, siue emptor ille sit siue venditor, dum ne culpa vlla aut mora arguatur, ita & pignorum redemptorum † fructus omnes debitori intra con- 2
stitutum tempus redimenti restituendos esse contendimus, nec solùm si creditor ipse in vicem extranei emptoris emisse proponatur, quod minorem habet dubitationem, sed etsi extraneus. Nam cùm creditor † ipse emit, li- 3
cèt extranei potiùs quàm creditoris iure, in eo tamen melius iuris habere debet quàm extraneus, quòd non tam alienæ rei comparandæ quàm sui consequendi gratia ad emptionem accessisse intelligitur, quemadmodum dici solet de fideiussore qui pignora debitoris emit à creditore aut à confideiussoribus, aut de secundo creditore qui emit à primo *l. cùm secundus.* 5. §. 1. *& l. seq. D. de distract. pignor. l. Paulus respondit* 59. *D. de fideiuss.* Idcóque sufficit indemnem illum præstari quòd facilè fit etiamsi fructuum commodum ei eripiatur dummodo debitum integrum cum vsuris & legitimis accessionibus ipsi præstetur *l.* 1. *Cod. de dolo. l. si mandatu* 59. §. 1. *D. mandati.*

Nec

Nec dubitarem quin eodem exemplo admitti etiam deberet ſaluum debitori ſupereſſe quandocumque offerendi debiti niſi ſtatuti noſtri auctoritate in eam rem ſemeſtre conſtitutum eſſet, ne creditori neceſſe ſit ad impetrandum dominium eas ſequi ambages quas induxit conſtitutio Iuſtiniani *De iure dominij impetrando.* Cùm
4 verò extraneus † emit pignus, ſicuti verus nudúſque emptor eſt, ita nemo dubitat quin veri prorſuſque extranei emptoris, non etiam creditoris iure cenſeri debeat, ac proinde fructus omnes quos ex die ſibi factæ addictionis percepit, ſuos faciat. Quod & ſtatuti verbis expreſſim
5 cautum eſt. Sed tamen dico eam venditionem † perſimilem eſſe venditioni quæ fit ſub pacto addictionis in diem, quæ licèt purè contracta ſit, tamen reſoluitur ſub conditione, ſi intra dictum diem alius emptor exiſtet, qui meliorem adferat conditionem *l. 1. 2. & ſeqq. D. de in diem addict.* Nam & hæc pignorum venditio ſiue ipſi creditori, ſiue extraneo emptori fiat, purè quidem fit & abſolutè, ſed ita tamen vt reſoluatur, & pro non facta habeatur ſi intra ſemeſtre pretium à debitore reddatur: interea igitur non niſi in tempus illud ſemeſtre addictio fieri intelligitur: Et conſequenter ſicut is qui emit ſub pacto addictionis in diem fructus interèa lucratur iure dominij ſi venditor dominus fuit, aut iure bonæ fidei poſſeſſoris, itémque vſucapit ſi à non domino emit, ita & is qui pignora emit ſub haſta, dominus quidem ex cauſſa emptionis factus videri debet ſecuta ſcilicet traditione, ob idque fructuum quoque commodum tanquam dominus ſibi proculdubio acquireret, etiamſi ſtatuto nihil de ea re cautum eſſet. At non inde fit quominus reſtituto intra ſemeſtre pretio, atque ita reſoluta ipſo iure venditione eos fructus reſtituere debeat debitori, lucraturus eos vtique ſi pretium ſuo tempore redditum non
6 fuiſſet. Nam & quod diximus facta venditione † ſub pacto addictionis in diem, fructus interea captos emptorem priorem ſequi toties verum eſt quoties nullus emptor exiſtit qui meliorem conditionem adferat, vel falſus exiſtit, ſin verò extitit emptor, poſterior fructus refundere priorem debere conſtat, & quidem venditori *l. item quod dictum eſt 6. D. eod.* quaſi nulla facta venditione quæ ſcilicet ſemel reſoluta conuentionis iure, & poteſtate, pro eo habetur acſi facta numquam fuiſſet, in có-
7 que nimirum differt † venditio pignorum, itémque illa quæ fit ſub pacto addictionis in diem, ab ea quæ fit ſub pacto de retrouendendo. Nam cùm pactum de retrouendendo interceſſit, non reſoluitur venditio ipſo iure, & ſola conuentionis poteſtate, ſed facto opus eſt, & retrouenditione & retrotraditione, quoniam & conuentionis verba ſic ferunt: Indéque fit vt etiamſi ſecuta ſit retrouenditio, fructus tamen ab emptore priùs quàm retrouenderet pereceptos, ab eo reſtitui non oporteat, vtpote quos non poſſit videri nullo iure percepiſſe, cum eos perceperit ex cauſſa venditionis quæ tunc ſubſiſtebat vt ſemper ſubſtitit. Sequens enim venditio ab emptore venditori facta, licèt ex neceſſitate pacti, non magis extinguit, aut perimit priorem quàm ſi eam rem à ſe emptam abſolutè nullóque adiecto pacto de retrouendendo emptor, aut venditori ſuo aut etiam alij vltro vendi-
8 diſſet. Retrouenditio † enim, ſecunda venditio eſt non reſolutio prioris. Inter quæ quantum interſit, nemo non videt. Atcùm pignus venditum redimitur, nulla traditio aut noua venditio fit, ſed hoc ipſo quod emptori pretium reſtituitur cum legitimis acceſſionibus, venditio quæ fuerat non ſolum contracta, ſed etiam perfecta reſoluitur ipſo iure, & dominium emptori quæſitum ad debitorem ſuo marte recurrit. Ex quo illud etiam fit vt
9 nulla hoc caſu † venditionis laudimia debeantur, ſecuta redemptione intra legitimum tempus, quaſi nulla venditione intercedente. Sed incipit laudimiorum obligatio eo tempore quo iam elapſo ſemeſtri certum eſſe incipit venditionem ampliùs reſolui non poſſe. Licèt eo caſu laudimia quæ non niſi propter dominij tranſlationem debentur, præſtanda ſint ei qui tempore addictionis dominium directum habuit, aut ius à domino directo, non autem illi qui eo tempore quo ſemeſtre elapſum eſt, quia verum eſt iam inde ab ipſo addictionis die dominium tranſlatum fuiſſe in emptorem, quamuis non irreuocabiliter. Ex contrario conſtat venditione † facta ſub pacto 10
de retrouendendo, iam tam laudimia deberi domino directo, ſecuta verò retrouenditione, alia etiam deberi ſi conſuetudo loci non obſtet, quæ cùm ſeruanda ſit, plerumque facit vt ex retrouenditione † aut nulla, vt apud 11
Sebuſianos meos, aut minora & dimidiata, vt apud Sabaudos debeantur. Eóque iure paſſim Senatus noſter vtitur. Denique cùm pignora † redimuntur, non tam redimi 12
quàm lui videntur, tametſi verum ſit pignoris ius extinctum fuiſſe ex quo quæſitum eſt creditori dominium, quia non potuit ei res ſua eſſe obligata *l. penult. §. vlt. ff. de except. rei iudic.* Sed lui dicuntur, quia ſola pretij & legitimarum acceſſionum oblatio perinde diſſoluit ius omne creditoris, acſi ſolum pignoris vinculum fuiſſet. Nam & ſic dicimus eos qui ab hoſtibus redempti ſunt, quoad exſoluatur pretium magis in cauſſam pignoris conſtitutos quàm in ſeruilem conditionem detruſos videri *l. 2. C. de poſtlim. reuerſ. l. ſi patre 15. l. ſi quis in gemuam 21. D. eod.* Extamen certum eſt conſtitutionem quæ de redemptis lata fuit, eum ſeruum qui redemptus eſt facere redimentis *l. in bello 12. §. ſi quis ſeruum & ſeq. D. eod.* Nimirum quia intra legitimum tempus offerendi pretij facultas priori domino ſupereſt, vt ibidem Tryphoninus ait, eáque oblatio luitio magis quàm noua emptio aut redemptio dici debet, vt Vlpianus loquitur in *d. l. ſi patre redempto.* Conſequens igitur eſt ſuperioribus vt emptor † omnes eos fructus quos ex pigno- 13
re vendito, ſibíque velut in diem addicto percepit, perinde debeat reſtituere debitori intra ſemeſtre luenti, acſi nulladum facta venditione pignus lueretur. Idem enim beneficio ſtatuti ius manet debitoris poſt addictionem intra tamen ſemeſtre tempus, quod fuit ante addictionem: nec plus iuris habet extraneus emptor quàm creditor ipſe ad impediendam pignoris luitionem, quia quòd extraneus potiùs quàm creditor emerit, deteriorem facere debitoris conditionem non poteſt. Nec eſt
contrarium quod ſtatuti † verbis nominatim cautum 14
legimus, vt fructus poſt addictionem percepti ſpectent ad emptorem. Nam & idem, vt diximus, proditum eſt de emptore cui vendita res eſt ſub pacto addictionis in diem *d. l. 2. de in diem addict.* neque tamen ea res excludit quominus emptor eos fructus reſtituere debeat venditori reſoluta quandocunque venditione *d. l. item quod dictum 6. eod.* Atque ita ſtatutum intelligendum eſſe ex eo apparet, quod eo ipſo cautum etiam eſt, vt ſemeſtre luendis pignoribus datum incipiat currere à die addictionis, nec proinde de aliis fructibus ſenſiſſe videri poteſt, quàm de iis qui intra proximum illud ſemeſtre percepti ſint. Atqui non poſſunt intra ſemeſtre illud percipi niſi qui iam tùm cùm venditus & addictus fundus fuit, in fundo fuerint & pars fundi. Non enim fructus tantùm pendentes videntur pars fundi *leg. fructus pendentes 44. D. de rei vendicat.* Sed & fundi eſſe intelligitur, quicquid terra in ſe tenet *leg. fundi 17. D. de action. empt.* & quod *dicta leg. fructus*, tractat de fructibus pendentibus non fit hac parte ad differentiam ſatorum nondum pendentium, vt quidam putant, licèt magis elegantèr & propriè pendentes † dicantur, 15
qui iam ſunt maturi, ſed tantùm ad differentiam perceptorum, & à fundo ſeparatorum. Itaque fructus illi ad emptorem pertinent non tanquam fructus rei venditæ quos neceſſe ſit ipſius rei dominium & dominum ſequi, ſed tanquam ipſi venditi, cùm vtique nemo ſit qui non pluris æſtimet fundum ex quo fructus intra ſemeſtre ſperet, quàm ſi nullos en anno ſperaret. Igitur reſtituto pretio ſatis conſulitur indemnitati emptoris, etiam quod ad fructus attinet, dummodo vſurarum

ſicut

ſicut & cæterarum acceſſionum ratio habeatur. Etſi autem à ſtatuto hactenus contraria lege receſſum eſt, quod hodie ſemeſtre illud non à die addictionis, & vt ſtatutum loquitur, expeditionis computatur, ſed die miſſionis in poſſeſſionem. Non eò minùs tamen rectum etiam hodie eſt argumentum quod à ſtatuto ducitur, ratione fructuum, quandoquidem ſtatuti potiſſimum autoritate nituntur qui fructus emptori aut in totum, aut pro rata temporis adiudicant.

ERROR IV.

Cuius temporis ratio habeatur in adiudicandis laudimiis ex pignorum venditione debitis.

SVMMARIA.

1 *Si alius fuit dominus directus aut ab eo cauſſam habens eo tempore quo pignus venditum & emptori addictum eſt, alius verò eo tempore quo ſemeſtre pignoribus luendis præſtitutum præterierit: laudemia debentur priori, non poſteriori.*
2 *Qua ratione diſputent pragmatici quidam laudemia potiùs deberi ei qui poſterioris temporis ius habuit.*
3 *Venditionem pignorum de qua agitur ſub conditione contractam videri pragmaticis, quòd ſit reſolubilis ſub conditione.*
4 *Sed falsò.*
5 *Error pragmaticorum de conditionibus retrotrahendis exploditur.*
6 *Alia ratio pragmaticorum, qua ſtatuunt laudemia non priori ſed poſteriori domino aut conductori deberi.*
7 *Rationis refutatio.*
8 *Accuratè expenditur ratio ſub nu. 2. propoſita.*

QVod obiter ſuperiore capite diximus, ſi alius fuit † dominus directus, aut à domino directo cauſſam habens eo tempore quo pignus venditum & emptori addictum eſt, alius verò eo tempore quo ſemeſtre luendis pignoribus venditis præſtitutum præterierit, laudimia ei deberi qui anterioris temporis ius habuit, non ei qui poſterioris, certiſſimi quidem iuris eſt, præſertim poſt ſenatuſconſulta in hac re reddita, quæ dubitationem omnem ſuſtulerunt, ſed tamen non ita facile pragmaticis omnibus cognitum, nec iis ipſis quibus cognitum eſt, qua ratione admitti debeat, ſatis perſuaſum. Non enim deſunt, 2 qui in contrarium diſputent † eius potius temporis rationem in adiudicandis laudimiis habendam eſſe quo dominium irreuocabiliter, vt loquuntur, acquiratur emptori, quod non priùs euenit, quàm elapſum ſit ſemeſtre intra quod luendi ius ſaluum eſt debitori. Nam etſi laudimia debentur ob ſolam dominij tranſlationem quam porrò conſtat fieri ex ipſo die addictionis, & ante lapſum ſemeſtre, cùm tamen ea tranſlatio ſic facta ſit vt ſola pretij & acceſſionum reſtitutione intra legitimum tempus ſecuta, non ſolùm traditio, ſed ipſa quoque traditio ad nihilum deducatur, non videtur ſatis habere virium ad inducendam obligationem laudimiorum, niſi à quo tempore incipit non poſſe reuocari. Eiuſque rei fortiſſimum argumentum illud præbet, quod omnes fatentur & veriſſimum eſt, ſi intra ſemeſtre luitio facta ſit, laudimia nulla deberi, licèt non eo minus verum ſit tranſlationem dominij aliquando factam fuiſſe, quia illud etiam verum eſt, ſic factam eſſe, vt poſtea ipſo iure fuerit reſoluta: Annon igitur maior ratio eſt, vt ei debeantur qui ſit dominus directus aut à domino directo cauſſam habeat eo tempore quo ſic perficitur, & confirmatur venditio, vt neque reſolui, neque reuocari ampliùs poſſit? Magna ſanè & ardua obiectio eſt, quam vix poſſit meo iudicio diſſoluere qui non in prudentum melius quàm in pragmaticorum ſcholis & ſubtilitatibus ſit verſatus. Addunt pragmatici, venditionem † hanc 3 pignorum, cùm luitione intra conſtitutum tempus ſecuta reſolubilis ſit, vt ita loquar, perinde habendam acſi facta eſſet ſub conditione illa ſi intra ſemeſtre pignus non luetur. Vt inferant conditionis euenientis potiùs quàm contractus initi tempus ſpectandum eſſe. Etſi enim non ignorant in conditionalibus quoque ſtipulationibus ſpectari ſolere tempus quo contractum fuit, non quo conditio euenit *leg. ſi filiusfamilias 76. D. de verbor. obligat.* Id tamen cum ea ratione fieri putent quòd conditio quandocumque exiſtens ad tempus contractus retrotrahatur ex *leg. qui balneum 9. & l. potior 11. D. qui potior. in pignor. hab.* negant locum habere poſſe in propoſito, quia conditio illa, *Si pignus intra ſemeſtre non luetur* eſt poteſtatiua, vt loquuntur, quandoquidem eſt in poteſtate debitoris vt pignus luat aut non. In quo genere poteſtatiuarum conditionum receptum eſt vt nunquam retrotrahantur in præiudicium tertij cui medio tempore ius quæſitum eſt, quaſi medio inhabili conſtituto quod habile eſſe deberet ad inducendam retroactionem. Ne alioqui in poteſtate debitoris ſit creditoris ſui deteriorem facere conditionem. Sed ratio hæc in multis peccat. Et in eo primùm quod venditionem hanc† pignorum ideò ſub conditione con- 4
tractam videri vult, quòd ſit reſolubilis ſub conditione. Multum namque intereſt an venditio ſub conditione contrahatur, an ſub conditione reſoluatur, vt Iureconſulti tractant in venditione facta ſub pacto addictionis in diem aut legis commiſſoriæ *leg. 1. & 2. D. de in diem addict. leg. 1. & 2. D. de leg. commiſſ.* Hæc de qua agimus proculdubiò contrahitur purè, cùm neque mora neque conditione ſuſpendatur, licèt ſub ea conditione reſolui poſſit, ſi intra ſemeſtre pignus luetur. Itaque fruſtra quæras an conditio ſit poteſtatiua, an caſualis: aut mixta, quæ tres conditionum ſpecies ſunt, itémque an retrotrahi debeat néne. Sed tamen illa etiam ratio hæc pragmaticorum improbabilis eſt, quòd ex interpretum ſententia tractat de conditionibus retrotrahendis. Nam † cùm conditio quælibet priuſquàm exiſtat nihil niſi 5
priuatio ſit, poſtquam verò extitit ne quidem priuatio ſit, non magis fieri poteſt vt exiſtens retrotrahatur, quàm vt quod non eſt, ſit aut eſſe videatur, quandoquidem & ipſa priuatio nihil aliud quàm nihil eſt, vt pluribus contra interpretes diſputauimus *lib. 15. Coniectur. cap. 6. & 7.* Tertia pragmaticorum † ratio affertur quòd 6
addictio illa quæ fit ſub haſta, adeóque miſſio in poſſeſſionem quæ ſequi ſolet, comparanda videatur primo decreto, adiudicatio verò illa quæ poſt elapſum ſemeſtre fieri ſolet, ſecundo decreto: nam & decreti interpoſitio à pragmaticis appellatur, poſtquam nullum luendi ius ſupereſt debitori. Certum autem eſt non ex primo decreto dominium acquiri, ſed ex ſecundo. Quod ſi ita eſt, illud etiam conſequens videtur, vt laudimia, quæ, vt diximus, propter dominij tranſlationem debentur, non priori ſed poſteriori domino aut conductori debeantur. Sed ridicula † quoque hæc ratio eſt, duabus 7
potiſſimùm de cauſſis, quarum vna illa eſt, quod nihil commune aut ſimile habet huiuſmodi venditio & decreti interpoſitio cum primo & ſecundo decreto de quo Iureconſulti quibuſdam locis tractant, vt ſequenti capite dicemus. Altera quòd dominium pignoris ſub haſta venditi irreuocabiliter acquiritur emptori, non per illam interpoſitionem decreti quod illi ſecundo decreto comparant, ſed per ſolum lapſum temporis, id eſt, ſemeſtris quod luendis pignoribus præfinitum eſt, licèt nondum decreto confirmatæ ſint ſubhaſtationes, quia nec niſi poſt elapſum ſemeſtre decreto confirmari poſſunt. Illa tamen ratio † pro ſecundo domino aut conductore 8
multum vrgere videtur, quòd dominium ex addictio-

ne emptori quæsitum, non nisi post lapsum semestre, irreuocabiliter quæsitum intelligitur. Eo autem emptore non videtur res esse integra vt iam inde à die addictionis dominium planè & irreuocabiliter quæsitum esse retrofingatur, obstante nimirum eadem ratione, quæ conditionis potestatiuæ retroactionem impediret si conditio alioquin retrotrahi posset, quod alteri medio tempore ius quæsitum sit. In eóque tota huius quæstionis difficultas consistit. Impugnat enim apertissimè & validissimè rationem illam, quæ vna pro priore domino & conductore facit, quod iam inde à die addictionis perfecta venditio, pignorisque dominium in emptorem translatum intelligatur. Respondendum est subtiliter quidem, sed tamen verè, & ex ipsissima iuris ratione, imò verò esse omnia integra, quia nec quicquam iuris videri potest quæsitum posteriori domino aut conductori priusquàm semestre totum præterierit, quando nec antè laudimia debentur. Atqui vltimo semestris instanti & consequenter priusquam semestre præterierit (vltimum enim illud instans semestri necessariò computandum est) certum esse incipit non posse luitionem pignoris fieri intra tempus constitutum, quoniam solutio & numeratio debiti quam præcedere necesse est ad luendum pignus, consistit in facto, & quidem in facto hominis, quod vnico instanti perfici non potest, arg. *l. vlt. D. de condic. instit.* Ex eo igitur instanti, ac proinde re adhuc omnino integra incipit dominium absolutè & irreuocabiliter ei quæsitum esse cui pignus fuerat venditum & addictum. Non enim sicuti inesse est totum semestre, id est, vltimum quoque semestris instans præteritum esse vt incipiat præstandorum laudimiorum obligatio, (quia prius est vt initio fieri posse desierit, neque verò eodem instanti vtrumque fieri potest, vt & causa nascatur & effectum producat; ita dici potest necessarium esse vt instans illud præterierit ad irreuocabilem acquisitionem dominij, quod scilicet iam anteà fuit quæsitum, nam vt reuocari non possit in priuatione & in solo temporis lapsu consistit non in facto, ideóque vnico instanti incommodè id fit, nec naturæ aut hominis factum vllum requirit: inde fit vt vltimo semestris instanti verum sit dicere dominium emptori ex addictione irreuocabiliter quæsitum esse. Neque tamen verum sit dicere laudimia iam deberi, sed tantùm debita iri, quia prius quoque est vt dominij acquisitio sit irreuocabilis, aut vt meliùs loquar, irresolubilis, quàm vt ob eam laudimia vlla debeantur, cùm ea irreuocabilis acquisitio dominij velut causa sit quæ producit laudimiorum obligationem tanquam effectum. Sed etsi eodem instanti vtrumque fieret vt & dominij acquisitio irreuocabilis esse & laudimia deberi inciperent, non eo minùs tamen res integra videri deberet ad confirmandum ius prioris domini, vel conductoris, quia ad excludendum posteriorem sufficit nihil eum iuris habuisse in petendis laudimiis medio tempore, id est, à die addictionis & quæsiti per addictionem dominij ad eum vsque diem quo cœperit facta esse irreuocabilis acquisitio dominij quæ fuerat antea irreuocabilis. Ita enim apparet esse omnia integra, nec medium vllum inhabile esse quod ab extremo à quo ad extremum ad quod liberum impediat regressum. Atque hæc vera veri iuris ratio est quam ex pragmaticis etiam illi ignorant qui vt benè sentiant casu magis quàm ratione mouentur.

ERROR V.

De interpositione decreti quæ fit antequàm semestre præterierit.

SVMMARIA.

1 *Error Sebusianorum pragmaticorum qui eodem libello petis volunt missionem in possessionem pignorum venditorum & interpositionem decreti, vt subhastationes rectè facta pronuntientur.*

2 *Eorum erroris refutatio.*

3 *Pragmaticos Sebusianos & offendere in legem, & debitori iniuriam facere quantumuis clausulam illam, saluo luendi iure quod intra semestre competit ex statuto, libello adiiciant.*

4 *Obiectio pragmaticorum, & eius dilutio.*

PEculiaris hic error meorum Sebusianorum, † quibus tanto magis æquum est à nobis consuli peculiari quodam iure. Qui enim apud eos præcipua pragmaticorum laude floruerunt, iam pridem induxere, vt eodem libello petatur missio in possessionem pignorum venditorum, & interpositio decreti vt subhastationes ritè rectéque factæ perfectæque pronuntientur. Quæ res apertè pugnat † cum lege nostra prouinciali quæ de toto iudicatorum ritu & ordine breuiter nec obscure aut incomptè scripta est. Habet enim disertis verbis, non priùs petendam esse decreti interpositionem, quàm semestre præterierit, cuius tempora non nisi à die missionis in possessionem currere incipiunt, cùm olim currerent à die addictionis, & vt statutum loquitur, expeditionis. Fieri ergo non potest vt eodem libello ac eodem tempore, & missio in possessionem & interpositio decreti iure postuletur. Scio pragmaticos † Sebusianos vt huic obiectioni occurrant solere obseruare vt tam in libello quàm in sententia quæ intra semestre decretum interponit, adiiciant clausulam hanc *saluo luendi iure quod intra semestre competit ex statuto*, & eum erroris sui colorem quærere, quòd hac via fiat vt vtraque quæstio & missionis in possessionem & interpositionis decreti citiùs expediatur. Sed tamen præter id quòd offendunt in legem, quæ sicuti scripta ita seruanda est quantumuis dura *l. prospexit 9. D. qui & à quib. manumiss.* faciunt etiam iniuriam debitori cui duobus modis lex fauere voluit, commiseratione vt puto inopiæ, quæ debitores plerumque impedit ne intra semestre possint luere pignus, aut præsenti oblatione facere ne pignora distrahantur. Nam cùm semestre illud statutarium breuius videretur quàm vt misero debitori ad conquirendas & explicandas pecunias sufficere posset si à die addictionis & expeditionis vt statutum volebat computaretur, visum est æquius, vt nonnisi à die missionis in possessionem quæ aliquando expeditionem longo sequitur intercallo, currere inciperet, quò laxiùs & indulgentiùs cum debitore ageretur. Elapso autem semestri, atque luendi iure ordinario pignoris amissa facultas, adhuc tamen debitori decurrendum esse placuit hactenus vt si quid in subhastationum forma peccatum sit, decreti interpositio prohibeatur, perindéque luendi pignoris facultas supersit, acsi semestre nondum præteriisset. Ita fit vt luendi pignoris tempora nonnumquam duplicentur, magno sanè miseri debitoris commodo, cuius bona vt plurimùm vel vilissimo vel saltem minore & viliore quàm par sit pretio venduntur, vt tanto plus laborandum habeat in pecunia conquirenda & dimittendo creditore. Nam & statuto idipsum permissum est, dum ne duplum excedatur. Dices debitorem † contra quem interpositio decreti postulatur antequàm semestre præterierit, perinde posse de subhastationum vitibus & nullitate contendere, atque si semestre iam præteriisset: Proinde nihil eius videri interesse an citiùs an tardiùs de interponendo decreto quæratur. At respondeo, Rectè id equidem dictum iri si ad impediendam decreti interpositionem nihil aliud exigeretur nisi vt in subhastationum forma peccarum esse appareret. Sed quoniam illo etiam casu quo perperam factæ sunt offerendum est debitum, adeóque obsignandum priusquàm ad eas impugnandas debitor admittatur dum ne pro indebito facta sint, nemo non videt iniuriam fieri maximam

debitori

debitori ſi antequàm ſemeſtre præterierit, vrgeatur ad pecuniam conquirendam & obſignandam. Præter id quod nec modicum in eo damnum debitor ſentit ſi de ſubhaſtationum iure & viribus litem ſuſcipere cogatur priuſquàm ſit neceſſe. Quid enim ſi habeat vnde pignus intra ſemeſtre ſit luiturus. Quænam vtilitas erit totius litis de nullitate ſubhaſtationum & interponendo decreto inſtituræ, ſiue pro debitore iudicatum ſit, ſiue pro creditore? Et tamen habet plerumque ea quæſtio difficultatem & ſumptuum materiem maximam, vel ob emolumentum illud quod pro iudicato pendi ſolet. Sed etſi tam inops eſſet debitor vt certum propemodum eſſet non luiturum pignus intra tempus conſtitutum, quod tamen vix eſt vt certum eſſe vnquam poſſit, nihilominus eius intereſſet non tam citò decretum interponi, cùm ſubhaſtationes minùs ſolenniter factæ ſunt: Vel ob hoc ipſum vt præterito ſemeſtri nouam haberet dilationem intra quam luere concederetur. Quamuis enim luendi vis poſt ſemeſtre intercidat cùm ſubhaſtationibus ſua vis & forma ineſt, ſi quid tamen in iis peccatum ſit, tandiu ius luendi durat quandiu decretum interpoſitum non eſt, ad 30. vſque annos. Nec quod obſignationem fieri neceſſe eſt ad impugnandas ſubhaſtationes, impedit quominus ea obſignatio fieri quandocunque poſſit quouſque ad ſententiam perueniatur. Nam & plerumque ſolent iudices cùm obſignatio nulla præceſſit, ſi vitio aliquo ſubhaſtationes laborare videant, non quidem pro debitore iudicare, id eſt, decreti interpoſitionem denegare, ſed ex ſumma æquitate tempus ſtatuere duorum aut trium, aut ad ſummum ſex menſium pro debitæ quantitatis, & perſonarum conditione, intra quam debitori luitio permittatur ſoluto debito cum legitimis acceſſionibus & ſumptibus litis, hoc tamen addito, vt ſi non intra illud tempus luitio facta erit, decretum ex nunc prout ex tunc interpoſitum eſſe intelligatur. Sic enim fit vt & miſero debitori & iuſto creditori eâdem ſententiâ conſulatur, oblata vtrique indemnitate.

ERROR VI.

De primo & ſecundo decreto.

SVMMARIA.

1 *Primum decretum quodnam appellent pragmatici.*
2 *Secundum decretum quid pragmaticis.*
3 *Decretum & Decernere quid Iureconſultis ſignificet.*
4 *Interlocutionem de mittendo emptore in pignorum poſſeſſionem perperam dici pragmaticis primum decretum.*
5 *Decreta quæ habent clauſulam iuſtificatiuam, ſecuta interceſſione, & vt loquuntur, oppoſitione, reſoluuntur in ſimplicem citationem.*
6 *Quis ordo obſeruari ſoleat à Senatu Sabaudiæ quando pignoribus captis in executione iudicati petitur miſſio in poſſeſſionem.*
7 *Quid de ſecundo decreto, quod vocant pragmatici ſentiendum ſit.*
8 *Duplicis decreti quando meminerint ICti.*
9 *Quis ſenſus ſit l. ſi finita §. Iulianus D. de damn. infect.*
10 *Qui ex cauſſa damni infecti mittitur in poſſeſſionem nolente aduerſario cauere, non idcirco ſit poſſeſſor, ſed eſt tantùm in poſſeſſione.*
11 *Miſſio in poſſeſſionem pignorum venditorum & interpoſitio decreti quæ ſequitur, nihil habent commune cum duplici decreto ex cauſſa damni infecti.*
12 *Cur primus inſſus cauendi pro adipſus non rectè dicatur decretum.*
13 *Alius caſus quo meminere IC. duplicis decreti.*
14 *Quantum differat hic caſus ab eo quo emptor mittitur in poſſeſſionem pignorum.*

PRagmaticis frequens mentio eſt primi & ſecundi decreti, nec tamen quid his verbis ſignificetur, bene vt puto exploratum. Nam primum † decretum vulgò intelligunt, interlocutionem illam iudicis quæ ſine cauſſæ cognitione poſt perfectas ſubhaſtationes, de mittendo emptore in poſſeſſionem pignorum venditorum. Secundum † verò illud quod fit cum pleniſſima cauſſæ cognitione, quando poſt elapſum ſemeſtre illud de quo proximo capite ſcripſimus, ſubhaſtationes ritè rectéque factæ pronuntiantur. In quo ſanè errant manifeſtiſſimè, & oſtendunt ſe nec quid decretum, nec quid primum & ſecundum decretum ſit, intelligere. Decretum † enim Iureconſultis nullum omnino eſt ſine cauſſæ cognitione: idque ipſa nominis ſignificatio euincit. Decernere namque Latinis nihil aliud eſt, quàm propoſita dubitandi & deliberandi occaſione in vtram partem ſtatui quid debeat, in hanc tandem aut in illam ſic deſcendere vt certi aliquid ſtatuatur, quod certè fieri nequit, ſi alterum duntaxat ex litigatoribus iudex audiat. Vnde illud eſt, quod Iureconſulti ſæpiùs tradunt vbi decretum neceſſarium eſt non poſſe rem de plano, & per libellum expediri *l. nec quicquam. 9. §. l. vbi decretum. D. de offic. proconſul. omnia quæcunque 71. D. de regul. iur.* Atqui interlocutio † illa de mittendo emptore in poſſeſſionem pignorum venditorum, quam pragmatici primum decretum vocant, fit ſine cauſſæ cognitione, & per libellum expeditur, & apud iudices inferiores habet plerumque adiectam clauſulam interceſſionis quam iuſtificatiuam vocant, *niſi quis opponat*, per quam fit vt ſi is ipſe qui debitor eſt, & cuius pignora vendita fuerunt, velit intercedere, audiendus ſit, non ſecus quàm ſi ex interlocutione iudicis vocari tantùm iuſſus fuiſſet, cauſſam dicturus quare non ea miſſio in poſſeſſionem concedi deberet. Id enim eſt quod pragmatici dicunt, huiuſmodi decreta † quæ habent clauſulam iuſtificatiuam, ſecuta interceſſione, & vt loquuntur, oppoſitione reſolui in ſimplicem citationem, vt & *Bartolus* tractat *in l. de pupillo 5. §. meminiſſe. D. de oper. noui nunciat.* quoniam nec alioqui cum iuris ratione conuenirent quæ non patitur vt incipiatur vnquam ab executione, ſed tantùm à citatione. Ideóque dicitur clauſula illa *iuſtificatiua* quaſi iuſtam faciens interlocutionem quæ alioqui iuſta non eſſet. Quamquam non ignoro apud Senatum noſtrum aliter quàm apud inferiores iudices hac in re obſeruari, propter autoritatem, vt puto eorum quæ ſupremo magiſtratu iubente geſta ſunt. Soler enim Senatus † ſi quando in iudicati executionem pignora capta & diſtracta fuerint, eáque miſſio in poſſeſſionem deinde petatur, inſpicere ex actis ſubhaſtationum an quid in iis peccatum ſit necne, & ſi peccatum videat, nihil aliud decernit niſi vt debitor vocetur ad ſubhaſtationes aut comprobandas aut impugnandas. Sin omnia ritè rectéque geſta ſunt, concedit petitam miſſionem, nec debitori ipſi qui iam condemnatus eſt ſaluam relinquit intercedendi facultatem, ſed aliis tantùm ſi qui erunt tertij, necdum auditi qui intercedere volent: licèt aliis caſibus, id eſt, nulla dum ſecuta condemnatione non ſoleat Senatus noſter eas literas, vt vocant, miſſionis in poſſeſſionem concedere, ne tum quidem cùm agitur ex inſtrumento guarentigiato, quod ex ſtatuti autoritate vim ſententiæ & condemnationis habere dicitur, quaſi alienum id à Senatus maieſtate & æquitate videatur, vt permittat incipi ab executione, quãuis addita clauſula iuſtificatiua, cuius apud inferiores iudices vſus his omnibus caſibus nec iniquus nec inutilis eſſe exiſtimatur. Etſi verò cùm Senatus decernit vt emptor pignorum venditorũ in eorum poſſeſſionem mittatur, non niſi cauſſa incognita id facit, hoc eſt viſis inſpectiſque ſubhaſtationibus, nõ ideò tamen

tamen fit vt decretum illud dici debeat, quia fit inaudito debitore, & per libellum ea res expeditur, vt proinde dici verè possit nec causſæ cognitionem vllam hîc interuenire. Causſæ namque cognitio nulla interuenire videri potest in ijs rebus quæ altera duntaxat parte præsente & inaudito aduersario constituuntur. Et hæc de primo illo decreto dixisse sufficiat. Quod verò ad secundum † attinet, fateor interpositionem illam decreti, quæ
7 fit cùm elapso semestri tempore luendis pignoribus dato subhastationes ritè rectéque factæ pronuntiantur, non fieri nisi plenissima causſæ cognitione præcedente, ob idque decretum illud verè & propriè dici debere, sed nego secundũ decretum esse, cùm prius aliud nullum sit, nego simile quicquã aut commune habere cum decreto quod prudentibus secundum dici solet. Video Iurecon
8 sultos † duplicis huius decreti mentionem facere duplici tantùm casu. Vnus est si agatur ex causſa damni infecti. Is enim ordo à prætore seruatur, vt si is cuius ædes ruinam minantur, cauere nolit de damno infecto, iubeatur vicinus mitti in possessionem earum ædium, non quasi suarum, nec vt eas reficere possit, aut stabilire ne corruant, sed vt tædio longæ possessionis extorqueat cautionem, per quam possit consuli vicinarum ædium indemnitati. Quòd si perseueretur non caueri, quia nulla in eam rem actio iure ciuili comparata est, neque verò comparari potuit, per quam cogeretur dominus vitiosarum ædium, earum nomine cauere, tùm verò prætor causſa per se ipsum plenissimè cognita decernebat vt ædes illæ quæ ruinam minabantur, fierent in bonis vicini, earúmque dominium in vicem cautionis & in pœnam cauere nolentis, ei cui caueri debuerat addicebat. Ex quo tempore factus ille à prætore dominus bonitarius incipiebat ius habere vsucapiendi dominium
9 quiritiarium & rem sibi habere: qui sensus † est §. *Iulianus. l. si finita. D. de damn. infect.* nec perceptus, nec perceptu facilis iis qui distinctionem illam duplicis dominij bonitarij & quiritiarij non didicerunt: cuius tamen aperta mentio fit ab Vlpiano in Instit. & à Iustin. in *l. vnic. C. de nud. iur. Quirit. toll.* extántque etiam in Pandectis nonnulla eius vestigia, vt in *l. quamuis 75. D. de iur. dot. l. 3. D. de vsuf. adcresc. l. §. vlt. D. si ex noxal. causſ. agat.* Sed omnium elegantissimus locus ille est quem nos notamus in *d. §. Iulianus.* Nam cùm vsucapio nihil aliud sit quàm adquisitio, aut vt alij & melius legunt in *l. 3. D. de vsucap.* adiectio dominij, fieri non posset vt qui iam factus esset dominus à prætore, posset magis fieri dominus per vsucapionem si non ea duplicis dominij distinctio admitteretur. Quod & à nobis in Coniecturarum nostrarum libris quodã loco latiùs tractatum fuisse meminimus. Sed hoc obster & extra rem ne cui Vlpianus allegatus in *d. §. Iulianus*, scrupulum aut potiùs crucem præberet. Illud tantùm hîc sciri volumus, eum qui † ex causſa damni infecti mittitur in
10 possessionem nolente aduersario cauere, non idcirco fieri possessorem, sed esse tantùm in possessione, quod longè diuersum est *l. quod meo 19. D. de acquir. poss.* Possidere enim nihil aliud est quã sibi habere vt Theophilus elegãter in Institutionibus diffinit. Hic autem nõ prius sibi habet quàm à prætore dominus sit cõstituendus. quod ipsũ tunc fit, cùm iubet eũ prętor possidere, & sibi habere ędes quæ ruinam minantur. Nec tamen ex eo tẽpore fit dominus absolutè, & iure quiritium, sed tum demum cùm vsuceperit. Ex quo apparet missionem † illã in possessio-
11 nem pignorum venditorum de qua tractamus, & interpositionem decreti quæ sequi solet, nihil commune habere cum duplici illo decreto, imò nec simile quidem. Vtrumque enim illud decretum præcedit adquisitionem veri dominij, vt diximus, in proposito autem & missio in possessionem & interpositio decreti sequitur dominij adquisitionem, quæ scilicet fit per addictionem & expeditionem, iuncta calami traditione, postquam longo vsu & ex consuetudine obtinuit vtilitatis causſa contra iuris rationem vt per calami traditionem ipsius rei venditæ possessio translata esse intelligatur. In cóque errant etiãnum plerique ex pragmaticis putantes missionem in possessionem quæ sequi solet addictionem, esse loco traditionis, & ob id solum fieri vt per possessionem dominium in emptorem transferatur. Nam imò verò fit vt iudicis autoritas non videatur neglecta in adprehendenda corporali possessione quæ per calami traditionem proculdubiò translata videri non potest, sicut nec per constituti clausſulam transferretur. Cùm enim in huiusmodi pignorum venditionibus factum iudicis sit factum partis *l. si ob causſam 28. C. de euict. l. 2. C. si in causſ. iudic. pign. capt. fit.* consequens est vt quemadmodum ciuiliùs ageret emptor qui rei sibi venditæ nec sibi fictitio modo traditæ corporalem possessionem adprehensurus, debitoris voluntatem in eam rem imploraret, ita conuenientius sit autore iudice mitti in possessionem corporalem eum qui iudicis autoritate interueniente non solum iustus & ciuilis possessor, sed etiam dominus factus est per addictionẽ, calamique traditionẽ, quàm si suo iure suáq; autoritate corporalem illam possessionem inuaderet. Cęterùm iam inde à die addictionis, & calami traditionis dominium translatũ fuisse intelligi, ex eo constat quod ab eo tempore fructus omnes ad emptorem pertinent, non alio vtique quàm dominij iure. Item quod etiam nulla secuta missione in possessionẽ, semestre tamẽ illud quod luendis pignoribus datum est si ius statuti veteris non nouum inspicias currit à die addictionis, & consequenter decreto interponendo locus esse potest, quorũ tamen neutrum commodè dici posset si missio illa in possessione necessaria esset ad dominium trãsferendum. Denique inter eos transferendi dominij modos, quos iam olim ius Quiritium agnouit, si Vlpiano credimus, fuit adiudicatio propter interuenientem iudicis autoritatem. Portò adiectio illa quæ fit (per apparitorem quidem, sed tamen iubente iudice) ei qui pluris licitatus est quid aliud quàm adiudicatio quædam iudicis est? Necesse enim est sententiam iudicis præcedere quæ iubeat pignus distrahi, & vltimo licitatori addici, ac proinde quæ pignus ei quodammodo adiudicet, qui pluris fuerit licitatus. Nam & ex quo pignus autoritate iudicis captũ est, quod pragmatici nostri dicunt *le bien saisi de gage & reduit soubs la main de iustice*, possessio debitori erepta, & vt illi loquuntur, in curiæ manus translata intelligitur: proinde sicuti traditio ex eo die fieri nõ posset per debitorem qui iam possidere desisset, ita nihil necesse est inducere missionẽ in possessionem quę sit vice traditionis, cùm calami traditio possit sufficere, ita ferente iure curiæ, quæ ipsa pro se possidet non pro debitore. Adquisitio ergo dominij præcedit missionem in possessionẽ, decretiq; interpositionẽ, quod in causſa damni infecti contrà euenit. Sed & primus ille iussus † cauendi pro ædibus, 12
non decretũ dici potest, qui fit sine causſæ cognitione, & plerumq; per duumuiros & magistratus municipales expeditur non per prætorem: quia cùm res damni infecti celeritatem desideraret ac periculosũ videretur prætori si eã sibi reseruaret, maluit delegare aliis duas illas causſas ad cautionẽ pertinẽtes, id est, ex qua parte iubetur cauere is qui vitiosas ædes possideat, & ex qua parte ni caueat iubetur aduersarius mitti in possessionẽ. Cętera verò, id est vt iubeatur is qui possessionẽ missus est, sibi rẽ habere & possidere, si daretur non caueri, quoniã id maioris momenti est, suę iurisdictioni reseruauit *l. 1. l. 4. §. duas D. de damn. infect.* Idq; est quod Paulus scribit in *l. 4. D. de iurisdict.* Iubere caueri pretoria stipulatione & in possessionẽ mittere magis imperij esse quàm iurisdictionis, id est prætorem cum iubet caueri vicino aut in possessionem mitti vicinum, magis imperiosè videri facere quàm iuridicè, quia facit sine causſæ cognitione, quam tunc duntaxat adhibet cùm agi videt, non de cauendo pro ædibus, sed de carendo ædibus, vt eleganter ad eum locũ docuit *Ant. Goueanus*. Decretum igitur nullum in eo versatur

vbi

vbi nulla cauſſæ cognitio eſt, vt iam probauimus ex *d.l. nec quicquam §. vbi decretum D. de offic. proconſ.* Alius ca-
13 ſus † eſt in quo videntur Iureconſulti de duplici decreto tractaſſe, cùm creditor mittitur in poſſeſſionem bonorum debitoris propter aliquam cautlam ex iis quos prætor expreſſit edicto illo *quib. ex cauſſ. in poſſ. eat.* Nam poſt eam miſſionem in poſſeſſionem ſolet ſequi venditio ex decreto *Tot. tit. D. reb. auctor. iudic. poſſid.* Et ad hunc caſum potiùs quam ad ſuperiorem videntur pragmatici alludere, cum in pignorum venditione duplex hoc decretum, de quo agimus comminiſcuntur. Sed æquè inep-
14 tè. Miſſio † enim illa in poſſeſſionem fit ex edicto prætoris non ex decreto, vt ex eo cognoſci poteſt quod fit ſine cauſſæ cognitione. Vnde euenit plerumque, vt qui ex edicto in poſſeſſionem illam miſſus eſt, ob nullam vel ob falſam cautlam miſſus reperiatur, idcóque & impunè prohibeatur. *l. 1. §. hæc verba. D. ne vis fiat ei qui in poſſ. miſſ. eſt.* De quo ſcripſimus *li. 15. Conſect. cap. 6. & 7.* Neque verò ea in poſſeſſionem multo poſſeſſorem facit eum qui mittitur, ſed tantùm cuſtodem & vt in poſſeſſione ſit, non etiam vt poſſideat *l. inter 38. D. de adminiſt. & peric. tu.* At miſſio illa, de qua loquimur, facit verum & corporalem poſſeſſorem. Venditio autem quæ ex edicto prætoris, ſequi ſolet miſſionem, licèt hac cautla cognita, & prætore ita decernente, nihil tamen affine habet cum decreto quo ſubhaſtationes confirmantur. Decreti enim noſtri interpoſitio non venditio, aliáve alienatio, ſed venditionis iam factæ confirmatio eſt. Denique miſſio in poſſeſſionem qua vtimur, ſequitur venditionem. Illa verò quàm prætor edicto pollicetur præcedit venditionem, & eò tantùm pertinet vt pignus prætorium conſtituatur, quod nec priùs conſtitutum intelligitur, quàm ventum ſit in poſſeſſionem *l. non eſt mirum 26. §. 1. D. de pign. act.*

ERROR VII.

De ſubhaſtationibus quæ decreto interpoſito confirmatæ ſunt, reſcindendis.

SVMMARIA.

1 *Interpoſito decreto atque ita confirmatis ſubhaſtationibus quodnam debitori ſuperſit auxilium.*
2 *Caſus quo reſcindatur decreti interpoſitio, non etiam ſubhaſtationes.*
3 *Alius caſus quo reſcinduntur ſubhaſtationes, non etiam decreti interpoſitio.*
4 *Quomodo accipiendum quod ſtatuto Sab. cautum vt pignora quæ venduntur duplum non excedant.*
5 *Ex cauſſa immodicæ læſionis, ſi nihil aliud vrgeat ſubhaſtationes nulla dici non poſſunt. & num. 8.*
6 *Allegatio immodicæ læſionis non debet impedire interpoſitionem decreti, ſed tantum producere tempus luendi pignoris.*
7 *Senatus ad inſtar Principis poteſt inſpicere inter ius & æquitatem poſitam interpretationem, atque etiam citra reſcriptum Principis reſtituere in integrum.*
9 *Poſt quæ tempora de nullitate aut reſciſſione ſubhaſtationum moueri quæſtio nequeat.*
10 *Pragmaticorum traditiones.*

INterpoſito decreto, atque ita confirmatis ſubhaſtationibus, nullus de earum viribus & nullitate querendi locus debitori ſuperesſe poteſt, etiamſi re vera maximè nullæ ſint propter non obſeruatam eam for-
1 mam quæ ſtatuto præſcripta eſt, ſed cogitur † debitor vel à decreto appellare ſi ab inferiore iudice interpoſitum fuit, vel ſi à ſupremo magiſtratu à quo appellare non licet, per viam ſupplicationis, vt vocant, ciuilem ſibi proſpicere, vt non obſtante Senatuſconſulto, & acſi redditum nullum eſſet de ſubhaſtationum iure ex integro cognoſcatur. Quod cùm fit † intra tempora quæ 2
porrigendæ ciuili ſupplicationi præſtituta ſunt, ſeruatiſque ſeruandis, ſola decreti interpoſitio reſcinditur. At ſubhaſtationes ipſæ non reſcinduntur, quia non reſcindi neceſſe eſt, ſed nullæ & perperam factæ pronuntiantur, perinde ac ſi decreto confirmatæ non eſſent. Neque verò fieri poteſt, vt reſcindatur id quod nullum eſt, & ipſo iure non tenet. Diuerſum eſt ſi † ſubhaſtationes 3
ex eo tantùm impugnentur, quod immodicam læſionem & vltra duplum iuſti pretij contineant. Tunc enim ex beneficio *l. 2. C. de reſcind. vendit.* reſcindendæ ſunt ſubhaſtationes, non etiam ipſa interpoſitio decreti. Non enim quòd ſubhaſtationes rité factæ ſint, aut propter rei iudicatæ autoritatem pro rite factis habendæ, impedit ne reſcindi poſſint, quandoquidem ea demum venditio priuata reſcindi poteſt quæ tenet, ac iure perfecta eſt, non quæ ipſo iure non valet. Idem verò ius hac parte obſeruatur in venditionibus publicis, id eſt, ſub haſta & publica auctione factis, quod in priuatis, vt ex cauſſa immodicæ læſionis reſcindi poſſint ni emptor iuſtum pretium ſupplere malit *l. ſi quos 16. C. eo. tit. de reſcind. vend. l. 1. C. de præſcr. 30. vel 40. annor.* Nec decreti autoritas aduerſatur; quæ, vt diximus, tota pertinet ad ius ſubhaſtationum, non ad cauſſam reſciſſionis. Et ſi autem ſtatuto † noſtro expreſſim cautum eſt, vt pi- 4
gnora quæ venduntur duplum non excedant, idcóque tentari poteſt malè & cum vitio factas videri ſubhaſtationes, ſi ex iis creditor immodicè & vltra duplum lædatur. Plerique tamen putant ſtatutum ſic intelligi debere, vt quod ait de duplo non de duplo pretij quod plerumque incertum eſt, ſed de duplo debiti intelligatur. Quia cùm creditori ſatisfaciendum ſit, non tantum debiti no-
mine, ſed etiam pro acceſſionibus omnibus, quæ interdum ad magnam vſque quantitatem aſcendunt, non putauit legiſlator permittendum vt eo prætextu excedi poſſit duplum. Cuius finibus & vſura, & id quoque quod intereſt coërceri ſolet *l. 4. D. de naut. fœn. l. vnic. C. de ſentent. quæ pro eo quod intereſt profer.* Sed etſi de duplo iuſti pretij ſtatutum intelligi deberet, quòd ſanè verbis conuenientius eſt, non tamen ſi in eo quid peccatum eſſet nullæ ſubhaſtationes dici deberent. Pertinet enim id ad materiem potiùs quàm ad formam ſubhaſtationum, nec creditoris ſed emptoris dolo ſiue bono ſiue malo fieri ſolet, vt res multò maioris pretij, multò viliore diſtrahatur. Nihilque eſt quod imputetur creditori ſi pignus quod ille diſtrahi curauit, quanticumque ſit pretij, eo pretio venditum fuerit, quòd ſit intra duplum, licèt reuera longè duplo pluris res ſit. Itaque ſi aliud nihil vrgeat, non poſſunt ex hac cauſſa nullæ † dici ſubhaſtatio- 5
nes. Nullitas enim ſiue ſubhaſtationum ſiue alterius cuiuſlibet rei ex defectu formæ non ex quantitate materiæ æſtimatur. Vnde illud etiam eſt quod ſi debitor ad impediendam decreti interpoſitionem † nihil niſi immo- 6
dicam læſionem alleget, quamuis eam probet, non eo minùs tamen iudex decretum interponere debeat, hoc tantùm adhibito ex æquitate temperamento, vt intra largius tempus ſalua ſit debitori facultas luendi pignoris, quæ alioqui ſtricto iure nulla ſupereſſet. Cuius æquitatis ratio illa eſt, quod etſi iam interpoſitum decretum proponeretur, probata tamen læſio immodica ſufficere poſſet ad reſcindendas ſubhaſtationes: quamquam vix eſt vt hoc prætextu decreti interpoſitionem differre inferior iudex poſſit. Solus ſenatus, cui † ſoli poſt Princi- 7
pem & ad inſtar Principis licet inſpicere inter ius & æquitatem poſitam interpretationem, vt ait *l. 1. Cod. de legib.* hoc ipſum ex æquitate contra iuris rigorẽ decernere poteſt, quia & citra reſcriptum principis reſtitutionẽ in integrum poſſet concedere ſuprema, vt aiunt manu, illo etiam caſu quo alioqui reſtitutio ex reſcripto Principis neceſſaria eſſet. Cùm tamen ſi ex cauſſa † immodicæ læ- 8

sionis subhastationum nullitas quasi ex defectu formæ inducti posset, liceret cuilibet iudici debitorem admittere ad offerendum debitum, & luendum pignus etiam post elapsum semestre, dummodo intra annum trigesimum ab vltimo semestris die computandum, quia neque restitutio esset necessaria, neque repugnaret ratio stricti iuris, quæ non patitur vt perperam & cum vitio factæ subhastationes decreto confirmentur, parato debitore soluere & indemnitatem præstare emptori, siue creditor siue extraneus ille sit. Quod ipsum ideò adieci, quia quantumuis nullæ sint subhastationes, non tamen audiendus est debitor, siue contra creditorem eundémque emptorem agat, siue contra extraneum qui soluerit creditori, nisi obligato priùs debito oblato priùs debito cum legitimis omnibus accessionibus: si modò subhastationes factæ sint pro debito, quoniam semper imputari magis debitori potest cur non soluerit quod debuit, quam creditori aut extraneo emptori cur non ritè peracta subhastatio sit, quæ nec cœpta fuisset si debitor quod debebat, vltrò & ex bona fide soluisset. Sanè post triginta † annos ab vltimo, vt dictum est, semestris constituti, aut decreti interpositi die numerandos, nulla de nullitate aut rescissione subhastationum quæstio moueri potest, quia & appellandi, & petendæ restitutionis, & condictionis exercendæ sicut & cætera denique iura omnia longissimi temporis spatio excludentur: quemadmodum ex contrario quandiu decretum interpositum non est, nullitates subhastationum obiici possunt, itémque immodica læsio licèt præterierit semestre luendis pignoribus venditis præstitutũ. Ipsum verò luendi ius si subhastationes ritè factæ fuerunt, semestri illo concluditur, sin quid in iis erratum sit, tamdiu durat, quandiu decretum interpositum non fuit, non tamen vltra triginta annos, à die non addictionis, sed semestris elapsi, vt diximus, numerãdos. Differt enim ius hoc luendi pignoris ab illo quod omnibus debitoribus competit ad inducendam pignoratitiam aduersus creditores, quod nulla temporis præscriptione excludi alio loco defendemus. Non enim in mera facultate, vt illud, sed in mero iure positum est. Hæc autem omnia pragmatici vulgò longè aliter quàm diximus, accipiunt. Putant † enim subhastationibus non ritè factis, sed tamen decreto confirmatis, non tantùm decreti, sed etiam subhastationum rescissionem faciendam esse: si verò & ritè factæ sint, & decreto confirmatæ, immodica tamen læsione intercedente non tantùm subhastationes, sed etiam decretum rescindi debere, quorum vtrumque falsum est. Sed & sunt qui putent, quandiu decretum interpositum non est ius luendi pignoris superesse, etsi subhastationes ritè rectéque factæ proponantur, & semestre præterierit, quod adhuc ineptius est. Nihil enim prodest decreti interpositio quod ad luendi ius attinet, nisi cùm subhastationes minùs ritè factæ sunt, vt quia pro ritè factis habentur, eodem quo si ritè factæ essent iure censeantur. Nisi fortè ad hoc ipsum vti ne dubitationi locus relinquatur an ritè factæ sint. Nemo enim dubitat quin cuiusque interfit ius habere quod per sententiam iudicis declaratum, potiùs quam quod declarandum sit. Cæterùm elapso semestri si sua subhastationibus vis & forma constet, ius luendi pignoris superesse nullum potest.

ERROR VIII.

De perpetuando iure luendi pignoris ex causſa enormiſſimæ læſionis.

SVMMARIA.

1 *Varij errores pragmaticorum. 1. eorum qui ius luendi pignoris venditi debitorem tandiu habere volunt, quandiu decretum interpoſitum non fuit, etiamſi ſemeſtre præterierit, & ſubhaſtationes rite facta ſint.*
2 *Eorum qui interpoſito decreto, eóque per iuſtam appellationem aut per in integrum reſtitutionem reſciſſo negant ius luendi ſupereſſe, niſi ſubhaſtationes quoque reſcindantur.*
3 *Eorum qui ius luendi ſemeſtris ſpatio concluſum perpetuari volunt ob enormiſſimam læſionem.*
4 *Ex quo errore pragmaticorum profluxerit error poſtremo propoſitus.*
5 *Refutatio erroris n. 3. relati veniſſimè.*
6 *Differentia inter venditiones priuatas & publicas.*
7 *Refutatio erroris pragmaticorum producentium ius luendi pignoris ex enormiſſima læſione ad tricennium etiam eo caſu quo ſubhaſtationes decreto confirmatæ fuerint.*

Sicut errare illos diximus qui ius † luendi pignoris venditi tamdiu debitori saluum esse volunt quandiu decretum interpositum non fuit etiamsi semestre præterierit & subhastationes ritè factæ sint, item illos † qui interpositio decreto, eóque per iustam appellationem aut per in integrum restitutionem rescisso negant luendi ius superesse nisi subhastationes quoque rescindantur; ita & labuntur ij, nostro iudicio, qui ius † hoc luendi non nisi semestris temporis spatio conclusum perpetuari volunt, id est in trigesimum vsque annum extendi ob enormissimam læsionem, hoc est quæ sit vltra bessem iusti pretij, etiam post confirmatas decreto subhastationes, adeóque quod magis mirum est, etiamsi decreti illa interpositio neque per appellationem neque per rescriptũ principis ad ciuilem supplicationem rescissa sit. Hanc enim maiorum pragmaticorum sententiam esse scio, conflatam scilicet ex eo errore † quem iam nos in superioribus refutauimus, quo existimant iidem pragmatici, in priuatis venditionibus si quid venditum sit sub pacto de retrouendendo intra quinquẽnũ fortassis, aut decennium, & enormissima læsio intercenerit, ius redimendi potestate iuris fieri perpetuum, quod alioqui ex pacto erat temporale, sic enim à priuatis venditionibus ad publicas argumentantur, eadem motiratione quòd ex tam grandi læsione præsumptio doli capiatur, propter dolum, qui in re ipsa inest, & quem dolo ex proposito cóparari, eosdémque omnino effectus parere volunt. Sufficiet igitur huius erroris † refellendi gratia vt ea pro reperitis habeamus, quę à nobis tradita sunt in superioribus, cùm probauimus, neque ex enormissima læsione dolum in re ipsa colligi, neque dolum qui in re ipsa sit dolo ex proposito comparari posse. Multò minùs verò illud induci, vt ex caussa huiusmodi læsionis ius redimendi, quod fuit temporale, perpetuum vnquam fiat. Sed illud tamen addendum est. Tametsi ea omnia in priuatis venditionibus verè dicerentur, quod nos negamus, non tamen idem quoque in publicis admittendum fore: manifesta enim differentia † inter publicas & priuatas venditiones illa est, quòd in priuatis præcedit tractatus ille de quo in *l. si voluerate. 8. C. de rescind. vend.* Venditore id agente vt distrahat quanto potest pretio, emptore contrà vt emat viliissimo. Qui tractatus in publicis venditionibus nullus intercenit, sed sola emptorum æmulatione debitoris commodum procurante tanti res æstimatur quanti vendi, & emptorem inuenire potest. Itaque nulla doli occasio aut materia subest, si non inter creditorem aut apparitorem qui venditionem peragit, & emptorem collusio aliqua detegatur. Deinde hoc admisso quòd in priuatis venditionibus dolus in re ipsa ex enormissima læsione inducatur, nemo dixerit purgari eum dolum hoc solo quòd ius redimendi ex pacto relictum sit venditori. Ideóque nec mirum est si pacti, quod ius redimendi temporale facit, ratio habeatur,

habeatur, quominus in trigeſimum vſque annum ea facultas extendatur. Nam perinde vrgetur emptor præſumptione doli, tali, ratione pacti ac ratione ipſius emptionis, vt omnia dolo malo feciſſe exiſtimetur. At in publicis venditionibus, quod habet debitor ius luendi pignoris intra ſemeſtre à die miſſionis in poſſeſſionem, numerandum non habet ex pacto cum emptore inito, ſed ex ſtatuto, quod ſine vlla pretij diſtinctione tempus illud conſtituit pignoribus venditis luendis. Non igitur poteſt videri emptoris dolus vllus intercediſſe in tam breui tempore luitioni præſtituendo, nec proinde cauſſa vlla eſt, cur in ipſius odium à ſtatuti verbis & autoritate recedatur, & ſemeſtre in tricennium commutetur: 7 Illud verò longè abſurdius † eſt quod hoc ipſum pragmatici admittendum volunt, illo etiam caſu quo ſubhaſtationes decreto confirmatæ proponantur. Etſi enim verum eſt quod ſuperiore capite admiſimus, neque ius luendi pignoris quicquam commune habere cum decreti interpoſitione, ſi in ſubhaſtationum forma nihil peccatum ſit, neque decreti autoritatem prohibere quominùs ſaluo decreto ſubhaſtationes ob immodicam læſionem reſcindantur, fieri tamen numquam poteſt vt ſalua decreti autoritate, nec reſciſſis ſubhaſtationibus, ius luendi pignoris ex quacumque cauſſa ſuperſit, quãdoquidẽ nec de interponendo decreto priùs agi poteſt quàm ius luendi extinctum ſit, id eſt quàm præteritum fuerit ſemeſtre luendis pignoribus datum, vt probauimus in errorem quintum. Alioqui quid attineret in id vſque tempus elapſi ſemeſtris differri cauſſam & quæſtionem interponendi decreti, ſi etiam poſt id tempus liberum debitori maneret ius luendi? Ergo cùm interpoſitio decreti in neceſſarium antecedens ſupponat luendi ius extinctum eſſe, conſequens eſt vt ſi ob enormiſſimam læſionem ius illud luendi pignoris quod ſemeſtre eſſe ſolet, perpetuum fieri poſſet, ipſa tamen interpoſitio decreti omnimodo reſcindi deberet aut per appellationem, ſi ab inferiore iudice, aut per ciuilem ſupplicationem, ſi ex Senatuſconſulto facta proponeretur. Idque meo iudicio tam apertum eſt vt in eo comprobando pluribus immorari nihil ſit neceſſe.

ERROR IX.

De fructibus pignoris in cuius venditione enormiſſima læſio interuenit.

SVMMARIA.

1 *Enormiſſima læſione in venditione priuata interueniente erroneè ſtatuunt pragmatici venditionem ipſo iure nullam eſſe tanquam dolo malo extorta: indeóque reſtituendos omnes fructus venditori habita duntaxat quincuncium vſurarum ratione.*

2 *Idem ad publicas venditiones à pragmaticis malè pertrahi.*

3 *Beneficium l. 2. C. de reſc. vendit. ad publicas venditiones non pertinere.*

4 *Ad quem caſum pertineant ll. quæ venditionem vilioris pretio ſub haſta factam reſcindi poſſe volunt.*

5 *Vera lectio lege 2. Codice de fid. & iur. haſt. fiſc. lib. 10.*

6 *Dolo emptoris interueniente in extorquenda vili pretio venditione indiſtinctè condemnatur emptor ad rei & fructuum reſtitutionem.*

7 *Nullo dolo interueniente, ſed ſola pretij vilitate in priuatis conditionibus diſtinguitur an venditor ſupra dimidium iuſti pretij læſus ſit, an infra: at in publicis neutiquam.*

8 *Etiamſi admitteretur ſubhaſtationes reſcindi poſſe ex cauſſa immodicæ læſionis, non tamen eſſe conſequens vt enormiſſima læſione interueniente condemnandus ſit emptor ad omnium fructuum reſtitutionem.*

ENormiſſima † læſione, id eſt, vltra iuſti pretij bellem interueniente, ſi priuata venditio facta ſit, iam monuimus pragmaticorum errorem illum eſſe, vt putent nullam eſſe ipſo iure venditionem quaſi dolo malo extortam, propter dolum qui in re ipſa ineſſe creditur, quem illi dolo malo ex proposito prorſus comparandum eſſe arbitrantur. Ideóque fructus omnes quoſquos & quorquot emptor perceperit, quaſi nullo iure, ac ſine titulo perceptos venditori reſtituendos eſſe, habita duntaxat ratione quincuncium vſurarum, ſiue præſtari eas ſibi emptor velit, ſiue cum fructibus à ſe reſtituendis compenſari. Idem verò ius protrahunt † ad publicas quoque venditiones, id eſt, quæ ſub haſta & publica auctione fiunt, eandem hac parte vt in cæteris ferè omnibus iuris aut potiùs erroris rationem conſtituentes. Nos ea, quæ ad priuatas venditiones pertinent, & in prima & ſuperiore Decade ſatis aperte & luculenter, vt nobis videtur, expoſuimus, & quibus machinis inueteratus hic error expugnandus ſit oſtendimus: ſupereſt nunc vt de publicis iudiciamus. In quo illud primùm occurrit quod prox. cap. diſputauimus, vix fieri poſſe, vt cùm res publicè venditur, dolus emptoris vllus intercedat, ſi neque creditoris qui vrget pignoris venditionem, neque apparitoris iudicatum exequentis dolus & colluſio probetur. Neque enim emptor hoc caſu cum debitore contrahit, neque tractatus ille præcedit qui doli occaſionem & materiam inter ementes & vendentes præbere ſolet. Quòd ſi dolus ex proposito hoc caſu interuenire vix vllus poteſt, multò minus ferendum eſt, vt dolus in re ipſa, ſi quis ex enormiſſima læſione induceretur, dolo ex proposito comparetur. Sed & ſecũ pugnantia ſentire pragmatici videntur. Nam ſi verum eſt quod illi putant, & nos proximè confutauimus, enormiſſimam læſionem facere vt ius luendi pignoris quod ſemeſtris temporis ſpatio alioqui concluderetur ex verbis ſtatuti, fiat perpetuum, & in trigeſimum vſque annum extendatur, quomodo fieri poteſt vt nullo iure fructus pignoris venditi interim ab emptore percepti exiſtimentur? Quid enim referret de luendi iure diſputare, nullo ſcilicet interpoſito decreto, ſi ſubhaſtationes pro nullis & non factis haberentur? Nam & cùm dicimus in annum vſque trigeſimum debitori ſaluum luendi ius ſupereſſe, illud vtique ſignificamus, ex contrario ius habere emptorem rei interim retinendæ, & conſequenter fructuum ex ea percipiendorum quamdiu luitio non fit. Cur ergo cogatur emptor prætextu enormiſſimæ læſionis eos fructus reſtituere, quos cum titulo & bona fide adeóque autore prætore percepit? Nec ſanè poteſt negari quin bonæ fidei poſſeſſor ſit qui & publicè, & autoritate magiſtratus interueniente comparauit, & pretium numerauit: maximè verò ſi decreto confirmatæ ſint ſubhaſtationes. Poſtéſque imputari debitori cur non obtulerit quod debebat ſiue ante peractas ſubhaſtationes, ſiue ante præteritum ſemeſtre quod ex ſtatuto competit ad luenda pignora quæ ſiue iuſto ſiue vilioris pretio diſtracta fuerunt. Quod ſi poſt lapſum ſemeſtre ipſa quoque decreti interpoſitio acceſſit, tantò magis imputare debitor ſibi debet, cur non citiùs petierit reſtitutionem ex cauſſa immodicæ læſionis, quæ noſtra ſententia eſt, aut cur non ex pragmaticorum errore obtulerit debitum. At contra tandiu paſſus ſit emptorem ſibi rem habere, ex eáque fructus percipere: quid ſi addam quod nondum dicere ſum auſus, Beneficium † legis 2. C. de reſcind. vend. ad publicas venditiones pertinere non poſſe? Nam cùm non aliter competat quàm ſi læſio interuenerit vltra dimidiam iuſti pretij, iuſtum autem pretium idem ſit quod commune, id eſt, quod

non ex huius aut illius adfectione, ſed ex communi hominum exiſtimatione conſtituitur *l. pretia rerum 63. ff. ad leg. Falcid.* planè non video qua ratione fieri poſſit vt non commune pretium videri debeat, quod ex publica venditione redactum eſt. Inde namque illud etiam eſt quod dici ſolet tanti eſſe rem quamlibet quāti vendi poteſt, quanti verò vendi quid poſſit, melius certè ſciri nequit, imò nec aliter quàm ſi publica auctione diſtrahatur. Nam & cùm per teſtes probanda læſio eſt, ij maximè & optimè de communi iuſtóque rei valore teſtificari creduntur, qui eam dicti ſui rationem attulerunt, quòd ſi venditionis tempore ea res in publicum vendenda expoſita fuiſſet, tanti væniiſſet quanti ab iis eſt æſtimata: Quale tamen nihil dici poteſt cùm venditio publicè facta fuit, niſi cùm aut gratia, aut dolus alius colluſione intercenit, ad quem caſum † coarctatus video leges omnes quæ venditionem viliore pretio ſub haſta factam reſcindi poſſe volunt *l. ſi quas 16. C. de reſcind. vend. ne ſub nomine*, inquit, *ſubhaſtationis publicæ locus fraudibus relinquatur*, & ſtatim poſt *vt poſſeſſionibus viliore pretio diſtractis plus exactor ex gratia quam debitor ex pretio conſequatur*. Idem in *l. 1. Cod. de præſcr. 30. vel 40. annor. Si iniuſtum*, inquit, *emptionem eſſe perſpexerit, quod pro vitioſo contractu datum eſt mala fidei emptoribus reſtitui non oportere*. Malæ fidei enim emptor non eſt niſi qui mala fide, id dolo malo emit: dolus autem emptoris qualitate facti non quantitate pretij æſtimatur *dd. ſi voluntate 8. l. dolus 10. C. de reſc. vendit.* Et apertiùs in *l. 3. Cod. de iur. fiſc. lib. 10. ſi minori pretio quam res eſt aperta fraude emptoris vel gratia quæ obligatæ ſunt fiſco, venierunt*, quo loco verba illa *aperta fraude emptoris*, an non apertiſſimè excludunt dolum illum præſumptum quem interpretes & pragmatici inducunt ex ſola enormiſſima læſione? Adde *l. 2. Cod. de fid. & iur. haſt. fiſc. eod. lib.* in illis verbis *& quod pretij vilitate* (ſic enim † legendum eſt, non vt vulgò *vtilitate*) *ob exiguum debitum gratioſam emptionem in fraudem tuam inutilitatémque rationum mearum aduerſarium tuum commentum fuiſſe dicit*. Ceſſante igitur fraude dolóque malo emptoris & gratia creditoris aut executoris, nihil cauſſæ eſt cur publica venditio vilioris pretij prætextu reſcindatur quantacunque læſio ſit, ſicut ex contrario fraude & dolo † emptoris intercenientе in extorquenda vili pretio venditione, non diſtinguimus an læſio vltra duplum iuſti pretij adſit nécne, ſed omnimodo emptorem tanquam malæ fidei poſſeſſorem condemnamus, vt recepto pretio quod dedit, rem ipſam præcisè cum fructibus omnibus non ſolùm quos percepit, ſed etiam quos percipere potuit, *l. 1. Cod. eod.* Vnde illud eſt quod ſupradictis locis omnibus in quibus tractatur de venditionibus ſub haſta quidem, ſed per fraudem & gratiam factis, nulla diſtinctio adhibetur, quod ad pretij vilitatem attinet, quia nec in priuatis eo caſu diſtingueretur, ſed indiſtinctè dolus vindicaretur æquitate iudicij bonæ fidei cui nihil tam contrarium eſt quàm dolus *l. ſi dolo 5. Cod. de reſcind. vendit.* At nullo dolo † intercenіente ſed ſola pretij vilitate, diſtinctio illa in priuatis venditionibus neceſſaria eſt, an venditor ſupra dimidiam iuſti pretij læſus ſit, an infrà vt illo caſu venditori ſuccurratur, iſto non item. In publicis venditionibus quas ſubhaſtationes vocant, non ſimiliter huic diſtinctioni locus eſſe poteſt, quia cùm ad probandam læſionem probanda ſit iuſta & communis æſtimatio, non quæ tunc eſt cùm agitur, ſed quæ fuit tempore ſubhaſtationum *d. l. ſi voluntate*, dici non poteſt, multo minùs verò probari, quòd alia fuerit ea æſtimatio quàm quæ publicâ auctione conſtituta eſt, quia nec pluris vendi res potuit, cùm in publica venditione, vt dixi, nulla gratia, nullus dolus intercеſſit. Sed etſi admittendum eſſet † quod pragmatici volunt, & vſu forenſi receptiſſimum eſt, ſubhaſtationes perinde ac priuatas venditiones reſcindi poſſe ex cauſſa immodicæ læſionis, non tamen conſequens fieret vt enormiſſima quoque læſione intercenіente condemnari emptor deberet ad fructuum omnium reſtitutionem, quoniam id non niſi in malæ fidei poſſeſſoribus obtinet, *l. neque 15. D. de vſur.* qualis profectò non eſt is qui nihil dolo malo fecit, licet quanto potuit ſuo commodo viliſſimóque pretio comparauerit, ſiue priuatam ſiue publicam proponas venditionem. Quanquam eius qui publicè emit, & hæſtæ fidem publicam ſecutus eſt hactenus melior conditio eſſe debet, vt ſaltem fructus lucretur, propter autoritatem ſtatuti, quo nominatim ita cautum eſt, vt ex ſubhaſtationibus ritè factis commodum fructuum illius anni tam perceptorum quàm percipiendorum emptori acquiratur. Etſi enim probatum à nobis eſt in ſuperioribus, ſic intelligi ſtatutum debere ex vera iuris ratione, vt fructus illi emptori acquirantur, ſi luitio pignoris intra ſemeſtre conſtitutum non ſit ſecuta: eâ verò ſecutâ ſimul cum re ipſa debitori reſtituantur habita tantùm ratione vſurarum. Nos tamen eũ nunc caſum tractamus quo ius luendi nullum ex ſtatuto ſuperſit, præterito ſcilicet iam ſemeſtri, ſoláque ei ſalua ſit allegatio immodicæ læſionis ad reſcindendam venditionem, inter quos caſus permultum ſanè intereſt. Secuta enim luitione non reſcinditur publica venditio, ſed reſoluitur, & quidem ipſo iure; ac proinde in eum ipſum ſtatum renocantur omnia in quo eſſent ſi venditio facta non fuiſſet. Nulla verò ſecuta luitione, ſed poſt amiſſam luendi facultatem reſciſſis ſubhaſtationibus propter immodicam ſiue enormem, ſiue enormiſſimam læſionem, non reſolui dicitur venditio, ſed reſcindi, præſertim eo iure quo vtimur impetrata ex reſcripto Principis reſtitutione in integrum: Et conſequenter cùm in eum vſque diem venditio tenuerit, nec reſtitutio hæc ſimilis ſit cæteris quod ad fructus reſtituendos, ſed potiùs condictionibus, quia reuera condictio eſt ex lege, vt probauimus *Decade* 8. negari non poteſt quin iure ſuo emptor fructus omnes perceperit, eóſque lucrifecerit, ſaltem ex autoritate ſtatuti, quamuis poteſtas venditionis deficeret, quæ tamen reuera non deficit. Nam ſi quis dicat non ſatis ritè factas dici poſſe ſubhaſtationes ſi tam enormis læſio intercenit, hoc iam nos refutauimus, & probauimus vilitatem pretij nihil commune habere cum haſtarum ſollennitate, quod & omnium apertiſſimè & elegantiſſimè probat *d. l. 2. Cod. de fid & iur. haſt. fiſ.* quæ iſta ſeparat, *Duplex*, inquit, *ratio deſiderium tuum iuuat, & quòd prætermiſſa haſtarum ſollennitate poſſeſſiones tuas ex officio diſtractas ſuggeris, & quòd pretij vilitate ob exiguum debitum, &c.* Ideóque ius luendi pignoris ex hac cauſſa ſupereſſe negauimus capite ſuperiore.

ERROR X.

De prætorio pignore.

SVMMARIA.

1 *Tria ſunt pignorum genera, conuentionale, prætorium, & iudiciale.*
2 *Pignus prætorium cum iudiciali à pragmaticis confundi*
3 *Pignus prætorium magnopere differre à iudiciali.*
4 *Poſtquam iudices magiſtratuum iura nacti ſunt, quæ differentia remaneat inter pignus prætorium & iudiciale.*

1 QVm tria ſint pignorum genera † Conuentionale, prætorium, & iudiciale, pragmatici noſtri noſtri ſolent hæc duo poſteriora † confundere, & pro vno habere: ſicut & prætorem habent pro iudice, nec quicquam in ore frequentius,

quentius, quàm vt prætore autore fieri dicant quod fit autore iudice. Ideo fortasse quod de quibus cauſſis prætores olim non ipſi cognoſcere, ſed iudices dare ſolebant, de iis ipſis cognoſcere hodie iubentur ex *l. 2. Cod. de pedan. iud.* Ita fit vt quod de prætorio pignore traditum legimus, non prius id contractum & conſtitutum intelligi quàm ventum fuerit in poſſeſſionem *l. non eſt mirum 26. §. 1. ff. de pig. act.* idipſum illi trahunt ad iudiciale. Quem errorem tolerabilem illud facit quod Iuſtinianus ipſe in *l. 2. Cod. de prat pign.* non aliter ſenſiſſe videtur cùm duplex tantùm pignus agnoſcit, Conuentionale, inquit, vnum quod ex conuentionibus & pactis hominum naſcitur, aliud quod à iudicibus datur & prætorium nuncupatur. Ego verò
3 auſim dicere † ex iuris ratione & partitè loquentibus differre pignus prætorium à iudiciali. Prætorium enim illud eſt quod non niſi ex prætoris edicto conſtituitur per miſſionem in poſſeſſionem, vt puta ſi legatorum ſeruandorum cauſſa, vel ventris nomine, vel ex cauſſa damni infecti miſſus quis ſit in poſſeſſionem ſiue à prætore ipſo, ſiue ab alio magiſtratu. *l. miſſo. 12. D. pro empt. l. 2. D. pro hered. l. 3. Cod. vt in poſſeſſ. legat.* Non addo *ſine ab alio iudice*, quia in libris noſtris iudex paſſim à magiſtratu ſeparatur, tanquam inferior à ſuperiore, quandoquidem iudices olim dabantur à magiſtratu *l. à Diuo Pio 15. in princip. D. de re indic* Itaque ſi Papinianum conſulas, numquam ille pignus prætorium appellabit quod à iudice fuerit conſtitutum, ſed illud tantùm quod à magiſtratu. De quo & in *d. l. non eſt mirum §. 1. de pignor. action.* Iudiciale pignus à prudentibus dictum eſt, quod ab ipſis iudicibus, non à magiſtratibus conſtituebatur, cuiuſmodi illud erat quod in cauſſa iudicati capiebatur, de quo extat *titul. in Cod. ſi cauſſ. indic. pign. capt. ſit.* Separatus & diſtinctus à titul. *De prætor. pignor.* Etſi enim à Diuo Pio reſcriptum eſt magiſtratibus populi Romani vt iudicum à ſe datorum ſententias exequantur *d. l. à Diuo Pio*, vt maior autoritas eſſet rerum iudicatarum, & paratior earum executio. Non tamen id ita accipiendum eſt, vt ex eo tempore ipſi per ſe iudicatum exequerentur, ſed vt per alios iudices à ſe datos id facerent, vt conſtat ex *d. l. à Diuo Pio*, quæ tota de iudicibus iudicatum exequentibus loquitur, non de magiſtratibus: quos ſanè indignum eſſet capiendis & diſtrahendis pignoribus occupari. Autoritatem verò ei rei præſtare indignum non eſt. Iudicialis autem pignoris in eo diuerſa ratio fuit à prætorio, quod ipſa pignoris capione conſtituebatur, non miſſione in poſſeſſionem *d. leg. à Diuo Pio. §. in venditione. & §. ſi pignora. & paſſ.* nec in eo locum habet quod ſcriptum eſt in *d. §. 1. l. non eſt mirum*, non priùs conſtitutum pignus intelligi quàm ventum fuerit in poſſeſſionem. Ad prætorium pignus pertinet titulus Pandectarum *Quib. ex cauſſ. in poſſ. eat.* & qui ſequitur *De reb. autor. iudic. poſſid. vel venund.* Ad iudiciale *titulus ille C. ſi in cauſſ. iudic. pign. capt. ſit.* Hodie tamen † ſublata illa magiſtratuum differentia, & iudicibus 4
omnibus perinde magiſtratuum iura nactis acſi prætores eſſent, fateor poſſe non malè dici iudiciale pignus quod olim fuit prætorium. Sed tamen illa ſemper differentia manet quæ iure vetere inter pignus prætorium & iudiciale fuit, quod ex quibus cauſſis olim prætorium conſtituebatur, non aliter hodie nec priùs conſtitutum intelligetur quàm ventum fuerit in poſſeſſionem: Ex quibus autem cauſſis iudiciale contrahebatur, id eſt, captis in iudicati executione pignoribus hodie quoque ſola capione conſtituetur, nec miſſio in poſſeſſionem requiritur. Denique prætorij pignoris nomen ſublatum eſt, quia iudices omnes hodie faciunt ea ferè omnia quæ olim propria erant prætoriæ iuriſdictionis, niſi quod in integrum non reſtituunt. Sed ius ipſum prætorij pignoris quale olim fuit hodie manet. Iudiciale verò pignus etſi nunc dicitur quod olim prætorium fuit, alio tamen iure cenſetur id quod ita iudiciale eſt vt numquam prætorium dici potuerit, id eſt quod etiam olim fuit iudiciale, alio verò quod iudicialis nomen duntaxat non etiam vim & effectum ſibi ſumpſit.

ANTONII FABRI IC.

Decas Vndecima.

ERROR PRIMVS.

De differentia iudiciorum bonæ fidei & ſtricti iuris quod ad fructus & vſuras pertinet.

SVMMARIA.

1 *Fructuum & vſurarum condemnationem in omnibus fere actionibus facere conſueuerunt pragmatici à die litis conteſtatæ.*
2 *Caſus quo apud pragmaticos vſuræ debentur etiam citra moram.*
3 *Apud veteres prudentes ex bonæ fidei contractibus debentur vſuræ à die moræ, fructus verò etiam citra moram.*
4 *Explicatio l. penult. D. fam. erciſc.*
5 *In actionibus ſtricti iuris vſuræ non veniunt, ne quidem à die litis conteſtatæ: fructus verò veniunt officio iudicis poſt litem conteſtatam percepti.*
6 *Quæ ſit ratio differentiæ modò propoſitæ inter fructus & vſuras.*
7 *Quod iactatur à pragmat. per litis conteſtationem in dolo & mala fide debitorem conſtitui, non poteſt inducere condemnationem vſurarum.*
8 *Nec etiam quod obiiciunt, per litis conteſtationem quaſi contrahi.*
9 *Quæ ſit ſententia l. lite. 35. D. de vſur. vbi Paulus ſcribit vſuras currere lite conteſtata.*
10 *Quomodo accipiendum quod ſcribit Vlpianus in l. 34. D. de vſur. vſuras vicem fructuum obtinere, nec debere à fructibus ſeparari, præſertim in bonæ fidei iudiciis.*
11 *Explicatur ratio l. ſi nauis. 62. D. de rei vindic. à pœnis percepta.*
12 *Differentia inter fructus & vſuras.*
13 *Alia inter eadem differentia.*
14 *Notatur error pragmaticorum putantium omnia iudicia hodie eſſe bonæ fidei.*
15 *Expenditur càſus quo pragmatici volunt emptorem condemnandum ad vſuras à die traditionis.*
16 *Vera ſententia l. initio. 5. Codice de pact. int. empt. & vendit.*

Nullam

NVllam pragmatici noſtri differentiam agnoſcunt inter fructus & vſuras, ſiue bonæ fidei iudicio, ſiue ſtricto quis conueniatur: Inter ipſa verò iudicia bonæ fidei aut ſtricti
1 iuris vix vllam quoque. Solent enim & fructuum † & vſurarum condemnationem in omnibus ferè actionibus facere ex die litis conteſtatæ, quòd in iudicio inquiunt, & per litis conſtationem quaſi contrahatur, & ab eo tempore debitor in mala fide conſtituatur. Vnum dun-
2 taxat caſum excipiunt in quo † vſuras non ſolùm à die moræ, ſed etiam citra moram deberi fatentur, nempe ſi venditor qui rem tradidit ſecutus fidem emptoris nec pretium accepit, agat ex vendito ad pretium, nam cùm emptor rei venditæ poſſeſſionem nactus ex ea fructus perceperit, non dubitant quin æquum ſit viciſſim vſuras eum præſtare, ex *l. curabit* 5. *Cod. de action. empt.* ne alioqui & re & pretio ſimul fruitus eſſe videatur *l.* 2. *C. de vſur. leg. Iulianus* 13. §. *veniunt. D. de action. empt.* Quemadmodum ex contrario iniquum eſſet vſuras ab eo exigi qui fructus non percepiſſet *l. liberalitatis* 17. §. 1. *D. de vſur.* At longè aliter prudentes totam rem
3 hanc definiuerunt. Nam ex † contractibus bonæ fidei vſuras deberi volunt à die moræ *l. initio* 5. *Cod. de pact. int. empt. & vendit. l. mora* 32. §. *in bona fidei. D. de vſur. l. in bonæ fidei* 13. *C. eod. l. Lucius* 24. *l die* 25. §. 1. *D. de poſ. l. C. eod. l. quæro* 54. *ff. locat.* Fructus verò omnimodo, vt loquitur Paulus in *l. videamus.* 38. §. *penult. D. de vſur.* id eſt etiam citra moram *in leg.* 3. §. 1. *D. de action. empt. l. proſocio.* 38. §. 1 *ff. proſocio. l.* 1. §. *hanc actionẽ* 23. *D. depoſ. l.* 4. §. *ſicut autem. D. commun. dimid. l. penul. D. fam.*
4 *erciſc.* vbi tamen † obſeruandum eſt quòd lex ait tã in finium regundorum quàm in familiæ erciſcundæ iudicio præteriti quoque temporis fructus venire, non ſic accipi debere quaſi inter vtrumque iudicium hac parte nihil interſit. Intereſt enim hactenus quòd in iudicio familiæ erciſcundæ fructus veniunt omnimodo & indiſtinctè, vt & in iudicio communi diuidundo non ſecus ac in actionibus ex bonæ fidei contractu deſcendentibus: in iudicio verò finium regundorum ij quidem qui poſt litem conteſtatam percepti ſunt veniunt. Nam & culpa & dolus exinde præſtantur. Sed antè iudicium percepti non omnimodò veniunt, ſed cum diſtinctione aut enim bona fide ſunt percepti & cedunt lucro poſſeſſoris ſi eos conſumpſit, aut mala fide, & condici oportet *l.* 4. §. *poſt litem D. fin. regund.* Nempe quia finium regundorum actio licèt in perſonam ſit, tamen pro vindicatione eſt *l.* 1. *eod.* nec magis quàm vindicatio inter bonæ fidei iudicia connumeratur in §. *actionum.*
5 *Inſt. de action.* At in actionibus † ſtricti iuris vſuræ non veniunt ne quidem à die litis conteſtatæ, fructus verò veniunt quidem, ſed ij demum qui poſt litem conteſtatam percepti ſunt, non cæteri, veniunt autem officio ſolo iudicis potiùs quàm ex natura iudicij *d. l. videamus* 38. §. *ſi actionem. D. de vſur.* vbi additur fieri hoc ex æquitate, id eſt vulgò receptum eſſe, vt Papinianus loquitur in *l.* 2. *eod.* licèt illo rationis prætextu quod quale quid eſt cùm petitur, tale dari debet, vt ibidem Papinianus ratiocinatur. Multum igitur hac parte intereſt inter fructus & vſuras, ſicut & inter ea iudicia quæ bonæ fidei, & ea quæ ſtricti iuris appellantur. Et
6 differentiæ ratio † inter fructus & vſuras euidens illa eſt, quod fructus cùm ſint naturales rei acceſſiones, ideóque cauſſæ appellatione contineantur, longè fauorabiliores ſint vſuris quæ ex re alioquin ſua natura ſterili, vt Ariſtoteles loquitur, id eſt ex pecunia producuntur. Atqui non eſſent fauorabiliores ſi non ex bonæ fidei contractibus etiam citra moram deberentur, cùm à die moræ vſuræ quoque debeantur. Non eſſent etiam fauorabiliores ſi ex iudiciis ſtrictis vſuræ à die litis conteſtatæ deberentur, cùm nec fructus niſi ab eo die de-
7 beantur. Nam quod per litis † conteſtationem, in dolo & mala fide debitor conſtituitur, ad rem non facit vt inducat condemnationem vſurarum, cùm non poſſit dolus aut contumacia rei facere vt obligationis ſubſtantia augeatur, ex qua tamen in ſtrictis iudiciis condemnatio æſtimanda & metienda eſt. Nam nec fructuum condemnationem litis conteſtatio inducere poſſet, ſi non ea ratio æquitatis ſubeſſet ad officium iudicis inducendum, quod quale quid eſt cùm petitur, tale debetur, ac proinde cauſſa omnis, id eſt quicquid habiturus erat actor ſi eo tempore reſtituta illi res fuiſſet, quo nomine naturales tantùm acceſſiones ſignificantur, id eſt naturalem cauſſam habentes, quales ſunt fructus, non etiam ciuiles, cuiuſmodi ſunt vſuræ quæ non tam ex re quàm ex iure percipi dicuntur in *l. ſi nauis* 62. *D. de rei vendicat.* Nec magis ad rem facit † quod pra- 8
gmatici obiiciunt, per litis conteſtationem, quaſi contrahi. Id enim procedit quod attinet ad rem ipſam quæ debetur & petitur, non etiam ad vſuras quæ non debentur, quæque in conteſtationem & iudicium deductæ videri non poſſunt, præſertim illæ, de quibus nunc tractamus, id eſt eius temporis quod ſecutum eſt conteſtationem. Probabilius videre poſſit argumentum quod pragmatici trahunt ex *l. lite* 35. *D. de vſur.* vbi Paulus ſcripſit vſuras currere lite conteſtata. Sed iam † 9
docuimus *Decade prima in err.* 2. longè diuerſam eſſe loci illius ſententiam, nec niſi ad eum caſum pertinere quo vſuræ ante conteſtationem debeantur. Senſus enim eſt curſum vſurarum non ſiſti per litis conteſtationem, quamuis conteſtatio ſoleat inducere nouationem, nouatio autem finiat debitum vſurarum *l. nouatione* 18. *l. emptor.* 27. *D. de nouat.* Ad voluntariam enim nouationem id pertinet non ad neceſſariam, qualis illa eſt quæ fit per conteſtationem, quam ideò æquum non eſt actori nocere. *l. aliam* 29. *D. eod. l. cùm ſtipulati* 90. *D. de verb. oblig.* Cæterùm non is Pauli ſenſus eſt vt quo caſu vſuræ nullæ debebantur, ſiue obligationis iure, ſiue officio iudicis incipiant deberi poſt conteſtationem. Non enim id eſſet currere, ſed incipere deberi. Denique non poteſt pragmaticos iuuare quod Vlpianus 10
† ſcribit in *l. vſuræ.* 34. *eod.* vſuras vicem fructuum obtinere, & meritò non debere à fructibus ſeparari, præſertim in bonæ fidei iudiciis. Nam id non vſque adeò generaliter accipiendum eſt vt falſum reperiatur, cùm negari non poſſit differre vſuras à fructibus etiam in petitione hereditatis, ad quem tractatum ea lex pertinet, vt inſcriptio demonſtrat, nec in eo ſolum quod dicimus, fructus deberi ex bonæ fidei iudiciis etiam citra moram, vſuras verò non niſi poſt moram præſtari, ſed in illo etiam quòd malæ fidei poſſeſſori fructus poſſunt condici, etiam quos non percepit, ſi percipere potuit *l.* 1. *C. de fid. & iur. haſt. fiſcal. lib.* 10. imò & quos nec potuit percipere, ſi eos petitor ipſe percipere potuiſſet, non etiam vſuræ quas potuit ex negotiatione lucrari, nec lucratus eſt *d. l. ſi nauis* 62. *de rei vindicat.* vbi ele- 11
gans † ratio redditur non ſatis bene ab omnibus percepta, quòd imputandum non ſit poſſeſſori ſi pecuniam in hereditate repertam fœnori non collocauerit, quod non niſi ſuo periculo facere potuit, cùm pecunia non eius cuius eſt, ſed eius qui dat periculo fœneretur. Quamuis vecturam nauis contra malæ fidei poſſeſſorem æſtimandam eſſe placeat, quia licèt ſimilis ſit nauis pecuniæ in eo quòd ſui natura etiam ſterilis eſt, & vectura ſicut vſura non naturâ peruenit, ſed iure percipitur, in eo tamen differt quòd qui naui vtitur, non ideò hauis periculum præſtare debet cùm peteat ſuo domino, ideóque imputari poteſt malæ fidei poſſeſſori cui naui vſus non
ſit. Item in eo differunt † vſuræ à fructibus, quòd vt 12
diximus, voluntaria nouatio ſiſtit curſum vſurarum. At curſum fructuum non ſiſtit, aut potiùs non perimit fructuum perceptorum perſecutionem ſi *Iacobo Cuiacio* credimus *li.* 18. *obſer. cap.* 3. qui id probari putat, ego
non item, ex *l.* 4. *D. de vſur.* Quibus differentiis illa † 13
etiam meo iudicio addi poteſt, quòd in bonæ fidei iudi-

ciis

ciis fructus debentur ex natura iudicij, & obligationis iure non tantùm officio iudicis, vsuræ verò non nisi officio iudicis, vt apertè scriptum est in *d. l. quæro 54. ff. locat.* Vnde fit vt pretij sorte, licèt post moram solutam vsuræ peti non possint, quia nulla supereſt obligatio cui officium iudicis accedere queat. *l. qui per collusionem 49. §. 1. ff. de act. empt.* Fructus autem peti possunt, etiam re tradita quia sunt in obligatione, cùm obligatio ex bona fide æstimatur. Quod ideò adieci quia in iudiciis strictis fructus licèt præstentur à die litis contestatæ, vt diximus, non tamen obligationis iure aut ex natura iudicij debentur, sed tantùm officio iudicis, & ex æquitate *d. §. si actionem l. 38. l. neque 15. ff. de usur.* quia strictæ obligationis natura fructuum additamenta non admittit. Cur autem aliud in bonæ fidei iudiciis, aliud in strictis obseruetur, ratio petenda est ex iis quæ de iudiciorum differentiis eatúmque causſis scripsimus plerisque Coniecturarum locis, maximè verò *lib. 15. cap. 1.* & 2. vnde & multa alia peti possunt ad maiorem eorum quæ modò diximus, explicationem. Sunt autem hæc omnia coniungenda cum iis quæ supra disputauimus in errorem illum pragmaticorum,† quo existimant iudicia omnia hodie esse bonæ fidei, aut saltem parum referre an iudicio bonæ fidei, an stricto quis conueniatur, quo stultius & absurdius dici nihil potest. Illud tamen non possum prætermittere, † non videri mihi verum quod idem pragmatici putant, illo etiam casu quo venditor fidem habuerit emptori de pretio, spe futuræ numerationis (vt quotidie fit, venditore apocham, emptore verò antapocham conscribente) condemnandum emptorem ad vsuras die traditionis. Tunc enim probabilius arbitror vsuras nullas deberi nisi ex die moræ, ob idque necessariam esse interpellationem, si dies non sit adiecta, quoniam imputare sibi debet venditor cur ita contraxerit, fidémque de pretio habuerit, nisi fortè emptor ex pecunia illa negotiatus fuisse & vsuras percepisse probetur. Quo casu nulla ei fit iniuria si lucrum ipsi eripiatur quod ab alio extorsit, ne alioqui & rei & pretij commoda eodem tempore consequatur. Eáque, ni fallor, sententia † est *legis initio 5. C. de pact. int. empt. & vendit.* quæ ait venditorem, si initio venditionis pactus non sit, vt emptor tardiùs exsoluti pretij vsuras penſitaret, vsuras petere non posse nisi à die moræ. Tardius enim exsolutum pretium intelligere debemus non quod statim solutum non fuit (sic enim fieri non posset vt non semper tardiùs solueretur) sed quodin certam diem promissum nec ea die solutum est. Habet autem venditor fidem de pretio, qui emptorem admittit vt de pretio intra certum diem soluendo se obliget. Nam quod nonnulli magis probant vt ea lex intelligatur de emptore qui fructus nullos ex re vendita perceperit non solùm cómentitium ést, sed etiam à iuris ratione alienum: quandoquidem eo casu neque ex mora vsuræ deberi possent, vt diximus ex *d. l. liberalitatis 16. §. 1. D. de usur.* neque verò mora contrahi, quia nihil est quod imputetur emptori qui pretium non soluit quandiu sibi res tradita non est, cùm prior contractum ex parte sua implere debeat, qui prior ex contractu agit *d. l. Iulianus 13. §. offerri. De action. empt.* Atqui lex tractat de ea mora quæ tunc contrahitur cùm agente venditore emptor non satisfacit, aut quæ ex ipso diei lapsu iam contracta sit. Proinde falsa esset euidenter prima pars legis, quæ habet vsuras initio contractus promissas ab emptore præstari debere etiam citra moram (sic enim accipiendam esse priorem partem posterior demonstrat) nam conuentio non valeret vt emptor vsuras pretij præstaret qui ex re vendita fructus nullos percepisset, nec percipere potuisset, *d. l. 16. §. 1. de usur. iunct. l. exempto 11. §. D. de act. empt.*

ERROR II.

De fructibus & vsuris legatorum & fideicommissorum singularium.

SVMMARIA.

1 *Actionem ex testamento per quam legata & fideicommissa singularia petuntur non esse proprie bonæ fidei.*
2 *In quo d. actio imitetur naturam actionum bonæ fidei.*
3 *In d. actione vsuræ veniunt ex die moræ.*
4 *D. actionem quod ad fructus attinet differre à cæteris bonæ fidei iudiciis.*
5 *Explicatur l. quæsitum. 40. D. de acq. rer. dom.*
6 *Vt sit accipiendum quod in leg. 1. Codice de usur. & alibi scriptum est tam vsuras quàm fructus legatorum & fideicommissorum deberi à die litis contestatæ.*
7 *Error Bartoli.*
8 *Error pragmaticorum putantium fructus & vsuras legatorum & fideicommissorum nonnisi à die litis contestatæ deberi, etiamsi mora præcesserit, à Senatu Sabaudiæ reiectus.*
9 *Differentia inter debitum ex testamento, & debitum ex contractu*
10 *Casus quo vsuræ & fructus debentur ex testamento etiam citra moram & à die mortis.*
11 *Minori curatorem non habenti recte soluitur.*
12 *Explicatio §. vsuras. l. Titia. 87. D. de legat. 2.*
13 *Alius casus quo fructus & vsuræ debentur à die mortis testatoris.*

ACtio † ex testamento per quam legata & fideicommissa singularia petuntur, non potest verè & propriè dici bonæ fidei, quia bonam fidem cùm dicimus, eam significamus quam alterum alteri præstare oporteat, & consequenter eo demum casu de bona fide quæri potest quo nascitur obligatio ex mutua conuentione, & qualitas negotij eam interpretationem fieri suadet, quę fit ex bona fide. At in testamentis non conuentio plurium versatur, sed sola testantis voluntas, ex qua vna æstimandum eſt quid ex testamento præstari oporteat. Imitatur † tamen hæc actio naturam actionum bonæ fidei in eo quòd pleniſſimas habet præstationes, quoniam ea proculdubio testatoris voluntas fuit vt quicquid testamento legatum datúmve est, pleniſſimè præstaretur, idq; etiã postulat fauor vltimarũ voluntatũ. Idcóque dicimus in hac actione † vsuras venire ex die morę, vt in cęteris omnibus bonæ fidei iudiciis. *l. si quis bonorũ 23. l. cũ res 47. de leg. 1. l. si quis seruo 84. l. Titia Seio 87. §. vsuras de l. 2. l. patr. 31. deleg. 3. l. vsura 34. ff. de usur.* Quod ad fructus † tamen attinet, differt actio ex testamento à cæteris bonæ fidei iudiciis. Nam cùm in cæteris fructus omnimodo debeãtur; *l. videamus. 38. §. pen. eo.* id est, nulla etiã mora præcedente, vt superiore capite explicauimus arg. *d. l. Titia 87. §. vsuras de legat. 2.* In actione tamen ex testamento non debentur nisi à die moræ, nec si heres legatam rem esse sciat, quia non ideo scit an legatarius legatum iãagnouerit aut agnitus sit, quod ex mera ipsius voluntate pendet non ex iure testamenti *l. 3. D. de usur. d. l. si quis seruo 84. de legat. 2.* Nec enim cogitur heres ire ad legatarium & fideicommissariũ vt ei offerat quod testamento datum relictúmque est, sed sufficit vt petenti legatario moram non faciat, eamque rem statim præstet *d. l. cum res 47. de leg. 1.* Qui proculdubio Africani † sensus est in *l. quæsitum 40. de acquir. rer. domin.* cùm ait heredem

heredem nõ posse rei legatæ fructus suos facere, ex quo scit rem esse legatam, nempe si iam tùm fuit agnitum legatum vel fideicommissum, alioqui bonæ fidei possessor heres est licèt legatum aut fideicommissum esse sciat, quandiu ignorat an iure suo vti legatarius aut fi-
6 deicommissarius voler. Non est contrarium quod † in *l.1.& tot.tit.C.de vsur.& fruct. legat.* scriptum est, tam vsuras quàm fructus siue legatorum siue fideicommissorum deberi à die litis contestatæ. Quod & Iulianus sensisse videtur in *l. quæsitum* 91. §. *vlt. de leg.*1. Id enim omnimodo sic accipiendum est, si mora non præcesserit, quam vtique constat posse contrahi per interpellationem factam congruo loco & tempore etiam ante contestationem, arg. eius quod non valdè dissimiliter scriptum est in *l.sed etsi lege* 25. §. *si ante D. de petit. hered.* quod & Accursius benè vidit, & longè
7 meliùs quàm *Bartolus*, + & cæteri qui fructus legatorum separant ab vsuris, cósque legatario deberi volunt ex die mortis, propterea quòd ab eo tempore dominium rei legatæ à testatore ad legatarium peruenisse intelligatur, quasi numquam factum heredis *l.legatum* 80. *de leg.* 2. *l. à Titio* 64. *D. de furt.* Iunct. *l. Herennius* 42. *D. de vsur.* In quo quia manifestissimè refelluntur ex *d.l.*1.*& tot. tit.C. de vsur. & fruct.ib. legat.* vbi scriptum est non ex die mortis, sed à lite contestata tam fructus quàm vsuras deberi siue in rem siue in personam actum sit, coguntur viri boni multò ineptiore & prorsus commenticia interpretatione totum illum titulum ad eum casum coangustare, quo res aliena legata sit, cuius proinde dominium quod penes ipsum testatorem non fuit, à testatore in legatarium aut fideicommissarium transire non potuerit. Contra quam sententiam & distinctionem tam multa iam scripsimus *lib.* 7. *Coniect.cap.*3.*&* 4. vt hîc pluribus immorari operæ pre-
8 tium esse non arbitremur. Pragmatici † verò in hunc ferè vsque diem, & ab Accursio & à Bartolo aliisque interpretibus dissentientes vulgò existimabant nonnisi à die litis contestatæ deberi fructus & vsuras legatorum & fideicommissorum etiamsi mora longo interuallo cõtestationem præcessisset, nisi testator soluendo legato aut fideicommisso diem præstituisset, quo casu quasi mora ex solo temporis lapsu contracta volebant ex eo die iuduci debitum fructuum & vsurarum. Sed etiam sacrosancti & consultissimi Senatus nostri autoritate error hic profligatus est: sæpiúsque pronuntiatum si mora contestationem præcesserit, tam fructus quàm vsuras siue legatorum siue fideicommissorum à die moræ deberi, non à die litis contestatæ, siue propria res testatoris siue aliena fuit quæ per legatum aut fideicommissum relicta est. Nec aliud admittendum esse tametsi in diem certam legatum vel fideicommissum esse proponatur: quia diei aduentus non facit vt hoc ipso constituatur heres in mora si legatum aut fideicommissum non soluat quandiu à legatario aut fideicommissario interpellatus non est, cùm ignorare probabiliter possit an legatarius aut fideicommissarius relictum sit agniturus. Quare nec aliud erit, tametsi testator præcisè & contra voluntate iusserit vt ad diem legatum soluatur, in eámque rem bona hereditaria distrahantur. Habet enim voluntas illa quantacumque expressa & efficax tacitam conditionem, si legatum aut fideicommissum agnitum erit, quia liberalitas, vt habet iuris regula, in inuitum non confertur. In eóque dissimile
9 est † quod ex testamento debetur, ab eo quod ex contractu. Nam si quid per contractum etiam stricti iuris, vt puta per stipulationem promissum sit certo die soluendum, nec solutum sit, dicimus & fructus & vsuras exinde deberi propter diei adiectionem *l.* 3. *D. de eo quod cert. loco l. si fundum certo die* 114. *De verb. obligat. l. si Calendis* 11. *De re indic.* quia cùm contractus duorum voluntate perficiantur, creditor iam satis voluntatem suam declarauit ab ipso contractus tempore cùm in diem certam stipulatus est. Legatarius autem vel fideicommissarius quia cùm testamentum fit, aut abest, aut certè tùm etiam cùm præsens est, nihil agit, non priùs potest ex testamento & lapsu diei legato vel fideicommisso adiectæ cómodum illud consequi quàm declarauerit suam voluntatem, vtrum eo iure quod sibi per testamentum & per legem quæsitum est vti velit. Vnus tamen casus † est, quo fructus & vsuræ de- 10
bentur ex testamento etiam citra moram & à die mortis. Nempe si minori annis viginti quinque relictum sit. Fauor enim ætatis ius hoc elicuit, vt mora ipso iure contracta esse intelligatur, & re ipsa & solo tempore tardæ solutionis. Nec tantùm quod ad legata & fideicommissa pertinet *d.§.vsuras*, sed etiam in cæteris omnibus cautis ad bonæ fidei iudicia spectantibus *l.in minorum* 3. *C.in quib.causs. non est necess. in integr. restit. l. curabit* 5. *C.de action.empt.* Nimirum si pupillus cui legatum aut fideicommissum debetur habeat tutorem cui solui possit, vt eleganter ex rescripto diui Pij tractat Papinianus *in leg.cum quidam* 17. §. *si pupillo D.de vsur.* Quid enim, inquit, imputari ei potest, qui soluere etiãsi veller, non potuit? Nec simile videri potest quod placuit minoribus succurri in his etiam quæ non acquisiuerũt. Vsuræ enim non propter lucrum percipiendum, sed propter moram soluendum infliguntur. Quid ergo si puberi quidem, sed minori annis viginquinque legatum aut fideicommissum debeatur, nec minor ille habeat curatorem? An idem admittemus quod in pupillo tutorem non habente vt vsuræ non currant? Ita putat *Carol. Molin.de contract.vsur.n.*205. sed omnino ridiculè, quia non sicut pupillo tutorem non habenti solui non potest, ita & minori † qui curatorem non habet solui 11
non posse recte quis dixerit. Quidni enim possit solutionem accipere cùm & seipsum obligare possit sine curatore, siue curatorem habeat, siue non? *l. puberes* 101. *de verb.obligat.* Quam ob causam rescriptum diui Pij de pupillo tantùm locutum est, & quamuis putet Papinianus perinde producendum esse ad eum qui reipublicæ causa abfuit, nec procuratorem in prouincia reliquit (sic enim locus ille ex pupilli tutorem non habentis comparatione intelligi debet) non tamen similiter producit ad minores curatorem non habentes. Nam quod de minoribus subiicit generaliter solere iis succurri etiã in lucris quæ non acquisierunt, non eò pertinet vt pupillorum & puberum minorum eadem hac parte ratio constituatur, sed vt diluatur obiectio quæ ex communi iure minorum omnium fieri poterat, cùm dubitari non possit quin minor sit is qui etiam pupillus est. Sic & Iustinianus in §. *nunc admonendi. Instit. quib.alienar.licet vel non*, de pupillo solo loquitur, non etiam de minore, cùm ait non liberari debitorem pupillarem si pupillo soluat sine tutoris autoritate. Et quod interserit etiam aliquid de curatore, non facit vt ad puberes minores id ius protrahi debeat, sed ideo factum est, quia pupillo tutorem habenti fieri potest vt etiam curator interdum detur: cuius autoritas potest etiam sufficere vt qui pupillo soluit liberetur. Sic Paulus in *l. pupillo* 15. *D.de solut.* de pupillo solo loquitur, non etiam de minore, ideò denique Imperatores in *d.l.in minorum, C. in quib.causs.non est nec.in integr.rest.* generaliter loquuntur, id est, non adhibita ea distinctione an curatorem habeant nécne, quia rescriptum diui Pij quo inducta est eiusmodi distinctio non ad puberes pertinet, sed ad pupillos duntaxat, qui licèt ipsi quoque minores sint magis tamen propriè & speciali nomine pupilli appellantur, in iis præcipuè cautis in quibus vt hîc alio iure puberes, alio impuberes vtuntur. Illud tamẽ obseruandũ † 12
est quod eleganter idem Papinianus monet in *d. § vsuras*, ipsa & sola cessatione solutionis finiri etiã ipso iure statim atque completus est annus vigesimus quintus, quasi cessante causa per quam inducebatur, ob idque ex

co

eo tempore neceſſariam eſſe interpellationem vt noua mora contrahatur, quam ſemel interueniſſe ſufficiat quò vſuræ perpetuò debeantur. Mora enim ſemel contracta per interpellationem ſemper durat quouſque purgata ſit, quæ verò non niſi fauore ætatis contracta eſt, finita quoque ætate finitur. Sed & ſciendum eſt alio quodam caſu + fieri poſſe vt legatorum ac fideicommiſſorum fructus & vſuræ ex die mortis teſtatoris debeantur, ſcilicèt cùm legato ipſo aut fideicommiſſo cõtinentur, id eſt, ſi fructus ipſi quoque relicti ſint per legatum aut fideicommiſſum, vel vſuræ. Non enim eo caſu fructus aut vſuræ legatorum vel fideicommiſſorum dici debent, ſed fructus legatos vel fideicommiſſos, vſuras quoque legatas vel fideicommiſſas eſſe dicendum eſt. Tunc autem heredis moram explorari oportet, cùm de vſuris fideicommiſſi quæritur, non de ipſis fideicõmiſſis, vt eleganter & ſubtiliter more ſuo Papinianus loquitur in *l. cum vnus* 10. §. *verbis fideicommiſſi. D. alim. & cibar. legat.* Cætera quæ ad hunc tractatum pertinent, & ad differentias quæ in hac etiam quæſtione fuerunt olim inter legata & fideicommiſſa, ex iis Conjecturarum noſtrarum locis petenda ſunt, quos ſuprà indicauimus.

15

ERROR III.

De fructibus ex fideicommiſſaria hereditatis reſtitutione adiudicandis.

SVMMARIA.

1 *A quo tempore fructus hereditatis fideicommiſſariæ debeantur fideicommiſſario.*
2 *Sententia Bartoli putantis deberi à die oblati libelli.*
3 *Videri aliis deberi à die litis conteſtatæ, idque in praxi receptum eſſe.*
4 *Proximè relatæ ſententiæ refutatio.*
5 *Ex ſententia autoris deberi fructus & vſuras fideicommiſſi vniuerſalis à die moræ, & n.* 10.
6 *Differentia hac in parte inter fideicommiſſum ſingulare & vniuerſale.*
7 *An tentari poſſit in fideicommiſſaria hereditatis reſtitutione fructus omnes venire etiam ante moram percèptos.*
8 *Differentia inter heredem de reſtituenda hereditate rogatum, & alium à quo fideicommiſſaria hereditas petitur poſt reſtitutionem.*
9 *Fructus quatenus augeant hereditatem.*

QVæ proximo capite diximus De fructibus fideicommiſſorum, ad ea fideicommiſſa pertinent quæ ſunt rerum ſingularum: quorum eadem ratio quæ legatorum iam olim fuit in pleriſque cauſſis *l.* 1. *de lega.* 1. hodie verò generaliter & indiſtinctè eadem prorſus in omnibus ex Iuſtiniani conſtitutione in *l.* 2. *C. comm. de leg.* non etiam ad vniuerſalia, quale illud eſt quo qui de reſtituenda hereditate rogatur. Nam quod ad hæc attinet, pragmaticorum error facit, vt alius tractatus eſſe videatur, & ſeparatim proponenda ſit hæc quæſtio, A quo
1 tempore † fructus hereditatis fideicommiſſariæ fideicommiſſario debeantur. Sunt enim qui putent poſt †
2 *Bartolum conſi.* 53. deberi non à die moræ extraiudicialis, aut litis conteſtatæ, ſed à die oblati libelli, quæ prima iudicialis mora dici poteſt. Alij contrà &, ex iis qui fideicommiſſorum ſingularium fructus & vſuras à die moræ per extraiudicialem interpellationem contractæ
3 deberi volunt, fideicommiſſariæ † tamen hereditatis fructus deberi negant, niſi à die litis conteſtatæ. Eóque paſſim iure vtimur, neſcio planè qua lege aut ratione.

Nam † titulus ille Codicis *de vſur. & fructib. legat. & fideic.* in quo toties ſcriptum eſt fructus & vſuras legatorum ac fideicommiſſorum non deberi niſi à lite conteſtata, præter id quod de fideicommiſſis ſingularibus loquitur, non de vniuerſalibus, ſic quoque interpretandus eſt vt litis conteſtatæ meminerint Imperatores ad excludendum tempus mortis teſtatoris, non autem moræ tempus quod præceſſerit conteſtationem: id eſt, vt ſignificent non ab eo die quo teſtator deceſſerit fructus aut vſuras legatorum vel fideicommiſſorum deberi, ſed à die moræ, ſiue, quod plerumque fit, mora contracta ſit per interpellationem extraiudicialem, ſiue ſaltem per litis conteſtationem. Vix enim eſt vt non ſaltẽ moram heres contrahat, cùm litem conteſtatur, quamuis in eum vſque diem habuerit probabilem aliquam dubitandi rationem, vtrum legatum vel fideicommiſſum deberetur. Ego non dubito † quin fideicommiſſo- 5
rum vniuerſalium hac parte idem ius ſit, quod ſingularium, hoc eſt, vt omnium fructus & vſuræ à die moræ debeantur. Sic enim apertè ſcriptum video non iis tãtùm locis quos ſuperiore capite attulimus, ſed etiam quod ad fideicommiſſariam hereditatis reſtitutionem attinet, in *l. in fideicommiſſaria* 18. *D. ad S. C. Trebell.* vbi Vlpianus ſcribit in fideicommiſſaria hereditatis reſtitutione non venire fructus, niſi mora facta eſt, aut cùm quis ſpecialiter fuerit rogatus & fructus reſtituere. Mora igitur facta fructus veniunt, moram porrò ante conteſtationẽ fieri poſſe quis ignorat? Illa tantùm differẽtia eſt inter fideicommiſſum vniuerſale † & ſingulare, 6
quòd ſi per fideicommiſſum relictus ſit fundus, cuius fructus mortis tempore maturi fuerũt, non idcirco fructus illi fideicommiſſario debentur, ſi ab herede percepti ſint ante agnitum peritúmque fideicommiſſum, quia non ſunt in fideicommiſſo, ſed fundus ipſe ſolus, licèt quandiu fructus in fundo ſunt pretioſior fundus exiſtimetur. arg. *l. nihil proponi* 120. §. *vlt. de legat. 1.* At ſi heres de reſtituenda hereditate rogatus fuerit, fructus illi veniunt in reſtitutionem, quia quãuis non augeant fundi æſtimationem ſimpliciter, ſed tantùm eo tempore inſpecto quo ſunt in fundo, augent tamen hereditatis æſtimationem, vt Paulus ſcribit in *l. in falcidia* 9. *D. ad leg. falc.* Qui autem rogatur hereditatem reſtituere, id videtur rogatus reddere quod fuit hereditatis, id eſt eam ipſam hereditatem quæ quantáque mortis tẽpore fuit, quo demum inſtanti hereditas conſtituitur, & eſſe incipit. Nec de his fructibus dici poteſt quod de aliis Vlpianus tractat in *d. l. in fideicommiſſaria*, fructus ab herede ex rebus hereditatis perceptos non hereditatis, ſed rebus ipſis accepto ferendos eſſe, vt inferat. Non igitur venire eos in reſtitutionem. Nam imò hereditati accepto feruntur ij omnes qui hereditatis æſtimationem augent, eo ipſo tempore quo hereditas conſtituitur, non etiam illi qui poſt natam hereditatem accedũt. Finge fructus in hereditate repertos eſſe moriente teſtatore. Non tam hereditatis fructus eſſe intelligentur quàm particula quædam hereditatis: ob idque eodẽ quo hereditas ipſa iure cenſebuntur *l. centurio* 15. *D. de vulg. & pup. ſubſtit.* Nihil autem intereſt an fructus in hereditate reperti ſint, an maturi in fundo, quod ad hereditatem augendam pertinet, niſi quòd qui mortis tẽpore maturi ſunt in fundo, non tanquã fructus augent hereditatem, ſed tanquam pars fundi, & vt Paulus loquitur in *d. l. in falcidia fundi nomine qui videtur illo in tempore fuiſſe pretioſior.* Id enim eſt quod ait *l. ſi fructus pendentes* 44. *D. de rei vindic.* fructus pendentes fundi partem eſſe, pendentes ſiquidem propriè illi ſunt qui ſunt maturi, non etiam cæteri qui nondũ maturi ſunt, licet fundi quoq; appellatione magis quàm parte contineantur *l. fundi* 17. *D. de act. empt.* Neque enim fructuũ nondum maturorum, licèt ſperentur, certa vlla poteſt iniri æſtimatio, propter innumera quæ poſſunt accidere, & facere ne matureſcant. Apparet igitur ex ſuperioribus

tioribus plenioremesse posse quod ad fructus restituendos attinet, fideicommissi vniuersalis restitutionem quàm fideicommissi singularis, minùs plenam esse non posse. Quòd si ita est, consequens sit vt cùm ex fideicommisso singulari fructus debeantur à die moræ, multò magis ab eo tempore debeantur ex causa fideicommissi vniuersalis. Quinimò probabilius tentari posset † 7
in fideicommissaria hereditatis restitutione fructus omnes venire etiam qui ante moram percepti sunt, quoniam fideicõmissaria hereditatis petitio easdem præstationes recipit quas hereditatis petitio ciuilis *l.2. D. de fideic. hered. peti.* sicut & possessoria hereditatis petitio quæ bonorum possessori datur *l. vltim. D. de possess. hered. petit.* Constat autem fructus omnes ex hereditate perceptos licèt longo post testatoris mortem interuallo, venire in petitionem hereditatis ciuilem, quia hereditas & augmentum recipit & diminutionem cùm sit nomen iuris, siue fructus illi ante aditam hereditatem, siue post aditam accesserint *l. item veniunt* 20. §. *item non solum. & §. fructus. D. de hered. petit.* Sed respondendum est, fideicommissariam illam hereditatis petitionem, quæ easdem præstationes recipere dicitur, quas hereditatis petitio ciuilis, & de qua in *d. l. 2 ill. titul.* non eam esse quæ datur fideicommissario contra heredem ad extorquendam hereditatis fideicommissariæ restitutionem, sed eam quæ restituta hereditate datur fideicommissario contra quemlibet hereditatis possessorem pro herede aut possessore possidentem. Nam contra heredem rogatum quandiu hereditatem nondùm restituit, fideicommissaria hereditatis petitio locum habere non potest, sed in id tantùm agendum est vt fideicommissum restituatur ex Prætoris fideicommissarij in eam rem specialiter constituti iurisdictione: post restitutionem verò non post ea actio competere aduersus heredem qui tutus est exceptione restitutę hereditatis *l. vlt. §. pen. D. eod. l. ita tamen* 27. §. *qui ex Trebelliano D. ad S.C. Trebell.* Cæterùm alio iure cen-
8 sendus est is † qui fideicommissum restituere rogatus est, alio is à quo fideicommissaria hereditas petitur post restitutionem: quia heres rogatus quandiu fideicommissi restituendi nomine non vrgetur, ius habet hereditatis retinendæ non solùm tanquam bonæ fidei possessor, quod sufficere posset ad fructus lucrandos, sed etiam tanquam dominus, cùm heredis appellatio nihil nisi dominum significet. Vnde illud etiam euenit, vt fideicommissarius vniuersalis quantumlibet heredis loco sit, non tamen fiat ex Trebelliano heres, quia licèt Senatusconsultum possit facere heredem & dominum, vt ex Senatusconsultis Tertulliano & Orficiano apparet, non potuit tamen facere vt qui re vera heres erat, heres esse desineret *l. ait prator 7. §. sed quod Papinianus. D. de minor. l. ei qui soluendo* 88. *de hered. inst.* multò minùs autem vt vni homini duo heredes in solidum essent. Itaque mirum non est si heres de restituenda hereditate rogatus meliore conditione sit quàm is qui fideicommissaria hereditatis restitutione conuenitur, quique nullum ius habet possidendi eam, fructúsque ex ipsa percipiendi. Etsi enim generaliter verum est quod diximus fructus augere hereditatem, aliud tamen est tractare de hereditate simpliciter, aliud verò de hereditate restituenda, Fructus † augent hereditatem lucro 9
heredis, sed non augent hereditatem ex fideicommisso restituendam, id est, non augent fideicommissum, quia, vt dictum est, quoties quis rogatur hereditatem restituere, id videtur rogatus restituere, quod fuit hereditatis, moriente scilicet testatore: nam nec alia fuisse hereditas videri potest, quæ semel adita fuit altero herede de ea restituenda rogato, quando quidem aditio quæ iuris potestate retrotrahitur ad tempus mortis, facit vt nullo tempore iacuisse hereditas videatur. Proinde fructus qui illo mortis tempore nec iam percepti, nec pendentes fuerunt, non tam hereditati quàm rebus hereditariis accepto ferendi sunt, & consequenter in fideicommissum venire non possunt, ne fiat contra voluntatem quod ex voluntate proficiscitur. Et quemadmodum hereditas ex quo adita est, desinit esse hereditas, fitque patrimonium heredis, ita fructus illi à vero herede percepti non tam hereditatem quàm heredis patrimonium auxisse intelliguntur, nemo autem dixerit proprium patrimonium heredis fideicommisso contineri *l. coheredi 41. §. cum filia. D. de vulg. & pupil. substit. l. sequens quæstio* 68. *de lega.* 2. Planè sicuti melioris conditionis est heres rogatus de restituenda hereditate, quia verus heres est, quàm qui petitione hereditatis conuenitur tanquam possessor pro herede possidens aut pro possessore, quia falsus heres est, ita æquum est † meliorem esse conditionem fideicommissarij, quàm veri heredis in fructibus acquirendis, ex quo tempore mora per heredem facta est in restitutione fideicommissi, ne alioqui profic heredi sua frustratio & fideicommissario noceat contra voluntatem testatoris, quod proculdubio eueniret, si fructus ex hereditate fideicommissaria post heredis moram percepti in restitutionem non venirent, litisque contestatæ tempus spectandum & expectandum esset, quod plerumque per contumaciam & tergiuersationem heredis in longiorem diem differtur. 10

ERROR IV.

De fructibus hereditatis fideicommissariæ in Trebellianicam computandis.

SVMMARIA:

1 *Differentia inter caussam restitutionis fideicommissi & imputationis quartam.*
2 *Fructus à vero herede ex hereditate percepti non veniunt in fideicommissaria hereditatis restitutione.*
3 *Fructus omnes etiam citra moram percepti ex voluntate testantis in quartam imputantur.*
4 *Si purum sit fideicommissum fructus medio tempore percepti cur non imputentur.*
5 *Quando fideicommissum nulla deducta quarta restituatur, & quanti temporis fructus Trebellianicam absorbeant n. 6 ex sententia pragmatic.*
7 *Error pragmaticorum.*

DIfferentia magna est inter caussam † restitutionis fideicommissi & imputationis in quartam: multa enim imputantur quæ non veniunt in restitutionem, quoniam ad imputationem sufficit vt id de quo agitur heres habeat ex iudicio defuncti & tanquam heres, non habiturus si heres non fuisset: ad caussam verò restitutionis, necesse est vt id quod in restitutione venit sit hereditarium, nec nisi hereditati accepto ferri possit. Inde fit vt fructus à vero herede † ex hereditate percepti, non veniant 2
in fideicommissaria hereditatis restitutione, vt proximo capite dicebamus, quoniam vt Vlpianus scribit in *l. fideicommissaria* 18. *D. ad S.C. Trebell.* quoties quis rogatus est hereditatem restituere, id videtur rogatus reddere, quod fuit hereditatis, fructus autem non hereditati, sed rebus ipsis hereditariis accepto feruntur, & tamen fructus † omnes etiam citra moram percepti in 3
quartã imputantur, si modò percepti sint ex iudicio, & voluntate testantis, quod euenit quoties hereditas per fideicõmissum in diem aut sub cõditione relicta est. Nã si purũ † aut quod ferè idẽ est præsenti die fideicõmissum 4
sit fructus medio tẽpore percepti magis ex negligentia petẽtis quàm ex iudicio defũcti percepti videtur ideóq; nec imputantur, sed perinde acsi nulli percepti

essent

essent fideicommissum deducta quarta restituetur *l. mulier quæ duobus 22. §. si heres. D. ad S. C. Trebell* Quoniã autem pura illa fideicommissa hodie perrara sunt, nihilque frequentius est quàm vt heres siue scriptus siue legitimus hereditatem post mortem suam si sine liberis decesserit, restituere rogetur, accidit sæpenumero vt fideicommissum † nulla deducta quarta restituatur, quia fructuum medio tempore perceptorum ratio eam cõputationem inducit, quæ Trebellianicam absorbeat: ideóque solet quæri quot annorum fructus ei rei sufficiant. Et pragmaticis placet quinquennij † fructus sufficere, æstimatis scilicet fructibus ad modum vsurarum quincuncium, quæ vicesimo demum anno æquant sortem, quandoquidem Trebellianica quarta duntaxat portio est hereditatis restituendæ. Nam & quinquennium pars quarta vicennij est, eadémque proportione se habet ad vicennium, qua hereditatis restituendæ quarta portio ad totam hereditatem, sed euidentissimus hic error est pragmaticorum. Non enim † quartam solam, cámque integram & illibatam ex fideicommisso habere heres debet, sed etiam quartæ fructus *d. §. si heres l. 22 D. ad S. C. Trebell. l. 3. C. eo l. Papinianus 8. §. vnde si quis D. de inoff. testam.* & quidem à die mortis *l. quod bonis 15. §. fructus D. ad leg. Falcid.* Proinde: nisi mea me fallit arithmetica, sexennij integri ac præterea trium mensium fructus habere heres debet, vt Trebellianum inducatur, quomodo prudentes ante Iustinianum loqui solebant, id est, vt tota hereditas ex fideicommisso sine vlla deductione restituatur, iuxta eam fructuum æstimationem, iustam sanè & rationi adprime consentaneam, quæ constituitur ex vsurarum quincuncium comparatione. Nam quod Vlpianus in *d. §. vnde si quis*, tractat de decennio, exempli potiùs quàm calculi causa dictum est.

ERROR V.

De iure liberorum primi gradus, vt fructus à se perceptos in Trebellianicam imputare non cogantur.

SVMMARIA.

1 *Quale sit ius illud singulare quod in fauorem liberorum primi gradus introduxit Zeno Imp. in l. iubemus. 6. C. ad S. C. Trebell.*

2 *Hodie eo iure vtimur, vt liberi de restituenda hereditate rogati duas quartas detrahant.*

3 *Iniquum esse vt liberis primi gradus duæ quartæ concedantur; ac præterea fructus omnes medio tempore percepti.*

4 *In Zenonis lege nihil esse ex quo possit conijci permittendum legitimæ cum Trebellianica detractionem: aut deducta legitima restituendum dodrantem fideicommissario.*

5 *Liberos primi gradus ex communi iure fructus à se perceptos medio tempore in Trebellianicam cogi imputare.*

1 SIngulare † ius est liberorum primi gradus, Imperatoris Zenonis constitutione introductum *l. iubemus, 6. C. ad S. C. Trebell.* vt non sicut cæteri cogantur imputare in Trebellianicam fructus à se perceptos, sed præcipuos eos habeant, & ex rebus ipsis hereditariis quadrantem suum efficiant: reliquũ totius hereditatis dodrantem restituant. Cuius constitutionis æquitas videtur in promptu esse. Nimirum iis personis, quæ sanguinis vinculo testatori sunt coniunctiores, visum est hac in re fauendum esse, vt meliore quàm heredes cæteri iure & conditione fruantur. Sed tamen deflexit æquitas illa in summam iniquitatem ex errore interpretum & pragmaticorum. Nã cùm hodie passim eo † iure vtamur, vt liberi siue primi, siue 2
sequentis gradus si de restituenda hereditate rogati sint, duas quartas detrahant, adeò vt nec à testatore prohiberi possint ne detrahãt si in primo sint gradu, ex iure pontificio quod extat in *c. Raynutius, & c. Raynaldus. Extr. de testam.* Nemo non videt quàm iniquum sit † 3
& ab Imperatoris mente alienum si liberis primi gradus duplicem illam quartam, aut vt melius dicam, trientem pro legitima, & quadrantem pro Trebellianica concedamus, ac præterea fructus omnes medio tempore perceptos, qui Trebellianicam non modò æquare possint, sed etiã superare. Ita. n. fit vt semper habituri sint ad minus semissem totius hereditatis vltra fructus totius assis, reliqua verò hereditas, id est, semis duntaxat fideicommissario relinquatur. Et tamen apertissima in contrarium Zenonis verba sunt, volentis vt de rebus ipsis hereditariis dodrans fideicommissario restituatur. Alia igitur lex quærenda est, quę liberis primi gradus faueat ratione fructuum, quàm Zenonis constitutio, quæ in fideicommissarij odium violatur. Nã qui eam sic intelligunt †, vt deducta priùs legitima dodrans eius quod 4
superest veniat in fideicommissum, aperte calumniãtur, & vim faciunt verbis, non ob id solùm quod in Zenonis lege nihil est, ex quo possit conici permittendã legitimæ cum Trebellianica detractionem. Sed etiam quiã euidens est verba illa *Sed de ipsis rebus hereditariis dodrans restituatur* hunc sensum habere vt rerũ hereditariarum indistinctè, id est, omniũ quas testator in hereditate reliquit dodrantem fideicõmissario restitui oporteat, quod non fieret si legitima priùs detraheretur. Denique semissem in effectu pro drodante substituere nemo possit salua vi & proprietate verbotum ac Imperatoris voluntate. Præsertim cùm præcedentia illa *vt omnibus modis retenta quarta pro autoritate Senatusconsulti Trebellianici de ipsis rebus hereditariis dodrans restituatur*, ostendant satis de eo quadrante intelligi legẽ debere, itémq; de eo dodrante de quo & Senatusconsultũ locutum est. Atqui Senatusconsultũ dat heredi quadrãtem totius assis, sicut & fideicommissario dodrantem totius assis, non autem eius quod superest legitima deducta, quia nec eã duplicis quartæ detractionem Senatusconsultũ agnouit. Non igitur eam Zenonis mentem fuisse dici potest, vt eum dodrantem fideicommissario restitui voluerit qui non nisi semissem efficiat. Cessante porrò Zenonis constitutione, & liberis primi gradus multò fauorabilius habitis in duplicis quartæ deductione, nihil aliud superest nisi vt † ex iure communi fructus 5
omnes quos medio tempore perceperunt, in Trebellianicã imputentur. Quòd si obiicias, ita futurum vt liberi primi gradus nullum habeant priuilegium, si quidem liberis quoque sequentium graduum eadem duplicis quartæ deductio indulgetur. Respõdebo, id quidẽ egisse Zenonem vt liberos primi gradus priuilegio aliquo afficeret, sedita tamen vti ne fideicommissario in totius hereditatis dodrante iniuriã fieri pateretur. Itaq; inducto eo per errorem interpretum qui Pontificij iuris conditores fefellerunt, vt non nisi semis hereditatis fideicommissario saluus esse possit, si fortè fructus aut nulli, aut perexigui ab herede percepti sint, æquum non esse vt qui eo casu diminutionem patitur eius portionis quam ex fideicommisso illibatam habere debuit, iuris cõmunis auxilio priuetur, si fortè fructuum perceptorũ & imputandorum ratio sufficere possit ad Trebellianicã absorbendam, vt qui in vno grauatur quemadmodum est in pragmaticorum brocardico, in alio releuetur. Et sanè quod Zeno voluit meliorem esse hac parte conditionẽ liberorũ primi gradus, quàm cæterorũ descẽdẽtiũ idcò factũ est, quia cęterorũ descendẽtiũ nõ meliorẽ esse conditionẽ voluit, quàm extraneorũ. Permissa igitur descẽdẽtibus liberis sequẽtiũ graduũ duplicis quartæ detractione nõ secus ac liberis primi gradus, nihil fit cõtra

Zenonis mentem si liberos primi gradus, perinde ac cæteros descendentes ad ius commune reuocemus, quod attinet ad perceptos fructus in Trebellianicam imputandos. Sufficit enim vt etiam hodie melioris conditionis sint, quàm extranei heredes fiduciarij, quibus vtique duplicis quartæ detrahendæ ius denegatur. In eo tantùm Zenonis constitutioni hoc respectu derogatum est quòd melior facta fuit conditio inferioris gradus descendentium, quàm extraneorum, quæ tamen ex Zenonis lege & mente, par & æqualis esse deberet.

ERROR VI.

De alio liberorum primi gradus priuilegio vt Trebellianicæ deducendæ prohibitionem pati non cogantur.

SVMMARIA.

1 *Lege Zenonis vugò credi inductum aliud liberorum primi gradus priuilegium, vt prohiberi non possint ne ex fideicommisso restituendæ hereditatis Trebellianicam deducant.*
2 *Nullum tale priuilegium lege Zenonis inductum esse, aduersus pragmaticos & n. 6 9.*
3 *Ex eo quod Iustinianus Nou. 1. Falcidiæ prohibitionem permisit, perperam inferri à pragmaticis, licitam quoque esse Trebellianicæ prohibitionem.*
4 *Falcidia quæ ex legatis deducitur, & ea quæ ex vniuersali fideicommisso hereditatis restituendæ retinetur eodem in omnibus iure non censentur.*
5 *Prohibitionem Falcidiæ effectu multùm differre à prohibitione Trebellianicæ.*
7 *Quæ fuerit ratio dandi priuilegij liberis primi gradus de fructibus non imputandis in Trebellianicam.*
8 *Pater non potest facere vt liberis primi gradus legitima non debeatur.*
10 *Prudentibus inaudita fuit mentio duplicis quartæ detrahendæ.*
11 *Portio quæ filio pro legitima, & heredi pro Trebellianica olim debebatur, erat quarta pars hereditatis.*
12 *Concurrente in eandem personam duplici iure, vno communi, alio speciali, præualet causa iuris communis.*
13 *In quo fauere voluerit Zeno liberis primi gradus.* 14. *Πυρίσματα superioris disputationis.*
15 *Obiectio, & eius diluuio.*

1 ALiud liberorum primi gradus † priuilegium esse creditur, eadem Zenonis lege inducti, vt prohiberi non possint, ne ex fideicommisso restituendæ hereditatis Trebellianicam deducant. Etsi enim hoc ipsum expressim Zenonis lege non continetur, cùm tamen noluerit Zeno cogi liberos primi gradus, vt fructus à se medio tempore perceptos imputent in Trebellianicam, licèt hoc testator rogauerit vel iusserit, multò magis credendus est noluisse vt ius habeat testator prohibendi deductionem Trebellianicæ: quæ prohibitio esset iis longè damnosior. Est enim multò grauius nullam quàm ex fructibus
2 conficiendam Trebellianicam deducere posse. Sed non fuit † cur Zeno id exprimeret, quoniam iis temporibus Trebellianicæ deductio prohiberi non magis poterat, quàm Falcidiæ, nec extraneo quidem heredi, quia iure publico vtraque debebatur *l. quod bonis* 25. §. 1. *D. ad l. falc.* Proinde non poterat priuilegium ita concipi vt liberi primi gradus prohibitionem Trebellianicæ pati non cogerentur. Sed cùm ita ius commune esset vt ea deductio per fructuum imputationem excluderetur, si tantum ex fructibus perceptum foret quantum sufficere posset ad quartam & quartæ fructus noluit Zeno liberos primi gradus eo iure vti, nec si testator idipsum expressim præcepisset. At quoniam Nouella Iustiniani *constitutione* 1 *de hered. & falc. c.* 2. hactenus iuri veteri † 3
derogatum est, vt hodie prohiberi falcidia possit tracto paullatim eo iure ad Trebellianicam, licèt Iustinianus nihil de Trebellianica dixerit, cœptum est induci ex priuilegio quod anteà positum erat in iure communi, vt in liberis primi gradus ea prohibitio vires habere nunquam posset. In quo vereor ne priuilegium hoc ab interpretibus & pragmaticis, potiùs quàm à Zenone aut à Iustiniano datum videatur. Primùm, quia si summo iure agatur, non puto quod de falcidia prohibita constitutum est, ad Trebellianicam produci debere. Etsi enim vtraque iure publico debetur, falcidiæ tamen deducendæ prohibitio in eo minùs odiosa est, cum ab eo facta fuit, qui non errans in modo substantiæ suæ æstimando sed expressa designatione iussit legata in solidum præstari (hoc enim Iustiniani lex omnino requirit) quod credibile est testatorem compertum habuisse posse, id fieri sine damno heredis, nec sine lucro heredi futuram hereditatem. Sic enim Iustinianus scribit *& non videri sine lucro esse huiusmodi hereditatem* (quanquam de eo lucro loqui videtur quod heres sentiat non tam in percipiendo, quàm in piè agendo, vt præcedentia demonstrant.) At prohibitio Trebellianicæ directè fit contra autoritatem Senatusconsulti, quantacumque fit hereditas, & quantumcunque testator patrimonij sui modum sciuisse proponatur, quoniam qui prohibet Trebellianicam, id agit vt nullum commodum ex hereditate penes heredem remanere possit, idque omnino assequitur siue patrimonij sui modum sciuerit siue ignorauerit, quia nullo casu fieri potest vt admissa prohibitione quadrantem saluum heres habeat, quem tamen saluum habere interdum potest etiam is qui falcidiam ex legatis deducere prohibitus est, aut certè portionem aliquam hereditatis licèt minorem quadrantem. Quid enim si legata non excedant dodrantem? aut excedant quidem, sed modica quantitate? Satisfieri poterit voluntati testatoris præstatione legatorum in solidum, nec eo minùs tamen heres quadrantem suum, aut sextantem, aut quam aliam portionem habebit, cuius spe & commodo allectus non recuset delatam sibi adire hereditatem, quod vnum legis falcidiæ propositum fuit, quamuis eadem lex quadrantem in eam rem omnimodo relinqui voluerit. Taceo quod lex correctoria non facilè vltra fines suos est extendenda, alia verò est falcidia † quæ ex legatis deducitur, alia quæ ex vniuer- 4
sali fideicommisso hereditatis restituendæ retinetur: licèt vtramque falcidiam dicere soleant Iureconsulti, quoniam hæc post illam & ad illius exemplum inducta est: Cæterùm non eodem in omnibus iure vtramque censeri apparet ex iis *l. in quartam* 91. *D. ad l. falc.* & ex iis quæ de tota eius legis sententia diximus *lib. 6. Coniect.* Et quamuis eadem vtriusque ratio esset, non tamen idem ius in vtraque constitutum videri posset permissa vtriusque prohibitione, quia prohibitio † falcidiæ 5
concessa facit quidem vt fieri possit ne quicquam ex hereditate commodi heres retineat si fortè hereditas non tantùm onerata sit legatis, sed etiam exhausta: sed non facit vt nullo casu nullum lucrum ex hereditate sperare possit, si, vt diximus, ex euentu appareat hereditatem, neque exhaustam legatis fuisse, neque oneratam: aut oneratam quidem fuisse, sed non tamen exhaustam. At si Trebellianicæ detrahendæ prohibitio permitteretur, non solùm à commodo omni hereditario, sed etiam ab omnis commodi spe omni casu heres arceretur, quam tamen spem ei saluam esse publicè vtile est vel ob hoc ipsum vt ad hereditatem adeundam inuitetur. Etsi enim eadem Iustiniani constitutione, quæ testatori ius dedit falcidiæ prohibendæ, inductum etiam est vt recusante herede adire hereditatem possit fideicommissarius

deicommiſſarius vltrò adire (quæ res non tantùm Pegaſiani, ſed etiam Trebelliani ſenatuſconſulti autoritatem magna ex parte ſuſtulit) tamen volente herede nec recuſante adire nihil à Iuſtiniano innouatum eſt, vt docuimus *lib. 5. Conſil.* Proinde illud ex iure vetere adhuc ſupereſt vt æquiſſimum ſit heredem qui paratus ſit voluntatem defuncti agnoſcere, & ei parere, aliquo præmio aut ſaltem præmij ſpe aliqua inuitari ad adeundum, aut, vt rectiùs dicam, non vſque adeò iniuriosè haberi, vt nullum ex hereditate adita commodum ſperare vnquam poſſit. Quòd ſi quis malit cum interpretibus & pragmaticis ſic ſentire vt eadem Iuſtiniani conſtitutione non minùs quartæ Trebellianicæ quàm falcidiæ detrahendæ prohibitio permiſſa intelligatur, euenier vt iam nihil ſit ex quo poſſit induci priuilegium liberorum primi gradus ne prohibitionem eiuſmodi pati cogantur. Iam enim diximus † Zenonis conſtitutionem nihil de eo cauiſſe, ſed tantùm de fructibus hereditatis in Trebellianicam non imputandis, propterea quod iis temporibus heredem omnium quantumlibet extrancorum commune ius illud erat vt Trebellianicæ detrahendæ ius per teſtatorem iis etipi non poſſet. Quo immutato, & permiſſa hodie Trebellianicæ prohibitione, non poteſt iam ex ea lege argumentum ſumi quaſi noluent Zeno liberos primi gradus eiuſmodi prohibitione arctari, quos nec voluit cogi poſſe vt fructus ex teſtantis iudicio perceptos in Trebellianicam imputent. Qui enim fieri poſſit vt videatur cogitaſſe de priuilegio concedendo in ea re quæ tũ iure communi nitebatur? Credibile potius eſt Zenonẽ, ſi eo tempore liberorum primi gradus priuilegium illud fuiſſet vt Trebellianicæ prohibitionem pati non cogerentur, non aliud quoque priuilegium iis conceſſurum fuiſſe de fructibus in Trebellianicam non imputandis. Tritum enim ſcitéque dictum eſt, non eſſe multiplicanda priuilegia vt à iure communi quàm minimum fieri poteſt, recedatur. Dandi enim liberis † primi gradus priuilegij quod ad fructus non imputandos attinet, ratio alia non fuit quàm vti ne in omnibus pari cum cæteris remotioribus iure cenſerentur. Quæ ratio ceſſat alio priuilegio inducto quod multò maioris momenti eſt, vt Trebellianicam habere debeant etiam inuito teſtatore quàm alij remotiores non haberent. Cum igitur ex Zenonis conſtitutione priuilegium hoc induci nequeat, conſequens eſt vt vel ex Iuſtiniani nouella lege colligatur vel prorſus nullum ſit. Atqui lex illa quæ falcidiæ prohibendæ ius teſtatori dedit, generalis eſt, nec excipit liberos primi gradus. Nullum ergo ipſorum hac parte priuilegium eſt. Fateor patrem facere † non poſſe vt liberis primi gradus legitima non debeatur, eoſque iuſtam querelæ cauſſam habere ſi non eam portionem eiúſque fructus ex hereditate aut ex rerum hereditariarum fructibus conſequantur, tum etiam cum fuerunt inſtituti ſi de reſtituenda hereditate rogati ſint *l. Papinianus* 8. §. *vnde ſi quis. D. de inoff teſt.* Sed nos de Trebellianica loquimur, non de legitima ex eóque magis apparet quod volumus, Zenonem in *d. leg. inbemus* nõ potuiſſe † cogitare de indulgendo liberis primi gradus priuilegio illo vt Trebellianicę detracto ipſis prohiberi non poſſet, ſiquidem eo tẽpore iã illud obtinebat, non ſolũ in liberis primi gradus, ſed etiã in inferiorum graduũ deſcendentibus, ſi modò primũ locũ in familia tenerent parentibus præmortuus aut emancipatis, vt inuito etiã parente legitimã integrã eiúſq; fructus habere deberent. Nec proinde locus ſupererat quæſtioni de Trebellianica an prohiberi poſſet, cùm inaudita † eſſet prudẽtibus mentio duplicis quartæ detrahendæ, vt cõſtat ex *d. §. vnde ſi quis, & l. quamquã* 10. *C. ad leg. falcid.* aliiſq; innumeris iuris locis: at quoniã eadem portio † erat quæ filio pro legitima & heredi pro Trebellianica debebatur, id eſt, quarta pars hereditaris, nec in eã minùs quàm in hanc fructus medio tẽpore percepti imputabãtur *d. §. vnde ſi quis, & l. mulier* 22. *§. ſi heres, & §. cũ proponeretur. D. ad S. C. Trebell.* nihil intererat an legitima an Trebellianica diceretur, maiórque ratio erat vt Trebellianica diceretur, quia cõmuni heredũ omniũ iure non liberorũ proprio percipiebatur. Certũ autem eſt, concurrente † in eandẽ perſonã duplici iure, vno communi, alio ſpeciali prævalere cauſsã iuris cõmunis vel hoc ipſo quod fauorabilior eſſe exiſtimatur. In eo igitur ſolũ fauere † liberis primi gradus voluit Zeno & potuit vt fructus in Trebellianicã non imputarent, non etiã in eo vt quartæ detrahendæ vel inuito patre ius haberent, quippe quod iã habebãt ex duplici capite, & tanquã heredes propter autoritatẽ S. C. Trebelliani, & tanquã liberi ſiue primi gradus eſſent, ſiue inferioris, pro legitima portione, quam liberis relinqui à parẽtibus neceſſe eſt. Non. n. poterat facere teſtator quin leges in ſuo teſtamento locũ haberent *l. non poteſt* 55. *de l.* 1. Quibus conſequens † videtur vt poſtquàm cœptum eſt induci nouo errore magis quàm iure, ius illud duplicis Falcidiæ deducendæ non tantùm in liberis primi gradus, ſed in cæteris quoq; deſcendentibus omnibus inſtitutis & grauatis, non modò ceſſet ratio inducendi priuilegij de fructibus non imputandis, vt proximo capite diſputabamus, ſed etiã illius quod noſtri interpretes & pragmatici iiſdem liberis primi gradus datum volunt, vt Falcidiã Trebellianicã deducere prohiberi non poſſint, quoniam iis plus quàm ſatisconſultum videri debet ex eo quòd legitimã integram habent, eámq; Iuſtiniani conſtitutione auctã, commutato quadrante in trientem, & præterea trientis fructus, licèt iis Trebellianicam quoque deducere denegetur propter partis prohibitionem. Neq; enim neceſſe, neque æquũ eſt tot priuilegiis ornari liberos primi gradus, non ſolùm contra iuris cõmunis rationẽ, ſed etiã contra voluntatẽ patris qui totam ſuã hereditatem, quantum in ſe fuit, fideicõmiſſario reſtitui voluit, ſiue extraneus fideicõmiſſarius ſit, ſiue aliquis ex ipſius grauati deſcendentibus. Qui enim ſic diſtinguũt, apertè ineptiunt, cùm Zenonis conſtitutio, qua mouentur vt Trebellianicam prohiberi non poſſe putent, eum quoque caſum complectatur quo filius à patre vel matre inſtitutus rogatus ſit nepotibus vel proneporibus & cæteris deinceps reſtituere hereditatem. Obiicies † fortaſſe iura illa omnia quæ diximus duplicis Falcidiæ deducendæ, & amplioris legitimæ cum fructibus conſequendæ, non eſſe propria liberorum primi gradus, ſed cõmunia liberorũ omnium in quocumq; gradu conſtitutorum, ideóq; nullum priuilegiũ fore liberorum primi gradus, ſi non hoc etiã admittamus vt Trebellianicę detractio iis prohiberi non poſſit. Sed nos huic obiectioni iã ſatisfecimus ad finem capitis ſuperioris, cùm diximus non fuiſſe Zenonis propoſitum vt meliorẽ faceret conditionem liberorũ primi gradus quàm remotiorum, niſi quatenus remotiorum idem ius eſſet quod extraneorũ, ac proinde aucto cæterorum quoque remotiorum iure, datóq; iis priuilegio quod extranei heredes non habẽt, nihilomagis conſequens fieri vt illorum etiã qui in primo gradu conſtituti ſunt ius augeri debeat, ne alioqui priuilegia augeantur & multiplicẽtur, non ſolùm cõtra ius cõmune, ſed etiã præter legiſlatoris voluntatem. Sed etſi pro explorato eſſet liberos primi gradus priuilegio aliquo donandos eſſe, quod non puto, an non ſatis magnum priuilegium illud eſſet quod interpretes & pragmatici iis conſeruatũ volunt etiã poſt permiſſam duplicis Falcidiæ detractionem, vt nõ magis cogantur fructus à ſe percepros in legitimã imputare, quàm ſi Trebellianiæ duntaxat deducendæ, vt Zenonis temporibus ius haberent? Cur illud etiam addemus vt Trebellianicam habere debeant inuito patre? Preſertim cùm legitimam, in qua lædi non poſſunt, nec in eius fructibus habeant auctionẽ, & pro quadrante tr entẽ. Supereſt igitur vt quod interpretibus & pragmaticis placet, Trebellianicæ deductionẽ, liberis primi gradus ex priuile-

gio prohiberi nõ poſſe cęteris,ſiue liberis,ſine extraneis heredibusiure communi poſſe, fateamur eſſe vtrunque non modò ſine lege,ſed etiam ſine ratione.

ERROR VII.

De duplicis falcidiæ detractione.

SVMMARIA.

1 *Erronea pragmaticorum & interpretum ſententia de duplici falcidia detractione cùm liberi inſtituti & de hereditate reſtituenda rogati ſunt, ab aliis iam exploſa.*

2 *Poteſt ex eodem teſtamento & falcidia ex legatis detrahi,& Trebellianica ex fideicommiſſo vniuerſali, ita tamen vt ex duplici illa detractione vna tantùm quarta fiat.*

3 *Caſus quo in detractione non legis falcidia ſed alterius legis facienda eſt ratio.*

4 *Filio grauato legatis aut de reſtituenda hereditate rogato,in detractione legis Iuſtinianeæ de legitima ratio facienda eſt, non leg. falcidia aut SCti Trebelliani.*

5 *Pontificio non magis quàm iure ciuili duplicem falcidiæ detractionem probari.*

6 *Iure conſtitutum dici nequit quod tanquam pro iure iam certo & conſtituto per errorem vſurpatum eſt.*

7 *Conceſſa duplici detractione, ineptum tamen eſſe eo demum caſu eam admittere cum pragmaticis quo filius in diem aut ſub conditione grauatus eſt, non quo purè.*

8 *Ratio diſtinctionis pragmaticorum, & eius refutatio.*

9 *Cum filius in diem vel ſub conditione rogatus fuit, legitima & Trebellianica deducenda ius eodem inſtanti incipit.*

10 *Filius ex aſſe inſtitutus qui metu eris alieni hereditatem omittere vult retentâ legitimâ non eſt audiendus & cur.*

11 *Legitima aduerſus alium peti non poteſt,quàm aduerſus heredem,& adita demum hereditate,& quidem ex teſtamento.*

12 *Ratio leg. Papinianus. 8. §. vnde ſi quis. D. de inoff. teſt.*

13 *Qui quartam olim habebat quocunque iure alio portio legitima nulla debebatur.*

14 *Declaratur §. ſi quis impubes. d. l. Papinianus de inoff. teſtam.*

15 *An poſtquam quadrans legitimarius in trientem commutatus eſt, debita portioni filij inſtituti & grauati poſſit ſufficere quadrans Trebellianicus.*

16 *Rationes pro negatiua.*

17 *Sententia autoris.*

18 *Quo remedio poſſit conſequi filius in caſu propoſito, vt fraus legitimæ non fiat.*

19 *Legitimam non deberi filio fideicommiſſo grauato à die mortis teſtatoris contra pragmaticos.*

20 *Fideicommiſſo vniuerſali in diem aut ſub conditione relicto, non prius debetur legitima quam Trebellianica.*

21 *Cùm purum eſt fideicommiſſum nentra ſtatim debetur,ſed tum demum cùm reſtitutio ſit reliquæ hereditatis.*

22 *Varij caſus quibus Trebellianica nulla debetur.*

23 *Ratio propter quam interpretes cùm fideicommiſſum eſt purum,vtriuſque falcidiæ detractionem negant, aduerſus ipſos retorquetur.*

24 *Quàm diuerſo iure debeantur filio legitima & Trebellianica.*

25 *Sine purum,ſine in diem aut conditionale ſit fideicommiſſum,neque legitima, neque Trebellianica purè debetur,contra pragmaticos.*

26 *Filio heredi ex aſſe ſcripto nulla legitima debetur, itaque legitimæ debitum, non præcedit Trebellianicæ debitum,contra eoſdem.*

27 *In caſu proximè propoſito ſola debetur Trebellianica.*

NOn id agemus hoc capite vt inueteratum illum pragmaticorum & interpretum errorem refellamus, quo inductum eſt † vt liberi à parentibus heredes relicti & de reſtituenda in diem vel ſubconditione hereditate rogati, duplicem falcidiam deducant, vnam pro legitima quæ hodie pro numero liberorum triens eſt vel ſemis portionis ab inteſtato contingentis, alteram pro Trebellianica. Iam enim à tot tantiſque vitiis confutata pridem & exploſa eſt illa opinio, vt in eo longiorem operam ponere ſuperuacuum eſſe videatur. Innumeri ſunt iuris ciuilis loci in quibus videas tractari de filio inſtituto ac de reſtituenda hereditate rogato, nec tamen niſi vnius falcidiæ fieri mentionem, vt in *leg. Papinianus 8. §. vnde ſi quis. & §. meminiſſe. & §. ſi quis impubes. D. de inoffic. teſtament. §. coheredi 41. §. cum filia. D. de vulgar. & pupill. ſubſtitution. leg. quamquam 10. Codice ad leg. falcid. l. inbemus 6. Codice ad S.C. Trebellian.* Sed qui de duplici contra detrahenda loquatur locus nullus eſt, ne vnus quidem. Scio poſſe fieri vt ex † eodem teſtamento & falcidia ex legatis & Trebellianica ſimul ex fideicommiſſo vniuerſali detrahatur, vt in *leg. 2. & 3. D. ad S.C. Trebell.* Sed id tamen ita fit vt vna tantùm quarta de duplici illa detractione conficiatur, vt Vlpianus docet in *l. 2. §. pen. eod.* Scio etiam interdum accidere vt non † legis falcidiæ, ſed alterius legis ratio facienda ſit, vt puta ſi patronus ex aſſe heres inſtitutus fuerit, & purè quincunx legatus ſit, & ſub conditione aliquid ſupra debitam patrono partem, quo caſu ratio facienda eſt legis Papiæ quæ patronos vocat, non legis falcidiæ *l. 1. §. penult. D. ſi cui plus quam per leg. falcid.* Sed cùm id euenit, lex falcidia ceſſat, neque cum alia lege concurrit ad augendam detractionem, qui ſenſus eſt *d. §. penul.* Eadem ergo ratione cùm auctâ legitimâ, non etiam falcidia legatorum aut Trebellianica, interſit filij legitimam habere potiùs quàm falcidiam aut Trebellianicam, nec in legitima grauari vllomodo poſſit poſt Iuſtiniani conſtitutionem in *leg. quoniam in prioribus 32. Codice de inoff. teſtament.* neque legitimam cogatur hodie ſibi conficere ex fructibus,ſed ex ipſa ſubſtantia patris, vt idem Iuſtinianus conſtituit in *leg. ſcimus 36. §. repletionem. eod.* non eſt dubitandum quin filio † grauato legatis aut de reſtituenda hereditate rogato, legis Iuſtinianeæ ratio facienda ſit, non vt olim legis falcidiæ aut ſenatuſconſulti Trebelliani, id eſt, quin ſit detrahenda legitima ex Iuſtiniani conſtitutionibus, ſed ita tamen vt neque legis falcidiæ, neque Senatuſconſulti Trebelliani ad ampliorem deductionem faciendam ratio vlla habeatur. Cùm tamen inter iuris ciuilis interpretes de hoc ipſo contenderetur an filius grauatus duplicem quartam detrahere poſſet, an vnicam duntaxat, & nobilioribus licèt repugnantibus, vt copia ſemper eſt ineptiorum, inualuiſſet eorum error qui duplicis quartæ detractionem admittebant, factum eſt, vt ea ſententia tandem obtinuerit quaſi iure Pontificio confirmata *in capit. Raynutius & capit. Raynaldus. Extr. de teſtament.* quibus locis † ita ſanè reſcriptum eſt, ſed tamen iis verbis, vt facilè appareat, ſacroſanctos Pontifices non noui iuris conſtituendi & ciuilis abrogandi gratia ſic reſcripſiſſe, ſed quòd ex receptiore interpretum ſententia putarent eam eſſe iuris ciuilis conſtitutionem, vt filius grauatus duas quas detrahere deberet, nec dubitarent

quin

quin ſalua iuris ciuilis autoritate ita reſcribi oporteret. Ex quo intelligimus non magis Pontificio quàm ciuili iure duplicem iſtam detractionem probari, quod ego multis mirantibus cùm aliquando in Taurinenſi Academia publicè de iure reſponderem non inſubtiliter iam olim defendebam, eruditiſſimo & acutiſſimo præceptore meo *D. Ioanne Antonio Manutio*, quem honoris cauſſa nomino, feliciter adiuuante. Neque enim iure † conſtitutum dici poteſt quod tanquam pro iure iam certo & conſtituto per errorem vſurpatum eſt. Quid enim tam contrarium iuri quàm error: Quid rurſum tam alienum à voluntate noui iuris conſtituendi, quàm ſi ius illud tam conſtitutum & exploratum exiſtimetur? Cùm ergo tota re meliùs diſcuſſa iam conſtet quàm diſcrepet ea duplicis falcidiæ detractio à iure ciuili, non eſſet cur ob eas conſtitutiones Pontificias tam abſurdam ſententiam ſequi deberemus ſi plus apud nos iuris ratio quàm erroris inueterati autoritas valeret. Sed ita eſto vt pragmatici volunt, & duplicem iſtam detractionem admittamus. Quid, † rogo, ſtultius dici poteſt quàm quod illi ipſi vno ore clamitant eo demum caſu filium grauatum duplicem portionem deducere, quo in diem aut ſub conditione ſit grauatus, non etiam ſi purè? An non enim fauorabilior eſt filius qui purè, quàm qui in diem aut ſub conditione hereditatem reſtituere iuſſus eſt? is ſiquidem nullum aliud ex hereditate reſtituenda commodum ſentit quàm quod ex deductione ſperare poteſt, cùm tamen is qui in diem aut ſub conditione hereditatem reſtituere rogatus eſt, medij temporis fructus lucretur, ſecundùm eam ſententiam quam in ſuperioribus refutauimus, quæ habet liberos primi gradus non cogi eos fructus quos perceperint, in Trebellianicam imputare. Multò minùs enim quis dixerit cogi eos debere vt ſuperfluos fructus reſtituant, qui nec ab aliis extraneis heredibus reſtituuntur, ſi non ſpecialiter in fideicommiſſum ſint deducti *l. in fideicommiſſaria* 18. *D. ad S.C. Trebell.* Ergo vel dicendum erat filium grauatum nullo caſu duplicem portionem detrahere, vel ſi quo caſu ea duplex detractio permittenda fuit, illo potiùs permitti debuerat quo filius purè, quàm quo in diem vel ſub conditione rogatus proponeretur. Non ignoro † interpretes & pragmaticos noſtros eam diſtinctionis ſuæ rationem adferre, quod cùm filius purè grauatus eſt, non poteſt dici vtram portionem priùs deducere debeat, legitimámne an Trebellianicam, quia ſimul vtraque defertur, & conſequenter altera alteram præcedit, quod non ſimiliter contingit cùm fidei commiſſum in diem, aut ſub conditione relictum eſt, ſiquidem eo caſu legitima purè debetur, Trebellianica verò non priùs quàm fideicommiſſum deberi incipiat, id eſt, quàm dies vel conditio venerit. Sed vſuuenire hîc video quod ſæpe aliàs, vt quò ſubtiliores pragmatici videri volunt, eò ſe præbeant inepriores. Nam & cùm filius † in diem vel ſub conditione rogatus fuit, non eo minùs verum eſt legitimam & Trebellianicam ſimul deferri & vtriuſque deducendæ ius eodem inſtanti incipere. Quandiu enim fideicommiſſi dies aut conditio non venit, nulla legitima debetur filio qui in tota hereditate inſtitutus reperitur. Adeò vt interpretes fateantur, quod & verum eſt, filium † ex aſſe inſtitutum, licèt rogatus non ſit, hereditatem reſtituere, ſi tamen metu æris alieni hereditatem omittere velit, ſola legitima retenta audiendum non eſſe, quia fieri nequit vt legitima debeatur ei qui ex toto aſſe heres eſt, totámque obtinet hereditatem: neque verò eſt contrà quem agat, cùm legitima † aduerſus alium peti non poſſit, ſiue per querelam inofficioſi teſtamenti, ſiue per condictionem ex lege Iuſtiniani ad ſupplementum, quàm contra heredem, ideóque dicebatur olim querela dari non contra lignum, vt bonorum poſſeſſio contra tabulas *leg. quod vulgo* 19. *D. de bonor. poſſ. contr. tab.* ſed contra heredem, & adita demum hereditate *d. l. Papinianus* 8. §. *ſi conditioni de inoff. teſtam.* & quidem ex teſtamento. Nam cùm per querelam reſcinderetur teſtamentum, nec alius querelam viliter proponere poſſet quàm qui ab inteſtato ſuerat ſucceſſurus *l.* 6. §. *ſi quis ex his perſonis. ff. de inoff. teſtam.* fieri non poterat vt contra eum daretur qui ab inteſtato heres eſſet: ſicut & hodie condictio ex Iuſtiniani lege ad ſupplementum, quia ex teſtamento ipſo dari intelligitur, & ei qui ab inteſtato ſucceſſurus eſſet, non niſi contra heredem teſtamentarium dari poteſt. Eáque, ni fallor, etſi propiùs intueare, vera ratio † eſt propter quam in *d. l. Papinianus* §. *vnde ſi quis.* Vlpianus tractans de filio inſtituto, non quidem ex aſſe, ſed quod hac parte idem eſt; ex ſemiſſe & hereditatem reſtituere rogato poſt certum tempus, negat poſſe eum iudicium vllum mouere, cùm inquit, debitam portionem & eius fructus ex ipſis fructibus hereditatis habere poſſit, ſubiicit autem, *Fructus enim ſolere in falcidiam imputari, non eſt incognitum*, vt intelligamus quartam illam portionem quam filius habere debet cum fructibus, eſſe falcidiam, id eſt, eam quæ Senatuſconſulti Trebelliani auoritate retinetur ex fideicommiſſo vniuerſali, quomodo apertius in eadem ſpecie Zeno loquitur in *d. l. inhemus 6. C ad S.C. Trebell.* non autem legitimæ portionis iure, licèt dicatur etiam debita portio, quia ei qui quartam habebat † olim quocunque iure alia portio legitima nulla debebatur, vt conſtat clariùs ex eodem Vlp. in §. *ſi quis impubes eiuſd. leg.* vbi † ait, ſi quis impubes adrogatus ſit ex his perſonis quæ & citra adoptionem queri de inofficioſo teſtamento poſſunt, repellendum eum eſſe à querela, cùm habeat quartam, inquit, ex conſtitutione Diui Pij, & tamen habet eam tanquam æs alienum non tanquam legitimam iure communi liberis à parentibus omnibus debitam, vt ex eo apparet quod ibidem Vlpianus ſubiicit, ſi impubes ille nihilominus querelam propoſuerit & ſuccubuerit non eſſe ei tanquam indigno auferendam quartam illam quam habet æris alieni loco, quæ tamen proculdubio eſſet auferenda ſi eam à teſtatore vt legitimam habere intelligeretur *d.* §. *meminiſſe.* In quo certè non inelegans ſuboritur dubitatio, † quid ergo dicendum hodie ſit aucto quadrante legitimario & in trientem commutato. Neque enim ſicut olim, ſufficere † poteſt debitæ portioni quadrans ille Trebellianicus qui ſemper quadrans manet: & eo minùs quod in confeſſo eſt extra liberos primi gradus heredem quemlibet cogi in eum quadrantem imputare fructus omnes à ſe ex iudicio teſtatoris perceptos, qui tamen in trientem legitimarium ex Iuſtiniani conſtitutione in *d. l. ſcimus, 6.* §. *repletionem* non imputantur. Præſupponimus autem ex noſtra magis quàm ex interpretum & pragmaticorum ſententia non niſi vnius portionis, ne dicam quartæ detractionem filio grauato permittendam eſſe. Alioqui non poſſet locus eſſe propoſitæ quæſtioni. Dubitationem verò illud facit quòd ſi filio heredi ex aſſe inſtituto & de tota hereditate reſtituenda rogato, nihil des niſi quadrantem Trebellianum, eiúſque fructus, ſiue ex fructibus duntaxat rerum hereditariarum, ſiue ex ipſis rebus hereditariis confectum, videbitur ille iuſtam querelæ cauſſam habiturus cùm pro legitima non modò quadrantem habere debeat, ſed etiam trientem & trientis fructus. Idque à contrario ſenſu conſequens videtur ei quod Vlpianus ſcribit in *d.* §. *und. ſi quis*, & *in d.* §. *ſiquis impubes*, non habere filium quod queratur ſi portionem ſibi debitam habeat, ſiue beneficio legis falcidiæ aut Senatuſconſulti Trebelliani, ſiue ex conſtitutione Diui Pij. Neque enim habet trientem is cui neque lex Falcidia, neque S.C. Trebellianum, neque conſtitutio Diui Pij quicquam dat præter quadrantem. Rurſus cùm de fideicommiſſi reſtitutione tractari nequeat niſi poſt aditam hereditatem, difficile eſt dicere vt qui hereditatem adeundo agnouit iudicium defuncti, totamque hereditatem conſecutus eſt, querelam habere debeat ſi diſputes

ex iuris veteris fatione, aut, si ex iure nouo, actionem ad supplementum. Contra quem enim ageret, an contra seipsum? An potiùs contra fideicommissarium restituta demum hereditate? Atqui vtrunque perabsurdum est. Vnde & Vlpianus in *d. §. vnde si quis*, tractat de filio ex semisse instituto, qui, si fraus legitimæ portioni facta esset, querelam aduersus coheredem exercere posset, quia in filio qui ex asse scriptus coheredem non haberet, nullus dubitationi locus relinqueretur, nullo exi-
17 stente qui aduersarij partes gerere posset. Ego puto † rationem iuris omnino facere vt filius hic de quo tractamus, qui ex toto asse institutus est, totamque hereditatem restituere rogatus, nullam habere possit legitimæ portionis aut supplementi petitionem, neque audiendum esse si hereditatem repudiare velit vt legitimam saluam consequatur, neque si hereditatem adierit & iudicium patris agnouerit, habere amplius quod conqueratur, quia semel adita defuncti hereditate omnis ipsius voluntas rata constituitur *l. si patroni* 51. §. *qui fideicommissam. D. ad S. C. Treb.* Quid ergo? Cogendus erit contentus esse quadrante Trebelliano eiúsque fructibus, conficiendo tamen non ex rerum hereditariarum fructibus, sed ex rebus ipsis hereditariis propter Zenonis constitutionem in *d. l. inbemus. C. eo.* quandoquidem hîc de filio primi gradus disputamus, non de remotioribus in quibus vtique aliud esset. Verùm quoniam hîc iniquitas illa occurrit, quod ita euenit vt legitimæ portioni fraus fiat non solùm contra iuris rationem, sed etiam contra expressissimas Iustiniani consti-
18 tutiones, puto † remedij loco posse induci cautionem illam quam Papinianus adhibet in specie *l. cùm propter 77. §. si Titio antepen. de leg. 2.* vt nimirum filius hic repudiet patris hereditatem testamentariam & adeat ab intestato. Nec. n videbitur dolo malo fecisse cùm fraudem excluserit, arg. *d. l. Papinianus. §. quarta autem. D. de inoff. testam.* Quòd si fideicommissarius cogere eum volet ex Senatusconsulto vt adeat (Iustiniani. n. constitutio *nouell. 1. de hered. & falcid.* quæ recusante herede potestatem facit fideicommissario adeundæ hereditatis, ad eum duntaxat casum pertinet quo heres absolutè recusat adire, non quo velit adire ab intestato) puto priùs compellendum eum adire quàm sit ei cautum de indemnitate, vt & aliàs euenit quoties aditio illa coacta damnum & incommodum heredi esset allatura, *l. sed sciendum 7. l. apud Iulianum 11. l. ita tamen 27. §. si præceptis. ver. sed si eidem. l. debitor. 59. verf. vt autem integra. ff. ad S. C. Trebell.* Nam sicut explendæ fidei gratia cogitur heres adire hereditatem, ita ob hoc ipsum damno affici non debet, vt scriptum est in *d. verf. sed si eidem.* Ita fiet vt indemnis seruetur heres à fideicommissario & pro quadrante Trebelliano cum fructibus si tientem Iustinianeum cum fructibus consequatur, non tam ex autoritate Senatusconsulti quàm beneficio interpositæ cautionis. Cæterùm vt ad institutam disputationem reuertamur, apparet ex iis quæ hucusque diximus, falsum esse quod interpretes, & pragmatici putant, filio instituto ex asse, & de hereditate in diem aut sub conditione restituenda rogato legiti-
19 mam purè deberi. Nam si verum est † quod probauimus, de legitima quæri non posse quandiu filius totam habet hereditatem, imò nec hereditate ex fideicommisso restituta, nisi cautio, vt diximus, interposita sit, prorsus consequens est, vt multò minùs à die mortis testatoris legitima ei debita fuisse videatur. Nec ad rem pertinet quòd legitimæ ratio ponatur inspectis facultatibus quæ testatoris morientis fuerunt, ac proinde à mortis tempore *l. cùm quæritur C. de inoffic. testam.* Eadem enim ratiocinatione possis inferre Trebellianicam ex fideicommisso conditionali quandocumque purificato deducendam, à die mortis deberi, quia sicuti existente quandocumque fideicommissi conditione, debetur ex fideicommisso hereditas, non quæ quantáque est tempore conditionis euenientis, sed quæ quantáque fuit eo tempore quo testator mortuus est, *l. in fideicommissaria 18. ff. ad S. C. Treb.* Ita quadrans qui penes heredem remanere debet ex S.C. non alius esse potest quàm eius ipsius hereditatis quæ mortis tempore fuit, ac proinde in ponenda ratione Trebellianicæ, perinde ac in computanda legitima, tempus mortis inspiciendum est, quamuis Trebellianica conficiatur etiam ex fructibus qui mortis tempore non fuerunt. Quemadmodum autem cùm fideicommissum † vniuersale in diem aut 20
sub conditione relictum est, non priùs legitima debetur quàm Trebellianica, ita ex contrario cùm purum est fideicommissum, † neutra statim debetur, sed tum demum 21
alterutra deberi incipit, & quidem iure retentionis, cùm restitutio fit reliquæ hereditatis. Quandiu enim fideicommissi restitutio non petitur, licèt fideicommissum purum sit, quarta tamen ex fideicommisso nulla debetur, cùm non obligatio, sed præstatio ipsa fideicommissi inducat quartæ retentionem. Etenim quid † si fideicom- 22
missarius nollet restitui sibi hereditatem, veritus fortasse ne implicetur oneribus hereditariis? Quid si heres ipse rogatus suspectam hereditatem dicat, & ita deducendæ quartæ ius amittat? Quid denique si heres rogatus priùs decesserit quàm hereditatem adierit, atque ita fideicommissarium deceperit, vt loquitur *l. ille à quo 13. §. 1. D. ad S. C. Trebell.* His casibus Trebellianica nulla debetur, quia nec fideicommissum vllum præstatur, licèt fuerit debitum. Et ex incerto præstandi fideicommissi euentu pendet an futurum sit vt Trebellianica aliqua debeatur, necne. Igitur † si ita ius esset, vt cùm fideicommis- 23
sum in diem aut sub conditione relictum foret, vtraque quarta deduci posset, quia non eodem tempore vtraque quarta deberi inciperet, non aliud dici deberet, illo etiam casu quo fideicommissum purum proponeretur, quia tunc quoque Trebellianica non purè deberetur, quomodo legitimam vtroque casu purè deberi volunt, sed ex die, id est, eo demum tempore quo fideicommissi restitutio fieret non quo vel deberetur, vel peteretur. Atque ita nihil obstaret quominùs vtraque deduci posset, cùm vtroque casu debeatur, vtraque † di- 24
uerso iure, vna iure sanguinis, altera iure institutionis, vna tanquam filio, altera tanquam heredi, vna ex iure naturali, aut si *Cuiacio* credimus ex lege Glicia, aut potiùs meo iudicio, ex prudentum interpretatione ad legem duodecim tabularum, altera ex Senatusconsulto Trebelliano, aut ex lege Falcidia. Quibus rationibus moueri solent nostri, vt vtriusque portionis detractionem admittant, fideicommisso in diem, aut sub conditione relicto. Sed tamen sicut falluntur in eo quòd existimant fideicommisso purè dato Trebellianicam statim deberi simul & legitimam, ita & in eo, quo aiunt, fideicommisso in diem, aut sub conditione relicto legitimam purè deberi, vt inferant non impediri concursu duplicem illam detractionem. Contra enim dicere debuerunt, vtroque casu, id est, † siue purum siue in diem, aut con- 25
ditionale fideicommissum fuit, neque legitimam, neque Trebellianicam purè deberi sed vtramque (dato, non concesso quòd heredi ex asse instituto legitima deberi possit) ex eo demum tempore quo restitutio hereditatis fiat, quia cùm ea duplicis portionis detractio fiat iure retentionis, non potest fieri nisi ex eo quod restituitur, & consequenter eo tempore quo fit restitutio. Cui consentaneum est, vt quemadmodum fatentur illi fideicommisso purè relicto non esse locum duplici detractioni, quoniam altera alteram impedit, ita fateri debeant non aliud admittendum esse cùm fideicommissum in diem aut sub conditione relictum est, quia hoc etiam casu proinde se impediunt per concursum, cùm vtraque, vt probauimus ex eodem tempore deberi incipiat. Fefellit interpretes quòd legitima portio deberi creditur iure naturali, Trebellianica verò iure ciuili, ius autem naturale præuenit causam iuris ciuilis. Sed non

animaduer

animaduertunt quod iam diximus, filio † heredi ex asse scripto legitimam nullam deberi, quia legi & naturæ plusquàm satisfaciat pater qui filium ex asse heredem scribit, nec quòd eum rogat vt hereditatem totam alteri restituat, impedit quominùs satisfecisse & plus quàm satisfecisse videatur, sed tantùm inducit Trebellianum, vt ex eo fideicommisso legitima portio retineatur. Itaque tantùm abest vt verum sit quod pragmatici comminiscuntur legitimæ debitum præcedere, vt è contra-
27 tio nec præcedat nec sequatur, sed sola Trebellianica † debeatur, præterquàm quòd eo quo diximus modo, indemnitati suæ consulere filius potest, vt non quadrantem Trebellianicum retineat, sed trientem Iustinianeum, si hereditatem ex testamento adire recuset, ne ex coacta aditione damnum sentiat. Et sanè siue legitimam priùs deberi dicas, non est dubitandum quin in Trebellianicam imputetur, cùm habeat heres iure institutionis, in Trebellianicam verò imputentur etiam ea quæ iure legati, aut fideicommissi, adeóque implendæ conditionis caussa capiuntur *l. in quartam 91. D. ad leg. falcid.* siue Trebellianicam priorem debitam esse contendas, cùm ea quoque iure testamenti & institutionis retineatur, & ex substantia testatoris, nihil etiam dubij est quin debeat in legitimam imputari, multò magis quàm quarta quæ debetur adrogato ex diui Pij constitutione *d. §. vnde si quis, & §. quarta autem & §. si quis impubes. l. 8. de inoff. test.* sin, quod verius est, singulas eodem tempore incipere deberi fatearis, id est, ex quo die fideicommissi restitutio fit, non negant interpretes duplici deductioni locum esse non posse. Reliquum igitur est vt nullo casu duplex illa deductio admittatur.

ERROR VIII.

De prohibita heredibus liberorum primi gradus quartæ Trebellianicæ deductione.

SVMMARIA.

1 *Sententia interpp. & pragmatic. posse prohiberi heredibus liberorum primi gradus quartæ Trebellianicæ deductionem.*

2 *Zenonis legi d. sententiam repugnare si ita intelligatur vt prohiberi possint heredes liberorum primi gradus, ne Trebellianicam detrahant ex fideicommisso à liberis primi gradus relicto.*

3 *Erroneam quoque esse si sit hic sensus vt prohiberi possint heredes, vt Trebellianicam deducant ex fideicommisso à seipsis relicto.*

4 *Vt à legitimis heredibus pupilli fideicommissa dari possint specialis est iuris.*

5 *Quibus quartæ detractio SCto permissa.*

6 *Si quando fideicommissum tale sit quod & à filio primi gradus & ab eius herede relinqui potuerit, ea in dubio capienda est interpretatio quæ facit vt à filio potiùs relictum existimetur.*

ETsi ea pragmaticorum & interpretum sententia est, quam nos in superioribus retulimus & refutauimus, vt liberis primi gradus ex priuilegio prohiberi Trebellianicæ detractio non possit, reliquis verò liberis, vt & extraneis heredibus prohiberi iure communi possit, iidem tamen
1 fatentur, aut potiùs † contendunt posse prohiberi heredibus liberorum primi gradus, siue sint illi ex descendentibus, siue extranei proponantur: Ratione illa quòd solis liberis primi gradus priuilegium hoc datum sit, hoc expressim per Zenonis legem addito & constituto, vti ne ad alias vllas personas extendatur. Ego verò, cujusmodi aut quid hoc sit, planè non intelligo. Nam si sic intelligunt † vt prohiberi possint heredes liberorum 2
primi gradus quominus Trebellianicam detrahant ex fideicommisso vniuersali, quod non à se, sed à liberis ipsis primi gradus relictum fuerit, apertè meo iudicio fallunt & circumueniunt mentem legis Zenonianæ, quæ non de iis tantùm fideicommissis tractat, quorum restitutionem ab ipsis liberis primi gradus fieri oporteat, sed de iis maximè, quæ non nisi ab eorum heredibus restitui & præstari possint, id est, quibus grauati sint liberi primi gradus sub ea conditione. Si sine liberis moriantur: quæ conditio, licet iis viuis, id est, vltimo eorum vitæ instanti impleatur, vt fideicommissi debiti præstandique onus ab ipsis non ab ipsorum heredibus incipiat, fieri tamen non potest vt ab aliis quàm ab heredibus eorum fideicommissa huiusmodi præstentur, & consequenter inutilis & illusoria esset constitutio Zenonis, si sic intelligeretur, vt quæ prohibitio detrahendæ Trebellianicæ in filiorum oneratorum persona non consisteret, in ipsorum heredibus defenderetur. Effectus siquidem constitutionis nonnisi heredum lucro cedit, licèt filiorum qui fuerunt onerati commodum illud sit vt locupletiorem habeant hereditatem quo facilius inueniant heredem, ipsorúmque ex hac caussa non parum interest. Si verò sic interpretes, & pragmatici intelligunt, † vt prohiberi possint heredes liberorum primi 3
gradus ne Trebellianicam deducant ex fideicommisso, quod non à liberis primi gradus, sed à seipsis relictum fuerit, errant multò ineptiùs si putant à filiorum aut aliorum institutorum heredibus siue legitimis, siue testamentariis fideicommissum relinqui posse. Nam cùm id quod habent iure hereditario ex hereditate liberorum primi gradus non à testatore habeant, aut ex ipsius voluntate (nisi fuerint & ipsi substituti) sed ab iis quorum sunt heredes, consequens est vt ab iis fideicommissum relinquere testator nequeat, iuxta eam iuris regulam quæ habet, ab eo qui neque legatum, neque fideicommissum, neque hereditatem, vel mortis caussa donationem accepit, nihil per fideicommissum relinqui posse *l. ab eo 9. Cod. de fideicommiss.* Non nescio, sicuti conceditur vnicuique ab eo ad quem legitima eius hereditas vel bonorum possessio peruentura est, fideicommissum dare, ita & ab eo quem impuberis filij legitima hereditas, vel bonorum possessio peruentura est, fideicommissa rectè dari posse, quemadmodum Iulianus scribit in *l. si fundum 92. alias l. si Titio. §. vlt. de legat. 1.* Sed
dico † speciale id esse in legitimis heredibus pupilli, 4
quoniam eiusmodi fideicommissum ferè est vt sit in vicem & locum eius quod à substituto pupillari relictum esse videatur, quia & tacitè pupillo substitutus à patre intelligitur is cui pater vltro relinquit legitimam filij impuberis successionem. Quemadmodum & quisquis intestatus moritur, hoc ipso legitimis suis heredibus sponte hereditatem relinquere videtur quasi tacitè quodammodo institutis, *l. 3. in princip. l. conficiuntur 8. D. de iur. codicill.* Idque ita esse apparet euidenter ex eo quod in *l. seq.* subiicitur ex Vlpiano, fideicommissum illud à legitimo impuberis filij herede, aut bonorum possessore relictum, quod Iulianus valere dixerat eatenus duntaxat valere, quatenus impubes filius decedat. Cæterum si pubes factus decesserit, euanescere fideicommissum, *l. quod fideicommissum 93. de leg. 1.* nimirum quia & expressa pupillaris substitutio, & fideicommissum quod à pupillari substituto relictum esset pubertate finiretur, vt pluribus docuimus nec insubtiliter, in eius loci interpretatione *lib. 15. Coniectur.* vnde peti volumus ea omnia quæ huc transferri & transcribi commodè possent, nisi breuitati studeremus. Ergo cùm à legitimo filij primi gradus herede fideicommissum relinqui non possit post annos pupillares, supernacuum est quærere an Trebellianicæ detractio iis prohiberi possit. Neque enim Senatusconsulto † aliis permissa est quar- 5
tæ retentio, quàm iis qui & de restituenda hereditate rogati

rogati ſunt, & hereditatem ex teſtamento, ſicuti rogati ſunt, reſtituerunt, nos autem cùm eum præcipuè calum tractemus qui Zenonis conſtitutione expreſſus eſt, de fideicommiſſo ſcilicet ſub ea conditione relicto *ſi filius heres inſtitutus ſine liberis deceſſerit*, non tam de impuberum quàm de puberum heredibus tractemus, ſiquidem ea conditio *ſi ſine liberis* minùs propriè conuenit impuberibus, qui, vix eſt vt liberos habere poſſint: etſi non eo minùs verum eſt deceſſiſſe ſine liberis eum qui impubes deceſſit, vt dictio illa *ſine liberis* non priuatiuè ad præſupponendum habitum, ſed abnegatiuè, quomodo loquitur Boërius Deciſione vltima, accipiatur. In eo ſanè cum pragmaticis & interpretibus ſentio quod
6 aiunt. Si quando fideicommiſſum † tale ſit quod & à filio primi gradus, & ab eius herede relinqui potuerit, eam in dubio capiendam interpretationem, quæ faciat, vt à filio potiùs quàm ab eius herede relictum exiſtimetur: tùm etiam cùm de illo quæritur. An valeat prohibitio à teſtatore facta, ne Trebellianica ex fideicommiſſo deducatur.

ERROR IX.

De legitima & Trebellianica computatione.

SVMMARIA.

1 *Erronea pragmaticorum ſententia de legitima & Trebellianica computatione eo caſu quo vtramque deduci volunt.*
2 *Computationis pragmaticorum vitium.*
3 *Ex Iuſtiniani conſtitutione de legitima enenit vt ſi quinque ſint filij maior ſit ſingulorum legitima, quàm ſi quatuor tantùm.*
4 *Ex Iuſtiniani conſtitutionibus peti poſſunt exempla eius quod dici ſolet, non omnium quæ à maioribus conſtituta ſunt, rationem reddi poſſe.*
5 *Quomodo poſſet Iuſtinianus occurrere abſurdo num. 3. propoſito.*
6 *Non tantùm liberorum, ſed caterorum quoque legitima à Iuſtin. aucta eſt.*
7 *Iuſtinianus Falcidiam quoque & Trebellianicam auxit.*

INducta per errorem interpretum iuris ciuilis, duplicis quartæ deductione ex fideicommiſſo vniuerſali iuncto alicui ex iis perſonis quibus legitima portio debeatur, alius error protinus inuectus eſt, quem etiamnum rudiores pragmatici plerique ſequuntur in duplicis illius quartæ computatione. Putant enim † duplicem
1 hanc deductionem facere vt inter heredem rogatum, & fideicommiſſarium hereditas ex æquis partibus ſemper diuidi debeat, & dimidia heredi pro legitima & Trebellianica, dimidia fideicommiſſario pro fideicommiſſo re-
2 linquatur. Quæ computatio † apertè vitioſa eſt, ſiue ius vetus, ſiue nouum intueare. Nam quemadmodum iure vetere, cùm pro legitima non niſi quadrans deberetur, pro Trebellianica verò quadrans alius reliqui tantùm dodrantis, non totius aſſis, non poterant duo illi quadrantes efficere dimidiam vniuerſæ hereditatis, ſed quincuncem duntaxat cum quadrante vnciæ, ita hodie aucta legitima non modò ad trientem vſque, ſed etiam vſque ad ſemiſſem pro numero liberorum, fieri non poteſt vt ſi quinque pluréſve liberi ſint, iunctus quadrans Trebellianus ſemiſſi legitimario non excedat ſemiſſem, vt efficiat ſeptuncem cum ſemuncia. Diſtinctio igitur adhibenda eſt, an quatuor duntaxat, vel pauciores, an plures liberi ſint. Si quatuor tantùm vel pauciores, eo demum caſu vera eſt & recta ſupputatio: quia tuit ns totius patrimonij coniunctus cum quadrante reliqui beſſis, ſemiſſem conſtituit: ſin plures quàm quatuor, vtraque detractio ſeptuncem cum ſemuncia, vt diximus, facit. Sed tamen obſeruandum eſt, quod neſcio an ex interpretibus aut pragmaticis quiſquam adhuc obſeruauerit, mirum eſſe, ne dicam omnino à ratione alienum, quod Iuſtinianus induxit, vt † ſi quinque filij ſint, maior ſit ſingulorum legitima portio, quàm ſi quatuor tantùm eſſent. Id enim omnino conſequens eſt ei quod ille conſtituit, vt quatuor liberorum legitima ſit triens, quinque verò liberorum ſit ſemis: cùm ſi ſint quatuor, ſinguli pro legitima ferant vnciam duntaxat; ſi quinque, ſinguli cum vncia quintam alterius vnciæ partem. Et tamen rationi congruum videretur, vt quo plures eſſent liberi, eo minorem pro legitima portionem ſinguli conſequerentur, vt euenit omni alio caſu quo vel plures, vel pauciores ſint liberi, quàm quatuor. Mihi videtur poſſe hinc † peti exemplum non inelegans eius 4
quod dici ſolet, non omnium quæ à maioribus conſtituta ſunt, rationem reddi poſſe. Quamquam non deſunt alia eiuſmodi pleraque ſi quis ex Iuſtiniani conſtitutionibus proferre velit. Dicat fortaſſe aliquis pro Iuſtiniano, non potuiſſe fieri quin hoc abſurdum eueniret, præterquàm ſi quota legitimæ portio pro numero liberorum aucta non fuiſſet, quod ipſum videri debuiſſet abſurdius. Sed præter id quod nego abſurdum videri debere quod tota vetus iuriſprudentia rationi adprimè conſentaneum exiſtimauit. Dico † potuiſſe huic abſur- 5
do occurri, ſi Iuſtinianus eo caſu quo quinque liberi fuiſſent, mediam quandam portionem ſtatuiſſet inter trientem & ſemiſſem paulò minorem quincunce, aut ad ſummam, quincuncem, quo facto etſi illa adhuc iniquitas ſupereſſet, quòd quatuor liberis ſuperſtitibus non maior ſingulorum portio eſſet quàm ſi quinque eſſent, non tamen ſimiliter eueniret vt quinque liberis exiſtentibus maior eſſet legitima ſingulorum quàm ſi quatuor tantùm proponerentur. Singuli enim perinde vnciam haberent, ſicut & cùm ſex ſunt liberi, vnciam ſinguli ferunt. Illud † certè conſtat non modò liberorum, 6
ſed etiam parentum legitimam auctam eſſe adeóque fratrum, omnium denique qui de inofficioſo teſtamento queri poſſunt, vt ait conſtitutio. Fratrum, inquam, eo ſcilicet caſu quo ius habent proponendæ querelæ ſi non legitima portio iis ſit relicta, id eſt, inſtituta demum turpi perſonâ. Erit ergo legitima parentum ſemper triens, numquam ſemis, quia non ſicut liberi ita parentes tot eſſe poſſunt. In fratribus aliter obſeruandum eſt, idem nimirum quod in liberis, vt ſi quatuor tantùm ſint vel pauciores, non niſi trientem habeant, ſin plures, habeant etiam ſemiſſem. Auxit etiam Iuſtinianus † eodem 7
exemplo Falcidiam & Trebellianicam ad trientem vſque, quantuſcumque tandem ſit numerus heredum, quia ſcilicet debentur hæ portiones non ex perſonis heredum, ſed ex comparatione hereditatis quæ ſemper vna eſt, ſiue vniuerſalem illam hereditatem inſpicias quæ fuit teſtatoris morientis, ſiue particularem quæ plurибus heredibus relictis ex cuiuſque portione conſtituitur, cùm tot hereditates fieri intelliguntur quot ſunt hereditariæ portiones. Sed tamen remanſit ea pars conſtitutionis in Oriente, nec ad Occidentem, id eſt, ad nos vſque peruenit. Sanè ſi verum eſt, vt eſt, quod in ſuperioribus diſputauimus, filium heredem ſcriptum, eundémque de reſtituenda hereditate rogatum, nonniſi quartam vnciam detrahere poſſe, fuit omnino conſentaneum, vt Iuſtinianus augens quartam legitimariam, augeret quoque falcidiam & Trebellianicam; ne alioqui damno afficeretur filius qui ex hereditate reſtituenda non niſi Trebellianicam deducere poſſet, atque ita prætextu hereditariæ inſtitutionis fraudem in legitima pateretur. Ex quo magis apparet numquam fuiſſe Iuſtinianum in ea ſententia vt ex eodem fideicommiſſo & legitimam & falcidiam deduci poſſe exiſtimaret. Ita enim fieret, quod

eſſet

esset absurdissimum, vt filius institutus deduceret bessem, restitueret verò trientem duntaxat ei cui testator totam hereditatem restitui præcepisset.

ERROR X.

De onere legatorum post restitutam ex fideicommisso hereditatem.

SVMMARIA.

1 *Ex sententia quorundam pragmaticorum legatorum onera ad fideicommissarium in solidum pertinent, ad heredem verò nulla ex parte.*
2 *Opinio aliorum qui onera legatorum sicut & aris alieni pro rata cuiusque portione diuidenda inter heredem & fideicommissarium arbitrantur.*
3 *Relatæ opinionis fulcimenta.*
4 *Separandam esse hac in parte caussam aris alieni à caussa legatorum adeo vt heres creditoribus pro parte teneatur, non verò legatariis contra pragmaticos.*
5 *Ratio dissimilitudinis supra allata.*
6 *Legata Trebellianicam non minuunt.*
7 *Fideicommissarius satisdare debet legatorum nomine non etiam heres à quo sunt relicta.*
8 *Quando ex Trebelliano restitutionem hereditatis fieri simpliciter dicant ICti.*
9 *Interpretatio l. 2. C. ad S. C. Trebell.*
10 *Explicantur verba §. sed quia Instit. de fideic. heredis.*
11 *Non esse iniquum vt fideicommissarius cui dodrans tantum hereditatis restitutus est, cogatur legatariis in solidum respondere.*

1 PLacet interpretibus † & pragmaticis ferè omnibus legatorum onera spectare in solidum ad fideicommissarium, ad heredem verò pro nulla parte, licet quadrantem hereditatis saluum habeat restituta ex Trebell. hereditate, vt tractat *Guid. Pap. qu.* 296. notans in eo differre onus legatorum ab onere æris alieni quod pro rata portione diuiditur inter heredem & fideicommissarium. Sed obstat euidenter *l. 2. C. ad S. C. Trebell.* quæ hac ipsa in re eandem rationem constituit
2 æris alieni & legatorum. Indeque factum est, vt aliis † quibusdam contrà visum sit onera legatorum sicut & æris alieni pro rata cuiusque portione diuidi debere inter heredem & fideicommissarium, quotiescumque ex fideicommisso restituta est hereditas deducta quarta, vt nimirum teneatur heres pro quadrante ad legatorum & æris alieni exsolutionem, fideicommissarius verò pro
3 reliquo dodrante. Huiusque sententiæ † fortissimum, vt equidem putant, argumentum sumunt ex *d. l. 2. C. ad S. C. Trebel.* vbi rescriptum est indubitati iuris esse ad eum cui ex Trebelliano Senatusconsulto pars hereditatis restituatur, successionis onera seu legatorum præstationem pro competenti parte spectare. Id verò æquitati adprimè consentaneum esse, arbitrantur, vt heres qui quartam hereditatis partem retinet hereditariis quoque oneribus pro ea parte fungatur: fideicommissarius verò, cui nonnisi dodrans hereditatis ex fideicommisso restituitur, supra eam portionem non oneretur. Quam in rem pro pragmaticis afferri potest quod de Senatusconsultis Trebelliano & Pegasiano Iustinianus refert in *Instit. tit. de fideic. hered.* Ait enim ita olim ius fuisse, vt si non plus quàm dodrantem hereditatis scriptus heres rogatus esset restituere, tunc ex Trebelliano hereditas restitueretur, & in vtrumque actiones hereditariæ pro rata parte darentur, in heredem quidem iure ciuili; in eum verò qui recipiebat hereditatem, tanquam in heredem ex Senatusconsulto Trebelliano. At si plus quàm dodrantem, vel etiam totam hereditatem restituere rogatus esset, locus erat, inquit, Pegasiano Senatusconsulto, & heres qui semel adierat hereditatem, si modò sua voluntate adierat, siue retinuerat quartam partem, siue retinere noluerat, ipsi tanquam solus heres vniuersa hereditaria onera sustinebat, sed quarta quidem retenta, quasi partis & pro parte stipulationes interponebantur, tanquam inter partiarium legatarium & heredem: si verò totam hereditatem restitueret, emptæ & venditæ hereditatis stipulationes adhibebantur, vt heredis indemnitati contra fideicommissarium qui hereditatis lucrum & commodum retinebat, consuleretur. Illud igitur iure vetere perpetuum fuit, vt siue ex Trebelliano Senatusconsulto, siue ex Pegasiano restitutio hereditatis fieret, onerum quoque hereditariorum diuisio inter heredem & fideicommissarium pro competentibus vtriusque portionibus induceretur. Etsi autem Iustiniani constitutione, quæ de fideicommissariis hereditatibus restituendis lata est, cuius ibidem Iustinianus meminit, & quæ tamen in Codice nostro nulla extat, totum ius illud vetus conturbatum fuit, explosúsque vsus tanquam captiosus stipulationum quas Pegasiani Senatusconsulti autoritas inuexerat, transfuso in Trebellianum toto Pegasiani iure, vt ex eo fideicommissariæ hereditates restituantur, siue habeat heres ex voluntate testatoris quartam, siue plus, siue minus, siue nihil penitus, idem tamen hac parte placuit Iustiniano quod prudentibus placuerat, vt si quando heres, cui nihil vel minus quarta relictum est, quartam integram sibi conficiat ex Iustiniani autoritate quasi ex Trebelliano Senatusconsulto, actiones tam in heredem quàm, in fideicommissarium competant pro rata vtriusque portione. Ego tamen † didici separandam hac parte caussam 4
æris alieni à caussa legatorum: & longè alio iure illam, alio hanc conseri. Heredem, qui de restituenda hereditate rogatus quartam retinet, siue ex testatoris voluntate, quia non nisi dodrantem restituere iussus est, siue contra voluntatem, quia testator de vniuersa hereditate restituenda senserat, cogendum respondere creditoribus pro ea parte, legatariis non item. Et ratio † dissimilitu- 5
dinis est, quia non sicut legitima illa portio quæ liberis à parentibus, & contrà, parentibus à liberis debetur, non nisi deducto ære alieno, adeóque funeris impensa constituitur, ita & ea quarta quæ ex fideicommissaria hereditatis restitutione retinetur. Hæc enim hereditatis portio est, illa bonorum. Hereditas habet commoda & incommoda, æríque alieni perinde ac proprij rationem. Bona verò sicut ea sunt propriè quæ beant, & consequenter quæ plus habent commodi quàm incommodi, ita deducto ære alieno bona dicuntur. Legata autem etsi perinde ex testatoris iudicio & voluntate præstanda sunt acsi æris alieni iure conferentur, tamen in ære alieno non computantur, ideóque nec minuunt legitimam liberorum, & parentum portionem, quæ minuitur vtique per æs alienum. *l. Papinianus* 8. §. *quarta autem. D. de inoff. testam.* Nec magis † Trebellianicam minuere 6
quàm legitimam possunt, non ob id solùm quòd testator qui heredi onus irrogat restituendæ hereditatis, credendus est voluisse, vt cum onere legatorum hereditas restitueretur, quemadmodum Celsus scribit in *l. 2. D. ad S. C. Trebell.* ac proinde vt per fideicommissarium non per heredem & omnia & solida præstarentur, sed etiam quia eo quoque casu, quoad heredis onus legata esse testator voluit, id est, quo deductis legatis hereditatem restitui testator iussit, falcidiam nihilominus tam ex legatis, quàm ex fideicommisso vniuersali deducit, vt vtraque deductione quartam vnam & integram consequatur, vt ex Aristonis & Pomponij sententia Vlpianus scribit in *l. 3. §. item Pomponius scribit eod. tit.* Quomodo igitur fieri potest vt Trebellianica minuatur per legata, cùm

cùm è contrario per Trebellianicam legata ipſa etiam quæ ab herede relicta ſunt minuantur? Hinc eſt quod
7 dicimus fideicommiſſarium † ſatisdare debere legatorum nomine quæ ab herede relicta ſunt, *l. 4. D. vt legat. ſeu fideicom. nomin. caueat.* non etiam heredem, adeò vt ſi heres ſatisfecerit, ſimul cum fideicommiſſario vtraque quidem ſtipulatio committatur, ſed tamen exceptione tueri ſe poſſit heres quaſi ſine cauſſa cauerit, quia cauere non debuit, *l. etiam* 15. §. 1. *D. eod.* vbi quod Paulus loquitur de fideicommiſſario Trebelliano, notandum eſt ad eum duntaxat fideicommiſſarium pertinere, cui tota hereditas ſine vlla deductione reſtituta ſit, non ad illum etiam cui non plus quàm dodrantem reſtitui teſtator
8 juſſerit. Fieri namque ex † Trebelliano reſtitutionem hereditatis ſimpliciter, Iſtreconſulti dicunt, cùm hereditas tota, & ita vti teſtator juſſit, teſtituitur, nec quicquam ex ea contra teſtantis voluntatem per heredem retinetur, quamuis poſſit etiam pars hereditatis ex Trebelliano reſtitui, *d. l. 2. C. ad S. C. Trebell.* §. *ergo ſi non plus, Inſtit. de fideic. hered.* Quid ergo eſt quod ait *lex ſecunda C. ad S. C. Trebel.* Verba ipſa legis demonſtrant tractari eo loco de fideicommiſſario cui ex Trebelliano Senatuſconſulto reſtituta ſit pars hereditatis, non autem tota hereditas ſecundùm teſtatoris voluntatem. Totam enim hereditatem reſtitui intelligimus, quoties heres totam hereditatem reſtituere juſſus eſt, licèt non niſi dodrantem reſtituat vt quadrantem ex Pegaſiano aut ex lege Iuſtiniani ſaluum habeat contra voluntatem teſtatoris. Et ſanè lex illa omnino interpretanda eſt ex eo iure, quod tum obtinebat; cúmque loquatur de fideicommiſſario Trebelliano, non poteſt ad eum caſum adaptari, quo vel quadrans totus, vel quadrantis pars vlla contra teſtatoris mentem deducatur vel retineatur. Inducebat enim ea res Senatuſconſultum Pegaſianum, ceſſante Trebelliani poteſtate. Porrò cùm heres inſtitutus rogatus erat reſtituere, non totam hereditatem, ſed partem hereditatis quantacunque illa eſſet, dum ne ſupra dodrantem ſicuti Pegaſiano Senatuſconſulto locus nullus erat, nec proinde de quartâ Trebellianica tractari poterat, quæ primùm eo Senatuſconſulto inducta fuit, ita neque vlla dubitatio occurrebat quin heres pro ſua parte, id eſt, pro quadrante, ſi dodrantem reſtituiſſet, creditoribus & legatariis teneretur. Nam cùm Senatuſconſulto Trebelliano nihil de quarta heredi danda cautum eſſet ſed tantùm de transferendis in fideicommiſſarium actionibus, non poterat ea tranſlatio fieri, ſiue legatorum, ſiue æris alieni nomine, niſi pro qua parte reſtituta hereditas fuiſſet: & conſequenter obligatio quam heres adeundo contraxerat ipſo iure, vt ſolidas legatariorum & creditorum actiones ſuſcipere cogeretur, manebat ſalua, & ea ipſa quæ priùs fuerat ad finem vſque quadrantis, non ſecus acſi duo heredes ab initio ſcripti fuiſſent vnus ex quadrante, alius ex dodrante, quo caſu dubitari non poſſet quin heres ex quadrante legata pro quadrante deberet, ſalua ex iis falcidia ſi ſupra dodrantem quadrantis oneratus proponeretur. At poſtquàm inductum eſt Senatuſconſulti Pegaſiani autoritate, & Iuſtiniani conſtitutione confirmatum, vt quartam heres habere omnimodo debeat etiam inuito teſtatore, niſi cùm adit coactus, cœpit quoque ius vetus quod in legatis obtinebat in eo abrogari, vt tum etiam cùm heres de tota hereditate reſtituenda rogatus quartam retinet, nullam legatorum partem præſtare cogatur, quia ſcilicet quarta ei conficienda eſt aut ex fideicommiſſo ſolo, cùm ea teſtatoris mens fuit, vt onus legatorum totum ſpectaret ad fideicommiſſarium (quod proculdubio ſenſit is qui totam hereditatem fideicommiſſario reſtitui juſſit) aut ex ipſis quoque legatis, ſi legata non ad fideicommiſſarij, ſed ad heredis onus eſſe teſtator voluit, vt diximus ex *d. §. 3. §. item Pomponius, ad S. C. Trebell.* Rogato herede de reſtituendo duntaxat dodrante nihil cauſſæ eſt cur Trebelliano derogatum fuiſſe putemus, ſiue per Senatuſconſultum Pegaſianum, quod nunquam hoc caſu locum habuit, ſiue per Iuſtiniani conſtitutionem, quę Senatuſconſultum Pegaſianum explosũ eſſe voluit, cùm ob hoc ipsũ tuſtulerit Pegaſianum vt Trebelliano magis locus eſſe poſſet: Nec. n. transfudit Iuſtin. poteſtatem Pegaſiani in Trebellianum, niſi iis demùm caſibus quibus Pegaſianum antèà obtinebat. Igitur reſtituta ex Trebelliano hereditate, id eſt, facta hereditatis reſtitutione fideicommiſſaria eo modo quo fieri olim poterat ex Trebelliano Senatuſconſulto, ante Pegaſianum præſtabit heres partem legatorum, ſicut & æris alieni pro portione hereditaria, acſi non fideicommiſſarium ſed coheredem haberet, quia de Trebellianica hoc caſu quæri nec olim potuit, nec hodie poteſt: ideóque ſuperuacuum eſt diſputare an à legatorum onere immunis eſſe debeat, nécne, ſolàque ſupereſt cauſſa hereditatis, quæ proculdubio heredem obligat ad onera omnia ſucceſſionis quæcumque tandem illa ſint, id eſt, ſiue in ære alieno conſiſtant, ſiue in legatis. Reſtitutione autem facta ex Pegaſiano, id eſt, eo modo quo fieri olim poterat ex Senatuſc. illo, priuſquàm tota eius poteſtas à Iuſtiniano tranſfuſa eſſet in Trebellianum (non enim confuſi ſunt caſus, licèt confuſa ſint nomina Senatuſconſultorum) ac proinde Pheres, vel totam hereditatem vel ſuper dodrantem reſtituere iuſſus ſit, aliud planéque diuerſum ius eſt quod ad legata, non tamen quod ad æs alienum, & cogitur heres pro rata ſui quadrantis reſpondere quidem creditoribus, ſed non legatariis. Atque ita ſanè accipi † debet quod Iuſtin. ſcribit in §. *ſed quia Inſt. de fideic. here. pro rata portione actionibus tam in heredem quàm in fideicommiſſarium competentibus*, ſcilicet de actionibus hereditariis quæ competunt ratione æris alieni, non etiam de actione ex teſtamento competente pro legatis: nimirum quia non ſicut ex legatis & ex fideicommiſſo detrahi poteſt ea quarta quam heres habere debet, ita & ex ære alieno: cúmque ſit quarta pars hereditatis, habens, vt dictum eſt, commoda & incommoda, ſine dubio minuitur per æs alienum, quod ad commodum & emolumentum attinet, licèt non quod ad nomen & quotam, vt & hereditas ipſa. Et hic nimirum caſus eſt, de quo diſputamus cùm tractamus de Trebellianica, ad quem ſanè non pertinet *d. l. 2. C. ad S. C. Trebell.* quæ de fideicommiſſario Trebelliano loquitur non de Pegaſiano: cuius rei ignoratione acti ſunt interpretes præcipites in hunc errorem. Dices, apertè iniquum eſſe ſi fideicommiſſarius, cui nonniſi dodrans hereditatis reſtitutus eſt, cogatur legatariis omnibus in ſolidum reſpondere. Sed reſpondeo † non eſſe iniquum, quia deliberate apud ſe fideicommiſſarius ante omnia poteſt & debet, an ſibi expediat petere reſtitui hereditatem quemadmodum etiam olim Senatuſconſulti Trebelliani temporibus obtinebat, vt ſi heres deducta te aliqua, etiam quæ quartam partem hereditatis excederet, hereditatem reſtituere iuſſus eſſet, nullam aut æris alieni, aut legatorum partem ferre heres deberet, ſed integrum onus fideicommiſſario incumberet, qui ſi damnum ex eo aliquod ſentiebat, imputare ſibi debebat, cur hereditatem damnoſam ſibi reſtitui poſtulaſſet, vt Iuſtinianus ſcribit in §. *ſiquis vna. Inſtit. de fideic. hered. l. ſi legatus* 30. §. *multum intereſt. D. ad S. C. Trebell.* quia non poteſt videri pars vlla hereditatis in vna re conſiſtere. *l. quamuis* 14. *D. ſiquis omiſſ. cauſſ. teſt.* At non ſimiliter imputare poſſis heredi cur ſuſpectam non dixerit: ſiquidem ſciuit & ſcire debuit futurum vt ſi hereditatem quantumuis oneratam legatis ſponte adiret, nihilominus quartam integram ex Senatuſconſulto haberet, ſiue ex fideicommiſſo vniuerſali, ſiue ex ipſis etiam legatis, ſi opus eſſet, deducendam. Denique non poſſunt legata ſuſpectam heredi facere hereditatẽ quomodo facit onus æris alieni. Propter quam cauſſam ſi ex eo capite hereditas damnoſa ſit, non debet adire niſi coactus, vt incommoda omnia cum commodis transferat
10
11
in

in fideicommiſſarium, ſed fideicommiſſario ſuſpectam hereditatem facere debet non minùs legatorum quàm æris alieni quantitas, quoniam vbi ſemel quarta ex fideicommiſſo vniuerſali detracta eſt per heredē, fieri nequit vt alia per fideicommiſſarium ex legatis detrahatur. Lex enim falcidia de herede tantùm locuta eſt, & ſoli heredi non etiam fideicommiſſario proſpexit. Nec proinde ius vllum fideicommiſſarius habet deducendæ falcidiæ, niſi ex perſona heredis, cùm heres ipſe non deduxit, quia nec deducere voluit vt fideicommiſſario ſoli faueret, vt in *l.1. §. inde Neratius ad S. C. Trebell.* aut non potuit, fortè quia ſuſpectam dixit, vt in *l.3 in princ. D. eod.*

ANTONII FABRI IC.

Decas Duodecima.

ERROR PRIMVS.

De fructibus legitimæ.

SVMMARIA.

1 *Fructus augent legitimam ex pragmaticorū ſententia.*
2 *Legitima nec augmentum, nec diminutionem recipit, contra pragmaticos.*
3 *Quibus legitima debetur, eis non modò legitima adiudicanda eſt, ſed etiam legitimæ fructus.*
4 *Primus caſus quo pragmatici putant legitimæ fructus non deberi ei cui debetur legitima.*
5 *Sententiæ pragmaticæ reprobatio.*
6 *Secundus caſus quo legitimæ fructus nullos deberi autumant pragmatici.*
7 *In propoſito caſu deberi fructus legitimæ, contra pragmaticos.*
8 *Quo caſu exiſtiment pragmatici fideicommiſſariæ hereditatis fructus fideicommiſſario nullos deberi.*
9 *Sententiæ pragmaticorum refutatio.*

1 2 FRuctus †, inquiunt pragmatici augent legitimam, ſicut & hereditatem. Hoc † verò falſum eſt. Non.n. ſicut hereditas ita & legitima eſt nomen iuris, ſed quota bonorum, quæ proinde nec augmentum recipit, nec diminutionem. Nam in ponenda ratione legitimæ inſpicitur quantitas bonorum, quæ mortis tempore fuit, deducto ære alieno, *l. cùm quæritur. 6. C. de inoff. teſt. l. Papin. 8. §. quarta autem. D. eod.* Nec ſi hereditas à malæ fidei poſſeſſore poſſeſſa ſit, fructúſque ex ea percepti qui auxerint hereditatem, legitimam quoque auctam eſſe dicendum eſt: nam nec falcidia legatorum aut fideicommiſſorum augeretur *l. in quantitate 73. in prin. ad l. falc. l. in fideicommiſſ. 18. ff. ad S. C. Treb.* Illud tamen verum eſt quod pragmatici, vt puto, intelligunt, eis quibus legitima † 3 debetur, non modò legitimam adiudicandam eſſe, ſed etiam legitimæ fructus *d. l. Papinianus §. vnde ſi quis, D. de inoff. teſtam. l. mulier. 22. §. ſi heres, & §. cùm proponeretur, D. ad S. C. Trebell.* quoniam alioqui non videretur ea portio data, quæ mortis tempore fuiſſet, idque in conſeſſo eſt. Aliqui tamen caſus ſunt in quibus magna dubitatio eſt, an legitimæ fructus adiudicari oporteat. 4 Finge † filiam cui nubenti dos conſtituta fuit pro legitima viuo adhuc patre renuntiaſſe, adhibito, vt fit, iureiurando, non tantum ſucceſſioni paternæ, ſed etiam legitimæ portioni, quam in patris bonis ſperare quandoque poterat, & ſupplemento legitimæ: mortuo verò patre cùm ex ea renuntiatione filiam immodicè læſam eſſe conſtaret, petitam ab ea & impetratam in integrum reſtitutionem, cuius poteſtate factum ſit vt ei legitima deberetur. An legitimæ quoque fructus conſequetur? Dubitationem facit, quòd quandiu renuntiatio tenuit, verum eſt legitimam nullam debitam fuiſſe, poſtquàm iuris Pontificij autoritate inductum eſt, contra iuris ciuilis rationem vt valeant huiuſmodi renuntiationes propter religionem iuſiurādi, *c. 2. de pact. in 6.* Non poſſunt igitur fructus legitimæ deberi pro eo tempore pro quo nec legitima vlla debita fuit. Fructuum enim debitum, ipſius rei ex qua fructus ſunt debitum ſequitur ſempe:, præcedit numquam. Atque ita ex pragmaticis plerique putant, filiam hoc caſu fructus nullos petere poſſe, niſi ab eo die quo lis ſuper in integrum reſtitutione conteſtata ſit, quaſi in eum vſque diem bona fide & iuſto titulo perceptos à patris herede qui renuntiationis viribus nitebatur. Sed quàm † falſa ſit hæc ſententia, ex iis 5 conſtare poteſt, quæ ſcripſimus *Decade 9.* vbi probauimus reſtitutionis in integrum vim & poteſtatem illam eſſe vt omnia in integrū reuocet, & in eum ipſum ſtatum in quo res eſſet ſi contractū non fuiſſet, ac proinde non minùs quod ad fructus quàm quod ad rē ipſam, ex qua fructus percepti ſunt, *l. quod ſi minor. 24. §. reſt. l. patri 27. §. 1. ver. prædiū, l. minor. 40. §. 1. D. de minor. l. 1. C. de ſent. paſſ. & reſt.* Quod ſi vllo caſu verum eſt, in iſto certè obtinet, maximè in quo agitur de reſcindenda renuntiatione, quæ odioſiſſima eſt, cùm aliena ſit à iuris ciuilis ratione, nec tā iuris aut æquitatis vinculo, quàm iuriſiurandi religione defendatur. Etſi enim cōmunis interpretum traditio eſt, iuſiurandū hoc prodeſſe non tantùm ad inducendam periurij exceptionē ſi quid contra factum ſit, ſed etiā ad validandā, & confirmandam renuntiationem, tamen impetrata abſolutione ob æquitatem illam quòd iuſiurandum iniquitatis vinculum eſſe non debeat, ſicut autoritas iuriſiurādi nulla ſubeſt, ita nec ratio vlla propter quā defendi debeat renuntiatio, quæ nō ſolùm odioſa, iuríque cōtraria, ſed etiam iniqua reperitur. Quid.n. iniquius quàm vt pater in dote danda filiæ quod ex officio facere tenetur, fraudē in legitima comminiſcatur, in eámque rē iuriſiurandi ſanctitate & autoritate ac filiæ facilitate abutatur? Et ſanè reſciſſa renuntiatione, fieri nequit vt non perinde legitima debeatur acſi renūtiatio nulla interceſſiſſet: etiam autē diximus, nulla renuntiatione interueniente non tantū legitimam deberi, ſed etiam legitimæ fructus à die mortis. Eamque ſententiam Senatus noſter ſequitur, licèt à Senatu Burdegalenſi improbatam, teſte *Boerio dec. 3. ad fin.* Alius † caſus eſt quo 6 induxit error pragmaticorum vt legitimæ fructus nulli debeātur: nequidē, quod magis mirū eſt, à die litis conteſtatę, nimirū ſi iure dubitari poſſit an legitima ipſa debeatur. Id enim plerūque in obſcuro & incerto eſſe creditur, vt puta ſi qua ex his perſonis quæ à ſucceſſione excluſæ ſunt petat legitimā, finge matrē defūcti talliabilis & hominis, vt loquuntur, manuſmortuæ, qui aliū quam dominū habere ſucceſſorē non poteſt: aut matrem liberi quidem hominis & ingenui, ſed quæ ante petitum filio tutorem inierit ſecundas nuptias, & ante redditam adminiſtrationis rationem, ideóque indigna ſit quæ ad impuberis filij ſucceſſionem admittatur *l. omnem 6. C. ad S. C. Tertyll.*

Tertyll. His casibus placet pragmaticis legitimam matri deberi,(verène an secus videbimus fortasse in sequentibus) fructus tamen nullos deberi, quasi iam plus quàm satis matri faueatur in eo quod habet legitimam, quam ex stricta iuris ratione habere non deberet. Sed est hæc
7 † etiam sententia tam aliena & discrepans à iure ciuili, vt non purem aliqua æquitatis specie defendi posse. Non n. ea res in iudicis arbitrio posita est, an fructus legitimè debeantur, aut non: quomodo alia pleraque arbitria dicimus, quæ ex bono & æquo pro arbitrio iudicis in hanc aut in illam partem statui possunt, & in quibus solent pragmatici dicere, bonum esse habere iudicem fauorabilem, sed iuris certissimi & indubitatissimi est, aut legitimam prorsus nullam deberi, aut si qua debeatur, fructuum quoque legitimæ à die mortis ex quo incipit deberi, rationem habendam esse: multò magis verò ex die litis contestatæ, cùm dici soleat ex eo tempore possessores omnes esse pares, id est, malæ fidei possessores effici etiam eos qui in cùm vsque diem bona fide & iusto titulo possedissent, *l. sed etsi lege 25. §. si ante 2. de petit. hered.* adeò vt nec melior sit conditio ignorantium heredem eius qui litem contestatus est, sed par fortuna, vt loquitur *l. 2. Cod. de fruct. & lit. expens.* Potest quidem iudex interdum compensare fructus ex vna parte debitos cum vsuris ex alia parte præstandis, vt in *d. l. minor 40. §. 1. de minor.* quoniam ea compensatio vicem mutuæ adiudicationis obtinet; sed fructus ex natura iudicij & qualitate actionis institutæ adiudicandos denegare iudex numquam potest, non magis quàm id ipsum quod principaliter petitur, & debetur. Fructus enim etsi accessiones sunt eius rei quæ in iudicium deducitur, tamen non solo iudicis officio, sed obligationis & actionis iure debentur in bonæ fidei iudicijs, in strictis verò officio quidem iudicis, sed ita tamen vt non sit liberum iudici eos fructus non deducere in condemnationem, quia quale quid est cum petitur, tale dari debet. *l. 2. l. videamus 38. §. actionem. D. de vsur.* Sunt. n. fructus naturales accessiones rei, & naturalem causam habere dicuntur, ideóque rem ipsam necessariò sequuntur, ita vt nihil interdum prosit bona fides ad eos lucrãdos, *l. indebiti 15. D. de cond. indeb. l. vxori marius 27. D. de vsufr. lega.* Quamquam regulariter aliud ius est quod in bonæ fidei possessorum gratiam constitutum fuit eo solo colore quod bonæ fidei possessor hac parte domini iure censeatur *l. bona fidei 48. D. de acquirend. rer. domin.* De quo scripsimus latiùs in *errorem primum Decadis superioris*, & scribemus etiam in sequentibus. Contrarius
8 † eorundem pragmaticorum, nec tamen dissimilis error est in eo quòd existimant fieri posse interdum vt fideicommissariæ hereditatis fructus nulli fideicommissario debeantur, ne quidem à die litis contestatæ, vno saltem illo casu, inquiunt, quo fideicommissum sustineatur per clausulam codicillarem appositam in testamento, quod per posthumi præteritionem ignoranter factam ruptum proponatur: propterea quòd hoc casu fauor posthumi extraneo præsertim herede instituto, ius hoc exigere videatur, vt non solùm quartam vnam aut potiùs trientem pro legitima detrahere filius possit, vt alias euenit cùm purum fideicommissum est, sed etiam Trebellianicam, adeóque lucretur fructus hereditatis restituendæ. Quasi hoc etiam casu satis iam & ferè plus æquo faueatur fideicommissario in eo quòd heredis institutio defenditur per clausulam codicillarem hactenus vt flectatur in fideicommissum ab intestato relictum. Sic enim aliquãdo tractatum & pronuntiatum fuisse scio. Non ea mihi nunc quæstio tractanda est, An clausula codicillaris eo casu vires vllas habeat quo præteritus sit posthumus ignoranter, extraneo præsertim herede instituto. Digna. n. res est quæ à nobis suo loco latiùs discutiatur. Sed
9 tamen hoc † non possum non dicere, nulla ratione fieri mihi probabile, vt & duplex quarta ex puro fideicommisso deducatur, & fructus hereditatis fideicommissariæ nulli restituantur, ne quidem à die litis contestatæ. Iam. n. probauimus in superioribus restitui omnes debere quotquot percepti sunt à die moræ, quæ fieri non potest cum de fideicommisso vniuersali agitur, vt non saltem à contestationis die contracta intelligatur. Dixi, *cum de fideicommisso vniuersali agitur*, quia si de legatis tractetur, incerta patrimonij æstimatio incertum facit modum legatorum, eáque res iustam differendæ solutionis, adeóque litigandi causam præbere potest heredi, si non offerant legatarij satisdationem quæ debetur ex edicto, Si cui plus quàm per legem falcidiam, *l. 3. D. de vsur.* quam nos interpretati sumus *lib. 7. Coniect. cap. 1.* Denique iusta litigandi causa excusat ab impensis, quoniam earum condemnatio non nisi in pœnam temerè litigantis irrogari solet, ex *leg. qui solidum 78. §. 1. de leg. 2.* Sed non recusat à fructibus qui naturalium accessionum iure sequuntur rem ipsam quæ debetur, aut adiudicatur, nisi cùm excusat etiam à mora, eo nimirum casu quo fructus ex die duntaxat moræ præstandi sunt.

ERROR II.

De dote quam pater nubenti filiæ pro legitima dedit.

SVMMARIA.

1 *Dos filiæ nubenti data à patre loco legitimæ est ex pragmaticorum sententia.*
2 *Filiæ viuo patre nulla legitima deberi dari ue potest contra pragmat.*
3 *Legitima quid.*
4 *Improbus est quisquis sollicitus est de successione viuentis.*
5 *Legitima non hereditatis quota est, sed bonorum quæ moriens pater reliquerit.*
6 *Portio bonorum, quam ex iusta causa, puta dotis pater filiæ prorogat legitima dici nequit.*
7 *Legitima portio non est, quæ non est certa.*
8 *Differre dotem in legitimam imputari, & dotem legitimæ loco esse, contra pragmaticos.*
9 *Differentia inter dotem & legitimam.*

NOx est digna sanè pragmaticis, Dotem † quæ 1
filiæ nubenti data est à patre loco legitimæ esse, tùm etiam cùm simpliciter data est, multò magis, si vt ferè semper fit, pro omni legitimæ iure data proponatur. Nihil enim † dici potest 2
à vera rectáque iuris ratione alienius. Siquidem certissimi iuris est legitimam viuo patre nullam filiæ deberi, nec si pater maximè nolit, fieri tamen vllo modo posse vt vllo casu debeatur. Nam quid aliud obsecro est legitima, † nisi portio olim quarta, hodie triens vel se- 3
mis hereditatis ab intestato contingentis? Atqui de intestati successione quæri non potest, sicut nec de testamentaria quandiu paterfamilias viuit, de cuius bonis agitur, non ea solùm ratione quæ ex bonis moribus ducitur, quòd improbus sit † & contra ius gentium festinare dicatur quisquis sollicitus est de successione viuentis, *l. 2. §. interdum. D. de vulg. & pupill. substit. l. donari 29. alias l. quidam §. donationem. D. de donat.* sed etiam quia viuentis hereditas & successio nulla est, *l. 1. D. de hered. vel act. vendit.* Ergo nec fieri potest vt de filiæ legitima viuo patre quæratur. Accedit quòd legitima † vt pragmatici omnes consentiunt, non hereditatis quota est, sed bonorum: cùm eius ratio ponatur deducto ære alieno & funeris impensa, *l. Papinianus 8. §. quarta autem. D. de inoff. testam.* Quorum verò bonorum? scilicet eorum quæ moriens pater reliquerit, ac proinde

proinde ipso tempore mortis præcisè inspecto, *leg. cùm quæritur. 6. Cod. eod.* Atqui omnino incertum est quæ bona moriens quis relicturus sit quandiu viuit, cùm in singula momenta ditior fieri possit & pauperior. Non igitur fieri potest vt viuo patre legitima vlla deberi intelligatur, nec si pater velit, sicut neque in patris potestate est constituere quid quantúmue in bonis relicturus sit cùm morietur. Fatcor posse patrem ex iusta † 6
causa, qualis est dotis, certam bonorum suorum partem siue in pecunia, siue in rebus aut mobilibus, aut immobilibus, filiæ prorogare, si velit, imò verò ex paterno officio cogi vt dotandæ filiæ gratia id faciat, *l. capite 19. D. de rit. nupt. l. vlt. C. de dot. promiss.* Sed nego eam portionem dici posse legitimam, quia neque ex legibus debita est, neque ex comparatione bonorum quæ pater mortis tempore habiturus est, sed eorum quæ tunc
habet, æstimatur. Denique legitima† portio non est quæ 7
non est certa, & quidem habito respectu ad bona mortis tempore relicta. Mortis ergo tempus necessariò expectandum est, vt legitima illa portio constituatur. Fefellit interpretes & pragmaticos, quod à Zenone Imperatore constitutum est in *l. quoniam. Nouella 29. de inoff. testament.* vt dos à patre data si ex substantia patris profecta
sit, in legitimam imputetur. Sed sunt † hæc longè 8
dissimilia, dotem in legitimam imputari, & dotem legitimæ loco esse. Prius verum, posterius falsum est. Nam ex eo quod dos in legitimam imputatur, apparet potiùs non esse eam legitimæ loco, cùm si legitimæ iure censeretur, frustra de imputatione tractaretur, sicut nec de illo quæri posset, An pecunia quæ post patris mortem soluta esset filiæ pro legitima, imputari in legitimam deberet, quia proculdubio esset loco legitimæ, quamuis non legitima ipsa, quippe quæ in corpori us bonorum, non in pecunia debeatur. Idque ita esse apparet
euidentiùs ex iis differentiis † quæ inter dotem & legi- 9
timam & magnæ sunt & multæ. Dos debetur à viuo patre, legitima non nisi à mortuo. Et consequenter dos congrua dicitur habita ratione bonorum quæ tum pater possidet cum dotem dat, vt diximus, legitima verò non potest esse congrua quin sit ea ipsa portio quæ legibus definita est. Ita fit vt congruæ dotis quantitas ante constitutionem semper sit incerta, legitimæ portio contrà sit certa semper, etiam priùs quàm à patre definita sit. Non enim ex patris voluntate definienda est, sed ex legibus. Dotem vt plurimùm & in dubio congruam facit sola patris voluntas nisi grandis læsio proponatur, licèt minor sit ea portione quæ pro legitima deberetur, si tùm pater decederet, vt Alexander tractat *consil. 33. num. 4. vol. 4.* Interdum etiam consuetudo regionis quæ tamen non semper congruam dotem æstimat ex congruæ legitimæ comparatione. Legitimam verò congruam facit sola lex quæ certum modum huic rei constituit. Imò, quod magis mirum est, si filia quæ dotem minùs congruam accepit, futuræ patris successioni, adeóque legitimæ & supplemento legitimæ renuntiauerit, licèt placeat excludam eam esse ipso iure & iurisiurandi potestate, ne legitimam aut legitimæ supplementum petere possit: nihilominus tamen agere potest etiam contra viuum patrem vt congruè dotetur, quemadmodum si nulla dos esset constituta, agere posset vt dotaretur. Quod tamen falsò diceretur si dos etiam data pro legitima iure legitimæ conferetur. Ex contrario finge amplissimam dotem filiæ datam esse à patre, & quæ excedat longè portionem illam quæ patre tum moriente pro legitima filiæ deberetur, puta dimidiam partem bonorum quæ tunc pater habebat, si posteà auctæ sint patris facultates, nec renuntiatio vlla interuenerit, non est ex interpretibus aut pragmaticis qui dubitet quin salua maneat & integra petitio supplementi legitimæ ex bonis posteà acquisitis & mortis tempore in hereditate repertis. Sola enim renuntiatio legitimæ illa est quæ filiæ nocere possit, quia nec nisi per eam renuntiationem fit vt de futuris quoque bonis & acquirendis cogitatum esse videatur, vt latiùs à nobis tractatum est in Disputationibus forensibus, ex *l. si quando 35. §. & generaliter* iunct. *l. scimus 36. in princ. & §. repletionem C. de inoff. testam.* Non potest igitur videri dos esse loco legitimæ, ne tùm quidem cùm dationis tempore inspecto æquat, adeóque excedit legitimam.

ERROR III.

De filia quæ paternæ successioni, adeóque legitimæ cum iureiurando renuntiauit.

SVMMARIA.

1 *Pactiones de futura viuentis successione iure ciuili non valet sine de succedendo sint, sine de non succedendo.*
2 *Pactum de succedendo valet si consensus interueniat, tertij, de cuius successione agitur, ex Iustiniani constit. in l. vlt. C. de pact.*
3 *Pactum de non succedendo non valet etiamsi fiat cum eo ipso qui non vult sibi succedi.*
4 *Iure tamen Pontificio confirmatur renuntiatio, si iusiurandum interuenerit, sine successioni, sine legitimæ renuntiatum sit.*
5 *Generalis successionis futuræ renuntiatio non sufficit ad excludendam legitimæ petitionem.*
6 *Affectus renuntiationis quâ filia successioni, aut legitimæ renuntiauit.*
7 *Filia quæ renuntiauit à pragmaticis habetur pro mortua aut extranea, atque impunè præteriri.*
8 *Placitis pragmaticorum proximè relatis refutatio.*

PActiones † de futuro viuentis hominis suc- 1
cessione iure ciuili non valent, siue de succedendo sint, siue de non succedendo, quasi repugnantes iuri publico, id est, legibus, quæ & iuris publici partem faciunt, & succedendi ius induxerunt, *l. pactum quod dotali 15. C. de pact. l. pactum dotale 2. C. de collat. l. si quando 35. §. illud C. de inoff. test. l. fin. D. de suis & legit.* Hac vna tamen differentia, quòd pactum † de succedendo valet si consensus & voluntas 2
interueniat tertij, de cuius successione agitur, idque ex Iustiniani constitutione in *l. vlt. C. de pact.* contra iuris ciuilis rationem. Pactum † verò de non succedendo 3
non valet, etiamsi fiat cum eo ipso qui non vult sibi succedi, vt sequenti capite dicemus. Sed si iusiurandum interuenerit, placet iure pontificio confirmari renuntiationem propter vinculum & religionem iurisiurandi *ex cap. 2. De pact. in 6.* non solùm si renuntiatum sit successioni, sed etsi legitimæ portioni, dummodò legitimæ mentio facta fuerit specialis. Generalem † enim 4
successionis futuræ renuntiationem non sufficere certum est, ad excludendam legitimæ petitionem, quæ tanquam fauorabilior speciali quodam iure, tum etiam debetur cùm successio ipsa non debetur, *d. l. si quando 35. §. & generaliter. C. de inoff. testament.* Huius verò renuntiationis † effectus ille est, vt filia quæ renuntiauit suc- 5
cessioni cum iureiurando, succedere posteà non possit, quæ verò renuntiauit legitimæ, nec legitimam petere possit, nec supplementum: non magis quàm si renuntiationis tempore iam delata successio fuisset, aut natum ius petendi legitimam vel legitimæ supplementum. Ex quo pragmatici inferunt huiusmodi † filiam pro mor- 6
tua, aut extranea habendam esse, quia non magis succedere, aut legitimam petere posset, quàm si iam viuo testatore mortua, aut prorsus extranea esse proponeretur. Adeò vt si iis credimus etiam præteriri impunè possit. Sic. n Bart. *l. pater filium. ff de inoff. test.* & in *l. 1. §. qui habebat. de bonor. poss. con. tab. Bald. in l. vnic. Cod. quando non*

petent.part.Paul.Caſt.in l.planè.1.ſi duobus de leg.1. Ego verò conſecutionem hanc penitus falſam eſſe,& à iuris
8 ratione alienam auſim dicere. Certum † enim eſt quod interpretes quoque admittunt, huiuſmodi omnes renuntiationes ſiue futuræ ſucceſſionis,ſiue legitimæ,aut ſupplementi legitimæ, tacitam habere conditionem, ſi ſucceſſio aut legitima deferetur, vt eleganter *Caſtrenſis* tractat ad *l.qui ſuperſtitis 94.D.de acq.hered.* Fieri ſiquidem per rerum naturam non poteſt: nec verò intellectus cogitatione percipi vt excludatur quis ab acquirenda ſucceſſione aut qua alia re, priuſquàm ea delata ſit, & ſicuti delatio præcedit neceſſariò acquiſitionem, ita & repudiationem, aut quod idem eſt, renuntiationem. Vnde fit,vt ſi ſub conditione,vel ex die certa nobis legatum ſit, ante conditionem vel diem certum repudiare non poſſimus, quia nec pertinet ad nos antequàm dies veniat, vel conditio exiſtat, inquit Pomponius in *l.ſi ita ſit ſcriptum 45.§.ſi ſub conditione. de legat.2.* Hoc verò ſi ita eſt, omnino fit conſequens vt ea renuntiatio non impediat delationem hereditatis aut legitimæ, ſed tantùm acquiſitionem, ſuccedente ſcilicet poteſtate renuntiationis eo ipſo inſtanti quo delatio fit,vt acquiſitio ipſa impediatur. Quemadmodum dici ſolet,cùm id quod ſub conditione debetur purè quis nouandi animo ſtipulatur,non ſtatim nouationem fieri,licèt pura ſtipulatio aliquid egiſſe videatur,ſed tunc demum cùm conditio extiterit. Etenim exiſtens conditio primam ſtipulationem committit,commiſſamque in ſecundam transfert,*l.quoties 14.§.1.D.de nouat.* vbi ex hoc infert Vlpianus, ſi fortè perſona promiſſoris pendente conditione fuerit deportata, ne quidem exiſtente conditione vllam contingere nouationem, quoniam nunc cum exiſtit conditio, non eſt perſona quæ obligetur. Eadem ergo ratione dicendum eſt, Facta renunciatione futuræ ſucceſſionis vel legitimæ ſub ea conditione neceſſaria, ſiue expreſſa,ſiue tacita,ſi hereditas aut legitima deferetur,ſi intereà,id eſt,ante conditionem exiſtentem, & viuo patre filia moriatur nullam vim eſſe renuntiationis, quia non ſupereſt perſona quæ per renuntiationem obligetur,cùm obligatio non priùs poſſit incipere quàm delatio fiat,nec delatio fieri, niſi mortuo patre. Quòd ſi delatio per renuntiationem non impeditur,illud quoque fatendum eſt non poſſe filiam haberi pro mortua aut pro extranea, cui ſucceſſio aut legitima defertur: non enim præmortuæ filiæ,aut extraneæ perſonæ deferretur. Indéque nimirum eſt,quòd licèt non admittatur ad partem ſiue hereditatis, ſiue legitimæ, facit tamen partem, id eſt,computatur in numero liberorum, vt ipſi quoque pragmatici conſentiunt, & verum eſt, inde etiam quòd nec impunè præteriri poteſt in patris teſtamento,vt diſputabimus *Decade ſequenti.* Inde denique quòd renuntiatio filiæ non nocet nepoti ſi filia viuo patre deceſſerit,qua pro non facta habetur renuntiatio,cuius conditio numquam extitit. Quod ipſum tamen quia ſuas controuerſias & diſtinctiones habet, pluribus à nobis tractandum & diſputandum erit in ſequentibus.

ERROR IV.

De pacto de non ſuccedendo.

SVMMARIA.

1 *Cur pactum de ſuccedendo non valeat, valeat tamen pactum de non ſuccedendo,pragmaticorum quorundam ratio.*
2 *Diſtinctionis relata & rationis pragmatic.confutatio.*
3 *Vera ratio cur pactum de ſuccedendo aut non ſuccedendo non valeat.*
4 *Alia ratio minùs propria.*
5 *Tertia ratio qua eſt Papinïani.*
6 *Pactum de non ſuccedendo valere cùm in odium parentum factum eſt,quidam perperam autumant.*
7 *Ratio generalis cur pactiones ſiue de ſuccedendo, ſiue de non ſuccedendo non valeant.*
8 *Differentia inter pactum de ſuccedendo & pactum de non ſuccedendo? & nu.10.*
9 *Species l.vlt.C.de pact.*
11 *Pactio quæ fit inter heredem & legatarios de falcidia non deducenda eſt contra legem falcidiam ſi fiat viuo teſtatore,ſecus ſi mortuo.*
12 *Ratio dubitandi d.l.vlt.C.de pact.*
13 *Cur pactum de non ſuccedendo tertio non valeat.*
14 *Vt intelligendū illud,Pactū aliquod fieri contra legem.*
15 *Pacta de ſuccedendo quæ Iuſtinianus valere vult accedente tertij conſenſu in eum nominatim caſum fiunt,quo ex legibus hereditas deferatur.*
16 *Iure Pontificio probantur etiam pacta de non ſuccedendo,ſi iuſiurandum interuenerit.*
17 *Adeò vt etiam pactio filiæ quæ nulla accepta dote,paternæ ſucceſſioni, legitimæque renuntiauit, ſi pragmaticis fides.*
18 *Pactio de non ſuccedendo tertio inter alios facta roboratur iureiurando ſi acceſſerit tertij conſenſus.*

QVM quæritur, an pactum de futura viuentis hominis ſucceſſione valeat, ſiue de ſuccedendo, factum ſit, ſiue de non ſuccedendo, non ſolent pragmatici diſtinguere, aut ſi qui ſunt qui diſtinguant, malè & perperam diſtinguunt. Ea namque diſtinctio † quibuſdam 1
placet vt pactum de ſuccedendo non valeat, quia aufert liberam teſtandi facultatem ex *l.ſtipulatio hoc modo concepta 61.D.de verborum obligat.l.4.Cod. de inutilibus ſtipulat.l.cùm donationis 34.Cod.de tranſactionibus:* pactum verò de non ſuccedendo valeat, quia liberam teſtandi facultatem non modò non reſtringit,ſed etiam ampliat, quippe quod certum ſit minimè pertinere ad cauſſam ſucceſſionis teſtati, ſed tantùm ad excludendam ſucceſſionem inteſtati. Ita *Capell. Tholoſ.in Deciſionibus*, quæ diſtinctio † apertè falſa eſt. Vera enim & germana ra- 2
tio improbandi pacti de ſuccedendo non illa eſt, quam iſti putant, quòd auferat liberam teſtamenti factionem, quæ ſanè ceſſaret in pacto de non ſuccedendo. Sed illa potiùs, quòd ſuccedendi † ius ſit ex iure publico, id 3
eſt, ex legibus, ſiue de teſtamentaria, ſiue de inteſtati ſucceſſione agatur. Nam vt ſæpius iam à nobis dictum eſt, lex duodecim tabularum non modò teſtandi licentiam ciui Romano dedit, ſed etiam hereditatum heredúmque ab inteſtato iura induxit, *leg. 3. D. qui teſtam. facer. poſſ. leg. verbis legis 129. leg. lege obuenire 130. D. de verb. ſignificat.* Proinde ius & iniuria fit legibus,non ſolùm ſi teſtandi libertas pactione aliqua conſtringatur, ſed etiam ſi per pactum quis impediatur ab inteſtato ei ſuccedere,cuius vel filius ſit,vel proximus agnatus. Ex legibus enim prima liberorum cauſa eſt in ſuccedendo: ſi ſuus heres non ſit, agnatus proximus familiam habere iubetur. Atqui tritum illud eſt, priuatorum pactionibus iuri publico derogari nec poſſe, nec debere, *leg. ius publicum 58. D. de pact. leg. Neratius 20. D. de relig. & ſumptib. funer. leg. 1. §. ſi inter 9. D. de magiſtr.conuen. leg. quod bonis 15.§.1.D.ad leg. falcid. leg. Cerdonem 42. D. de oper. libert.* Igitur non magis fieri poteſt vt valeant pactiones de non ſuccedendo, quàm quæ ſunt de ſuccedendo, *leg.pactum dotali 3. Codice de collat. leg. ſi quando 35. §. illud Codice de inoff. teſtament. leg. vlt. D. de ſuis & legit.* Poſſunt equidem aliæ etiam rationes adferri, ſed minùs germanæ & propriæ qualis † illa eſt, quòd improbus eſſe videatur 4
quiſquis ſollicitus eſt de ſucceſſione viuentis *l.2. §. interdum.D.de vulg.& pupill. ſubſtit.* Dicitúrque feſtinare contra bonos mores & contra ius gentium, *l.donari 29.*

alias, leg. quidam §. donationem D. de donat. Etsi enim pertinet ea ratio non minùs ad pactiones quæ fiunt de non succedendo absenti, quàm ad eas quæ fiunt de succedendo, non tamen similiter locum habet in eo qui pactus sit de non succedendo ei ipsi cum quo paciscitur, quia non potest videri sollicitus de viuentis successione qui sibi ipsi præripit succedendi facultatem. Et tamen non eo minùs verum est pactionem
5 non valere. Sic & ratio † illa qua Papinianus mouebatur ne pateretur valere conuentionem factam inter patrem & filium de querela inofficiosi testamenti numquam per filium mouenda, quòd meritis potiùs filij ad paterna obsequia prouocandi sint, quàm pactionibus adstringendi, vt Iustinianus refert in *dicta lege, si quando, §. illud. Codice de inofficioso testamento.* licet elegans sit, & recta fauore liberorum, non tamen germana est, vt ex eo apparet quod non conuenit parentibus, si fortè filius cum parente pactus sit ne conqueri de inofficioso filij testamento possit mater, aut etiam pater, si filius emancipatus fuit, cùm tamen perinde improbatæ sint huiusmodi pactiones cùm fiunt in odium parentum, atque cùm fiunt in odium liberorum. Non enim minùs fauorabilis est caussa parentum turbato mortalitatis ordine, licèt non tam naturæ iure, quàm sanguinis & miserationis ratione liberorum hereditas parentibus debeatur *l. nam etsi 17. D. eod. l. scripto, 7. §. 1. D. vnd. liberi.* Quamquam non ignoro aliter quibusdam
6 visum èsse, existimantibus † pactum de non succedendo valere cùm in odium parentum factum est, ex *l. 1. §. si patrem, D. si a parente quis manum.* Sed longè alia eius loci sententia est, vt non obscurè quiuis videre potest, &
7 nos aliàs pluribus differemus. Illa sanè ratio † adferri potest generalis ad pactiones omnes siue de succedendo sint, siue de non succedendo, vt non valeant, quòd fiunt de re quæ in rerum natura non est: Neque enim viuentis hominis hereditas vlla est, de qua paciscì possis vt ad te aliquando perueniat, vel numquam, *l. 1. D. de hered. vel act. vendit. l. qui superstitis, 94. de acquir. vel omi. hered.* Sed si propiùs inspicias, eôdem ratio illa recidit quò prima quam attulimus. Ideò enim viuentis hominis hereditas nulla est, quia lex ea est quæ facit hereditatem eo ipso instanti quo hereditatem defert, non autem defert nisi patrefamilias defuncto, quia nec potest: quandoquidem inducendæ hereditatis necessitas non alia fuit, quàm vt esset, qui defuncti & domini personam repræsentaret vt dominium in heredem continuari posset, viuo autem patrefamilias qui ipse dominus rerum suarum est, neque necesse est alium induci qui personam ipsius repræsentet, neque fieri potest vt inducatur, non magis quàm vt duo eiusdem rei in solidum domini esse possint. Illud ergo pro constanti & indubitato sit, eodem iure censeri pactiones omnes de succedendo & non succedendo, nec has magis, quàm illas valere posse. Sed tamen aliquam inter eas differentiam constituendam esse arbitror, quam neque ex pragmaticis, neque vt puto ex interpretibus quisquam
8 in hunc vsque diem agnouit. Hanc † nimirum, quod ex Iustiniani constitutione *in l. vlt. C. de pact.* valet pactum de succedendo, si inter duos factum sit de hereditate tertij, & tertius ille consentiat, in eáque voluntate ad extremum vsque vitæ suæ diem perseueret: Pactum autem de non succedendo ne tum quidem valet iure ciuili, cùm is de cuius hereditate agitur, voluntatem suam interponit. Nam si Iustinianeæ legis verba inspicias, nulla ibi mentio fit pacti de non succedendo,
9 sed duæ species † proponuntur quæ ambæ pertinent ad pactum de succedendo. Prima illa est, si conuenerit inter plures fortè agnatos aut cognatos vt quæ ad eos peruenient Titij hereditas, certo modo diuidatur, altera, si pactum interuenerit vt qui ex pluribus hereditatem aliquam habiturus est, scilicet ex testamento aliquid vicissim eo nomine cæteris præstet. Vtraque pactio duplicem habet conditionem, si mortuus erit is de cuius successione agitur, & si ad eius hereditatem vocentur ij qui paciscuntur. Vtraque igitur de succedendo est, non de non succedendo. Si verò iuris rationem intueare, cuidens hac parte differentia † est, & ratio diuersitatis inter 10
pactionem quæ de succedendo tertio facta sit, & eam quæ de non succedendo. Cùm pactum sit de succedendo vt in vtraque illa specie quam Iustinianus tractat, nihil fit contra leges ex qua parte ius succedèdi legibus introductum est. Vtraque enim conuentio fit in casum delatæ hereditatis, & consequenter in eum casum quo legibus satisfactum sit. Legum enim potestas, quod ad hereditates attinet in eo tantùm consistit, vt hereditatem deferat, non in eo etiam vt ei acquiratur hereditas cui fuit delata. Nam sicuti delatio quælibet hereditatis est ex lege, ita acquisitio non nisi ex hominis cui lex detulit, facto ac voluntate. Satisfit igitur legi si modò delatio non impediatur, id est, dum ne pactione id agatur, vt legis potestati in differenda hereditate occurratur. Quomodo dicimus pactionem † quæ fit inter heredem & le- 11
gatarios de falcidia non deducenda esse contra legem falcidiam si fiat viuo testatore, quia nulladum eo tempore legis potestas est at non esse contra legem, si fiat eo mortuo, *l. quod bonis 15. §. 1 D. ad l. falcid.* quia non illud legis falcidiæ propositum est vt heres omnimodo quartam ex legatis deducat, sed tantùm vt deducere possit si velit. Illud duntaxat apud Iustinianum † faciebat dubi- 12
tationem vt pactiones non valere viderentur, quòd vt diximus, improba fit, & suspecta, malique ominis & periculosi euentus plena sollicitudo illa de hereditate viuentis. Sed non putat Iustinianus locum id habere cùm is, de cuius hereditate agitur pactionem scit & probat, nec voluntatem subinde mutat. Nam & iam olim id obtinebat vt non auferretur tanquam indigno hereditas ei qui viuo patrefamilias de futura hereditate pactus fuisset, sciente testatore, sed illi demùm qui eo ignorante *l. 2. §. vlt. D. de his quæ vt indign.* At cùm † inter Titium 13
& Sempronium fit pactum de non succedendo Mæuio, id est, ne Titius proximior agnatus Mæuio quandocunque intestato morienti succedat, licèt Mæuius consentiat, pactio tamen non valet, non quidem propter improbam illam sollicitudinem quæ sanè ex Mæuij consensu interueniente purgatur, sed alia ratione, quæ tota est meri iuris, quia fieri non potest quin ea pactione subsistente legum autoritas violetur, quæ proximiori agnato deferunt hereditatem. Quid enim aliud paciscentes isti agunt, nisi vt quantum in se est impediant ne legis potestas vlla sit, id est, ne agnato proximo hereditas deferatur? Proinde consensus Mæuij facere nequit vt pactum confirmetur, quia nec in eius potestate est facere ne leges in hereditate sua locum habeant, siue testatus siue intestatus moriatur, *l. nemo potest 55. de lega. 1. l. iuris adgnationis 34. D. de pac.* Dices fortasse pro pragmaticis, Pactum quòque de non succedendo perinde ac pactum de succedendo tacitam habere conditionem illã si quandóque hereditas paciscenti deferetur, vt superiore capite dicebamus. Respondeo id non fieri vi & potestate pacti, cùm paciscentium mens vtique talis fuerit vt & ipsa hereditatis delatio, si fieri posset, impediretur, sed quia lex ipsa pacto potentior est inuitisque paciscentibus hereditatem deferet aut heredi scripto si testamentũ factum sit, aut agnato proximiori ab intestato *d. l. vlt. D. de suis & legi. l. 3. C. de collat.* Quare non eo minùs inutile pactũ est quòd contrahentium voluntas effectum non sortiatur. Imò inutile est ob hoc ipsum quod contra legem factum est, ipsiúsque legis autoritate superatur *l. iuris gentium 7. §. ait prætor. 7. l. contra 28. D. de pact. l. pacta quæ contra 6. C. eod.* Nam cùm dicimus † Pactum aliquod fieri 14
contra legem, non illud intelligimus, Pacto legem destrui quod fieri numquam potest, sed tale pactum esse quod si valeret legem destrueret, idcóque lex ei resistit vt non valeat, priúsque necesse est vt lex hereditatem

ditatem deferat, quàm delationis effectus impediatur.
15 At pacta † illa de ſuccedendo quæ Iuſtiniani is valere vult accedente tertij conſenſu, in eum nomin atim caſum fiunt quo ex legibus hereditas deferatur, in iſque voluntas paciſcentium cum poteſtate legis concurrit, vt hereditas eis ipſis deferatur quibus æquè deferretur, etiamſi pactio nulla interueniſſet. Nec aliter accidere poteſt, quoties inter duos fit pactum de ſuccedendo tertio, vt potiùs dici debeat pactum de diuidendo quàm de ſuccedendo ſi fiat in caſum quo pluribus deferetur hereditas, aut pactum de remunerando ſi ille exprimatur caſus, quoad vnum duntaxat ex pluribus eiuſdem gradus agnatis aut cognatis hereditas peruentura ſit. Atque hæc quidem ita, vt diximus, ſe habent iure ciuili, nec Iuſtiniani conſtitutio pertinet ad pacta de non ſuccedendo. 16 Sed tamen iure Pontificio † totum hoc ius ciuile conturbatum, ne dicam abrogatum eſt, quoties in pactione de non ſuccedendo iuſiurandum interuenit *ca. quamuis pactum. de pact. in 6.* nec quicquam hodie frequentius eſt huiuſmodi pactionibus, præſertim ad excludendas à paterna ſucceſſione adcóque à legitima filias quæ nubentes dotem à patre acceperunt. Quamquam 17 interpretibus † noſtris placet, non aliud dicendum eſſe, tametſi filia nulla accepta dote renuntiauerit, dummodò adhibito iureiurando, ſcilicet propter autoritatem & religionem iuſiurandi, licèt ea res ſoleat præbere materiam reſtitutionis in integrum ex cauſſa immodicæ læſionis, priùs tamen impetrata abſolutione. Illud tamen obſeruandum eſt ita demum prodeſſe poſſe 18 iuſiurandum † ad validandam pactionem inter alios factam de non ſuccedendo tertio ſi tertius ille conſentiat: alioqui non haberet locum ratio illa qua Pontificius legiſlator mouetur quòd iuramentum hoc non redundet in alterius detrimentum. Redundaret enim in detrimentum tertij qui pactionem ignoraret periculoſi euentus plenam.

ERROR V.

De filia quæ paterna ſucceſſioni generaliter non etiam legitimæ ſpecialiter renuntiauit.

SVMMARIA.

1 *Filia quæ paterna ſucceſſioni cum iureiurando renuntiauit, ſiue dotem, ſiue nihil à patre acceperit, poteſt nihilominus mortuo patre ad petendam legitimam admitti, ſalua dotis imputatione, ſi interpretibus & pragmaticis fides.*
2 *Relata ſententiæ ratio.*
3 *Filia etiam dotata & à ſucceſſione propter maſculos excluſa, non tamen excluditur à legitimæ petitione, niſi ſtatutum ſpecialem legitimæ mentionem fecerit: vt placet pragmaticis.*
4 *Quibus fulcimentis proximè propoſitum enuntiatum adſtruant pragmatici.*
5 *Non aliter legitimæ renuntiatum intelligi volunt pragmatici, quàm ſi eius ſpecialis mentio facta ſit.*
6 *Sententia pragmaticorum filiam excluſam à ſucceſſione per generalem renuntiationem non videri excluſam à legitima refutatio.*
7 *Sicut renuntiatio generalis impedit acquiſitionem hereditatis, ita & petitionem legitimæ.*
8 *Explicatio l. ſi quando, §. & generaliter. C. de inoff. teſt.*
9 *Si quid filio relictum ſit minus legitima cum hac adiectione*, pro omni iure legitimæ, & ita vt nihil præterea petere vnquam poſſit, *adiectio pro non ſcripta habetur.*
10 *Quando & cur renuntiatio ſucceſſionis ſufficiat ad inducendum renuntiationem legitimæ.*
11 *Caſus quibus filio eripitur ſucceſſio, & legitima tamen ſalua relinquitur.*
12 *Caſus quo filiæ, non etiam filio ſalua eſt legitima, reliqua vero ſucceſſio fiſco addicitur.*
13 *Quarta quæ debetur filio adoptiuo in bonis adrogatoris vt differat à legitima quæ debetur liberis naturalibus.*
14 *Saliceti lapſus.*

COnſentiens † interpretum & pragmaticorum omnium vox eſt, filiam quæ paternæ ſucceſſioni renuntiauit, adhibito, vt fieri ſolet, iureiurando, ſiue dotem, ſiue nihil à patre in eam rem acceperit, non eo minùs tamen admitti poſſe mortuo quandocunque patre ad petendam legitimam aut legitimæ ſupplementum, ſalua doris imputatione, aut ſi quid aliud acceperit quod ſui natura debeat in legitimam imputari. Sic enim *Boër. queſt. 3. num. 10. & And. Tir. in l. ſi vnquam. in prin. num. 155. C. de reuoc. don.* Cuius ſententiæ † ratio illa adferri ſolet quòd alia ſint iura legitimæ, alia ſucceſſionis, quandoquidem legitima non ſolùm debetur iure naturæ, & veluti æris alieni loco, ſed etiam ita debetur, vt non ſucceſſionis quota ſit, ſed bonorum. Ex quo iidem inferunt † filiam etiam dotatam & à ſucceſſione excluſam propter maſculos, non tamen excludi à legitimæ petitione, niſi ſtatutum ſpecialem faciat legitimæ mentionem: vt refert *Antonius Theſſaur. deciſ. Pedemont. 159. num. 2.* Solet enim † eadem vis eſſe ſtatuti & renuntiationis iuratæ ad filiam excludendam, quia vix eſt vt ſtatuto fieri poſſit niſi quod per pactum fieri poſſet. Mouit autem noſtros in hanc ſententiam illa etiam Iuſtiniani conſtitutio quæ extat in *l. ſi quando 35. §. & generaliter. C. de inoff. teſtam.* vbi ſcriptum eſt, ſi quando pater filio minus legitima portione reliquerit, vel aliquid dederit, vel mortis cauſſa donatione, vel inter viuos ſub ea conditione vt hæc in quartam donationem computetur, & filius poſt obitum patris hoc quod relictum vel donatum eſt agnouerit, fortè & ſecuritatem heredibus fecerit, quod relictum vel datum eſt accepiſſe, non adiiciens nullam ſibi ſupereſſe de repletione quæſtionem, nullum ſibi filium facere præiudicium, ſed legitimam partem repleri, niſi hoc ſpecialiter ſiue in apocha ſiue in tranſactione ſcripſerit vel pactus fuerit, quòd contentus relicta vel data parte, nullam de eo quod deeſt habeat quæſtionem: quo ſolo caſu vult Iuſtinianus omni excluſa querela cogi filium vt paternum iudicium amplectatur. Ex eo namque noſtri inferunt, non aliter legitimæ † renuntiatum intelligi, quàm ſi ſpecialis mentio legitimæ facta ſit: ne tùm quidem cùm legitima iam deberi incipit, id eſt, defuncto iam patre. Quanto minùs enim æquum eſt ad legitimam produci generalem renuntiationem, quæ de ſucceſſione tantùm facta ſit eo tempore quo necdum legitima vlla debeatur, nec ciuili iure inſpecto renuntiari legitimæ vtiliter poſſit? Eſt enim illa certè multò odioſior, & conſequenter ſtrictiore digna interpretatione, quia nihil fit contra leges, cùm filius eo tempore legitimæ renuntiat quo iam legibus ſatisfactum eſt, id eſt, quo petendæ legitimæ ius habet, ſi modò petere velit. At contra leges eſt renuntiatio per quam fit ne ſucceſſio aut legitima portio ex legibus ſuo tempore deferenda vnquam deferatur, vt ſuperiore capite à nobis diſputatum eſt. Mihi verò ſententia † hæc probari numquam potuit. Poſtquam enim Pontificio iure inductum eſt, vt futuræ ſucceſſionis iurata renuntiatio valeat, eiúſque poteſtate filia quæ renuntiauit, ab omni ſucceſſionis, præterquàm teſtamentariæ ſpe & commodo excludatur. Planè non poſſum intelligere qua ratione fieri poſſit vt ad legitimæ petitionem admittatur, quæ ab ipſa inteſtati ſucceſſione penitus excluſa eſt. Repugnat enim mera iuris ratio, quæ

legitimam

legitimam definit portionem hereditatis, aut partis hereditariæ ab intestato contingentis. Neque sanè defendi iure potest, Legitimam vllam deberi ei cui succedendi ius ab intestato nullum supersit *l. posthumus 1. in princip. & §. 1. D. de inoff. testam.* Nec est quod obiicias ex iis quæ suprà diximus, renuntiationem illam futuræ successionis habere tacitam conditionem, si successio quandoque deferatur, nec minùs cùm iurata renuntiatio est quàm si iurata non sit, quia non potest iuramentum facere id possibile quod sui natura est impossibile, cuiusmodi illud est, vt propter renuntiationem excludatur quis ab acquisitione hereditatis antequam sit delata hereditas. Ex quo inferre fortasse velis, sicuti ex ea renuntiatione non impeditur delatio successionis, ita neque impediri posse petitionem legitimæ quæ ex totius successionis comparatione certa constitui potest. Nam respondeo rectam duntaxat fore consecutionem, si ex eo quod renuntiatio quantumlibet iurata non impedit dilationem successionis, colligas, neque legitimæ
7 dilationem impediri. Sed quemadmodum † renuntiatio impedit acquisitionem successionis, quia quo instanti defertur hereditas, eo ipso succedit potestas renuntiationis, quæ vires suas exerit, vt acquirendi facultatem auferat renuntianti arg. *l. si Stichum 8. §. si quis ita. & l. quoties 14 D. de nouat. l. sub conditione 16. D. de solut.* Ita dico prorsus consequens esse, vt eodem instanti quo deferretur alioqui legitima, excludatur filia à legitimæ petitione: quia prius est vt quis capax sit habendæ ab intestato successionis, quàm vt capax sit legitimæ consequendæ, aut certè in eodem temporis momento vtrumque accidere necesse est. Quod enim si testamentum nullum factum sit? Nemo vtique dixerit querelam inofficiosi testamenti competere posse. Contra quem igitur petitio legitimæ instituenda erit per filiam quæ renuntiauit? An contra intestati successorem? At nec hoc quidem vnquam auditum est, non solùm quia non aliis petendæ legitimæ ius datur, quàm qui ab intestato legitimi forent ipsi successores, sed etiam quia intestati successio semel per legem delata nunquam recurrit, sed tota legis potestas quæ in deferenda hereditate versatur, vnica delatione consumitur. Recurrere autem necesse esset, si is qui legitimam præstare nollet, mallet totam intestati successionem derelinquere. Iam enim alio loco monuimus non esse audiendum eum qui legitimam petit, si totam hereditatem habere possit, eámque repudiet vt legitimam solam consequatur. Neque pro interpretum &
8 pragmaticorum errore tuendo facit constitutio † Iustiniani à nobis relata in *d. §. & generaliter.* Tractat enim eo loco Iustinianus casum illum quo legitima filio debeatur, adeóque in quo posset filius queri de inofficioso patris testamento, eóque per querelam rupto, ipse ab intestato succedere nisi alia præcedente Iustiniani constitutione quæ extat in *l. omnimodo 30. C. eod.* tantum esset ne filius cui aliquid vel minimum pro legitima relictũ est, possit conqueri de inofficioso, sed ad supplementum agere cogatur. At nos tractamus de filia quæ per renuntiationem iuratam & iure pontificio adprobatam exclusa sit non modò à testamentaria patris hereditate, alio siue suo siue extraneo herede instituto, sed etiam, quod magis est, ab Intestati patris successione. Iustinianus cum casum tractat quo nulla prorsus renuntiatio facta sit, neque legitimæ neque successionis. Nos illum quo renuntiatum sit successioni, & quidem eo tempore quo neque dum legitima vlla debetur, & cœperit fieri non posse vt vlla vnquam debeatur. Parere legitimam quæ semel cœpit esse debita, id est ex quo paterfamilias vita functus est, nihil habere commune cum iure successionis vniuersalis, quia non est quota iuris, sed bonorum, id est rerum singularium, quæ deducto ære alieno in hereditate reperiuntur. Sed hoc contendo, si priusquàm de legitima quæri possit, id est viuo adhuc testatore excludatur à spe hereditariæ successionis filius aut filia, cui alioqui in legitimam suo tempore debitam iri certum esset, nihil esse quod de legitimaria portione tractari amplius possit. Illud etiam facilè admitto quod nostri ad Iustinianeam legem notant: Si quid filio † aut filiæ relictum sit minus legitima etiam 9
cum hac adiectione *pro omni iure legitimæ, & ita vt nihil præterea vnquàm petere possit:* idem tamen iuris esse debere quod Iustinianus in *d. §. & generaliter*, constituit, vt quamuis filius aut filia legatum agnouerit, adeóque apocham de eo conscripserit, nihilo magis à legitimæ petitione excludatur: quoniam, vt interpretes quoque obseruarunt, adiectio illa pro nulla & non scripta habenda est, vtpote quæ non nisi in fraudem legitimæ facta sit, & contra Iustiniani constitutionem in *l. quoniam in prioribus 32. C. eodem.* Sed nego posse ex eo inferri quod pragmatici volunt, renuntiationem † successionis non sufficere ad inducendam 10
legitimæ renuntiationem, si renuntiatio facta sit, priusquàm legitima deberi coperit, non quòd legitima in successione quasi pars in toto contineatur (quò pertinent omnes in contrarium pragmaticorum omnium ratiocinationes) sed in necessariam consequentiam, quia vt sæpius dictum est, fieri non potest vt ei qui à spe legitimæ successionis omnino exclusus est, legitima vlla portio debeatur. Nec simile est quod aliquando euenire cernimus, vt filio eripiatur † successio, 11
& legitima tamen salua relinquatur, vt in specie *Authent. si qua mulier. C. de sacrosancta Ecclesia.* id est cùm quis monasterium ingressus prior decessit quàm bona sua inter liberos diuiserit, quo casu vult Iustinianus legitimam solam filios percipere, reliquam substantiam ad monasterium peruenire: aut cùm filius monitus non impleuit voluntatem patris intra annum, *Authent. hoc amplius C. de fideic.* His enim casibus non datur legitima ei qui sit incapax habendæ successionis, sed è contrario relinquitur tanquam debita aut potius iam acquisita ei qui potuit totam habere successionem, si pater bona inter liberos diuidere vel ipse patris voluntati obsequi voluisset. Et vt dicam distinctiùs, quia constitutionum casus diuersi sunt, diuersamque habentes rationem, Patre monasterium ingresso, non tam incapax successionis dicendus est filius, quàm nulla esse successio quæ filio deferri possit, quoniam quisquis monasterium ingreditur ipso ingressu se suáque Deo dicare intelligitur. *Auth. ingressi. Cod. de sacros. Eccles.* quamuis Iustinianus fauore liberorum permittat vt etiam post ingressum supersit facultas diuidendi inter liberos & monasterium ex æquis portionibus patrimonij. Legitima tamen liberis omnimodo debetur, quia in fraudem liberorum alioqui religionem ingressus pater videretur, acsi bona sua omnia viuus alicui donasset, nisi quod illo casu querela inofficiosæ donationis competeret quæ non tantùm pro portione legitimæ, sed in totum rescinderet donationem. Hoc verò casu sola liberis legitima debetur fauore monasterij & religionis. Cùm autem filius contumax fuit in voluntate patris implenda, aufertur ei successio tanquam indigno, legitima tamen non aufertur, quæ semel competit, sed penes eum relinquitur tanquam ipsi debita saltem naturæ, si non successionis iure. Difficilius enim est vt filio legitima portio, quàm vt successio eripiatur, sed non vt eius acquisitio impediatur vbi spes succedendi abscissa est per iuratam renuntiationem priusquàm successio deferatur. Quod verò ab Imperatoribus Arcadio & Honorio constitutum est in *l. quisquis 5. C. ad leg. Iul. maiest.* vt eorum † qui læsæ maiestatis rei & con- 12
uicti fuerint, filiabus non etiam filiis salua sit legitima, reliqua verò successio tota fisco addicatur, propriam & peculiarem habet rationem ponendam cùm in ea ipsa lege, tum etiam in *l. vlt. D. de bon. damnat.* Sanè alia ratio esse videtur † quarræ, quam ex Diui Pij constitutione 13

habere debet filius adoptiuus in bonis patris adrogatoris. Illa enim debetur ex principali prouidentia,& tanquam æs alienum, non autem ex comparatione successionis ab intestato sperandæ. Ideóque nec per querelam inofficiosi testamenti petitur quomodo ea de qua agimus, quæ liberis naturalibus in bonis parentum debetur *l. si adrogator* 22. *De adopt. l.* 11. *§. si impubere. D. de collat. bono.* Nam quod Salicetus † scripsit in *Auth. nouissima. C. de inoff. testam.* legitimam dici portionem successionis ab intestato contingentis, respectu quotæ demonstrandæ potiùs quàm respectu successionis ab intestato necessariò requirendæ, falsissimum sanè est, nec vllo iuris loco comprotum. 14

ERROR VI.

De casibus in quibus legitima ei deberi creditur, qui ab intestati successione per legem aut consuetudinem exclusus est.

SVMMARIA.

1 *Si talliabilis sine liberis decedat superstite matre, huic debetur legitima ex sententia interpretum erronea.*
2 *Ratio d. sententiæ.*
3 *Matri in bonis defuncti talliabilis nullam deberi legitimam, contra pragmaticos.*
4 *Mater quæ propter non petitum filio impuberi tutorem successione intestati priuanda est, non videtur pragmaticis legitimâ priuanda.*
5 *Erroneum esse relatum pragmaticorum placitum.*

IIs quæ proximè diximus, consequens est vt insignes alios duos pragmaticorum magis quàm interpretum errores refellamus. Nam si quis dedititiæ † conditionis, &, vt loquuntur, talliabilis homo, & manusmortuæ decesserit sine liberis relicta matre superstite, ita vt in vtilitatem dominij feudalis commissa sit lucrandæ successionis stipulatio, putant deberi legitimam matri perinde acsi filius extraneo herede instituto decessisset; ratione illa,† quòd licèt ex iure consuetudinario apud nos receptissimo, qui huius conditionis sunt homines, alium quàm dominum successorem habere non possint, separata tamen sunt, inquiunt pragmatici, iura legitimæ & successionis: efsétque durissimum aufferri matri non modò luctuosam filij hereditatem, sed ipsam quoque legitimam portionem, quæ sanè non minùs debetur ascendentibus in bonis descendentium intuitu pietatis & miserationis, quàm descendentibus in bonis ascendentium ex voto parentum & naturali ratione, *l. nam etsi* 17. *D. de inoff. testam. l. scripto* 7 *§.* 1. *D. vnd. liber. l. vlt. D. de bon. damnat.* Sed respondeo, imò verò fieri non posse vt † matri debeatur legitima in bonis filij dedititij; non illa solùm ratione quam nos in superioribus probauimus, quòd legitimæ habendæ capax non sit persona quæ totius successionis consequendæ incapax est, maximè si neque testamento heres instituí potuerit (in quo deteriοris conditionis est mater hæc, de qua nunc agimus, quàm filia quæ paternæ successioni renuntiauit, quæ institui nihilominus à patre potest) sed etiam quia singulare ius est feudorum & bonorum feudalium vt à descendentibus numquam recurrant ad ascendentes *cap.* 1 *de natur. success. feud.* Qua de causa nec pragmatici ipsi negant si bona tantùm talliabilia proponãtur, non etiam caput defuncti, & aliqua in hereditate bona sint libera, & vt vocant, allodialia legitimam quam matri deberi volunt ex bonis allodialibus, non ex talliabilibus confici debere, ne alioqui feudali domino fiat iniuria, & bonorum conditio violetur. Etsi verò cùm bona nulla filius reliquit nisi talliabilia, durum videtur nullam omnino partem bonorum matri deferri, illa tamen ratio adhuc specialior matri obstat ne legitimam vllam petere possit, quòd eo ipso instanti quo talliabilis moritur, ac proinde illo adhuc viuo (instans enim mortis computatur vitæ, non morti, *l. qui duos* 18. *§.* 1 *de manum. testam. l. vlt. D. de condic. inst.*) bona omnia quæ tum habet deuoluuntur ad dominum, commissa scilicet eo instanti stipulatione siue expressa, siue per consuetudinem subintellecta De bonis domino acquirendis si talliabilem sine liberis mori contingeret. Certum enim esse incipit, moti sine liberis eum qui quo tempore moritur nullosdum liberos habet, etiamsi vxorem habeat de qua dubitetur an prægnans sit nécne, si modò re vera vacuo ventre mulier fuit, *l. ventre* 84. *D. de acquir. hered.* Potrò nemo dixerit legitimam deberi matri in bonis quæ domini sint, non filij, licèt ea filius laboribus suis quæsierit, licèt namque legitima sit quota bonorum, non hereditatis, vt sæpiùs diximus, conficienda tamen est ex iis bonis quæ in hereditate defuncti reperiuntur deducto ære alieno, prosúsque inauditum est vt cuius hereditas nulla est, is legitimam vllam aut matri aut alij personæ debere possit. Itaque dominum feudalem anomalum successorem vocamus, quia cùm nulla talliabilis defuncti hereditas sit, non potest is videri heres esse, aut heredis loco: nec quod tenetur ad æs alienum, ad rem facit. Id enim ob eam causam fit, quia cùm bona occupet iure quasi peculij, non aliud in bonis esse intelligitur, quàm quod supereat deducto ære alieno nec æquum est decipi creditores, qui hominis pro libero se gerentis conditionem ignorantes, fidem eius bona fide secuti, totumque ipsius peculium veluti proprium eius patrimonium intuiti sunt. Et hanc quam defendimus sententiam, vt matri nulla in bonis defuncti talliabilis legitima debeatur, defendit Guillielmus Benedicti, licèt non hac qua potissimum mouemur ratione adductus, *in repet. cap. Raynutius. in verb. & vxorem. num.* 50. *Extr. de testam. post Angel. cons.* 105. Alius pragmaticorum nostrorum error est, quòd † si maior annis vigintiquinque mater intra annum non petierit tutorem filio impuberi, aut suscepta filij tutela ad secundas transierit nuptias non petito tutore, nec redditis rationibus, solutisque reliquis (tria enim hæc eo casu coniunctim requiruntur) putant saluam ei manere legitimæ portionis persecutionem, quia inquiunt, lex non adimit ei nominatim legitimam, licèt adimat omnem defuncti impuberis successionem, nec ab intestato duntaxat, sed etiam ex testamento si fortè pater impuberi filio testamentum fecerit per substitutionem pupillarem *l. mater* 3. *l. omnem* 6. *D. ad S.C. Tertyll. l.* 2. *§. si mater non petierit. D. eo. l. sciant.* 10. *Cod. de legat. here.* Ego † contrà non solùm moueor generalibus verbis legis quæ omnem successionem in proposita specie matri adimit, itémque ratione illa etiam generali quòd qui incapax est succedendi ab intestato, sit & incapax legitimæ consequendæ, sed illa etiam quòd mulieris tanto odio dignæ fauor nullus sit propter quem huiusmodi interpretatione debeat adiuuari. Ratio enim legis illa est, ob quam priuat matrem filij impuberis successione, quòd vitam filij quam præcipuæ curæ habere debuit, neglexisse videatur, quæ aut tutorem ipsi intra annum non petiit, aut suscepta tutela nec alio priùs petito tutore, nec redditis rationibus solutisque reliquis ad secunda vota conuolauit. Quis namque fetat lucrum eam sentire ex morte filij cuius vitam neglexerit? At legitima non nisi post mortem & propter mortem debetur. Perinde igitur tam æquitatis quàm iuris ratione fatendum est legitima æquè ac intestati successione ex his caussis priuandam matrem esse.

Quod

Quod & ante nos ſenſit *Baldus conſ. 140. incipit. Viſo teſtamento Henrici. vol. 1. Barbat. conſ. 67. vol. 3. Anton. Gabriel. in commun. opin. lib. 6. tit. De tutel. n. 15.*

ERROR VII.

De filia quæ dotem aut quid aliud accipit pro omni iure legitimæ.

SVMMARIA:

1 *Cùm renuntiatio nulla interuenit, ſed tantùm confeſſio ſoluta aut conſtituta dotis pro omni legitimæ iure, an aliqua legitima petitio ſuperſit mortuo ſaltem patre.*

2 *Pragmaticorum quorundam ſententia negans.*

3 *Sententia pragmaticorum refutatio, in qua oſtenditur iure Pontificio requiri expreſſam renuntiationem, vt legitimæ pati nequeat.*

4 *An filia quæ accepta dote promiſit ſe patris ſucceſſioni, & legitimæ renuntiaturam, interpoſito iureiurando, nec tamen renuntiauit, hoc ipſo cenſenda ſit excluſa à legitimæ petitione.*

RAro accidit vt nubenti filiæ dos detur, quin ea dotis dandæ cauſſa adſcribatur, vt ſit dos pro legitima, aut, vt notarij exprimere ſolent, pro omni iure legitimæ, & ſupplementi legitimæ: Addunt etiam aliquando & imperitiſſimè pro Trebellianica, licèt ea ſpecies proponatur in qua nec de fideicommiſſo, nec conſequenter de Trebellianica tractari vllo modo poſſit. Sed non ſemper euenit, vt ea renuntiatio adhibeatur, cuius poteſtate fieri iam diximus, cum iuſiurandum acceſſit, vt à petendæ legitimæ iure filia repellatur. Quo tamen caſu, id eſt, cùm renuntiatio † nulla 1
interuenit, ſed tantùm confeſſio ſolutæ aut conſtitutæ dotis pro omni legitimæ iure, dubitari interdum ſolet, an aliqua legitimæ petitio ſuperſit mortuo ſaltem patre. Et pragmaticorum † ſententia eſt, licèt nec omnium, nec peritorum, poſſe verba illa, quæ retulimus ſufficere vt legitimæ renuntiatum videatur, cùm expreſſa legitimæ mentio facta ſit, nec ferè apertiùs; potuerit filia paciſci de legitima numquam petenda, quàm accipiendo dotem, aut quid aliud pro omni legitimæ iure. Vulgatum enim eſt, parum referre quid ex æquipollentibus fiat, & in ſtipulationibus omnibus non tam quid dictum, quàm quid actum ſit inſpici oportere. Sed quàm falſa ſit hæc ſententia † iam plus quàm ſatis ex ſuperioribus conſtare arbitror. Non enim renuntiatio hæc ex earum rerum genere eſt quæ ex tacito pacto, aut per coniecturas voluntaris induci poſſunt, ſed expreſſam conuentionem deſiderat, expreſſamque renuntiationem, adeóque iuratam vt valere poſſit, cùm iis quoque omnibus interuenientibus non tamen valeat iure ciuili, ſed tantùm pontificio propter vinculum, & autoritatem iuriſiurandi. Nec quæ in contractuum omnium inſtrumentis clauſula vulgatis adiici ſolet, renuntiationum generalibus verbis conceptarum, facere poteſt vt expreſſa renuntiatio dici debeat interueniſſe. Pertinet enim clauſula illa ad hoc vt iuribus, & exceptionibus omnibus quæ contractui obſtare poſſent renuntiatum intelligatur: in propoſito autem ea renuntiatio neceſſaria eſt, per quam fiat pactum de non petenda legitima portione. Prius namque eſt vt ea renuntiatio fiat, quàm vt iuri ciuili, quod eiuſmodi renuntiationes improbat, renuntietur. Nec ſimiliter, quod in contractibus omnibus iuſiurandum hodie interponi ſolet, facere debet, vt vel renuntiatio vel iuſiurandum in renuntiando adhibitum eſſe exiſtimetur. Nam quod vulgò iactatur, iuſiurandum habere vim expreſſi, non poteſt ad hunc caſum adaptari in quo nec expreſſus conſenſus ſufficit ad filiam excludendam, ſed expreſſa renuntiatione expreſsiſque verbis opus eſt, itémque iureiurando ad validandam renuntiationem quæ alioqui non valeret. Non enim lege pontificia cautum eſt, vt iuſiurandum validet contractum, quo filia cauerit ſe dotem aut quid aliud accepiſſe pro legitima, aut vt ex huiuſmodi contractu quantumlibet iurato filia excludatur à legitimæ petitione, ſed ita demum ſi conuenerit expreſſim filia ne poſt patris mortem quicquam pro legitima petere poſſit: déque ea re iuſiurandum interpoſuerit. Eam igitur formam quæ lege præſcripta eſt diſtrictè ſeruari oportet, præſertim cùm ius hoc pontificium diſcrepans ſit, &, vt loquuntur, exorbitans à iure ciuili: quod etſi magnam ſacramento autoritatem tribuit, non tamen tantam vt confirmare poſſit pactiones legibus improbatas *l. non dubium 15. C. de legib.* Ius autem pontificium nihil aliud intuetur quàm vtrum ſeruari poſſit iuſiurandum ſine diſpendio ſalutis æternæ: quod cùm euenit, maiorem vim eſſe vult iuriſiurandi ad pactionem validandam, quam legum per quas alioqui pactio infirmatur. Sed vt legi pontificiæ minùs fauorabili locus eſſe poſſit, ea omnia interuenire neceſſe eſt quæ lex requirit, id eſt renuntiationem, eámque iuratam. Abſurdúmque fuerit hoc caſu iuſiurandum quod ſuas vires & conditiones habeat id eſt, quod ita demùm lex pontificia ſufficere voluerit ad filiam excludendam ſi renuntiatio præceſſerit, dicamus habere etiam vim inducendæ renuntiationis quæ re vera nulla præceſſerit. Denique iuſiurandum ſupplere poteſt defectum iuris, vt interpr. loquuntur, ſed quod in facto deeſt, ſupplere numquam poteſt. Quinimo ciuili interpretatione intendum eſt quantum licet vt iuſiurandum in contractu adhibitum eaſdem conditiones recipiat, quas contractus ipſe cui adiicitur, vt noſtri notant ex *l. vlt. C. de non num. pec.* Adeò autem verum eſt requiri expreſſam renuntiationem, vt dubitatum ſit, an filia quæ † accepta dote promiſit ſe paternæ 4
ſucceſſioni adeóque legitimæ renunciaturam, interpoſito etiam iureiurando, nec tamen renuntiauit, hoc ipſo cenſenda ſit excluſa ne legitimam petere poſſit, perinde ac ſi renuntiaſſet. Occurrit enim, quod longè aliud eſt, ſi quis renuntiet; aliud, ſi promittat ſe renuntiaturum: ſicut aliud eſt donatio aut venditio, aliud promiſſio de donando vel vendendo, vt Bart. tractat ad *l. vlt. D. de condict. cauſ. dat.* Neque videtur ex ea promiſſione alia naſci actio quàm perſonalis ex qua cogi poſſit is qui promiſit vt renuntiet. Ac ſanè ita eſt ſi ſimplex, non ſi iurata ſit promiſſio. At cùm acceſſit iuſiurandum, quod omnimo ſeruandum eſt, dicimus haberi renuntiationem pro facta, vt circuitus vitetur, quemadmodum tractat *Boer. Deciſ. 5.* & vtar verbis Iureconſulti in *l. 3. §. penul. de donat. int. vir. & vxor.* celeritate coniungendarum actionum vna occultatur, quoniam nihil intereſt eius qui iurauit an excludatur per renũtiationẽ, an citra renuntiationem, cum ad effugiendum periurium excluſionem re vera & cum effectu ſubſequi ſit neceſſe, idque nimirum eſt quod noſtri dicunt, huiuſmodi promiſſionem habere effectum renuntiatiuum acſi realiter & actualiter de præſenti facta eſſet renuntiatio. Cæterùm ex eo apparet ſolam dotis promiſſionem, adeóque perceptionem pro iuribus omnibus quãtumuis iurata ſit, non poſſe vim habere renuntiationis. Alioqui non video quis locus quæſtioni relinqueretur eo caſu quo promiſſio interueniſſet de renuntiando, ſiquidem euidentiſſimum eſt filiam quæ accepta dote promiſit ſe legitimę renuntiaturam, hoc ipſo pluſquàm apertè & enixè profiteri, dotem ſibi pro omnibus legitimæ iuribus datam eſſe. Proinde ſi ea profeſſio iurata ſufficeret ad filiam quaſi ex renuntiatione excludendam, ſuperuacua eſſet, & otioſa quæſtio, an accedentem promiſſionem

promissionem de renuntiando pro vera & efficaci renuntiatione haberi oportet.

ERROR VIII.

De filia quæ paternæ successioni & petitioni legitimæ renuntiauit, an partem faciat in legitimæ computatione.

SVMMARIA.

1 *Filia quæ legitimæ portioni renuntiauit, interposito iureiurando, non admittitur ad partem legitimæ petendam, mortuo quandocunque patre.*
2 *Nec ea etiam quæ paternæ successioni renuntiauit, licèt specialem legitimæ mentionem nullam fecerit.*
3 *An filia quæ non admittitur ad legitimam, faciat partem in legitimæ computatione.*
4 *Sententia interpp. & pragmaticorum negans, eiúsque fulcimentum.*
5 *Sententiæ superioris & rationis quæ nititur confutatio.*
6 *Filia quæ renuntiauit non rectè comparatur exheredatæ; nec exheredata pro mortua haberi debet, & num.* 8.
7 *Differentia inter exheredationem, & renuntiationem.*
9 *Filia quæ accepta dote, renuntiauit legitimæ, partem facit in computatione legitimæ ex veriori aliorum pragmaticorum sententia autori probata.*
10 *Casus quo supra relata sententia falsa est.*
11 *An filia statuto exclusa à legitimæ fauore masculorum faciat nihilominus partem in computatione legitimæ.*
12 *Non tam heredi, quàm hereditati adcrescit portio filiæ renuntiantis.*
13 *Differentia inter exclusionem ex renuntiatione, & exclusionem statutariam.*
14 *An faciat partem filia quæ paternæ successioni adeóque legitimæ renuntiauit, nec tamen dotem, aut aliud quicquam à patre accepit.*

1 IAm diximus, filiam † quæ legitimæ portioni renuntiauit, interposito, vt fit, iureiurando, non admitti ad partem legitimæ
2 petendam, mortuo quandocunque patre. Imò nec eam † quæ paternæ successioni renuntiauit, licèt specialem legitimę mentionem nullam fecerit propter vim renuntiationis iuratæ, idque ex autoritate Pontificiæ constitutionis in *c. Extr. de pact. in 6.* Supereſt vt de illo videamus, an filia †
3 hęc quæ non admittitur ad partem, nihilominus faciat partem in legitimæ computatione, id est, an eius persona numeretur in partibus faciendis quomodo Vlpianus loquitur *in §. vltim. leg. 1. D. de collat. bonor.* Vt scilicet tanto minor sit portio quæ legitimæ iure cæteris fratribus debetur, qui non renuntiarunt. Et
4 non desunt ex interpretibus † & pragmaticis qui putent non posse partem facere, quia cum per renuntiationem sit exclusa penitus, nec tantùm à commodo, sed etiam à spe legitimæ vnquam consequendæ, nullum instans est in quo verè dici possit legitimam huic filiæ debitam esse: propter quam causſam receptum est vt pro mortua & extranea habeatur, ideóque & impunè præteriri possit, quomodo tractat *Bart. in l. pater filium. D. de inoff. testam. & in leg. 1. §. qui habebat. D. de bonor. possess. cont. tab. Bald. in l. vnic. Cod. quando non petent. part. Castrens. in l. planè 34. §. si duob. de leg. 1.*

Sed nos rationem hanc, † & consequenter sententiam 5
quæ hac ratione nititur, iam refutauimus supra *cap. 3.* cum probauimus huiusmodi renuntiationes siue futuræ successionis, siue portionis legitimæ tacitam habere conditionem, si quandoque successio aut legitima deferetur, quia non potest fieri vt vtilis sit renuntiatio quantumuis iurata nisi in eum casum, quo si renuntiatio nulla esset, deberi successio aut legitima portio posset. Quid enim prosit factam ab ea renuntiationem, cui etiamsi non renuntiasset, nihil vnquam iuris delatum fuisset? Quod si renuntiatio delationem non impedit, illud omnino consequens est, vt neque possit facere quominùs filia computetur in numero liberorum, aut pro mortuo vel penitus extranea habeatur, quandoquidem certum est, neque mortuæ filiæ, neque extraneæ personæ deferri posse intestati patris hereditatem aut legitimam portionem: nec dissimilis aliorum error est, qui vt filiam hanc † quæ renuntiauit, 6
habeant pro mortua, comparant eam exheredatæ, non dubitantes quin persona exheredata pro mortua habèri debeat ex *leg. 1. §. si pater emancipatus. De coniung. cum emancip. liber. eius.* Vtrumque enim falsum est, & filiam quæ renuntiauit comparandam esse exheredatæ, & exheredatam pro mortua haberi debere. Non rectè comparatur exheredatæ propter multas differentias quæ inter renuntiationem & exheredationem notari possunt, quarum illa maximè ad rem nostram pertinet, quòd exheredatio † vbi semel effectum sortita est, ex- 7
cludit filiam in perpetuum. Neque enim in diem aut sub conditione, aut in certum casum fieri potest. Renuntiationes verò quæ fiunt per filias etiam dotatas, habent vt plurimum, quomodo vostri loquuntur, effectum suspensiuum potiùs quàm præcisum, siue, factæ sint fauore masculorum duntaxat: quo casu mortuis postea à masculis desinit vires habere renuntiatio, siue quod frequentius est, *salua legali esebenta*, vt barbarè notarij loquuntur, quibus verbis succedendi ius saluum est filiæ, quandocunque defunctis postea iis omnibus qui in eodem cum filia fuerunt gradu succedendi. Vt nimirum renuntiatio filiæ cæteris fratribus & sororibus prosit, non etiam agnatis qui in remotiore gradu sunt, nec eo minùs tamen filiæ præferrentur etiam ab intestato si non facta esset cum ea adiectione renuntiatio. Facilius ergo est vt in legitimæ computatione partem faciat filia quæ renuntiauit, quàm quæ est exheredata, quoniam in quæstione illa, an qui non admittitur ad partem, faciat nihilominùs partem, probata est nostris traditio Bartoli *ad l. planè 34. §. si comin. Elim. & ad huiusmodi 84. si Titio & Manio. l. si duobus 16. in prine. de leg. 1.* distinguentis an qui non admittitur ad partem admitti aliquando speretur nécne, vt si speretur, partem interea faciat, si non speretur, partem non faciat. Quamquam videtur mihi ea distinctio vt maximè vera esset, de quo alibi tractandum erit, ad propositam quæstionem non pertinere: Iis enim casibus quos retulimus, non speratur filia vllo casu admitti ad partem, sed ad totam successionem: proinde non est, quod interea illo prętextu partem facere possе videatur. At neque verum est exheredatum † pro mortuo haberi, 8
cùm neque ius ipsum sui heredis per exheredationem tollatur, quod per mortem veique tolleretur, vt pluribus ac eleganter disputauimus *lib. 9. Coniect. cap. vlt.* Verius igitur est quod nostris + quoque pragmaticis 9
magis placet, filiam quæ accepta dote, aut qua alia re, quæ soleat in legitima imputari, renuntiauit legitimæ, partem facere in legitimæ computatione, licèt renuntiauerit cum iureiurando: nec ferè vllam casus hic habet dubitationem, quando nec dici potest patrem non habuisse filiam quæ dotem pro legitima habuit. Videtur enim potiùs ex eo tempore quo dotem habuit legitimam portionem fuisse consecuta. Quod si ita est, non pertinet casus hic ad quęstionem illam, vtrum filia

quæ

Digitized by G

quæ ad partem non admittitur, faciat partem. Hæc enim admittitur vtique ad partem, quæ iam inde viuo patre partem consecuta fuisse intelligitur. Nam quid refert viuóne an mortuo patre admittatur? Potest tamen hæc sententia, meo iudicio, falsa esse vno † casu, si fortè proponas decessisse partem superstitibus quatuor liberis, & præterea filia ipsa quæ renuntiauit. Etenim cùm id quod dicimus, filiam quæ renuntiauit partem facere fratribus in legitimæ computatione, eò pertineat vt tantò minor exteris legitima debeatur, absurdum esset ex contrario fieri maiorem cæterorum portionem ob hoc ipsum quòd filia quæ renuntiasset partem fratribus facere diceretur. Ita namque fieret, vt in patris odium retorqueretur quod ipsius fauore constitutum esset, siquidem cùm dicimus filiam quæ renuntiauit facere partem, hoc intelligimus, legitimam quæ omnium liberorum vna tantum est, diuidi debere non solum inter alios fratres qui renuntiarunt, sed inter eos & heredem patris, cui ea pars acquisita est, quæ citra renuntiationem ad filiam pertineret. Non igitur debet melior esse conditio fratrum sorore partem ius faciente, quam si non faceret. Atqui si non faceret partem, legitima quatuor liberorum ex Iustiniani constitutione triens esset, non semis. Quis ergo fratribus semissem det pro triente ob hoc solum quòd filia partem faciente, quinque liberi, non quatuor computentur? Illud sanè fatendum est, hoc casu quo non patimur augeri legitimam fratrum ex persona sororis quæ renuntiauit, neque permittendum esse vt in eo triente inter fratres diuidendo soror partem faciat fauore heredis, sed integrum trientem inter solos fratres diuidi debere: alioqui in eadem specie filia & facere partem & non facere videretur. Non sum nescius, quosdam ex interpretibus
11 in ea esse sententia, vt existiment † filiam quæ statuto exclusa est à legitima, siue dotem, aut quid aliud, siue nihil acceperit, si modò exclusa sit fauore masculorum, facere nihilominus partem in computatione legitimæ ad vtilitatem masculorum, vt si sint quatuor masculi & filia vna, masculorum legitima sit semis, non triens idémque si quatuor sint filiæ exclusæ, & vnus tantùm masculus. Quæ Pauli Castrensis sententia est *cons.* 52. *incip. super primo puncto*, *lib.* 1. Sed nemo non videt aliam esse rationem exclusionis quæ fit per statutum fauore masculorum, aliam eius quæ per renuntiationem, tum etiam cùm renuntiatio facta est in gratiam masculorum. Priore casu fauor masculorum, quibus prouidere statutum voluit, non patitur vt propter exclusionem filiæ minor fiat legitima masculorum, quàm esset, si filia ad partem admitteretur, ne alioqui inducta ad vnum effectum diuersum operarentur contrà, *l. legata inutiliter* 19. *de legat.* 1. Posteriore verò non tam de masculorum quàm de patris fauore agitur, qui filiam adegit ad renuntiandum: nec si fauore masculorum ita fecerit, aliud tamen iuris erit, quia tum etiam cùm pater id agit vt masculis suis prospiciat, non eo minùs sibi ipsi primo loco prospicere velle intelligitur: filiis verò suis in consequentiam duntaxat, & quasi suis futuris heredibus, & à se causam habituris: vt ex eo appareat quòd etiamsi expressim fauore masculorum pater stipulatus sit renuntiationem filiæ, non eo minùs tamen potest etiam inuitis masculis filiam capacem facere successionis legitimæ, ac si nunquam renuntiasset: quia quod masculi habent ex pacto & prouidentia patris, potest pater iis pro arbitrio auferre, quasi iis destinatum verius quàm acquisitum: Imò verò etiamsi pater filiam, quæ renuntiauit, nouo iudicio ad successionem non inuitauerit, non aliter tamen prodesse masculis ea renuntiatio potest, quàm si sint heredes patris:
12 quia, vt sequenti capite dicemus, non tam heredi † ipsi quàm hereditati & successioni vniuersali adcrescit portio filiæ renuntiantis, siue masculis prospicere pater voluerit, siue generaliter heredi. Portio enim quæ ad filiam erat peruentura, deficere videtur, ideóque in hereditate repetitur. In quo differt † exclusio quæ ex 13
renuntiatione inducitur, ab ea quæ fit potestate statuti: quoniam portio filiæ per statutum exclusæ, non tam pro deficiente habetur, quàm pro ablata, vt masculis applicetur quasi per tacitam ex statuto adiudicationem. Est igitur consequens vt filiæ renuntiatio fauore patris facta, sicut inducit fauore patris vt filia fratribus partem in legitimæ computatione facere existimetur, ita inducere debeat eodem fauore vt non faciat partem si id patri vtilius & fauorabilius videatur. Cur enim melior sit conditio fratrum ex persona sororis quæ per renuntiationem omnino exclusa est, quàm si ea vel mortua esset, vel extranea, vel exheredata? At quid si filia
† quæ paternæ successioni adeóque legitimæ renuntia- 14
uit, neque dotem, neque aliud quicquam à patre acceperit? Difficilius videtur vt partem faciat, quæ nec ad partem admittitur, nec quicquam in patris vicem consecuta est. Sed tamen cùm renuntiatio iurata perinde valeat propter vim & auctoritatem iurisiurandi, vix est vt quicquam hac parte inter hos casus intersit, quandoquidem vtrobique in specie id est, siue aliquid, siue nihil à patre acceperit filia vt renuntiaret, æque excluditur ipso iure à legitimæ petitione, & æquè renuntiatio tacitam habet conditionem si hereditas aut legitima portio quandoque deferetur. Itaque perinde æquum est, si iam hanc quæ renuntiauit in fauorem & commodum patris, facere partem, aut non facere, prout ipsi patri heredive eius commodiùs videatur. Illud sanè interest quòd filia, quæ nullo accepto renuntiauit faciliùs impetrare potest absolutionem à iureiurando, quasi, sine causa præstito, itémque restitutionem in integrum ad rescindendam renuntiationem ex causa enormissimæ læsionis, quæ iuncta cum paterna reuerentia, &, vt nostri loquuntur, cum metu reuerentiali inducit vim præsumptam & sufficientem ad contractus rescissionem ex edicti capite, *Ne eo quod metus causa*, vt nostri tractant ad *l.* 1. §. *quæ onerandæ. D. quar. rer. act. non det.* Sed alius ille tractatus in sequentem Decadem remittendus.

ERROR IX.

De portione filiæ quæ renuntiauit an adcrescat heredi, an hereditati.

SVMMARIA.

1 *An portio filiæ quæ renuntiauit adcrescat heredi, an hereditati.*
2 *Heredi adcrescere ex Guid. Pap. & aliorum sententia.*
3 *Verius hereditati, vt Senatus Sabaudiæ statuit.*
4 *Quantum distent superiores duæ opiniones.*
5 *Ratio sententiæ num.* 3 *allata.*

PArtem quam fratribus facit filia † quæ 1
renuntiauit, & quæ non admittitur ad partem, iam diximus non adcrescere fratribus, sed patris lucro cedere, siue dotem filiæ aliquam dederit, siue nullam. Ea nimirum res pragmaticis errandi causam præbuit, existimantibus † defuncto patre adcrescere illam heredi pa- 2
tris, vtpote qui in omnia patris iura succedat, eiúsque personam repræsentet. Quain sententia est *Guido Papius Decis.* Nos verò cum melioris notæ interpretibus dicimus † quod & Senatus noster sæpius pronuntiauit, 3
adcrescere eam hereditati, non heredi. Quantum † au- 4
tem inter hæc distet, ex eo cognosci potest, quòd si heres à patre institutus hereditatem post mortem suam restituere rogatus sit, venit in fideicommissum ea quoque

by Google

que portio quasi hereditaria,quæ tamen vtique non veniret si heredi,nõ hereditati adcreuisse diceretur. Certũ enim est, res heredis proprias etiam, quas ex iudicio & prouidentia testatoris habuerit, fideicommisso hereditatis non contineri, *l. coherede* 41.§. *cùm filia. de vulg. & pupill. substit. l. si Titius ex parte* 96. *de legat.* 3. Adcrescit † verò ea portio hereditati,quoniã, vt superiore capite diximus, habetur pro deficiente, ideóque in hereditate reperitur, mortuo quandocunque patre. Nam si diceres haberi pro acquisita patri ex quo tempore stipulatus est à filia renuntiante, consequens fieret, vt non solùm sibi, sed etiam suo heredi stipulatus videretur. Paciscentium namque & stipulantium omniũ voluntas illa esse intelligitur vt non minùs heredibus suis quàm sibi ipsis consulant, vulg. *l. si pactum* 9. 9. *D. de probat.* Et verò cùm renuntiationes istæ,quemadmodum sæpiùs inculcauimus, tacitam conditionem illam habeant, si hereditas, aut legitima portio deferetur, quia nec viuentis hereditas vlla est, nec in parentis viui bonis legitima aliqua liberis debetur,fieri nullomodo potest, vt ea portio quam alioqui filia citra renuntiationem habitura fuit,& quæ nulladum est, in rerum natura, patri quæsita videatur ex filiæ renuntiatione. Ergo nec ipsius heredi. Sed cùm renuntiatio vires habere incipiat eo ipso instanti quo hereditas esse incipit, id est statim atque pater defunctus est, non aliud potest dici quàm portionem siue hereditariam, siue legitimariam quæ eo quoque instanti deficere incipit,adcrescere hereditati, & consequenter in hereditatis restitutionem venire, licèt medio tempore acquiratur heredi, sicut & hereditas ipsa. Nam illa medij temporis acquisitio non impedit fideicommissum, imò confirmat cùm aditam & acquisitam esse hereditatem necesse sit vt ex fideicommisso restitui possit. Cæterùm in fideicommissaria hereditatis restitutione venit omne id quod aliquando fuit hereditatis, id est moriẽte demum testatore *l. in fideicommissaria* 18. *D. ad S. C. Trebell.* Nec aliud erit tametsi ponas renuntiationem à filia factam esse fauore masculorum, cosdemque masculos patri siue ex testamento siue ab intestato heredes extitisse. Sicut enim non est in potestate patris, facere vt renuntiatio vires vllas habeat antequam deferatur hereditas aut ius legitimæ portionis petendæ, nec rursũ vt ea delatio fiat se viuo,ita nec facere potest,quin ea portio quæ ad filiam erat peruentura adcrescat post mortem suam hereditati tanquàm deficiens. Præsertim cùm nec liberis suis etiam masculis stipulari possit,nisi tanquam heredibus, quia siue iis se viuo dari stipuletur habens eos in potestate, sibi ipsi stipulari intelligitur *l. dominus* 39. *& seq. l. eum qui* 56. §. *qui sibi & D. de verb. oblig.* siue in id tempus quo erit mortuus conferat stipulationem, extraneis stipulari videtur,cùm eo tempore non sit illos habiturus in potestate, non magis quàm si stipulationis tempore iam emancipati fuissent. Itaque stipulationem eo casu impediret iuris regula quæ prohibet ne alter alteri quem in potestate non habeat,stipulari possit.

ERROR X.

De Trebellianica deducenda ex portione legitima, quæ per filiæ renuntiationem adcreuit hereditati.

SVMMARIA.

1 *An ex portione legitima,quæ per filiæ renuntiationem adcreuit hereditati heres Trebellianicam deducere possit.*

2 *Pragmaticorum sententia negans; ac quibus rationibus ab iis stabiliatur.*

3 *Sententiæ relatæ refutatio. & seqq.nn.*

4 *Legitimæ iure in persona heredis censeri non potest portio illa,quam pro legitima habitura erat filia si non renuntiasset.& n.6.*

5 *Ineptum esset quod pragmatici aiunt in duplicis quartæ detractione primùm legitimam detrahendam esse,ne per Trebellianicam minuatur.*

QVod proximè diximus portionem legitimam filiæ quæ cum iureiurando renuntiauit adcrescere hereditati non heredi, ideóque venire in fideicommissariæ hereditatis restitutionem, nouam inducit quæstionem apud pragmaticos, an ex portione, † sicut ex reliqua hereditate 1
Trebellianicam deducere heres possit. Et subtiliores pragmatici putant † non posse, moti hac vna ratione 2
quòd legitima portio nullum onus admittat ex Iustiniani constitutione in *l. quoniam in prioribus* 32. *Cod. de inoff. test.* Obidque ab onere Trebellianicæ sicut & ab alio quolibet debeat esse immunis. Nam & ex hac causa, inquiunt, solitum est cùm de legitima & Trebellianica deducenda quæritur, à legitimæ deductione incipere, ne alioqui eueniat vt ea per Trebellianicam minuatur. Addunt pro confirmatione, legitimam quæ ex renuntiatione filiæ acquiritur patri,non alio iure penes patrem eiúsue heredem esse debere quàm quo esset penes filiam ipsam si renuntiatio nulla interueniisset cùm ea ipsa portio sit, maneátque penes heredem patris ex persona filiæ, quæ & legitimam videtur consecuta,præsertim si dotem pro legitima acceperit. Ego verò † 3
quænam istæ subtilitates sint,planè non intelligo. Primùm enim nego eam portionem † de qua tractamus 4
quam pro legitima habitura erat filia si non renuntiasset,legitimam dici debere,aut legitimæ iure censeri in persona heredis. Cùm ex contrario nihil nisi deficiens portio sit,Deficiens, inquam,propter filiæ exclusionem inductam per renuntiationem,ac proinde quæ cum hereditate confusa reperitur in hereditate tanquam hereditaria. Cui consequens est, vt sicuti hereditatem sequitur in eo quod cum tota hereditate venit in restitutionem fideicommissi, ita Trebellianicæ deductionem pati debeat quam & reliqua hereditas tota patitur. Alioqui si legitimæ magis quàm hereditatis iure censeretur, negandum esset venire in fideicommissum, quandoquidem certi iuris est non posse legitimam portionem grauari fideicommisso saltem post supradictam Iustiniani constitutionem in *d. l. quoniam*, sicut nec fideicommisso grauari ab adrogatore potest filius adoptiuus in ea portione quam ex Pij rescripto in bonis adrogatoris habere debet *l. si adrogator* 22. *D. de adopt.* Deinde quod addunt in duplicis † quartæ detractione eum ordinem 5
seruari vt legitima primùm detrahatur, ne minui eam contingat per Trebellianicam, non modò falsum, sed etiam ridiculum est. Eôdem namque res recidit, nec plus minusve penes filium grauatum remanet, siue hæc illa priore loco detrahatur. Finge hereditatem patris qui ducenta debebat, esse aureorum mille & ducentorum. Si legitimam primùm detrahas,cuius ratio ponenda est deducto priùs ære alieno, reliens non nisi ex mille aureis conficiendus erit,constabitque ex trecentis triginta tribus aureis,& tertia parte aurei. Ex reliqua hereditate, quæ computato etiam ære alieno erit aureorum octingentorum sexaginta sex cum besse aurei, detrahes Trebellianicam, id est quartam partem constandam ex ducentis sexdecim aureis cum dimidio & trigesima secunda particula aurei. Sic assequéris vt filius grauatus retineat ex illa duplicis quartæ detractione aureos quingentos & quinquaginta. Ex quibus cùm teneatur soluere quartam partem æris alieni, id est, quinquaginta pro rata quadrantis Trebellianici, supererunt quingenti duntaxat aurei quos sibi habere possit.

Nunc

Nunc contra finge Trebellianicam priùs detrahi. Erit illa trecentorum aureorum cum onere tamen ſoluendi pro quarta parte æris alieni, id eſt ad quinquaginta vſque aureos. Ex nongentis reliquis detrahe legitimam, priùs deducendum erit quod ſupereſt æris alieni, id eſt, centum & quinquaginta aurei. Ita fiet vt ſuperſint duntaxat ſeptingenti quinquaginta aurei ex quibus legitima detrahi poſſit. Tertia verò pars eius ſummæ conſtat ex ducentis quinquaginta. Habebit ergo filius pro duplici quarta quingentos & quinquaginta aureos. Atqui iam monuimus debere illum pro quarta parte hereditatis, quam Trebellianicæ iure detrahit, paternis quoque creditoribus reſpondere, id eſt, ex ducentis quæ diximus eſſe in ære alieno quinquaginta ſoluere. Non igitur niſi quingentos aureos retinebit: qui ſuperioris calculi exitus fuit. Eôdem itaque, vt dictum eſt, res recidit. Sicut & quod magis mirum eſt, ſi tota hereditas cum ære alieno, & ipſius quoque æris alieni onus inter filium grauatum & fideicommiſſarium ex æquis partibus deuidatur; vt in propoſita ſpecie, finge hereditatem quam poſuimus eſſe mille & ducentorum, diuidi æqualiter inter filium & fideicommiſſarium, habebit filius ſexcentos aureos, totidémque fideicommiſſarius. Soluto verò ex æquis quoque partibus ære alieno, quingentos aureos filius, totidem fideicommiſſarius
6 retinebit. Quod verò pragmatici addunt non alio † iure legitimam filiæ portionem penes heredem patris eſſe debere quàm quo futura eſſet penes filiam ſi non renuntiaſſet, iam ſatis à nobis refutatum eſt, cùm diximus non poſſe dici eam portionem legitimam cùm remanet penes heredem patris, quia nec legitima eſſe potuit quandiu pater vixit, nec legitimæ priuilegia nanciſci ex perſona filiæ, quæ ſcilicet eo ipſo inſtanti, quo legitima poſt mortem patris deferri cœpit, excluſa fuit ab eius petitione per renuntiationem vires ſuas eodem momento exerentem. Sed etſi aliquando ius habendæ legitimæ in perſona filiæ conſtitiſſet, confuſione tamen ſublatum extinctúmque videri deberet, ex quo ius filiæ in perſonam heredis confluxiſſet, quia cùm legitima non niſi ab herede deberi poſſit, fieri certè nequit vt eam ſibi idem ipſe debeat. Alioqui, vt dictum eſt, negandum eſſet venire eam portionem in fideicommiſſum non magis quàm ſi filia ipſa quæ nihil à patre niſi legitimam habuiſſet, de reſtituenda ea rogata fuiſſet. Et tamen venire eam in reſtitutionem fatentur etiam illi ipſi qui negant Trebellianicam ex ea deduci poſſe: neque verò de Trebellianica deducenda quærendum eſſet ſi in fideicommiſſum non veniret. Vt verò in fideicommiſſum veniat, illud facit quòd licèt heredi acquiratur ex perſona patris, in cuius fauorem facta fuit renuntiatio, habet tamen eam heres iure hereditario. Nam & ſi quid vni ex heredibus legatum ſit à teſtatore, dicimus eam partem quidem quam habet iure legati & à coherede non venire in reſtitutionem, ſed eam tamen venire quã habet à ſeipſo & iure hereditario *l. in fideicõmiſſaria* 18. §. *vlt. D. ad S.C. Trebel.* licèt in prælegato aliud ſit nullàque prælegati pars veniat in reſtitutionem, ex voluntate nimirum teſtatoris qui prælegando rem præcipuam haberi & retineri iuſſit. Nihil enim tam contrarium eſt reſtitutioni, quàm retentio.

ANTONII FABRI IC.

Decas Decimatertia.

ERROR PRIMVS.

De praeteritione filiæ quæ per renuntiationem excluſa eſt à legitima.

SVMMARIA.

1 *Praeteritio filiæ per renuntiationem excluſæ ex pragmaticorum ſententia, non vitiat teſtamentum.*
2 *Idémque iuris obtinere ex ſententia Clari, in filia per ſtatutum excluſa à iure petenda legitima fauore maſculorum.*
3 *Ratio vtriuſque pronuntiati ſuprà relati.*
4 *Praeteritione filiæ excluſæ per renuntiationem inualidari teſtamentum, contra pragmaticos.*
5 *Renuntiationes filiarum tacitam hanc habent conditionem, ſi quandoque hereditas aut legitima deferetur.*
6 *Delatio precedit acquiſitionem & excluſionem.*
7 *Differentia inter delationem & acquiſitionem.*
8 *In ſuis heredibus renuntiatio non impedit delationem, nec etiam acquiſitionem, niſi eam quæ fit per immixtionem.*
9 *Filia eſt ſua heres patri etiamſi renuntianerit..*
10 *Quatenus noceat filiæ renuntiatio inrata patre viuo facta.*
11 *Filiam quæ cum iureiurando renuntianit, exheredata à pragmaticis non rectè comparari.*
12 *Imperitè à pragmaticis huiuſmodi filiam emancipata comparari, & emancipatam appellari.*
13 *Idem iuris obtinere in filia excluſa per ſtatutum, quod in filia excluſa per renuntiationem.*
14 *Teſtamentum in quo praetrita eſt filia excluſa, non defendi aquitate Canonica & praetoria.*
15 *Quis ſit effectus eius quod dicitur, Teſtamentum patris ex huiuſmodi filiæ praeteritione ipſo iure nullum eſſe.*
16 *Ex perſona filiæ praeteritæ, ius eſſe fratribus, aut agnatis proximioribus dicendi nullum teſtamentum: & cur.*
17 *Caſus quo filia praetrita, nec ipſa nullum teſtamentum dicere poteſt, nec ex eius perſona alij.*

1 FIliam † quæ per iuratam renuntiationem excluſa eſt non modò ab vniuerſali ſucceſſione, ſed etiam à petitione legitimæ vulgò creditum eſt ab interpretibus & pragmaticis impunè præteriri poſſe, id eſt, præteritionem eius non facere vt eo minùs valeat teſtamentum, ſiue à patre qui eam habuit in poteſtate, ſiue à matre proponatur. Ita *Guid. Pap. quæſt.* 259. & 598. Idémque iuris eſſe in filia † quæ per ſtatutum excluſa ſit à iu- 2
re petendæ legitimæ, fauore maſculorum defendit *Iulius Clarus*, clariſſimus inter Italos pragmaticus *libro tertio*, *ſentent.* §. *teſtamentum. quæſt.* 42. *verſ.* item quæro, ſiue inſtituti ſint maſculi ipſi, ſiue extranei hac poteſſimùm ratione † quæ vtrique caſui communis 3
eſt, quòd ea perſona cui nõ debetur, legitima, impugnare

teſtamentum non poſſit : imò nec ea quæ excluſa eſt à ſucceſſione inteſtati, propterea quòd iura veniendi contra teſtamentum, communiter regulentur, vt ipſe loquitur, à iuribus ſuccedendi ab inteſtato. Mihi verò ſententia hæc ſemper diſplicuit, viſaque eſt labefactare certam & euidentem iuris rationem : quæ proculdubio
4 non patitur † vt valeat teſtamentum in quo præterita fuit filia, quæ non ſolùm teſtamenti quod ſufficeret, ſed etiam mortis tempore manſit in poteſtate, ſiue ius vetus inſpicias quod toto Pandectarum iure obtinuit, *l. inter cætera* 90. *& tot. tit. de liber. & poſth.* ſiue nouam Iuſtiniani conſtitutionem quæ hoc amplius induxit vt materni teſtamenti eadem hac parte ratio ſit quæ paterni *Nouell.* 115. *vt cum de appellat. cognoſc. §. aliud quoque capitulum.* Nec quod filia per iuratam renuntiationem excluſa ſit ab inteſtati ſucceſſione, ad rem facit. Hîc enim illud repetendum eſt quod iam ſæpe monuimus, & probauimus in ſuperioribus, omnes huiuſmo-
5 di renuntiationes † tacitam perpetuò habere conditionem illam, ſi quandoque hereditas aut legitima portio deferretur, cùm fieri per rerum naturam nequeat, vt priùs quis dici poſſit excluſus ab aliquo iure adquirendo
6 quàm ius illud delatum ſit. Delatio † enim ſicut omnimodo præcedit adquiſitionem *l. delata* 151. *D. de verb. ſignif.* ita & excluſionem vt præcedat neceſſe eſt. Excluſionem namque cùm dicimus, excluſionem acquiſitionis intelligimus, non delationis. Nimirum quia
7 delatio † ſit ſola legis poteſtate, acquiſitio autem præterquàm in ſuis heredibus ſola hominis voluntate : non poteſt autem renuntiatio quæ hominis eſt, facere quominùs leges locum habeant, ſed tantùm id impedire quod lex poſtquam effectum ſortita eſt in deferenda ſucceſſione, relictum vult in poteſtate illius cui ius detulit, id eſt quod ad acquiſitionem pertinet, non quod ad delationem. Sed & cùm in ſuis heredibus idem inſtans ſit delationis & acquiſitionis, imò nec hereditas vlla eſſe intelligatur. *l. in ſuis* 11. *de liber. poſth.* quia ipſo iure ſunt ſui heredes licèt poſſint abſtinere *l.* 1. *§. qui ſunt in poteſtate D. ſi quis omiſ. cau. teſtam.* adeóque licèt abſtinuerint *l. generaliter* 30. *§. ſed etſi ſuus D. de fideic. libert.* Planè conſequens eſt vt ſicuti renuntiatio
8 † non impedit relationem à lege faciendam filiæ quæ mortis tempore erit in poteſtate, ita nec impediat acquiſitionem illam quæ mero iure ciuili concomitatur neceſſariò delationem, ſed eam tantùm quæ ex filiæ arbitrio pendet, id eſt, quæ fit per immixtionem, cui contraria eſt abſtentio. Ergo quemadmodum non dicitur eſſe ſine herede qui ſuum heredem habet quamuis ſe abſtinentem *d. §. ſed etſi ſuus.* Ita nec eo minus dicenda
9 eſt filia † ſua heres patri, quòd viuo adhuc eo futuræ ſucceſſioni renuntiauerit, ſed perinde habenda quod ad acquiſitionem illam quæ fit ipſa etiam inuita ex ſola iuris ciuilis autoritate acſi non renuntiaſſet : at mortuo demum patre duntaxat abſtinuiſſet. Ex quo fit conſequens non poſſe ea præterita ſubſiſtere teſtamentum. Sed ex eiuſdem iuris regulis ſui heredis præteritione nullum & iniuſtum eſſe. Nihilne ergo, inquies, nocebit filiæ renuntiatio quæ viuo adhuc patre facta iam tum
10 valuit propter iuriſiurandi autoritatem ? Imò nocebit † hactenus vt vim habeat vtilis abſtentionis, quę alioqui & citra iuſiurandum vtilis eſſe non poſſet tanquam præmaturè facta & contra ius publicum, id eſt, contra leges, quæ non patiuntur vt priuatorum pactionibus vllomodo impediantur quominùs vires ſuas exercere ſuo loco & tempore poſſint, *l. ius agnationis* 34. *l. inter debitorem* 42. *D. de pact. leg. quod bonis* 15. *§.* 1. *D. ad leg.*
11 *falcid.* Ex eóque apparet quàm † malè noſtri filiam quæ cum iureiurando renuntiauit paternæ ſucceſſioni, comparent exheredatæ. Nam exheredatio vbi ſemel per aditionem hereditatis confirmata eſt, adeò filiam exheredatam excludit, vt verè dici poſſit nullo inſtanti delatam ei fuiſſe patris ſucceſſionem, licèt non eo minùs verum ſit quod nos probauimus *lib. 9. Coniect. c. vlt.* ſola exheredatione non perimi ius ſuitatis. At renuntiatio tametſi iurata & propter iuſiurandum vtilis, non obſtat quominus patre mortuo deferatur ſucceſſio ipſi filiæ, quæ renuntiauit, ſed potiùs vt ob hoc ipſum excludatur filia per renuntiationem à iure, quod alioqui haberet ſe immiſcendi ab inteſtato, quòd renuntiauit : quia ſi numquam fuiſſet ei delata ſucceſſio, quod contigiſſet ſi aut ante patrem mortua, aut à patre ex iuſtis cauſſis exheredata extitiſſet, recte diceremus nullo vnquam tempore nocuiſſe ipſi renuntiationem, quandoquidem etiamſi non renuntiaſſet, tamen excluſa fuiſſet non tantùm à iure acquirendæ per immixtionem ſucceſſionis, ſed etiã ab ipſo iure ſuccedendi per mortem aut exheredationem. Faciunt autem longè imperitiùs pragmatici illi
† qui filiam hanc quæ renuntiauit non modò emanci- 12
patæ comparant, ſed etiam vulgo emancipatam appellant, quaſi non plus iuris habeat in paterna ſucceſſione, quàm ſi à viuo patre emancipata proponeretur. Nemo enim dixerit huiuſmodi renuntiatione tolli ius poteſtatis paternæ, quæ nec iuſtis filiæ nuptiis extinguitur, *l.* 1. *§. vlt. D. de liber. exhib. l. vlt. D. de agnoſc. & alend. liber.* quam tamen certum eſt tolli emancipatione *l. verum* 8. *§.* 1. *D. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* De cuius ſententia ſcripſimus *lib.* 10. *Coniect. cap.* 15. Proinde non ſicut filiæ quæ renuntiauit cum iuramento, deferetur nihilominus paterna ſucceſſio ab inteſtato iure ſuitatis, quod ex patriæ poteſtatis iure proficiſcitur (neque enim magis facere filia poteſt ne inuita patri ſuccedat, quàm ne ſit in eius poteſtate) ita & de filia emancipata dici poteſt deferri ei paternam ſucceſſionem ipſo iure, cùm ſi ius ciuile inſpicias, habeatur omnino pro extranea. Etſi verò nouiſſima Iuſtiniani lege cautum eſt vt ſublata ſuitatis, & emancipationis differentia, emancipati ſimul cum ſuis ſuccedant, non tamen fecit Iuſtinianus, nec verò facere potuit vt emancipati ſint etiam inuiti heredes patri ipſo iure quomodo eſſent ſi numquam exiiſſent de poteſtate : ſed tantùm vt poſſint ab inteſtato heredes eſſe ſi velint aditione ſcilicet paternæ hereditatis, non vt ſui heredes ſola retentione *l. ſi patronus* 12. *§. vlt. D. de bon. libert.* nec aliud † iuris eſt 13
in filia quæ per ſtatutum excluditur à patris ſucceſſione, adeóque à legitima, ob fauorem maſculorum. Nam & excluſio illa quæ fit per ſtatutum eandem conditionem tacitam recipit, quam excluſio quæ fit per iuratam renuntiationem, illam nimirum, ſi hereditas deferetur, eadem ſcilicet iuris ratione id euincente. Neque enim fieri poteſt vt maior & potentior ſit vis ſtatuti ad filiam excludendam, quàm iuratæ renuntiationis, nec magis poteſt per ſtatutum quàm per iuſiurandum fieri poſſibile quod per rerum naturam eſt impoſſibile, cuiuſmodi certè illud eſt vt excluſio præcedat delationem. Vtroque igitur caſu concludendũ eſt præteritionem filiæ in poteſtate ſiue per renuntiationem, ſiue per ſtatutum excluſa ſit, ſine ab vniuerſali tantùm ſucceſſione, ſiue, vt pragmatici diſtinguunt, etiam à legitima teſtamentum, ipſo iure nullam eſſe. Idque tam euidens eſt, vt nec deſint ex pragmaticis qui id agnoſcant & fateantur, ſed ita tamen vt ex æquitate canonica, & prætoria teſtamentum defendi velint. Omninò ridiculè. Nunquam † 14
enim teſtamentum quod iure ciuili nullum eſt, iure prætorio defenditur, vt dicemus inf. cap. 3. Atqui, inquies, iam diximus, & in confeſſo eſt huiuſmodi renuntiationes iuratas valere iure pontificio propter autoritatem & vinculum iuriſiurandi, earúmque poteſtate fieri vt quo inſtanti defertur per legem ius ſuccedendi, aut petendæ legitimæ portionis, ſuccedat vis & poteſtas renuntiationis quæ filiam excludat, aliiſque ſiue in eodem, ſiue in remotiore gradu conſtitutis agnatis viam ſucceſſionis patefaciat. Quis igitur effectus erit eius quod dicimus teſtamentum patris ex huius filiæ præteritione ipſo iure nullum eſſe ? Reſpondeo † quàm maximũ

effectum

effectum esse, non quidem ratione ipsius filiæ quæ sanè per renuntiationem aut statutum excluditur à successione intestati, licèt patrem faciat intestatum, sed ratione heredum, siue institutorum siue legitimorum. Finge institutum extraneum, aut agnatum remotiorem qui ab intestato rem habere non possit. Exclusio filiæ non impediet quominus testatore propter subtilitatem iuris & casus necessitatem exitum intestati faciente, hereditas scripto heredi per legẽ eripiatur, agnatóque proximo deferatur. Finge institutos eo testamento alios liberos testatoris, sed ex disparibus portionibus. Præteritio filiæ quę nullum ipsi lucrum adferre potest, proderit fratribus qui fuerant ex minore portione instituti, vt cum cæteris quos pater magis dilexerat, in æquas partes vocentur ab intestato. Neque enim nouum est vt ex persona filiæ præteritæ plus iuris habeant fratres cæteri, quàm filia ipsa. Nam & idem contingeret si nullum & iniustum testamentum filia præterita expresso consensu post patris mortem comprobasset, quia non noceret ea adprobatio cæteris quominus aut ab intestato succedere, aut bonorum possessionem contra tabulas petere, si mallent, possent, *lege si duo 16. de legat. præst. l. si duobus 14. D. de bonor. possess. contr. tab.* Dices, si subtiliter agere voles, eo demum casu posse alios fratres ex persona præteriti aut testamentum nullum dicere, aut bonorum possessionem contra tabulas petere, quo præteritus ipse ius aliquando habuerit, aût nullum dicendi testamentum, aut petendæ contra tabulas possessionis, in proposito autem nullum instans esse, quo filia præterita, quæ per iuratam renuntiationem, aut per statutum exclusa est, possit dicere nullum testamentum patris, siquidem, vt diximus, eodem instanti fit vt & successio filiæ deferatur, & ipsa exclusionis potestate succedere prohibeatur, *arg. l. si Stichum 8. §. si quis ita. & l. quoties 14. §. 1. de nouat. l. sub conditione 16. D. de solut.* Ita sanè est: nec à nobis vllus iuris locus quærendus est quo errorem illum interpretum, quem nos refellimus, conuincamus. Fuit enim toti iurisprudentiæ incognitum, & inauditum ius illud quo vtimur, vt valeret pactio quantumlibet iurata, per quam filia viuo adhuc patre ab ipsius quandocunque morituri successione excluderetur. Hoc enim iure primùm pontificio inductum est sola iurisiurandi veneratione contra iuris ciuilis rationem. Sed tamen ea ipsa iuris ratio quę etiamnum supereſt, cogit omnino, vt fateri necesse sit quod volu-
16 mus, ex persona † filiæ præteritæ ius esse fratribus, aut post fratres agnatis proximioribus dicendi nullum testamentum, licet filia ipsa præterita nullo tempore ius illud habuisse videri possit. Nempe quia re ipsa verum est nec minùs tacente filia quàm si conquereretur, nullius momenti esse testamentum propter sui heredis præteritionem, adeò vt nec in filiæ potestate sit, facere ne testamentum sit nullum, non magis quàm vt in patris testamento leges locum non habeant. Nam si eo quoque casu, quo in filiæ potestate est iuri suo renuntiare, id est post mortem patris facta expressim testamenti iniusti adprobatione, nihilominus testamentum iniustum manet, locúsque fit successioni intestati commodo aliorum fratrum etiam institutorum, aut post fratres agnatorum proximiorum, quibus scilicet ius semel quæsitum est, ex persona quidem, sed non ex voluntate filiæ præteritæ, at sola meri iuris ciuilis potestate, quanto magis idem admittendum est, illo etiam casu de quo agimus, id est, quo filia præterita iuri suo renuntiauit eo tempore quo renuntiare vtiliter non potuit, scilicet viuo adhuc patre? Nam si dicas captiosam esse ratiocinationem, quia iusiurandi autoritas faciat vt iam inde à quo tempore facta fuit renuntiatio, vtilis fuerit ad filiam quandoque excludendam. Iam respondi sæpius, valuisse quidem ab initio renuntiationem, quoniam alioqui non posset ex postfacto conualescere, sed vim eius suspensam mansisse propter tacitam conditionem in id vs-

que tempus quo successio deferretur, hoc est, quo pater vita functus esset: quo tamen instanti non potest fieri delatio quin testamentum quod reuera nullum est pro nullo etiam habeatur. Non enim ex testamento deferri potest filiæ quæ ipso testamento præterita est. Ab intestato verò multò minùs si testamentum ipso iure valet. Atqui non potest effectum habere renuntiatio, quin ipsi filiæ quæ renuntiauit successio deferatur. Tantum igitur abest vt renuntiatio impediat, ne testamentum ipso iure sit nullum, vt ex contrario non aliter filiæ nocere possit quàm si testator ad intestati causam deducatur, vt legitima ab intestato successio, cui soli renuntiasse filia intelligitur, deferri filiæ possit. Si testamentum in quo filia præterita est, non ipso iure nullum esset, sed tantùm, vt ita loquar, annullandum, filia ipsa conquerente, faterer nihil iuris habituram filiam quæ renuntiasset, neque ex eius persona cæteros qui ab intestato heredes esse vellent. Eóque demum casa obtinerent ea quæ suprà ex pragmaticorum schola obiecimus, ius impugnandi testamenti regulandum esse ex iure legitimæ successionis: & eum qui ab intestati successione adeóque à legitima exclusus sit, impugnare testamentum non posse, sed cùm ipso iure nullum sit, non solùm accedente & concurrente filiæ voluntate, sed etiamsi maximè testamentum valere velit, consequens est vt eius approbatio siue viuo adhuc patre per iuratã renuntiationem facta sit, siue post mortem patris non noceat cæteris quominùs ab intestato succedant, adeóque sint sui & inuiti heredes, saluo beneficio abstentionis, si proponas esse filios qui in patris morientis fuerint potestate. Potest autem exemplo fieri hoc illustrius. Finge † præteritam à patre filiam emancipa- 17
tam & institutos ex inæqualibus portionibus alios fratres siue in potestate, siue emancipatos. Constat testamentum non esse nullum ipso iure, sed tantùm rescindi iure prætorio posse petita contra tabulas bonorum possessione. Si ponetes filiam hanc aliunde à paterna successione exclusam, puta per statutum, aut per iuratam renuntiationem, admitterem hactenus iuri prætorio per constitutionem Pontificiam fuisse derogatum (nam & sola Pontificiæ constitutionis authoritas defendere potest ea statuta per quæ filia patri succedere prohibetur, ducto scilicet argumento à potestate pacti ad potestatem statuti) vt ex persona filiæ præteritæ non committeretur edictum, nec cæteri fratres, siue instituti, siue exheredati bonorum possessionem contra tabulas petere possent, quia verum esset dicere numquam ius illud petendæ contra tabulas possessionis, filiæ huic competiisse: absurdum namque foret plus iuris habere cæteros ex filiæ persona, quàm habere filia ipsa vnquam potuerit. Sed si ponas filiã illam præteritã non emancipatã fuisse, sed in potestate, quæ species est à nobis nunc tractata, aliud planè dicendum esse contendam, quia testamentum hoc casu ipso iure nullum est etiam inuita filia, nec necesse est ad faciendum nullum, vt filia nullum esse dicat, aut alius quisquam ex persona filiæ quomodo necesse est vt bonorum possessio contra tabulas petatur ad rescindendum testamentum quod ipso iure tenet. Ideóque sola iuris potestas quæ nullum efficit, sufficit etiam vt ex persona magis quàm ex iure filiæ quantumlibet exclusæ testamentum nullum sit: tæléque maneat, vt quisquis ab intestato proximior est perinde succedat siue sui siue extranei heredis iure, acsi nullum omnino testamentum factum esset.

ERROR II.

Si filia quæ accepta dote renuntiauit futuræ patris successioni, in ea dote instituta sit.

SVMMARIA.

1 *An sufficiat filiam quæ accepta dote renuntiauit futuræ patris successioni, in ea dote institutam esse, ne præterita videatur.*
2 *Pragmaticorum sententia.*
3 *Institutionem huiusmodi filiæ in dote non valere, nec efficere quin præterita dici debeat contra pragmaticos.*
4 *Dos est verè patrimonium filiæ, itaque in ea institui non potest.*
5 *Casu quo non verè, sed quasi patrimonium filiæ dos habetur.*
6 *Dos est in bonis mariti: mulieris quoque esse intelligitur.*
7 *In libris iuris nusquam reperitur filia in dote instituta.*
8 *Prima Accursij ratio qua vult probare dotem proprium filiæ patrimonium non esse, ideóque in ea institui posse refertur & refellitur.*
9 *Secunda ratio Accursij petita ab eo quod in legitima filia institui possit, per distinctionem inter legitimam & dotem tollitur.*
10 *Si pater secure testari velit, instituendam esse filiam, aut in legitima, aut in alia quapiam re.*

AT quoniam vix euenit vt filia quæ in potestate est, renuntiet futuræ patris successioni, præsertim cum iureiurando, nisi in tabulis dotalibus, & proinde accepta dote, dubitari
1 potest an † sufficiat filiam in ea dote institutam esse ne præterita videatur. Ad quam dubitationem pragmatici
2 † respondent, trepidè tamen, vt solent, posse eam institutionem sufficere sed meliùs & cautiùs facturum patrem si filiam non modò in dote, sed præterea in aliqua quantumuis exigua pecuniæ quantitate instituat, ne quis dubitationi locus relinquatur, vt concludit *Iul. Clar. lib. 3. Sentent. §. testamentum. quæst. 44.* Ego †
3 contrà, omnia quantum per ingenioli mei tenuitatem facere possum ex vera iuris ratione æstimans intrepidè defendo, institutionem hanc filiæ in dote sua non valere, nec proinde facere posse quin præterita filia dici debeat, acsi nullomodo fuisset instituta. Præteritam enim cùm dicimus, non eam intelligimus cuius mentionem nullam testator fecerit, sed quæ non, sicut oportet, instituta fuit aut exheredata, licet testamento nominata sit adcóque substituta. Quomodo cautum erat olim, vt non aliter præteriri posset filia posthuma quàm si ei legatum esset, ne per obliuionem magis quàm consultò præterita videretur. §. 1. *Instit. de exh. liber.* Hanc autem, quæ in sua dote instituta est, nego vtiliter institutam esse, quia in re propria non in ea quæ testatoris fuit, instituta est. Lex enim duodecim tabularum patrifamilias dedit quidem testandi facultatem, sed de re pecuniáve sua, non de aliena, *l. verbis legis 120. de*
4 *verbor. signific.* In proposita † verò specie institutam esse filiam in re propria, non in ea quæ fuerit testatoris, euidenter apparet ex eo quòd dos filiæ promissa, nedum data proprium ipsius filiæ patrimonium est *l. 3. §. sed vtrum. D. de minor.* & à bonis patris abscessisse intelligitur *l. 1. §. vl. l. vl. D. de dot. coll.* ac in ære alieno computatur *l. pater filiam 14. D. ad legem falcid. l. pater filiæ 70. D. de euict.* Nec est quod cum Accursio ad *d. §. sed vtrum* dicas dotem esse quasi patrimonium filiæ ex *l. in eum 16. D. de relig. & sumptib. funer.* Verè enim patrimonium est non quasi præterquàm vno casu †, si filia quæ in potestate est, aut emancipata: nihil 5
enim hac parte refert decedat viuo patre: quo casu cùm dos ad patrem reuertatur quæ à patre profecta est, licèt non tam ex iuris ratione quam contra iuris rationem intuitu commiserationis, & pietatis, ne pater & amissæ filiæ & pecuniæ damnum sentiat, vt ait *l. iure succursum 6. D. de iur. dot.* non potest dici filiam absolutè dotem habuisse in patrimonio patre viuo, ad eúmque casum accommodanda est dicta lex, *in eum.* Sed & ex ea caussa dicimus interesse patris vt filia dotem habeat, licèt ea spes dotis ad patrem reuersuræ per mortem filiæ, sit malè ominosa *d. leg. pater filiæ.* At non inde fit vt perinde dos sit patris atque est filiæ, vt ait *lex cùm dos 7. D. de pact. dotal.* Re vera enim est filiæ quamuis euenire possit vt ad patrem reuertatur. Et verò nullum ius patri in ea dote competere quandiu filia viuit, ex eo colligi potest quòd toto eo tempore quo filia non solùm viuit, sed etiam in matrimonio est, dos † in mariti bonis & dominio est, §. *Instit. quib. alien. licet vel non. leg. dote 6. Codice de rei vindic.* 6
tametsi propter casum restitutionis soluto matrimonio faciendæ, mulieris quoque esse intell gatur, *lege quamuis 75. D. de iur. dot. leg. in rebus 30. Codice eodem.* Itaque interpositum ius mariti facit ne pater dotem filiæ possit suam dicere iure patriæ potestatis, quia neque sic potest fieri dotis datio, vt dotem pater det filiæ, sed marito dari eam tradique oportet, filiæ tamen nomine *l. Pomponius Philadelphi 35. D. famil. erciscund.* Vnde illud etiam fieret si plus hîc posset ratio iuris quàm miserationis, vt defuncta sine liberis in matrimonio filiafamiliàs, dos quantumuis à patre profecta non minùs mariti lucro cederet quam aduentitia, de cuius restitutione pactio nulla interuenisset: quoniam vtroque casu æquè aptus & habilis est iure ciuili titulus dotis ad transferendum dominium in maritum: quippe cui nec alio animo & voto dos datur quàm vt penes eum perpetuò remaneat, *leg. 1. D. de iur. dot.* vt pluribus scripsimus *libro 13. Coniecturarum.* Quod cùm ita sit, ferè est vt filia quæ à patre in dote sua instituta est, in re & bonis mariti sui instituta videatur. Quis ergo admittat eam institutionem valere, & efficere debere ne filia sic instituta prætertitam se conqueri possit? Et verò cùm tot in libris nostris loci sint, in quibus tractatur de liberis aut instituris, aut instituendis, nusquam tamen reperias filiam † in dote sua insti- 7
tutam. Reperias sanè filiam exheredatam etiam cui dos à patre data esset, vt in *lege Nihil interest 12. D. de inoffic. testam.* Nec me mouent rationes illæ quibus pragmatici post Accursium mouentur vt contra sentiant, quòd inquiunt, dos † à patre data & ex bonis 8
patris profecta in quartam imputatur, *lege quoniam Nouella 29. Codice de inoff. testam.* & à filia cum fratribus succedente tam ex testamento quàm ab intestato conferatur. *Authent. ex testamento. Codice de collat.* Non enim recta consecutio est si quis ex eo inferat, Dotem igitur proprium filiæ patrimonium non esse: siquidem ad inducendam imputationem & collationem sufficit quòd profecta sit dos ex bonis & substantia patris, quódque eam habuerit filia tanquam filia, non habitura si extranea fuisset, licet nihil amplius iuris in ea re patri supersit. Quare nec aliud erit etiamsi ponas inter patrem & maritum præsente filia conuenisse, vt nullo casu dos ad patrem reuerteretur. Semper enim verum est ob caussam datæ dotis minùs in hereditate patris reperiri quàm si dos nulla data esset, ideóque si dos non imputaretur, aut non conferretur, iniuria fieret cæteris fratribus, qui dote nulla constituta tanto locupletiorem nunc haberent patris hereditatem. Nec sanè ratio vlla æquitatis patitur vt filia quæ dotē à viuo patre accepit: habeat eā præcipuā post mortē patris:

Digitized by Google

patris: satisque ei esse debet quòd totius eius temporis quo pater vixit fructus in lucro habeat, si tamen mulieris lucro imputandum est quod maritus suo iure percepit, & in onera matrimonij impendit. Minùs ad
9 rem pertinet alia ratio illa Accursij † quòd possit filius institui in legitima quamuis legitimam ipsi relinqui necesse sit. Larga enim differentia est inter legitimam, & dotem. Legitima namque portio non est in bonis filij ne quidem spe, nisi prorsus improba, quandiu pater vivit: ideóque nec mirum est si in legitima filius institui possit à patre, licèt eam pater filio ex legibus etiam invitus relinquere cogatur. At dos est in bonis filiæ, propriúmque vt diximus ipsius patrimonium etiam viuo patre, & quamuis imputetur in legitimam, tamen neque legitima est, neque legitimæ loco cedit, vt probauimus
10 *Decade superiore*. Igitur si pater † qui filiæ nubenti dotem dedit vt futuræ successionis renuntiationem iuratam ab ea extorqueret, securè testari volet, necesse habet vt filiam instituat in legitima aut in certa aliqua re aut pecuniæ quantitate pro iuribus legitimæ. Sic enim fiet vt neque præteritam se possit dicere filia, quã vel in vno numo institutam esse sufficeret ad implendam testamenti solennitatem, neque agere ad supplementum quasi minus legitima ei datum sit, si dote in legitimam, sicuti fieri debet, imputata tantùm ex bonis patris habere comperiatur, quantum ad explendam legitimam sit satis.

ERROR III.

De testamento quod per præteritionem nullum est, ex æquitate prætoria defendendo.

SVMMARIA:

1 *Testamentum in quo præteritus est filius qui testamenti tempore fuit in potestate, iure ciuili nullius est momenti, nec conualescit, etiam si filius viuo patre moriatur.*

2 *Qua ratione moneantur quidam vt huiusmodi testamentum iure prætorio valere putent.*

3 *Opinionem eorum qui valere negant esse veriorem.*

4 *Autores posterioris sententiæ non rectè respondere ad rationem propriori allatam.*

5 *Vera responsio ad d. rationem, qua docetur quæ & quatenus contra huiusmodi testamentum detur bonorum possessio.*

6 *Huiusmodi testamentum non conualescere iure prætorio, si præteritus adprobet iudicium patris siue expresso, siue tacito consensu, contra interpp. & pragmat.*

7 *Vera sententia l. filio præterito. 17. D. de iniust. rupt. & irr. fact. test.*

8 *Exploditur error pragmaticorum & interpretum iuris statuentium nihil referre an in d. testamento probato instituti sint sui heredes, aut legitimi, an extranei.*

9 *Quàm absonus sit alius pragmat. & interpp. error, cùm iis placet valere testamentum ex æquitate prætoria, si filius ante conditum testamentum, vel in ipso actu testamenti consenserit præteritioni.*

10 *Quanta sit prætoris potestas.*

11 *Quando filius testamentariam patris voluntatem adprobare possit.*

12 *In quo consistat vis legum quæ circa successiones testamentarias aut legitimas versantur.*

13 *Si postumus præteritus viuo patre natus decesserit, secundum tabulas dari poterit bonorum possessio.*

IEstamentum † in quo præteritus est filius qui testamenti tempore fuit in potestate, nullius planè momenti est iure ciuili, nec si filius ille præteritus viuo patre moriatur, conualescit quod ab initio non constitit, *l. si filius 7. D. qui testam. facer. poss.* Quidam dubitant, an valeat iure prætorio, & putant † valere propterea quod contra eiusmodi tabulas dari soleat bonorum possessio quæ frustrà daretur, si tabulæ eo ipso iure non valerent. Contraria tamen sententia verior est, & ab interpretibus quoque ac pragmaticis magis communiter probata testante *Iulio Claro lib. 3. sent. in §. testamẽti quæst. 43.* Nec ignorant vsque adeò nullum esse testamentum vt etiam tacente filio & non conquerente, nihilominus nullum & iniustum habeatur. Sed non satis bene meo iudicio respondent † ad obiectionem illam quam diximus fieri posse ex iure quod filio præterito adeóque cæteris liberis etiam institutis, prætor dedit, petendæ contra eiusmodi tabulas bonorum possessionis. Aiunt enim illam bonorum possessionem contra tabulas dari ad declarandum testamẽtum nullum potiùs quàm ad illud rescindendum: aut si ad rescindendũ, rescindi testamentum de facto quatenus de facto processit. Nam si nihil aliud habeas quod respondere possis, perinde inferam, si tabulæ ideò nullæ sint quòd non septem testium signis sint signatæ, dicendum esse competituram æquè cõtra eas bonorum possessionem, vt nullæ declarentur: quod tamen cõstat esse falsissimum, quia eiusmodi tabulas septem testium signis non signatas certum est vsque adeo nullas esse, vt tabularum nomen non mereantur. Tabulas porrò aliquas esse necesse est vt vel secundum eas vel contra eas peti possit bonorum possessio. Respondere debuerunt pragmatici, nullas † quidem esse tabulas in quibus præteritus est aliquis ex liberis qui fuerunt in potestate, nec minùs prætorio quàm ciuili iure, quandoquidem ex iis non magis peti potest bonorũ possessio quæ cum re & effectu sit, quàm hereditas aditi: Sed tamen posse contra eas peti bonorũ possessionem contra tabulas, quoniam datur illa contra signum, non contra heredem vel bonorum possessorem. Et vt competat, sufficit tales esse tabulas vt ex iis aliquo casu potuerit aditi hereditas, aut peti bonorum possessio, licèt postea neutrum secutum sit vel sequi potuerit, vt eleganter, quamquam satis obscure scriptum est in *l. quod vulgò 19. D. de bonor. poss. contr. tabul.* In proposito autem si tabulæ quæ propter sui heredis præteritionem nullæ sunt, septem testium signis signatæ sint, certum est dari posse bonorum possessionem secundùm tabulas (nihil enim aliud prætor exigit nisi vt septem testium signa interuenerint, *l. 1. de bon. pos. sec. tab.*) quæ etsi fuerit sine re & effectu si filius præteritus iure suo vti & hereditatem euincere volet, sufficit tamen ad hoc vt locum facere possit petendæ bonorum possessioni contra tabulas. Quod non similiter contingeret si minùs quàm septem testium signa in tabulis extarent. Neque enim ex iis tabulis bonorum possessio dari posset ne quidem sine re, nec proinde fieri vllo modo potest vt contra eas aliqua detur, vt pluribus à nobis tractatum & explicatum est (locus enim sanè superobscurus & difficilis est) *lib. 1. Cont. c. 19. & lib. 6. c. 14.* illud sanè ab interpretibus & pragmaticis omnibus malè traditũ creditúmq; est, testamentũ + in quo filius in potestate fuit præteritus, conualescere iure prætorio, si præteritus adprobet iudiciũ patris siue expresso siue tacito cõsensu, ex *l. filio præterito 17. D. de iniust. rupt. & irrit. fact. test.* Inauditum. n. est, & à iuris principiis prorsus alienũ vt testamẽtũ quod ab initio omni iure nullũ est, postea ire aliquo cõualescat. Longéq; alia Papiniani sententia † est in *d. l. filio præterito*, quàm esse existimetur, illa nimirũ vt filio præterito adprobãte iudicia patris fratres instituti perinde teneantur præstare legata & fideicõmissa acsi testamẽtũ valeret, sed tamẽ ab intestato nõ ex testamẽto, cùm tã-

tundem ab inteſtato habeant quantum ex teſtamento fuerant habituri, de quò etiam latè ſcripſimus *dict. cap. 14 lib. 9. Coniect.* Vbi præterea refutauimus alium errorem pragmaticorum & interpretum exiſtimantium, quod & Clarus probat ſupradicto loco, nihil interesſe
8 † an in eo teſtamento quòd à filio præterito adprobatum eſt inſtituti ſint ſui heredes, aut legitimi, an extranei. Quomodo enim fieri poteſt vt ab inteſtato hereditatem retineant, & ad legatorum ac fideicommiſſorum præſtationem obligentur heredes extranei, qui inteſtati ſucceſſores eſſe non poſſunt. Itaque non ſine cauſſa tractat Papinianus de ſuis heredibus inſtitutis, iis verbis *ſi partem fratribus non auocauit.* Sed illud multò ineptius eſt,
9 † quod iiſdem pragmaticis & interpretibus placere idem Clarus eodem loco refert, Si filius ante conditum teſtimentum vel in ipſo actu teſtamenti conſenſerit præteritioni, valere teſtamentum, non quidem iure ciuili, ſed ex æquitate, vt aiunt, prætoria. Nam quod rationis loco adferunt, introductum eſſe ob fauorem filiorum principaliter ne poſſint præteriri, idéoque conueniens eſſe vt iuxta iuris regulas poſſint huic fauori ſuo renuntiare, plus quàm ridiculum eſt. Quis enim patiatur in poteſtate & arbitrio filij eſſe facere ne leges in teſtamento patris locum habeant? Fateor, liberorum fauore conſtitutum eſſe à lege vt liberos qui in patris poteſtate ſunt, neceſſe ſit à patre reſtitui vel exheredari. Sed nego poſſe liberos remittere ſolennitatem illam quæ ipſis legibus indicta & inducta eſt. Pertinet enim teſtamenti factio ad ius publicum quod priuatorum pactionibus nec abrogari, nec immutari poteſt. Nego ius vllum eſſe filij ſiue in bona, ſiue in iudicia patris quandiu pater viuit, ſed eo demùm mortuo. Neque igitur poteſt ei iuri quod ſibi nondum competit renuntiare. Alioqui poſſis eodem ratiocinationis genere concludere, permittendum filio vt de ſuo peculio ſiue profectitio, ſiue aduentitio teſtetur ſi pater conſentiat, quia patris fauore principaliter conſtitutum eſt ne filiusfamilias teſtari poſſit. Et tamen nihil in eo facere patris voluntatem conſtat ex *l. tam is 25. §. filiusfamilias. D. de mort cauſ. donat.* Similiter poſſis inferre permittendum heredi, cuius fauore inducta eſt per legem falcidiam retentio quartæ ex legatis, vt teſtatori vltra dodrantem leganti, & legis falcidiæ modũ excedenti cõſentiat, quod tamen falsũ eſſe ait Papinianus in *l. quod bonis 15. §. 1. D. ad l. falc.* vbi rationẽ reddit, quòd huiuſmodi pactio ſit cõtra ius publicũ, id eſt cõtra leges quę sũt iuris publici. Quo admiſſo, planè cõſentaneũ eſt vt nullus æquitati prætoriæ in contrarium locus re-
10 linquatur. Certũ enim eſt prætorem, † licèt multa facere potuerit præter leges, nihil tamen facere potuiſſe aut permittere contra leges, ſed eatenus duntaxat, quatenus per leges liceret, nec prohiberetur, *l. iuris gentium 7. §. ait Prator. D. de pact. l. necnon. 28. §. quo ad eius. D. ex quib. cauſ. maior.* Voluntatem igitur filij †
11 in adprobando patris teſtamento, quod ipſo iure nullum eſt, tunc interuenire oportet, cùm legi ſatisfactum eſt, id eſt, cùm poſt mortem patris apparet nullum eſſe teſtamentum ob non ſeruatas ſolennitates quæ à lege ſunt præſcriptæ: quo demùm tempore licèt filio iuri & fauori ſuo renuntiare, non quidem vt conualeſcat teſtamentum quod iam ipſo iure nullum eſt, vel inuito eo ſolâque legis poteſtate, ſed vt partem hereditatis quam fratribus auocare poſſet, ſi vellet, non auocet, ſed abſtineat, ſicut & filio familiâs nullo iure teſtato ſi pater conſentiat vt iniuſtus heres bona quæ in filij peculio fuerunt retineat, lex non repugnat, quia vt legi ſatisfiat, ſatis eſt filij teſtamentum non valere. Sic denique ſi heres qui quartam ex legatis per legem falcidiam retinere potuit, malit ſequi iudicium defuncti & ſolida legata præſtare, vtique ei licet, quia nihil in hoc fit contra legem quæ iam effectum habuit hoc ipſo quod falcidiæ deducendæ ius heredi detulit. Iam enim alio loco monuimus, totam vim † legum quæ circa ſucceſſiones te- 12
ſtamentarias aut legitimas verſantur in eo conſiſtere, vt per eas deferatur ſuccedendi & acquirendi ius etiam inuitis, non etiam vt inuiti ſuccedant ſibique acquirant extra cauſſam heredum neceſſariorum. Planè ſi poſthumus † à patre præteritus, viuo patre non natus ſit, ſed 13
etiam deceſſerit, placet ſecundum eas tabulas, licèt ipſo iure nullas, poſſe dari bonorum poſſeſſionem, & quidem cum re & effectu, id eſt talem cuius commodum heredi ſcripto eripi non poſſit, *l. poſthumus 12. D. de iniuſt. rupt.* Sed tamen non eo minùs falſum eſt quod interpretes & pragmatici ſomniant, teſtamentum illud de æquitate prætoria reconualeſcere, quomodo loquitur Iulius Clarus in *d. §. teſtamentum, quæſt. 45.* Etſi enim ex prætoris iuriſdictione eſt, vt bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas detur, tamen vt ea poſſeſſio ex teſtamento illo nulla ſit cum re & effectu, non fit ex iuriſdictione prætoris, quæ nec eo vſque progredi potuiſſet, ſed ex reſcripto Diui Hadriani, vt lex ait, quod in eam rem fuit neceſſarium, vt nos etiam docuimus *lib. 9. Coniect. cap. 15. & 16.* Ex quibus etiam locis alia multa quæ ad hunc tractatum pertinent, peti poſſunt.

ERROR IV.

De filia quæ accepta dote congrua petit ſupplementum legitimæ patre mortuo, ex bonis poſtea queſitis.

SVMMARIA.

1 *Caſus duplex quo dubitari poteſt an filia quæ accepit dotem congruam, ſupplementum legitimæ patre mortuo ex bonis poſtea quæſitis petere poſſit.*
2 *An valeat pactio non iurata filiæ quæ accepta dote prominiſit non quicquam amplius pro legitima petituram.*
3 *Ratio pro negatiua.*
4 *Sententia pragmaticorum affirmans, & eius fulcimenta.*
5 *Legitimam filius viuo patre habere nequit: & cur.*
6 *Cum qua diſtinctione verum ſit illud, Quod in diem debetur ante diem ſolui poteſt.*
7 *Debitum legitimæ eſt incertum.*
8 *Donatio inter patrem & filiumfam. conſiſtere nequit.*
9 *Cur pater dote data filiæ in vicem legitimæ non poſſit res dotales quaſi ſuas vindicare.*
10 *Licet filia ſit capax dotis non eſt tamen capax legitimæ viuo patre.*
11 *Falcidiæ & legitimæ comparationem non reciam eſſe, contra pragmaticos.*
12 *Explicatio leg. cum quo 56. §. vlt. D. ad legem falcid.*
13 *Quomodo prouidere filio viuus pater poſſit, ne vlla patre defuncto ſuperſit petitio legitimæ.*
14 *Naturale dubium legitimæ anticipata ſolutione non extinguitur, vbi minùs legitima filiæ patre datum eſt.*
15 *Si pater à tempore dotis pro legitima conſtitutæ factus ſit pauperior, nihil tamen ex portione quam dedit filiæ repetere poteſt. & cur. 16.*
17 *Excluſa ſtatuto filia à legitima petione dumnodò congruè dotata ex modo auctis poſtea patrimonij augeri etiam dos debet, licet ab initio congrua fuerit.*
18 *Promiſſio filiæ quæ quaſi congruè dotata promiſit ſe nihil amplius petituram ei nocere non debet.*

19 *Sententia*

19 *Sententia leg. cura. 4. §. deficientium. D. de mun. & honor.*

20 *Pragmaticos à dote ad legitimam non rectè argumentari.*

21 *Error pragmaticorum.*

22 *Concluſio diſputationis contra pragmaticos.*

1 DVplex † caſus eſt in quo fieri locus huic quæſtioni poteſt, Vnus ille ſi filia quæ dotem à patre acceperit pacta ſit ſimpliciter de non plus petendo, alter, ſi pactionem illam iureiurando confirmauerit. Cæterùm pactionem interuenire neceſſe eſt ne quicquam amplius petere filia poſſit, vt quæſtio locum habeat. Sola enim dotis perceptio non impedit quominus mortuo quandocunque patre filia legitimam poſſit petere, ſed filiam tantùm obligat vt in eam portionem legitimam quam in defuncti patris bonis habere debet, dotem imputare teneatur, *l. quoniam Nouella 29. Cod. de inoff. teſtam.* Inter-
2 uenente autem pactione † per quam filia prohibeatur amplius quicquam petere pro legitima nullo etiam adhibito iureiurando, illud primùm quæri ſolet, An auctis poſtea patris facultatibus ius ſit filiæ petendi ſupplementi ex bonis poſt pactionem acquiſitis. Quæſtionem interpretes & pragmatici in eo eſſe putant, An valeat eiuſmodi pactio perinde acſi iurata eſſet. Nam cùm iurata eſt, vix dubitant quin ſi de legitimæ quantitate poſt mortem patris quæratur, conſtitutæ dotis tempus ſpectandum ſit non mortis, vt ſequenti capite
3 dicemus. Dubitandi autem cauſſa ex eo † naſcitur, quòd pactum hoc cum ſit de non ſuccedendo, videtur omni iure improbatum præterquàm ſi accedente iuriſiurandi vinculo & religione confirmetur, ex Bonifacij conſtitutione in *cap. quamuis pactum 2. de pact. in 6.* Multorum tamen, & eorum qui ſubtiliores ſibi viden-
4 tur, ſententia eſt valere † pactionem, non iure conuentionis de non ſuccedendo, quam fatentur valere non poſſe citra iuſiurandum, ſed potiùs iure ſucceſſionis, quaſi filia quæ dotem à patre accepit pro omni legitimæ & ſucceſſionis iure, hoc ipſo portionem ſuam hereditariam aut legitimam velut ſibi præmaturè datam, & vt loquuntur, aſſignatam percepiſſe videatur. Habent enim pro conſtanti, & indubitato, poſſe patrem viuum legitimam filio prorogare, ſi filius conſentiat: Exemplo, inquiunt, eius quod debetur in diem, quo conſtat ante diem ſolui poſſe, perindéque debitori liberationem contingere, quia & plus præſtat quàm debeat qui ante diem ſoluit, *l. Iauolenus 15. alias. l. eum qui. D. de annuis legat.* Addunt ſimiliter euenire, vt quamuis falcidia non niſi heredi debeatur, ac proinde poſt mortem teſtatoris quia nec ante heredem habere viuus poteſt, & conſequenter inſpecta patrimonij quantitate quæ mortis tẽpore fuit, interdum tamen poſſit falcidia præſtari futuro heredi à viuo teſtatore, vt in elegãti illa ſpecie quam Marcellus tractat in *l. cum quo 56. §. vlt. ff. ad leg. falc.* Si centum aureorum dominus inquit viginti quinque alicui dederit, & eum inſtituerit heredem, & dodrantem legauerit, nihil aliud ſub occaſione legis falcidiæ interuenire poteſt, quia viuus videtur heredi futuro prouidere. Sed videamus ne longè verius ſit quod nos ſuperioris Decadis capite ſecundo probauimus, fieri nullomodo poſſe vt legitimam portionem fi-
5 lius † habeat viuo patre, nec ſi patris voluntas cum filij conſenſu in eam rem concurrat. Non ob id ſolum quòd legitima nulla filio debeatur niſi poſt mortem patris, ne quidem filio adoptiuo in bonis adrogatoris, quamuis ea præcipuo quodam iure debeatur tanquam æs alienum ex Diui Pij conſtitutione, *l. 1. §. ſi impubere. D. de collat. bonor.* iunct. *l. ſi adrogator 22. D. de adop.* Sed etiã quia nec ſciri poteſt quid ſit in legitima priuſquàm is in cuius bonis legitima debebitur, diem ſuum functus ſit, cùm in ponenda legitimæ ratione ea patri monij quantitas ſpectanda ſit quæ deducto ære alieno, funeriſque impenſa mortis tempore inuenitur. *l. cum quæritur 6. C. de inoff. teſtam.* de quo quia iam multa ſupradicto loco ſcripſimus, non eimus hîc longiores niſi vt argumenta quibus in contrarium pragmatici mouentur, in eorum oculos retorqueamus. Ex iis enim ipſis apparebit euidentiſſimè quantopere fallantur. Nam quod primum obiiciunt id quod in diem debe-
6 tur, † ante diem ſolui poſſe, ſicut falſum eſt ſi indiſtinctè dicatur, ita ſi cum ea diſtinctione, quæ iuris ratione conuenit, pro nobis quàm maximè vrgebit. Diſtinguendum eſt an debeatur quid in diem incertam an in eam quæ ſit certa. Quod certa die promiſſum eſt, vel ſtatim dari potest. Totum enim medium tempus ad ſoluendum libertom promiſſori relinquitur. Atqui promiſit in diem incertam, aut quod idem eſt, ſub conditione (dies enim incerta pro conditione eſt, *l. dies 7. de condic. & demonſtr. l ſub conditione 16. l. ſufficit 56. D. de cond. indeb. l. talis ſcriptura 30. §. ſed etſi ſub conditione. de legat. 1.*(puta ſi aliquid factum ſit, aut cùm aliquid factum ſit, niſi cùm id factum fuerit dederit, non videbitur feciſſe quod promiſit *l. ſtipulatio iſta 38. §. inter incertam. de verb. oblig.* Ideóque repetere poteſt, tanquam indebitum per indebiti condictionem *l. qui promiſit 48. D. de cond. indeb.* Atqui ſi quod vnquam † 7
debitum incertum videri poteſt, tale certè eſt legitimæ debitũ, de quo diſputamus. Nõ enim duntaxat in diẽ incertã debetur, id eſt in diẽ mortis qui incertus eſt, ſed illud ipſum quod debetur prorſus incertũ eſt, quia cõputatur ex comparatione patrimonij quod mortis tempore reperietur. Quo quid incertius? Proinde iuris ratio facit, vt ſi quid pater viuus filio ſiue petenti ſiue accipienti pro legitima dederit, prorſus indebitum dici debeat, non vt repetatur per indebiti condictionem, quæ non magis inter patrem & filium, quàm alia vlla actio exerceri poteſt, ſed vt ſuo iure poſſit pater eas ipſas res quas filio pro legitima dedit, vindicare, tanquam ſuas nec alienatas. Nam ſi dicas ex iuris regula, cuius per errorem ſoluti condictio eſt, eius conſulrò dari donationem factam intelligi, *l. cuius per errorem 53. de reg. iur.* in promptu reſpõſio eſt non magis poſſe dõnationem
8 inter † patrem & filium familias conſiſtere, quàm aliam vllam obligationem, *l. 2. C. de inoffic. don. l. ſiue emancipatis 17. C. de donat. l. ſi donatione 13. C. de col. l. donationes 31. §. pater. D. de don.* Qua de cauſſa dubitandũ non eſſet, quin etiam dote data filiæ in vicem legitimæ, poſ-
9 ſet pater res dotales quaſi ſuas vindicare, ſi non † ius ipſius illud impediret quòd & filia dotis capax eſt conſtante matrimonio *l. Pomponius 35. D. famil. erciſc.* & ius mariti qui indotatam vxorem non fuit ducturus, non patitur vt ei dos auferatur, *l. Titia 64. D. de iur. dot.* Obſeruandum enim eſt quod Papinianus in *l. Pomponius*, ait traditionem prædiorum à patre factam ipſi filiæ licèt ex cauſſa dotis non valere: filiæ, tamen retentionem competere ob eam ſolam cauſſam quòd dotis capax fuiſſet filia conſtante matrimonio, matrimonium autem etiam poſt patris mortem conſtitiſſet. Ita namque innuit ne dotis quidam capacem eſſe filiam extra matrimonium, vt intelligamus ſi pater filiæ nondum nuptæ aliquid doner, tametſi in cauſſam dotis, non poſſe donationem conſiſtere, quandiu matrimonium nullum eſt, tantum abeſt vt valere poſſit datio legitimæ, quam viuus pater filiæ prorogauerit, nulla dotis mentione facta. Dotis enim mentio fauorabilem & iuſtam facit conuentionem, ſi modò matrimonium aliquod ſit, quoniam viuus pater filiam dotare tenetur *l. vlt. C. de dot. promiſſ. l. cap. 19. ff. de rit. nupt* cui tamen legitimam portionem dare nec tenetur, nec ſi maximè ambo velint, tamen poteſt: ex quo apparet quàm ridicula ſit
10 eorum ratiocinatio qui vt probent † filiam eſſe capacem legitimæ etiam viuo patre, afferunt capacem illam eſſe dotis, quæ ipſa in legitimam imputatur. Nam ſi ma-

trimonium nullum sit, sicuti dos sine matrimonio esse non potest, ita nec filia dotis capax est, non magis quàm legitimæ. Sin matrimonium constet, capax est dotis propter matrimonium, at non legitimæ, licèt dos illa suo tempore in legitimam sit imputanda, quia nihil commune habet legitima cum matrimonio. Sed & ita capax est dotis constante matrimonio, vt tamen ipsius dotis traditione non filiæ, sed marito fieri oporteat, quemadmodum docuimus ad Papinianum *lib.7. coniect. cap.*12. Quanto minus igitur permittendum erit patri, vt filio aut filiæ viuus legitimam tradat? Iam verò quod pragmatici obiiciunt de quarta falcidiana quam viuus testator heredi futuro dare potest ex *d. l. cum quo* 56. §. *vlt. D. ad leg. falcid.* licèt magis ad rem facere videatur, tamen æquè nugatorium est. Primùm quia non omnino recta † comparatio est falcidiæ & legitimæ. Est enim multo incertius debitum legitimæ, cum fieri possit vt turbato mortalitatis ordine filius ante patrem decedat, quàm falcidiæ quæ heredi debebitur, eo casu quo legata quoque legatariis debebuntur. Nempe quia fieri non potest vt heres ante testatorem moriatur eo casu quo de lege falcidia & legatis quæratur, vnde illud Imperatoris dictum, *Nemo suum occidit successorem.* Etsi enim facilè contingat vt heres scriptus moriatur ante testatorem, tamen cum id euenit, si substitutus nullus sit, testamentum destituitur & fit irritum, nec proinde legatariorum quicquam interest, cùm hereditate ex testamento non adita, legata omnia intercidant *leg. ea quam* 14. *C. de fideic.* Deinde etsi maximè recta esset comparatio legitimæ & falcidiæ, dico non ad aliam speciem pertinere posse quod † Marcellus ait testatorem viuum heredi futuro prouidere, quàm in qua id quod à testatore datum est heredi, respondeat ei portioni quam per legem falcidiam post testatoris mortem habere heres debet: vt accidit cùm is qui habebat centum in bonis, dedit heredi futuro viginti quinque, & legauit septuaginta quinque scilicet si eadem fuerit mortis tempore patrimonij æstimatio. Nam si ponas ab eo tempore quo viginti quinque heredi data sunt, emersisse æs alienum, aut conflatum fuisse ita vt non supersint in bonis nisi octoginta tempore mortis, non admittet Marcellus, tam benè heredi prouisum à defuncto, vt ex septuaginta quinque legatis nihil falcidiæ iure possit deducere, quia ex viginti quinque sibi à testatore datis soluere tenetur viginti ex causa æris alieni, quo detracto quinque duntaxat habere reperitur, qui per legem falcidiam viginti habere debet. Nec falcidiam impediet ea ratio quod euenire ex contrario potuit vt testatoris facultates crescerent, & heres longè plus quàm totius hereditatis quartam haberet. Non enim sicut potest heres supra quartam habere aliquid, ita & minore portione quàm quarta pars sit vllo casu contentus esse cogitur, sed omnimodo quartam habere debet potius patrimonij quod mortis tempore in hereditate reperitur deducto ære alieno. Nec solùm inuito testatore, sed etsi maximè heres ipse velit in eo testatori consentire, id est tametsi ponas in proposita specie viginti quinque data heredi ea lege non solum vt in falcidiam imputaret, sed etiam ne quicquam amplius pro falcidia vnquam petere posset. Quoniam non magis in futuri heredis quàm in ipsius testatoris potestate est, facere ne leges in testamento aut hereditate de qua agitur locum habeant, vt præcedenti capite dicebamus ex *l. nemo post* 55. *de legat.* 1. iunct. *l. quod bonis* 15. §. 1. *D. ad leg. falcid.* Ergo vt idem iuris in legitima constituamus quod in falcidia, similiter dicendum erit, Posse fieri vt viuus pater † filio prouideat, ne vlla patre defuncto supersit petitio legitimæ, nimirum si ea bonorum quantitas quæ filio data est pro legitima, aut ea lege vt in legitimam quandoque imputentur, respondeat ei quantitati quæ filio, si tum pater decederet, pro legitima deberetur: Alioqui non bene prouidisse dici posset qui minus filio quàm lex dedisset. At neque hoc sufficere poterit vt à legitima suo tempore petenda filius excludatur. Sed illud præterea exigendum erit vt quantitas quæ filio data fuerit pro legitima, ei quantitati respondeat quæ mortis tempore in bonis patris debeatur: Aliter enim eueniret vt minùs plena esset patris prouisio, & consequenter vt fieret iniuria legibus ex quibus legitima debetur, si minore portione quæ à patre data esset, contentus esse filius cogeretur. Atqui quæstio quam tractamus ad eum casum pertinet, quominus datum sit filiæ à patre pro legitima, quam ei ex legibus deberetur si non renuntiasset. Non potest igitur fieri vt quandiu vel vnus quadrãs ei quantitati deest quæ filiæ ex legibus citra renunciationem mortis tempore deberetur, legibus satisfactum, & naturale hoc debitum anticipata solutione extinctum videatur. Nec me illud mouet quòd si pater à tempore † dotis pro legitima constitutæ pauperior factus esset, nihil tamen ex ea portione quam filia ante tempus in caussam dotis pro legitima accepisset, decederet. Nam respondeo vel ex hoc maximè apparere, portionem illam quæ nubenti filiæ data est pro omni legitimæ iure, non posse dici legitimam, nec legitimæ loco cedere, quamuis in legitimam imputetur, quoniam si aut legitima esset, aut legitimæ iure censeretur, omnino euenitet vt diminutis ex post facto patris facultatibus pro ea saltem parte indebita videri deberet quæ debitam mortis tempore portionem superaret. At nullam pati potest diminutionem, quia non legitima, sed dos fuit, quam pater etiam viuus dare filiæ ex officio debuit, & quidem habita ratione bonorum, quæ tunc haberet, non eorum quæ moriens habiturus esset. Semel enim constitutam dotem ex superueniente patris paupertate diminui non oportet, non solùm propter † caussam publicæ vtilitatis cum vtilitate mulieris coniunctam, quæ dotes semper & vbique vult saluas atque integras manere, sed etiam propter adnexum ius mariti qui non minore dote vxorem ducturus fuisse credendus est, *d. l. Titia* 64. *D. de iur. dot. l. pure* 5. §. *penult. D de dol. mal. except.* Satisque patri inopi esse debet quòd si paupertas dotis constitutionem secuta eius solutionem præuenerit, non potest vrgeri suprà quàm facere possit, sin iam dos soluta est, alimentorum patri præstandorum cùm necesse est, contributioni filia sit obnoxia, ex fructibus dotis, dum ne maritus pari laboret egestate. Itaque nihil aliud possis ex hac ratione concludere præter hoc vnum, quòd aucto post constitutam dotem patrimonio, non debeat idcirco dos filiæ augeri, quæ in contrarium casum non diminueretur, vt eadem ratio sit augmenti & diminutionis. Dici enim solet non esse quem audiendum, si id petat cuius contrarium non fuerat in cõtrarium euentum postulaturus ex *l. penult. C. de solut.* Sed tamen nec hoc quoque facilè mihi videtur admittendum. Quod enim fauore dotis & optima ratione constitutum est, vt laptis ex postfacto patris facultatibus, nihilomagis minui dos debeat, non est in mulieris iniuriam retorquendum, vt ob id minorem legitimam consequatur, quàm si dotem nullam accepisset, ne alioqui paternum officium fraudi sit filiæ quæ oblatam quæsitámque à patre conditionem nuptiarum recusare nec potuit, nec debuit. Quare si poneres exclusam † statuto filiam à legitimæ petitione dummodò congruè dotatam, non dubitarem, quin ex modo aucti postea patrimonij augeri etiam dos deberet, tametsi ab initio congrua fuisset, quia cùm non possit statuto in totum tolli legitima, vt frequentiore & veriore interpretum calculo receptum est, videtur hoc casu substitui dos congrua in locum legitimæ portionis, & consequenter easdem recipit conditiones, non vt quantitati legitimæ respondere debeat, (ita enim fieret inutilis exclusio per statutum inducta, cùm & citra exclusionem verum esset nullam filiæ legitimam deberi quæ tantam dotem accepisset, quantam pro legitima dari satis esset) sed vt quemadmodum congrua dos illa fuisse intelli

intelligitur,quæ à patre primùm data est in vicem legitimæ, habita scilicet ratione aliqua bonorum quæ tùm pater habuit, licèt non ad legitimam vsque ascenderit, ita incipiat esse non congrua quæ post auctas facultates eadem manet, ideóque pro portione aucti patrimonij augeri debeat, vel ex ipsa patris confessione, qui si cùm haberet quingenta duntaxat in bonis, putauit dotem esse congruam centum aureorum, vtique existimauit,si ad mille vsque aureos totius patrimonij quantitas excreuisset,non aliter congruam fore dotem,quàm si
18 esset ducentorum.Nec quòd filia † quasi congruè dotata promiserit se nihil amplius petituram, ei nocere debet, cùm non possit pactio tam generalem recipere interpretationem, vt ad ea referatur, de quibus non fuit cogitatum, *l.qui cum tutoribus.9. & pass. D. de transact.* Neque verò ciuili interpretatione alium sensum potest habere ea conuentio, quàm vt nihil possit filia petere quandiu idem rerum status erit qui conuentionis tempore fuit,*cap.quemadmodum.Extr.de iureiur.l.fin.D.qui satisd.cogant.l.fin.D.ad municip.*quibus ex locis probari solet iusiurandum quoque, tametsi nuda conuentione potentius & fauorabilius sit,eandem tamen recipere interpretationem,facit *l. cura 4. §. deficientium D. de muner. & honor. l.ab his oneribus 10. §. auctis, D.de vacat.&*
19 *excu.mun.*vbi scriptum † est eos qui obtentu paupertatis excusati sunt, aliquando à muneribus & honoribus amittere excusationem, si medio tempore honestis rationibus patrimonium ex voto incrementum acceperit.In quibus verbis ponderari volo illa verba *ex voto.* Sensus enim est, nullam ei fieri iniuriam cui aufertur excusatio propter auctas medio tempore facultates, cùm si eo tempore quo excusationem paupertas adferebat, interrogatus fuisset an eiusmodi excusationem sibi perpetuam esse cuperet, haud dubiè fuerit responsurus, malle se,si posset,diuitem fieri,& acquisitione bonorum iacturam facere excusationis. Quis enim tam diues est, qui augendi sui patrimonij votum non gerat? Eodem igitur modo dici potest,non debere iniquo animo ferre patrem si propter auctas facultates cogatur augere dotem filiæ,qui non iniquo fert animo factum se locupletiorem,quique dotis constitutæ tempore non recusasset ampliorem dare dotem,si eo duntaxat pretio incrementum patrimonij comparandum habuisset. Verum enim verò etiamsi admittendum esset, quod non puto, congruæ dotis augendæ rationem in proposito nullam esse, non tamen recta esset consecutio quæ pragmaticis & interpretibus placet à dote ad legitimam. Sic enim ar-
20 gumentantur † vt dotis & legitimæ non modò iura,sed ipsa etiam propemodum nomina confundant. Dos, inquiunt, filiæ data, imminutis posteà patris facultatibus non minueretur. Ergo è contrario iisdem auctis legitima filiæ non augebitur: cùm id vnum inferre potiùs debeant, Dotem igitur aucto patrimonio augeri non debere.Nam de legitima augenda vel minuenda tractari non potest, quandoquidem non nisi semel deberi ea & præstari potest,vnóque & eodem inspecto temporis instanti,illo scilicet quo pater tùm primùm defunctus est: denique si probes non debere dotem augeri auctis patris facultatibus,quia iisdem imminutis, non imminueretur. Probabo eadem ratiocinatione legitimam ergo augeri debere auctis patris facultatibus, quia & iis imminutis minueretur,licèt dos semel data non minuatur, quia nec quicquam prohibet dotem maiorem esse legitima sicut & minorem esse posset. Sed perpetuus pragma-
21 ticorum error † ille est ex quo cæteri omnes confluunt, quod putant legitimam non minùs quàm dotem à patre viuo posse liberis dari,nec quicquam à legitima differre eam dotem quæ in legitimam imputanda est.Quod sanè à certissimis principijs iuris tam abhorret quàm
22 quod maximè. Igitur cùm † non valeat pactio non iurata. De non amplius quicquam petendo iure pactionis, de non succedendo, nec rursus possit videri filia legitimam percepisse quæ dotem pro legitima accepit, concludendum necessariò est saluam ei esse legitimæ persecutionem, ideóque conficiendam ei legitimam ex bonis illis, quæ mortis tempore in hereditate patris reperiuntur, nec constitutæ dotis tempus in ponenda legitimæ ratione spectandum esse.

ERROR V.

Si iurata sit renuntiatio filiæ, qua supplementum legitimæ petit ex bonis postea quæsitis.

SVMMARIA.

1 *Secundus casus quo quari potest, an filia quæ dotem pro legitima accepit, liceat ex bonis postea quæsitis supplementum legitimæ petere: & quæstionis explicatio.*
2 *Sententia pragmaticorum statuentium tempus renuntiationis spectandum in æstimanda læsione filiæ quâ minus legitima accepit renuntiam cum iuramento.*
3 *Tempus mortis in æstimando patrimonio ad probandam læsionem spectandum esse contra pragmatic.*
4 *Rationes quæ pro filia à quibusdam pragmaticis adferuntur,& earum refutatio.*
5 *Futiles esse rationes quibus pragmatici tempus renuntiationis spectandum putant: & num.8.*
6 *Error pragmaticorum renuntiationes filiarum iuratas habentium pro puris.*
7 *Lapsus Boërij existimantis huiusmodi renuntiationem iuratam non extendi ad legitimam, extendi tamen ad supplementum debitum ex bonis post renuntiationem adquisitis.*
9 *Conciliatio pragmaticorum quorundam reiecta.*

1 HIc alius † casus est, quem superioris cap. initio præfati sumus posse admittere propositam quæstionem, Verum filiæ quæ dotem, aut quid aliud pro legitima accepit permittendum sit; vt ex bonis posteà quæsitis supplementum legitimæ petat. Ponimus autem sic conceptam renuntiationem,vt eius potestate filia sit exclusa etiam à legitimæ portionis petitione, siue nobiscum sentias filiam quæ futuræ successioni cum iureiurando renuntiauit hoc ipso à legitima quoque excluſam intelligi, siue specialem legitimæ renuntiationem necessariam esse defendas. Ex quo apparet ita demum posse huic quæstioni locum esse, si de renuntiatione illa ex causſa immodicæ læsionis rescindendæ quæratur.Nam quandiu tenet renuntiatio,per quam fiat vt neque legitima vlla, nec proinde legitimæ supplementum vllum debeatur, frustra quæras de legitimæ iusta quantitate. Rursus vbi iam ex iusta aliqua causſa rescisſa fuit renuntiatio, nihil est quod de renuntiationis potestate tractari possit, quæ scilicet in eo est vt perinde habeatur, acsi numquam facta fuisſet: quo casu certum vtique ius esset in ponenda legitimæ ratione non aliud tempus spectandum fore quàm quo pater mortuus esset, at quoniam placuit renuntiationes huiusmodi quantumuis iuratas rescindi posse ob immodicam læsionem, quæstionis vtilitas in eo esse potest, vt sciamus an in æstimanda læsione, cuius probatio ad rescissionem necessaria est, habenda sit ratio eorum duntaxat bonorum quæ renuntiationis tempore fuerunt, an illorum etiam quæ ex postfacto, & in tempus vsque mortis accesserunt, in qua quæstione occurrit statim † 2
quod dicas cum pragmaticis & interpretibus renuntiationis tempus spectandum esse, vt & aliàs quoties de contractu rescindendo agitur ob læsionem,tempus con-

tractus

tractus inſpicimus *l.ſi voluntate* 8.*D.de reſc.vendit.* Neque verò fieri poteſt vt qui ſe in contrahendo læſum fuiſſe dicit, alterius temporis rationem haberi velit quàm quo contraxit. Addunt,in iure quærendo nullam poſſe læſionem conſiderari propter dubium euentum ex *l.de fideicommiſſo* 11.*C. de tranſ.* Item id quod ab initio legitimè factum eſt, non debere irritum fieri ex caſu ſuperuenienti, *l.2. ff. de itin.actúque priuat.* Addit *Decius conſ.*62. conſiderandum eſſe quòd filia quæ dotem & legitimam à patre accepit, potuit ante patrem decedere: quo caſu nec legitima ei debita fuiſſet, nec pro legitima,aliud quicquam.Sed præcipua omnium ratio illa eſt, quam nos ſuperiore capite iam agitauimus, quòd etiãſi temporis quod renuntiationem ſecutum eſſet rationem haberi oporteret, nollet tamen filia pati dotis quam à diuite patre accepiſſet diminutionem ob imminutas patris facultates. Cur ergo, inquiunt, ei permittamus, vt iiſdem facultatibus adauctis legitimam ſibi augeri velit, & ex eo augmento inducat probationem læſionis quæ alioqui inſpecto contractus tempore nulla eſſet? arg. *l. pen.C.de ſolut.* Sed tamen ſi propiùs & ſubtiliùs intueare,videbis nihil hac parte intereſſe, an filiæ renuntiatio fuerit iurata,nécne: Vtroque † n. caſu,id eſt, ſiue per reſtitutionem in integrum ex cauſſa læſionis, ſiue citra reſtitutionem petatur ſupplementum legitimæ per filiam quæ aut cum iureiurando aut ſine iureiurando renuntiauit,dico eam patrimonij quantitatem inſpici debere quæ moriente patre fuit,non quæ tempore renuntiationis; ratione tamen diuerſa. Nam cùm iuſiurandum nullum interuenit, ea ratio pro filia facit quod neque per renuntiationem excluſa eſt quia renuntiatio non valuit, neque per dotis aut legitimæ perceptionem, quia nec volens legitimam potuit conſequi à viuo patre,licèt id quod accepit in legitimam debeat imputare, itaque ſaluam habet legitimæ petitionem ſalua imputandi neceſſitate,& conſequenter cùm legitima non debeatur,niſi ex eo tempore quo pater defunctus eſt,conſequens fit vt non tam ſupplementum legitimæ quàm legitima ei debeatur: in ea verò æſtimanda non aliud patrimonium,quàm quod mortis tempore fuit,ſpectetur.Interueniente autem iureiurando filiæ quæ pacta ſit de legitima numquam petenda,facit pro filia,quod nobis in ſuperioribus inculcatum ſæpius, & probatum eſt, quòd huiuſmodi renuntiatio quantumlibet iurata licet ab initio ſtatim valeat,viréſque accipiat,tamen habet tacitam conditionem ſi quandoque legitima portio deferetur, cùm neque iuriſiurandi poteſtate, neque alia vlla iuris ratione fieri poſſit vt excluſio præcedat delationem, quemadmodum *Caſtrenſis* poſt *Bart. & Baldum* tractat ad *l.qui ſuperſtitis* 94. *de acquir. hered.* Vnde fit vt non priùs renuntiatio vires ſuas exerat & demonſtret ad filiam excludendam,quàm pater ſit mortuus,quo demum inſtanti naſcitur ius petendæ ſucceſſionis aut legitimæ portionis,arg. *l.ſi Stichum* 8.§.*ſi quis ita,l.quoties* 34.*D.de nouat.l.ſub conditione* 16.*D.de ſolut.* Illud igitur inſtans præciſè ſpectandum eſt in æſtimanda læſione quo pater deceſſit: ac proinde ea ipſa quantitas patrimonij quæ tum fuit. Idque quod magis mirabere, prorſus conſequens eſt ei regulæ qua mouentur pragmatici vt contra filiam reſpondeant, & quæ habet, in reſcindendo contractu ex cauſa læſionis inſpiciendum eſſe tempus contractus. Tempus namque contractus illud intelligendum eſt, non in quo, ſed in quod contractum eſt, id eſt, in quod collatus fuit effectus conuentionis, *l.quod ſponſæ* 4. *Cod.de donat.ant.nupt.l.in tempus* 62. *D. de hered. inſtit.* Itaque perinde habetur hæc renuntiatio acſi non niſi primo poſt patris mortem inſtanti facta eſſet, ac proinde tempus mortis neceſſariò ſpectandum eſt, vt ſciatur quid veniat in renuntiationem,& quanta ex renuntiatione læſio inducatur.Cúmque ex eo appareat filiam quæ legitimæ renunciauit, hoc ipſo quod de legitima locuta eſt, cogitaſſe non de iis tantùm bonis quæ pater tum habebat,ſed de iis etiam quæ pater acquirere ſibi poterat in tempus vſque mortis,quia nec prius de legitima quærendum erat,neceſſaria conſecutio eſt acquiſitorum ex poſtfacto bonorum rationem habendam eſſe in æſtimanda læſione, cùm veniant in renuntiationem.Nam ſi non venirent,alia ratio eáque euidentior pro filia vrgeret, quod ei nocere non poſſet renuntiatio quod ad bona illa quibus non renunciaſſet: Tritum enim eſt, actus agentium non vltra eorum intentionem operari debere. Scio eſſe ex interpretibus nonnullos † qui pro filia hanc potiſſimùm rationem adferant, quòd non videatur illa cogitaſſe de bonis quæ pater acquirere poſt renuntiationem potuiſſet, indéque inferant, non debere maiorem hac parte vim eſſe iuriſiurandi, quàm ſimplicis renuntiationis, niſi hactenus vt faciat valere renuntiationem,quæ alioqui non valeret, non etiam vt plus comprehendatur renuntiatióne quàm ſi iuſiurandum non interueniſſet, propterea quòd iuſiurandum quoque ſicut & ſimplex renuntiatio tacitam illam interpretationem recipiat *rebus ſic ſtantibus*, neque facere poſſit vt extendi debeat conuentio ad ea de quibus non fuit cogitatum: quemadmodum ſuperiore capite dicebamus. Sed mihi ratio hæc placere nunquam potuit, quia non puto fieri poſſe vt renuntiatio legitimam comprehendat,quin de bonis omnibus in mortis vſque tempus acquirendis cogitatum eſſe videatur: ſiquidem eo demũ tempore,nec priùs incipit locus eſſe quæſtioni de legitima. Nec illa quoque ratio mihi placet quam nonnulli adferunt pro filia, quòd ex Iuſtiniani conſtitutione poſſit dos filiæ diminui ſi pater facultatibus labi cœperit, *Auth. ſed quamuis,C.de rei vxor. act.* Nam vt taceam quod illi ipſi negant,conſtitutionem illam vſu vnquam fuiſſe receptam, pertinet ius illud nouum ad dotem quæ ſoluto filiæ matrimonio reuerſa ſit ad patrem,aut poteſtatis aut pactionis iure. Cuius certè ratio longè diuerſa eſt ab ea dote quæ penes maritum ſit,ſiue conſtante matrimonio, ſiue ſoluto quidem,ſed ſuperſtitibus ex eo liberis quam diminui poſſe nullo caſu proditum eſt. Conſtat autem ex ſuperioribus quàm futiles † ſint rationes omnes quibus mouentur noſtri, vt renunciationis tempus ſpectandum eſſe probent. Nam quod aiunt, contractus tẽpus ſpectandum eſſe cùm quæritur de læſione quæ in contractu interuenerit, ego equidem admitto, ſed renunciationis tempus illud, vt dixi, intelligo in quod collata diſpoſitio eſt, non quo inſtrumentum conſcriptum fuit.Item quod addunt,nullam in iure quærendo læſionem non poſſe conſiderari propter dubij euentus incertitudinem, ad rem non pertinet. Nam cùm renuntiatio hæc futuræ legitimæ in id tempus conferatur quo legitima debebitur,ac proinde quo ius petendæ legitimæ non quærendum,ſed quæſitum erit,nihil vetat quominùs certa læſio conſiderari poſſit habita ſcilicet ratione bonorum quæ in morientis patris hereditate reperientur.Simile eſt quod obiiciunt, id quod ab initio conſtitit,non debere irritum fieri ex caſu ſuperuenienti. Etſi enim renuntiatio,nihil obſtante tacita illa conditione quã habet,ſi legitima ſucceſſio aut portio deferetur,vires ab initio accipit,ſcilicet hactenus vt nõ ſit in poteſtate filiæ ne exiſtente quandocunq; renunciationis cõditione,ex iureiurãdo ſuo obligetur,tamẽ cùm effectũ ſuũ conferat in tẽpus mortis,quo demũ inſtanti extituta eſt conditio perinde habetur renuntiatio acſi non niſi eo ipſo inſtanti facta eſſet,ac conſequenter incrementũ illud patrimonij quod medio tẽpore accidit,nõ tam ſecutũ eſſe quàm præceſſiſſe renũciationẽ intelligitur. In eóq; perpetuus pragmaticorũ & interpretum noſtrorum error † eſt, quòd renuntiationes iſtas cùm iuratæ ſunt, habent illi pro putis,nimirũ exiſtimãtes legitimã à viuo patre dari poſſe filiæ prorogari: quorum vtrumque falſiſſimum eſt. Quis verò non miretur *Boerium deciſ.*3.& 62.& alios pleroſque qui cùm defendant renunciationem

7 nem †iuratam non extendi ad legitimam, volunt tamen extendi ad ſupplementum debitum ex bonis poſt renuntiationem acquiſitis? An non enim ſupplementum hoc legitimæ ipſa legitima eſt, aut ſaltem pars legitimæ? Aut quomodo fieri poteſt, vt cui legitima nulla debetur, ei legitimæ ſupplementum aliquod debea-
8 tur? Sed magis ridiculum illud eſt quod poſtremo † loco obiecimus ex Decio, potuiſſe fieri vt filia quæ legitimæ iuratò renuntiauit accepta dote, ante patrem moreretur, quo caſu, inquit, non eo minùs legitimam quæ nulla debita fuiſſet, habuiſſe videretur. Nego enim futurum eo caſu vt habuiſſet legitimam. Dos enim illa non legitima dicenda eſſet, neque legitimæ loco dos ceſſiſſe dici poſſet eo caſu quo legitima nulla vnquam debita fuiſſet. Sed & præmortua ſine liberis filia dos illa ad patrem rediiſſet, *l. dos à patre 4. C. de ſolut. matrim.* Liberis verò ſuperſtitibus in eorum legitimam imputanda fuiſſet, vt ſequenti Decade ſcribemus. Vtroque igitur caſu ſatis ſupérque conſultum eſſet patri, cui propterea non eſt quod in eo faueamus vt minorem filiæ legitimam debeat, quàm ſi nihil ab eo viua filia accepiſſet, illa enim ſemper obſeruanda differentia eſt quam nos inter dotem & legitimam conſtituimus, cauendúmque ne dotis & legitimæ iura confundantur. Non enim ſicut legitimæ, ita & dotis ampliorís renuntiatio tacitam vllam habet conditionem, quia dotem filiæ debet viuus pater, legitimam verò non niſi mortuus. Itaque ſi in dote læſam ſe dicat filia quaſi minùs congruam à patre acceperit, qui ampliorem dare ex officio debuerat, renuntiationis tempus præcisè ſpectabimus, nec bonorum poſteà acquiſitorum vllam habebimus rationem, quoniam nihil eſt quod imputari poſſit patri qui ſemel congruam dotem dedit, inſpecto patrimonio quod tunc habebat: nihilque filiæ intereſt quæ quantò minorem dotem erit conſecuta, tantò ampliorem legitimam conſequetur. De illa ſiquidem filia loquimur quæ ſtatuto excluſa non ſit à petitione legitimæ propter dotem: ſed tantùm pacto per renuntiationem: alioqui dicerem auctis ex poſtfacto patris facultatibus, dotem quæ ab initio congrua fuiſſet, minùs congruam fieri, ideóque augeri debere, vt à nobis ſuperiore capite probatum eſt. Ex eáque dotis & legitimæ diſtinctione illud etiam apparet quàm parum probabilis ſit ea ſententia quæ in propoſita quæſtione ad conciliandas interpretum contrarias opiniones, pragmaticis noſtris magis placet. Aiunt † enim, ſi filia ab initio congruenter dotata ſit, & quidem ita vt non poſſit probare ſe læſam inſpecta ea bonorum quantitate quam pro legitima habere debuiſſet, ſi tum pater deceſſiſſet, non eſſe illam audiendam ſi ob quantumcumque auctas ex poſtfacto facultates patris ampliorem legitima petat, ſéque læſam probare velit ex comparatione patrimonij quod moriens pater teliquit, eſſe tamen audiendam ſi ab initio læſa fuit vel in modica quantitate, quaſi fauendum ſit patri qui bona fide rem cum filia egit, non item ei qui filiæ facilitate abuti voluit vt eam circumueniret. Eſſet enim hæc conciliatio probabilis ſi dotis & legitimæ idem ius eſſet aut ſi dos à patre data legitimæ loco cedere poſſet, nec magis legitima parte quandocumque mortuo quàm dos, filiæ iam congruenter dotatæ deberetur. Sed cùm hæc omnia longè aliter ſe habeant, nec quicquam ſimile aut commune gerat dos cum legitima niſi quod in legitimam imputatur, cúmque diminutis ex poſtfacto patris facultatibus, filiæ legitima minuatur, quamuis non ipſa dos, concludendum eſt renuntiationem legitimæ tametſi iuratam reſcindi poſſe ex cauſſa immodicæ læſionis, æſtimata læſione ex comparatione patrimonij quod non renuntiationis, ſed paternæ mortis tempore fuit, ſiue ab initio congrua dos fuerit, ſiue non.

ERROR VI.

De Leſione quæ locum facere poſſit reſtitutioni aduerſus iuratam pactionem de non ſuccedendo.

SVMMARIA.

1 *Renuntiatio etiam iurata futuræ ſucceſſionis aut legitimæ portionis reſcindi poteſt ob immodicam leſionem.*
2 *Quanta leſio hîc eſſe debeat, vt in integrum reſtitutioni locus eſſe poſſit.*
3 *Pragmaticorum Italorum & interpretum ſententia multiplici diſtinctione ſuffulta.*
4 *Diſtinctionis interpretum examen, & ſeqq.*
5 *Bonifacij conſtitutionem perperam produci à pragmaticis ad eum caſum quo alij quàm patri facta eſt renuntiatio.*
6 *Diſtinctionem inter maiorem & minorem cùm agitur de huiuſmodi reſtitutione ab interpretibus non rectè reiici.*
7 *Iuriſiurandi auctoritatem iniquè produci ab interpretibus.*
8 *Itali pragmatici abſolutionem à iureiurando contractui adhibito difficilius concedunt, quàm Galli.*
9 *Quæ leſio ſufficiat ad reſtituendam filiam minorem.*
10 *Enormis leſio cum reuerentiali metu coniuncta probationem non poteſt inducere eius metus, quem requirit Edictum, Quod metus cauſſa.*
11 *Sententia l. ſi ſuperſtite 5. C. de dol.*
12 *Iuſiurandum facere non debet, vt impediatur reſtitutio quæ ex leſione iuſtam cauſam habet.*
13 *Diſtinctio interpp. reiecta.*
14 *Eandem vtrique parenti reuerentiam liberi debent.*
15 *Quid dicere ſufficiat filia quæ renuntians patri, vt in integrum reſtitui poſſit.*
16 *Ad quos pertineat l. vlt. C. qui & ad quos in integr. reſt. non poſſ.*

CVm dixerimus renuntiationem † futuræ ſucceſſionis aut legitimæ portionis reſcindi poſſe ob immodicam læſionem, tamerſi iuſiurandum interueniſſe proponatur, illa quæſtio nunc tractanda ſupereſt, quantam † læſionem eſſe oporteat vt in integrum reſtitutioni locus eſſe poſſit. In qua quæſtione video interpretes à pragmaticis ferè omnibus præſertim Italis probatos, diſtinguere, † An patri facta ſit renuntiatio, an alij quàm patri. Priore caſu volunt iuſtam eſſe petendæ abſolutionis & in integrum reſtitutionis cauſſam ſi læſio ſit enormis, vt loquuntur, id eſt, vltra dimidiam: concurrit enim ex alia parte, inquiunt, reuerentia, quam filia debet patri, propter quam veriſimile ſit non audentem eam contradicere, ac proinde metu potiùs quàm libera voluntate inductam renuntiaſſe *arg. 1. §. quæ ueranda. D. quæſt. act. non det. l. ſi ſuperſtites 5. C. de dolo. vlt. D. de furt.* Atque ita ex capite edicti *De eo quod met. cauſſ.* dant reſtitutionem in integrum, nil obſtante iureiurando, quod ita demum ſeruari vult pontificia conſtitutio in *cap. 2 de pact. in 6.* ſi neque vi, neque metu, neque dolo præſtitum ſit, ne alioqui vinculum ſit iniquitatis potiùs quàm religionis. Nec diſtinguunt an maior ſit filia, an minor annis vigintiquinque. Ideò fortaſſis quòd paternâ reuerentia non minùs vrgeatur filia quæ maior quàm quæ minor eſt: quódque præſumendum non ſit voluiſſe patrem decipere filiam minorem potiùs quam maiorem, *l. Aurelius 29. §. Titius teſtamento ad fin. de liber. legat. leg. penultim. §. prime, vbi Bald. Cod.*

1 2 3

Cod.de adopt. At posteriore casu quo alij quàm patri facta sit renuntiatio, magis probant vt melioris conditionis esse debeat filia minor quàm maior. Propterea quòd succurrendum sit minori si enormis tantùm & vltra dimidiam læsio probetur, maiori verò non aliter quàm si enormissimè læsa sit, hoc est, longè vltra dimidiam, & ad eam vsque quantitatem quæ sit vltra bessem, fortè si legitimæ quam aureis plus quàm trecentis dignam esse apparuit acceptis centum renuntiauerit. Hoc autem ideò quoniam existimant nouam Imperatorum constitutionem in *l. 2. C. de rescind. vendit.* quam ad cæteros fere omnes contractus ex eadem humanitatis ratione protrahunt, non habere locum si iusiurandum interuenerit, nisi non enormis tantùm sed enormissima quoque læsio accedat, quæ inquiunt re ipsa dolum habet, cùm non sit verisimile consensurum quemquam fuisse in tam grandem læsionem, si non fuisset adhibitus dolus, quem tamen sicut & vim & metum à iuramento excludi æquum est: ne patrocinium sumat à legibus quarum potestate purgandus sit potiùs, & vindicandus. Parum enim referre arbitrantur an dolus ex proposito dederit caussam contractui, an inciderit in contractum, nisi quod illo casu contractum ipso iure nullum, isto verò rescindendum esse volunt; & quidem ita vt in integrum omnia restituantur, nec ei qui alium decepit iusti pretij supplendi electio relinquatur. Mihi verò tota hæc distinctio
4 † quam ex communi aliorum sententia refert probatque *Didac. Couarr. in 3. part. relect. cap. quamuis pactum, §. 4. num. 7. & seqq.* non pluris verba continere videtur quàm errata. Primùm enim illud mihi valdè suspectum est quod
5 pontificia † constitutione quæ non nisi de renuntiatione patri per filiam facta loquitur, protrahunt ad alias quoque renuntiationes quæ alij quicumque facta sint, dummodò iusiurandum interuenerit. Etsi. n. constitutionis ratio præcipua sumitur ex autoritate iurisiurandi quod omnimodo seruandum est quoties citra dispendium salutis æternæ seruari potest: nemo tamen non videt longè minùs odiosam esse renuntiationem, ideóque faciliùs iureiurando confirmari debere, quæ patri quàm quæ alij facta est, quia prudens bonúmque pro filia consilium pater cepisse credendus est, non etiam mater cui propter sexus fragilitatem ne quidem facultas boni consilij capiendi supperit. Non etiam fratres, qui sororis renuntiantis facultates quantascumque vel vno nummo si facere possent, ne dicam ipsius morte redemptas plerumque vellent. Itaque non facilè, meo iudicio, debuit noua constitutio & satis alioquin odiosa produci ad alias personas propter eam doli præsumptionem quæ ex pactione ipsa legibus prohibita induci non temerè potest, & ex qua non mediocriter labefactatur autoritas iurisiurandi quæ non tantùm à dolo, sed à doli etiam suspicione vacua esse debet: doli porrò suspicionem sola patris persona purgare potest, non etiam cæterorum qui pietatis & prudentiæ paternæ aculeos nullos sentiunt. Denique sicuti iusiurandum facere non posset citra Bonifacij constitutionem vt à paterna successione excludi deberet filia quæ contra legum prohibitionem pacta esset de non succedendo, quoniam iusiurandum quoque nullius momenti haberetur quod præstitum esset contra leges, *l. non dubium 5. C. de legib.* Ita & cùm alij quàm patri facta renuntiatio est, ius antiquum seruandum est, vtpote cessantibus hoc casu verbis nouæ constitutionis, cessante etiam æquitate ipsa qua propter patris personam moueri summus Pontifex potuit, vt huiusmodi iusiurandum tueretur, quæque perpetua iurisiurandi comes esse debet. Deinde quod addunt interpretes, nihil
6 referre † an filia quæ patri renuntiauit, minor eo tempore fuerit an maior annis vigintiquinque, nec illam magis quàm hanc posse in integrum restitui si non enormis quoque læsio accedat ad metum reuerentialem, non potest, meo iudicio, verum esse. In omni siquidem iuris parte fauetur minoribus magis quàm maioribus extra causam doli vel delicti, maximè verò cùm agitur de æquitate restitutionis in integrum ex caussa læsionis indulgendæ: vt ea ætas lubrico doli & deceptionis longè magis exposita est, quàm quæ iam plena & perfecta plus consilij iudiciique habet ad res bene prudenterque administrandas. Ratio autem illa qua mouentur interpretes, vt omnem ætatis distinctionem hac parte reiiciant, apertè falsa est. Putant enim iurisiurandi † autoritatem eam esse 7
debere, vt filiam quæ renuntiauit, non aliter à iureiurando absolui oporteat, quàm si per vim & metum aut per dolum ad iurandum adacta probetur, siue minor fuerit, siue maior, dummodo pubes, quòd ex iureiurando pubetes omnes æquè obligentur. Quæ sententia si vera est, non video quonam alio casu verius dici possit summum ius summam esse iniuriam. Quoties enim contractus talis est quem si iuratus non esset ex caussa aliqua rescindi oporteret, non debet iusiurandum esse vinculum iniquitatis vt impediat æquitatem restitutionis. Ipso namque rerum quotidiano vsu compertum est qua facilitate quis contrahit & decipitur, eadem quoque persuaderi vt iuret. Nec est quod quis obiiciat ita fieri vt nulla sit autoritas iusiurandi. Est. n. maxima in eo quod firmat contractus, facitque vt ipso iure valeat qui aliter non valeret, ita vt nec absolutio peti, aut saltem effectum habere possit, nisi maxima æquitate id suggerente. In quo
pragmatici † Galli nostrique videntur mihi æquiores, ne 8
dicam prudentiores Italis. Non enim separant causam absolutionis à causa restitutionis, sed vbicumque subest æquitas quæ restitutionem dari debere suadeat, absolutionis quoque indulgendæ rationem subesse existimant, quam & iudex Ecclesiasticus passim & sine causæ cognitione indulgere solet, quamuis ad fines agendi tantùm, & eo demum casu effectum habituram quo iudex laicus ad quem spectat cognitio restitutionis, caussâ cognitâ restitutionem petenti concesserit. Itali contrà quotiescumque adhibitum est iusirandum quod neque vi neque dolo malo formali aut præsumpto extortum sit, nihil aliud intuendum existimant nisi an sine detrimento salutis æternæ seruari possit nécne, siue mulierem proponas siue contra Vellcianum intercesserit, aut de dote malè pacta sit, siue minorem, quæ prædia sine decreto iudicis perperam & vilissimo pretio distraxerit: adeò vt nec aliter huic iniquitati posse occurri apud Pedemontanos creditum sit, quam si edicto Principis quod in eam rem extat, prohibeterentur notarij ne in eiusmodi instrumentis componendis iusiurandum mulieris aut minoris vllum adhiberent. Admisso igitur eo iure quo Senatus nostet vtitur vt nil obstante iureiurando perinde rescindi contractus possit ſ subsit caussa restitutionis acsi iuratus non esset, dico † renunciationem quam patri fi- 9
lia, licèt iuratò fecerit, rescindi posse & debere ex causa læsionis, si filia minor fuit, quamuis intra dimidiam læsa proponatur, quia quod hoc etiam casu enormem læsionem interpretes requirunt, ex eo proficiscitur, vt dictum est, quòd ita demum filiam à iurisiurandi vinculo absolui posse volunt, si per vim aut metum adacta sit ad iurandum: metum verò illum non ex qualibet læsione induci posse putant, sed ex ea tantùm quæ sit enormis, quæ nec ipsa sufficeret nisi metus quoque reuerentialis concurreret. Tolle igitur errorem illum superstitiosum magis quàm religiosum de iurisiurandi autoritate. Relinquetur vt ea læsio sufficere debeat ad indulgendum minori filiæ auxilium restitutionis, quæ sufficeret si citra vinculum iurisiurandi pactio illa de non succedendo valere potuisset. Atqui nemo non fatetur eo casu succurrendum fore minori filiæ potiùs quam maiori ex caussa læsionis immodicæ, quoniam vbi sola læsio inducit restitutionem, constat in maiorum duntaxat non etiam in minorum restitutionibus constitutum esse vt læsio vltra dimidiam iusti pretij requiratur. Idem ergo & interueniente iureiurando admittendum est. Sed & ex eo quod interpretes volunt enormem læsionem cum reuerentiali

metu

metu concurrentem ſufficere vt filia etiam maior annis vigintiquinque per vim & metum iuratſe exiſtimetur, contendo fieri debere vt in filia minore minorem quoque læſionem exigere debeamus. Etſi enim metus reuerentialis in cuiuſlibet ætatis filia idem eſt & eſſe debet, nec ſolus ſufficit ad impetrandam reſtitutionem, *l. ad inuidiam 6. vbi Bart. notat. C. de eo quod vi met. cauſ.* cùm tamen coniuncta læſio inducat metum, ſi noſtris credimus, conſentaneum eſt vt quemadmodum minor læſio ſufficeret in perſona minoris filiæ ad inducendã æquitatem reſtitutionis ſi ſola læſio ſatis eſſet, ita & minor læſio in perſona filiæ minoris debeat inducere metum præſumptum. Nam & multò facilius eſt vt minori annis vigintiquinque quàm vt maiori metus inferatur. Siquidem in prætoris edicto metus non alius intelligitur, quàm qui ſit iuſtus, & qui cadere poſſit in conſtantem virum. Nemo autem neſcit minùs eſſe conſtantiæ in minore quàm in maiore. Quamquam hæc ipſa ratio facit vt non putem verum quod tam conſtanter interpre-
10 tes omnes defendunt enormem † læſionem cum reuerentiali metu coniunctam inducere probationem eius metus quem interuenire neceſſe eſt, vt ex edicto, Quod metus cauſſa id quod geſtum eſt reſcindatur. Tantum enim abeſt vt præſumptus metus ſufficere poſſit ad reſtitutionẽ, qualem eſſe hunc fatentur qui ex metu reuerentiali & enormi læſione inducitur, vt nec verũ metum illatum eſſe profit, niſi talis metus ſit qui cadere poſſit in conſtantem virum. Quid verò cum eo metu ſimile habet pudor filiæ quæ patri exiguam dotem offerenti vt filiæ renunciationẽ extorqueat, contradicere non audet? Alterutrum igitur admittendum eſt, vt vel metus reuerentialis ſufficere debeat impetrãdæ reſtitutioni ſi læſio aliqua non prorſus modica accedat, ſiue filia maior ſit ſiue minor, vel nulla læſionis ratio habenda ſit quantacumque proponatur. Nuſquam enim ſcriptum reperias commune quicquam habere læſionem cum metu, an ſi quid in ea re læſioni tribuendum eſt, enormem potiùs & quæ ſit vltra dimidiam quàm aliam quæ non omnino modica ſit, requiri. Pugnatque ex diametro cum hac in-
11 terpretum traditione † lex *ſi ſuperſtite 5. C. de dolo.* in cuius ſpecie filia quæ cum patre contraxerat, tametſi immodicè læſa eſſet, iunatur contra patrem non ea parte edicti quæ eſt De eo quod metus cauſſa, ſed ex capite De dolo, temperata tamen propter paternam verecundiam verbis in factum conceptis actione. Etſi enim actio illa in factum non infamat, cùm tamen ſubſidiaria ſit actionis De dolo, non alio caſu dari poteſt quàm quo actio de dolo dari poſſet ſi paterna verecundia non obſtaret. Atqui non competeret de dolo, quandiu ex capite De eo quod metus cauſa indulgeri reſtitutio poſſet: paterna igitur verecundia cum læſione quantumcũque enormi coniuncta non poteſt inducere auxilium prætoris, quod ille metum iuſtum paſſis pollicetur. Quæ cùm ita ſint apparet quoque diſtinctionis partem falſam eſſe, quæ habet, Si filia quæ renunciauit alij quàm patri renunciauerit, non aliter poſſe eam reſtitui ex cauſſa enormis læſionis, quàm ſi ſit minor annis vigintiquinque. Sin maior ſit, enormiſſimam læſionem probandam eſſe. Nam vt ita diſtinguant mouentur etiam ſola iuriiurandi auctoritate, & ceſſante metu reuerẽtiali cùm alij quàm patri filia renunciauit, nullam violandi iuriiurandi cauſſam ſatis iuſtam eſſe putant, præter dolum, quem porrò ita demum in re ipſa ineſſe putant vt dolo ex proposito cõparetur, ſi enormiſſima læſio probetur interueniſſe. At
12 nos iam diximus iuſiurandum † facere non debere vt impediatur reſtitutio quæ ex læſione iuſtam cauſſam habet, licèt neque vis interceſſerit, neque metus, neque dolus. Idque igitur iuris in huiuſmodi renunciationibus alioquin odioſis & à iure ciuili prohibitis ſeruandum erit quod in aliis contractibus fauorabilibus licèt iuratis ſeruari ſolet, vt ſi à maiore reſtitutio petatur enormis læſio probanda ſit: ſin à minore, minor quo-

que læſio requiratur. Sed neque video quid interſit † an 13
patri filia renunciauerit, an alij, cùm de paterna ſucceſſione actum eſt. Non enim valere poteſt pactio inter filiam & alios facta de non ſuccedendo patri niſi patris conſenſus accedat: ex *l. vltim. Cod. de pact.* quo interueniente vix eſt vt non idem reuerentialis metus adſit, qui adeſſet ſi ipſi patri facta eſſet renunciatio. Cur ergo aliud hoc caſu admittemus, nec æquè ſuccurremus filiæ licet maiori, vt ſaltem probata enormi læſione reſtituatur? Quod ſi de alia quàm de paterna ſucceſſione actum ſit, vix etiã eſſe puto vt non eodem iure cenſeri debeat filia quæ matri, quo ea quæ patri renunciauit. Etſi enim non eadem matris quæ patris in liberos poteſtas eſt, eandem
14 tamen † vtrique parenti reuerentiam liberi debent, cùm ea reuerentiæ exhibendæ neceſſitas non ex iure poteſtatis, ſed à natura proficiſcatur. Itaque cùm ſubſit vtroque caſu idem metus reuerentialis, non debet deterioris conditionis eſſe filia quæ matri renunciauit quàm quæ patri, nec maioris læſionis probatione oneranda eſt. Quam etiam ob cauſſam, ſuprà moti ſumus contra interpretes ex *d. l. ſi ſuperſtite C. de dolo*, vt probaremus ex metu reuerentiali iuncto cum immodica læſione iuſtum metum non induci, quamuis ea lex loquatur de filia emancipata, quia ſcilicet reuerentialem metum inducit nomen patris non ius poteſtatis, vt de dote profectitia ſcriptum eſt in *l. 5. §. 1. D. de iur. dot.* Planè extra parentes fateor reuerentialem metum nullum eſſe, cuius in concedenda reſtitutione ratio haberi poſſit. Nolo hîc repetere quæ iam ſæpius à nobis in ſuperioribus tractata ſunt contra inueteratum illum errorem interpretum De dolo in re ipſa ex enormiſſima læſione inducendo. Sed hoc tantùm monere volo, facilius eſſe vt filia in integrũ reſtituatur aduerſus contractum quem cum patre iniit cùm ſe ex ſua ſimplicitate deceptam allegat quàm ſi metum vel dolum ſibi à patre illatum eſſe diceret, licut apparet ex ea prudentum veterum diſtinctione quam Iuſtinianus refert in *d. l. vlt. C. qui & aduerſ. quos in integ. reſtit. non poſſ.* Vt intelligamus † filiam quæ patri renun- 15
ciauit, non in eas eſſe redigendam anguſtias ſi in integrũ reſtitui velit, vt dicat, probétve dolo ſe patris vel metu adactam vt cum iureiurando renunciaret, ſed ſufficere debere ſi dicat ſe læſam ſua ſimplicitate probétque læſionem: cui conſequens eſt vt ætatis quoque diſtinctio admittenda ſit, tantóque facilius reſtituenda filia quæ minor fuit quanto credibilius eſt eam ſua ſimplicitate deceptam eſſe, quam ſi maior fuiſſet. Illud verò etiã obſeruandum eſt conſtitutionem illam Iuſtiniani in *d. l. vlt.* quæ liberos ab omni ſpe impetrandæ aduerſus parentes reſtitutionis excludit, ad propoſitam quæſtionem non pertinere. Solis enim † parentibus & patronis ea lege 16
proſpicere Iuſtinianus voluit propter reuerentiam quæ huiuſmodi perſonis debetur, non etiam eorum heredibus quibus vtique debetur nulla: propoſita autem quæſtio De reſcindenda renuntiatione futuræ ſucceſſionis aut portionis legitimæ, ex cauſſa immodicæ læſionis non poteſt locum habere niſi mortuo demum patre, quia nec priùs effectum habet renunciatio, nec de legitimæ iuſta quantitate viuo patre tractari poteſt, vt in ſuperioribus latè fuſéque à nobis diſputatum eſt.

ERROR VII.

De filia quæ nulla dote accepta renuntiauit paternæ ſucceſſioni cum iureiurando.

SVMMARIA.

1 *An valeat renuntiatio filiæ quæ nulla dote à patre accepta renuncianit paternæ ſucceſſioni cum iureiurando.*

2 *Sententia interpretum affirmans, quibus tamen placet hoc caſu abſolutionem & in integrum reſtitutionem poſſe impetrari.*

3 *Pactionem de qua agitur iureiurando non confirmari, contra eoſdem.*

4 *Filiam in caſu propoſito non indigere abſolutione, aut reſtitutione in integrum.*

5 *Contractus alioqui nullus iureiurando non confirmatur.*

6 *An ex Bonifacij conſtitutione pactiones de non ſuccedendo confirmentur per iuſiurandum; an verò iuſiurandum tantum inducat periurij exceptionem.*

7 *Sententia Bartoli: & quo iure hac in parte vtamur.*

ESt hæc tractatio velut appendix quædam ſuperioris, poteſtque fieri locus quæſtioni, licèt vix ſit vt filia paternæ ſucceſſioni renunciet adhibito præſertim iureiurando quin vel dotem, vel quid aliud à patre accipiat. Euenit enim aliquando vti ea quantitas quam patet dat filiæ in dotem pro legitima vt renunciet illa bonis paternis, maternis, fraterniſque, non ſit amplior quàm quanta filiæ ex maternis ſolis aut fortaſſe ex legato per patrem præſtando debeatur, quòd cùm accidit etſi inſtrumento comprehenſum ſit quantitatem illam à patre promiſſam aut numeratam eſſe pro iuribus omnibus, effectu tamen ipſo verum eſt nihil filiam à patre accepiſſe. Quid enim eſt quod de ſuo dediſſe videatur, qui quod dedit omnimodò dare debuit, *l. vnum ex familia* 67. §. 1. *de legat.* 2. Autoritas tamen iuriſiurandi facit vt hoc etiam caſu
1 quæratur an renuntiatio † valeat, & pontificiæ conſtitutionis de qua hucuſque diximus iure defendatur.
2 Frequentióque † interpretum ſententia eſt valere renuntiationem & iureiurando confirmari, quoniam poſſit iuſiurandum hoc ſeruari commodè ſine detrimento ſalutis æternæ. Sic enim *Didacus Couarr.* poſt alios *in tertia part. relect. cap. quamuis de pact. in 6. §. 4. num. 6.* Fatentur tamen poſſe impetrari abſolutionem à vinculo iuriſiurandi, & in integrum reſtitui filiam aduerſus renuntiationem, ſiue ex capite *De eo quod met. cauſſ.* propter concurrentem metum reuerentialem ſi cum patre contractum fuit, ſiue ex cauſſa doli ſi cum alio quàm cum patre, propter enormiſſimam læſionem cuius probatio euidens eſt renuntiante eo cui in vicem legitimæ ſucceſſionis aut portionis nihil datur. Ideò autem dant abſolutionem & reſtitutionem quòd nulla vis ſit iuriſiurandi per vim aut metum dolúmue extorti, quale his caſibus illud eſſe intelligitur; quod adhibitum eſt in renuntiatione. Ego ne repetam, quæ ſuperiore cap. contra interpretes diſputaui, non poſſum probare quod
3 illi volunt pactionem † hanc, de qua quærimus iureiurando confirmari. Etenim cùm non ſolùm ſit contra leges, ſed etiam ſine cauſſa, negari non poteſt quin aduerſus agentem ex ea pactione danda ſit exceptio doli, quæ iure competit quoties agitur ex ſtipulatione interpoſita ſine cauſſa, *l. 3. §. circa. D. de dol. mal. except.* quoniam, vt ibi Vlp. ait, nunc facit dolo qui ex ea ſtipulatione agit, licèt ab initio nihil dolo fecerit. Abſurdum autem ſit exiſtimare doli exceptionem ob id minùs locum habere poſſe, quòd iuſiurandum interuenerit. Nam ſicuti iuſiurandum quod dolo malo extortum eſt non obligat iurantem, ita neque adimere poteſt iuranti exceptionem doli, ſiue detur exceptio illa ob dolum qui iuſiurandum expreſſerit, ſiue ob dolum qui actionis potiùs quàm ſtipulationis tempore emerſerit. Semper enim dolus potentior eſt iureiurando, neque aut actio de dolo, aut exceptio doli per iuſiurandum vnquam perimitur: ne alioqui eueniat vt iuſiurandum iniquitatis & doli vinculum conſtituatur. Quod ſi in propoſita ſpecie nulla poteſt eſſe vis iuriſiurandi propter doli exceptionem, conſequens eſt vt nulla ſit ad renuntiationem reſcindendam neceſſaria reſtitutio. Non modò quia extraordinarium auxilium quale eſt reſtitutionis ſicut neceſſarium non eſt, ita nec competit, vbi adeſt ordinarium exceptionis doli *l. in cauſſa* 17. *in princ. & §. 1. D. de minor.* Sed etiam quia ceſſante poteſtate iuriſiurandi quo ſolo ſuſtinebatur renuntiatio, ſupereſt ius commune & antiquum ex quo pactiones huiuſmodi de non ſuccedendo prorſus improbantur: cúmque nullo iure ſubſiſtat, fieri non poteſt vt reſcindatur, *l. nam etſi* 5. *D. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſt.* Et ſanè pontificia conſtitutio quæ prima ſolaque ius hoc induxit eum nominatim caſum demonſtrat quo filia accepta dote patri renuntiauerit. Proinde ſicuti non eadem vrget æquitas cùm filia vt renuntiaret nihil à patre acceperit, ita nec ratio vlla eſt vt ad eum caſum conſtitutio noua correctoria & odioſa protrahatur. Accedit quod ipſa conſtitutionis verba excludunt iuſiurandum quod vi, vel metu, vel dolo ſit extortum. Si ergo verũ eſt quod interpretibus placet præſumi dolo extortum iuſiurandum quoties enormiſſima læſio interuenit, adeóque per vim & metum ſi cõcurrat metus reuerentialis. An non prorſus conſequens eſt in
4 ea ſpecie quam tractamus nullam iuriſiurandi rationem haberi debere? Quænam enim grauior læſio vel animo concipi poteſt quàm ſi nihil prorſus filiæ pater dederit? Si verò nullam iuriſiurandi rationem habendam eſſe fateare, ideóque admittas filiam ad petendam abſolutionẽ & reſtitutionem, quid obſecro indiget illa auxilio † abſolutionis & reſtitutionis aduerſus renũtiationem quæ nulla eſt ipſo iure? Videns vt noſtri ſe hìc præpediant implicéntque miris contradictionibus. Non enim hoc genus contractus ſimile eſt cæteris contractibus iuratis, qui non eo minùs tenent ipſo iure quòd dolus aut metus in contrahendo iurandóque interuenerit. Finge adactum quem per vim & metum, non vt fundum venderet, dolus enim dans cauſſam venditioni faceret venditionem ipſo iure nullam, *l. & eleganter 7. in princip. D. de dolo*) ſed vt viliſſimo pretio venderet, ac præterea iureiurando æquè per vim aut per dolum extorto confirmatam venditionem. Iuſiurandum nullius omnino momenti erit, quia non fuit liberũ nec habuit conſenſum & voluntatem iurantis. Ipſa tamẽ venditio tenebit ipſo iure, quia contractus talis eſt, qui vt valeat, iuriſiurandi vinculum non requirit. Igitur reſtitutio in integrũ erit neceſſaria, idémque de ſimilibus cæteris tractari poteſt, An in pactione iurata de non ſuccedẽdo nihil eſt quod pactionem tueatur præter iuſiurandum. Solum vinculum iuriſiurandi, at vt meliùs dicam, habe iuſiurandum pro non interpoſito, quia per vim dolúmue extortum fuit. Nihil eſt quod facere poſſit neceſſariam aut vtilem reſtitutionem aduerſus contractum nullum & improbatum Dices poſſe fieri vt iuſiurãdum ſit obligatorium ſummo iure, & tamen ex æquitate veniam & abſolutionem mereatur: idque contingere ſi vi aut dolo extortum ſit. Sed ne quæſtionem illam nunc attingamus de qua alibi tractandũ erit. An obligatio aliqua naſcatur ex iureiurando per vim aut per dolum expreſſo vt abſolutio neceſſaria ſit, néne, dico apertiſſima eſſe verba pontificiæ conſtitutionis, nolentis huiuſmodi iureiurando confirmari pactiones iſtas de non ſuccedẽdo: proinde ad hoc vt ius antiquũ retineatur, ſufficere ſi vel dolus vel metus probetur ſaltémque ad euitadam exceptionem periurij ſatis eſſe ſi abſolutio petatur: nec præterea requiri poſſe vt ad contractum reſcindendum reſtitutio poſtuletur. Nam & idem euenit ſi minor prædium ſuum vendiderit ſine decreto, & dolo aut vi coactus iurauerit eam ſe venditionem ratam habiturum, quia conſtitutio Federici Imperatoris in *Auth. ſacramenta puberum. C. ſi aduerſ. vend.* ea nominatim ſacramenta excipit quæ per vim vel dolum præſtita probabuntur. Non enim fieri poteſt, vt contractus † alioqui nullus confirmetur iureiurando, niſi iuxta 5
eas conditiones & formas quas ea ipſa lex præſcribit, quæ prima induxit vt iuriſiurandi ea ſit vis & poteſtas. Quò etiã pertinet quæſtio illa ab vtriuſq; iuris interpretibus tractata, An ex D. Bonifacij cõſtitutione † pactiones 6
huiuſmodi

huiuſmodi de non ſuccedendo confirmentur per iuſiurandum, an verò iuriſiurandi vis tota in eo eluceat vt aduerſus iurantem inducat periurij exceptionem: nimirum quia priore caſu ſi qua ſit cauſſa reſcindendæ pactionis neceſſaria eſt reſtitutio: quæ poſteriore non eſſet neceſſaria, ſufficiente abſolutionis impetratione.
7 Nec verò deſunt qui negent poſt Bartolum † ad *l. qui ſuperſtitis 94.num.4. de acq. hered.* tenere huiuſmodi renuntiationes niſi metu periurij. Etſi autem receptior eſt, quamuis fortaſſe non verior meo iudicio contraria ſententia, tamen non eſt qui poſſit negare, ſi volet ingenuè agere, quin *Bartoli* ſententia eo ſaltem caſu admitti debeat, quo dolus aut metus iuſiurandum expreſſerit, vt ſufficiat impetrari tunc abſolutionem ſine reſtitutione. Alio tamen iure paſſim vtimur, & reſtitutionem, etiam ex reſcripto Principis neceſſariam putamus, locuplerandæ vt puto Cancellariæ potiùs quàm iuris tuendi gratia, licèt hoc colore planè inepto, vt quod de facto proceſſit, inquiunt pragmatici de facto etiam reſcindatur.

ERROR VIII.

De filia, quæ minor accepta dote renuntiauit paternæ ſucceſſioni, & læſa per decennium tacuit.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia Socini & aliorum quorumdam filia quæ minor accepta dote perexigua aut nulla renuntiauit paternæ ſucceſſioni cum iureiurando, & læſa per decennium tacuit, reſtitutio in integrum denegatur.*
2 *Ratio qua ſuperioris ſententiæ autores mouentur.*
3 *Renuntiatio qua aliquo vel minimo accepto facta eſt, donationis iure cenſeri nequit, contra pragmatic.*
4 *L. vlt. Cod. ſi maior fact. al. fact. fin. dec. ad quæſtionem propoſitam referri non poſſe.*
5 *Renuntiatio ſeu donatio, qua de agitur quibus de cauſſis non valeat: & num. 8.*
6 *Reſtitutio in integrum ex cauſſa immodicæ læſionis poſt inductum beneficium l. 2. C. de reſcind. vend. ad 30. annum extenditur.*
7 *Actio qua petitur legitima aut ſupplementum legitimæ eſt triennalis: & n. 12.*
9 *Inter patrem & filiam quæ eſt in poteſtatè donatio ſubſiſtere nequit.*
10 *Quia de legitima vivo patre queri non poteſt filia, de qua agitur, decennij ſilentio à iure reſcindendæ renuntiationis excludi non poteſt.*
11 *Filiafam. præſertim nupta vivo etiam patre ius habet congruæ dotis petendæ, ſi nullam, aut incongruam dotem à patre acceperit, idque implorato iudicis officio.*

1 ILla etiam quorundam interpretum & pragmaticorum ſententia nobis refellenda eſt, qui † in integrum reſtitutionem denegant filiæ, quæ in minori ætate, accepta perexigua aut nulla dote, pacta eſt cum patre locuplete de non ſuccedendo, in eámque rem interpoſuit iuſiurandum, ſi à tempore completi anni vigeſimiquinti tacuerit illa per decennium, nec aduerſus renuntiationem impetrauerit reſtitutionem. Sic enim *Socino* viſum eſt *conſ. 67. num. 43. lib. 2.* & aliis nonnullis quos refert & ſequitur *Anton. Sola Comment. ad edictum. De alien. bon. minor. gloſſ. 2. num. 12.* Mouentur
2 † ex *l. vlt. C. ſi maior. fact. alien. fact. ſine decret. rat. habuer.* vbi extat Iuſtiniani conſtitutio qua cauetur vt donatio rerum minoris contra ſenatuſconſultum facta ſolo decennij inter præſentes, aut vicennij inter abſentes ſilentio confirmetur. Cæteræ verò alienationes ſilentio quinquennij, ita tamen vt à die completæ maiorennis ætatis ſilentij tempora computentur. Putant enim iſti ſatis ſe fauere filiæ, ſi iuratam renunciationem factam aut nullo aut modico accepto æquiparent donationi, potiùs quàm venditioni, vt habeat illa tantò longius tempus ad conquerendum, petendámque reſtitutionem. In quo videntur mihi à principiis iuris valdè diſſidere. Primùm quia non poteſt ea renunciatio † quæ aliquo vel minimo accepto facta eſt 3
donationis iure cenſeri, licèt viliore pretio facta ſit donationis cauſſa ſi modò contractus talis ſit, qui in ea forma valere poſſit, quomodo hunc valere interpretes & pragmatici volunt propter accedens vinculum iuriſiurandi. Eſtque aperta in hanc rem Vlpiani ſententia in *l. ſi quis donationis 38. ff. de contr. empt.* Sed etſi iure donationis ea conuentio cenſeretur, non tamen poſſet pertinere ad Iuſtiniani † conſtitutionem, quia non 4
de aliis donationibus minorum ſilentio corroborandis ſenſit Iuſtinianus quàm de iis quæ ob eam duntaxat cauſſam nullæ eſſent, quòd à minore contra Senatuſconſulti Velleiani orationem factæ fuiſſent. Hæc verò nulla † eſt duplici 5
alia de cauſſa, quarum vna iure nititur communi, altera ſpeciali. Iuris communis ratio illa eſt, quòd donatio huiuſmodi ſit per viam illicitam pactionis de non ſuccedendo quæ inter quaſcumque perſonas prohibita eſt, nec minùs pontificio quàm ciuili iure, ſi priuilegium iuriſiurandi tollas. Nam ſi dicas de ea renunciatione & donatione nos tractare quæ facta ſit adhibito iureiurando, ac proinde quæ valeat ex pontificis conſtitutione, Replicabo tantò minùs locum fore legi Iuſtinianeæ quæ cùm de confirmandis donationibus ſit, ad eas ſolas ſpectat, quæ ab initio non valuerunt. Sin ex eo moueri velis, quòd hæc donatio licèt valuerit à principio propter iuſiurandum, in eo tamen fuit vt petita abſolutione reſcindi poſſet per in integrum reſtitutionem, ob immodicam læſionem. Parata quoque contradictio eſt, reſtitutionem † in integrum 6
ex cauſſa immodicæ læſionis poſt inductum beneficium, *l. 2. C. de reſcind. vend.* non finiri longo tempore, id eſt decennio inter præſentes aut vicennio inter abſentes, ſed in trigeſimum vſque annum extendi quia condictio ex lege magis quàm in integrum reſtitutio dicenda eſt „ vt probauimus in ſuperioribus. Quod in propoſito eo magis obtinet quòd reſtitutio quæ filiæ datur ad reſcindendam iuratam renunciationem, in eum finem dirigitur vt reſciſſa renunciatione poſſit filia petere legitimam aut legitimæ ſupplementum: quam † in rem comparata actio, licèt ſubſtituta 7
in locum querelæ inofficioſi teſtamenti, proculdubio perpetua, id eſt triennalis eſt, quia & condictio eſt *ex l. omnimodo 30. C. de inoff. teſt.* Non igitur videri poteſt Iuſtinianus de hoc donationum genere ſenſiſſe, quarum nec vſus, nec ſenſus vllus fuit toto iure ciuili, & ad Bonifacij vſque conſtitutionem. Sed & ius † aliud 8
ſpeciale eſt propter quod fieri nequit vt ex ſupradicta Iuſtiniani lege ſolo ſilentio confirmetur huiuſmodi donatio. Nimirum quia inter patrem & filiam quæ in † 9
poteſtate eſt donatio ſubſiſtere non poteſt, nec magis ſi à filia patri quam ſi à patre facta ſit filiæ. Nam ſi donationes quas parentes conferunt in liberos quos habent in poteſtate non alio ſilentio confirmantur quàm quod in mortis vſque tempus duret, *l. donationes quas parentes 25. C. de donat. int. vir. & vxor.* quis admittat donationes à liberis collatas in parentes decennij aut vicennij ſilentio cõfirmari? Multò namque maior ratio eſt vt innoxiæ & inculpatum ſit liberorum ſilentium, qui etiamſi agere maximè velint contra patrem, tamen non poſſunt, id ipſum prohibente iure poteſtatis, & alia eiuſdem Iuſtiniani conſtitutione in *l. vlt. C. qui & aduerſ. quos in integr.*

integr. restit. non poss. Nam etiamsi non contra patrem ipsum, sed contra tertium qui cum patre contraxisset, filiam agere oporteret, non tamen agendi tempora ei prius currere inciperent quàm liberata esset à patria potestate siue emancipatione, siue patris morte, *l.1. §. vlt. Cod. de annal. except. Auth. nisi triennale. C. de bon. matern.* Illi quoque ratio facit pro filia ne decennij aut vicennij silentio excludatur à iure rescindendæ per restitutionem renuntiationis, quòd, vt probauimus in superioribus, neque de legitima † quæri potest, quandiu pater viuit, neque sciri potest an læsio vlla intercenerit priusquàm exploratum sit quid & quantum pater moriens in facultatibus reliquerit. Ergo mortis tempus expectandum est, non solùm vt filia possit exercere iudicium restitutionis, sed etiam vt actionem habere incipiat, quæ eo demum instanti nata in trigesimum vsque annum exinde computandum extenderetur. Potest tamen esse maior dubitatio, si filia quæ renuntiauit cum iureiurando, non in hoc agere velit vt legitimam aut legitimæ portionem saluam habeat sed in id tantùm vt congruè dotetur. Iam enim sæpius monuimus filiamfamilias præsertim † nuptam viuo etiam patre ius habere congruæ dotis petendæ, si fortè aut nullam aut euidenter incongruam dotem à patre acceperit, non quidem proposita in eam rem ciuili actione, quam sanè ius potestatis non admittit, sed officio iudicis implorato vt *in l. Imperator 50. D. ad S.C. Treb.* Verum enim verò superiores rationes faciunt, vt neque ad hunc casum putem pertinere Iustiniani constitutionem: Nam etsi in potestate & iure filiæ est petere vt à patre congruè dotetur, nihil tamen est quod ei imputetur, si propter paternam verecundiam sibi imperauerit ne peteret, nec quisquam iudex propitiis auribus audiat patrem patrisve heredem siue suum siue extraneum, si imputare filiæ velit, cur non præcipitauerit patrem ad congruam dotem præstandam arg. *l. si extraneus 33. D. de iur. dot.* Proinde non eo minùs saluam † actionem habebit filia mortuo quandocunque patre ad petendum legitimæ supplementum intra proximos triginta annos à mortis die numerandos, non secus acsi dotis congruæ petendæ, nullum ius vnquam habuisset: ne ob id minus iuris nunc habeat, quòd anteà plus & iuris & modestiæ habuerit.

ERROR IX.

De renuntiatione iurata fauore masculorum, aut certæ alterius personæ facta.

SVMMARIA.

1 *Renuntiatio iurata filiæ fauore masculorum aut certæ alterius personæ facta, euanescit si huiusmodi persona viuo patre decesserit.*
2 *In dubio volunt pragmatici factam renuntiationem in fauorem masculorum, si qui iam existant tempore renuntiationis.*
3 *Dicta traditionis pragmatic. refutatio.*
4 *Coniectura probabilis, quòd pater solis masculis renuntiationem filiæ prodesse voluerit.*
5 *Defunctis masculis in quorum gratiam sorores renuntiarant, æqualiter sorores succedere debent.*
6 *Alia coniectura eodem quò prior spectans.*
7 *Filia quæ renuntiauit excluditur per sorores quæ non renunciarunt, earúmque descendentes.*
8 *Filia quæ renuntiauit patre stipulante pro se suisque heredibus, excluditur per patris descendentes heredes, non etiam extraneos, aut agnatos.*
9 *Erronea interpretum distinctio, & eius refutatio, num. 10.*

CVm renuntiatio † per filiam facta est, non simpliciter, sed in fauorem tacitum vel expressum alterius fratris aut sororis, si postea decesserint viuo patre illi, in quorum gratiam filia renuntiauerat, constat euanescere renuntiationem, vt ex communi interpretum sententia tradit *Didac. Couar. in 3. part. relect. cap. quamuis. de pact. in 6. §. 3. num. 4.* Ob præsumptam scilicet contrahentium voluntatem, quoniam cessante renuntiationis caussa finali, eius quoque effectum cessare æquum est. Adeò vt nec impunè possit pater aut mater hoc casu filiam quæ renuntiauit præterire, quomodo posset, inquiunt illi (nos enim iam suprà negauimus) si subsisteret renuntiatio. Iusiurandum enim perpetuam conditionem hanc habet si res in eodem statu permaneant, *c. quemadmodum. Extr. De iureiur.* Idémque admittendum est si simpliciter facta sit patri renuntiatio quo tempore alios liberos habebat aut habere sperabat, & is postea sine liberis decesserit. Credendus enim est pater spe & cogitatione futurorum liberorum inuitasse filiam ad renuntiationem, nec paternæ affectionis ratio patitur, vt filiam à propria successione vsque adeò excludere voluerit, vti ab intestato agnatus aut cognatus aliquis ei præferretur. arg. *l. cùm acutissimi 30. de fideic. l. cum anus 102. D. de cond. & demonstr. l. ex facto 17. §. vlt. D. ad S. C. Trebell.* In dubio autem pragmatici † nostri 2
putant censeri factam renuntiationem in fauorem masculorum, si qui iam existant tempore renuntiationis. Quod tamen nulla ratione mihi fit † probabile, nec si 3
inter nobiles agatur, quos constat solere maiorem curam gerere bonorum in familia conseruandorum. Sunt enim ex iis etiam permulti, qui filias suas non minùs quàm masculos diligunt, easque sibi ab intestato ex æquis partibus heredes optant, nisi si maiorum testamentis & substitutionibus in masculorum fauorem factis prohibeantur, quo tamen casu tantò magis succurrendum est filiabus, quantò minorem ex paternis bonis portionem etiam ab intestato spectare possunt. Illa sanè non improbabilis est coniectura † voluntatis 4
quòd pater solis masculis renuntiationem filiæ prodesse voluerit, si alias filias quæ iam ipso renuntiationis tempore in rerum natura erant, postea idem pater ad similem renuntiationem faciendam induxerit. Quod & Didacus fatetur suprà dicto loco. Cuius sententiæ effectus ille erit, vt si postea viuo patre defuncti † sint 5
masculi, succedat nihilominus filia quæ prior renuntiauit, acsi nõ renuntiasset, an verò sola, an cum aliis sororibus quæ postea renuntiarunt. Nam cùm ea perinde habeatur acsi nunquam renuntiasset, ratio facere videretur vt ei prodesse deberent posteriores sororum renuntiationes, quæ prodessent vtique si renuntiatio nulla præcessisset, tametsi sorores legalem, vt vocant, escheutam sibi excepissent: quoniam eius exceptionis nulla vis & vtilitas est, quandiu alia eiusdem gradus persona supereſt, quæ succedere ab intestato possit. Sed tamen cùm posteriores quoque renuntiationes prioris exemplo non nisi in fauorem masculorum expressas esse certum sit, eadem omnium ratio haberi debet, vt quasi nullis omnino factis renuntiationibus æqualiter à sororibus omnibus succedatur. Superiori coniecturæ illa † etiam similis videri potest si qua alia 6
ratione extra dotales tabulas aut verbis aut scriptis pater voluntatem suam declarauerit in fauorem masculorum, puta si testamento masculos heredes scripserit, tametsi antea renuntiante filia sibi heredibúsque suis in genere stipulatus fuisset. Quodcunque enim voluntatis indicium videtur sufficere vt prædefunctis masculis filia quæ renuntiauit, ad paternam intestati successionem cum sororibus etiam quæ non renuntiarunt, reuocetur. Nec aliud erit, quamuis testamẽtum illud solennitatis alicuius defectu nullum & perpetam factum esse proponatur. Declaratur enim voluntas etiam ex eo

testamento

testamento quod alioqui nullum est *l.vl. D.reb.eor. qui sub tutel.* Non item si testamentum illud alio posteriore testamento quacunque de caussa fuerit reuocatum. Nam ex testamento reuocato nulla prorsus voluntatis coniectura capi potest credendúsque est paterfamilias ab omni voluntate recessisse, quam priore testamento posteà reuocato expressisset. Extra hanc caussam excluditur filia † quæ renuntiauit per sorores quæ 7
non renuntiarunt, ita vt quandiu ex ipsis aliqua supersit, nullus renuntianti pateat reditus ad paternam hereditatem. Idémque obseruamus, etiamsi cæteræ omnes superstitibus liberis siue masculis siue fœminis decesserint. Extare enim aliquem ex descendentibus sufficit, vt ea quæ renuntiauit excludatur. Multò magis autem admittendum est, si renuntiationis tempore nulli extabant masculi, quamuis sperari possent, filiæ verò iam extabant, videri earum fauore factam renuntiationem, non vt iis prædefunctis filia quæ renuntiauit succedere possit cum masculis posteà natis (quis enim credat masculis nascituris prospicere noluisse patrem, qui filiabus iam natis prospexerit?) sed vt renuntianti sorori ab intestato præferantur, patríque succedant vel cum masculis si aliqui sint, vel solæ si nulli. Idémque sine dubio obtinet si à filia renuntiante pater stipulatus fuit pro se suisque heredibus. Heredum enim appellatione cùm omnes † & cuiuscunque 8
gradus, descendentes comprehendisse videatur, longè magis proprias filias comprehendisse credendus est, non tamen extraneos heredes, in ò nec agnatos proximos aut cognatos, quia licèt in contractibus *suorum* appellatione, nedum *heredum* extranei quoque heredes intelligantur, attamen in proposito cùm renuntiatio quæ fit per contractum spectet ad caussam futuræ successionis, eam recipere debet interpretationem, quæ facienda esset in scriptura, ad vltimam voluntatem pertinente, in quo genere tam *suorum* quàm *heredum* appellatione non nisi descendentes contineri placet, *d.l. ex facto* 17. §. *vlt. D. ad S. C. Trebell.* Hîc tamen notandus nobis, & refellendus est error maximus & præcipui in hac quæstione momenti, quam non modò pragmatici, sed ipsi quoque interpretes inuexerunt. Distinguunt † enim an renuntiatio simpliciter facta sit, 9
id est nulla adiecta caussa, licèt non sine caussa, an verò ex ea caussa specialiter expressa, quòd filia quæ renuntiauit, dotem aut legitimam portionem acceperit. Quasi hoc posteriore casu filiam perpetuò excludam manere oporteat, tametsi ij decesserint, quorum fauore facta fuit renuntiatio, propterea quòd, inquiunt, penes illam & illius heredes perpetuò dos remaneat, quæ fuit ab initio caussa exclusionis. Sic enim *Romanus, Cornetus, & Socinus* quos *Didacus* supradicto loco refert, sequitúrque non inuitus eo casu, inquit, quo dotis portio sit congrua: quod ipsum tamen vix aliter fieri posse ait, quàm si eo tempore pater alios liberos non
10 habebat. Me verò in contrariam † sententiam illud mouet, quòd etsi sola dotis perceptio renuntiationis caussa fuit ex parte filiæ renuntiantis non aliter renuntiaturæ, verisimile tamen est inductum patrem vt congruæ portionis mentionem adiiceret, potiùs vt prodesset cæteris liberis, quos iam tùm haberet, aut aliquando habere speraret, quàm vt filiæ in propria hereditate agnatos aut cognatos anteponeret. Ex coniectura illa pietatis, de qua in *d. l. cum acutissimi. & l. cum anus.* Itaque nec illud inquirendum arbitror an dos congrua sit néene, quomodo distinguit Didacus, sed an renuntiationis tempore alios pater haberet liberos, aut in eo esset vt habere posset, an nullos. Hac enim sola posteriore specie credi possit patrem licèt inhumanum (si alia filiæ excludendæ ratio nulla subsit, puta ingratitudinis aut conseruandorum in familia bonorum) agnatos cognatósve proximos filiæ prætulisse. Siquidem eum casum tractamus quo filia quæ renuntiauit, legalem, vt aiunt, escheutam sibi non excepe-
rit, cùm si excepisset, nullus ea superstite agnatis locus haud dubiè relinqueretur. Obseruandum autem est quod de liberis prædefunctis diximus in quorum fauorem facta fuerat renuntiatio, pro dicto habendum esse etiamsi non decesserint, si modò succedere vel noluerint, vel non potuerint, fortassis exheredati. Habentur enim pro mortuis ij qui non succedunt, quacunque tandem ex caussa successio impediatur.

ERROR X.

Si soror cum fratre pactum fecerit de non succedendo patri præsenti, & consentienti, posteáque pater voluntatem mutauerit.

SVMMARIA.

1 *Renuntiatio facta patri in fauorem aliorum siue liberorum siue agnatorum, euanescit, patre ius sibi & illis quæsitum remittente.*
2 *Vnde superiorem propositionem probet Did. Conarruuias.*
3 *Si soror cum fratre pactum fecerit de non succedendo patri præsenti & consentienti, an liceat patri voluntatem mutare.*
4 *Sententia Didaci pactum esse irrenocabile.*
5 *Falsam esse Didaci opinionem, & num. 8.*
6 *Iusiurandum vt sit obligatorium tres comites habere debet, veritatem, iudicium & iustitiam.*

VOties renuntiatio † facta est patri aut 1
matri in fauorem aliorum siue liberorum siue agnatorum, conflat ferè inter omnes posse patrem qui stipulatus sit, aut matrem, iis quoque inuitis, quorum fauore facta fuit renuntiatio, ius sibi & illis quæsitum remittere. Sic enim *Didacus Conar.* qui hac in re instar omnium esse potest, ex aliorum communi sententia scribit *in initio tertiæ partis relect. cap. quamuis de pact. in 6. num. 9.* Idque suadet † successionis fauor, & re- 2
nuntiationis odium quæ solo iurisiurandi vinculo sustinetur: Itémque recepta illa & vulgaris *Bartoli* traditio ad *l. qui Romæ* 122. §. *Flauius. de verb. oblig.* quæ habet posse quemlibet inuito tertio reuocare conuentionem à se factam in illius tertij commodum, & vtilitatem. Quod tamen an generaliter & perpetuo verum sit, tractabimus alio loco. Accedit Iustiniani constitutio in *l. vlti. C. de pact.* quæ non patitur vt pactum de futura tertij successione aliter valeat quam si tertius ille consentiat, & in ea voluntate quam consensus expressit, ad supremum vsque vitæ exitum perseueret. Nam si ea voluntatis perseuerantia tùm etiam requiritur cùm inter alios pactum factum est, quanto magis erit necessaria vt is excludatur qui pactum fecit cum eo ipso de cuius successione agitur? Facilius.n. est vt eius factum noceat cuius & pro fuit, quàm eius qui alieno facto consensum duntaxat suum accõmodauit. Idem tamen Didacus dubitat, si cum † fratre pacta sit soror de non succedẽdo 3
patri, præsenti scilicet & consentienti, ídque iureiurãdo confirmauerit. An patri licere debeat vt mutet voluntatem, filiámque capacem efficiat legitimæ ab intestato successionis: in eamque sententiam prochiuior est vt putet eum vim iurisiurandi † huius esse debere, vt 4
pactum sit irreuocabile. Ne, inquit, alioqui nullius momenti & effectus sit iusiurãdum, quandoquidem & sine iureurando tale pactum valeret ex *d. l. vlt. Cod. de pact.* Quod & plerique pragmatici sequuntur, pro ea qua vir lanè doctissimus & scriptor diligentissimus apud

eos pollet autoritate. At nos in contrarium † iam 5
diximus, & probauimus in ſuperioribus, pacta huiuſmodi de non ſuccedendo tertio non valere iure ciuili, nec ſi tertij conſenſus accedat, neque ad hunc caſum pertinere Iuſtiniani conſtitutionem in *d. l. vlt. C. de pact.* ſed merum ius pontificium eſſe vt accedente iureiurando confirmetur, propter vinculum & autoritatem iuriſiurandi. Proinde non poteſt videri ſine effectu eſſe iuſiurandum quod facit vt valeat renunciatio, quæ alioqui non valeret. Ideóque nec neceſſe eſt vt plus ei virium tribuamus quàm par ſit ob hoc ſolùm ne vtiliter adiectum videatur. Sed & multò tolerabilibus eſſet admittere nihil operari iuſiurandum, quàm illud inducere vt conuentio de hereditate tertij conſentientis facta eo poſtea inuito defenderetur. Nam ex quo tempore deficit conſenſus tertij, incipit conuentio eſſe iniqua, & contra bonos mores, propter improbam ſpem & ſollicitudinem, quæ pactioni ineſt, hereditatis alienæ. Itaque ad validitatem huiuſmodi conuentionum requirit Iuſtinianus in *d. l. vlt.* perſeuerantiam voluntatis tertij. Nec reuocationem voluntatis impedire poteſt iuſiurandum quod ab aliis quàm ab ipſo reuocante adhibitum eſt quódque ſi ab ipſo tertio de cuius hereditate actum eſt, adhibitum fuiſſet, non eo magis liberam ipſi facultatem teſtandi ademiſſet. Iuſiu- 6
randum † enim omne vt ſit obligatorium, tres comites habere neceſſariò debet, veritatem, iudicium, & iuſtitiam, quæ omnia ſi non concurrant, nullius momenti iuſiurandum eſſe poteſt. *Can. animaduertendum* 22. *queſt.* 2. Ne repetam quod iam ſæpiùs monui, iuſiurandum quodlibet eam ſemper tacitam habere conditionem ſi res in eodem ſtatu permaneant. Rurſumque ex natura actus cui adiicitur, recipere interpretationem *l. vlt. C. de non numer. pecun.* vt ſi actus ipſe ſit reuocabilis, ſit etiam reuocabile iuſiurandum. Ex quo manauit etiam communis illa & veriſſima omnium ferè interpretum opinio De teſtamento iurato † vt ſcilicet nihil obſtante iureiurando reuocari poſſit quandocunque volente teſtatore. Sic enim *Bart. in l. ſi quis in princip. col. fin. de leg.* 3. *Bald. in l.* 1. *col. fin. C. de ſacroſ. eccle.* tametſi ad pias ſi voles cauſſas, & in earum gratiam teſtamentũ factum proponatur, vt idem *Bald.* reſpondit *conſ.* 21. *vol.* 1. Etſi non deſunt qui putent teſtatorem hoc caſu fieri periurum, quos *Didacus* ſequitur *in* 2. *part. rubr. de teſt. n.* 15. *ad fin.* nec ſatis rectè meo iudicio, vt alibi tractabimus. Inde ergo illud etiam inferri poteſt, nec fratres qui conuentionem hanc iurauerint, ex ea teneri ſi pater conſenſum reuocauerit, quoniam à tempore conſenſus reuocati iuſiurandum contra bonos mores præſtitum eſſe intelligitur. Denique † nulla ratio eſt propter quam ex 8
pacto inter alios inito, quantumuis ei pater conſenſerit, auferatur patri libera teſtandi libertas, quod vtique eueniret ſi filiam cui renuntianti conſenſit, ad ſucceſſionem ſuam ex teſtamento reuocare non poſſet. Tritum namque eſt huiuſmodi omnes renunciationes ad legitimæ duntaxat, non etiam teſtamentariæ ſucceſſionis cauſſam pertinere. Fueritque non modò abſurdum, ſed etiam periniquum duriùs agi cum patre qui liberis inter ſe paciſcentibus conſenſerit, nec iurauerit, quàm ſi ipſe pactus fuiſſet & iuraſſet.

ANTONII FABRI IC.

Decas Decimaquarta.

ERROR PRIMVS.

De pacto dotali quo pater iuratus promittit ſe filium aut filiam ex æqua parte heredem habiturum.

SVMMARIA.

1 *Pactum dotale quo pater iuratus promittit ſe filium aut filiam ex æqua parte heredem habiturum iure ciuili non valet.*
2 *Pragmatici tale pactum iure Pontificio valere putant, ſi ſit iuratum: ſed erronèe, num.* 3.
4 *Leonis conſtitutione* 19. *huiuſmodi pactum valere, non fauore iramenti ſed fauore conuentionis.*
5 *Inanem eſſe huiuſmodi pactionem, ſi inæqualem paterna hereditatis inter liberos diſtributionem contineat.*
6 *Error Gulielmi Benedicti in deducenda vera ſententia l. hereditas.* 5. *C. de pact. conu. tam ſuper dot.*
7 *Pactum reciprocum de ſuccedendo inter commilitones valet.*
8 *Vſu defenduntur pactiones de ſuccedendo tabulis nuptialibus adiecta, & quidem matrimonij contemplatione.*
9 *Quomodo ſine pactione de ſuccedendo poſſit is qui accedit ad matrimonium tantumdem conſequi.*
10 *Quatenus reuocabiles eſſe huiuſmodi pactiones quidam arbitrentur: & quid in eorum ſententia anter deſideret.*
11 *Conſuetudinem qua huiuſmodi pactiones receptæ ſunt valere non debere.*

PActum † quod dotali inſtrumento compre- 1
henſum eſt, vt ſi pater vita fungeretur, ex æqua portione ea quæ nubebat, cum fratre heres ſui patris eſſet, neque vllam obligationem contrahere, neque libertatem faciendi teſtamenti potuit mulieris patri auffere, inquiunt Imperatores in *l. pactum quod dotali* 5. *C. de pact.* Subiiciunt pragmatici † exceptionem, niſi tale pactum iuratum proponatur. 2
Non enim dubitant quin iureiurando confirmetur, idque iuris apertiſſimi eſſe ſcripſit *Didac. Conar. initio tertiæ partis relect. cap. quamuis de pact. in* 6. *num.* 2. Ego contrà, tam † falſum hoc eſſe contendo, quàm quod fal- 3
ſiſſimum, cùm ad pacta huiuſmodi quæ ſunt de ſuccedendo, tollúntque liberam teſtandi facultatem, pontificia conſtitutio non pertineat, vt diximus & probauimus Dec. 12. quam interpretum quoque communem eſſe ſententiam teſtatur *Oſaſc. Cacher Deciſ. Pedemont.* 100. *num.* 33. Nec negat Didacus contrariam opinionem, quæ Baldi primùm fuit, magis communiter probatam eſſe. Planè non ignoro Imperatoris Leonis † con- 4
ſtitutione 19. cui titulus eſt *De pact. patern. ex æquo hered. futur.* filium iuri antiquo hac parte derogatum eſſe, & abrogatam legem *Pactum*, quam tetulimus, non propter iuſiurandum, cuius nulla prorſus apud Leonem fit mentio, ſed propter fauorem duntaxat conuentionis, qua pater promittit in nuptialibus inſtrumentis ex æquo futurum ſibi heredem filium quem matrimonio collocat. Eſt enim conuentio hæc naturali rationi & legibus, quæ de inteſtati ſucceſſione factæ ſunt, omnino conſentanea,

consentanea, videtúrque fieri ad ſucceſſionem conſeruandam, quod eſt maximè fauorabile, vt Bart. tractat in *l. vlt. C. de pact. ex §. vlt. Inſt. de legit. agnat. ſucceſſ. & l. vlt. C de emancip. lib.* Et ob hanc cauſſam, vt ait ipſa Leonis conſtitutio, ab omni ferè tempore, licèt reſtraganti-bus legibus vſu receptiſſimæ ſunt hæ conuentiones. Cæterùm vel ex eo magis apparet inanes † & irritas eſſe debere ſi inæqualem paternæ hereditatis inter liberos diſtributionem contineant, quamuis iuramentum interuenerit, ceſſante ſc. hoc caſu, vinculo illo æquitatis, quo ſolo ſuſtinentur contra iuris ciuilis rationem, quæ proculdubio non patitur, vt ſucceſſiones pactis vel ſtipulationibus obſtringantur, *l. 4. C. de inutil. ſtipul.* Cùm enim non licuerit homini teſtari ſine lege, nec de ſuis quidem bonis, quoniam teſtando confert affectum ſuæ voluntatis, rerúmque ſuarum alienationem in id tempus quo non erit ampliùs dominus: *l. Stichus 39. D. de manum. teſtam.* lex autem in ea teſtandi facultate concedenda vſurpauerit verbum *legandi*, quod ad cauſſam contractuũ nullomodo pertinet, *l. verbis legis 120. de verb. ſignific.* prorſus conſequens eſt quod ait *l. hereditas 5. C. de pact. conuent. tam. ſup. dot.* vt hereditas non niſi teſtamento dari poſſit, quia nec hereditas vlla eſt niſi quam lex ipſa conſtituit quæ & hereditatem & heredem facit, lex verò hereditatem nullam conſtituit niſi vel ex teſtamento, vel ab inteſtato, non etiam ex contractu. Quam in rem videnda ſunt quæ ſcripſimus *lib. 14. Coniectur. cap. vlt.* Nam quod in *d. l. hereditas* de † extraneis diſertè ſcriptum eſt hereditatem ijs non niſi teſtamento dari, non eò pertinet quaſi liberis aut agnatis dari poſſit, vel admi pacto hereditas, vt ineptè ſentit *Guil. Bened. in repet. cap. Raynutius in verb. duas hab ens filias. nu. 200.* quem miror in eo probatum à *Teſſauro deciſ. Pedem. 48. num. 10. in fin.* ſed quia iſtis datur hereditas à lege etiãſi nullum teſtamentum factum ſit, *l. 1. deber. petit.* extraneis autem non niſi teſtamento. Adeò autem verum eſt nec ciuili nec pontificio iure valere pactiones iſtas de ſuccedendo quantumlibet iuratas, vt neque aliud dicendum ſit etiamſi pactum ſit reciprocum inter alios, quàm commilitones. Militum † enim hac in re, vt & in aliis pleriſque iuris partibus ſingulare ius eſt, & quidem ita demum ſi in ipſo procinctu pactio talis facta ſit, *l. licet 19. C. de pact.* & ita ſi ſint de publicè conducti, vt loquitur *Cacher. ſupradicta deciſ. 100.* Quamuis non deſint qui ad paganos quoque legem illam communi gentium vſu tractam eſſe defendant præſertim ſi inter nobiles agatur, aut inter agnatos & cognatos proximos, vt inter eos ſucceſſionum iura conſeruentur. Et certè negari non poteſt quin hac parte magna ſit vis & poteſtas conſuetudinis, & longè maior quàm pacti. Nam & receptum videmus longo vſu, quem tamen ex pragmaticorum errore fluxiſſe credibile eſt, vt pactiones † illæ de futura ſucceſſione, dè quibus tractamus, paſſim defendantur ſi pater in dotalibus tabulis promiſerit inſtituturum ſe filium aut filiam ex certa portione, tametſi longè maiore, quàm par ſit ad inducendam inter omnes liberos æqualitatem, idque nõ tam, vt puto, propter vinculum iuriſiurandi, licet vix ſit vt ſine iureiurando pactiones huiuſmodi fiant, quàm fauore & contemplatione matrimonij, ne decipiatur is ex coniugibus qui placiti fidem ſecutus, matrimonium contraxit, non aliter contracturus. Etſi leuior ſanè eſt ratio hæc æquitatis, quàm vt certi iuris autoritatem labefactare debuerit. Eſt enim quod imputari poſſit ei qui ſub eo pacto acceſſit ad matrimonium cur non egerit potiùs vt ex eo † contracti matrimonij tempore donatum eſſet inter viuos ſaluo vſufructu totum id quantum eſt quod teſtamento daturum ſe pater promiſerit. Idem enim eſſet, niſi quòd certior effectus liberalitatis, nec legibus vis vlla fieri diceretur. Itaque non video qua ratione aut quonam colore defendi poſſint hæ pactiones de ſuccedendo, licèt iuratæ ſint præterquàm vno illo caſu, qui Leonis conſtitutione continetur, id eſt, ſi pacto actum ſit de liberis omnibus, ex æquis portionibus, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato heredibus habendis. Nam & ex ijs ipſis qui putant valere has pactiones de futura ſucceſſione ſi iuſiurandũ acceſſerit, ſic tamen multi ſentiunt, vt nihilominus ſint † reuocabiles ad nutum, & voluntatem promittentis, ſi credimus *Antonino Teſſauro deciſ. Pedemont. 225.* Maximè, inquiunt, ſi quinque teſtes adhibiti proponantur: Quaſi ex ea ſolennitate, iuncta conditione & qualitate negotij quo de agitur, id eſt futuræ ſucceſſionis videatur id actum inter contrahentes vt ea conuentio valeret iure ſupremæ voluntatis, potiùs quàm ex contractu inter viuos niſi de bonis actum ſit, non de hereditate, vt tractat *Crauet. conſ. 139. num. 10. poſt Decium conſ. 184.* Quanquam non facilè poſſum ego concoquere vt conuentio facta inter viuos, & in dotalibus tabulis valeat, nec eo minùs reuocari poſſit ab eo ipſo qui vtiliter obligatus ſemel fuit. Illis ego potiùs accederem, qui negant valere † conſuetudinem illam ex qua diximus pactiones iſtas vſu receptas eſſe & approbatas, quam eſſe communiorem interpretum ſententiam affirmat *Cacher. d. deciſ. 100. nu. 32. 33. & 34.* conſuetudinis enim vſúſque longæui, licèt non vilis ſit autoritas, non tamen vſque adeò ſui valere debet momento, vt aut rationem vincat, aut legem. *l. 2. C. quæ ſit long. conſuet.* cui conſtitutioni ſi hoc caſu locus non ſit, planè non video quonam alio eſſe vnquam poſſit.

ERROR II.

Si futuræ matris aut fratris abſentis ſucceſſioni renuntiauerit filia, patre ſtipulante.

SVMMARIA.

1 *Mos frequens renuntiandi futuris, ſucceſſionibus, cùm filiæ à patribus matrimonio collocantur & dotes accipiunt.*

2 *Huiuſmodi renuntiationis quæ & quanta ſit vis, et ſententia pragmat.*

3 *Talem renuntiationem nullius eſſe momenti, cùm patre aut matre ſtipulante filia renuntiat ſucceſſioni fratrum aut ſororum,*

4 *Nec ad rem facere quod pragmatici obijciunt, patrem filio ſtipulari poſſe.*

5 *Nec quòd in aduentitijs pater filij adminiſtrator legitimus ſit.*

6 *Renuntiatio quæ fit patri ratione paterna ſucceſſionis longè diſtat ab ea quæ eidem ſit ratione fraterna ſucceſſionis.*

7 *Vis renuntiationis quæ ſit patri ratione fraterna ſucceſſionis à fratre quocunque indicio voluntatis ſubuerti poteſt.*

8 *Fratre renuntiationem ratam habente, confirmatur renuntiatio.*

9 *Si mater tanquam tutrix liberorum filiam nuptui collocans renunciationem ab ea extorſerit in aliorum liberorum gratiam, renuntiatio valet, ſi pragmaticis fides: ſecus verò eſt, ſi non ſit tutrix, num. 10.*

11 *Mater filiæ ſtipulari nequit, nec poteſt ex æquitate huiuſmodi ſtipulatio defendi.*

12 *Per inſtitutionem filiæ extinguitur poteſtas renunciationis, quam pater extorſerat.*

13 *Excipitur caſus quo ſecuta eſt ratihabitio fratrum.*

14 *Nulla eſt renũciatio illa, qua filia accepta à patre dote renuncianit materna ſucceſſioni, ſi nihil à matre acceperit.*

15 *Valeáne fauare patris renunciatio filiæ fraternæ ſucceſſioni.*

1 SOlent filiæ † cùm à patribus matrimonio collocantur, dotéſque accipiunt, renuntiare futuris ſucceſſionibus non modò patris, ſed etiam matris, frattúmque & ſororum, nullo vt plurimum in eam rem adhibito ſtipulatore, præter notarium, & patrem à quo dos promittitur, vel 2 numeratur, Tantáque huiuſmodi renunciationum †, ſi iuratæ ſint, vis & poteſtas eſſe creditur, vt per eas excludatur filia ab omnibus ſucceſſionibus quibus renunciauit. etiamſi neque matris, neque fratrum qui renunciationis tempore abſentes fuerunt ratihabitio vlla ſecuta eſſe proponatur. Id verò, non tam propter interpoſitum iuſiurandum, quàm propter perſonam patris, de quo ſolet lex præſumere quod bonum commodúmque pro filia conſilium acceperit. Nam ſi talis renunciatio 3 facta eſſet matre aut aliquo ex fratribus pro ſe & abſentibus omnibus ſtipulante, licèt accedente iureiurando, placeret nullius fore momenti renunciationem quod ad abſentes, præſertim qui ſtipulationem illam ratam nullo tempore habuiſſent: ſic nimirum cogente iuris ratione, quæ non patitur vt de tertij abſentis & ignorantis ſucceſſione inter alios tranſigatur: nec ſolùm ſi tranſigentes de proprio ſuo commodo cogitent, ſed etiam ſi in aliorum vtilitatem & eorum maximè de quorum ſucceſſione agitur, ſtipulentur. Quoniam alioqui facilè fieret vt iis ipſis obeſſet renunciatio in quorum gratiam facta eſſet. Quid enim ſi ignorantes illi renunciationem paſſi ſint ſe decedere inteſtatos vt ad ſucceſſionis ſuæ partem tacito iudicio vocarent eam ipſam perſonam quæ renunciauit? fortaſſe teſtatori in eius commodum ſi ab inteſtati ſucceſſione excluſam eam eſſe ſciuiſſent. Annon iniuria hoc caſu fieret fratri ipſi cuius abſentis & ignorantis ſucceſſioni ſoror renunciaſſet, atque ſorori ipſi quæ renunciauit? Et ſanè ratio hæc tam euidens eſt & efficax, vt putem non minùs autoritatis habere eam de- 3 bere † cùm patri facta renunciatio eſt, quàm cùm matri aut fratri. Id.n. omnibus calibus periculum & incommodum emergit excludendæ à legitima alterius ſucceſſione eius perſonæ, quam defunctus heredem ſibi ab inteſtato futuram fortaſſe credidit. Nec video cur patri potiùs quàm alij licere debeat in eo circumuenire filij ſui, cui ſtipulatur, aut vxoris ſuæ incertam ignotámque vo- 4 luntatem. Nam quod pragmatici obiiciunt † poſſe patrem filio ſtipulari, etſi verum eſt, tamen nullo modo ad rem pertinet: cùm enim pater filio ſtipulatur, non filio ſed ſibi acquirit, quoniam perinde eſſe intelligitur, ac ſi filius aut ſibi aut patri ſtipularetur. Nos autem de ea patris ſtipulatione tractamus ex qua filio non patri ius acquiratur. Talem verò nullam leges agnoſcunt, quia in eo quod per filium patri acquiri non poteſt, filius patri pro extraneo eſt. Neque mutat, quod etiam in aduentitiis 5 † pater filij adminiſtrator legitimus eſt. Nihil enim eſt quod de aduentitiis tractari queat, aut quod patri ius dare poſſit ſtipulandi pro filio, cùm filius nihil aliud in bonis habet præter ſpem paternæ ſucceſſionis: nec ea ſpes tanti eſt, quæ facere debeat vt aliquid ſit cuius contemplatione videri poſſit pater legitimus eſſe filij adminiſtrator. Non enim nomen patris, aut ius poteſtatis, ſed res ipſa quæ adminiſtranda eſt cum patriæ poteſtatis iure coniuncta patrem facit legitimum adminiſtratorem. Quòd ſi iam tum cùm pater filio abſenti ſtipulatur, habet ille bona aliqua propter quæ videri poſſit pater ius habere legitimæ adminiſtrationis, non eo magis tamen valere debet ſtipulatio illa renunciationis, per quam fiat vt ſoror à fratris inteſtati ſucceſſione quandoque repellatur, quia non poteſt acquiſitionis iure cenſeri ea renuntiatio quæ fratri heredem adimit ſororem, quam fortaſſis ab inteſtato habere is mallet, quàm fratres aut alias ſorores quæ non renunciarunt. Siquidem longè diſtat renunciatio † hæc ab illa quæ fit patri aut matri 6 ratione paternæ aut maternæ ſucceſſionis. Locupletior namque eſſe intelligitur pater aut mater cuius ſucceſſioni filia ſic renunciauit, vt à legitima quoque ſit excluſa: quoniam vel inuitis parentibus neceſſe eſt ea vt ſaltem portio quaſi debita liberis relinquatur, parúmque diſtat ab ære alieno, quo qui ſolutus eſt non abs re tanto ditior eſſe exiſtimatur. At frater ſorori nihil debet, nec eam ab inteſtato heredem habet, niſi cùm vult decedere inteſtatus, vt eos heredes habeat, quibus lex ipſa delatura eſt hereditatem. Tantum igitur abeſt, vt frater ob id locupletior factus videri debeat, quod ſorori præcluſus ſit per renunciationem aditus ad legitimam ipſius ſucceſſionem, vt è contrario non mediocre incommodum illud ei accedat ex renunciatione, quòd ſi inteſtatus moriatur aliis relictis ſororibus minùs fortè dilectis, hanc tamen quam prædilexit, quæque iam per renuntiationem excluſa eſt heredem habere non poterit. Etſi n. poteſt huic incommodo ſi velit facilè mederi condito ſi volet teſtamento, tamen neſcit quàm plerumque incommoda & difficilis quinetiã interdum impoſſibilis ſit teſtamenti factio ſiue ob penuriam teſtium: ſiue quòd is qui teſtari decreuerat, morbo repentino oppreſſus teſtamentum facere nequiuerit. Quanquam non nego poſſe vim & poteſtatem renunciationis † quan- 7 tumlibet validæ, ſubuerti quocunque iudicio voluntatis, nec neceſſarium in eam rem eſſe teſtamentum. Sed qui ſi nec contrariæ illius voluntatis declarandæ otium aut memoriam repentinus morbi caſus reliquerit: Quid ſi frater hic cuius ſucceſſioni ſoror renuntiauit patre ſtipulante impubes deceſſerit? Quid denique ſi renunciationem illam nunquam reſciuerit, ac proinde iuſtam credendi cauſſam habuerit fore vt ſi inteſtatus decederet eam ipſam ſororem heredem aut ſaltem coheredem haberet quæ poſt illius mortem reperietur excluſa per renunciationem? Hi.n. caſus præcipuè ſunt de quibus diſputamus. Nam ſi ponas fratrem † cuius ſucceſſioni re- 8 nunciatum eſt ſciuiſſe renunciationem, eámque ratam habuiſſe, non negabo poſſe defendi eodem iure habendã huiuſmodi renunciationem, quo ſi à fratre ipſo adhibita ſtipulatio fuiſſet: at non propter perſonam aut ius patris, ſed propter ſtipulationem notarij cùm ex generali gentium omnium conſuetudine permiſſum ſit notario vt abſenti & ignoranti cuilibet ſtipulari poſſit, ex eáque ſtipulatione naſcatur actio & ius acquiratur ei cui ſtipulatus fuerit, dummodo ſecuta legitima ratihabitione Quare nec aliud admittendum putabo etiam ſi non pater ipſe, ſed frater aut alius quilibet ſtipulatus ſit, & ſufficeret ſolum notarium ſtipulatum eſſe alio nullo interueniente admiſſa ſcilicet ea pragmaticorum & interpretum ſententia, quam nos in ſuperiore Decade refutauimus, quæ habet huiuſmodi pactiones de non ſuccedendo perinde confirmari iureiurando ex pontificia conſtitutione cùm fratri factæ ſunt, acſi patri factæ eſſent. Idem ergo etiam euenier, ſi mater tanquam tutrix † liberorum filiam nuptui collocans ſimilem ab ea re- 9 nunciationem in aliorum liberorum gratiam extorſerit. Non enim plus iuris habere poteſt mater ob tutelam, quam pater ob ius poteſtatis. Etſi ſunt qui putent poſſe *Cranet. conſ.* 127. *num.* 5 totius conſenſum & acceptationem pro pupillis ſiue præſentibus in his renunciationibus ſufficere poſſe: quod tamen ego non puto probandum niſi cum agitur de paterna aut materna hereditate, quoniam extra eam cauſam, vt diximus, ſtipulationes hæ non ſunt acquiſitiones. Cùm verò mater † tutrix non eſt 10 aperta eſt ratio iuris, non magis matri quàm alij extraneo cuilibet permittendum eſſe vt filio ſtipuletur, quia hæc parte verè extranea eſt † quæ ſcilicet non habet liberos 11 in poteſtate. Quod enim placet interpretibus poſſe ex æquitate defendi ſtipulationem & ex ſtipulatione dari vtilem actionem ob affectionem perſonarum, ex *l. Caius* 45. *D. ſolut. matrim.* apertè falſum eſt, & diſcrepans à principiis

principiis iuris,vt nos probauimus *lib.1.Coniect.cap.4.&*
12 *lib.13.cap.5.ex l. si genero 26.C.de iur.dot.* In eo tamen pragmatici bone sentiunt, quod admittunt, si pater qui filiam induxerat ad paternæ fraternæque successionis renunciationẽm, eandem posteà ex testamento cum aliis fratribus aut sororibus heredem instituerit, aut etiam substituerit,hoc ipso extingui vim & potestatem renunciationis: quasi mutata patris volũtate in cuius sanè fuit arbitrio,ab ea renunciatione quam pro aliis extorserat in eorumdem præiudicium resilire. Nimirum quandiu
13 illi patris notariique stipulationem ratam non habuerunt.Secuta † namque ratihabitione , cùm iam ex proprio facto ius quæsitum habere cœperint,fieri non potest vt eis ius illud à patre auferatur, quoniam etsi pater stipulatus non fuisset,sola tamen notarij stipulatio sufficere,vt diximus, potuisset.Nec renunciationem illud irritam facere poterit,quòd soror nullo à fratribus accepto, sed dote tantùm à patre,eáq;fortassis etiã minùs congrua ex comparatione paternarũ faculcultatum,successioni fraternæ sine caussa renuntiasse videatur, illa enim caussa sola sufficere potest ad sororem à fraterna successione excludendam quòd exclusam eam esse fratres velint: præsertim si fratres intestati moriantur:quo casu non potest locus esse exceptioni, quæ testamento facto necessaria est, nisi turpis persona sit instituta. Quamuis enim si iuris ciuilis regulas spectes, non aliter potest soror à fratris successione excludi nullis fratri existẽtibus liberis, quàm si factum fuerit à fratre testementum , tamen ex quo pontificiæ legis & iurisiurandi autoritate inductum est,vt ab intestati quoque successione possit legitimus successor quilibet excludi per renunciationem, pro testato habendus est frater,qui iuratam sororis renunciationem admisit:quasi qui in eumdem finem,id est ad sororem excludendam fuerit testaturus , nisi eam vi renunciationis iam satis exclusam existimasset. Maternæ successionis meo iudicio, alia ratio est. Nam cùm liberis in bonis defunctæ matris legitima saltem portio debeatur,
14 si filia † quæ accepta dote à patre renunciauit maternæ successioni, nihil à matre, id est ex bonis maternis acceperit, siue mater præsens fuit, & consentiens renunciationi, siue postea ratam eam habuit , negari non potest quin eiusmodi renunciatio quod ad matrem attinet,facta sit sine caussa:& consequenter cùm ea res materiam præbeat exceptionis doli quæ iurisiurandi vim eneruat & destruit,fatendum est vel nullam esse renunciationem quasi nec iuratam, secundùm ea quæ nos in superioribus disputauimus in filia quæ nullo à patre accepto paternæ successioni renunciauit,vel saltem si cum pragmaticis sentire malis,rescindi eam posse ex caussa immodicæ læsionis,siue dicas sufficere impetrationem absolutionis, quod ego probabilius arbitror , siue quod quidam volunt, restitutionis quoque auxilium in eam rem necessarium esse credatur. Tametsi enim huiusmodi renunciationi tantam vim tribuas quanta esse posset conditi testamenti ad filiam excludendam , non tamen potest ea res sufficere ad hoc vt à materna successione penitus filia excludatur per renunciationem , quia neque per matris testamentum sic excludi posset , vt non saltem haberet legitimæ portionem, aut saltem condictionem ex Iustiniani lege ad legitimæ supplementum.Tanto magis igitur admittendum est hoc saltem casu non posse valere maternę successionis renunciationem quantumlibet iuratam à filia soli patri stipulanti factam,quam mater ipsa posteà ratam nunquam habuerit, Quod si ne quidem matris fauore valet, cuius successioni renuntiatum est, quanto minùs valebit fauore patris , licèt sibi ille stipulatus proponatur:Idémque prorsus in fraterna
15 † successione tractari potest, vt quamuis à filia,quæ fraternæ successioni renunciauit, pater sibi suisque heredibus stipulatus sit , non magis tamen sibi quàm absentibus & ignorantibus fratribus ius aliquod ex renunciatione quæ facta esse existimetur, quia renuntiatio nulla est, non equidem quasi facta sine caussa , vt cùm agitur de materna successione, sed quia de absentis & ignorantis hereditate pactiones inter alios factæ non valent , siue de succedendo factæ sint etiam cum iureiurando , quia ad pacta de succedendo pontificia constitutio non pertinet,siue de non succedendo, quia quòd iure pontificio confirmantur, adhibito iureiurando , eam sanè recipit interpretationem ex iure ciuili,si tertij de cuius successione actum est non tantùm scientia, sed etiam consensus & quidem expressus interuenerit.*l. vltim. Cod.de pact.* Nec conualescet renuntiatio ob id solùm , quòd patri, qui renuntiationem à filia fraternæ successioni factam sibi suisque stipulatus fuerat,iidem fratres heredes extiterint,quorum successioni renunciatum fuit.Paternæ siquidem hereditatis agnitio non potest cedere loco expressi consensus, quod ad eos heredes attinet qui defuncti factum ignorant in ea re in qua nisi consentientibus ipsis nihil fieri potuit à defuncto,cùm non de obligandis ex defuncti facto heredibus hoc casu agatur, sed de adimendo iis herede non solùm præter ipsorum voluntatem,sed etiam contrà quàm pater ipse stipulando senserit qui vtique liberis suis prodesse voluit non nocere, nec iis auferre heredem quem habere quandoque vellent. Idem enim alioqui periculum,& incommodum occurret, quod nos euenturum diximus quoties valere pactio de tertij hereditate facta,vt eos ille heredes ab intestato non haberet quos habere voluisset,quósque fortassis testamento instituisset si nullum iis ad intestati successionem aditum supereſſe credidisset.

ERROR III.

Si paternis tantùm bonis renuntiatum sit non etiam fraternis , & patri frater heres exiterit, aut pater ad secunda vota conuolauerit.

SVMMARIA.

1 *Pactiones de futura successione vtpote odiosa strictissimè accipienda sunt.*
2 *Filia quæ bonis paternis renuntiauit, non censetur renuntiasse fraternis.*
3 *Refertur distinctio quam Decius ad proximè relatam propositionem adhibet.*
4 *Sententiam Decij non probari ex l sed si plures 10.§ filio impuberi. D.de vulg.& pup.substit.*
5 *Alia pragmaticorum distinctio,qua docent quando filia, quæ bonis paternis renuntiauit,censeatur etiam fraternis renuntiasse.*
6 *Distinctionem pragmaticorum improbabilem esse.*
7 *Renuntiationes filiarum eis nocere non debent quibus prodesse voluit stipulator.*
8 *Casus quo filia quæ fratris est non admittitur ad petitionem bonorum paternorum.*
9 *In plerisque iuris partibus origo bonorum consideratur.*
10 *Mater quæ ad secundas conuolauit nuptias vni ex liberis postea defuncto vt succedat tum antiquo tum Iustinianeo iure.*
11 *Liberi qui renuntiarunt non prohibentur petere ea quæ parentes ob electas secundas nuptias amiserunt.*
12 *An qui renuntiarunt prohibeantur succedere in bonis paternis feudalibus.*

ACtiones † quæ fiunt de futura successione,quoniam sunt odiosæ, soláque iurisiurandi religione sustinentur,constat quàm strictissimè fieri potest , accipiendas esse ,nec interpretatione aliqua adiuuandas.Inde fit quod

fit quod & interpretes & pragmatici omnes fatentur,vt
1 quæ bonis † paternis renuntiauit,non censeatur renũ-
tiasse fraternis, non solùm si bona illa frater habuerit
aliunde quàm à patre,sed & si ab ipso patre profecta sint
quia ex quo fraterna facta sunt desierunt esse paterna,
& mutatione personæ mutatur conditio bonorum,*l. per curatorem* 91 §.1.*D.de acquir.hered.*Sunt tamen qui di-
stinguant † post *Decium in l.hereditas n.*8.*de regul. iur.*
3 an frater renuntiantis de cuius bonis agitur paternam
hereditatem adierit nécne : vt si adierit, non possit eius
soror separare hereditates quę semel iunctæ fuerunt,sed
quemadmodum excluſa est ab hereditate paterna per
renuntiationem, ita & excluſa sit à fraterna:si non adi-
erit,tùm verò obtineat, quod diximus, vt quamuis pa-
tris heres esse non possit,fratris tamen esse possit.Quam
sententiam probat *Decius ex l. sed si plures.* 10.§. *filio impuberi de vulg.& pup.subst.*vbi scriptum est,si filio im-
puberi heredi ex asse instituto substitutus quis sit,& fi-
lius heres patri extiterit,non posse substitutum separa-
re hereditates,vt filij habeat,patris non habeat,aut cõtra,
sed aut vtriusque habere hereditatem debere, aut neu-
4 trius:iuncta enim, inquit, hereditas cœpit esse. Sed †
sunt ista longe dissimilia. Non enim quærimus, an filia
quæ renuntiauit paternæ successioni, possit à paternis
bonis abstinere,& fraterna agnoscere. Certum enim est
non posse posteaquàm iuncta hereditas cœpit esse, sed
de illo tractamus,An eò minùs possit in bonis paternis
quæ fraterna facta sunt succedere quòd aliquando pa-
terna fuerunt,quódque si paterna mansissent,ab iis nũc
per renuntiationem exclusa reperiretur : ad quam quæ-
stionem supradictus Vlpiani locus nihil pertinet.Eadẽ
námque dubitatio est siue per viam successionis hereditatiæ, siue qua alia ratione bona patris ad fratrem per-
uenerint:& vtroque casu sicuti verum est facta esse fra-
terna,ita fatendum est in fratris hereditate reperiri, &
consequenter acquiri sorori quæ fraternæ successioni
non renuntiauit.Eámque sententiam contra Decium &
receptiorem & veriorem esse testatur *Didacus ad cap. quauis.in tert.part.relect.§.3.n.2.de pact. in 6.* Illa igitur
5 aliis distinctio † magis placet an filia quæ renuntiauit
petat bona paterna tanquam heres patris per mediam
fratris personam,an potiùs tanquam heres fratris. Prio-
re casu non esse audiendam filiam tanquam excluſam
per renuntiationem,quia licèt veniat ex nouo iure pro-
pter mediam personam fratris,venit tamen ad suum cõ-
modum:iuris autem regula est non magis ex alterius
quàm ex sua persona posse quem agere cùm ad suum
commodum agere vult, nec agere ex propria persona
potest. Posteriore verò casu nihil prohibet, inquiunt,
quominùs filia consequatur tãquam heres fratris quod
tanquam heres patris consequi non posset. Sed neque
6 distinctio † hæc mihi probari potest:nam cùm heres he-
redis sit heres testatoris quid obsecro est, quod impe-
dire debeat ne soror bona paterna possit vindicare tan-
quam heres patris,cùm sit heres fratris qui patri heres
fuit?An renuntiatio ? Minimè verò.Habet enim tacitam
conditionem vt sæpiùs diximus. Si res in eodem statu
maneat,non autem idem status est post acquisitam soro-
ri fraternam successionem, qui fuit tempore renuntia-
tionis. Et quemadmodum patris, qui sibi filióque aut
heredi suo stipulatus est, ea sine dubio voluntas fuit
non tantùm filio aliive cuilibet primo heredi, sed vt
etiam heredis heredi ius acquireret, ex persona scilicet
ac iure primi heredis. Ita credendum est nec patrem
ipsum qui filiam ad renuntiandum induxit eo animo
fuisse vt renuntiationem nocere filiæ vellet si eam filio
heredive suo heredem aliquo casu siue ex testamento,
siue ab intestato fieri contingeret, non magis quàm si
ipse heredem illam testamento instituisset. Et hoc con-
sequens est ei quod superiore capite diximus, non esse
7 ferendum vt huiusmodi renuntiationes iis noceant †
quibus prodesse voluit stipulator:noceret autem illa de
qua agimus,si filius aliúsve quilibet patris heres cuius
commodo pater stipulatus intelligitur,sororem quę re-
nuntiauit heredem sibi eligere etiam ab intestato pro-
hiberetur.Sanè si filia † quæ heres fratris est,bona pater- 8
na velit petere nõ tanquã heres fratris aut patris ex per-
sona fratris, sed tanquã heres patris ex proprio capite
& iure,certum est audiri eã non debere, nec minùs no-
cere ipsi hoc casu renuntiationem quàm si fratri heres
non fuisset. Potest enim eius qui conuenitur interesse
sororem ex fratris potiùs quàm ex propria persona age-
re,fortè si quam exceptionem erat ille habiturus contra
fratrem,qua vti non posset contra sororem si illa pro-
prio iure non ex fratris persona experiretur, arg.*l.cùm reus* 14.*D. de fideiuss.* Illud tamen superioribus obstare
videri potest,quod in aliis pleriſque † iuris partibus 9
origo bonorum considerari solet, vt euenit cùm mater
quæ ad secundas conuolauit nuptias,vni ex liberis po-
stea defuncto succedit.Etsi enim si à filio heres scripta sit
succedit haud dubiè in omnibus filij bonis indistinctè,
tamen defuncto filio intestato distinguendum est quæ-
nam bona filius reliquerit.Nam † eorum quæ ex pater- 10
na substantia ad filium peruenerunt, solus vsusfructus
matri debetur,proprietate cæteris fratribus aut soroni-
bus seruata, eorum verò quæ filius aliunde quàm à pa-
tre habuit,plena proprietas ad matrem pertinet,pro qua
parte ad intestati filij successionem cum fratribus & so-
roribus vocatur. *Auth.ex testamento. C. de secund. nupt.*
Sed respondendum est id fieri ex Iustiniani Nouella cõ-
stitutione potiùs quàm ex vera iuris ratione, vt ex eo
apparet quod ante Iustiniani constitutionem aliter ius
erat,&indistinctè bonorum omnium defuncti filij pro-
prietas matrem, quæ ad secundas transierat nuptias,
omnino deferebat,vndecunque tandem bona illa pro-
uenissent *l.3.§.illud etiam.C.eo.*adeóque tametsi mater à
prædefuncto filio fuisset instituta. Nec sanè valdè refert
si iuris rationem aut defuncti voluntatem inspicias an
succedatur ex testamento an ab intestato, cùm & ij qui
ab intestato succedunt,eo colore succedant quasi tacito
defuncti iudicio instituti,*l.3.§.1.l.conficiuntur* 8. *D. de iur.C.* At Iustinianus more suo plus ęquo fauens mulie-
ribus testamenti cauſſam prorsus exceptam voluit fauo-
re matris binubæ,vt non sit deterioris conditionis quã
alius institutus quilibet:ab intestato autem non ab aliis
bonis excluſam eam voluit,quàm quæ à patre ad filium
peruenissent,quasi mater quæ ad secundas transiit nu-
ptias non tam liberis ex priore matrimonio superstiti-
bus quàm priori cõiugi iniuriã feciſſe videatur ideó, ut
ab iis tantum bonis filij excludi debeat quæ patris ali-
quando fuerunt, non etiam à cæteris. Itaque ex eo iure
quod non ratione vlla iuris,sed sola Iustiniani voluntа-
te nititur,non potest argumentum sumi quod trahatur
ad propositam disputationem.Planè,quando de paren-
te ad secunda vota transeunte iam aliquid diximus, ne-
mo dubitat quin huiusmodi renũtiationibus non pro-
hibeantur † liberi qui renuntiauerũt ea petere quæ pa- 11
rentes ob electas secundas nuptias amiserunt.Acquirũ-
tur.n.illa liberis ex legum beneficio.& veluti pœnæ no-
mine,non hereditariæ successionis iure,vt iã olim rectè
Bartol.disputauit ad *l.qui Romæ.*122.§. *duo fratres.in fin. oppositionis pen.de verb.obl.*quem sequitur *Guid. Pap.qu.*
128.*post Old.con.*294.Magis mirũ † illud est,nec tamen
minùs probabile quod iildẽ nostris placet,idẽ de pater-
nis bonis feudalibus iuris esse vt liberi qui paternæ suc-
cessionis renuntiarunt non idcirco ab iis bonis summo-
ueantur,nimirum quia propriam & separatam naturam
habent nec sunt omnino paterna,vt ex aliorum senten-
tiatractat *Did.d.§ 3.n.6.*Scilicet nisi his quoque bonis
expressim renuntiatum sit.Nam expressam renuntiatio-
nem valere non ambigitur. Alioqui cùm iusiurandum
ex iurantis mente vires & interpretationem accipiat,
non potest ad ista porrigi de quibus in dubio verisimile
est non fuisse cogitatum. *l. qui cum tutoribus 9.§.1.2.&*

3.

3. D. de transact. l. mater decedens 19. de inof. test. l. fin. qui satisda. cogant.

ERROR IV.

Si filia quæ patri cum iureiurando renunciauit ab eo instituta sit in aliquo pro legitima portione.

SVMMARIA.

1 *Renunciationes quantumlibet iurata non impediunt quominus is qui renunciauit possit instituí à stipulatore.*
2 *Cur ante Iustinianum mater quæ ad secundas nuptias conuolarat non poterat succedere filio, quamdiu alij liberi ex priori matrimonio supererant.*
3 *An filia quæ patri renunciauit si ab eo instituta sit in aliquo pro legitima, possit petere supplementum legitimæ.*
4 *Marantha sententia affirmans pragmaticis probata.*
5 *D. sententiâ improbatio. & seqq.*
6 *Renunciationes de quibus agitur pertinent tantùm ad causſam intestati.*
7 *Limitata causſa limitatum producit effectum.*
8 *Ex sententia pragmaticorum qui paternæ aut maternæ hereditati simpliciter renunciauit potest nihilominus petere legitimã, secus si legitimæ renunciatũ sit.*
9 *Supplementum legitimæ conditione ex testamento petitur, licet testamento non sit relictum.*
10 *Iusiurandum remitti potest ab eo in cuius gratiam præstitum est.*
11 *Filia quæ renuntiauit etiam ab intestato habere debet quæcumque pater ei reliquit in testamento minus solemni.*
12 *Casus quo renuntiatio non potest iureiurando confirmari.*

1 MOnuimus sæpiùs renunciationes † istas de quibus agimus quantumlibet iuratas non impedire, quominùs possit ea persona quæ renunciauit heres institui ab ipso stipulatore. In eóque mihi conuenit cum interpretibus & pragmaticis omnibus: nó solùm quòd non sit verisimile hoc actum aut de hoc casu cogitatum eo tempore quo interposita fuit renuntiatio, sed etiã quia fieret alioqui vt noceret stipulatori renuntiatio, quæ prodesse tantùm ei deberet. Quid. n. absurdius, quàm si quis dicat stipulatorem qui renunciationẽ extorquendo id egit vt liberiorem haberet testandi facultatem hoc ipso minùs liberã habere, & prohiberi ne filiam quæ renũciauit possit instituere si id malit? Nec simile est quod super. ca. dicebamus, ante Iustiniani nouellam constitutionem, de qua in Auth. *ex test. C. de sec. nupt.* 2 non † potuisse matri quæ ad secunda vota conuolasset, acquiri pleno iure proprietatẽ bonorũ filij prædefuncti, quandiu alij ex eodem matrimonio liberi superessent. Id enim rationem illam habebat, quòd non tantùm matris odium vrgeret, sed etiam fauor liberorum superstitum, quibus vtique mater secundas amplexa nuptias iniuriam fecisset. In proposito autem, neq; odiũ vllum est mulieris quæ renunciauit, quam tanto fauorabiliorem è contrario esse necesse est, quanto odiosior est, & à legitimo succedẽdi iure alienior renũciatio, neque fauor vllus aliorum, qui non renunciarunt, vt melioris conditionis esse debeant inuito patre stipulatore, quàm si renunciatio nulla præcessisset. Emergi tamen 3 dubitatio † nec inelegans, nec leuis momenti, si filiæ quæ renunciauit pater aliquid vel minimum testamento reliquerit pro legitima portione, an hoc ipso renuntiationis potestas, vsque adeò extinguatur, vt possit filia perinde agere ad supplementum legitimæ acsi nunquam renuntiasset. Sic enim pragmatici vulgò putant, secuti † 4 *Rober. Marantha*: magni inter Italos grammaticos nominis, *disp. 10. nn. 26.* quasi permittente eo in cuius fauorem facta fuerat renunciatio, & ipsi renunciationi, vt ita dicam renunciante. Quam sententiam † ego nun- 5 quam potui veram putare. Etsi enim non dubito ita ius esse vt hæ renunciationes locum duntaxat habeant quod ad successionem † intestati, nec excludant renuncian- 6 tem à petitione eorum quæ testamento relicta sunt, aut alia dispositione, vtpote quæ debita sint ex noua causſa, ad quam extendi nequeat priùs facta renunciatio etiam iurata *cap. cum inter. de renunciation.* (renunciatio enim iurium etiam quæ quis habere speret, intelligi debet ex causſa de præterito, vt nostri loquuntur, non item ex causſa de futuro, nisi cùm id expressum est, *Bartolus in l. si vxor 13. §. Diui ad leg. Iuliam de adult.* & ad *l. qui Romæ 122. §. duo fratres de verbor. oblig.*) Non possum tamen intelligere qua ratione, admittendum sit vt ex voluntate testatoris plus debeatur renuntianti, quàm testator ipse expresserit, aut cur testamento sublatum dicamus vinculum renuntiationis, nisi ad eam vsque quantitatem aut portionem quæ testamento relicta est. argum. *l. 3. D. de testament. mil.* Vulgare enim nostrorum brocardicum est, limitatam † causſam limitatum producere 7 effectum *l. in agris 16. de acquir. rerum domin.* Quamquã enim scio nostris placere quod mihi displicet, eum qui paternæ † aut maternæ hereditati renunciauit simpliciter, nullo accepto, aut quod hac parte idem est, accepto 8 aliquo quod non soleat in legitimam imputari, nec in eam causſam datum sit vt imputetur, posse nihilominùs legitimam petere, cui scilicet non censeatur renunciasse, nisi specialem eius fecerit mentionem, vt illi arbitrantur. Attamen si legitimæ quoque renunciatum sit licèt pro minore quantitate quàm quæ ad legitimam sufficiat, constat inter omnes tantam esse vim renuntiationis, vt nec legitimæ supplementũ peti possit. Teste *Didaco in 3. part. relect. cap. quamuis. §. 1. numer. 2. paulo ante finem de pact. in 6.* In lucro igitur ponere renuntians debebit, si quid ei præterea vel ex testamento, vel ex alia voluntate obuenerit, eáque accessione quantacumque tandem illa erit, contentum eum esse oportebit. Longéque alia ratio est supplementi legitimæ quod ex testamento deberi dicitur, quódque † conditione ex testamento petitur, 9 etiamsi testamento non fuerit relictum *l. omnimodo 30. C. de inoffic. testam.* id enim fit quia ei cui testator minùs reliquit quam pro legitima relinquere debuerit, illud quoque debetur quod relinqui oportuit, nec relictum fuit: at filiæ cui propter renuntiationem nihil debebatur non potest videri minùs relictum esse quàm deberetur, ob hoc solum quod aliquid ei pater reliquerit: nisi fortè idem est plus dare quàm debeas & minùs dare, illud sanè non nego posse iusiurandum † remitti ab eo in cuius 10 gratiam præstitum est, vt docet *Bart. in l. Labeo D. de iureiur.* post Accurs. *in l. adigere de iur. patron.* Sed nego remissum dici debere iusiurandum quo sustinebatur renuntiatio ob hoc solùm, quod aliquid pro legitima relictum sit ei qui renuntiauit, nisi pro ea quantitate aut portione quæ relicta est. Pro ea sanè quantitate aut portione faceor nullam prorsus renuntiationis habendam esse rationem: ideóque habere filiam † debere etiam ab 11 intestato quæcumque pater ei reliquit in testamento minùs solenni: quod & traditum est à *Guill. Bened. in repet. cap. Raynutius in verb. duas habens filias. numer. 188.* & *190.* Nam ex actu etiam nullo declaratur voluntas *l. vltima D. de reb. eorum qui subaud. & curator. sunt.* Quodcumque autem voluntatis indicium sufficit ad hoc vt redeat res ad causſam legitimæ successionis, argum. *l. si vnus. 27. §. pactus ne peteret. in fin. D. de pact.* Addunt nostri alium esse casum quo renuntiatio † non possit 12 iureiurando confirmari, scilicet si priùs filia iurauerat se non renuntiaturam: Prius enim iuramentum parentibus

est

est non solùm quia & prius derogatorium est, sed etiam qua congruit iuri communi. *ca. eam te. & cap. intellecto. Extr. de iureiur. Benedict. num.* 290. Hoc ipsum tamen ita si prius iusiurandum præstitum sit in vtilitatem & in manibus alterius, *Bald. in cap. veniens ad fin. de iureiur.* & in *Auth. sacramenta puberum vers. alterius quare. C. si aduers. vendit.* Item si is cui posteriore loco iuratur, prius iusiurandum contrarium non ignoret, vt in *d. cap. intellecto.* Alioqui deciperetur idem *Bald. in cap. cum contingat. de iureiur. & in l. si prædium in fin. C. de iur. dot.*

ERROR V.

De differentiis legitimæ portionis quæ descendentibus, & eius quæ ascendentibus debetur.

SVMMARIA.

1 *Dissensio interpretum in assignandis differentiis legitimæ quæ descendentibus, & eius quæ ascendentibus debetur.*

2 *Ex sententia Bartoli legitima descendentibus titulo institutionis relinquenda est, ascendentibus verò quocunque titulo relinqui potest.*

3 *Primam illam differentiam ab alijs omnibus esse explosam.*

4 *Secunda differentia à pluribus pragmaticis assignata, & eius refutatio.*

5 *Tertia differentia, quod pactum per quod filius excluditur à petitione legitimæ iure ciuili sit improbatum, non item illud per quod parens prohibetur legitimam petere.*

6 *Explicatio l. 1. § si parens. D. si à par. quis man. fuer. ex qua Did. Couarr. superiorem differentiam colligere nitebatur.*

7 *Differentia proximè relata rationibus iis tollitur quibus interpretes improbata putant pacta de non succedendo.*

8 *Legitima debetur ex officio pietatis non minus ascentibus, quàm descendentibus.*

1 SVnt † qui inter legitimam portionem quæ descendentibus, & eam quæ ascendentibus debetur, differentias quasdam constituant, sed alij alia pro arbitrio, ego nullam agnosco. Prima illa est quam Bartolus † aliquando tra-
2 didit, vt legitima quæ descendentibus debetur ei relinquenda sit titulo institutionis ex Iustiniani *Nou.* 11. *vt cum de appellat. cognosc. § aliud quoque capitulum:* Quæ verò ascendentibus, quocunque titulo relinqui possit, id est etiam legati aut fideicommissi, aut quo alio eiusmodi ex *Nouell.* 18. *De trient. & semiss.* Sed iampridem †
3 explosa hæc sententia est quoniam posterior Iustiniani constitutio quæ liberorum fauore induxit vt legitimam institutionis titulo iis relinqui necesse sit, secũdum eam interpretationem quæ magis communiter probata est in *d. § aliud quoque capitulum*, illud quoque expressim constituit, vt idem omnino in legitima ascendẽtibus relinquenda obseruari oporteat. Itaque non infacetè quidam ex interpretibus dixit minari se quòd in toto mundo Bartolus non inuenerit amicum qui sententiam suam sequatur. Quod tamen interpretibus ferè omnibus placet vtramque legitimam tam quæ descendentibus quàm quæ ascendentibus debetur, institutionis titulo relinqui debere, vereor ne non sit verum, de quo sequenti
4 capite videbimus. Secunda † differentia est, quæ pragmaticos quam plures autores habet, vt legitimam quæ descendentibus debetur, iis relinqui necesse sit in corporibus bonorum. Eam verò quæ ascendentibus, sufficiat relinqui pecunia numerata vt bona in familia conseruentur. Sed neque video qua ex lege hausta sit hæc differentia. Etsi enim iure vetere potuit satis esse ad excludendam inofficiosi querelam si legitima siue parenti siue filio quoquomodo sicut & quoquo titulo relicta esset, id est, siue in pecunia, siue in corporibus bonorum, tamen ex Iustiniani constitutione in *leg. scimus* 36. *§. repletionem. Cod. de inoff. testament.* generaliter inductum est vt legitimam in corporibus bonorum dari oporteat, adeóque legitimæ supplementum: Cúmque ex aliis eiusdem Iustiniani constitutionibus appareat eandem illum rationem esse voluisse in cæteris, legitimæ quæ ascendentibus & eius, quæ descendentibus deberetur, nihil est ex quo possit coniici hanc ei differentiam placuisse quæ nec omnibus pragmaticis probatur, sed iis etiam tantùm qui eo minùs sapiunt, quo plus sapere sibi videntur. Tertia † differentia illa adfertur vt pactum de non succedendo per quod filius excludatur à petitione legitimæ in bonis parentum prorsus improbatum sit iure ciuili, nec nisi iusiurandi religione & vinculo ex pontificia lege defendatur. Pactum verò de non succedendo per quod parens prohibeatur legitimam petere in bonis filij, valeat etiam iure ciuili, nullo licèt accedente iureiurando propterea quod, inquiunt, fauorabiliori iure debeatur ascendentium hereditas descendentibus, quàm descendentium ascendentibus. Descendentibus enim debetur hereditas ascendentium ex voto etiam parentum: Ascendentibus verò descendentium contra votum parentum sola miserationis ratione, *l. scripto §. vlt. D. vnd. liber. l. nam etsi* 15. *D. de inoff. test. l. vlt. D. de bon. damn.* Sic enim ratiocinatur *Didacus Couarr. ad cap. quanis. de pact. in 6. § 4. num.* 10. Motus *ex l. 1. §. si parens. D. si à parent. quis manum. fuer.* vbi Vlpianus scribit, Si parens vel acceperit pecuniam vt filium emanciparet, vel viuus in eum filius postea quantum satis est contulerit ne iudicia eius inquieter, doli exceptione patrem repellendum esse. Quasi verò tractet † Vlpianus eo loco de inita inter patrem & filium pactione 6
de non succedendo. Et tamen nihil apertius est quàm illud videre, duos ibi casus proponi. Prior ille est si parens pecuniam acceperit vt filium emanciparet. Quod si factum sit, æquum sanè est repelli eum exceptione doli si contra tabulas filij bonorum possessionem petat, non quòd in accipienda pecunia deliquisse aut dolo malo versatus esse dici possit, vt vulgò nostri tradiderunt, contra textum in *l. vtrum turpem* 107. *de verb. oblig. l. vlt. C. de emancip. liber.* Sed quoniam ea bonorum possessio patri datur in præmium, & remunerationem emancipationis, *d. l. si à parent. quis manum.* Præmio autem nullo opus est post emancipationem ei qui pecuniam accepit vt emanciparet. Præmium enim ab initio accepit pater hoc casu, *l. etiamsi* 3. *§. si quis numos. D. de bon. liberter.* Alter casus est si post emancipationem viuus filius, id est inter viuos tãtùm in patrem contulerit, quantum satis est ne iudicia eius inquieter. Quo etiam casu doli exceptione repellendus est pater si post filij mortem agere velit, non alia ratione quàm quod videatur ei viuus filius prouidisse, nec æquum sit patrem bis idem consequi, hoc est debitam legibus portionem, licèt nullum de ea re pactum interceserit. Quomodo dicimus, si centum aureorum dominus vigintiquinque alicui dedisset, ac posteà instituto eo herede legasset dodrantem, nihil aliud sub occasione legis falcidiæ consecuturum heredem, quia viuus testator ei prouidisse videatur, *l. cum quo* 56. *§. vlt. & D. ad leg. falcid.* Nec in filio diuersum est si ius vetus spectes, & ponas filio donatum à patre quantum satis est ad quartam siue mortis caussâ siue inter viuos quidem, sed hac tamen contemplatione vt in quartam habeatur, *arg. d. §. vlt. & l. si quando* 35. *§. & generaliter. C. de inoff. test. l. Papinianus* 8. *§. si quis mortis caussa. l. si non mortis* 25. *D. eod.* Quæ donatoris mens in dubio præsumenda est quoties id quod

quod donatur, ſufficit ad inofficioſi querelam excludendam. Vt quod Paulus ſcripſit *lib.3. ſent. tit.8. §.3.* ea quæ mater viua donauit filio in quartam non imputari, intelligendum ſit eo caſu quo ad quartam illa non ſufficiant. Etſi non ignoro interpretes noſtros non aliter hoc admittere quàm ſi adiectum ſit pactum de non ſuccedendo, vt ex communi omnium ſententia tractat *Guid. Benedict. in verb. duas habens filias, num.* 242. Sed mouet me quod ſcriptum eſt in *d. §. vlt. l. cum quo. ad leg. falcid.* Idque Vlpianus ipſe in *d. §. ſi parens.* non obſcurè innuit, cum ponit tantum donaſſe filium patri quantum ſatis eſt, ne iudicia eius pater inquieret, ac proinde in hanc cauſſam ſiue expreſſa ſiue tacita voluntate, quamuis nullo addito pacto de non ſuccedendo. Illud enim ſatis eſt donationem non eſſe ſimplicem, ſed ob cauſſam ſiue expreſſam ſiue tacitam vt in legitimam imputetur *l. quoniam Nouella* 29. *& d. l. ſi quando, §. & generaliter, Cod. de inoffic. teſtament.* Dixi *ſi ius vetus ſpectes*, quia cùm hodie ex Iuſtiniani *Nouell.* 115. de qua ſuprà diximus, & ex receptiſſima noſtrorum ſententia, ſi tamen vera illa eſt, inſtitutionis titulo relinqui legitimam neceſſe ſit, conſequens eſt nihil prodeſſe patri vt ſecurè teſtetur quod forte inter viuos aut mortis cauſſa quantum ad legitimam ſatis eſt filio reliquerit, niſi eum prætereà aut inſtituat, aut adiectâ iuſtâ cauſâ exheredet, cùm olim ſufficeret vt exheredaret quamuis immerentem dummodo legitimam ei reliquiſſet, vt ſequenti capite dicemus. Eadémque ratio facit vt & illam Vlpiani ſententiam quæ extat in *d. §. ſi parens*, hodie correctam eſſe putem, poſtea quàm noſtris placuit, aſcendentibus quoque ſicut deſcendentibus relinquendam eſſe legitimam titulo inſtitutionis, & poſt ſublatas alia Iuſtiniani *Nouell. conſtit.* 118. *de hered. ab inteſt. venient.* differentias omnes ſuitatis & emancipationis. Nam ſicut hodie perinde ſuccedunt ab inteſtato emancipati liberi atque ſui heredes, perindéque inſtituendi ſunt, aut adiectâ cauſſa exheredandi, vt teſtamentum valeat, ita & viciſſim ipſi parentes inſtituere coguntur, aut adiectâ cauſſâ exheredare. Perperam igitur acceptus eſt locus ille Vlpiani ab iis omnibus qui in ea ſpecie pactum de non ſuccedendo interueniſſe arbitrantur. Et ſanè vtroque caſu, id eſt, ſiue de aſcendentium, ſiue de deſcendentium legitima tractetur, eadem vrget ratio, quæ pactum de non ſuccedendo minimè valere patiatur, quòd iuri ſuccedendi quia publicum eſt, & ex lege duodecim tabularum, priuata pactione derogari non poſſit, *l. vlt. D. de ſuis & legit. l. ius publicum* 38. *D. de pact.* Nec minùs pro parentibus
7 † quàm pro liberis faciunt aliæ etiam rationes, licèt minùs germanæ, & acceſſoriæ propter quas noſtri putant improbata eſſe pacta de non ſuccedendo. Aiunt enim eandem cauſſam eſſe dandæ quæ eſt & adimendæ hereditatis, *l. 2. §. vlt. l. quod per manus* 10. *D. de iur. codicill. penultim. §. 1. de condic. inſtit. l. 3. §. conditio. de adim. legat.* Pacto autem non poſſe dari hereditatem, *l. hereditas 5. Cod. de pact. conuent.* quia neque id conuenit legibus, neque fieri poteſt ſine legibus. Addit *Bart. in l. ſi quis pro eo. D. de fideiuſſ.* prohibitum eſſe pactum de non ſuccedendo, ne quis modico præſenti contentus, vt fieri ſolet, futuræ atque opulentiſſimæ hereditati renuntiet. Non ſatis rectè. Nam nec pauperior fit qui ſpem hereditatis numquam forraſſis deferendæ omittit, *l. quod autem 6. D. quæ in fraud. credit. l. ſi ſponſus 5. §. ſi maritus* 13. *& ſeqq. D. de donat. int. vir. & vxor. l. non videntur* 82. *l. non poteſt videri* 208. *de reg. iur.* nec opulenti fideicommiſſi incertum, modico quin & nullo accepto remitti veritum eſt, *l. 1. Cod. de pact. l. de fideicommiſſo 1. Cod. de tranſact. l. quoties 1. Cod. de fideicommiſſ.* Et contrà non eo magis valet pactum de non ſuccedendo quòd accepta magna quantitate, perexiguæ hereditati renuntiatum proponatur. Leges enim quæ huiuſmodi pacta improbant, ſicut indiſtinctè loquuntur, & generalem habent rationem, ita & indiſtinctè debent intelligi. Incerta ſiquidem eſt & quæ in ſingula momenta augeri vel minui poſſit futuræ hereditatis æſtimatio, cùm non niſi ex tempore mortis hereditas æſtimetur *leg. 1. & 2. D. de hered. vel act. vendit.* Sed tamen etiamſi rationem hanc Bartoli pro vera probaremus, apparet non minùs eam vrgere pro parentibus quàm pro liberis, vt per pactum de non ſuccedendo à petitione legitimæ ſubmoueri non poſſint. Quod autem obiicitur deſcendentium hereditates non deberi aſcendentibus ex voto, ſed ſola ratione miſerationis, turbato mortalitatis ordine, minùs ſanè ad rem pertinet. Nam quod ad legitimam † ſpectat, ſufficit vt eadem ratio pietatis vrgeat pro parentibus, quæ pro liberis, *d. l. nam etſi* 17. *D. de inoff. teſt. d. l. ſcripto 7. §. vlt. D. vnde lib.* Qui enim agit querela inofficioſi teſtamenti ſiue ex aſcendentibus ſit, ſiue de deſcendentibus, eo colore agit quaſi teſtator impius fuerit, adéóque furioſus & demens, qui in teſtando pietatis officia tùm maximè excolenda prætermiſerit, *l. 2. D. de inoff. teſtam.*

ERROR VI.

De legitima tam aſcendentibus quàm deſcendentibus inſtitutionis titulo relinquenda.

SVMMARIA.

1 *Irnerius authenticarum compilator vt ab aliis notatus.*
2 *Legitimam ſiue aſcendentibus ſiue deſcendentibus & fratribus titulo inſtitutionis relinquendam eſſe, communis eſt interpp. & pragmat. traditio.*
3 *Vnde ſuperior colligatur ſententia ab interpretibus.*
4 *d. Traditionem ſi non à verbis Iuſtiniani, certè à ratione que Iuſtinianum monit vt nouam conſtitutionem ferret, alienam eſſe.*
5 *Teſtamenta in quibus inſtituitur filius in certa re aut quantitate pro legitima, non magis valere poſſunt quàm ſi filius nullo modo inſtitutus eſſet, nec exheredatus, & num. 9.*
6 *Preteritum quem cenſeant iuris auctores.*
7 *Non inſtitutio, ſed hereditas heredem facit.*
8 *Inſtitutus ex re certa, alio ex aſſe ſcripto nec heres dici, nec pro herede haberi poteſt, ſed tantùm pro legatario.*
9 *Quæ exheredatio hodie requiratur ad teſtamenti ſolennitatem.*
11 *Vt ſecurè teſtetur hodie pater aut mater quid exigitur ſecundùm Iuſtinianeæ conſtitutionis rationem.*
12 *Quando titulus inſtitutionis ſit honorabilior quàm legati.*
13 *Inſtitutio ex re certa non eſt vtilior, quàm legatum, contra pragmaticos.*
14 *Concluſio diſputationis contra interpretes & Iuſtinianum.*

REprehenditur † vulgò & notatur ab interpretibus fere omnibus Irnerius authenticarum quæ per Iuſtiniani codicem ſparſæ ſunt compilator non indiligens, quòd ſcripſerit *in authentic. nouiſſima Codice de inoffic. teſtament.* nouiſſima Iuſtiniani lege cautum eſſe vt legitima quæ olim ſemper erat quarta portionis ab inteſtato contingentis, hodie verò pro numero liberorum vel triens eſt vel ſemis, relinqui poſſit quocunque titulo ſine legati, ſiue fideicommiſſi, aut donationis tam inter viuos quàm mortis cauſſà, aut alio quolibet relicti iure. Ex *Nouell. 8. De trient. & ſemiſſ.*

2 Putant enim cæteri †, posteriore Iustiniani constitutione quæ extat in *Nouell.* 115. cui titulus est, *Vt cùm de appellat. cognosc. §. aliud quoque capitulum*, longè aliter cautum esse, & contra iuris veteris rationem inductum, vt legitimam omnimodo institutionis titulo relinqui necesse sit, non solùm si descendentibus, sed etsi ascendentibus, adeóque fratribus in suo casu, id est, turpi persona instituta, debeatur. Hanc enim communem nostrorum sententiam esse, & vbique terrarum receptissimam refert probárque *Antonius Thessaur. decis. Pedemont.* 58. *post Castrens. in d. auth. nouissima. num.* 9. & alios innumeros quibus cumulandis non omnes omnium chartæ
3 sufficiant. Mouentur omnes ex † vnius *Nouellæ* 115. verbis, quæ sanè in hanc rem non obscurè esse videntur. Constituit enim Iustinianus eo loco vt non liceat patri, vel matri, auo, vel auiæ, filios, aut nepotes & deinceps inferioris gradus liberos præterire, vel exheredes in suo facere testamento, nec si legibus debitam portionem iis reliquerint titulo legati aut fideicommissi aut alio quocunque, sed omnino cogantur aut eos instituere aut iustâ causâ adiectâ exheredare. Proinde nulla satis iusta subsistente caussa exheredationis, consequens est vt non aliter valere testamentum possit quàm si filius in legitima institutus proponatur. Alioqui non facilè dici posset quid noui ea constitutione Iustinianus induxisset. Nam & olim ita ius vetus comparatum fuisse certum est, vt quamuis legitimam, quocunque titulo relinquere liceret, instituí tamen filium aut exheredari necesse esset, vt testamentum iure factum crederetur. Non enim quæri poterat de querela inofficiosi testamenti ad testamentum rescindendum, quin priùs constaret testamentum ipso iure valere, ritéque & solenniter factum esse: siquidem rumpi rescindíque nullomodo potuisset, quod nullo iure valuisset *l. 5. D. de iniust. rupt. & irrit. fact. testam.* Inter cætera autem testamentorum sollennia primum illud & præcipuum caput erat, De suis heredibus instituendis aut exheredandis, *l. inter cætera* 30. *& pass. D. de liber. & posthum.* Ego tamen non
4 dubito quin hæc sententia † licèt à pragmaticis omnibus, si qua vsquam alia, vt loquuntur, canonizata, prorsus falsa sit & aliena, non quidem fortasse à verbis Iustiniani quæ vulgò in hanc rem creduntur apertissima, præsertim *in §. hæc autem alias, §. caterum. dict. Nou.* 115. sed tamen ab ea ratione quæ Iustinianum ipsum mouit, vt nouam ferret constitutionem. Itaque non tam contra interpretes hîc disputandum nobis erit quàm contra Iustinianum, sed ex ipso Iustiniano coniuncta ea iuris ratione, quam & Iustinianus ipse probauit. Nisi malis Iustinianum sic interpretari vt id constituerit quòd ex iuris ratione constituere debuit, præsertim cùm verba non repugnent. Neque enim ea Nouella id agit Iustinianus vt anteriores iuris cùm veteris, tum noui leges quæ de legitima extabant abroget aut emendet, sed illud potiùs vt nouum ius faciat quod ad ordinandi testamenti caussam spectet. Nam cùm iure vetere sic obtineret, vt securè testatus videretur pater qui filium licèt immerentem exheredasset, dummodò legitimam portionem ipsi quocunque titulo reliquisset, quemadmodum superiore capite attigimus, quia & satisfecerat iuris sollennitati, filio exheredato, & paternæ pietati, relicta filio quamuis exheredato legitima portione quæ inofficiosi testamenti querelam excludebat, Iustiniano durum nimis & iniquum visum est, vt prætextu legitimæ portionis relictæ exheredari à patre, aut præteriri à matre impunè posset filius qui exheredationis caussam nullam admisisset. Habet. n. exheredatio nescio quam infamiæ notam ex impietatis conscientia, quam notam pecuniario legitimæ commodo aut alio quantumlibet maiore æstimari sanè inuidiosum, & iis quibus legitima deberetur inhonestum videbatur. Placuit ita Iustiniano hactenus iuri veteri hac parte derogare, vt ad validitatem testamenti non sufficiat quod olim sufficiebat exheredatum esse filium à patre aut ab auo paterno, vel præteritum à matre aut ab auo materno, cuius sicut & matris præteritio habetur pro exheredatione, sed omnino necesse sit aut instituí filium aut adiectâ caussâ eáque iusta & ab heredibus probanda exheredari: Id ni factum sit testamentum ipso iure non valeat, sed perinde nullum sit ac si filius qui institutus non est, nec exheredatus esset, tametsi legitima portio siue legati siue fideicommissi aut alio quocumque titulo ei relicta esse proponatur. Cui consequens est vt ne sufficere debeat, quòd legitima relicta sit titulo institutionis, si non præterea filius ex aliqua assis parte institutus sit. Certum namque est instituturn ex re certa, quoties alij, vnus pluréve ex asse scripti sunt, pro legatario habendum esse, ideóque nec heredis iure censeri vllomodo posse *l. quoties* 13. *C. de hered. inst.* Quid autem refert an in re certa filius institutus sit, an in legitima portione? Siquidem legitima portio res certa est, non solùm quod ad quotam attinet, quæ certis legibus constituta est, sed etiam quod ad æstimationem, quoniam ea portio non hereditatis quota est, sed bonorum, cùm non ponatur eius ratio nisi deducto ære alieno, quod ipsum tamen hereditatis partem constituit, quia hereditas nomen iuris est non corporum aut singulorum aut vniuersorum, *l. Papinianus* 8. § *quarta autem, D. de inoffic. testam.* Non ergo satisfacere Iustiniano debuit pater, qui filium in legitima duntaxat instituit, quia non eo minùs verum est, filium hunc in legitima institutum ex nulla hereditatis, id est, hereditarij assis parte heredem esse. Cùm autem non sit heres, exheredem eum aut præteritum esse necesse est, nam inter suum heredem & exheredem medium aliud nullum est, *l. in suis* 11. *de liber. & posth.* Porrò ex Iustiniani constitutione nullius momenti est exheredatio quæ caussam nullam habet, quam nec adiectam esse sufficeret, si non esset iusta, id est, aliqua ex iis solis quas eadem constitutio pro iustis haberi vult: inde igitur infero testamenta † ferè omnia, quæ hodie fieri solent, & quibus 5
instituitur filius in certa re aut quantitate pro omni legitimæ iure, & à reliqua hereditate excluditur nulla exheredationis caussa adiecta, non magis valere posse, quàm si filius hic nullomodo institutus esset nec exheredatus. Eam siquidem institutionem iuris ratio requirit quæ filium heredem faciat, & consequenter quæ aliquam hereditarij assis partem ipsi tribuat, non per quam fiat vt legatarij duntaxat loco habeatur. Alioqui dicendum est ius liberorum quod proculdubio Iustinianus auctum voluit, è contrario fuisse imminutum, adeóque in ea re quæ præcipui erat momenti. Neque enim credendum est potuisse olim patrem sic testari vt filium in legitimæ portione institueret, heredem verò alium ex toto asse adscriberet. Nam toto asse vni dato qui fieri obsecro poterat vt ex aliqua assis parte filius heres esse videretur? Cùm ergo neque heres, neque exheres dici posset, hoc vnum supererat vt præteritus diceretur, nil obstante eo quòd in legitima esset institutus, non magis quam si ea portio ipsi legata aut per fideicommissum relicta fuisset. Præteritum † enim filium iuris autores 6
interpretantur, vt pluribus locis monuimus, non eum cuius mentio nulla in testamento facta sit, sed qui nec institutus fuit nec exheredatus, tametsi ei legatum fuerit, quin & eum qui institutus est aut exheredatus, si non eo modo quo oportuit, institutio vel exheredatio facta sit. Dices fieri non posse vt non sit heres qui est institutus, ideóque filium qui in legitima portione institutus est, in ea quoque portione heredem esse, nec proinde quicquam de exheredatione tractari posse, cùm fieri nequeat vt idem sit & heres & exheres. Et non mirú est quod Iustinianum aut potiùs Tribonianum iuris sanè imperitissimum fefellit, si solam in re certa institutionẽ sufficere existimauit. Sed respondeo, quod dicitur non posse fieri vt heres non sit qui est institutus, ad eũ duntaxat pertinere qui in hereditate, aut quod idem est ex

cerca

certa parte hereditatis,non etiam ad eum qui in re cer-
7 ta inſtitutus eſt. Non enim inſtitutio, † ſed hereditas ipſa ſola eſt,quæ heredem facit.Obidque nimirum conſtitui neceſſe fuit vt heres inſtitutus in re certa pro legatario haberetur, cùm pro herede haberi non poſſet: Aliter enim poſito iure eueniret vt eiuſdem rei duo eſſent heredes, id eſt,domini in ſolidum,is ſcilicet qui ex aſſe ſcriptus eſſet, cùm in toto aſſe contineatur quicquid eſt in hereditate,itémque is qui in certa illa re eſſet inſtitutus.Non enim dici poteſt teſtatorem qui inſtituto aliquo in re certa alium heredem ſcribit ex aſſe tranſire ad dupondium, ſiue inſtitutio in re certa præcedat, ſiue ſequatur, quia tum demum fit tranſitus ad dupondium, cùm expleto primo aſſe,id eſt, aut toto aſſe completo aut in duodecim vncias inter heredes diſtributo, inſtituitur aliquis ex alterius aſſis parte.Nouo ſiquidem & ſecundo aſſi neceſſariò tribuendum eſt, quod ex primo delibari amplius non poteſt. At inſtitutio in re certa nihil habet commune cum inſtitutione ex aſſe aut ex certa aſſis parte, quia numquam inſtitutus ex re certa habetur pro ſcripto ex certa parte aſſis: Ex ipſo autem aſſe non niſi vno illo caſu quo ſolus ſit inſtitutus,id eſt, nullo herede aut ex toto aſſe, aut ex aſſis parte ſcripto *l.1.§. ſi ex fundo. D.de hered.inſtit.* vt dicemus latiùs *in errorem vltimum Decadis ſequentis.* Nam ſi ponas Titium inſtitutum ex fundo Corneliano, Sempronium verò ex ſemiſſe hereditatis, nemo ambigit quin Sempronius ſolus & ex toto aſſe heres futurus ſit, Titius verò ex nulla parte. Cùm igitur teſtator, qui & herede aliquem ex aſſe ſcribit,& alium in re certa inſtituit,non idcirco ad dupondium tranſire intelligatur,conſequens
8 neceſſariò fit quod diximus vt inſtitutus † heres ex re certa, nec heres hoc caſu dici, nec heredis loco haberi poſſit, ne alioqui eueniat incommodum illud & abſurdum,quod euenturum diximus, vt eiuſdem rei ratione duo ſint heredes.Quòd ergo legatarij loco habendus eſt non quidem ex ſummo iure,cùm aliud ſit quem inſtitui in re certa, aliud verò ei legatum eſſe, ſed benigna iuris interpretatione ne defuncti voluntas intercidat, quæ ſecundùm hanc interpretationem effectum commodè ſortiri poteſt.Obiicies fortaſſe.Non eo minùs abſurdum illud ſequi vt eiuſdem rei duo in ſolidum domini eſſe reperiantur,quandoquidem legatum perinde rem legatam facit legatarij vt hereditas,heredis res ſingulas,*leg. legatum* 80. *de legat.* Ego verò nego conſecutionem. Nam quod legatum eſt, nec in hereditate nec heredis eſſe aut vnquam fuiſſe intelligitur,ſed recta via tranſit à teſtatore in legatarium,*l.à Titio* 64. *D.de furt.*Legatum enim eſt delibatio hereditatis cùm ex eo quod alioqui vniuerſum heredis foret, alicui collatum quid teſtator voluit,*l.legatum eſt delibatio* 116. *de legat.*1. At non ſimiliter quis dixerit inſtitutionem in re certa alio ex aſſe ſcripto eſſe delibationem hereditatis ſi heres ex ea re ſcriptus,pro herede habeatur.Cur enim delibes ex hereditate vt ei tribuas quem heredem facere velis? Imò verò neceſſe eſt vt in hereditate ſit, adeóque vt ſit hereditas, ſi quis heredem ea ratione fieri volet. Hoc itaque admiſſo & probato de quo ambigi non poteſt,quòd inſtitutus ex re certa alio ex aſſe ſcripto nec heres dici, nec pro herede haberi poſſit, ſed tantùm pro legatario,
9 infero † filium qui à patre inſtitutus eſt in re certa, aut quod hac parte idem eſſe iam diximus,in legitima,nihilominus præteritum dici debere, ſiue ius vetus inſpicias,ſiue nouum & Iuſtinianeum,& conſequenter nullum & iniuſtum fuiſſe iam olim,& eſſe hodie tale teſtamentum. Qui enim exheres non eſt, is ſi nec heres ſit, proculdubio præteritus eſt,conuenitque hac in re inter ius nouum, & vetus. Nec Iuſtiniani conſtitutio quæ omnium eorum quibus legitima debetur auctum ius voluit in cauſſa reſtitutionis vel exheredationis, poteſt ſibi conſtare ſi hanc admittat interpretationem, vt pro benè inſtituto hodie habeatur,qui olim præteritus dici potuiſſet. Nam ex contrario fecit Iuſtinianus vt filius immerenter exheredatus, qui olim pro rite exheredato habebatur,ſi modò legitimam à patre quocunque relicti titulo habuiſſet, hodie habendus ſit pro non ritè exheredato,& conſequenter pro præterito,etiamſi ſemiſſem, adeóque ſi voles dodrantem hereditatis auferat propter inſtitutionem factam in certa re cuius æſtimatio dodranti hereditatis reſpondeat.Quia non quælibet exheredatio † ſufficit hodie vt olim ad implendam hanc te- 10
ſtamenti ſollennitatem, ſed talem eſſe neceſſe eſt quæ cauſſam expreſſam habeat,& quidem iuſtam qualis certè eſſe non poteſt exheredatio filij,qui de parente numquam malè meritus eſt.Igitur,vt concludamus,non aliter hodie † ſecurè teſtari poteſt pater aut mater(ſi Iuſti- 11
nianeæ conſtitutionis rationem, potiùs quàm conſtitutionem ipſam ſpectes) quàm ſi filium ex vncia aut ſemuncia aliáve maiore aut minore hereditatis aſſis portione heredem ſcribat: quo caſu quod legitimæ portioni deerit, ſupplebitur vtique per condictionem ex Iuſtiniani lege ad ſupplementum, ſi non aliunde id filius habuerit à patre ſiue legati ſiue fideicommiſſi titulo aut alio quocunque. Poſtquam enim Iuſtinianeæ conſtitutioni in eo ſatisfactum fuit, quod filius ex aliqua vel minima aſſis particula heres eſt, non curat Iuſtinianus quo iure habeat ille legitimam,dummodo integram eam habeat,aut habere poſſit. Sicut è contrario non ſatisfit rationi quæ Iuſtinianum mouit ob id ſolùm quòd filius ſemiſſem aut dodrantem, imò & ſi voles vniuerſa defuncti bona habeat ex inſtitutione in re certa, ſi filius ille nec heres ſit ex inſtitutione facta in aſſe aut aliqua aſſis parte, nec rurſum exheres ſcriptus, vt contingit quoties eo ex certa re inſtituto alius ex aſſe aut ex aſſis parte inſtitutus inuenitur.Nec me mouet quod ab interpretibus obiici video, inſtitutionis titulum honorabiliorem eſſe quàm legati.Id enim† tùm obtinet cùm quis 12a
ex inſtitutione ſit heres per hereditatem, quia pleniore iure deferuntur hereditates quàm legata,vt ait *l.5.§. ſed etſi portio,de legat. præſt.* At iam docuimus filium inſtitutum heredem ex re certa nihilomagis aut heredem eſſe,aut heredis loco haberi oportere: quia nec poſſet ex eo iure, id eſt,tanquam ex re certa heres ſcriptus eam rem conſequi ſi non interpretatione fauorabili pro legatario haberetur. Non igitur ei honorificentior eſſe poteſt titulus inſtitutionis quæ non valet tanquam inſtitutio, quàm legati,cuius ſolius iure inſtitutio defenditur: Addunt pragmatici poſt interpretes, eſſe etiam vtiliorem & commodiorem filio inſtitutionem ex re certa quàm legatum propter ius adcreſcendi quod habiturus eſt filius alio herede ſiue ex aſſe, ſiue ex aſſis parte ſcripto ſe abſtinente aut repudiante. Sed nos † 13
hanc quoque opinionem non facilè probamus, non ob id ſolùm quòd vix ſit vt eius adcreſcendi vnquam locum habeat inter eos qui ſuccedunt ex diuerſo iure,ſed etiam quia cùm inſtitutus ex re certa iam inde ab initio legatarij loco habeatur, nec caſum vllum velim habeat inſtitutio ex re certa quo valere poſſit iure inſtitutionis, non magis fieri poteſt vt ius adcreſcendi habeat, quàm ſi verbis legati ei relicta res fuiſſet, vt alio loco fuſiùs oſtendemus. Sed etſi ita eſſe admitterem, nihil tamen ex eo inferri poſſet. Quid enim ſi de iure adeundi nihil tractari poſſit herede ſcripto ſe immiſcente aut adeunte? Quis neget hoc ſaltem caſu pro herede habendum non eſſe filium ex re certa inſtitutum? Atqui pro exheredе multo minùs, nec ſi nominatim à reliqua hereditate exheredatus ſit, poſtquàm Iuſtiniano placuit vt exheredatio quæ certam cauſſam nullam expreſſam habet pro non facta habeatur. Illud ergo † relinquitur non ſolùm inuitis in- 14
terpretibus, ſed inuito etiam Iuſtiniano, vt ſit præteritus,faciatque nullum iniuſtum teſtamentum, tametſi ex inſtitutione illa in re certa legitimam integram ac longè plus quàm legitimam ſit conſecutus.Ita het,vt li-

berorum ius diminuerit Iustinianus cùm de eo augendo cogitauit. Fecit enim vt hoc saltem casu valeat testamentum, in quo filius reuera præteritus est, quod alioqui non valeret, cùm tamen id vnum sibi propositum esse dicat in *d. §. caterum*, vt à parentibus & liberis iniuriam auferat & præteritionis,& exheredationis. Nisi malis Iustinianum sic intelligere, vt filium qui non est exheredatus ita demum habeat pro instituto, non si in legitima aut alia re certa, sed si in aliqua assis parte sit institutus,quocũque tandẽ titulo legitimam acceperit.

ERROR VII.

De querela inofficiosi testamenti hodie sublata.

SVMMARIA.

1 *An & quo casu hodie locus sit querelæ inofficiosi testamenti.*
2 *Ex sententia interpretum nullo casu hodie locum esse querelæ inofficiosi.*
3 *In oppositum autoris assertio.*
4 *Primus casus quo etiam hodie necessarium est querelæ auxilium.*
5 *Secundus casus,quo locus est querelæ inofficiosi.*

1 MIrum in modum & interpretes & pragmaticos exagitat illa quæstio. An & quo † casu locus hodie sit querelæ inofficiosi testamenti. Difficile namque viderut casum reperire 2 in quo ius ei vllus esse possit. Aut.n. † inquiunt,filius præteritus est, aut institutus aut exheredatus. Si præteritus, constat inter omnes & iam olim non potuisse valere testamentum,& hodie nullius momenti esse. Si institutus,etiamsi non nisi in numo vno, non habet querelam,quia cogitur agere ad supplementum condictione ex lege Iustiniani in *l.omnimodo* 30.*C. de inoff.testam.* Si denique exheredatus, vel exheredatus est nulla adiecta causa ex iis quas Iustinianus iustas esse voluit,aut adiecta quidem causa aliqua, sed non probata, & vtrouis casu nullius planè momenti est exheredatio propter *Nouellam constitutionẽ* 115. de qua proximè diximus, vt cum *de appellat.cognosc.§. aliud quoque capitulum*, exheredatio autem quæ non ritè facta est pro nulla & non facta habetur, *l.non putauit* 8.§.*non quauis*, *D.de bon.poss. contr. tabul.* Sin causa illa iusta & à testatore adiecta & ab herede probata est, fieri certè nequit vt querelã inofficiosi testamenti filius habeat, qui iustè meritóque exheredatus est. Ita fit, vt nullo casu de inofficioso testamento queri posse videatur. Idque magis communiter 3 probatum est. Quod tamen † ne probare possim illud facit, quòd Iustinianus nullibi scribit sublatam à se querelam inofficiosi testamenti. Neque enim id prætermissurus erat,si sustulisset,vt solet ille sibi placere adcóque gloriari quoties aliquid constituit quod à iuris veteris ratione abhorreat.Et verò tot iura sublata esse quæ extant adhuc in Pandectis & in Codice, nulla in eam rem facta constitutione, haud facilè, meo iudicio, credendum est. Casus igitur duntaxat quærendus est in quo auxilium querelæ necessarium videri possit. Puto autem posse non vnum solum casum,sed plures reperiri: 4 & illum † quidem in primis si exheredatio facta sit inserta causa ex iis quæ Iustiniano probantur,sed quæ tamen ab herede probanda sit. Idipsum enim noua Iustiniani lege continetur, vt probare heres debeat causam exheredationis, cùm antea liberorum oneri incumberet, vt se non ingratos fuisse probarent *l. liberi* 28. *C. de inoff. testam.* Vtique autem necesse est heredem esse eum qui testamento scriptus est priusquam id probandi onus ipsi irrogetur, cùm neque vllam contradicendi causam aliam habere possit is contra quem filius agit; quàm quia heres est: illud ergo præcedere necesse est vt testamentũ ipso iure valeat & subsistat,alioqui ex eo heres esse nemo posset.Quod si aliquando valuit,& subsistit, ex eóque adita hereditas est, fieri certè nequit, vt nisi eo rescisso & rupto locus vllus fiat filio qui exheredatus fuit. Quomodo autem nisi per querelam inofficiosi testamenti rescindi testamentum poterit? Nam quod ex recentioribus nonnulli comminiscuntur nouũ nescio quod remedium à Iustiniano inductum ad huiusmodi testamentum rescindendum, & vt constitutio loquitur,euacuandum,ego quale sit certè non intelligo: nec rursum video quid necesse fuerit nouum vllum remedium induci cùm vetus sufficeret,iam inde à prima iurisprudentia, id est, à prudentum interpretatione ad legem duodecim tabularum, vt ego quidem existimo comparatum,querelæ scilicet inofficiosi testamenti: cuius etsi nulla fit mentio apud Iustinianum tota illa constitutione,id tamẽ propterea factum videri potest,quod certum ius esset & omnibus cognitum,nonnisi per querelam inofficiosi testamenti rescindi posse ex causa exheredationis paternæ vel præteritionis maternæ testamentum quod ab initio constitisset. Quod enim noui istius remedij autores adferunt in eo differre nouum remedium à querela,quod per querelam rescinditur testamentum, per nouum verò remedium euacuatur, id est, vt illi interpretantur,nullas ab initio vires habuisse intelligitur non solùm si causa exheredationi nulla aut non iusta inserta sit, sed etiamsi ea quæ inserta est, non fuerit probata per heredem, prorsus ridiculum est. Fateor nulla inserta causa ex iis quas Iustinianus admisit non valere testamentum ipso iure, quasi nulla facta exheredatione quæ non ritè facta est, nec secundùm eam formam & solennitatem quam Iustinianus præscripsit, quia sicut ad testamenti sollennitatem omnino pertinet vt ritè exheredetur is qui non est institutus cùm talis persona est, quæ institui debuit aut exheredari. Ita ad exheredationis solennitatem pertinet, vt hodie fiat inserta causa, eáque iusta & legitima. Sed eo facto dico valere omnimodo testamentum, siue causa illa vera sit siue falsa, quoniam vtrum vera sit an falsa, ad facti non ad iuris quæstionem pertinet, & ad materiam potiùs quàm ad formam exheredationis, nec de eo disceptari potest apud iudicem nisi cum herede qui eam ingratitudinis causam quam testator expressit, probare cogitur, vt diximus, heres autem si extraneus sit non potest heres esse ex testamento priusquàm adierit, nec rursus adire ex testamento quod ab initio non valuit.Vt autem testamentum quod ab initio valuit postea retrofingatur nullas vnquam vires habuisse fieri nullomodo potest, sed necessariò rumpendum, & rescindendum est. Ergo per querelam, cuius & ea semper natura fuit vt non contra lignum daretur, quomodo bonorum possessio contra tabulas *l. quod vulgo* 19 *de bonor. poss.contr.tabul.* sed contra heredem, & quod est consequens adita demum hereditare, *l.Papinianus* 8. §. *vnde & si quis D.de inoff.testam.* Alius † casus est,in quo hanc inofficiosi testamenti querelam etiamnum necessariam putarem, & 5 quem ex interpretibus nemo obseruauit, quoniam licet non à iuris ratione, tamen à Iustiniani mente alienus est,ideóque noua egeret constitutione.Nimirum nullius ex vncia aliáve hereditarij assis parte institutus sit quæ ad legitimam portionem non sit satis, à reliqua autem hereditate nominatim, & expressim exheredatus, siue nulla, siue aliqua exheredationis inserta causa. Nam cùm filius ex aliqua assis parte institutus est, quantacumque tandem illa sit,non potest locus esse nouæ constitutioni, quatenus prohibet illa fieri exheredationem nisi iusta & legitima causa adiecta. Siquidem eam faciendæ exheredationis formam Iustinianus præscribit illo demum casu quo filius non fuit institutus. Neque enim id requirit ille vt filius & instituatur, & exheredetur

heredetur simul à reliqua hereditate, sed vt vel instituatur vel exheredetur. Idcirco autem ponimus & institutum & exheredatum, quia si tantummodo esset institutus, licèt ex minore portione quam quæ ad legitimam sufficere posset, non tamen posset quæri de inofficioso patris testam. sed ad supplementum ex alia Iustiniani lege agere omnimodo deberet. Subiecta verò exheredatione fieri non potest vt id ius habeat locum, & supplementi petitio vlla supersit, quemadmodum sequenti cap. docebimus ex antiqui iuris & nouæ constitutionis ratione contra Iustinianum. Proinde necesse est querelæ auxilium vetus filio competere ad rescindēdam exheredationem, & consequenter ad rescindendum testamentum, ne filio fraus & damnum in legitima portione inferatur. Nam & idem olim obtinebat, si filius fuisset institutus ex minore quam legitima portione. Querela.n. inofficiosi testamenti non rescindit iniustam filij exheredationem vt ea rescissa filius reperiatur præteritus (alioqui nullum haberet effectum si filius ex minima vnciolæ parte institutus reperiatur, nec eo minùs tamen filius in legitima damnum pateretur) sed vt rescissa exheredatione appareat impium & furiosum fuisse patrem qui filio in legitima debitáque legibus portione iniuriam fecerit *l. 2. D. de inof. test.* Vnde illud etiam fit vt per huiusmodi querelam non fiat testamentum nullum quasi præterito filio, qui reuera fuit ritè licet non rectè nec iustè exheredatus: sed rumpatur, & ad causam intestati res deducatur pro ea duntaxat parte quam ab intestato filius ille qui conquestus est & obtinuit, erat habiturus si nullum testamentum factum fuisset, *l. circa 24. D. eod.* Ideo autem posui filium ex aliqua hereditatij alsis parte institutum non in re certa, aut quod idem est, in parte aliqua legitimæ portionis, quoniam filium ex re certa institutum nec pro instituto habeo, nec pro herede, sed pro legatario, atque ita pro præterito, vt præcedenti capite disputauimus: cui proinde nec querela vlla opus est nec actione ad supplementum, vt succedat intestato patri, cuius testamentum nullo vnquam tempore, ac ne temporis quidem momento constitit, si haberem eum pro instituto, quod interpretes & pragmatici omnes sentiunt, non dubitarē quin hoc etiā casu locus esset querelæ inofficiosi testamenti, ne aliter posito iure fatendum esset omni auxilio destitui filium qui fraudem in legitima passus fuisset, quippe qui nec posset dicere se præteritum, nec rursus malè & non ritè exheredatum, propter eas rationes quas iam adduximus. Nec denique agere ad supplementum contra expressam patris voluntatem, qui eum à cæteris bonis omnibus excluſum voluit, & exheredatum. Quæ autem tam hoc quàm superiore cap. de personis descendentium scripsimus, & in sequentibus scribemus, eadem & de personis ascendentium dicta volumus, & contrà.

ERROR VIII.

De actione quæ ad supplementum legitimæ portionis datur ei, cui minus relictum est.

SVMMARIA.

1 *Iustinianus querelam inofficiosi testamenti valde coërcuit ea constitutione qua fecit, vt daretur actio ad supplementum legitimæ ei cui minus relictum esset.*

2 *Cur creditum sit actionem ad supplementum legitimæ competere ex testamento.*

3 *Error Bartoli putantis actionem ad supplementum quinquennio fieri exemplo querelæ inof[illegible]*

4 *Quid peccarit Iustinianus in nona constitutione lege*

trigesima, Codice de inoff. testament.

5 *Casus quo locus debet hodie esse querelæ inofficiosi.*

MAgnam † quod ad inofficiosi testamenti querelam spectat plagam iuri veteri intulit ea Iustiniani constitutio, qua factum est, vt si ei cui legitima deberur minùs relictum sit, nihilo magis possit ille queri de inofficioso testamento quomodo olim poterat, sed cogatur agere ad supplementum, atque ita contentus esse legitima portione, qui tamen si querelam exercere posset intestatum faceret patrem familias, atque ita tantum ex bonis eius consequeretur, quantum ei ab intestato lex deferret, si nullum testamentum factum fuisset. *l. omnimodo 30. C. de inoff. test.* vbi Iustinianus ita se constituisse ait ad tuendas & adiuuandas defunctorum voluntates quæ tanquā dementium & insanorum rescindebantur antea per querelam, tametsi ex aliqua alsis parte institutus proponeretur is cui legitima debebatur. Sufficiebat enim ad inducendam querelam quòd alius ex testamento plenam legitimam & legitimæ fructus consequi non posset, etsi non nisi minimum quid foret quod deesset. Vnde fiebat vt plerumque ac facilè circumueniretur suprema defuncti & sani alioquin hominis voluntas, qui licet eo animo fuisset vt nullam filio in legitima iniuriam faceret, errore tamen lapsus in suo patrimonio æstimando paulò minus ei reliquisset. Id verò æquissime Iustinianus temperans ac corrigens remedium induxit per quod & filio subueniretur ne damnum sentiret in legitima, & defuncti famæ atque existimationi parceretur, sublata hoc casu querela inofficioli testamenti, inque locum eius substituta actione ad supplementum legitimæ saluo testamento, quasi ex ipsius testatoris voluntate, quem vtique in dubio non est dubitandum multò libentiùs integram legitimam relicturum fuisse, si quid ei deesse existimasset, quàm passurum vt eo prætextu iudicia sua tanquam dementis & furiosi hominis subuerterentur. 2 Propter quam causam non malè cred tum † est actionem hanc quæ ad supplementum legitimæ datur competere ex testamento, quia licet difficile illud videatur vt actio ex testamente detur ad maiorem quantitatem, quàm quæ testamento data & comprehensa sit, nihil tamen vetat id omne quod debetur ex tacito præsumptoque defuncti iudicio pro eo haberi, acsi testamento ipso datum esset. Neque verò fieri vllo modo potest, vt aliter sētiamus, quia cum Iustinianus voluerit hoc etiam casu, quo minùs legitima relictum est, sustineri testamentum, alterutrum necessariò fatendum est, aut supplementum illud nullo modo deberi quod lex negat, aut non nisi ex testamento deberi: ab intestato enim vtique non debetur, cùm testamentum subsistat, certúmque sit longè ampliorem portionem ab intestato debitam iri quàm quæ desit ad legitimam supplendam. Nam & in eleganti illa specie, de qua in *l. 3. C. inoffic. testam.* similiter euenit, vt filius ex matre in puerperio defuncta editus, tametsi reuera præteritus à matre, tamen pro instituto habeatur, succedátque ex testamento cum fratribus in virilis, nec rumpere possit testamentum per querelam inofficiosi testamenti, nimirum propter præsemptam matris voluntatem quam credibile est testamentum mutaturam, nec minus hunc filium, quàm cæteros instituturam fuisse si repentini casus acerbitas mutandi testamenti otium suppeditasset, vt scripsimus *lib. 9. Coniecturarum cap. 15.* Vnde & mihi semper visus est *Bartolus* † à nostris meritò reprehensus in eo quòd actionem hanc ad supplementum quinquennio fieri credidit exemplo querelæ inofficiosi testamenti in cuius locum subrogata est, vt subrogatum, inquit, sapiat naturam eius in cuius locum subrogatum fuit: quam sententiam defendit etiam *Cumd. Papa quæstione 82.* Nihil enim commune habet actio ad supplementum

ERROR IX.

Si is cui minus legitima datum eſt cum onere nihil amplius petendi, relictam agnouerit.

SVMMARIA.

1 *Is cui minus legitima datum eſt cum onere nihil amplius petendi licet relictum agnouerit ex ſententia pragmat. poterit agere ad ſupplementum legitimæ.*

2 *In caſu propoſito non poſſe agi ad ſupplementum legitimæ contra pragmaticos.*

3 *Sed poſſe proponi querelam inofficioſi teſtamenti.*

IAm ſatis ex præcedentibus intelligi poteſt, quid nos hoc capite tractandum probandúmque ſuſcipiamus. Id nimirum quod iam attigimus, ſi pater filio ritè inſtituto reliquerit minus quam pro legitima portione relinquere debuerit, hac lege expreſſim adiecta, ne quid amplius petere filius poſſet, non eſſe filium audiendum ſi condictione ex lege Iuſtiniani agere velit ad ſupplementum, ſed vnum illud conſilium ei ſupereſſe querelæ inofficioſi teſtamenti, ideóque ſi relictum agnouerit ſimpliciter, & ſine proteſtatione, poſteà verò de inofficioſo queri velit, repelli debere propter adprobatam à ſe defuncti voluntatem. In quo non tantùm à pragmaticis, ſed etiam ab interpretibus diſſidemus. 1 Illi enim exiſtimant † in propoſita ſpecie nullius omnino momenti eſſe adiectionem illam per quam filius quicquam amplius petere prohibitus eſt: indéque inferunt perinde poſſe filium agere ad ſupplementum acſi clauſula illa adiecta non fuiſſet. Et conſequenter non magis ſibi eum nocere cùm ſimpliciter agnoſcit quod ſibi relictum eſt quominus poſſit petere quod legitimæ portioni deeſt quàm ſi ſimpliciter id relictum eſſet: quo caſu expreſſa eſt Iuſtiniani conſtitutio nudam relicti agnitionem non nocere *l. ſi quando* 35. §. *& generaliter. Cod. de inof. teſtam.* Mouentur, quòd ex alia Iuſtiniani conſtitutione in *l. quoniam in prioribus. eod.* factum ſit vt legitima portio nullum poſſit onus recipere, nullum grauamen, ſiue diei, ſiue conditionis, ſiue aliud denique quodlibet. Quaſi verò legitimæ adſcriptum onus illud ſit, vt ea quantitate quæ filio pro legitima longè minor relicta eſt, contentus eſſe filius cogatur, nec quicquam præterea petere poſſit. Ego verò in contrarium ex eo † moueor, quòd ea Iuſtiniani lex, qua nituntur, non ſic accipi poteſt vt qui partem legitimæ reliquit, totam & integram legitimam reliquiſſe videatur (in hanc enim rem iam lata fuerat *l. omnimodo eo. tit.* quæ tamen locum non poteſt habere niſi in obſcura teſtatoris voluntate, vt proximè diſputauimus) ſed hunc ſenſum habet vt eam quantitatem, quæ pro legitima datur, purè & ſine onere vllo præſtari oporteat, quia purè & omnimodo debetur. Atqui onus illud teſtamento adſcriptum, vt filius cui aliquid pro legitima relictum eſt, nihil præterea petere poſſit, non legitimæ onus eſt, ſed perſonæ, quia nec legitima portio vlla eſt quandiu non eſt integra, cùm lex legibus integra & ad vnum vſque numum certa debeatur. Priùs autem legitimam eſſe & conſtitui neceſſe eſt, quàm de legitimæ onere tractetur. Denique, quòd nec interpretes, nec pragmatici obſeruant, nullo caſu lex dat legitimam filio, ſed eam per patrem dari vult, niſi cùm eadem lex bona patri adimit, atque ita impedit ne legitimam filio dare ille poſſit, vt in *l. vlt. D. de bon. damn.* Itaque dicitur portio ex legibus debita ſcilicet à patre non legitimus data. In cóque differt legitima de qua tractamus à quarta illa, quam ex Pij conſtitutione dari neceſſe eſt filio adrogato in bonis adrogatoris *l. ſi adrogator* 22. *De adopt.* Illa enim non à patre ſed à Pio datur, & æs alienum verè eſt. Non autem valdè diſtat is qui pro legitima trecentorum relinquit centum ea lege, vti ne quicquam amplius petatur ab illo qui profitetur nullam ſe legitimam velle relinquere, aut qui nihil omnino pro legitima relinquit: quod euenire poteſt etiam inſtituto filio ex aliqua aſſis parte, vt puta ſi is qui habebat quadringinta in bonis cùm centum deberet, inſtituerit filium ex quadrante, ita tamen vt ad eum totius æris alieni onus pertineret. Sic enim fit vt neque ſe præteritum dicere hic filius poſſit qui ex quadrante inſtitutus eſt, neque tamen legitimam habeat qui quantum eſt in portione hereditaria, tantundem æris alieni cauſſa exſoluere cogatur. Proinde verum eſt nullam huic filio legitimam relictam eſſe, nec omnino quicquam pro legitima, & conſequenter non poſſe locum fieri conſtitutioni, quæ eum cui aliquid minùs legitima relictum eſt, vult agere ad ſupplementum. Nam ne quidem intellectu percipi poteſt vt ad ſupplementum agat is, cui nihil relictum eſt, aut qui ex aliqua aſſis parte ſic inſtitutus fuit, vt nec nummum vnum ex inſtitutione conſequi vnquam potuerit. Etſi poſterius hoc paulò difficilius eſt, quia neque as, neque pars vlla aſſis per æs alienum minuitur, cùm ſit nomen iuris. Sed tamen non eſt conſequens vt cui pars aliqua aſſis relicta eſt, ei legitima vlla relicta videatur, quandoquidem legitima in emolumento & commodo, non in iure conſiſtit. Nos autem de legitimæ ſupplemento tractamus. Ergo quemadmodum nulla Iuſtiniani lege factum eſt, quominus queri de inofficioſo poſſit is cui nihil nihil omnino relictum eſt, ſed ei tantùm ademptæ eſt querendi facultas qui ex veriſimili teſtantis voluntate agere poteſt ad ſupplementum quaſi ex teſtamento. Ita fatendum † eſt, meo iudicio, eum cui teſtator non ſolùm minùs dedit quàm dare deberet ſed ea lege etiam dedit ne quid amplius petere poſſet, id eſt eo animo, vt fraudem faceret in legitima, *ius habere proponendæ querelæ de inofficioſo teſtamento, nec poſſe ad ſupplementum agere* contra teſtantis expreſſam voluntatem, licèt aliter Iuſtiniano ipſi viſum eſſe non ignorem: vt ſuperiore capite à nobis tractatum eſt. Neque enim potuit Iuſtinianus fauere ei qui vltrò iniuriam legibus inferre voluerit, numquam enim teſtatore liberalior lex eſſe aut debet *l. debitor* 19. *ad fin. principij D. ad S. C. Treb.* ſed ei demùm de cuius pia erga filium voluntate bene ſuſpicari verbis teſtamenti non refragantibus, & liceret & oporteret. Hoc verò ſi ita eſt, planè ſit conſequens quod volumus, vt filius qui patris iudicium licèt impium & iniquum ſemel agnouit, ſummoueatur à querela, quamuis ſi ad ſupplementum agere aliquãdo potuiſſet, ab ea ſupplementi petitione non idcirco ſubmoueretur. Quo enim vtilior & commodior eſt filio querela inofficioſi teſtamenti, quàm actio ad ſupplementum, eo faciliùs illam amittit quàm hanc, quia & illa longè odioſior, hæc multò fauorabilior eſt.

ERROR X.

De ſupplemento legitimæ in pecunia petendo, cùm iam aliquid viuo patre pro legitima in pecunia acceptum eſt.

SVMMARIA.

1 *Ex communi ſententia pragmaticorum ſupplementum legitimæ in pecunia petendum eſt, cum iam aliquid viuo patre in pecunia acceptum eſt pro legitima.*

2 *In superiori assertione errare pragmaticos.*
3 *Viuo patre nulla debentur legitima.*
4 *Nulla interueniente renuntiatione sola dotis perceptio non excludit filiam, quominus mortuo patre legitimam petere queat: ita tamen vt dotem cogatur imputare.*
5 *Idem iuris si interuenerit filiæ non iurata renuntiatio.*
6 *Quid iuris sit vbi accessit renuntiatio iurata.*
7 *Quo casu cogatur filia legitima supplementum accipere in pecunia numerata.*

OCcurrit quotidie hæc quæstio, si tamen in ea re quæ interpretum & pragmaticorum omnium vnanimi consensu receptissima est locus vllus quæstioni relictus videri
1 potest. Omnes enim † clamant filiam cui aliquid pro legitima datum sit in pecunia viuo patre (solent verò dotes quæ à parentibus dantur, vt plurimùm esse pecuniariæ) si non integram legitimam consecuta sit, & defuncto quandoque patre ad supplementum agere velit, cogendam esse supplementum illud petere in pecunia, nec audiendam si petat in corporibus bonorum: quoniam, inquiunt, supplementum non potest non eiusdem naturæ & conditionis esse, cuius est idipsum quod suppleri debet, ne vna eadémque res diuerso iure, diuersaque forma censeatur. Atqui legitima quæ supplenda est cœpit esse pecuniaria, quoties pecunia pro omni legitimæ iure, vt fit, data est. Pecuniarium igitur supplementum quoque esse necesse est. Atque ita ratiocinatur & concludit post alios *Guid. Pap. in*
2 *quæst.* Errant † verò, si non ego fallor, euidentissimè. Erroris autem occasio inde proficiscitur quòd pro certo & constanti habent, posse fieri ex patris filiique voluntate, vt viuus pater legitimam det filio, nec aliam rationem constituunt eius quantitatis, quæ in dotem aliámve quamlibet causam data sit pro legitima abs viuo patre, & illius quam patris iam defuncti heres filio soluerit eo tempore quo de legitima tanquã verè debita tractari, eáque solui potest. Quam sententiam falsissimam, & ab omni iuris ratione alienam esse probauimus iam sæpiùs in superioribus, præsertim *cap. 4. & 5. Decadis proximè præced.* Cùm enim legitima nihil aliud sit quàm pars quædam portionis ab intestato contingentis, non
3 magis fieri potest vt legitima † vlla debeatur viuo patre, at ne quidem intellectu percipi possit, quàm vt de viuentis patris successione & hereditate quæ nulla sanè est tractetur *l. 1. D. de here. vel act. vend. leg. §. si cum impubere. D. de coll. bono.* Ergo aut ponimus filiam quæ dotem pecuniariam accepit pro legitima renuntiasse paternę successioni adeóque legitimæ portioni, aut non renuntiasse. Si renuntiauit, aut adhibito iureiurando
4 renuntiasse aut sine iureiurando. Nulla interueniente † renuntiatione, omnes fatentur solam dotis perceptionem non excludere filiam, quo minùs mortuo patre legitimam petere possit, sed hactenus duntaxat filiam obligari, vt dotem quam accepit in legitimam imputare debeat ex *l. quoniam Nouella 19. C. de inoff. testam.* Dico autem posse eam petere legitimam non legitimæ supplementum, quia cùm legitimæ petitio integra maneat salua dotis acceptæ imputatione nihil est quod de supplemento tractari possit. Supplemento enim tunc demum locus est, cùm iam pars aliqua legitimæ soluta est. Pars verò legitimæ solui non prius potuit quàm aliqua esset legitima, nec rursum aliqua, vt diximus, legitima deberi aut constitui in bonis patris viuentis. Nec quod accepta dos pecuniaria in legitimam portionem imputanda est, facere debet vt idcirco pars legitimæ aliqua iam soluta videatur. Nam neque de dote in legitimam imputanda antè quæri oportet, quàm de ponenda legitimæ ratione agatur, quæ tamen nisi defuncto patrefamilias poni nullomodo potest: neque solutio facta priusquàm legitima deberetur potest in legitimæ solutionem cedere, licet tantò minùs filiæ debeatur mortuo patre, non propter solutionem, sed propter imputationem: quæ quandiu facta non fuit, verum est legitimam integram & deberi & peti posse. Fit enim illa imputatio non ipso iure, sicut nec ipso iure dos petitur aut soluitur, sed petente eo ad cuius onus pertinet, vt legitimam soluat, in eóque differt solutio iam facta ab imputatione faciendà, quòd qui factam solutionem allegat, contendit iam se tantò minùs debere: siquidem solutione tollitur omnis obligatio: Qui verò allegat imputationem faciendam, fatetur à contrario se adhuc totum debere, sed vt minùs mox debeat vult fieri imputationem. Denique imputatio facienda cedit quidem loco & vice solutionis, sed faciendæ non iam factæ: quemadmodum & imputatio iam facta cedit loco iam factæ solutionis. Et verò cùm interpretes & pragmatici omnes consentiant deberi legitimam filiæ non in pecunia, sed in corporibus bonorum, quia certa quota est & quidem bonorum non hereditatis, quomodo fieri obsecro potest vt pars aliqua legitimæ soluta videatur ob dotis pecuniariæ solutionem eo tempore factam, quo nulladum legitima debebatur? Fateor posse aliud pro alio solui volenti creditori: sed hoc contendo necesse omnino esse vt creditor iam tũ fiat is cui soluitur, nec fieri posse vt aliud pro alio nondum debito, licèt postea debendo solũtum volenti, pariat liberationem, quia nec si idipsum quod debitum imperatur solueretur, contingeret tamen liberatio, si non in diem certam sed in incertam debitum fuit, quale illud est quod legitimæ debitum appellatur. Deberetur enim in diẽ mortis patris qui dies incertus est *l. stipulatio ista 38. §. inter incertam. de ver. oblig. l. qui promisit 48. de cond. indeb.* iunct. *l. dies incertus 75. de condic. & demonst. l. Statius Florus 48. §. Cornelio Felici. D. de iur. fisc.* Quod si ita est, vt non minus tota legitima defuncto patre debita dici debeat, quòd pecuniaria dos à viuo patre accepta in legitimam imputanda sit, illud sanè fit consequens vt de supplenda legitima tractandum nihil sit, sed de ea soluenda siue per numerationem aut dimissionem & traditionem ea solutio tota fiat, siue ex parte per imputationem. Proinde negari non potest, quin hoc saltem casu satisfieri filiæ oporteat in corporibus bonorum, acsi nulla dos aut non in pecunia esset data, quando & sic Iustinianus expressim constituit, vt legitimæ repletionem quomodo ille vocat in corporibus rerum hereditariarum fieri necesse sit, *l. scimus 36. §. repletionem. C. de inoffi. testam.* Potrò non aliud dicendum est si ad dotis † pecuniariæ perceptionem accesserit non 5
iurata filiæ renuntiatio. Nemo enim est qui non fateatur renuntiationes istas non valere, vtpote more ciuili prorsus improbatas, pontificio verò non aliter admissas quàm si iurisiurandi vinculo & religione sustineantur *cap. quamuis pactum. de pact. in 6.* Solus igitur casus † ille dubitationem admittere potest, quo legitimæ renuntiatio facta per filiam in pecunia dotatam iurata proponatur, & subinde rescissa per in integrum restitutionem ex causa immodicæ lationis, vel alia qualibet. Nam quandiu tenet renuntiatio per quam filia sit exclusa penitus à petitione non modo hereditariæ successionis, sed etiam legitimæ portionis, sicut de legitima quæstio nulla superesse potest, ita nec de legitimæ supplemento. Quid enim aliud est supplementum legitimæ, quam ipsa legitima? Atqui post rescissam renuntiationem & impetratam ex ea causa absolutionem à vinculo iurisiurandi, constat in eum statum rem deduci in quo esset si nulla vnquam renuntiatio facta fuisset. Id enim proprium & naturale ius est omnium in integrum restitutionum. *l. quod si minor. 24. §. restitutio. D. de minor.* Ergo nec hoc quidem casu legitimæ supplementum in pecunia accipere filia cogetur, quia non iam supplementum legitimæ, sed ipsa 6

ipſa legitima debetur, ſalua dotis in legitimam imputandæ neceſſitate, quemadmodum & ſuperioribus caſibus euenire diximus, id eſt cùm aut nulla interceſſit renuntiatio, aut renuntiationi vinculum iuriſiurandi non accеſſit. Nam ſi obicias non fuiſſe reſciſſam renuntiationem, neque verò potuiſſe reſcindi ex cauſſa immodicæ læſionis niſi defuncto iam patre, & conſequenter negari non poſſe quin filia etiam poſt mortem patris legitimam habuerit & quidem in pecunia, cùm pecuniaria dos eſt quæ pro legitima data fuit idque ſuperioribus caſibus diuerſum eſſe: Reſpondebo errare te qui exiſtimes reſciſſa renuntiatione habendam eſſe rationem aliquam renuntiationis in id vſque tempus, quo reſciſſa fuerit. Id enim falſum eſt, cùm è contrario idem rerum omnium ſtatus eſſe debeat qui eſſet nulla vnquam facta renuntiatione, poteſtate ſiquidem reſtitutionis tollente vim & effectum adeóque intellectum renuntiationis. At ſi nulla facta fuiſſet renuntiatio, verum eſſet nullo tempore filiam habuiſſe legitimam portionem, tamet ſi dotem à patre ſiue in pecunia ſiue in corporibus pro legitima accepiſſet: ideóque legitima tota in corporibus bonorum peti poſſet ſalua doris imputatione, quia non de ſupplemento legitimæ, ſed de tota ipſa legitima quæreretur, vt diximus. Idem ergo admittendum eſt, etiamſi renuntiatio aliqua licèt iurata & valida præceſſerit, ſi modò poſteà reſciſſa ſit per reſtitutionem. Sed etſi ponetes ſubſiſtente renuntiatione iurata poſſe locum eſſe quæſtioni de ſupplemento legitimæ, quomodo putant interpretes & pragmatici plerique eo caſu quo patris facultates auctæ ſint à tempore renuntiationis quaſi de iis bonis quæ ſuperuenerunt cogitatum non fuerit tum cùm renuntiatum eſt, iuſiurandum aut non debeat protrahi ad incogitata, nihilominùs idem adhuc iuris eſſe defendam: quia vt iam ſæpiùs inculcauimus, ſempérque memoria reperendum eſt, renuntiationes huiuſmodi quantumlibet iuratæ tacitè cámque neceſſariam & inſeparabilem habét códitionem, ſi hereditas aut legitima portio cui renuntiatum eſt deferetur, quandoquidem nec fieri, nec intellectu quoq; ipſo vllomodo percipi poteſt vt excluſio præcedat delationem, & vt renuntiatio valere poſſit eius iuris quod necdum delatum eſt nec vnquam fortaſſe deferetur. Quid enim ſi filia quæ ſtipulante patre renuntiauit, ante patrem deceſſerit? An non morte priùs quàm renuntiatione excluſa intelligetur? Semel verò excluſa per mortem, fierine poteſt, vt patre poſteà moriente excludatur iterum illa per renuntiationem? Minimè verò. *l. ſi ita ſcriptum* 13. §. *vlt. l. Gallus* 39. §. *in omnibus. de liber. & poſth.* Illud namque obſeruandum eſt quod & interpretes fatentur poſt *Bart. ad. l. 1. & ad leg. si poteſt* 18. *de acquir. hered.* iſtis renuntiationibus non tam ſpem futuræ hereditatis aut legitimæ portionis, quàm hereditatem ipſam aut legitimam portionem ceſſam remiſſamque intelligi, vnde & illud euenit vt reſcindi poſſint ex cauſſa immodicæ læſionis, quod fieri non poſſet ſi ſolius ſpei quæ ſemper prorſus incerta eſt, ceſſio & renuntiatio facta videretur. Itaque tametſi renuntiationis ſtipulatio quæ fit à viuo patre præcedat delationem quam lex non niſi mortuo patre facere & ſolet & poteſt, non priùs tamen vires ſuas exerit, vllumve effectum habet quàm delatio fiat, eodémque ipſo inſtanti quo delatio fit per legem, id eſt, ſtatim atque pater mortuus eſt nullo intermedio inſtanti, ſuccedit poteſtas renũciationis ſad filiam excludendam. *arg l. Stichum* 5. §. *ſi quis ita. & l. quoties* 14. *D. de nouat. l. ſub conditione* 16. *D. de ſolut.* Igitur dotis ſolutio quæ à patre viuo facta eſt pro legitima ad extorquendam à filia renunciationem, non poteſt facere vt filia legitimã à patre viuo habuiſſe exiſtimetur: Nec rurſus vt pars aliqua legitimæ poſt mortem patris ſoluta eſſe, aut ad filiam peruenille videatur: quia cùm dos à viuo patre promiſſa, & tam ex promiſſione quàm ex paterno officio debita fuerit priùs quàm ſolueretur, non aliud videri poteſt ſolutum quàm quod debebatur, id eſt, dos ipſa quæ iam tum deberi cœperat non etiam legitima quam viuus pater nec debuit, nec tametſi voluiſſet, debere vnquam potuit quandiu vixit: Ac proinde non debet ea ſolutio facere vt defuncto patre pars aliqua legitimæ ſoluta dici poſſit. Etſi enim non ignoro poſſe vnicam ſolutionem & numerationem proficere in plures cauſſas, & ad plures diuerſæ ſpeciei obligationes tollendas, *l. in numerationibus D. de ſolut.* Id tamen tunc rectè dicitur cùm ſolutionis & numerationis tempore vtraque cauſſa ſubeſt in quam proficere poſſit ſolutio, vt eueniret in propoſito ſi quemadmodum dos ita & legitima à viuo patre deberetur, iure ſcilicet ſic conſtituto, vti conſtitutum eſt, vt dos in legitimam debeat imputari: Nam & id euenit ſi ponas ab herede patris ſolutam eſſe pro filia dotem pro legitima quam in bonis patris habere filia poſſet, quia ſcilicet iam tum eo tempore nata legitimæ petitio eſt, nec minùs legitima, quàm dos ipſa deberi cœpit. At cùm dos à patre ipſo ſoluta eſt licet in eam expreſſim cautſam vt legitimæ loco cederet, aut, quod non valdè diſtat, vt in legitimam imputaretur, verum eſt factam fuiſſe ſolutionem eo tempore quo nulla dum legitima debebatur, nec poterat deberi. Non igitur fieri potuit vt ea dotis ſolutio proficeret ad futuram legitimæ obligationem extinguendam. Nec quòd filia tamen peti nde à legitimæ petitione repellatur acſi legitimam accepiſſet, mouere nos debet. Repellitur enim non propter ſolutionem, id eſt, quaſi ſolutione iam facta legitimæ hoc ipſo quòd ſoluta eſt dos quæ in legitimam imputanda eſt, ſed propter renunciationem, vt ex eo apparet quòd ſi renunciatio nulla facta eſſet non repelleretur, & è contrario facta renunciatione citra vllam dotis perceptionem & ſolutionem, nihilomagis ad legitimæ petitionem admitteretur, propter autoritatem ſcilicet renunciationis: ſi verum eſt quod noſtris placet, pontificiam conſtitutionem ad eas quoque renunciationes pertinere quæ nullo accepto factæ ſunt. Quam ſententiam etſi nos in præcedentibus refutauimus, propterea quòd aduerſus renunciationem ſine cauſſa factam danda ſit exceptio doli cuius æquitas impedire debeat poteſtatem iuriſiurandi, poteſt tamen facilè fieri vt renunciatio futuræ ſucceſſionis & legitimæ portionis iuſtam aliquam cauſſam habeat, nec idcirco ſolutio vlla facta ſit propter quam videri poſſit aliqua ex parte ſublata legitimę obligatio: Finge aliquid à patre donatum filiæ inter viuos ſine onere imputationis, & nulla facta legitimæ mentione, ad extorquẽdam tamen filiæ renunciationem ne legitimam ipſam petere aliquando poſſit. Valebit vtique renuntiatio, quia cautſam habet, nec legitimam petere vnquam filia poterit, & tamen nihil eſt ex quo poſſit argui legitimæ partem ſolutam eſſe vllam. Non ergo valet conſecutio, ſi ex eo quod filia quæ iurato renunciauit excluſa eſt à legitima, inferre quis velit legitimam eſſe ſolutam aut haberi pro ſoluta ſiue viuo ſiue mortuo patre agatur de legitima ex iis bonis præſtanda de quibus non fuit cogitatum tempore renunciationis. Quin potiùs dicendum eſt cùm ob renunciationem legitima nulla prorſus debeatur in iis bonis quæ renunciationis tempore patris fuerunt, eam quæ nunc petitur ex facultatibus poſteà acquiſitis, legitimam totam eſſe quantacunque debetur, non legitimæ ſupplementum. Cuiuſnam enim legitimæ ſupplementum eſſet, cùm neque alia legitima vlla, neque aliud quicquam pro legitima vel debitum anteà fuerit, vel nunc debeatur? Idque ſiue dos quæ renunciationem expreſſit, data ſit pro legitima, aut quod idem eſt, nulla imputationis mentione facta, ſiue illa etiam ſi voles lege, vt in legitimam dos non imputetur, Nihil enim patris intereſt an dos in legitimam imputanda ſit nécne, quoties à futuræ legitimè petitione filia per renunciationem ſubmouetur. Imò implicat contradictionem

traditionem vt dote in legitimam imputanda conueniat,eo casu quo id agitur, per pactum de non succedendo vt à legitimæ quandoque petendæ iure filia excludatur.Quamquam si verum amamus, fieri certè nullomodo potest vt filia quæ futuræ successioni & legitimæ portioni vtiliter renunciauit, id est,adhibito iureiurando, saluam habere possit aut legitimæ aut supplementi petitionem, propter auctas ex postfacto patris facultates, nisi rescissa priùs renunciatione: quoniam cùm renunciatio siue hereditatis futuræ, siue legitimæ portionis necessariò referenda sit ad tempus illud, in quo de hereditate aut legitima portione tractari demum potest, id est, ad tempus mortis patris,& proinde eo ipso instanti quod confertur facta intelligi debeat, *l. quod sponsæ 4.Cod de donat. ant. nupt. l. in fuga 6.C.ad leg.falc. de plagiar. l.in tempus 62. de condic. & demonstr. leg.cum qui post 104. de condic. & demonstr.* Non video qua ratione aut qua fronte possit dicere filia quæ renũciauit se non cogitasse de bonis quæ pater à die renunciationis in diem vsque mortis esset acquisiturus. Planè eadem ratio facit vt eorum quoque bonorum quæ medio tempore acquisita sunt quantitas inspicienda sit in æstimanda legitima si fortè filia mortuo patre velet in integrum restitui aduersus renunciationem ex caussa immodicæ læsionis, vt probauimus *decade super c.5.* Sed quæ ratio præbet filiæ materiam restitutionis ob læsionem immodicam, eadem repellere filiam debet tam à legitima quàm à legitimæ supplemento si agat
7 non rescissa renunciatione. Nullóne igitur † casu poterit cogi filia vt legitimæ supplementum accipiat in pecunia numerata non in corporibus bonorum? Vno, aut altero. Si fortè pater legauerit filiæ, aut, vt loquimur, ei reliquerit titulo institutionis certam pecuniæ quantitatem simpliciter nec adiecta prohibitione ne quid præterea petere possit.Nam si filia relictum agnouerit simpliciter,adeóque apocham conscripserit, saluam nihilominus habet petitionem supplementi *d. l si quando §.& generaliter.C.de inoff.testam.*Item si filia quę dotem in pecunia habuit, post mortem patris aliquam dotis partem in pecunia ab herede patris acceperit:his enim casibus verum est legitimam in pecunia solui cœptam esse, potéstque locum habere ratio illa interpretum & pragmaticorum, supplementum eiusdem naturæ, conditionis, & formæ esse debere, cuius & id cuius supplementum est. Quamquam Iustinianus *in d. §.repletionem*, vbi constituit vt repletio legitimæ fiat in corporibus bonorum, non distinguit an legitima in corporibus bonorum an in pecunia numerata solui cœperit.Qua de caussa nec valde,meo iudicio, à Iustiniani mente is aberrauerit qui dixerit indistinctè & generaliter,in corporibus bonorum non in pecunia repletionem fieri debere. Præsertim cùm nulla in eo fiat iniuria heredi, interest autem quàm maximè filiæ vt ex corporibus rerum paternarum aliquid habeat potiùs quàm pecuniam. De quo dicemus latiùs in *errorem secundum Decadis sequentis*. Sanè inspecto iure vetere non puto idem dici posse. Satis enim erat olim ad excludendam querelam inofficiosi testamenti,quod quarta pars bonorum, id est substantiæ defuncti ad eum peruenisset cui legitima debebatur, siue in corporibus,siue in pecunia, aut qua alia ratione quartam illam habuisset,vt ex eo colligi posset quòd poterat cogi vt & quartam & quartæ fructus sibi conferret ex fructibus hereditatis quam alij restituere rogatus esset, *l. Papinianus 8. §. vnde & si quis. de inoff. testam. l. mulier. 22. §. cùm proponeretur. D. ad S. C. Trebell. l. iubemus 6.Cod. eod.* quod non similiter hodie obtinet, postquam placuit legitimam in corporibus bonorum dandam esse. Consequens enim est vt ex fructibus confici nunquam possit, quomodo conficitur Trebellianica extra liberos primi gradus, *l. in fideicommissaria 18.D.ad S.C.Trebell. iunct.d.l.iubemus.*

ANTONII FABRI IC.

Decas Decimaquinta.

ERROR PRIMVS.

Si certa pecuniæ quantitas in diem certum soluenda testamento data sit pro legitima.

SVMMARIA.

1 *Si certa pecuniæ quantitas in diem certum soluenda testamento data sit pro legitima an ante illum diem peti possit.*
2 *Pragmaticorum sententia affirmans.*
3 *In oppositum autoris dissertatio:& seqq.*
4 *In casu suprà proposito posse legitimarium abiicere voluntatem testatoris,& petere legitimam in corporibus rerum hereditariarum.*
5 *Aut sumptus ab herede ei præstandos qui & alimentis necessarij sint,& legitima taxanda.*
6 *Sententia leg. vltim. §. cùm autem. Codice de inoffic. testam.*
7 *Temperamentum pragmaticorum in quæstione proposita reiectum.*
7 *Autoris consilium de modo procedendi in casu superiori.*

SI pater † filio aut filiæ nondum nuptæ certam pecuniæ quantitatem institutionis titulo reliquerit(id enim sicut sufficere,ita & necessarium esse nostri arbitrantur contra quos satis supérque in superiori Decade disputauimus) soluendam post certum tempus hoc tamen adiecto, vt sit pro legitima & omni legitimæ iure, quæ sunt vulgatia hodiernorum testamentorum verba,frequẽtissimè quæritur,an possit relictum peti statim non expectata die, quam testator adscripsit:eáque sententia † pragmaticis 2
probabilior videtur vt possit:Ratione illa,quòd ex Iustiniani constitutione in *l.quoniam in prioribus 32. Cod.de inoff. test.* ita ius est vt legitima neque in diem recipere possit,neque conditionem,sicut nec aliud vllum grauamen. Quantitatem enim sic relictam, vt diximus,nihil aliud quàm legitimam esse ipsa testamenti verba probant,quibus expressum est eam pro legitima & omni legitimæ iure datam esse. Mihi contrà semper visa est iniqua † hæc sententia,quæ abhorret euidenter à testatoris voluntate. Nam licèt portionem ipsam legitimam aut quantitatem quę portioni legitimæ respondeat,statim & nulla adiectæ diei aut conditionis habita ratione præstari conueniat,nec ea moram vllam admittere possit,eo tamen adhuc incerto & dubio, an illa quantitas quę in diem certum relicta est legitimam superet,nécne,

&

& quid quantúmque ſit in legitima, cur obſecro inducimus diuiſionem voluntatis, vt teſtatori credamus in eo quod dixit ſe pro legitima quantitatem hanc relinquere, non credamus autem in eo quod minoris legitimam æſtimauit, quàm vt relictæ quantitatis ſaltem ex parte ſolutioni diē adiicere prohiberi ſe putaret? Quid enim ſi detracto etiam interuſurio medij temporis, & conſequenter tanto minoris æſtimato eo quod relictum eſt, plus tamen relictum appareat quàm opus ſit ad integram portionem? An non fiat iniuria teſtatori & eius heredi ſi tota illa quantitas putè & ſtatim detur quam in diem dari teſtator voluit? Sic enim euenit vt liberaliores ſimus teſtatore, & plus quàm ille dederit demus ei cui ipſe iuſta computatione patrimonij pióque iudicio non ſolùm integram legitimam reliquit, ſed etiam longè plus quàm relinquere debuerit: quod ſanè abſurdum fuerit *l. debitor §9. D. ad S. C. Trebel.* Nam nec cogi potuit teſtator vt quicquam amplius quàm legitimam ei putè relinqueret, Sed & idem ipſe Iuſtinianus qui legitimæ petitionem nulla mora ſuſpendi voluit *d. l. quoniam in prioribus*, conſtituit tamen vt ſi plus quàm legitimam teſtator reliquerit, & onus relicto adſcripſerit, reiiciatur quidem onus ad concurrentem vſque legitimæ quantitatem, ſed pro ea parte quæ excedit, volũtati teſtatoris omnino ſatisfieri oporteat *l. vlt. §. cum autem. C. eod. tit. De inoff. teſt.* Prius ergo eſt vt ſciatur an quod relictum eſt legitimam excedat aut non quàm vt à tota quantitate, quæ relicta fuit, onus diei adiectæ aut aliud quodlibet reiiciatur. Interim autem, id eſt incerto eo necdum benè explorato quia nec ſciri poteſt, quin iuſta totius patrimonij computatio ineatur, quid eſt quod melius dicere & conſtituere poſſimus, quàm vt teſtantis voluntati ſtetur? Dies igitur quam teſtator ſolutioni præſcripſit, expectanda erit, nec iniuria videbitur fieri legitimario (ſic enim vocare libet eum cui legitima debetur, quiſquis tandem ille ſit) cùm ſi quid incommodi eſt, vt ſanè eſt in mora medij temporis, totum id non modò compenſetur cum eo quod plus in relicto eſſe creditur, quam futurum erat ſi legitima ſola ſine diei adiectione data fuiſſet. (Compenſationem enim hanc quam ius vetus poterat admittere, Iuſtinianus ſuſtulit induxitque diuiſionem voluntatis) verum etiam fructuum legitimæ ex die mortis præſtandorum neceſſitate (vbi de legitimæ quãtitate conſtiterit) ſarciatur. Ac ſanè in dubio credendus eſt teſtator præſertim pater id conſilij cepiſſe, quod & legibus & pietatis officio congruentius videatur: nec quicquam cauſſæ eſt cur ſuſpicemur totam eam quantitatem quæ pro legitima in diem certam relicta eſt, reſpondere portioni legitimæ ſublata quoque diei adiectione. Nam quod teſtator dixit, eam ſe quãtitatem pro legitima relinquere, accipiendum eſt cum ſuis conditionibus, & vt loquuntur, qualitatibus, ſi teſtatoris voluntatem ſpectare volumus, id eſt, ita tamen vt in eam ipſam diem quam teſtator præſcripſit, nec citiùs fiat ſolutio: Aut vt ſi ſtatim nec expectata die ea quantitas præſtetur, longè plus in relicto quàm in legitima eſſe intelligatur. Ergóne, inquies, in bonis defuncti patris interea filius habebit nihil? Ita prorſus. Eſt enim quod ſibi imputet cur agnouerit relictum tantique æſtimauerit legitima interim carere, vt tanto ampliorem quantitatem ex teſtamento, ac proinde ad diem teſtamento dictam (ſi non priùs taxata eſſet legitimæ quantitas) conſequeretur. Potuit enim ſi † moram ſibi in legitima fieri noluit defuncti voluntatem abiicere, ipsámque legitimam ſtatim petere in corporibus rerum hereditariarũ, ſi noſtris interpretibus credimus, qui quibus tamen an hac in re credendum ſit, ſequenti capite dicemus. Nam ſi quis dicat, quod ego probabilius arbitror, non licere legitimario cui pecuniam pro legitima, quantum ſatis eſt teſtator dedit repudiare voluntatem, & legitimam petere in corporibus bonorum, nimis ſanè iniquum & inhumanum eſſet ſi legitimarius diem à teſtatore præſcriptam pro tota legitima expectare cogeretur, tametſi ſpẽ haberet recuperandorum aliquando fructuũ à die mortis pro ea quantitate quam legitimæ iure debitam eſſe conſtaret. Cur enim patiamur nihil eum interim habere, cui aliquid omnimodo iam deberi certum eſt? Quanquam remedij loco † induci poſſet vt ei ſumptus heres 3
præſtaret, qui & alimentis eſſent neceſſarij, & legitimæ taxandæ: cuius ſanè taxatio, &, vt loquuntur, liquidatio, vt plurimum magnos litium anfractus, ingentémque expenſarum materiam ſecum trahit. Neque verò in eo quicquã abſurdi eſt. Idem. n. vſuuenire etiam ſolet cum exheredatus eſt filius, & querelã inofficioſi teſtamenti exercere cogitur, *l. inſtituta. §. de inofficioſo. D. de teſt.* aut cum alia de cauſſa patitur controuerſiã vniuerſorum bonorum, *l. vlt. C. de ordi. cogn.* Nec ſanè aliud quicquã eſt quod melius dici poſſit. Omnino. n. & neceſſariò diſcutiendum eſt ad quam vſque quantitatem aſcendat legitimæ computatio, vt ſciatur pro qua relicti parte dies ſolutioni dicta reiici debeat, pro qua etiam parte retineri. Aperta n. eſt Iuſtiniani conſtitutio † nolentis ad- 6
iectæ diei vllam rationẽ haberi quantum ad eam partem attinet, quæ pro legitima debetur, haberi autẽ pro reſiduo *d. §. cùm autem l. vlt. C. de inof. teſt.* Cuius conſtitutionis manifeſta ratio illa eſt, quod non ſicut legitimæ cõditio deterior, ita nec melior fieri poteſt: Nihil ſ. n. veræ aliquid relinqui ſupra legitimam, licet minùs legitima relinqui non poſſit. Itaq; poſtquam conſtiterit amplius relictũ eſſe, quàm pro legitima neceſſe eſſet, in eo quod excedet, voluntatem teſtatoris ſeruabimus, nec legitimarium ante diem agere voluntatem audiemus: in reliquo diem ſolutioni dictam pro non adiecta habebimus & fructuum legitimæ ex die mortis præſtandorũ obligationẽ inducemus. Neq; nocebit eo tempore, quod legitimarius relictũ agnouerit, quandoquidẽ ea diei adiectio per legem reiicitur, nec poteſt videri contra leges facere, qui eo modo quo lex vult & iubet relinqui, relictum agnoſcit. Sed quandiu non conſtat quid & quãtum ſit in legitima, nec proinde pro qua quantitate dies adiecta ſit contra leges dico non poſſe interim recedi à teſtatoris voluntate, quia nihil eſt quod melius dici poſſit, deficitque interea legitimario non ius petẽdæ ſtatim legitimæ, ſed probatio eius quotæ bonorum, quæ legitimam portionem conſtituat. Scio pleriſque pragmaticis † qui inſigniores æquitatis arbitri videri 7
volunt, placere hoc temperamentum, vt cautinib. res expediatur, id eſt, vt filio totum id quod relictũ eſt ſtatim præſtetur nulla diei habita ratione, in ſpeciem fiduciæ, & vt loquuntur per modum prouiſionis, cum eo tamen vt heredi caueat ſe ſi quid ſupra eam quantitatem acceperit quàm pro legitima debeatur, repræſentaturæ pro ea parte ſolutionis incommoda ſarciturum arg. *l. 1. & tot. tit. ſi cui plus quàm per l. falcid.* Sed quæro cur hac in re filio magis quàm teſtatori ipſi præſertim patri faueamus? Nam etſi filium pater exheredaſſet inſerta cauſſa iuſta quidem, id eſt à Iuſtiniano adprobata, ſed non vera, quandiu de facti veritate quæreretur, in eámque rem querela inofficioſi teſtamenti exerceretur, nihil tamen interim filio deberetur præter ſumptus in cauſſam litis & alimentorum neceſſarios: cur ergo in propoſito quãdiu incertum eſt quid & quantum filio debeatur, volũtatem teſtatoris omnino contemnemus, nullámq; prorſus adiectæ diei rationem habebimus? Aut cur non æque conſulamus heredi parato cauere ſe eius quantitatis, quam pro legitima debitam fuiſſe tandem cõſtabit vſuras vice fructuum ex die mortis reſtituturum? Nam & ita fit vt indemnis filius ſeruetur cui interim, vt diximus, neceſſarij ſumptus ſubminiſtrantur, & teſtatoris iudicio quantum per leges, licet, pareatur. Denique numquam debet quis vincere ob id ſolùm quòd ſatisdare paratus ſit ſi aliam vincendi cauſſam nullam habeat. Longéque alia ratio eſt cautionis quæ præſtatur ex edicto, Si cui

pluſquàm

pluſquàm. Prodeſt enim illa legatario ad totum legatum interim conſequendum, quia habet ille pro ſe teſtatoris voluntatem, quam hîc non habet niſi contra ſe is qui legitimam in diem relictam totam petit ante diẽ. 8 Probarem † magis vt in iure interrogaretur heres, quãti legitimam portionem quæ peteretur æſtimaret; eámque ipſam quantitatem quam diceret (neque enim nullam omnino dicere poſſet) ſtatim præſtaret, habita etiam ratione fructuum aut vſurarum ex die mortis: Pro reliquo autem finis cuentúſque iudicij expectaretur, nulla ex parte interponendis cautionibus. Quid enim periclitari poteſt filius cui in reliquas res hereditarias parata ſemper erit actio? Quid rurſum heres qui non niſi eam quantitatem præſtet, quam à ſe pro legitima debitam eſſe fateatur? Nudam ſanè repromiſſionem hinc inde interponi nihil vetat, propter incertum quantitatis quæ pro legitima minor maiórve deberi poteſt, & propter fructus quos ab altero alteri reddi oportebit ſi data quantitas iuſtæ portioni legitimæ non omnino reſpondeat. Non idem erit ſi quid pro legitima purè ſit relictum ei qui relicto non contentus, & repudiata teſtantis voluntate malit legitimam petere in corporibus bonorum. Tantiſper enim dum quæretur de quantitate legitimæ & bonorum ex ea cauſſa tradendorum, ſi legitimarius relictum petat repromiſſa reſtitutionẽ aut imputatione, itémque fructuum aut vſurarum ad concurrentem vſque quantitatem compenſatione, nihil cauſſæ eſt cur non ſit audiendus, cùm habeat pro ſe defuncti voluntatem, quam heres impugnare non poteſt, & cui interim ſtari neceſſe eſt, nullo tamen ex ea re præiudicio alterutri generando. Eóque iure paſſim vtimur. Scilicet ex pragmaticorum ſententia qui putant eum qui ex re aut quantitate certa inſtitutus eſt pro legitima poſſe id quod ſibi relictum eſt repudiare, & legitimam in corporibus bonorum petere ac obtinere. Quod tamen an verum ſit, aut potiùs cur verum non putemus (iam enim diximus, nobis id non probat) paulò fuſiùs tractandum eſt.

ERROR II.

Si eam corporum aut pecuniæ quantitatem quæ pro legitima relicta eſt, repudianerit legitimarius, malíſque legitimam habere in corporibus bonorum.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia interpp. is cui aliquid pro legitima relictum eſt ſiue in pecunia, ſiue in certis corporibus bonorum cogi non poteſt vt teſtatoris iudicium agnoſcat, ſed poteſt eo repudiato quod ſibi relictum eſt legitimam petere & obtinere in corporibus bonorum.*

2 *Quibus rationibus relatam ſuffulciant ſententiam.*

3 *Iuris veteris rationem propoſitæ ſententiæ repugnare, & ſeqq.*

4 *Iuſtinianus in §. repletionem. l. ſcimus. C. de inoff. teſt. hoc vnum conſtituit vt repletio legitima fiat in corporibus rerum hereditariarum.*

5 *Si legitimam integram teſtator in pecunia dederit, non licet legitimario repudiare legatum, & pro pecunia petere corpora.*

6 *Si aliquid in pecunia pro legitima datum eſt quod legitimam non æquet, non licet legitimario illud repudiare vt legitimam integram in corporibus conſequatur.*

7 *Non eſt neceſſe vt ſupplementum legitimæ eiuſdem ſit naturæ & conditionis cuius eſt illud in quo legitima fuit capta eſt.*

8 *Cur à Iuſtiniano conſtitutum vt ſupplementum legitimæ detur in corporibus bonorum.*

9 *Si in hereditate reperiantur nummi & fundi, non neceſſe eſt ſupplementum legitimæ fieri debere tantum in fundis.*

10 *Error pragmaticorum putantium legitimam deberi in bonis mediocribus, etiam cùm in aliis à teſtatore aſſignata: & eiuſdem confutatio.*

NIhil in praxi & in tribunalibus certius eſt & receptius, quàm quod nos hoc capite probabimus, ni fallimur, eſſe falſiſſimum & à iuris ratione prorſus alienum. Id ſcilicet quod pragmatici poſt interpretes putant, Eum † cui aliquid pro 1
legitima relictum eſt ſiue in pecunia, ſiue in certis corporibus bonorum, cogi non poſſe vt teſtatoris iudiciũ agnoſcat, etiãſi quod relictum eſt ſufficiat ad legitimam portionẽ, ſed poſſe, ſi malit, repudiato eo, quod ſibi relictũ eſt, legitimã petere & obtinere in corporibus bonorum. Pro qua ſententia † non habent iſti aliud quod 2
profetãt, niſi conſtitutionẽ Iuſtiniani in *l. ſcimus 36. §. repletionem. C. de inof. teſt.* qua cauetur, vt legitimã cui aliquid deſit, ex ipſis corporib. bonorũ repleri oporteat. Si .n. repleri, cur nõ & totã confici? Addunt etiam intereſſe quã maximè eius qui legitimæ petendæ ius habet, vt eã habeat in corporibus bonorũ potiùs quàm in pecunia numerata, quæ ſcilicet facilius amittitur, nulló q; ex ſe fructus parit: legitimæ verã conditionẽ nullomodo deteriorẽ fieri poſſe, ne quidẽ teſtatorẽto *l. quoniam in priorib. 32. eo.* Ego verò illud primũ admitti volo quod omnes fatẽtur iuris † veteris rationẽ ſententiæ repugnare, 3
dicturus poſteà an aut quo ius illud ex Iuſtiniani conſtitutionibus ſit immutatũ. Nã vt iure ciuili teſtamentũ vſque adeò firmũ eſſet ne per querelã inofficioſi reſcindi poſſet, nihil aliud requirebatur, niſi vt legitimã integrã haberet ille qui de inofficioſo alioqui conqueſturus fuiſſet, dũmodò haberet ex ſubſtantia defuncti, adeóque occaſione & ob perſonã defũcti, licèt non ex ipſius ſubſtantia, vt puta ſi quid filio, patris contẽplatione ab extraneo donatum proponeretur. Vnde etiam fiebat vt ex fructib. quoq; rerum hereditariarũ poſt teſtatoris mortem perceptis confici legitima poſſet, ſi tamen ſufficerent ad quartã & quartæ fructus, tametſi non tã hereditati quàm rebus hereditariis accepto ferantur, *l. Papinianus 8. §. vnde ſi quis. D. de inof. teſt. iunct. l. in fideicommiſſaria 18. ad S.C. Trebell.* Multò minùs ergo conqueri potuiſſet is, qui legitimã in pecunia numerata ex legato habuiſſet, ſi modò aut inſtitutus fuiſſet, aut exheredatus. Hoc enim ſemper requirebatur ad validitatẽ teſtamenti, quod alioqui non valuiſſet. Sublata verò conquerendi facultate, apparet non potuiſſe fieri vt ei cui legata eſſet pecunia, liceret repudiare legatum, & legitimã petere in corporibus bonorum. Quo enim iure peteret? An ex teſtamẽto quo nõ fuerãt legata corpora, ſed pecunia. An verò ab inteſtato ſubſiſtẽte firmáq; manente teſtati cauſſa? Neque ſanè id habet dubitationem ſi tollas Iuſtiniani conſtitutiones quæ contrà putandi nonnullã anſam præbuerunt. Videamus ergo quid Iuſtinianus cõſtituerit. Hoc vnum in *d. §. repletionem.* vt legitimæ † repletio facienda ſit in corporibus rerũ hereditariarum. 4
Quod ego pro interpretibus, licet ipſi aliter ſentiant eo quoque caſu locũ habere volo, quo id quod pro legitima teſtator dedit, pecuniariũ fuerit: neque enim lex diſtinguit, & conſtat eum ſemper morem teſtatorum fuiſſe, qui etiam nunc eſt, vt legitimam portionem aut aliquid pro legitima darent in pecunia potiùs quàm in corporibus, ne qua fieret diminutio rerũ hereditariarũ. Sed an ex eo fiet conſequens vt ſi legitimam † integrã 5
teſtator in pecunia dederit, licere debeat legitimario repudiare legatum, & pro pecunia petere corpora contra expreſſam teſtatoris voluntatem? Minimè verò, neque de ea verbum vllum eſt in Iuſtiniani conſtitutione. At

nec

6 nec admittendum puto, vt cùm aliquid † in pecunia pro legitima datum est quod legitimam non æquet, liceat legitimario quantulumcunque, id est, repudiare vt legitimam integram in corporibus nanciscatur. Tantum enim abest vt illa Iustiniani mens fuisse videatur, vt is è contrario hoc ipso, quod constituit repletionem in corporibus fieri debere, declaret satis nolle se in eo quod relictum est recedi à voluntate testatoris, nec proinde rem pro pecunia præstari. Alioqui non de supplemento tantùm sed de tota legitima loqui constitutio debuisset. In eóque sanè à nobis suprà indultum est interpretibus plus quàm deberemus, ad finem vltimi capitis Decadis superioris, cùm diximus posse hoc casu locum habere quod interpretes & pragmatici volunt, supplementum legitimæ eiusdem naturæ & conditionis esse debere cuius & illud in quo legitima solui cœpta
7 est. Nihil † enim hoc necesse est nec valet consecutio, testator legatum pro legitima in pecunia dedit, ergo supplementum legitimæ in pecunia dandum est. Nam dissimilitudinis ratio euidens hæc est, quòd ad eam vsque quantitatem quæ testamento data est sicut agitur ex testatoris expressa voluntate. Ita fieri nequit vt contra eam voluntatem aliud petatur quam quod testamento datum est. Pecunia verò data fuit, non corpus. Pecunia igitur, non corpus peti debet: nec pro ea legitimæ parte lex vllo modo se interponit, quia neque necesse est. At supra eam quantitatem manca voluntate testatoris licèt supplementum legitimæ petatur quasi ex testamento (quia nec ab intestato peti potest quandiu testamentum subsistit, & ab intestato de portione hereditaria quærendum esset, non de supplemento legitimæ) necesse fuit Iustinianum se interponere, vt neque fraus legitimæ fieret, neque eo prætextu quòd legitima integra relicta non esset, rescindi testamentum posset. Itaque voluit Iustinianus supplementum legitimæ haberi pro dato quod re vera datum non fuit: cùmque non posset ex testamenti verbis aut ex præsumpta testatoris voluntate decidi an in pecunia, an in corporibus dari deberet,
8 placuit † debere in corporibus dari, non ob id solùm quod ea sententia fauorabilior sit legitimæ, sed etiam quia nihil est quod melius possis dicere. Legitima enim quota portio est bonorum à defuncto relictorum, quæ quis ab intestato esset habiturus, ab intestato autem non pecuniam pro rebus hereditariis, sed res ipsas hereditarias pro sua parte fuit habiturus. Nimirum, quod ad eam partem attinet, quæ ex corporibus hereditariis haberi
9 potuisset. Nam si poneres † repertam esse in hereditate pecuniam sicut & fundos, nõ puto eam Iustiniani mentem esse vt tota repletio fieri hoc casu debeat ex fundis, sed partim ex fundis, partim ex pecunia. Nulla enim fit iniuria legitimario si legitima portio ei detur ex rebus singulis quæ in hereditate reperiuntur, siue in pecunia, siue in corporibus consistant: nec aliud sensisse Iustinianum credibile est nisi vt non sit in potestate heredis supplere legitimam in pecunia vt omnia & tota corpora sibi retineat, sed teneatur quatenus in corporibus hereditas est, eatenus quòd legitimæ portioni deest, in corporibus supplere. Licèt non ignorem alio iure nos vti ex pragmaticorum erroribus, quibus praxis tota plena
10 est. Sed illud etiam multò absurdius † & iniquius est quod pragmatici volunt, si legitima in corporibus quidem hereditariis relicta sit, sed tamen in iis quæ sint ex deterioribus, posse relictum repudiari, vt legitima in aliis bonis præsteretur, quæ nec sint ex melioribus, nec ex deterioribus, sed ex mediocribus. Etsi enim fateor si arbitrio boni viri præstanda sit legitima, æquissimum esse illud temperamentum vt in mediocribus potiùs quàm in alio bonorum genere adiudicatio legitimæ fiat, quémadmodum contingit si testator minus legitima reliquerit, & de supplemento tractari oporteat, cùm tamen pater viri boni officio functus bona sua inter liberos diuiserit, & quænam pro legitima dari vellet, declarauit, cur aliud melius aut æquius arbitrium requiremus? aut cur testamento quod valet, nec rescindi vllo modo potest, non stabimus? constat enim vsque adeò fauorabilem esse illam supremi iudicij diuisionem quam pater inter liberos fecerit, vt etiamsi facta sit in minùs solenni scriptura aut voluntate, eam tamen iudex familiæ erciscundæ sequi & tueri omnino debeat *l. vlt. C. famil. erciscund.* Nec ad rem pertinet quod obiiciunt legitimam filio deberi in bonis mediocribus. Id enim falsum est, nec vllo iuris loco probabile. Nulla namque debetur legitima, cùm semel testamento data est, quia nec debetur nisi post mortem, testamentum autem fit à viuo patrefamilias, qui si sic testetur vnde & iustam integram dedisse dici possit, nullum de legitimæ debito post mortem suam quærendi locum relinquit. Illud igitur duntaxat inspiciendum est an legitimam integram dederit. Porrò non eo minùs integram dedisse dici potest quòd dederit ex bonis deterioribus. Tantò plura enim data esse necesse est vt iusta legitimæ æstimatio compleatur arg. *l. si sterilis, D. de reb. eo. qui sub tut. vel cur. sunt.* Sed etsi quid deesset iustæ computationi legitimæ, propterea quòd deteriores fundi dati essent, repleri id deberet arbitrio boni viri & quidem, vt iam dixi, ex mediocribus quantum supplementi debiti ratio pateretur, sed non eo magis recedendum esset à voluntate testatoris, vt pro bonis deterioribus quæ dedisset, dari mediocria oporteret, ne quidé ad concurrenté vsque deteriorum æstimationem.

ERROR III.

De legitima statuto in totum tollenda vel minuenda.

SVMMARIA.

1 *Q an legitima per statutum tolli in totum possit?*
2 *Prima sententia putantium legitimam ascendentium tolli posse: legitimam verò descendentium non item.*
3 *Secunda indistincte affirmantium vtramque tolli posse.*
4 *Tertia negantium.*
5 *In que versetur quæstio proposita.*
6 *Statuto fieri potest vt quis ab intestati successione prorsus excludatur.*
7 *Apud Gallos & Augustanos liberis intestatis matres non succedunt, nisi in mobilium certa parte & in vsufructu.*
8 *Tota ferè Italia fœmine succedere prohibentur fauore masculorum.*
9 *In Gallia plerisque regionibus soli primogeniti succedunt exclusis fratribus.*
10 *Filia per statutum à legitima excluso alia conditionalis, alia absoluta, & quantum differant.*

MAxima de hac re inter iuris interpretes contentio est, An legitima † per statutum tolli 1
penitus & in totum possit. Sunt enim qui distinguant † inter legitimam quæ descenden- 2
tibus & eam quæ ascendentibus debeatur vt posterior hæc tolli possit, illa non item, vtpote quæ fauorabiliori iure debita sit, ex voto scilicet parentum, & naturali ratione, non vt hæc solo intuitu pietatis & miserationis *l. scripto 7. §. vlt. D. vnd. lib.* Aliis placet † distinctè posse 3
vtramque statuto tolli: aliis denique neutram † in to- 4
tum tolli, sed tamen vtramque minui posse sicut & augeri, quam sententiam pragmatici nostri magis probant, & passim sequuntur. Ego quæstionem † in eo esse arbi- 5
tror, An statuto fieri queat, vt à legitima intestati successione excludatur is de cuius legitima portione disputamus. Numquam enim mihi persuadebo, licèt vulgo aliter creditum sit, fieri posse, vt ei qui penitus exclusus

eſt ab inteſtati ſucceſſione ſiue per ſtatutum, ſiue per renuntiationem, legitima vlla debeatur: cùm nihil aliud ſit legitima quàm quota portio partis hereditariæ quæ ab inteſtato competitura eſſet ſi teſtamentum nullum factum proponeretur. *l. quoniam in prioribus 32. C. de inoff. teſtam.* De quo, quia iam ſatis multa ſcripſimus in ſuperioribus Decadibus, erimus hic breuiores, nec eadem repetemus. Illud igitur duntaxat inſpiciendum eſt, an ſtatuto fieri poſſit vt quis ab inteſtati ſucceſſione
6 prorſus excludatur. Et puto † vix de eo poſſe dubitari, quin fieri poſſit. Ius enim ſuccedendi ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato ex legibus eſt, vt ſæpiùs monuimus, ideóque pro legiſlatorum arbitrio ſemper aliud atque aliud conſtitutum, auctum, diminutum, denique immutatum fuit. Quam in rem innumera adduci poſſent exempla non modò ex Romanorum legibus, ſed etiam ex gentium omnium moribus, niſi eſſent cuique obuia, ſaltem ea quæ ex iuriſprudentiæ noſtræ libris elici poſſunt. Atqui cùm de ſtatuto loquimur, de eo intelligimus quod ab iis factum ſit, qui ſtatuendi iuris, legiſque condendæ ius & poteſtatem habeant. Cur ergo dubitemus quin ſtatuto fieri poſſit vt legitimus heres non ſit qui alioquin futurus eſſet? Hinc illud nimirum eſt quod apud
7 Gallos † ex conſtitutione regia, & apud Auguſtanos noſtros ferè ſimiliter, liberis inteſtatis matres non ſuccedunt præterquàm in mobilium certa parte & in vſufructu, ſicut nec ſuccedebant ante S. C. Tertyllianum, quo primùm cautum eſt vt poſſent ſuccedere. Item quod
8 etiamnum tota ferè Italia † fœminæ ſuccedere prohibentur ab inteſtato, fauore maſculorum. Et in Galliæ †
9 pleriſque regionibus ſoli primogeniti ſuccedunt excluſis fratribus. Quid? quod heredis quoque inſtitutio nonnullis locis prohibetur? Denique ſemper ita ius, & vſus fuit vt pro locorum ac temporum varietate licuerit legiſlatoribus ſucceſſionum omnium ſiue teſtamentariarum ſiue legitimarum iura conſtituere & commutare.
10 Multum tamen intereſt, meo iudicio, an filia † per ſtatutum excluſa ſit à legitima, ideò quòd ab inteſtati ſucceſſione penitus excluſa ſit, an ob id ſolùm quòd dotem à patre congruam acceperit. Talia enim ſolent eſſe vt plurimum verba ſtatutorum fœminas excludentium, vt ita demùm excludi eas velint, ſi dotatæ fuerint congauenter & competenter, quomodo loquuntur. Quo caſu cùm non ſimpliciter, & abſolutè ſint excluſæ ab inteſtati ſucceſſione, ſed ſub ea veluti conditione ſi dotatæ ſint, videtur ea excluſio aliam quoque tacitam habere conditionem, illam nimirum quam renunciationibus iuratis futuræ ſucceſſionis aut legitimæ portionis ineſſe diximus ſæpius, ſi hereditas aut legitima portio quandoque deferetur. Quandiu enim legibus quæ inteſtati ſucceſſionem deferunt, locus vllus relinquitur, non magis per ſtatutum quàm per pactum fieri poteſt vt excluſio præcedat delationem. Priore verò caſu cùm ſic concepta ſunt verba ſtatuti vt ab inteſtatorum parentum ſucceſſione penitus excluſæ ſint filiæ, licèt alia ſtatuti parte cautum ſit vt vel ali debeant vel dotari (vix enim eſt vt cum iis vſque adeò inhumanè agatur vt ab alimentis quoque excludantur, quod nec ſtatuto fieri ſanè poſſet, cùm ius petendorum alimẽtorum ex mero iure naturali ſit potiùs quàm ex legibus) non poteſt excluſio illa ſtatutaria tacitam habere conditionem, ſi hereditas aut legitima portio deferetur: quandoquidem diximus ſtatuto fieri poſſe vt non tantùm acquiſitio ſucceſſionis, ſed ipſa etiam delatio impediatur: in eóque maior ſanè poteſtas & autoritas eſt ſtatuti quàm pacti, tametſi ſoleat dici poſſe per ſtatutum fieri ea demum quæ poſſunt fieri per pactum. Longè enim maior eſt vis ſtatuti, tanta ſcilicet quanta eſt legis quoties ſtatutum ab iis factum eſt, qui, vt diximus, condendæ legis ius habeant, cùm tamen non poſſit fieri pacto vllo ne leges locum habeant ſiue de teſtamentaria ſiue de legitima ſucceſſione controuertatur *l. nemo poteſt 55. de legat. prima leg. vlt. D. de ſuis & legit. leg. quod bonis decimaquinta §. 1. D. ad leg. falc.*

ERROR IV.

De legitima matris, ſuperſtitibus fratribus, extraneo herede inſtituto.

SVMMARIA.

1 *Quanta ſit legitima matris, cùm eius filius duobus fratribus ſuperſtitibus, honeſtum extraneum heredem inſtituit.*
2 *Legitimam matris tertiam hereditatis partem eſſe debere ex communi interpretum placito.*
3 *Quæ ſit ratio ſuperioris ſententiæ.*
4 *Secundum Bartolum legitimam matris eſſe tertiam trientis: & quibus rationibus hoc ipſum confirmet.*
5 *Bartoli ſententiam probabiliorem eſſe, licet eius improbabiles ſint rationes.*
6 *Ius adcreſcendi in legitima locum habere poſſe contra Bartol.*
7 *Legitimam fratrum auctam eſſe, contra eundem.*
8 *Matri pro legitima debetur triens illius portionis quã ab inteſtato erat habitura, ſi cum duobus fratribus defuncti ſucceſſiſſet.*
9 *Ex eo quod legitima nulla debetur fratribus, non ſequitur trientem hereditatis deberi matri.*
10 *Qui ad partem hereditatis legitimæ admitterentur, faciunt partem in computatione legitimæ, licet ad nullam legitimæ partem admittantur.*
11 *Erronea Baldi ſuppoſitio.*
12 *Ex ſolius matris perſona ineunda eſt ratio legitimæ & conſequenter ex comparatione eius portionis quam ab inteſtato habitura erat mater ſi confratribus ſuccederet.*
13 *Refertur & refellitur ratio qua Paul. Caſtrenſis Bartoli ſententiam adſtruere conatur.*
14 *Fratrum hereditas fratribus vt debeatur.*
15 *Preteritio fratris honeſto herede inſtituto non eſt habenda pro exheredatione.*
16 *Mater preterita habetur pro exheredata eſtque hodie nominatim exheredanda.*
17 *Vniuerſali heredi prodeſſe ſolet exheredatio, non ſingulari.*
18 *Matri in minima quantitate pecuniæ inſtitutæ licet agere ad ſupplementum legitimæ.*

IAm olim tractata fuit hæc quæſtio † magnis 1
contentionibus inter nobiliores & vetuſtiores iuris noſtri interpretes, ſed ita tamen vt vno excepto Bartolo cæteri omnes pro matre reſponderint, ſcilicet defuncto filio ſuperſtite matre, ſuperſtitibus item duobus fratribus, & extraneo herede inſtituto, non turpi perſona, legitimam † matris tertiam 2
eſſe debere totius hereditatis, non tertiam trientis. in eo namque omnes concordare excepto *Bartolo* teſtatur *Caſtrenſis ad l. planè 34. §. ſi duobus. ad finem. de legat. 1.* addens ſe quoque ex communiaiorum ſententia ad propoſitam ex facto queſtionẽ ita reſpõdiſſe. Rationes pleraſq; adferunt ab ipſo etiam *Bartolo* relatas in *l. pater filium. 14. D. de inoff. teſtam.* ſed illam præcipuè quòd † fra- 3
tres qui fratris teſtamento excluſi ſunt à legitima ipſius ſucceſſione habendi ſint pro mortuis, & non exiſtentibus quo ad ineundam legitimæ computationem, quia certum eſt vſque adeò eos excludi, vt nec ſpem vllam habeant vnquam ſuccedendi. Eſt enim ferè generalis ea iuris regula, portionem deficientem eius qui nec admittitur, nec admitti ſperatur, iis adcreſcere qui admittuntur, *l. vnic. C. quando non petent. part.* Nam & in querela inofficioſi teſtamenti

teſtamenti in cuius locum actio ad ſupplementum ſubrogata eſt, idem euenire conſtat vt liberi qui per exheredationem iuſtam aut per ſentẽtiam excluſi ſunt à querela, non faciant partem cæteris, imò nec excludant ſequentes in gradu, non magis quàm ſi ipſi in rerum natura non eſſent *d.l. pater filium*. Idémque eſt ſi aut repudiatione, aut tempore excluſi proponantur, *l. qui repudiantis* 17 *l. ſi ponas* 23. §. *vlt. eod. Bartolus* † autem vt contra ſentiat ex eo potiſſimùm mouetur, quòd in ſpecie propoſita non poſſit mater ampliorem conſequi legitimam ex perſonis fratrum excluſorum niſi beneficio iuris adcreſcendi, *d.l. qui repudiantis. & dict. §. vltim. l. ſi ponas.* Atqui, inquit, inter eos qui conjunctione tantùm legali coniuncti ſunt, vt ij ſunt quos lex ſola ad inteſtati patrisfamilias hereditatem ſimul vocat, non aliter ius adcreſcendi locum habet quàm ſi de vniuerſali ſucceſſione tractetur. *l.* 1. §. *idem ait. D. de vſufr. adcreſc.* quomodo tractabatur olim, cùm agebatur querela inofficioſi teſtamenti, vt reſciſſo teſtamento locus fieret legitimæ ſucceſſioni. Hodie non ſimiliter, cùm agitur ad ſupplementum, nec aliud peti poteſt quàm legitima ipſa, quæ proculdubio vniuerſalis ſucceſſio non eſt, nec rurſum quomodo interpretes loquuntur particularis, ſed prorſus ſingularis, quoniam quota eſt bonorum non hereditatis debita ſcilicet poſt deductum omne æs alienum *l. nam quod* 14. §. *non. omnis. D. ad S.C. Trebell.* iunct. *l. Papinianus* 8. §. *quarta autem. D. de inoff. teſtam.* igitur, inquit Bart. non poteſt locus eſſe iuri adcreſcendi in legitima, præſertim cùm ſuccedant fratres cum matre, quod ad legitimam portionem attinet ex diuerſo iure, nimirum mater ex iure nouo quo aucta eſt legitima aſcendentium ſicut & deſcendentium vt ex quadrante fiat triens, fratres verò ex iure vetere quo non niſi quarta debeatur. Sic enim *Bartolus* exiſtimat fratrum legitimam auctam non eſſe, indéque mouetur vt eam pro ſe iuris regulam adierat, quæ habet, inter eos qui vocantur diuerſo iure ex diuerſis diſpoſitionibus non eſſe locum iuri adcreſcendi, ſiue à lege, ſiue à teſtatore ius illud deſcẽdat, *l. ſed cum patrono* 7. *D. de bonor. poſſeſſ. l. ſi ſub cõditione* 16. *D. quibus modis vſusfruct. amitt.* Mihi opinio
5 Bartoli † ſemper probabilior viſa eſt, ſed rationes quibus mouetur, numquam placuerunt. Nam vt nihil nunc dicam aduerſus eam propoſitionem quam ille vt veriſſimam profert, de iure adcreſcendi inter eos qui coniunctione tantùm legali coniuncti ſunt, non puto verum
6 eſſe quod ille tam generaliter tradit, non poſſe ius † adcreſcendi in legitima locum habere. Nihil enim vetat quominùs locum habere poſſit, ſi modò voluntas teſtatoris, aut eius cuius portio deficit non refragetur, id eſt, ſi non appareat in fauorẽ alterius quàm collegitimationum defeciſſe portionem, vt contingit ſi quis à petitione legitimæ idcirco excluſus ſit, quod fuerit exheredatus: ſiquidem pater filium exheredat non id facere intelligitur vt aliis liberis conſulat in ſola fortaſſis legitima inſtitutis, ſed vt hereditatis ſuæ liberiorem habeat diſpoſitionem in eius gratiam quem heredem ſcribere volet, ſiue ex liberis, ſiue extraneus ille ſit. Idem eſt ſi filia cùm nuberet viuo patre renuntiauerit paternæ ſucceſſioni adhibito iureiurando. Nam & hæc renuntiatio non tam fauore aliorum liberorum, ne maſculorum quidem facta intelligitur, quàm fauore ipſius patris, cui fit arg. *lege ſi actionem.* 24. *C. de pact.* & conſequenter defuncto patre prodeſt ipſius hereditati non fratribus, vt à nobis diſputatum eſt in ſuperioribus. Licèt *Caſtrenſ. in d.* §. *ſi duobus* contrà defendat filiam hanc haberi pro mortua, propterea quòd nullo vnquam inſtanti fuerit capax ſucceſſionis, ideóque fratrum legitimam minuere non debere: quod & nos etiam refutauimus. Poteſt autem in legitima locus eſſe iuri adcreſcendi, ſi forte ponas eum cui legitima debebatur repudiando declaraſſe quod eam rem heredi patris prodeſſe nollet. Tunc enim etiamſi non adieciſſet repudiare ſe in gratiam fratrum, tamen fratribus ampliori legitima deberetur, non alio vtique quàm adcreſcendi iure: alioqui ceſſione, & iurium tranſlatione non repudiatione opus eſſet, ſi ius adcreſcendi locum non haberet. Sed etſi ponas ſimpliciter factam repudiationem, aut eum qui legitimã petere potuit excluſum eſſe tempore ne legitimã petere poſſit, non dubito quin cæteris fratribus ea res profit vt ampliorẽ legitimã conſequãtur: quia quãuis legitima portio non ſit ſucceſſio vniuerſalis, ſed ſingularis, vt *Bartolo* ſatisfaciamus, æſtimatur tamen ex comparatione ſucceſſionis vniuerſalis, cùm nihil aliud ſit quàm triens debitæ portionis, *l. Papinianus* 8. §. *quoniam autem quarta. D. de inoffic. teſtã.* id eſt portionis hereditariæ ab inteſtato contingentis, *l. quoniam in prioribus* 3. *& authent. nouiſſima. C. eodem.* Atqui ſi de inteſtati ſucceſſione ageretur, repudiatio aut aſſentio ſimpliciter facta tantò ampliorem faceret portionem cuiuſque ex fratribus coheredibus, qui hereditatem agnouiſſent, vt & *Bartolus* fatetur, quia eo caſu de vniuerſali ſucceſſione ageretur ex *l. ſeruus communis ab extero* 67. *D. de acquir. hered.* Quidni ergo ampliorem faciet legitimam ſaltuo etiam manente teſtamento? 7
At neque verum eſt quod vult *Bartolus* † fratrum legitimam auctam non eſſe. Nam Iuſtinianus in *Nouell.* 18. *De trient. & ſemiſſ.* §. 2. poſt auctam legitimam liberorum, de qua ſola locutus fuerat, ſubicit in hæc verba *hoc obſeruando in omnibus perſonis in quibus ab initio antiquæ quartæ ratio de inofficioſo lege decreta eſt.* Itémque in capite ſequenti *omnibus aliis de inofficioſo poſitis legibus in ſuavirtute ſeruandis, præter ſolam quantitatem quam ad preſens auximus.* Itaque vel fatendum eſt legitimam fratrum auctam eſſe ſicut & aſcendentium, aut nec aſcendentium auctam fuiſſe. Magis puto auctam eſſe fratrum legitimam non ſolùm ad trientem vſque, ſed etiam ad ſemiſſem pro numero fratrum ſi plures quàm quatuor proponantur, vt ſcripſi *Decad.* 11. *capit.* 9. Vna igitur illa ratio me mouet vt pro *Bartolo* contra interpretes ſentiam, quæ tota pendet ex certiſſimo principio iuris, quod legitima nihil aliud ſit, vt iam toties diximus, quàm certa ſtatutáque portio partis hereditariæ ab inteſtato contingentis. *d. l. quoniam in prioribus.* Atqui 8
mater † ſuccedens cum duobus fratribus vtrimque coniunctis non tota hereditatem obtineret ab inteſtato, ſed æqualem duntaxat cum fratribus portionem, id eſt trientem *Auth. defuncto C. ad S.C. Tertyl.* Non igitur trientem totius hereditatis pro legitima habere debet, ſed trientem trientis duntaxat. Nec quod fratribus † legitima nulla debetur, ad rem facit, quoniam in ponenda legitimæ ratione, non qui in legitimæ petitione concurrant nécne inſpicienduin eſt, ſed quis in ſucceſſione inteſtati concurſurus eſſet ſi ab inteſtato ſuccederetur. Proinde qui ad partem hereditatis † legitimæ admitterentur 10
haud dubiè faciunt partem in computatione legitimę, licèt ad nullam legitimæ partem admittantur, nec admitti ſperentur. Idque ita eſſe in propoſita quæſtione euidentiſſima ratione conuincitur. Alioqui enim ſequeretur ſi tres fratres eſſent, futurum eſſe vt plus haberet mater pro legitima quàm pleniſſimæ ab inteſtato ſucceſſionis iure eſſet habitura. Haberet namque tertiam partem totius hereditatis, cuius tamen non niſi quartam ab inteſtato colequi poſſet. Quis autem vnquam audiit ampliorem deberi legitimam quàm hereditariam portionem? Nam ſi ita eſſet, euenitet ſanè vt imputandum eſſet patrifamilias cur inteſtatus non deceſſiſſet, quod quàm abſurdum ſit nemo non videt *l. poſthumus* 6. *D. de inof. teſtam.* Quæ ratio cùm nec à *Baldo* nec à *Caſtrenſi*, & aliis qui ſecuti ſunt, interpretibus ignorata ſit, neque habuerint illi quid reſponderent, mirari ſatis non poſſum cur illi niſi contradicendi ſtudio *Bartolum* improbarint. Nam quod *Baldus* ad eludendam *Bartoli* rationem ſomniauit, totum trientem qui inter matrem & fratres diuidendus eſſet, ſi ad legitimam illi admitterentur excluſis iis per inſtitutionem honeſti heredis extranei,

extranei, ad matrem ſolam peruenire non tam iure adcreſcendi, quàm per amotionem, vt ipſe loquitur, obſtaculi, mihi protſus ridiculum videtur, licèt pleriſque non
11 inſubtiliter dictum exiſtimetur. Supponit enim † Baldus pro vero quod eſt falſiſſimum, Defuncto teſtatore qui matrem & duos fratres ſuperſtites reliquerit, legitimam portionem eſſe trientem, & de eo ſolo dubitari an totum illum trientem habere mater debeat, an eam duntaxat portionem, quam habitura eſſet ſi fratribus vtilis legitimæ portio deberetur. Idémque error eſt omnium qui diſputant hîc de iure adcreſcendi ſiue locum habere putent, ſiue negent. Prius enim eſt vt certa res conſtituatur quæ diſputationem de iure adcreſcendi admittat, quàm vt de iure adcreſcendi tractari poſſit. Ego autem contendo, ſicuti nulla hîc legitima eſt quæ debeatur fratribus,
12 ita ex ſolius † matris perſona incundam legitimæ rationem & conſequenter ex comparatione duntaxat eius portionis quam ab inteſtato habitura eſſet mater ſi cum fratribus ſuccederet. Tertiam igitur tertiæ non totius hereditatis deberi matri certum eſt: non ſecus acſi in ea tertia parte tota defuncti hereditas conſiſteret. Nã quod ad reliquam beſſem attinet qui ab inteſtato ad fratres peruenturus eſſet, non magis ratio vlla eius habenda eſt ad legitimam matris augendam quàm ſi eſſet extra hereditatem. Cùm ſi extra portionem matris hereditariam, quæ ſola inducit iuſtam legitimæ computationem. Tot enim hereditates hac parte eſſe intelligũtur, quot eſſent portiones hereditariæ ab inteſtato. Alioqui ſi verum eſt quod nos diximus, fratrum quoque legitimam auctam eſſe ad ſemiſſem vſque ſi plures quàm quatuor fratres ſint, ſequeretur perinde matris legitimam hoc caſu ſemiſſem eſſe debere ſi fratrum qui cum matre ab inteſtato ſucceſſuri eſſent perſonas numerare oportet ad legitimã matris conſtituendam. Quod tamen nemo vnquã dicere auſus eſt, quoniam ſcilicet honeſto herede inſtituto neque de fratribus, neque de eorum legitima quærendum eſt ad incundam legitimæ maternæ computationem, niſi vt tantò minor illa ſit, quia & ab inteſtato pars eius hereditaria propter concurſum fratrum minor eſſet. Et hãc *Bartoli* ſententiam, quã nos probamus, ſecuriorẽ eſſe fatetur *Caſtrenſis*, motus tamen, quod interpretibus ferè ſẽper euenit, etiam cùm rectè ſentiunt. falſa ratione. Ait † enim
13 fratris præteritionẽ haberi pro exheredatione, exheredationem verò neque lucroſam neque damnoſam aliis eſſe oportere propterea quòd eius qui alium exheredat voluntas illa ſit quemadmodum diximus, vt heredi tantùm non etiam ceteris proſit. Hæc namque ratio in iis demum perſonis locum ſibi vindicat, quas aut inſtitui aut exheredari neceſſe eſt, hoc eſt quæ ſi non eſſent exheredatæ heredes eſſe viderentur: quod contigit quoties de liberis agitur, ſiue pater, ſiue mater teſtamentum feciſſe proponatur. Nam cùm parentum vtriuſque ſexus hereditas liberis debeatur ex parentum ipſorum voto, nulla hac parte differentia vnquam fuit inter patrem & matrem, niſi quod pater liberos nonniſi nominatim exheredare potuit, mater verò non ſolùm inter cæteros exheredare potuit olim, ſed etiamſi non exheredaſſet, præteriiſſe ſufficiat, vt exheredaſſe crederetur, nimirum, quia patres habent ſuos heredes, fœminæ non item: *l.* 4. §. *ad*
14 *teſtamenta. D. de bonor. poſſeſſ. contra tab.* At † fratrum hereditas fratribus non debetur neque ex voto, neque ex ratione naturali, neque intuitu miſerationis & pietatis, ſed quia nihil eſt quod melius dici poſſit cùm frater fratri ſit agnatus proximus, quódque ita poſito iure vt agnatus proximus agnati familiam habere debeat, exiſtimandus ſit frater qui inteſtatus moritur tacito quodam iudicio, fratrem ſcribere ſibi heredem *l.* 3. §. 1. *l conficiuntur* 8. *D. de iur. codicil.* Proinde non cogitur frater fratrem inſtituere aut exheredare, niſi vno illo caſu quo turpem perſonam heredem habere malit, quod ſanè non impunè permittendum illi eſt: Imò nec preteriti vnquam in iure noſtro dicuntur, niſi ij demum qui aut inſtitui debuerunt aut exheredari: & conſequenter non eſt cur † præteritionem fratris honeſto herede inſti- 15
tuto, pro exheredatione habeamus aut exheredationi comparemus: quaſi verò frater, qui fratribus præteritis inſtituit extrancum, id animo agitauerit, vt heredem ſuum faceret tantò locupletiorem, quomodo agitat parens qui filium ſuum ſiue expreſsè ſiue tacitè exheredat, ac non potiùs vt heredem ſibi eligat, perinde ac ſi fratres nullos haberet, quibus vtique nihil debet, dummodò perſonam eligat honeſtam, non turpem: in
matre † ſanè id verum eſt eam à filio præteritam hoc 16
ipſo haberi pro exheredata, quia filius matrem inſtituere cogitur aut exheredare, adeò vt nominatim quoque exheredanda hodie ſit, ſicut & mater filium nominatim inſtituere aut exheredare cogitur ex Iuſtiniani *Nou.* 115. §. *aliud quoque capitulum*, nec ſolùm nominatim in neceſſarium antecedens, ſed etiam ſic inſerta cauſſa exheredationis vt dubitari non poſſit, quin voluerit mater habere filium pro exheredato. Illud probabilius forſaſſe tantari poſſet ex Caſtrenſis ratione. Si fratres præteriti habentur pro exheredatis, mater autem quæ in aliquo inſtituta eſt, pro herede, proficere matri debere tacitam fratrum exheredationem. Sed non ita eſt: vni-
uerſali † enim heredi prodeſſe ſolet exheredatio, non 17
ſingulari, qualis ille eſt qui ex re certa inſtitutus fuit. Deinde etiamſi maximè verum eſſet, quod vult ille, fratres præteritos exheredatorum iure cenſendos eſſe, ne tamen ideò matris legitimam augeri oporteret tanquam ex tacita teſtatoris voluntate, illud obſtaret quòd ipſa quoq; perinde præteriri olim potuerit atque fratres defuncti, & ita videri exheredata, hodie verò etſi nominatim inſtituenda eſt aut exheredanda, vt diximus, ſi tamen in minima quantitate pecuniæ ſit inſtituta, non poteſt ea inſtitutio facere quin à reliqua tota hereditate protſus exheredata cenſeatur, quandoquidem voluntas teſtatoris quæ ex teſtamento colligitur, non poteſt alia argui, quàm quæ ex teſtamento ipſo probatur, & quatenus teſtamenti verba patiuntur. Et quamuis Iuſtiniani conſti-
tutione in *l. omnimodo* 30. *C. de inoff. teſt.* liceat † matri 18
agere ad ſupplementum legitimæ non aliter quàm ſi tota legitima teſtamento data eſſet Attamen in computanda ea legitima, idem omnino ſeruandum eſt quod ſeruaretur ſi querelæ locus ſuperteſſet, id eſt non maius ſupplementum petere mater poteſt quàm quanta eſſe legitima deberet ex iuris veteris ratione ad querelam inofficioſi teſtamenti excludendam. Quanta autem legitima eſſe deberet? Nimirum quadrans aut ſi mauis ex nouiſſima Iuſtiniani lege triens trientis. Nam à reliqua hereditate potuiſſet mater impunè nullaque inſerta cauſſa exheredari, & hoc ipſo quòd præterita fuiſſet, habita eſſet pro exheredata, nec querelæ cauſſam habuiſſet ſi modò legitimam portionem legati alióve titulo accepiſſet: quia tacita fratrum exheredatio non potuiſſet ei prodeſſe quæ ipſa quoque exheredata reperiretur. Ergo eadem ratione dicendum eſt quòd hodie inſtituta ex numo agere poteſt ad ſupplementum, acſi in tota legitima eſſet inſtituta, facere non debere vt plus conſequi debeat legitimæ nomine, quàm ſi aut expreſsè aut tacitè exheredata eſſet ſupra eam portionem quam alioquin ei relinqui oporteret ne conqueri de inofficioſo poſſet. Nec ei prodeſſe quòd fratres præteriti pro exheredatis habeantur, quando & ipſa quoque licèt inſtituta in aliquo, à toto reliquo exheredata intelligatur. Maximè cùm ſoleant hodie teſtatores ferè omnes expreſſim prohibere ne quid amplius petere poſſint ij quos non niſi ex re certa volunt inſtituros quod & iam ipſis *Bartoli* temporibus in vſu fuiſſe apparet ex eius diſputatione.

ERROR

ERROR V.

De iure adcreſcendi quod heredi ex certa re inſtituto accommodatur.

SVMMARIA.

1 *Cur velint interpretes legitimam inſtitutionis titulo relinquendam eſſe.*
2 *Qui ex re certa inſtitutus eſt, alio ex aſſe ſcripto herede legatarij, non heredis loco eſt, quamuis reclamante Bartolo.*
3 *Diſtinctio Bartoli à ratione aliena.*
4 *Inſtitutus ex re certa quàm multis modis differat ab herede vniuerſali.*
5 *Inter inſtitutum in re certa & heredem vniuerſalem non poteſt locus eſſe iuri adcreſcendi. & n. 9.*
6 *Sententiam l. 1. §. ſi ex fundo. D. de hered. inſtit. Bartolo non fauere.*
7 *Vera lectio l. 10. D. de hered. inſtit.*
8 *Qui ex re certa inſtitutus eſt nullo coherede dato, hereditatem obtinet.*
10 *Error interpp. & pragmat putantium filium qui in legitima inſtitutus eſt, alio herede ex aſſe ſcripto, non ſolum excludi à querela inofficioſi ſed etiam rite inſtitutum videri, vt teſtamentum valeat.*

1 INterpretes noſtri † cùm legitimam portionem inſtitutionis titulo relinquendam eſſe volunt, eam potiſſimùm rationem adferunt, quòd inſtitutionis titulus non ſolùm honorabilior ſit propter nomen heredis, ſed etiam vtilior & commodior, ſiue quod heres ex re certa inſtitutus poſſeſſionem eius rei propria autoritate occupare poſſit, nec expectata heredis voluntate citra metum interdicti. *Quod legatorum.* Siue propterea quòd habere poſſit ille ius adcreſcendi ſi fortè contingat ab herede ex aſſe ſcripto repudiari hereditatem. De iure adcreſcendi nunc dicemus, dicturi capite ſequenti de interdicto. Iam prædiximus *Decade ſuperiore* ſuſpectam nobis videri, & falſam hanc interpretum & pragmaticorum traditionem.
2 Qui enim ex re certa † inſtitutus eſt, alio ex aſſe adſcripto herede legatarij non heredis loco eſt *l. quoties* 13. *C. de hered. inſt.* propter eas rationes quas nos eo capite adduximus, vnde & peti volumus ne hîc repetamus. Et quamuis *Bart.* ad *d. l. quoties* ſcripſerit neque heredis neque legatarij iure abſolutè eum cenſeri, ſed tertiam ſpeciem quandam conſtituere heredis ex certa re ſcripti, ea tamen diſtinctio nulla lege, nullâque ratione probabilis
3 eſt, ſicut nec quod † ille ibidem ſubiicit inſtitutionem ex re certa naturam habere legati quod ad rem ipſam attinet, heredem tamen ex re certa haberi pro herede ratione iuris quod ſibi competit ob inſtitutionem. Nam cum heredem faciat hereditas, quemadmodum & legatum facit legatarium, apparet in huiuſmodi reb. perſonæ ius non niſi ex qualitate rei æſtimandum eſſe, ideóque fieri non poſſe vt ſi inſtitutio ex re certa legati iure cenſenda eſt, inſtitutus ex re certa pro legatario non habeatur. Quòd ſi pro legatario habetur, ergo non pro herede, quia toto genere differunt heres & legatarius. In-
4 de illud eſt quod inſtitutus † ex re certa tranſmittit ad heredem commodum inſtitutionis etiam non agnitæ, vt *Bart.* quoq. fatetur, quia & legatum non agnitum trãſmitteret, dummodò legati dies vtiliter ceſſiſſet, *l. 1. & tot. tit. quand. dies leg. vel fideic. ced. D.* & *c.* Falcidiam quoque patitur aliorum legatariorum exemplo, *l. ex facto* 35. *ff. de hered. inſt.* Creditoribus hereditariis non tenetur quia nec alij legatarij tenentur. Non habet beneficium nouæ legis quæ de edicto Diui Hadriani tollendo à Iuſtiniano lata eſt, & de mittendo ſtatim herede in poſſeſſionem bonorum defuncti, *l. vlt. C. de edict. Diui Hadr. toll.* ſicut nec conſuetudinariæ illius poſſeſſionis quæ à defuncto in heredem ipſo iure continuata intelligitur, quia non legatariis ſed heredib. ſolis huiuſmodi beneficia & priuilegia competunt. Sed & rupto ex cauſſa præteritionis vel exheredationis aut irrito facto teſtamento conſtat inſtitutiones ex re certa non cerruere, quoniam & legata conſeruantur ex Iuſtiniani conſtitutione in *Authent. ex cauſſa, C. de liber. prater.* licèt corruant inſtitutiones. Quæ cum ita ſint, prorſus conſequens eſt, vt inter inſtitutum
† ex re certa & heredem vniuerſalem non poſſit locus 5
eſſe iuri adcreſcendi, ſicut nec inter heredem & legatarium eſſe poteſt quia ſuccedunt ex diuerſo iure *l. ſed eum patrono* 7. *ff. de bon. poſſeſſ. l. ſi ſub conditione* 16. *D. de quib. mod. vſufr. amitt.* Neque verò quicquam eſt in quo poſſit *Bart.* dicere inſtitutum ex re certa loco heredis haberi, niſi hoc ipſum de quo diſputamus. i. quod attinet ad ius adcreſcendi. ſ. vt repudiante vel ante aditionem decedente herede vniuerſali inſtitutus ex re certa fiat heres ex aſſe, nec tamen trãſmittat in heredem ius illud adcreſcendi citra agnitionem, quia in eo, inquit *Bart.* ſapit naturam vniuerſalis inſtitutionis. Atqui cum vtrumque probandum eſſet (nos. n. vtrumque negamus & ius adcreſcendi vllum competere & ad heredem quantũcumq; præcedente agnitione trahſmitti poſſe) neutrum tamen *Bart.* probat, nec quiſquam ex iis qui *Bartolum* ſequuntur. Nec illud rurſum quod idem *Bart.* ſubiungit. Ex inſtitutione in re certa confirmari tabulas pupillares, nedum principale teſtamentum: quod vtrumque nos ſimiliter negamus. Vnus tantũ iuris locus eſt, qui cæteróſque omnes interpretes fefellit. Is eſt † in *l. 1. §. ſi ex fundo.* 6
D. de hered. inſt. vbi tamen nihil aliud Vlp. ſcribit, niſi quòd ex fundo fuerit aliquis ſolus inſtitutus, valet inſtitutio detracta fundi mentione. Quod nos ſanè vtro fateremur vel tacente Vlpiano, quia cum ex aſſe nullus heres ſcriptus eſt, non poteſt fieri vt qui ex re certa inſtitutus fuit legatarij loco habeatur: quando nec legatum valeret nullo herede ſcripto: Nam & ſi duo ſint heredes inſtituti, vnus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex beſſe eiuſdem fundi, ſequimur expeditiſſimam Celſi & Sabini ſententiam vt detracta fundi mentione quaſi ſine partibus heredes ſcripti hereditate potiãtur, ſi modò voluntas patrisfamilias manifeſtiſſimè non refragetur, vt idem Vlp. tractat in *l. quoties* 9. §. *ſi duo. eo. tit.* cui non valde diſſimile eſt quod in *l. ſeq.* Paulus ſcribit, ſi alterius atque alterius fundi pro partibus quis heredes inſtituerit.
ſic †. n. legendum eſt (non vt volgò malè *pro æquis partib.*) 7
perinde habendum eſſe quaſi non adiectis partib. heredes ſcripti eſſẽt, aut potiùs, vt in fine legis ſcriptũ eſt, acſi teſtator neque fundũ neque partes nominaſſet, quanquam longè aliam eius loci lectionẽ & ſententiã eſſe arbitror, de qua dicemus *lib. 17. Coniectur.* Nunc enim nil neceſſe eſt ne ab inſtituta diſputatione longiùs aberremus. Sufficiat indicaſſe. Denique illud fatemur quod aperti oribus verbis Papinianus ſcribit in *l. coheredi* 4. §. *vlt. D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* eum qui † ex re certa inſtitutus 8
eſt nullo coherede dato bonorum omnium hereditatem obtinere. At nos non de illo nunc diſputamus, ſed de eo qui è contratio ſit inſtitutus ex re certa, alio ex aſſe ſcripto. Non enim de iure adcreſcendi niſi inter duos quæri poteſt. Hoc verò caſu ſiue heres † ille ex aſſe 9
ſcriptus hereditatem repudiauerit, ſiue ante agnitam hereditatem deceſſerit, nego ius adcreſcendi habere eum, qui nonniſi ex certa re inſtitutus eſt, vt heres ex aſſe fiat, quia vt dixi, ſemper & iam inde ab initio, id eſt ex quo teſtamentum factum eſt, cœpit ille haberi loco legatarij, nunquam heredis: non enim ſecuta aditio illius qui ex aſſe ſcriptus fuit, efficit vt ex re certa inſtitutum pro legatario haberi oporteat, ſed neceſſaria ratio iuris adeóque voluntas teſtatoris qui vtique non niſi accommodatè ad iuris rationem teſtari velle creditur, quando nec aliter velle poſſet: Cui potrò rationi iuris locus fit ex eo primùm inſtanti

quo teſtator heredem ex aſſe ſcripſit, nec aditionis tempus in eam rem expectandum eſt. Nam cùm fieri nequeat vt duo ſint heredes ex aſſe, nec videatur teſtator tranſiiſſe ad dupondium niſi cùm expleto primo aſſe ſecundum aſſem attigit, id eſt, aliquam ſecundi aſſis vnciam adſcripſit (quod non fit per inſtitutionem ex re certa, quoniam as ex vnciis conſtat, non ex rebus certis & ſingulis) conſequens eſt vt qui ex re certa ſcriptus eſt, iaminde ab eo inſtanti cenſeatur iure legatarij, obſtante iuris ratione ne heres vllo modo, aut vlla ex parte, vel vlla ex re videri poſſit. Alioqui eueniret, vt in certa illa re duo eſſent heredes & domini in ſolidum, quia non ſicut legatum, ita & inſtitutio ex re certa dici poteſt delibatio hereditatis, niſi hoc priùs admiſſo vt legati iure cenſeatur, quemadmodum ſupradicto loco à nobis fuſiùs diſputatum eſt. Vbi etiam, & ex iiſdem rationibus probauimus quàm falſum ſit quod interpretes & pragmatici omnes volunt, filium qui in legitima heres inſtitutus ſit, alio herede ex aſſe ſcripto, non ſolùm excludi à querela inofficioſi teſtamenti, ſed etiam ſatis ritè inſtitutum videri vt teſtamentum valeat. Fateor equidem teſtamento ſubſiſtente excludi eum à querela ob inſtitutionem in certa re factam, quia & per legatum excluderetur, cùm nulla Iuſtiniani aut alterius Imperatoris lege derogatum ſit hac parte iuri veteri, quo cautum erat vt quoquo relicti titulo legitimam datam fuiſſe ſatis eſſet, Sed nego valere teſtamentum in quo filius neque heres, neque exheres ſcriptus ſit, tametſi dodrantem, ſi voles, hereditatis habeat ex rei certæ inſtitutione, ideóque contendo neceſſarium iam olim fuiſſe vt ex aliqua aſſis parte inſtitueretur vel exheredaretur, *l. inter cætera 30. de liber. & poſthum.* Hodie verò hoc plus eſſe ex Iuſtiniani *Nouell. 115. §. aliud quoque capitulum*, quòd ſi inſtitutus non ſit, non ſufficit vt quomodolibet ſit exheredatus etiamſi legitimam integram habeat, ſed exheredationi cauſſa inſerenda eſt & quidem iuſta vt teſtamentum vires habeat, adeóque probanda per heredem, ne alioqui teſtamentum, quod ab initio valuit, in eo ſit vt per querelam in officioſi teſtamenti reſcindi poſſit. Hunc enim nouæ conſtitutionis ſenſum eſſe iam docuimus.

ERROR VI.

De inſtituto ex re certa poſſeſſionem eius rei occupante propria autoritate.

SVMMARIA.

1 *Interdicti* Quod legatorum, *quæ fuerit ratio.*
2 *Ad quæ legata pertinuerit.*
3 *Cur ad fideicommiſſa olim non pertinet.*
4 *Cur inſtitutus ex re certa ſi poſſeſſionem eius rei propria autoritate occuparet, non teneretur interdicto quod legatorum: nec etiam hodie teneatur.*
5 *Reijcitur ſententia Bartoli & aliorum qui cenſent ex inſtitutione in re certa, alio herede adſcripto, confirmari teſtamentum, ita vt non expectata heredis aditione poſſit qui ita inſtitutus eſt rem capere.*

1 INterdicti † *Quod legatorum*, edicto Prætoris proponendi ratio illa fuit, quòd inciuile videretur permitti legatario vt ſibi ipſi ius diceret, reique ſibi legatæ licèt iam ſuæ poſſeſſionem propria autoritate & inconſulto herede nanciſceretur: ideóque nec interdicto locus eſt, ſi ex heredis qualiquali voluntate poſſeſſio illa occupata probetur: multo minùs verò ſi teſtatoris voluntas illa fuerit, vt ius haberet legatarius nanciſcendæ propria autoritate poſſeſſionis. voluntatem enim teſtatoris in omnibus ſeruandam eſſe conuenit. Vnde fiebat vt ſi per vindicationem, aut per præceptionem, aut per ſinendi modum legatum fuiſſet, interdicto locus eſſe non poſſet, quia verba illa quibus in eam rem teſtatores vti ſolebant, *Capito, præcipito, Heres ſinito habere*, & ſimilia non obſcuram hanc teſtatoris mentem præ ſe ferebant. Pertinebat † igitur interdictum illud ad ea 2
duntaxat legata quæ per damnationem relicta erant, quorum vſus erat frequentior, & quorum naturam cæteris omnibus legati generibus inditam voluit Iuſtinianus hac parte, vt per manus heredis legata omnia quibuſcunque tandem verbis teſtator vſus ſit, præſtentur ab herede, & per manus heredis. De quo tam multa ſcripſimus *lib. Comiett. cap. 1. & 2.* vt hîc pluribus agere pretium operæ eſſe non arbitremur. Illud addendum eſt quod nemo fortaſſis obſeruauit, non pertinuiſſe interdictum † illud ad fideicommiſſa, ſed tantùm ad legata 3
vt ex primis interdicti verbis apparet. An quod fideicommiſſarij cauſſa fauorabilior videretur, vt ei licere deberet ius ſibi dicere in occupãda rei fideicõmiſſæ poſſeſſione? Minimè, Minus enim iuris acquirebatur fideicõmiſſario ex fideicommiſſo, quàm legatario ex legato, erántque fideicommiſſa ſimiliora legatis per damnationem, quàm cæteris, ideóque vt plurimùm ſolebant teſtatores fideicommiſſi verbis legata per damnationem confirmare, vt ex iuris noſtri locis penè innumeris colligi poteſt. Sed quia non ſicut ex cauſſa legati transferebatur dominium rei legatæ recta via à teſtatore in legatarium *l. à Titio 64. de furt. l. legatum 80. de leg. 2.* Ita & in fideicommiſſarium ex fideicommiſſo, propterea quòd lex duodecim tabularum quæ legata non ſolùm confirmauerat, ſed etiam induxerat iis verbis *Paterfamilias vti ſuper ſua re legaſſit, ita ius eſto*, de fideicommiſſis nihil locuta fuerat. Ex quo illud etiam eueniebat vt ſecuta quoque traditione ex cauſſa fideicommiſſi dominium tamen non eo magis fideicommiſſario acquireretur, ſed poſſeſſio duntaxat *l. 3. D. ſi vſufr. petet.* quia ſcilicet numquam nuda traditio transfert dominium, ſed ea demum quæ iuſtam & legitimã cauſſam habet *l. nunquam nuda. 20. D. de acquirend rer. domin.* id eſt iure ciuili cognitum & approbatum. Fideicommiſſa autem ſiue vniuerſalia ſiue ſingularia nullo iuris vinculo, ſed ſolius prætoris fideicommiſſarij auxilio defenduntur. Proinde ſi fideicommiſſarius propria autoritate occupaſſet rem ſibi ex fideicommiſſo debitam, poterat heres eam rem ab illo auferre propoſita vindicatione quæ domino datur contra quemlibet poſſeſſorem: nec egebat interdicto & auxilio prætoris cùm pleniore ciuilis & ordinariæ actionis remedio ſatis ei cautum eſſet. At non ſimiliter contra legatarium qui in legato pro pria autoritate occupando ſibi ius dixiſſet poterat heres vindicationem exercere, quandoquidem non heres, ſed legatarius ipſe dominus erat rei legatæ, etiamſi poſſeſſio ipſa legati adhuc penes heredem eſſet. Fuit itaque neceſſarium auxilium prætoris vt heredi aduerſus legatarij audaciam ſubueniretur: præſertim ſi aliunde intereſſet heredis, vt puta propter falcidiam, cuius ex legatis non modò deducendæ, ſed etiam retinendæ ius haberet. Hodie igitur redactis fideicommiſſis ad inſtar legatorum, maximè ex Iuſtiniani conſtitutionibus, ſicuti dubitandum non eſt quin fideicommiſſi dominium exemplo legatorum tranſeat rectâ viâ à teſtatore in fideicommiſſarium. Ita fateri oportet interdictum illud, Quod legatorũ, non minùs ad fideicõmiſſa quàm ad legata pertinere. His præmiſſis difficile nõ eſt intelligere quid iuris olim fuerit in herede ex re certa inſtituto. Nam † 4
etiáſi heres nullomodo ſit alio herede ex aſſe aut ex aſſis parte aliqua ſcripto, fieri tamen non poteſt vt minùs iuris habuerit olim quàm is cui per præceptionem aut per vindicationem, aut ſinendi modo legatum eſſet. Ideóque, meo iudicio, non poterat teneri interdicto Quod legatorum, ſi rei ſibi relictæ ſub inſtitutionis nomine poſſeſſionem propria autoritate occupaſſet,

vt

vt & inſtitutionis & heredis nomen ipſi haſtenus ſaltem prodeſſet ne ab alio poſſeſſionem petere cogeretur, quam nec heres ab alio accipere ſolet aut poteſt quàm à ſeipſo. Sed tamen non recte ex eo inferas, quod interpretibus placet, haberi eum hac parte pro herede, cùm & in aliis pleriſque legatariis qui vtique nullo caſu heredes videri poterant idem obtineret. At cùm hodie legatis omnibus quocumque tandem modo relicta fuerint, vt diximus, commune illud ſit vt per manus heredis præſtari debeant, ne alioqui locus fiat interdicto, dubitari magis poteſt idémne hodie obtineat in inſtitutione facta ex re certa, an verò illud ex iure vetere ſuperſit, vt liceat inſtituto propria autoritate poſſeſſionem illius rei occupare. Magiſque eſſe arbitror vt debeat licere, non quaſi hodie potiùs quàm olim haberi debeat pro herede is qui ex re certa inſtitutus eſt, ſed quia poſt omnes quoque Iuſtiniani conſtitutiones perinde hodie verum eſt ac olim fuit, poſſe fieri ex voluntate teſtatoris vel legatarius non expectata heredis voluntate occupet rem legatam. Ea verò voluntas teſtatoris videtur mihi ſatis aperta cùm aliquem heredem inſtituit ex re certa, longéque apertior, quàm ſi per vindicationem aut per præceptionem, aut per ſinendi modum leget, quia, vt dictum eſt, ipſum heredis & inſtitutionis nomen hoc ſonat vt propria autoritate occupari res poſſit. Sed non vſque adeò *Bartolo* † cæteriſque interpretibus & pragmaticis blandiri poſſum, vt velim admittere, ex huiuſmodi inſtitutione quæ facta ſit in re certa alio herede adſcripto confirmari teſtamentum, ita vt liceat ei qui ſic inſtitutus eſt rem capere, non expectata heredis aditione. Nam ſi verum eſt, vt eſt, quod nos toties inculcauimus, hunc ex re certa inſtitutum legatarij iure in omnibus cenſeri, non magis certè fieri poteſt vt agnitione talis inſtitutionis confirmet teſtamentum, quàm ſi aliud quodlibet legatum agnoſceret vulgaribus legatorum verbis, & formulis relictum. Iuris enim regula eſt non adita ex teſtamento hereditate omnia corruere quæcumque teſtamento continentur, *l. ea quæ* 14. *C. de fideicomm.* Ergo & inſtitutiones ſingulares, ex quibus nimirum non magis quàm ex legato aditi hereditas poteſt. Delatio enim vt aditionem præcedat neceſſe eſt, *l. delata* 151. *de verborum ſignificat.* Nemo autem dixerit deferri hereditatem à teſtatore aut à lege ei qui non niſi ex re certa inſtitutus eſt, alio herede ſcripto, ex aſſe aut ex aliqua aſſis parte, ſiue poſtea heres ille repudiauerit hereditatem, ſiue ante aditam eam deceſſerit. Quòd enim ex aſſe aut ex aliqua aſſis parte ſcriptus fuit, ſufficit vt appareat teſtatorem cùm alium ex re certa inſtitueret non cogitaſſe de hereditate ei deferenda quam vtique duobus in ſolidum eodem tempore deferre non potuit, ſed tantùm per viam ſubſtitutionis pluribus heredum gradibus conſtitutis. Porrò cui teſtator hereditatem non detulit, neque lex vnquam defert ex teſtamento: quoniam legis poteſtas hac parte in eo tantùm elucet, vt teſtatoris voluntatem adiuuet atque confirmet: Abſurdum igitur eſt dicere inſtitutum ex re certa ius habere agnoſcendæ inſtitutionis eiuſmodi non adita per heredem vniuerſalem hereditate: illud verò abſurdius exiſtimare ex hac agnitione confirmari teſtamentum quaſi hereditate agnita per vnum ex heredibus, cui etiam inuito adcreſcere debeant cæterorum repudiantium vel præmorientium portiones. Denique & conſequenter illud abſurdiſſimum quod addunt, Eiuſmodi agnitione pupillares quoque tabulas confirmari. Neceſſe enim eſt vt principale teſtamentum confirmatum ſit priuſquam de pupillaribus tabulis tractari poſſit.

ERROR VII.

Si teſtator ius adcreſcendi ei prohibuerit quem ſolum ex certa re ſcripſit heredem nullo adſcripto coherede.

SVMMARIA.

1 *Error interp. putantium teſtatorem ius adcreſcendi ei prohibere poſſe quem ex certa reſcripſit heredem nullo adſcripto coherede.*
2 *Relati erroris confutatio, & ſeq.*
3 *Quæ faciant pro inſtituto ex certa re contra heredem legitimum.*
4 *Aduerſus errorem interpretum inducitur l. ſi ita quis. 74. D. de hered. inſtit. & ad eam reſponſiones Bartoli confutantur.*
5 *In ſpecie l. ſi quis priore 29. D. ad S.C. Trebell. inſtitutus ex re certa non eò minus ex toto aſſe ſcriptus intelligitur, quòd alij heredes ſint alio & priore teſtamento inſtituti: tametſi teſtator voluerit prius teſtamentum valere.*
6 *Ad l. ſi quis priore quorundam reſponſio, & eius refutatio.*
7 *Cur in d. leg. heredes priore teſtamento ſcripti nullum ius habeant in hereditate, niſi vt eam ex fideicommiſſo poſſint petere.*
8 *Herede ex certa re ſic inſtituto, vt tamen prohibitus ſit ſuccedere in reliqua hereditate fauore legitimi heredis, an huic ius ſit petenda ex fideicommiſſo hereditatis.*
9 *Quæ ſit dubitandi cauſſa in d. l. ſi quis priore.*
10 *Quæ item dicendi ratio.*
11 *d. leg. à Triboniano videri interpolatam.*
12 *Accurſiana d. leg. interpretatio reiecta.*
13 *Errorem num. 1. propoſitum non rectè à Bartolo adſtrui ex l. ſi Titius 16. D. de condit. inſt. & quæ ſit d. l. vera ſententia.*
14 *Bartolum non eſſe aſſecutum veram ſententiam l. quoties. 9. §. ſi duo. D. de hered. inſtit. eáque abusi ad ſuum errorem ſtabiliendum.*
15 *d. l. quoties. 9. ad Triboniani interpolatam eſſe, aut aliquo inepto interprete.*
16 *Poſtrema Bartoli ratio deducta ex l. pen. D. de iniuſt. rupt. & l. ſi poſthumus. 15. de lib. & poſt. refertur & refellitur.*
17 *Baldi diſtinctio in quæſtione an teſtator poſſit prohibere ius adcreſcendi heredi inſtituto in certa re, & eius reiectio.*

TAuent interpretes plus æquo heredi ex certa re inſtituto cùm haberi eum volunt in quibuſdam pro herede, qui tamen in omnibus habendus eſt pro legatario, quoties alius heres aut ex aſſe, aut ex aliqua aſſis parte adſcriptus fuit. Iidem faciunt iniuriam heredi ex certa re inſtituto, cùm defendunt † poſſe ei prohiberi ius adcreſcendi à teſtatore, tum etiam cùm nullus illis coheres datus eſt, id eſt, poſſe teſtatorem facere vt is quem ex re certa heredem ſcribit, non ſolùm ex aſſe heres non ſit, ſed ne quidem ex ea ipſa re in qua ſcriptus fuit. Sic enim *Bartolus ad l. quoties 9. §. ſi duo D. de hered. inſtit.* cuius ſententiam licèt non omnibus probatam plures tamen & frequentiore calculo interpretes ſequuntur, ego probare nullomodo poſſum. Non † enim in teſtatoris facultate & arbitrio magis poſitum eſt, vt faciat ne qui heres ex fundo inſtitutus eſt nullo dato coherede, heres ſit in ſolidum, quàm vt prohibeat ne leges locum habeant in ſuo teſtamento, quod tamen certum

eſt facere eum non poſſe. *l.nemo poteſt 55 de leg.1.*Nam ſtatim atque heres quis ſcribitur ex certa re ab eo qui alium heredem aut ex aſſe aut ex aliqua aſſis parte, aut ſine parte & ſine re ſcribere non vult, ſuccedit poteſtas legis quæ ſicut teſtamenti faciendi heredíſque ſcribendi ius concedit, in eámque rem inducit hereditatem per quam heres fieri quis poſſit, ita fundi mentionem detrahit ex inſtitutione, vt eâ detractâ remaneat inſtitutio ſine re & ſine parte,ac proinde vniuerſalis *l.prima, §.ſi ex fundo & dict. §. ſi duo l.9. de hered.inſtit.* Sublata autem fundi mentione, & quidem ipſo iure, ſolâque legis poteſtate, apparet nihil omnino referre an ita teſtator ſcribat *Titius heres eſto, ſed ita tamen vt nihil præter fundum Tuſculanum petere poſſit*, an ita potius *Titius heres eſto ex fundo Corneliano, ita tamen vt nihil iuris habeat in reliqua mea hereditate.* Atqui priore caſu negari non poteſt quin Titius ex aſſe ſcriptus ſit: nec adiectio illa, *Sed ita tamen vt nihil præter fundum Tuſculanum petere poſſit*, vires vllas habet ad vniuerſalem illam inſtitutionem euertendam aut labefactandam. Melius enim eſt vt adiectio illa vitietur, quàm vt inſtitutio corruat quæ ſubſiſtere commodè poteſt. Quis enim credat teſtatorem qui accedit ad factionem teſtamenti, eo animo accedere vt nihil agat, aut legum auxilium implorari ſine quibus teſtari non poſſet, vt contrà quàm leges ferant teſtetur? ac non potiùs vt heredem ſibi eligat ex teſtamento, ne ab inteſtato habeat eos quos alioquin lex datura eſſet? Nam quid obſecro apertius, ſi non ex iure tantùm, ſed ex mente etiam teſtatoris diiudicanda res eſt, quàm eum qui teſtatur, heredémque ſcribit extraneum vel in minima re hereditaria nolle ſucceſſionem inteſtati locum habere? Ex qua ſcilicet futurum eſſet vt inuito patrefamilias heres legitimus cum vniuerſa hereditate haberet etiam rem illam ex qua paterfamilias, teſtamento alium heredem habere voluiſſet. Nemo enim dubitat, quin nemini liceat facere quominus heres legitimus totum defuncti patrimonium conſequi debeat ſi modò ſucceſſioni inteſtati locus relinquatur: Cuius impediendæ & excludendæ gratia, vnum illud remedium ſupereſt, vt teſtamentum fiat per quod extraneus heres legitimo præferatur. Itaque quantumuis teſtator qui Titium heredem inſtituit ex fundo Corneliano prohibuerit ne ad Titium reliqua hereditas perueniret, adeóque expreſſa hac, ſi voles cauſsâ, *fauore agnati proximi quem in reliqua hereditate legitimum heredem habere velit*, æquè tamen aperta eſt ipſius voluntas, quòd nolit vniuerſam legitimam hereditatem ad agnatum proximum peruenire, ſed ab ea vniuerſitate excipi fundum Cornelianum, quem malit Titio acquiri, & quidem iure & titulo heredis, adeóque ex teſtamento, cùm ab inteſtato nullum ius habeat extraneus ſuccedendi cum proximo agnato. Cur ergo legitimo heredi magis faueamus vt cauſſa inteſtati trahat ad ſe cauſſam teſtati, quemadmodum *Bartolus* loquitur, quàm Titio heredi teſtamentatio vt legitima ſucceſſio per teſtamentum impediatur.

3 Vrget † enim pro Titio fauor teſtamenti qui ſemper maximus & præcipuus *l. ſi pars 10. D. de inoff. teſtam.* Vrget ratio iuris quæ heredem ſolum ex certa re inſtitutum pro herede vniuerſali habet. Vrget etiam illa iuris regula quæ non patitur vt ab inteſtato ſuccedatur, quandiu ex teſtamento ſuccedi poteſt, vrget denique voluntas teſtatoris, cui euidenter vim fieri neceſſe eſt ſi legitimæ ſucceſſioni locus fiat, quæ locum habere nullo modo poteſt quin legitimus heres vniuerſam hereditatem habeat, & conſequenter fundum Cornelianum, ex quo tamen Titium inſtituere teſtator voluit ob hoc ipſum ne ad legitimum heredem perueniret. Contrà verò, nihil pro legitimo herede vrget præter verba illa teſtatoris, quibus cauit, expreſsímque prohibuit ne Titio inſtituto ex fundo Corneliano reliqua hereditas adcreſceret. Igitur cum offendi teſtatoris voluntatem neceſſe ſit, ſiue pro Titio, ſiue pro legitimo herede reſpondeas, quid ſupereſt niſi vt curemus ne iuris rationem offendamus? quæ porrò ſi pro Titio reſpondebis, non offenditur; ſin pro legitimo herede, haud dubiè offenditur. Iuuátque maximè hanc noſtram ſententiam, † quod *in l. ſi ita quis 74. D. de hered.inſtit.* 4 Licinius Rufinus ſcribit ſi ita quis heres inſtitutus fuerit *excepto fundo*, aut *excepto vſufructu, Titius heres eſto* perinde eſſe iure ciuili atque ſi ſine ea re, id eſt ſine ea exceptione inſtitutus eſſet, ídque autoritate Galli Aquilij factum eſſe, nimirum quoniam alioqui fieri non poſſet vt teſtamentum valeret, quod vniuerſam defuncti hereditatem non complecteretur. In ea namque ſpecie ſicut & in illa de qua diſputamus, fit proculdubio contra voluntatem teſtatoris cùm heredi ſcripto eum quoque vſumfructum vel fundum damus quem ab vniuerſali inſtitutione exceptum eſſe teſtator expreſſim voluit. Quid enim refert ſiue iuris rationem, ſiue teſtatoris voluntatem intueare, an teſtator nolit contineri inſtitutione fundum aliquem hereditarium, an quicquid in hereditate eſt præter fundum? Nimíſque ſubtilis eſt *Bartolus*, cùm reſpondet, aliud eſſe excipi fundum ab inſtitutione vniuerſali vt non videatur conceſſus, aliud verò prohiberi fundum ne reliquæ hereditati adcreſcat. Nam ſi plus voluntati teſtatoris quàm iuris rationi tribuendum eſſet, an non abſurdum foret ac contra defuncti voluntatem ſi fundus ille daretur ei quem teſtator in tota hereditate excepto fundo inſtituiſſet? Et illa inſtitutio *heres eſto excepto fundo* an non hunc ſenſum habet *In fundo heres ne eſto, in reliqua hereditate heres eſto?* Nec ſubtilior meo iudicio, ſecunda eiuſdem Bartoli reſponſio, tametſi vulgò probata, diſtinguentis an ſimplex & vniuerſalis inſtitutio præceſſerit, & ſubſecuta ſit exceptio fundi, vt in *dict. l. ſi ita quis*, an verò præceſſerit datio rei certæ, & ſubſecuta ſit prohibitio & excluſio vniuerſalis vt in ea ſpecie de qua tractamus. Quaſi priore caſu heredi vniſali fundus à ſeipſo inutiliter ademptus videatur ex *l. ſed ſi conditioni 6.§.vltim.eod. tit. D. hered.inſtit.* Poſteriore verò non poſſit videri ademptum, quod numquam fuit datum. Nam vt taceam verba illa *excepto fundo* non ademptionis verba eſſe, ſed exceptionis, cuius ea vis eſt vt faciat ne quod excipitur ab vniuerſali diſpoſitione, in ea contineri videatur: Admittamus quod vult *Bartolus*, & in propoſito verum eſt, iis verbis *excepto fundo* fundum heredi ademptum intelligi, propterea quòd fieri non poterat vt vniuerſali inſtitutione fundus ille non contineretur, vel inuito teſtatore, dico idem prorſus euenire illo etiam caſu quo quis ex fundo tantùm inſtitutus ſolus, & amplius quicquã petere veritus proponatur. Nam cùm lex fundi mentionem detrahat ſtatim atque heres quis ſcribitur ex certa re ab eo qui alium ex teſtamento heredem habere non vult, vt iam dictum eſt, relinquitur neceſſario vt qui ex fundo inſtitutus eſt in tota hereditate inſtitutus intelligatur, adeóque inuito teſtatore: quoniam & inuito eo fundus ille ad legitimum heredem peruenirет ſi ſucceſſioni legitimæ locus daretur. Conſequenter neceſſe eſt vt ſubſecuta illa prohibitione quicquam amplius ex hereditate Titius ſperaret, pro ademptione habeatur: quæ porrò non niſi inutiliter facta videri poteſt, cùm Titio nihil à ſeipſo adimi poſſit. Me illud etiam contra *Bartolum* valde mouet quòd ex Seueri & Antonini reſcripto ſcribit Marcianus in *l. ſi quis priore 29. D. ad S. C. Trebell.* Si quis priore facto teſtamento poſterius fecerit, nec niſi ex certis rebus in poſterioribus tabulis heredes inſtituerit, hoc etiam addito per expreſſa fideicommiſſi verba vt prius teſtamentum valeret, prius tamen teſtamentum ipſo iure ſublatum eſſe: nec aliud ius ſupereſſe iis qui priore ſcripti fuerant quàm petendi ex poſteriore fideicommiſſi: quo † ex loco apparet inſtitutum ex re certa non eo minùs ex toto aſſe ſcriptum 5

intelligi,

intelligi, quòd alij heredes ſint alio & priore teſtamento inſtituti: tametſi teſtator voluerit prius teſtamentum valere. Nam ſi voluntas illa teſtatoris iubentis prius teſtamentum ſubſiſtere non impedit quominùs ex ſecundo teſtamento heres ſit ſolus is qui ex certa re inſtitutus fuit, ſublato priore teſtamento per poſterius, quantò magis dicendum eſt nullo antea facto teſtamento inſtitutum ex re certa præferendum eſſe legitimo ſucceſſori, totámque hereditatem conſequi debere, licet teſtator declarauerit velle ſe vt in reliqua hereditate legitimus ſucceſſor ei præferretur? Nec enim eſt quod
6 † reſpondeas in ſpecie *d.l.ſi quis priore*, teſtatorem non niſi precariis & fideicommiſſi verbis voluiſſe vt prius teſtamentum valeret, & hoc ipſo videri totam hereditatem reliquiſſe heredi quem rogaret. Primùm enim negabo conſecutionem, quia potuit fideicommiſſum vtile eſſe in re illa ſingulari, quæ huic poſteriori heredi relinquebatur, tametſi non de tota hereditate reſtituenda teſtator ſenſiſſet, exiſtimans fortaſſe quòd ad excludendum à reliqua hereditate eum quem non niſi ex certa re ſcriberet, ſatis eſſet ſi prius teſtamentum valere iuberet. Deinde reſpondeo fuiſſe verba fideicommiſſi in eam rem neceſſaria, quia non fuit in teſtatoris poteſtate nouum heredem ſcribentis licèt ex re certa duntaxat, efficere quominùs prius teſtamentum ipſo iure ſublatum eſſet per poſterius, quo ſublato fieri non poterat vt alio quàm fideicommiſſi iure hereditas ad eos qui priore teſtamento ſcripti erant, perueniret. Idque ex eo apparet quòd ſi proponeres militem poſteriore teſtamento heredem ex certa re ſcripſiſſe, proculdubio non haberet heres ex teſtamento niſi rem illam, reliquum verò totum patrimonium ad heredem priore teſtamento ſcriptum pertineret, quia priuilegium militis inter cætera illud eſt vt poſſit decedere cum pluribus teſtamentis. Sed etſi poneres eundem militem poſteriore ſecundi teſtamenti parte iuſſiſſe vt prius teſtamentum valeret nullius fideicommiſſi verbis additis, non eſſet dubitandum quin hoc ipſo videretur receſſiſſe ab inſtitutione quam poſteriore teſtamento ſcripſiſſet, ſolúmque heredem illum haberet ex teſtamento & iure directo quem priore teſtamento inſtituiſſet, quaſi tertio facto teſtamento, per quod eſſet ſecundum reuocatum, quia voluntas quæque militis teſtamentum eſt *l.1. l. quærebatur* 19. *l. cum militis* 34. *in fin. teſtam. milit.* Ergo quod in *d l. ſi quis priore* (quæ de pagani teſta-
7 mento loquitur) heredes † priore teſtamento ſcripti nullum ius habent in hereditate niſi vt eam ex fideicommiſſo poſſint petere propter inſerta fideicommiſſi verba licèt teſtator voluerit prius teſtamentum valere non ex eo profecto ſcitur, quòd fideicommiſſi verbis voluntatem ſuam teſtator declarauerit, ſed quia nullius momenti ea voluntas eſt per quam prohibeatur qui ex certa re ſcriptus eſt ne in ſolidum heres ſit, quoniam eſt contra leges, ſolúmque fideicommiſſi remedium ſupereſt teſtatori qui ſecundo teſtamento heredem ex certa re ſcribit eum, quem tamen in tota hereditate ſucceſſorem habere nolit. Qua de cauſa, aut vt melius dicam, quo exemplo admitterem non illibenter in pro-
8 poſita † ſpecie, id eſt, herede ex certa re ſic inſtituto vt tamen prohibitus ſit fauore legitimi heredis ſuccedere in reliqua hereditate, ius eſſe legitimo heredi petendæ ex fideicommiſſo hereditatis aduerſus heredem ſcriptum, ſi cum interpretibus & pragmaticis poſſem mihi perſuadere, ad inducendum fideicommiſſum nulla fideicommiſſi verba neceſſaria eſſe, nudámque ſufficere coniecturam voluntatis, quod tamen falſum eſſe docuimus *lib. 14. Coniect. cap. 2.* & apparet euidenter ex *d. l. ſi quis priore*, in qua non ſufficeret proculdubio ad cauſſam inducendi fideicommiſſi, quòd teſtator poſterioribus tabulis priores valere iuſſiſſet, ſi verba fideicommiſſi nulla inſeruiſſet, niſi fortè quis putet plus iuris habere debere legitimum heredem quàm eum qui priore teſtamento ſcriptus fuit. Ad id ſanè dici non poteſt, non ſolùm quòd maior ſit fauor teſtamentariæ quàm legitimæ ſucceſſionis, ſed etiam quia tametſi ſolam teſtatoris voluntatem inſpicias, longè probabilius dubitari poteſt an qui herede prioribus tabulis ſcripto ex aſſe, alium heredem poſterioribus ſcribit, ex re certa, videatur in totum receſſiſſe à priore teſtamento, quàm vtrum is qui non niſi ex fundo inſtituit heredem, velit inteſtatus decedere in reliqua hereditate. Nam ſi de teſtatoris voluntate quantum fieri poteſt, coniiciendum eſt ex legum iuriſque ratione, fieri facilè poſſe vt qnis decedat cum duobus heredibus teſtamentariis, ac vt quis decedat pro parte teſtatus & pro parte inteſtatus, fieri nullomodo queat. Eáque nimirum dubitandi † 9
cauſſa erat in *d. l. ſi quis priore*, quòd ſicut inſtitutus ex re certa non heredis ſed legatarij loco habetur, quoties alius heres eodem teſtamento ſcriptus eſt *lege quoties* 13. *Cod. de hered inſtitut.* Ita dicendum videretur, alio ſcripto herede prioribus tabulis, eum qui poſterioribus ex re certa ſcriptus eſſet, non niſi rem illam habere ex
teſtamento debere. Sed decidendi † ratio fuit, quia non 10
quemadmodum poteſt quis decedere cum pluribus teſtamentariis heredibus, ita & cum pluribus teſtamentis, nec rurſus cum vno teſtamento: ita, vt qui ex certa re ſcriptus fuit in reliqua hereditate ſuccederu prohibeatur, quamuis iuberi poſſit vt vel reliquam hereditatem, vel etiam totam ex fideicommiſſo reſtituat heredibus priore teſtamento inſtitutis, ſicut & alij cuilibet, ſi modò idonea in eam rem fideicommiſſi verba vſurpata ſint, neque ſanè vt hoc addam, facilè poſſum intelligere quid ſibi velint poſtrema illa verba *dict. l. ſi quis priore*, *Et hoc ita intelligendum eſt ſi non aliquid ſpecialiter contrarium in ſecundo teſtamento fuerit ſcriptum*, vercórque † quod iam monui *lib. 5. Coniect. c. 19.* 11
ne non tam Marciani ſint quàm Triboniani, cui nihil familiarius eſt huiuſmodi exceptionibus, tum etiam cùm nullus talium exceptionum caſus aut vſus vtilis eſſe poteſt, vt à nobis non vno Coniecturarum noſtrarum loco demonſtratum eſt. Nam in ea ſpecie quam tractamus, id eſt cùm teſtator qui ſecundo teſtamento heredem ſcripſit ex re certa, iuſſit verbis fideicommiſſi vt prius teſtamentum valeret, fierine poteſt vt non totam hereditatem prioribus tabulis inſtituto heredi velit reſtitui, quin pugnantia & ſcribat & ſentiat? Quòd ſi vt *Bartoli* errorem tueare, malis ſic intelligere, vt poſſit teſtator prohibere, ne heres ſecundo teſtamento ſcriptus in re certa, ſit heres ex aſſe, non magis credam tibi aut Triboniano quàm *Bartolo* cùm liqueat mihi de contraria certiſſimáque iuris ratione. Nec magis probo interpretationem † *Accurſij* exiſtimantis eius clauſulæ 12
hunc eſſe ſenſum, vt ſi à generali confirmatione prioris teſtamenti excepta ſit res aliqua in eo teſtamento contenta prævaleat exceptio, aut vt ſi quid ſecundo teſtamento ademptum ſit quod relictum fuerat in primo, deinde primum generaliter confirmatum fuerit, prævaleat ademptio. Nihil enim commune habet is ſenſus cum præcedentibus, quibus tamen conſtat adaptandam eſſe exceptionem vt ſit accommodata. Mouetur † *Bartolus ex lege ſi Titius 16. D. de condic.* 13
inſtit. vbi ſcriptum eſt ita concepta inſtitutione *Si Titius heres erit Seius heres eſto, ſi Seius heres erit, Titius heres eſto* inutilem eſſe inſtitutionem cùm conditio non poſſit exiſtere propter repugnantiam, quaſi eadem repugnantia ſit, inquit Bartolus, cùm teſtator herede inſtituto Titio prohibet expreſſim ne quicquam ei ex reliqua hereditate adcreſcat. Sed ſunt iſta longè diſſimilia Nam in ſpecie *d. l. ſi Titius*, nihil eſt quod meliùs poſſit lex dicere vt inſtitutionem tueatur, cùm perplexitas ſit in perſona heredis nec quicquam legis interſit an Titius heres ſit an Seius. Vter enim heres eſſe debeat, dici non poteſt, cùm alterutrum duntaxat heredem eſſe teſtator voluerit: eam verò conditionem adſcripſerit

ſcripſerit quæ exiſtere non poſſit quin priùs alter heres ſit, quem tamen heredem eſſe teſtator noluit. Itaque non habet hic locum quod dici ſolet, ſub impoſſibili conditione factam inſtitutionem non vitiari *l. 1 cod. tit.* Tunc enim id obtinet cùm heredis perſona certa eſt, quæ tamen hic incerta eſt ob ipſam adſcriptę conditionis impoſſibilitatem, vt & in *d. l. quoties in princip.* ob repugnantem teſtatoris cum ſcripto voluntatem, vitiatur inſtitutio, licèt ea repugnantia in cæteris teſtamenti capitibus nihil obſtet quominus teſtatoris voluntas ſeruanda ſit. At cùm quis heredem ſcripſit ex re certa prohibito expreſſim iure adcreſcendi, habet lex aliquid melius quod dicat, quàm vt inſtitutionem vitiari patitur: nimirum vt ipſa prohibitio tanquam legibus planè contraria potiùs vitietur. Nam etſi lex pateretur vitiari inſtitutionem propter prohibitionis poteſtatem, eadem nihilominùs maneret repugnantia non modò iuris & voluntatis, ſed quæ longè fœdior & abſurdior eſt, ſolius ipſius voluntatis. Ita enim fieret, vt non ſolùm reliqua, ſed etiam tota hereditas ad legitimum ſucceſſorem perueniret, & conſequenter ille quoque fundus, in quo tamen heredem teſtamentarium habere teſtator voluit. Ideóque nihil cauſſæ eſt cur dicamus vitiari inſtitutionem propter contradictionem & repugnantiam, quæ eadem maneret etiam ab inteſtato. Quod non ſimiliter euenit in ſpecie *d. l. ſi Titius*, in qua poſt vitiatam inſtitutionem ex cauſſa repugnantiæ nihil impedit, quominus ab inteſtato ſuccedatur. At tolle prohibitionem illam iuris adcreſcendi vt conſerues inſtitutionem. Nulla repugnantia ſupereſt, & leges quæ teſtamenta confirmant, locum habent. Igitur prohibitio potiùs quàm inſtitutio vitianda eſt, cùm alterutram duntaxat vitiari oporteat. Nam ſi vtramque vitiari diceres ne quid fieret contra voluntatem teſtatoris, hoc ipſo induceres ſucceſſionem inteſtati, quod tamen iam dicimus
14 ſalua voluntate fieri non poſſe. Mouetur † etiam *Bartolus* ex *dicto §. ſi duo, leg. quoties 9. Digeſt. de hered. inſtit.* in poſtremis illis verbis *Si modo voluntas patrisfamilias manifeſtiſſimè non refragatur.* Quorum hanc eſſe putant ſententiam, vt ſi duo ſint heredes inſtituti vnus ex parte tertia fundi Corneliani, alius ex beſſe eiuſdem fundi, non poſſint illi heredes eſſe ex ſemiſſibus ſi euidenter appareat voluntatem teſtatoris illam fuiſſe vt in ſolo fundo Corneliano heredes eſſent, reliqua autem hereditas ad inteſtati ſucceſſionem deuolueretur. Quæ interpretatio ſanè commenticia eſt & ab Vlpiani ſenſu aliene. Nam cùm ex Sabini & Celſi ſententia Vlpianus ſcripſiſſet, in propoſita ſpecie ſcriptos heredes ex ſemiſſibus ſcriptos viden quaſi ſine partibus inſtitutos, ſubiecit exceptionem illam, ſi modò voluntas patrisfamilias manifeſtiſſimè non refragetur, id eſt niſi appareat teſtatoris voluntatem illam fuiſſe vt ex iis ipſis partibus heredes eſſent, ex quibus in fundo Corneliano ſcripti fuiſſent, vnus ſcilicet ex beſſe, alius ex triente. Neque verò *Bartolus* ipſe hoc ignorauit quod fuit apertiſſimum, ſed erroris ſui pertinaciùs tuendi gratia improbat hanc interpretationem, ratione ſanè quàm eleganti & efficaci, ſi dus placet. Quoniam inquit, in diſtributione partium non eſt neceſſaria manifeſtiſſima voluntas defuncti. Sufficit enim qualitercumque de mente appareat, etiamſi in teſtamento aliter ſcriptum ſit. Quaſi verò inter manifeſtam, & manifeſtiſſimam voluntatem adeò interſit, vt manifeſta eſſe poſſit, quin ſit etiam manifeſtiſſima: aut quaſi non ſit neceſſe manifeſtiſſimam eſſe teſtatoris voluntatem vt qui inſtitutus eſt ex vna portione videatur heres ſcriptus ex alia, vt in *dicta l. quoties* §. 1. quem locum Bartolus adducit, & quidem ineptè. Ibi enim tractatur de herede ſcripto ex quadrante, quẽ teſtator ex ſemiſſe ſcribi dictauerat: quo caſu negari certè non poteſt quin manifeſtiſſimis probationibus opus ſit ad eam partem ſciendam quam teſtator dictauit, vt plus nuncupatum minus ſcriptum inueniatur. Alioqui nihil aliud dici poteſt quàm vt ſcripturæ ſtari oporteat. Nos autem cum Vlpiano in *dicto §. ſi duo*, eam ſpeciem tractamus, in qua ex iuris ratione ſola citra vllam probationem voluntatis aliæ partes debentur, quàm quæ teſtamento adſcriptæ ſunt. Nam cùm teſtator Titium ſcripſerit ex beſſe fundi Corneliani, Sempronium verò ex triente eiuſdem fundi, nos vnicuique ſemiſſem damus, acſi ſine partibus ſcripti eſſent: idque non tam ex patrisfamilias voluntate, quàm ex neceſſaria iuris ratione, quæ facit vt fundi mentionem detrahi oporteat, qua portiò detracta nõ poſſunt ſupereſſe partes in eo fũdo factæ, ac proinde nihil aliud ex tota inſtitutione ſupereſt, præter verba illa *Titius heres eſto: Sempronius heres eſto*, quibus verbis eos ex ſemiſſibus inſtitutos videri non dubitatur, Ergo ſi quo caſu fieri poteſt vt Titius ex beſſe, Sempronius verò ex triente heres videri debeat propter teſtatoris voluntatem, minùs neceſſe eſt tam manifeſtam eſſe in eam rem defuncti voluntatis probationem, cùm verbis teſtamenti ea voluntas quantulacumque ſit adiuuetur. Quamquam, vt eloquar quod ſentio, mihi tota illa clauſula valde ſuſpecta eſt. Neque enim video quomodo heri poſſit vt in propoſita ſpecie *dicti §. ſi duo.* manifeſta poſſit eſſe voluntas teſtatoris ad heredes ex diſparibus portionibus hereditariis vocandos, cùm nullam prorſus hereditatis aut hereditariarum portionum mentionem fecit, ſi neque eius voluntatis quam expreſſit in ſuci partibus diſtribuendis, ratio vlla habetur Et ſanè non magis puto audiendum eſſe Titium in propoſito caſu ſi probare velit eam fuiſſe teſtatoris voluntatem vt heres ipſe eſſet ex beſſe, quàm ſi inſtitutio ſic concepta proponeretur *Titius heres eſto, Sempronius heres eſto*, cùm diſtributis quoque fundi Corneliani partibus perinde fundi mentio detrahenda ſit, factæque in fundo partes etiam inuito teſtatore, acſi diſtributio illa facta non fuiſſet: imò difficilius eſt vt cùm lex repugnantibus verbis teſtamenti partes fecit portiones hereditarias, quæ ex teſtamenti verbis erant diſpares, admittatur quæſtio voluntatis vt ad eam diſparitatem reducantur, quam lex iam tuſtulerit. Quare nec ferè dubito quin eiuſdem autoris ſit illa exceptio, cuius & ea de qua diximus, *legis ſi quis priore 29. D. ad S.C. Tebellian.* id eſt Triboniani, † qui manifeſtiſſimas 15
iſtiuſmodi voluntates aut excipere ſolet aut exigere iis quoque caſibus quibus fieri nequit vt locum habeant. Niſi malis tribuere inepto interpreti, quem Vlpiano manus intuhile apparet ex vſſo eiuſdem legis loco, id eſt ex *§. ſi quis primum*, in cuius fine verba illa interpretationis loco poſita, *id eſt trientem iure ſubſtitutionis, trientem iure inſtitutionis* ſine dubio ſunt interpretis. Nam ſi quis primum ex triente, ſecundum ex triente heredem inſtituerit & ſi ſecundus heres non erit, tertium ex aſſe heredem ſcribat, hic ſecundo repudiante beſſem habebit non ſolùm iure ſubſtitutionis, ſed & inſtitutionis vt Vlpianus ait, ergo vtrunque trientem tamvin quo ſecundus quàm in quo nemo fuerat inſtitutus, & vtrumque inſtitutionis iure ſi neutrum ex ſubſtitutione habere velit, & contrà vtrumque ſubſtitutionis iure ſi ex inſtitutione neutrum velit conſequi, quoniam triens ex quo nemo inſtiturus fuerat ei ſoli accreſcit, tanquam ſuſtinenti perſonam inſtituti & ſubſtituti *le. nam tertium 16. eod.* licet ſecundo cui tertius ſubſtitutus fuit non niſi pro virili parte acceſſura fuerit accreſcendi iure quæ tota erat ratio ad eum locum dubitandi, Vtut ſit non iuuat *Bartolum* Vlp. in *d. ſi duo*, nec idem ratio illa quam adducit de ſeruo ſine libertate inſtituto, qui licet præſumatur inſtitutus cum libertate, ſi ſimpliciter inſtitutus ſit, ſi tamen teſtator expreſſerit nolle ſecum eſſe liberum, neque liber neque heres eſt *l. quia ratio 22. D. de condic. inſtitut. dicti l. quoties. §. vltim.* Nam ſicuti ratio iuris non patitur vt ſeruus heres ſit quandiu ſeruus manet, ita neque facit vt liber fiat inuito domino, cúmque libertatem præcedere neceſſe ſit, ordine ſaltem intellectus, vt aiunt, ſi non naturæ *dicti l. quoties § ſi quis ita ſcripſerit*,

minus

mirum non eſt corruere inſtitutionem ſerui cui libertatem dare teſtator noluerit. At cùm quis heres inſtituitur ex fundo, nihil eſt quod inſtitutioni noceat præter adiectionem fundi, quia ex ſolo fundo heres fieri nullomodo poteſt: ſublato igitur mendo relinquitur vt inſtitutio ſit vniuerſalis, & conſequenter vt inuito etiam teſtatore is qui ex re certa ſcriptus fuerat, totam obtineat hereditatem. Etſi enim inuito teſtatori heredem dare non poſſumus quod eueniret ſi ſeruum heredem ſcriptum cui libertatem dare voluiſſet, pro herede haberemus, tamen ei quem heredem habere & voluit & potuit, poſſumus ipſo etiam inuito dare totam hereditatem, quamuis nihil niſi fundum ei dederit, ne ſi nihil omnino ei demus, faciamus contra voluntatem ſi verò nihil præter fundum legibus vim inferamus. Quæ tamen nulla infertur aut legibus aut voluntati teſtatoris, cùm ſeruus heres eſſe negatur, cui libertatem datam videri teſtator noluit. Nam nec dici poteſt voluiſſe heredem eſſe eum quem ſciuit aut ſcire debuit heredem ſine libertate fieri nulla poſſe ratione. Mouetur poſtremo Bartol. ex *l. pen. D. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſt. & ex l. ſi poſthumus 14. verſ. nam & cum duobus De liber. & poſthum.* vbi, inquit ille, teſtator dando ſubſtitutum in parte videtur prohibere ius adcreſcendi, & rupta illa inſtitutione rumpitur teſtamentum in totum. Sed nimis euidenter captioſa & inepta argumentatio eſt. Nam inſpecie quæ iis locis tractatur, teſtamentum totum agnatione poſthumi rumpitur, non propter tacitam illam prohibitionem iuris adcreſcendi quam *Bartolus* infert ex datione ſubſtituti, ſed propter poſthumi præteritionem: Poſthumi enim ſingulare ius eſt vt totum teſtamentum rumpat, nec eum tantùm gradum à quo præteritus eſt, ſed etiam ceteros à quibus fuit exheredatus, ſi modò rumpendi tempus & locum inueniat, quod in filio iam nato diuerſum eſt *l. 5. D. de iniuſt. rupt.* Itaque finge nullum fuiſſe datum ſubſtitutum ne poſſis comminiſci prohibitum inter inſtitutos ius adcreſcendi, ſed tamen ab altero duntaxat inſtitutorum exheredatum poſthumum, ab altero præteritum fuiſſe. Æquè dicendum erit totum teſtamentum rumpi agnatione poſthumi. Non ob id ſolùm quod vtriuſque inſtituti ratione videatur præteritus, qua exheredatio à gradu facienda eſt, non à perſona, ſed etiam quòd fieri nequeat vt poſthumus teſtamentum vlla ex parte rumpat, quin ſuccedat ab inteſtato, nec rurſus vt ab inteſtato ſuccedat quin totam hereditatem obtineat. Alioqui partim ex teſtamento, partim ab inteſtato ſuccederetur. Quod ne accidat cùm inteſtati ſucceſſio denegari non poſſit poſthumo, qui ſuo iure & rumpit & ſuccedit, conſequens eſt vt ex teſtamento ſuccedere inſtitutus prohibeatur. At contrà in eo caſu de quo diſputamus neceſſe eſt teſtamentum valere, ac proinde totam hereditatem ad eum qui ex re certa ſcriptus eſt pertinere, vel ob hoc ipſum ne contra teſtatoris voluntatem fiat locus legitimæ ſucceſſioni, per quam ea quoque res ex qua inſtitutio facta eſt, heredi ſcripto eripiatur: Aut ne paterfamilias pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus videri poſſit ſi inſtitutio ex fundo defendatur, nec prohibitio iuris adcreſcendi reiiciatur quæ agnato proximo locum facit. Quod ſi *Bartoli* ſententia ex ſuperioribus manifeſtè falſa probatur, non minùs, meo iudicio, ridenda eſt *Baldi* diſtinctio, † admittentis poſſe ius adcreſcendi prohiberi extraneo heredi qui in certa duntaxat re fuit inſtitutus, filio autem prohiberi non poſſe *Ex §. cæterùm alias. §. hac autem Nouell. 115. Vt cùm de appell. cognoſc.* Nihil enim aliud eo loco Iuſtinianus conſtituit, niſi vt quamuis iuſſerit pater filium heredem nominatum certis rebus pro ſua inſtitutione & legitima eſſe contentum, nihilominus poſſit agere ad ſupplementum. Itaque quod ad eam bonorum portionem attinet quæ excedit debitam pro ſupplemento quantitatem, par & æquale ius eſt filij ac extranei heredis, nos autem de eo diſputamus non an certa pars bonorum, ſed an tota hereditas inuito teſtatore adcreſcat ei qui non niſi ex re certa ſcriptus fuit. Idque iam olim à *Paulo Caſtrenſi* & aliis contrà *Baldum* rectè verèque diſputatum eſt.

16

17

ERROR VIII.

De heredum inſtitutione quam particularem vocant, de ea qua fit partibus diſtributis.

SVMMARIA.

1 *Particularem inſtitutionem perperam vocari ab interpp. & pragmaticis, qua fit ex re certa: ſicut & heredem particularem qui ex re certa ſcriptus eſt.*

2 *Singularis heres dicendus eſt qui ab interpretibus particularis appellatur.*

3 *Pragmaticos non rectè intelligere qua inſtitutio dicatur fieri partibus diſtributis.*

4 *Lex facto 39. D. de heredib. inſtit. à Triboniano interpolatam & depraua tam eſſe.*

1 PArticularem † inſtitutionem vulgares interpretes & pragmatici eam vocant quæ fit ex certa re, ſicut & heredem particularem eum qui ex re certa ſcriptus fuit. Vtrumque malè. Tam enim differt particularis heres ab herede ex certa re inſtituto, quàm pars hereditatis à fundo: & ſicuti nemo rectè dixerit partem hereditatis conſtitui ex fundo licèt hereditario, quia fundus conſiſtit in corpore, hereditas autem in iure, nec fieri poteſt vt partes hereditatis eiuſdem naturæ & conditionis non ſint, cuius & ipſa hereditas eſt. Ita & fatendum eſt heredem particularem dici non poſſe eum qui ex re certa inſtitutus eſt, ſed eum demum qui ex parte hereditatis: quem prudentes ei opponere ſolent cui aliquid ex hereditate inſtitutionis titulo relictum eſt, vt *& l. quoties 13. C. de hered. inſtitut.* Ergo ſingularis † heres potiùs dici debet qui ex re ſingulari ſcriptus fuit, vt vel ex eo appareat nullo modo eſſe eum heredem: quandoquidem heres eſſe non poteſt qui non idem ſit iuris ſucceſſor *l. quoties 9. §. heredes. D. eod.* Iuris autem ſucceſſor eſſe nequit qui non niſi in re ſingulari ſuccedit. Æquè ſtolidus & ineptus pragmaticorum † noſtrorum error ille eſt, quod heredes partibus diſtributis factos dicunt quoties teſtator Titium ex fundo Corneliano, Sempronium ex Liboniano heredes ſcribit. Cùm tamen diſtributio patrimonij per præceptiones dicenda illa ſit, non diſtributio hereditatis, quæ ſicut nomen iuris eſt ita ex aſſis conſtitutione æſtimatur, nec alias partes habere poteſt, quàm quæ ſunt partes aſſis, vnciam, ſextantem, quadrantem, trientem, quincuncem, ſemiſſem, ſeptuncem, beſſem, dodrantem, decuncem, deuncem. Si nulla ex his partibus teſtamento expreſſa ſit, dicuntur heredes ſcripti ſine partibus, licèt totum patrimonium inter eos diuiſum fuerit à teſtatore, idcóque vocantur in ſemiſſes, tenentúrque creditoribus hereditariis in viriles, quamuis multò precioſior ſit ea pars patrimonij quæ ad vnum ex iis, per præceptionem quàm quæ ad alterum peruenit. *l. ex facto 39. l. aſſe toto 77. & paſſ. D. hered. inſtit.* iuncta *lege quamuis 14. D. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam.* Idque adeò verum eſt, vt ij etiam ſine partibus ſcripti dicantur qui ſcripti ſunt ex beſſe, aut triente, aut alia quota fundi Corneliani *d. l. quoties. §. ſi duo eod.* Qui autem ſine partibus ſcripti ſunt, fieri nullomodo poteſt vt diſtributis partibus inſtituti dici poſſint, non magis quàm vt diſtribuantur partes quæ nullæ ſunt. Illud tamen obſeruari volo, quod attinet † ad *dict. l. ex facto.* cuius perelegans de hoc inſtitutionis genere nec obſcurus tractatus eſt, Triboniani eſſe videri totam illam poſtremam clauſulam. *Igitur efficere dici,* &c. ad finem vſque legis. Iam enim Vlpianus ad propoſitam

2

3

4

ſitam quæſtionem de pecunia tranſportata in prouinciam ad comparandas merces quæ in Italiam aduehérentur reſponderat, Italico patrimonio iungendam eam eſſe propter patrisfamilias deſtinationem. Tribonianus verò quaſi nihil Vlpianus reſpõdiſſet inſulsè clauſulam illam ſubiecit, inſulſa quoque & mala grammatica conceptam, ſiue prima illa verba inſpicias *Igitur efficere dici* pro eo quod ſcribere debuerat, *vnde fit vt dicendum ſit*, ſiue quæ ſequuntur *vt merces quoque iſta ad heredem eum pertinere*. Scribendum enim erat *pertineant* aut coniunctis tribus infinitiuis accuſatiuum pro nominatiuo ponere, ſublato articulo *vt* hoc modo *efficere dici merces quoque iſtas pertinere*. Taceo quòd verba illa *ſiue ſciuit, ſiue ignorauit* nullum niſi ineptum ſenſum admittunt. Nam cùm referantur ad teſtatorem qui pecuniam dederat ad comparandas in prouincia merces poſtmodum in Italiam aduehendas, non poteſt fieri vt ignorauerit in quam cauſſam deſtinata ſit pecunia qui ipſe deſtinauit. Quod ſi vt probabilius eſt ſcientiam intelligas aut ignorantiam non an pecunia in eas merces comparandas deſtinata fuerit néne, ſed an merces iam aduectæ ſint in Italiam aut non, ſuperflua diſtinctio eſt, cùm iam dictum eſſet nihil interelſe, an viuo teſtatore ſint aduectæ, aut, vt Tribonianus loquitur, prouectæ, an eo iam mortuo. Nam ſi non eo minùs habendæ ſunt pro Italicis, quòd mortuo iam teſtatore in Italiam aduectæ ſint, quantò minùs oberit quod eas in Italiam aduectas eſſe viuus teſtator ignorauerit? Quod enim mors facere non poteſt, ignorantia multò minùs poteſt. Sed hoc obiter & extra rem dictum ſit. Simile quiddam à Triboniano factitatum eſſe in §. *quis, cum eſſet l. cum poſt mortem* 43. *D. de adminiſtr. & peric. tutor. & curat.* nos docuimus *lib.* 6. *Coniec. cap.* 18.

ERROR IX.

De eo qui trientem hereditatis petit pro legitima portione oblata æris alieni indemnitate pro ea parte.

SVMMARIA.

1 *Legitima portio eſt quota bonorum, non hereditatis.*
2 *Hereditatis nomen vt à Bonorum appellatione differat.*
3 *Malè agit qui pro legitima portione bonorum deducto ære alieno computandorum petit partem hereditatis.*
4 *Error pragmaticorum putantium eum audiendum qui pro legitima petat trientem hereditatis, oblata æris alieni indemnitate pro ea parte.*
5 *Vnde d. error manarat: & n.* 7.
6 *Ex comparatione legitimæ ſucceſſionis hereditariæ poni debet ratio legitimæ.*
8 *Qua ratione prætextu æris alieni nondum bene explorati legitima ſoluenda mora non fiat.*

ERror hic pragmaticorum noſtrorum magis eſt quàm interpretum. Nam interpretes qui ſciunt legitimæ portionis rationem poni non poſſe niſi deducto priùs ære alieno *leg. Papinianus* 8. *§. quarta autem. & §. quoniam autem quarta. de inoff. teſtament.* non dubitant quin legitima † illa portio quota ſit bonorum non hereditatis. 1 Hereditas † enim, vt ſæpius diximus in ſuperioribus, nomen iuris eſt habens commoda & incommoda æriſque tam alieni quàm hereditarij rationem. Bonorum autem appellatio non item, niſi in edicto & tractatu. *De bonorum poſſeſſionibus*, quia totum ius illud ad exemplum iuris quod heredibus & hereditaribus obtinebat, indu- 2

ctum à prætore & comparatum fuit *l.* 1. *D. de bonor. poſſeſſ.* Ita fit vt non poſſit non malè agere † qui pro legi- 3
tima portione bonorum deducto ære alieno computandorum petit partem hereditatis. Nam ſicut hereditatem totam nemo petere poteſt niſi qui ſe ſolum & in aſſe heredem dicat ac probet, ita neque partem hereditatis niſi qui ex parte ſit heres. Quiſquis autem ex parte heres eſt, eum neceſſe eſt pro ea parte creditoribus omnibus hereditariis reſpondere, diuiſa ſcilicet ipſo iure & per legem duodecim tabularum inter omnes coheredes totius æris alieni obligatione *l.* 1. *C. ſi cert. petat.* Ex pragmaticis † tamen plerique ſunt qui 4
licèt in ore ſemper habeant legitimam eſſe quotam bonorum non hereditatis, putant nihilominus audiendum eum qui pro legitima petat tertiam partem hereditatis, ſi modò pro ea parte paratus ſit repromittere de indemnitate ob æs alienum, ſi quod ſit in hereditate, itémque ob funeris impenſam, per quam, ſicut & per æs alienum legitimam minui conſtat. *dict. §. quarta autem.* Huic autem errori † cauſſam duo præbuerunt. 5
Vnum illud quod legitima dicitur portio portionis ab inteſtato contingentis, *leg. cum quæritur* 6. *l. quoniam in prioribus* 32. *C. de inoffic. teſtam.* Ab inteſtato autem habiturus eſſet hereditatem filius. Cui argumento facilis reſponſio eſt ex comparatione † quidem legitimæ ſuc- 6
ceſſionis hereditariæ rationem legitimæ poni debere, ſed hac tamen differentia quod omne æs alienum ante legitimæ computationem dicendum eſt, quod tamen ex hereditate ipſa deduci neque debet, neque poteſt. Itaque ad conſtituendam legitimæ portionis quantitatem, inſpicimus quidem quantum ab inteſtato habiturus eſſet legitimarius ſi teſtamentum nullum factum fuiſſet, indéque quotam elicimus vt ſi triens, vel ſemis, vel pars aliqua trientis, aut ſemiſſis, ac bonorum, non hereditatis, vt ante omnia æs alienum deducatur: alterum † eſt quod ex æquitate magis quàm ex iure proficiſcitur. Aiunt enim nihil fore facilius quàm vt legiti- 7
mæ portionis petitioni mora fiat, ſi ita ius conſtituatur, vt non priùs teneatur heres ad eius ſolutionem, quàm totius æris alieni ratio ſubducta ſit. Habet enim plerumque ea diſcuſſio longas moras, præſertim cùm metu ſiue latentis ſiue iam emergentis æris alieni heres ſcriptus delatam ſibi hereditatem non agnoſcit niſi cum beneficio legis & inuentarij. Quis enim æquum putet vt hoc prætextu legitimæ petitio aut ſaltem perceptio differatur? Aut quid intereſt heredis an legitimario det tertiam partem bonorum deducto ære alieno, an tertiam partem hereditatis, cùm vtroque caſu futurum ſit vt totum æris alieni onus ipſe ſubeat, nulla verò ex parte legitimarius? Speciosa ſanè ratio apud malos iſtos æquitatis arbitros, iuris ſcripti prorſus ignaros, ſed quæ iuriſconſultum mouere nullomodo debet. Non enim an heredis aut alterius cuiuſlibet qui conuenitur necne, inquirendum eſt ad dandam vel denegandam actionem de qua agitur, ſed illud tantùm inſpiciendum an ea actio competat ex iuris ratione. Iam autem probauimus fieri nullo modo poſſe vt partem illam hereditatis petere poſſit is qui nulla ex parte heres eſt: Adeò vt nec aliud dicendum ſit tametſi conſentiat ille qui conuenitur. Non enim ex rei voluntate, ſed ex iure æſtimandum eſt an actio illa competat néne quæ ab actore exercetur. An igitur feremus vt prætextu æris alieni nondum benè explorati legitimæ ſoluendæ mora fiat? Minimè. Interim † n. quandiu dubitatur quid & 8
quantum ſit in legitima, poteſt & debet bonus iudex pro eo quod probabilius ſuſpicatur certam quantitatem decernere quæ lite pendente & in ſingulos annos ſoluatur filio, imputanda poſteà in eos fructus quos pro legitima deberi conſtabit ſi ſufficere poterunt, ſin non ſufficient, in ipſius quoque legitimæ diminutionem, idque temperamentum Senatus noſter paſſim ſequi ſolet. Sed & putarem non iniquè decerni poſſe, ſi

ſi per heredis tergiuerſationem fieret ne tam citò expediri legitimæ taxatio poſſet, hactenus coercendam eius contumaciam, vt in fiduciæ ſpecien, &, vt loquuntur, per modum prouiſionis condemnaretur ad eam bonorum partem præſtandam quam deberet ſi nullo ære alieno hereditas laboraret, præſtita ſaltem ſatisdatione non de ęris alieni ſi quod erit rata portione arbitrio boni viri exſoluenda vt pragmatici exiſtimant, ſed de reſtituendo ſi quid amplius quàm ex legibus dari debuerit acceptum eſſe quandoque apparebit. Exemplo remedij quod in legatis à prætore inductum eſt nec prætextu legis falcidiæ & incerto eo an locum habitura eſſet nécne, aut legatarius mora fieret aut heredi iniuria *l. 1. & tot. tit. ſi cui plus quam per leg. falcid.* Sic. n. euenit vt legitima portio, non aliqua hereditaris pars præſtetur, nec cò minùs tamen iuris rationi in eo ſatisfiat quod in computanda & æſtimanda legitima æris alieni deductio perinde facienda eſt ſolutione ſola repræſentata in pœnam & odium heredis, moræ occaſionem vltrò inde captantis. Moram enim & quidem euidentem nullâque dignam excuſatione omnino præcedere neceſſe eſt, vt ad hoc remedium peruenirí poſſit. Alioqui ſi inculpata ſit heredis cunctatio prius illud temperamentum quod à Senatu noſtro probatum diximus, ſequendum eſt. Numquam verò ferendum vt is cui legitima duntaxat debetur, quíque nulla ex parte heres eſt admittatur ad petendam pro legitima partem hereditatis, tametſi peridoneam offerat ſatisdationem.

ERROR X.

De eo qui heres ſimpliciter aut ex aliqua aſſis parte ſcriptus, & certis rebus pro ſua inſtitutione contentus eſſe iuſſus eſt.

SVMMARIA.

1 *Apud interpp. & pragmaticos heres ex certa rei inſtitutus adſcripto coherede ex parte, aut ſine parte ſcripto non differt ab eo qui ex aliqua aſſis parte inſtitutus, & certis rebus pro ſua inſtitutione contentus eſſe iuſſus eſt.*

2 *Huiuſmodi heredes inter ſe differre, contra pragmaticos: & ſeqq.*

3 *Heres ex re certa ſcriptus dato coherede nullo caſu heredis loco eſt.*

4 *Qui ex aliqua aſſis parte heres inſtitutus eſt, licet certis rebus pro inſtitutione contentus eſſe iuſſus ſit, heres tamen eſt, licèt datus ſit ei coheres.*

5 *Filius qui nonniſi ex certa re ſcriptus eſt dato coherede, non poteſt videri heres eſſe.*

6 *Si heres aut ex aſſe, aut ex aſſis parte ſcriptus rogatus ſit hereditatem certa aliqua re præcepta vel retenta reſtituere, tranſeunt actiones in fideicommiſſarium ex S.C. Trebell.*

7 *Si quis ex certa re heres ſcriptus, eam rem alteri reſtituere rogatus ſit, non erit locus Trebelliano: nec poterit retinere quartam: ſecus eſt in herede ſcripto ex parte, aut ſine parte, tametſi certis rebus contentus eſſe iuſſus ſit.*

8 *Qui Titium ex Corneliano, & Sempronium ex Liboniano fundo, quos ſolos habet, inſtituit, intelligitur heredes ſcripſiſſe ex ſemiſſibus, licet fundus Cornelianus efficiat dodrantem hereditatis.*

9 *Qui ex certa parte inſtitutus eſt, & iuſſus certa re contentus eſſe, adiecto coherede, non tenetur creditoribus hereditariis, ſed coheres.*

1 *Ex quo iure hoc profluxerit.*

11 *Error eorum qui putant ex nou. 115. valere hodie teſtamentum in quo filius à patre aut ma-*

tre inſtitutus eſt in certa re vel quantitate pro legitima.

NVllam aut interpretes † aut pragmatici differentiam agnoſcunt inter heredem ex certa re inſtitutũ adſcripto coherede ex parte, aut ſine parte ſcripto, & eum qui ex aliqua aſſis parte aut ſine parte inſtitutus & certis reb. pro ſua inſtitutione contentus eſſe iuſſus eſt. Vtrumque. n. volunt heredis loco haberi in quibuſdam, in cæteris verò legatarij iure cenſeri, atque ita tertiam conſtituere ſpeciem heredis, qui nec abſolutè heres nec legatarius dici debeat, ſed heres ex re certa, vt *Bart.* vocat, aut vt pragmatici dicunt, heres particularis. Et ſanè vtrumque legatarij loco haberi ſcribit Iuſtinian. in *l. quoties 13. C. de hered. inſtit.* Ego † verò, etſi fatcor nihil intereſſe quod ad ſubeunda onera hereditaria pertinet, cùm alius ex aſſe aut ex aſſis parte heres ſcriptus fuit, quæ legis Iuſtinianeæ ſententia eſt in *dicta lege quoties.* Puto tamen hactenus intereſſe, quod heres † ex re certa ſcriptus dato eo herede nullo caſu heredis loco eſt. 1. nec ſi coheres ille datus deceſſerit ante aditam hereditatem, aut delatam repudiauerit, quia iam inde ab initio, & ex quo inſtanti coheres ei adſcriptus fuit legatarij loco haberi cœpit, nec proinde ius adcreſcendi habere magis poteſt quàm alius legatarius quilibet, propter eas rationes quas attulimus ſuprà *cap. 5.* Legatarium autem conſtat ius adcreſcendi in hereditate habere nullomodo poſſe, nec ſi teſtator velit, quia ius adcreſcendi non tã ex teſtatoris voluntate eſt, quàm ex lege, imputarique poteſt teſtatori ſi legatario totã hereditatẽ acquiri voluit herede repudiante aut ante aditam decedente, cur legatarium heredi vulgariter nõ ſubſtituerit. Idque meo iudicio innuit Papin. in *l. coheredi. 41. §. vlt. De vulg. & pupill. ſubſtit.* cùm ait eum qui certæ rei heres inſtituitur coherede non dato bonorum omnium hereditatem obtinere. Non dixit, *coherede nullo exiſtente*, ſed *coherede non dato*, vt intelligamus ſufficere quòd datus ſit coheres ex parte, aut ſine parte, ne is qui ex certa re ſcriptus fuit, heredis iure cenſeri poſſit. At qui ex aliqua † aſſis parte heres inſtitutus eſt, licèt eodem teſtamento eadémque, ſi voles, clauſula certis rebus pro ſua inſtitutione contentus eſſe iuſſus ſit, heres tamen eſt licèt datus ei ſit coheres, quandiu ſcilicet coheres ille non adiit, nec priùs legatarij loco haberi incipit, quàm coheres adierit, ideóque ſi coheres ille repudiet aut ante aditam hereditatem decedat, habebit hic proculdubio ius adcreſcendi, eritque ex toto aſſe heres non ſecus acſi certis rebus pro ſua inſtitutione contentus eſſe iuſſus non fuiſſet. Secuta verò coheredis aditione, licèt legatarij loco haberi incipiat, hactenus vt neque creditoribus, neque legatariis vlla ex parte teneatur, non magis quàm ſi nullomodo heres eſſet, *d. l. quoties.* Adeò tamen heres manet, vt ſi talis perſona ſit quam inſtitui neceſſe fuerit aut exheredari, non idcirco præteritus videri poſſit quod non ſit exheredatus, ſed pro ritè & ſolenniter inſtituto habeatur. §. *hæc autem alias. §. cæterum. Nouell. 115. Vt cum de appel. cognoſc.* vbi Iuſtinianus conſtituit vt ad validitatem teſtamenti ſufficiat quod filius à patre vel à matre heres ſcriptus ſit, licet ex certis rebus pro ſua inſtitutione contentus eſſe iuſſus ſit, cùm tamen ea conſtitutione id vnum ſe agere Iuſtinianus profiteatur, ne filius præteratur aut ſine cauſſa exheredetur. Alioqui Iuſtinianum in ea conſtitutione non ſatis ſibi conſtitiſſe fatendum erit ſecundum ea quæ docuimus *Decade. ſuper in errorem 6.* ſi non hac donetur interpretatione. Id verò longè diuerſum eſſet, ſi † filius ab initio non niſi ex certa re ſcriptus proponeretur, dato coherede. Non enim poſſet videri heres eſſe qui in nulla hereditatis parte ſcriptus eſſet, aut partem vllam hereditatis habere, qui vnam duntaxat haberet rem quamuis hereditariam, quia in re vna non poteſt conſiſtere hereditas, aut pars hereditatis quæ iuris eſt, *lege quamuis 14.*

D. si quis omiss. caus. testament. Dices neque partem vllam hereditatis habere eum qui certis rebus pro sua institutione contentus esse iussus est: Sed respondeo, imò verò eam ipsam partem hereditatis habere intelligi ex qua fuit institutus, sed tamen tanti æstimatam à testatore, cuius voluntati omnimodo standum est, quanti
6 sunt res illæ quibus contentus esse iussus fuit. Idque ita esse apparet euidentius ex eo quòd si heres,† aut ex asse, aut ex assis parte scriptus rogatus sit hereditatem certa aliqua re præcepta vel retenta restituere, transeunt actiones in fideicommissarium ex Senatusconsulto Trebelliano § *si quis vna. Instit. de fideicommiss. hered. lege si legatus* 30. §. *multum interest. D. ad S.C. Trebell.* quod vtique non fieret si heres scriptus siue ex asse siue ex parte ob id minùs heres dici deberet, quòd pro sua institutione contentus esse certa re iussus esset. Nam vt ex Trebelliano transeant actiones, non solùm heredem eum esse necesse est qui rogatur, sed etiam rogari tanquam heredem *l. mulier* 22. §. *vltim. D. eod.* vbi ex hoc infert Vlpianus, Si cui portio hereditatis fuerit legata (legati enim posse placet) rogatúsque fuerit legatarius hanc partem hereditatis restituere, non fieri æstimationem ex senatusconsulto, idcóque nec quartam retineri. Quo exemplo multò magis dicendum est, si quis † ex
7 certa re heres scriptus, in qua etiam dodrans totus hereditatis cõsistat, eã tẽ alteri restituere rogatus sit, nõ fore locũ Trebelliano, cui non aliter locus est, quàm si de hereditate, & hereditariis actionibus trãsferendis agitur sicuti nec locus est Pegasiano vt cogi possit ad adeundam hereditatem is qui ex certa re scriptus est adiecto coheredc, quia nec potest videri rogatus nisi de ea ipsa re restituenda quæ clausula non potest inducere Pegasianum *l. cogi* 16. §. *& generaliter eod.* Denique non potest eiusmodi heres ex certa re scriptus & rogatus de ea restituenda, retinere quartam, nisi cùm solus scriptus est vt in *l. si quis priore* 29. *eod.* Quæ omnia diuersa sunt in herede scripto ex parte, aut sine parte, tametsi certis rebus contentus esse iussus sit. Non enim distinguimus an coheredem habeat nécne, siue de transferendis cum hereditate actionibus hereditariis agatur, siue de adeundi coactione, siue de quarta deducenda. sed in omnibus habemus eũ pro vero herede vt est, etiã quod magis est post restitutam hereditatem (neque enim Senatus fecit aut facere potuit, vt qui semel heres fuisset, esse postea desineret) nisi in eo quod creditoribus hereditariis & legatariis respondere non cogitur, sicut nec ipse aduersus debitores hereditarios actionẽ vllam habet posteaquàm hereditatem restituit. Quid autem interest an qui ex parte hereditatis aut sine parte ita scriptus est, iussus sit contentus esse certis rebus vt eam hereditatis partem quam accepit, alteri per fideicommissum restituat, an vt potiùs adcrescendi iure coheredi suo adquiri patiatur? Nihil prorsus. Vtroque igitur casu heres manet, quia semel fuit, nil obstante adiectione illa, *ita tamen vt fundo Corneliano pro sua parte contentus sit.* ea namque adiectio licèt non sit legibus improbata & effectum habeat vt nihil præter fundum Cornelianum ex hereditate consequi heres possit, non tamen afficit ius & nomen heredis, id est non impedit quominus semper verum sit hunc ex semisse aut ex triente heredem esse, sed spectat magis ad diuisionem patrimonij, vt qui ex semisse aut triente scriptus est, quamuis pro ea parte sit heres, cogatur tamen contentus esse ea re quàm testator proportione dedit, licèt æstimationis sit longè minoris; quemadmodum contingit cùm is qui nihil in bonis † habebat
8 præter fundos Cornelianum & Libonianum, instituit Titium ex Corneliano, & Sempronium ex Liboniano. Non enim eo minùs intelliguntur scripti ex semissibus quamuis fundus Cornelianus efficiat dodrantem hereditatis, Libonianus verò non nisi quadrantem *d. l. ex facto* 3. *de hered. instit.* differentia tantùm in eo est quod illo casu teneantur ad exsolutionem æris alieni pro semissibus, quia cùm pariter sint instituti, & eãdem formã institutionis, nihil aliud dici potest quàm vtrumque ex æquis portionibus teneri, quando non posset inueniri vter potius ab æris alieni exsolutione imminis esse
9 deberet. At cùm quis † ex certa parte sic institutus est, vt tamen iussus sit certa re contentus esse, & cohere; adiectus est aut sine parte, aut ex parte aliqua absolutè, non addito eo vt certis rebus contentus sit, dicimus solũ illum coheredem teneri creditoribus hereditariis, quia dissimili & ampliore institutionis forma heres scriptus
10 reperitur. Quod tamen vereor † ne constitutioni Iustiniani in *d. l. quoties* accepto ferendum sit magis quàm iuris rationi. Nullus etenim veteris iuris aut in Pandectis aut in Codice locus est quo probari possit, scripto Titio ex semisse, & Sempronio ex alio semisse cum hac adiectione vt Sempronius fundo Cornelianocontentus esse cogatur, Sempronium nullam æris alieni partem debere longéque alia, ni fallor, hac parte ratio fuit fideicommissarij, alia coheredis. Nam si Sempronius ex semisse institutus rogatus esset partem suã restituere Mæuio solo fundo Corneliano retento, aut quod idem est, præcepto, fateor quod iam dixi ius ita fuisse vt actiones omnes hereditariæ per restitutionem hereditatis in Mæuium transferrentur, Sempronius verò nulla prorsus ex parte aut creditoribus aut legatariis teneretur. *d. l.* 30. §. *multum interest D. ad S.C. Trebell.* Nimirum propter auctoritatem senatusconsulti Trebelliani, quo idipsum expressim cautum erat, vt in eos quibus ex testamento restitura esset hereditas, actiones omnes quæ heredi & in heredem competebant transferrentur *l.* 1. *d. eod.* At inter coheredes nulla sit translatio aut portionum hereditariarum aut iurium, neque senatusconsulti neque alterius vllius legis auxilio: & qui semel heres fuit cùm semper heres maneat ex ea portione hereditaria ex qua primùm scriptus heres fuit, licèt nihil ex hereditate præter aliquam rem vel minimam retineat, necesse est vt iis ipsis oneribus hereditariis implicitus maneat, quibus primùm fuit obstrictus: Neque enim ius adcrescendi exonerare eum potest, quia nec locum habet in portionibus agnitis *l. vnic.* §. *hic ita diffinitis. C. de caduc. tollend.* Tam autem agnoscit semissem integrum, ex quo scriptus est Sempronius, qui eam solam rem retinet qua contentus esse iussus fuit, acsi semissem ipsum totum retineret: cùm eam non alio iure habeat quàm quia eo testamento heres scriptus est: Atqui scriptus est ex semisse. Nihil enim commune habet ius hereditatis aut portionis hereditariæ cum eo commodo quod ex hereditate percipitur & retinetur. Nam & inde fit vt quamuis nihil sit in hereditate, quæ non est soluendo, nihilominus heres creditoribus hereditariis teneatur si non inuentarij beneficium implorauit quia perinde heres verus est atque si locupletissima hereditate potiretur. Inde etiam illud quod si Senatusconsulti Trebelliani autoritas non interueniret, dicendum esset heredem qui fide pleniſſima testatori exhibita hereditatem totam fideicommissario restituisset, omnibus tamen oneribus hereditariis obstrictum fore, quia & heres manet, vt diximus, id idque nimirum necessarium fuit auxilium senatusconsulti, ne destituerentur suprenæ defunctorum voluntates nolente herede scripto eam adire hereditatem ex qua lucrum nullum sperare, damnum verò certissimum subire posset. Nihil ergo est in proposita specie, quod Sempronium & semisse institutum & certa re contentum esse iussum possit exonerare, quominus creditoribus hereditariis teneri debeat, præter Iustiniani constitutionem in *d. l. quoties*, quæ proculdubio hac in re nouum ius fecit. Illud enim verbum quo Iustinianus vtitur *decernimus* præse fert manifestè nouum ius ea lege contineri. Ius autem nouum nullũ est quod ad heredes ex certa re scriptos. Quis enim prudentũ vnquã dixerat heredẽ ex certa re scriptũ adiecto coheredc teneri creditoribus hereditariis? aut vt Iustiniani

verbis,

verbis vtar, aliquam diminutionem actionum hereditariarum occasione heredum ex certa re scriptorum fieri? Non potest igitur ius nouum à Iustiniano inductum ad alios pertinere quàm ad heredes ex aliqua assis parte scriptos, & iustos certis rebus pro sua institutione esse contentos. Quos etsi legatariorum loco haberi nemo vnquam ex prudentibus dixit, sed eos demum qui ex re certa scripti sunt dato coherede, Iustinianus tamen suo & pragmaticorum nostrorum moræ pinguiùs quam ex iuris ratione par esset omnia æstimans, sic loquitur in *d. Lquoties*, quasi nihil interfit an certæ rei quis heres sit, an certæ partis pro qua certam rem retineri testator voluerit. Etsi verò post eam Iustiniani constitutionem nihil sanè interest, quod ad onus æris alieni, quia sic placuit Iustiniano ipsa etiam inuita iurisprudentia. interest tamen quod ad cætera, maximè autem quod ad hoc, vt qui ex certa re heres scriptus est coherede dato, neque heres, neque exheres dici possit, ideóque præteritus videri debeat si filius sit aut alius qui vel instituì debuerit, vel exheredari: Non similiter is qui ex certa assis parte scriptus est, tametsi fundo Cornelliano in eius partis vicem contentus esse iussus sit. Itaque abeuntur † euidenter Iustiniani constitutione in *d. §. cæterùm Nouell.* 115. qui putant valere hodie testamentum in quo filius à patre aut matre institutus sit in certa re vel quantitate pro legitima. Sic enim faciunt vt Iustinianus qui vtiq; meliorem facere voluit conditionè filij vt & omnium quibus legitima debetur, fecerit deteriorem in eo quod hodie habebitur filius pro ritè instituto, in eo ipso casu, in quo habitus olim fuisset pro præterito. Quod quàm à Iustiniani mente alienum sit Iustinianus ipse testatur, cùm ait, nihil se aliud agere, nisi vt ab eo cui legitima debetur arceat notam præteritionis aut exheredationis. Quare nec de filio ex certa re scripto Iustinianus loquitur, sed de filio herede nominato qui ito sua institutionè certam rem sibi habere iussus est. Ergo de filio qui ex aliqua hereditatis assis parte, non ex certa re fuit institutus.

ANTONII FABRI IC.

Decas Decimasexta.

ERROR PRIMVS

De ineunda æstimatione rei debitæ ex iudicio bonæ fidei, aut stricto.

SVMMARIA.

1 *Erronea pragmaticorum sententia de ineunda æstimatione rei debitæ ex iudicio bonæ fidei aut stricto, & vnde ab iis colligatur.*
2 *In ineunda rei debitæ æstimatione differentiã constituẽdam esse inter bonæ fidei, & stricti iuris iudicia contra pragmaticos.*
3 *Æstimationem de qua agitur, ab interp. perperam quanti plurimi appellari.*
4 *Vbi meminerint prudentes æstimationis quanti plurimi.*
5 *Maximè interest inter moram per interpellationem extraiudicialem contrariam, & eam quæ per lapsum diei positi in obligatione contrahitur: contra pragmat.*
6 *Hotomani & Cuiacij distinctio inter mercem & speciem ratione æstimationis reiicitur.*
7 *Sententia eorũ qui distinguunt an mora aliqua præcesserit litis contestationẽ nẽne, vt si præcesserit nulla sit differentia inter iudicia bonæ fidei & stricta: si nõ præcesserit, in illis quidem tẽpus rei iudicãdæ in his litis contestatæ inspiciatur refertur & refellitur.*
8 *Summa sententia autoris de quæstione ab initio propositæ.*

TOtam hanc quæstionem De ineunda rei debitæ æstimatione, siue ex bonæ fidei iudicio, siue ex stricto vel contrario debeatur, tradamus fusissimè, nec vt nobis videmur insubtiliter *lib. 16. Coniecturarum iuris ciuilis*. Sed tamen quia vix alia vlla in forensibus disputationibus occurrit frequentior, de ea vtile est hic etiam dicere quantum satis erit, non ad leges omnes quæ ad hanc rem pertinent explicandas (potest enim id ex Coniecturis nostris commodè suppleri) sed ad pragmaticorum & interpretum errores demonstrandos, ne quis posthac in eos nisi sciens & prudens impingat. Primus † omnium error ille est quod putant nullam hac parte differentiam esse inter iudicia bonæ fidei & stricta: In omnibus enim speciandam esse æstimationem quanti plurimi vnquam res fuit ex die moræ in diem vsque condemnationis: ne alioqui eueniat vt debitori sua prosit frustratio, si aut moræ nulla ratio habeatur, aut debitor eius æstimationis quæ hoc aut illo tempore minor fuit, præstatione liberetur. Mouentur ex eo quod quibusdam iuris nostri locis scriptum vident spectari tempus moræ siue per diei adiectionem lapsúmque contracta sit, vt in *l. vinum* 22. *D. de reb. credit. l. vlti. de condict. triti. l. quoties* 39. *De verb. obligat. l. hominem* 37. *D. mandat.* siue per interpellationem certam iudicialem, vt in *l. penult. D. de condict. triti. l.* 3. *§. si per venditorem. D. de act. empt.* Aliquando verò spectari tempus litis contestatæ, cùm nulla præcedentis moræ mentio fit, vt in *dict. l. vinum. dict. leg. vltim. d. l. hominem, l.* 3. *§. in hac. D. commod.* Aliquando denique inspici tempus rei iudicandæ & condemnationis vt in *dict. §. si per venditorem & dict. leg. penult. De condict. triti.* Quos omnes locos non aliter inuicem conciliari posse putant, quàm si admittamus omnia ista tempora æquè spectanda esse, id est vero tempore pluris res fuit moræ aut litis contestatæ aut condemnationis, vel potiùs, quomodo loquuntur, quódque longè diuersum est, quanti plurimi vnquam res fuit à tempore moræ vsque ad condemnationem. Nam si etiam post condemnationem quoq; æstimatio creuerit, quid illi dicendum existimẽt seperatim posteà videbimus. Ita vulgò nostri omnes post *Bartol. ad dict. l. vinum. de reb. credit. ad dict. l. penultim. De condict. triti. & ad. l.* 3. *§. in hac. commod.* Contra quos tam multa sunt quę vrgent si ex iuris ratione & legibus res agatur vt nihil improbabilius dici posse videatur. Primum enim negari non potest, differentiã † inter iudicia bonæ fidei & stricta quã illi nullã agnoscunt, apertissimè constitui ab Vlpiano in *dict. §. in hac*, vbi ait in actione commodati sicut in cæteris bonæ fidei iudiciis rei iudicandæ tẽpus quãti res sit obseruari, quamuis in stricti iuris iudiciis litis contestatæ tempus spectetur. Et ratio dissimilitudinis euidẽs ex iis quæ in sequẽtibus dicturi

dictiri ſumus, facilè intelligitur. Nam quòd illi differentiam hanc quam fateri coguntur coarctant ad eum caſum quo per actoris iuſiurandum in litem non officio iudicis aut actionis iurè res æſtimetur, quàm ab Vlpiano rectáque iuris ratione alienum ſit ſuo etiam loco diſſeremus. Deinde † quamuis prudentes nunc his
3 nunc illis locis aliter atque aliter ſentire videantur, ſpectantes aliquando tempus moræ, vt diximus, aliquando tempus litis conteſtatæ, nonnumquam etiam tempus condemnationis, nullibi tamen reperias ſic eos loqui vt dicant ſpectandum eſſe quanti plurimi vnquam res fuerit, ſed (idque non niſi certis duntaxat caſibus) vtro tempore pluris res fuit aut hoc illo, vt in *dict. lege tertia §. ſi per venditorem D. action. empti.* Qua loquendi formula longè alia quàm hæc quanti plurimi æſtimatio ſignificatur. Ea ſcilicet, quæ hoc aut illo tempore præcisè fuit, non quæ medio tempore maior interceſſit. Ne-
4 que verò vnquam iureconſulti æſtimationis † huius *quanti plurimi* meminerunt, niſi in tractatu legis Aquiliæ *l. ait lex* 21. *& paſſ. D. ad leg. Aquil.* aut cùm diſputant de condictione furtiua *lege in re furtiua.* 8. §. 1. *D. de condict. furt.* qui caſus propriam & ſeparatam habent rationem: Prior quidem propter verba legis Aquiliæ quæ volunt æſtimati rem quanti plurimi fuit eo anno quo damnum datum eſt, facta retrorſum anni computatione: Poſterior verò, quia fur ex quo furtum admiſit moram in furto ſemper facere intelligitur *dict. l. in re* §. 1. *& l.* 2. §. *quæſitum D. de priuat. delict.* Sed & in eo no-
5 ſtri errant quod non † diſtinguunt an mora per interpellationem extraiudicialem contracta ſit, vt in *l. mora* 32. *D. de vſur. l. ſi ex legati* 23. *De verborum obligat.* an per lapſum diei poſiti in obligatione, vt in *dict. lege vinum* 22. *de reb. credit. d. l. vltim. De condict. triſtic. dict. l. quoties* 59. *de verbor. obligat.* cùm tamen inter vtrãq; morã interſit quàm maximè, vt ex ſequentibus apparebit. Nec
6 multò faciliùs à recentioribus interpretibus tota hæc quæſtio explicata eſt. Sunt enim qui diſtinguant vtrũ † merx debeatur, an ſpecies vt *Franciſcus Hotomanus in quæſt. illuſtr. quæſt.* 16. *& Iacobus Cuiacius ad Africanum in l. mercis* 207. *De verborum ſignification.* Contrà quàm ſcriptum ſit in *dict. l. vlt. de condict. tritic.* quæ idem iuris eſſe ait in cæteris rebus omnibus quod in mercibus. Item in *dict. l.* 3. §. *in hac Commod.* quæ cùm vult ſpectari tempus rei iudicandæ in bonæ fidei iudiciis & litis conteſtatæ in ſtrictis, tractat proculdubio de ſpecie debita potiùs quàm de merce, quia commodari tantùm ſpecies poteſt non etiam merx niſi dicis cauſſa & ad oſtentationem vt ſcriptum eſt in §. *fin. eiuſd. legis*
7 *& in l. ſeq.* Alij diſtinguunt † an mora aliqua præceſſerit litis conteſtationem nécne, vt ſi preceſſerit nulla differentia ſit inter iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris, ſi non præceſſerit, tum verò id obtineat, quod diximus, vt in illis tempus rei iudicandæ, in his litis conteſtatæ inſpiciatur, Cùm tamen nullus omnino iuris locus ſit ex quo probare poſſit in iudiciis ſtrictis reuocari debere æſtimationem ad tempus moræ. Nam quod his ipſis ferè verbis ſcriptum videtur in *d. l. pennlt. D. de condi. triticar.* longè aliam habet ſententiam & ad eum duntaxat caſum pertinet quo ſpecies debita facta ſit deterior poſt moram. Quo caſu ſicuti non dubitatur quin moroſi debitoris periculo ea deterioratio cedere debeat, ſicut & mors ipſa cederet, ſi homo debitus periiſſet poſt moram *d. l. ſi ex legati* 23. *De verb. obligat.* Ita, nec fieri poteſt vt aliter ineatur æſtimatio quàm inſpecto tempore moræ: quod non ſimiliter contingit cùm eadem manente ſpecie, id eſt non facta deteriore, at fortaſſis etiam meliore reddita nihilominus æſtimatio eius decreuit, pretiis rerum omnium eiuſdem ſpeciei pro tempore imminutis. Idque mirum eſt non fuiſſe animaduerſum à *Iacobo Cuiacio.* qui ſibi parum hic conſtans in poſterioribus cogitationibus, id eſt *tract.* 8. *ad African.* ad *d. l. hominem,* magis probat hanc diſtinctionem, quam & probare cœperat ad *d. l.* 59. *De verb.* 8
obligat. Mea † igitur, & ni fallor, prudentum quoque omnium ſententia eſt, ſiue merx, ſiue ſpecies debeatur, & ſiue mora aliqua conteſtationem præceſſerit, ſiue nulla, diſtingui debere iudicia bonæ fidei à ſtrictis, in ſtrictis enim ſpectari præcisè tempus litis conteſtatæ, non aut moræ præcedentis aut ſubſecutæ condemnationis, licèt tunc cùm conteſtata lis eſt, minoris res fuerit *d. l. vinum d. l. vlt. d. §. in hac d. l. hominem,* niſi dies ſolutioni dicta ſit vt ex iiſdem locis apparet. In iis verò quæ bonæ fidei ſunt, ſpectari quidem etiam tempus litis conteſtatæ ſi tunc pluris res ſit, ſed ſi aut quo tempore mora ante conteſtationem admiſſa eſt, aut quo res in condemnationem deducitur, maior æſtimatio proponatur, ſpectari debere vtro tempore pluris res fuerit, nunquam autem quanti plurimi ab vno tempore in aliud tempus res fuit. Sed ſi dies in obligatione adiecta & ſolutioni dicta fuerit, eius diei æſtimationem præcisè & indiſtinctè ſequendam eſſe, id eſt in omni contractuum, & iudiciorum genere, ſiue poſteà res pluris eſſe cœperit, ſiue minoris. Verùm vt hæc omnia melius & commodiùs intelligantur de ſingulis ſeparatim & breuiter tractandum eſt. Sic enim fiet vt errores quoque interpretum pragmaticorum apertiùs detegantur.

ERROR II.

De natura iudiciorum bonæ fidei cùm agitur de re debita æſtimanda.

SVMMARIA.

1 *Quomodo accipiendum quod ait Vlpianus in l. 3. §. in hac. D. commod. in iudiciis bonæ fidei quàm agitur de æſtimatione rei debitæ ſpectandum eſſe tempus rei iudicandæ.*

2 *Cur ſi mora quæ præceſſit condemnationem tempore pluris res fuerit, quam tunc ſit cùm deducitur in condemnationem, tempus moræ ſpectandum ſit in iudiciis bonæ fidei.*

3 *Cur nullo iuris loco meminerim prudentes litis conteſtatæ, cùm de æſtimatione ineunda in bonæ fidei iudiciis diſputant.*

4 *In iudiciis bonæ fidei licet rei debitæ æſtimatio creuerit à die moræ in diem litis conteſtatæ, aut à die litis conteſtatæ in diem vſque condemnationis, non tanti tamen debitorem condemnari oportet, contra pragmat. & interpp.*

5 *Vnde fiat vt in iudiciis bonæ fidei ſpectandum ſit tempus moræ.*

6 *In iudiciis bonæ fidei quod debetur, quale, quantum, quantique ſuit, cùm petitum eſt etiam extra iudicium, tale, tantumque præſtari & tanti æſtimari debet, niſi pluris eſſe cœperit tempore litis conteſtatæ, aut condemnationis.*

7 *Excipi à ſupradicta iuris propoſitione iudicium mandati, in quo ſi pro te Titium ſoluerim, tanti condemnari mihi debes quanti Titius fuit, cùm à me ſolutus eſt.*

8 *In quæſtione de æſtimatione rei debitæ, ante omnia illud inſpiciendum quid ſit in obligatione an æſtimatio, an res ipſa.*

9 *Quod de iudicio mandati dictum eſt, ad actionem negotiorum geſtorum quoque pertinere.*

10 *Cuiacij lapſus.*

IN iudiciis † bonæ fidei ſi de ineũda rei debitæ 1
eſtimatione quęratur, ſpectãdum eſſe tẽpus rei iudicãdæ aperte ſcribit Vlpianus in *l.* 3. §. *in hac D. commod.* vbi nõ ſolùm de actione cõmodati tractat ſed

gene

Digitized by Google

generaliter de omnibus bonæ fidei iudiciis, nec valde dissimiliter in *l.* 3. §. *si per venditorem D. de action. empt.* Nisi quod ibi tractans de actione empti & venditi quæ bonæ fidei est, ait inspici debere vtro tempore res pluris fuit aut moræ aut condemnationis, vt intelligamus quod scriptum est in *d. l. in hac* de inspiciendo tempore rei iudicandæ sic accipi oportere. Non dicam, quomodo interpretes loqui solent, nisi mora aliqua condemnationem præcesserit (vix enim est vt nulla præcedente mora perueniatur vnquam ad condemnationem extra casum
2 *l.* 3. *in princip. D. de vsur.*) sed potius, nisi moræ † quæ præcessit tempore pluris res fuerit quàm tunc sit cùm deducitur in condemnationem. Hoc enim casu bona fides, quæ in his iudiciis exuperat maxime, ad inducendas plenissimas præstationes, non patitur vt melioris conditionis sit debitor à quo petitur extra iudicium quàm si eo ipso instanti litem secum contestari peteretur: scilicet quia quod ad bonam fidem præstandam attinet nihil interest an in iudicio, an extra iudicium petatur, nec in aliud comparata sunt iudicia nisi vt exerceantur contra inuitos, *l. inter stipulantem* 83. §. 1. *De verb. obligat.* non etiam contra eos qui bonam fidem vltrò cognoscere parati sunt *l. quoties* 9. §. *sicut autem. D. de administr. & peric. tutor.* Atqui si eo tempore quo petitum est extra iudicium lis contestata fuisset, túmque æstimatio maior fuisset quàm sit tempore condemnationis, ea proculdubio æstimatio deberetur quæ tunc fuisset. Nam quæ ratio facit vt in iudiciis strictis tempus litis contestatæ spectari oporteat, eadem locum habet in iudiciis bonæ fidei, quia scilicet quale quid est, cùm petitur, tale dari debet, *l.* 2. *D. de vsur.* vt in sequentibus dicemus. Nulla enim cauilla est propter quam meliorem esse oportet conditionem moroſi debitoris ob id sciùm quod bonæ fidei iudicio conueniatur. Moræ siquidem præcedentis ratio coniuncta cum bona fide, quo magis non quominùs condemnati reus debeat, facit. Ergo quemadmodum litis contestatæ tempus spectandum esset in ineunda æstimatione rei debitæ ex iudicio bonæ fidei, siue tunc res pluris fuisset etiam mora alia præcedente, ne creditori noceat quod ante contestationem in mora debitorem constituerit, siue mora nulla præcessisset, qua eo saltem tempore mora contraheretur quo fieret litis contestatio. Eadem ratione dicendum est bonam fidem efficere vt si per interpellationem extra iudicialem, & citra contestationem mora contracta sit, tempus illud moræ extraiudicialis inspici oporteat. Isque Vlpiani sensus est in *dict. l.* 3. §. *si per venditorem. De action. empt.* cùm ait venditorem qui in mora fuit tradendæ mercis debitæ condemnari debere vtro tempore res pluris fuit, moræ aut condemnationis, vtraque enim mora tam quæ per congruam interpellationem contrahitur, quàm quæ per litis contestationem, & vtraque, vt diximus, eiusdem effectus, cùm ex bonæ fidei iudicio
3 agitur. Indéque nimirum † factum est vt neque illo, neque vllo alio iuris loco meminerint Iureconsulti litis contestatæ, cùm de iudiciis bonæ fidei disputant, sed tantùm vel moræ vel condemnationis, siue quòd moræ appellatione eam quoque scirent contineri quæ per contestationem contraheretur, siue quòd non putarent fieri posse vt quisquam dubitaret, quin debitor ex contractu bonæ fidei æquè duram condemnationem subire deberet si litis contestatæ tempore pluris res fuisset, atque si stricti iuris iudicio vrgeretur. Nam vt ea æstimatio præstari debeat quæ contestationis tempore fuit, non sit alia quàm certissima constantique iuris ratione, quæ proculdubio semper sequenda est siue bonæ fidei siue strictum iudicium proponatur, nisi cùm bona fides suadet vt ex iis contractibus in quibus bonam fidem exuberare oportet, plenior fieri debeat condemnatio: quod ipsum tum demum euenit, cùm moræ aut rei iudicandæ tempore pluris res est quàm tempore litis contestatæ, non cùm minoris. Cæterum moræ ratio propter bonã fidẽ non vsque adeò habenda est etiam in iudiciis bonæ fidei, vt si † rei debitę æstimatio creuerit à die moræ 4
in diẽ litis cõtestatę aut à die litis contestatę in diẽ vsq; condemnationis, tanti debitorẽ condemnari oporteat. In quo interpretes & pragmaticos omnes errare video qui quoties hanc quæstionem tractant, semper de quanti plurimi æstimatione loquuntur. Frustra enim Iureconsulti hoc aut illud tempus spectandum esse dicerent, vt in *d. l. vinum* 22. *D. de reb. credit. l pen. & vlt. D. de condic. triticar. dict. l.* 3. §. *in hac. D. commod.* aut vtro tempore pluris res fuit, vt in *d. l.* § *si per venditorem. De action. empt.* si è contrario quanti plurimi ab hoc aut illo tempore res fuisset inspici oporteret. Nam quod dicimus in his iudiciis † quæ bonæ fidei sunt spectari tem- 5
pus moræ, non fit in odium moræ (vt vulgò creditur) alioqui cùm moræ odium nullum esse possit nisi ex quo contracta est, non moræ tempus inspici deberet, sed omne illud quod moram secutum esset: at quia iuris & bonæ fidei communcta ratio id euincit, Iuris, quoniam quale quid est cùm petitur tale dari debet etiam ex iudicio quod sit stricti iuris. Bonæ fidei verò, quia licet peti demum id dicatur quod per iudicem petitur, & de quo iudicium accipitur, *l. amplius* 15 *D. rat. rem haber.* bona tamen fides non patitur vt existimare debeamus quidquam referre an per iudicem an sine iudice petatur, id quod ex bonæ fidei contractu debetur. Itaque quale † quantum, quantique id fuit, cùm petitum est 6
etiam extra iudicium tale tantúmque præstari, & tanti æstimari debet, nisi pluris esse cœperit tempore litis cõtestatæ aut condemnationis. Media verò tempora quod ad hanc rem pertinet non curamus nisi cùm de conditione furtiua disputamus, propter eam rationem quam nos suo loco ostendemus, cùm tractabimus *De quanti plurimi æstimatione.* Excipiendum † tamen est & sepa- 7
randum à cæteris bonæ fidei iudiciis iudicium mandati. Nam si hominem siue certum siue incertum pro te dari fideiusserim, & deinde Stichum soluerim, nec pluris nec minoris condemnandus mihi es quàm quanti Stichus tunc fuit cùm à me solutus est, licet postea pluris esse cœperit moræ tempore, aut condemnationis siue mora per extraiudicialem interpellationem contracta sit, siue per contestationem. Sic enim accipiendus est Africanus in *l. hominem* 37. *D. mandat.* Et ratio dissimilitudinis aperta est, quia actione mandati nihil peti potest nisi quod mandatario abest ex causa impleti mandati, quoniam nec pluris eius interest *l. inter* 26 §. *abesse. D. mand.* Mihi autem qui pro te Stichum solui nihil abest nisi quanti solutionis tempore is Stichus fuit, cùm si tantundem eo ipso die aut postridie mihi præstitisses liberatus fuisses. Nam si velim dicere, imò verò abesse mihi Stichum quem hodie haberem & pluris vendere possem aucta iam ipsius æstimatione si pro te non soluissem. Habes paratam exceptionem, non posse fieri vt mihi Stichum debeas, quem pro te solui necessario Stichi æstimationem deberi, quæ porrò semel certa debita nunquam ex postfacto crescere potest, non magis quàm vt ex decem numis fiant vndecim. Totius enim crescere potest æstimatio quoties ipsa res deberur, cuius pretium pro temporum varietate mutatur. Sempérque in hac quæstione † illud ante omnia inspicien- 8
dum est quid sit in obligatione, an æstimatio an res ipsa: neque enim quæstioni locus esse potest, cuius temporis habenda sit ratio in ineunda rei debitæ æstimatione, cùm non res, sed eius æstimatio sola iam deberur. Quod tamen de mandati actione dicimus, idem de † factione 9
negotiorum gestorum dictum intelligi debet, vt si negotia tua gerens Stichum pro te soluerim, tanti condemnari mihi debeas quanti tunc Stichus fuit cùm à me solutus est: hæc enim actio non solùm bonæ fidei est, sed etiam accedit quàm maximè ad actionem mandati, nec ferè in alio differt nisi quod actio mandati competit; ita demum si mandatum præcesserit,

hæc verò cùm nullum mandatum interceſſit *l.ex mandato.* 20.§.1. *D.de mandat.* Ceterum vtraque competit ad id quod abeſt ex cauſſa vel ſuſcepti mandati, vel negotij geſti. Proinde vtriuſque actionis eadem hac parte
10 vt in cæteris ferè omnibus ratio eſt. Erat † autem egregiè Iacobus Cuiacius qui ad Africanum in *dicta. l.hominem,* ſcribit vel ex eo maximè loco probari, conſtituendam eſſe in hac quæſtione differentiam inter iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris, propterea quòd inquit, Africanus apertè dicat differre actionem mandati quæ bonæ fidei eſt, ab actione ex ſtipulatu in qua non ſolutionis tempus ſpectari vult, ſed litis conteſtatæ. Habet enim actio mandati naturam propriam, nec minùs à cæteris bonæ fidei iudiciis omnibus, ſi negotiorum geſtorum actionem excipias quàm ab actione ex ſtipulatu ſeparatam, quod & *Cuiacius* fatetur.

ERROR III.

De natura iudiciorum ſtricti iuris in re debita æſtimanda.

SVMMARIA.

1 *In iudiciis ſtricti iuris tempus litis conteſtata præcisè ſpectandum eſt quoties agitur de ineunda rei debitæ æſtimatione.*

2 *Quale quid eſt cùm petitur tale dari debet, ſine pluris tunc res ſit, quam antè fuerit, aut poſteà eſſe cœperit: ſive minoris.*

3 *Peti res tunc intelligitur, cùm de ea iudicium accipitur.*

4 *Cùm in diem certam debitum fuit, in iudiciis ſtrictis eius diei æſtimatio præcisè ſpectanda eſt.*

5 *Ratio ſuperioris effati, & expoſitio l.quoties.* 56. *Digeſt. de verbor obligation.*

6 *Magnopere intereſſe an mora contrahatur per lapſum temporis, an per extraiudicialem interpellationem, contra pragmat. & interpp.*

7 *Mora extraiudicialis in ſtrictis iudiciis ratio quatenus habeatur.*

8 *Vnde fiat vt in iudiciis bonæ fidei ſpectemus æſtimationem quæ fuit tempore moræ: & quando ſpectanda ſit.*

9 *Diſtinctio contractuum in contractus bonæ fidei & ſtricti iuris, vnde ſit.*

10 *Vnde fiat vt ſpectetur æſtimatio diei in obligatione adiecta.*

11 *Refellitur error pragmatic. & interpp. ſtatuentium acta poſt moram æſtimatione ante litem conteſtatam, deberi actori quanti plurimi res fuerit ab eo tempore moræ, tametſi minoris ſit litis conteſtatæ aut condemnationis tempore.*

12 *In iudiciis ſtrictis ſpectamus præcisè tempus litis conteſtatæ, non etiam moræ, aut condemnationis, media verò tempora multò minus, at in iis quæ ſunt bonæ fidei ſpectatur quidem tempus litis conteſtatæ, ſed non adeò præcisè, quin precedentis moræ, aut rei indicandæ dies inſpiciatur ex bona fide, vtro tempore res pluris fuit.*

13 *Excipitur caſus quo in diem certum obligatio concepta eſt, tunc enim illius diei æſtimatio vtrobique ſpectanda.*

1 DIximus primo huius Decadis capite, ita ius comparatum eſſe vt in † iudiciis quæ ſtricti iuris appellantur, aut vt Papinianus dicere malebat in *l.3.§.in his quoque. D.de vſuris.* quæ nec bonæ fidei ſunt, nec arbitraria, tempus litis conteſtatæ præcisè ſpectari oporteat, quoties agitur de inenda rei debitæ æſtimatione, præcisè, inquam, id eſt nulla ratione habita eius æſtimationis quæ maior ſit tempore condemnationis, aut eius quæ maior fuerit tempore moræ, ſi qua præceſſerit litis conteſtationem, atque ita accipi debere quod ſcriptum eſt in *lege vinum* 22. *D.de rebus credit. l. vltima D.de condict. triti. l.hominem* 37. *Digeſt. mandat. l.*3.§. *in hac. D.commod.* Ratio eſt quam Papinianus licèt in aliam rem adfert in *lege* 2. *D.de vſuris.* quod † quale quid eſt cùm petitur tale dari 1
debet, ſiue pluris tunc res ſit quàm antè fuerit aut poſteà eſſe cœperit, ſiue minoris. Peti autem res † tunc intelligi- 3
tur cùm de ea iudicium accipitur, non autem cùm vel interpellatio extraiudicialis ſit ad inducendam moram, vel deducitur lis in condemnationem *l. amplius* 15. *D. rat. rem habe. d.l.*2. iunct. *l. videamus* 38.§. *ſi actionem. D. de vſur.* Itaque nullo iuris loco ſcriptum reperias in hoc iudiciorum genere inſpiciendum eſſe tempus moræ aut rei iudicandæ, aut aliud vllum denique præterquàm litis conteſtatæ: niſi cùm in diem † certam debitum fuit. 4
Tunc enim placuit eius diei æſtimationem præcisè ſpectandam eſſe, *d.l.vinum d.l.vlt. & l.quoties* 59. *D.de verb. oblig.* vbi ratio redditur, *Alioquin rei captio erit.* Cuius hic ſenſus eſt, Debitoris damno & fraudi cedturum eſſe ſi adiecto die alterius temporis ſiue precedentis ſiue ſubſequentis in æſtimanda re debita ratio haberetur, cùm in eam diem expreſſim obligationem concipi voluerit, vt dubitari non poſſet quin eius temporis rationem haberi oporteret. De quo dicemus latiùs *cap. ſequenti.* Hîc adnotaſſe ſufficiet interpretes & pragmaticos omnes malè ſupradictis legibus abuti vt probent, etiam in iudiciis ſtrictis ſpectandum eſſe tempus moræ quæ conteſtationem præceſſerit ex interpellatione extraiudiciali. Quaſi nihil interſit an mora contrahatur per lapſum temporis an per extraiudicialem interpellationem. Nam imò verò † intereſt quàm maximè, quia mo- 5
ra quæ per lapſum diei in obligatione poſiti cõtrahitur, pendet & proficiſcitur non ſolùm ex iure obligationis, ſed etiam ex verbis conuentionis. Ideóque quantumuis obligatio ſtricta ſit & ſtrictè interpretanda, fieri tamen nequit vt eius tẽporis quod ſpecialiter & expreſſim in conuentionẽ deductum eſt rationẽ haberi non oporteat. Quod non ſimiliter dici poteſt cùm alio quàm obligationis iure & ſola interpellationis extraiudicialis poteſtate cõtracta eſt mora: non quòd ex cõtractibus ſtrictis perinde atque ex iis qui bonæ fidei ſunt mora contrahi nequeat per interpellationẽ extraiudicialẽ & citra conteſtationẽ. Sed quia cùm in iudiciis ſtrictis nulla bonæ fidei ratio habeatur, ſed mero ſtrictóque iure fiat cõdemnatio, nulla quoque moræ † extraiudicialis ratio haberi 6
poteſt, niſi hactenus, vt ſi poſt eam moram res perierit aut deterior facta ſit, nihilominùs obligatio qualis quantáque antèà fuit perpetuetur ac ſi res non periiſſet aut deterior facta non fuiſſet, *l.ſi ex legati* 23. *l.ſi ſeruum* 91. §. *ſequitur & §. vlti. De verb. obligat. l. promiſſor.*2. *& l.*23. *D. de pecun. conſtit.* Nam vt in iudiciis † bonæ 7
fidei ſpectemus eam æſtimationem quæ fuit tempore moræ, non fit ex iuris ratione aliqua, ſed tantùm ex iudicij æquitate, id eſt ex bona fide quæ in eo iudiciorum genere pleniores & vberiores præſtationes inducit, vt proximo capite dicebamus. Vnde fit vt nec aliter tempus illud moræ ſpectandum ſit, quàm ſi res eo tempore pluris fuerit, *l.*3. §. *ſi per venditorem. D. de action. empt.* quia non eſſet ex bona fide vt in moroſi debitoris commodum moræ tempus inſpiceremus repugnante præſertim ipſa iuris ratione quæ in omni contractuum & iudiciorum genere ſpectari vult tempus litis conteſtatæ. At in iudicus ſtrictis nullus æquitati ad irrogandam grauiorem condemnationem locus relinquitur, quia nec negotij natura id patitur, nec ipſa etiam bona fides in eo genere negotiorum interpretationem hanc admittit. Fit enim proculdubio ex negotiorum † qualitate & differentia, vt contractuum alij bonæ fidei, alij 9
ſtricti

ſtricti iuris eſſe exiſtimentur. Itaque mala eſt, & inepta illa interpretum & pragmaticorum ratiocinatio, cùm aiunt, Adiecta die in obligatione ſi de æſtimanda re quæratur, ſpectari diem illam quaſi tempus moræ, propterea quòd, inquiunt, dies tacitè interpellat pro homine *l. magnam. Cod. de contrab. & committ. ſtipul.* Vt inferant multò igitur magis ſpectandum eſſe tempus moræ per interpellationem expreſſam contractæ, ne alioqui maior taciti quàm expreſſi vis eſſe videatur. Negandum enim eſt quod illi pro vero habent ſpectari † diem in obligatione adiectam, quaſi ad eam diem tacitè interpellato debitore & in mora conſtituto. Nam vt ſpectetur æſtimatio, quæ tum fuit, facit voluntas ſola contrahentium, quos dici non poteſt alia de cauſſa diem certum obligationi adieciſſe, niſi vt eius temporis non alterius vllius ratio haberetur, ſiue in æſtimanda re debita, ſiue in taxando eo quod creditoris ob non factam ſolutionem intereſſet, *l. ſi Calendis 11. D. de re iudicat. l. ſi fundum certo die 114. de verborum obligat. l. 3. D. de in lit. iur.* Ex quo euenit vt etiamſi maximè ex bonæ fidei iudicio agatur aduerſus eum qui ad certum diem dare rem debuit, nec dedit, perinde ſpectari debeat quanti res eo die fuit, licèt poſt diem æſtimatio creuerit, ita ferente ſcilicet natura & conditione obligationis, vt ſequenti capite dicemus, cùm tamen ſi non niſi propter moram eo tempore contractam deberetur æſtimatio quæ tùm fuiſſet auctæ poſtmodum æſtimationis rationem nihilominus haberi oporteret, ſi fortè litis conteſtatæ aut iudicandæ tempore pluris eſſe res proponeretur *dict. l. 3. §. ſi per venditorem D. de action empt. dict. l. 3. §. in hac. D. commod.* Sed multò grauior † interpretum & pragmaticorum error ille eſt, quòd volunt Aucta poſt moram æſtimatione ante litem conteſtatam deberi actori quanti plurimi res fuerit ab eo tempore moræ tametſi fortè minoris tunc ſit cùm lis conteſtatur, vel in condemnationem deducitur. Nullo enim caſu id verum eſt ſiue bonæ fidei iudicium ſiue ſtrictum exerceatur, ſiue porè, ſiue in diem certam concepta ſit obligatio. Nimirum quoniam mora numquam auget principalem obligationem, ſed tantùm eam quæ eſt, perpetuat, inducitque præſtandarum acceſſionum æquitatem quantum iudicij natura ferre poteſt. Atqui æſtimatio rei quæ pro re debita præſtatur non acceſſionis iure cenſeri debet, cùm perinde ſit in obligatione principali, atque res ipſa in cuius vicem locúmque præſtatur. Non igitur ob id quòd mora præceſſerit amplioris æſtimationis condemnatio fieri poteſt. Nam & cùm moræ tempus ex bona fide ſpectandum eſſe admittimus, id eſt, in iudiciis bonæ fidei, non ad moram contractam reſpicimus, ſed ad id quod cùm quale quidque eſt cùm peritur tale dari debeat *dict. l. 1. de vſur.* bona fides poſtulat vt exiſtimare debeamus nihil intereſſe an per iudicem an extra iudicium petatur id quod debetur. Indéque fit vt inſpiciamus eo caſu tempus quo mora contrahitur, non illud, quo iam contracta eſt, quod tamen maximè ſpectandum eſſet ſi moræ odium ſententiam hanc aduerſus rationem iuris extorſiſſet. Neque enim moræ odium vllum eſt, niſi ex quo contracta fuit. Prius autem eſt vt contrahatur, quàm vt contracta videri poſſit. Illa igitur differentia † inter iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris admittenda eſt, quod in his quæ ſtricti iuris ſunt ſpectamus præcisè tempus litis conteſtatæ, non etiam moræ aut condemnationis, media verò tempora multò minùs, in aliis autem quæ bonæ fidei ſunt ſpectamus quidem tempus litis conteſtatæ, ſed non adeò præcisè quin præcedentis moræ aut rei iudicandæ dies inſpiciatur ex bona fide, vtro tempore res pluris fuit. Non tamen quanti plurimi res fuerit à die moræ in diem vſque litis conteſtatæ aut à die litis conteſtatæ in diem vſque condemnationis. Excipiendus † ſemper caſus, ille eſt quo in diem certum obligatio concepta proponatur. Tunc enim idem iuris in omnibus ſiue bonæ fidei ſiue ſtrictis iudiciis obtinet vt eam æſtimationem deduci in condemnationem præſtarique oporteat, quæ illo ipſo tempore fuit, ſiue maior fuerit ſiue minor quàm ſit tempore interpellationis, aut conteſtationis, aut condemnationis. De quo ſupereſt iam vt videamus.

ERROR IV.

De æſtimanda re in diem certum debita.

SVMMARIA.

1 *Si obligatio purè concepta ſit, & quæratur de ineunda rei debitæ æſtimatione, obtinent ea quæ ſupp. capp. dicta ſunt.*
2 *Si in diem certum concepta ſit obligatio, cuius temporis ſpectanda ſit æſtimatio.*
3 *Sententia interpretum & pragmaticorum.*
4 *Adiectio dici facit, vt eius temporis æſtimatio præſtanda ſit, non propter moram, ſed ex contrahentium voluntate, contra pragmat. & interpp. & n. 6. 9.*
5 *Dies quatenus pro reo, quatenus pro ſtipulatore adiectus cenſeatur.*
7 *Mora non poteſt facere vt obligationis ſemel conſtitutæ ſubſtantia & conditio immutetur, ſed tantùm vt vel perpetuetur obligatio, vt acceſſionum præſtatione augeatur.*
8 *Cùm ſtipulatio diem certum habuit, nec eo die res ſoluta eſt, & fructus debentur ſtipulatori qui ab eo die percepti ſunt, & vſura, & generaliter quicquid intereſt ſtipulatoris ſua die ſolutum fuiſſe.*
10 *Mora nulla intelligitur, vbi nulla petitio eſt.*
11 *Vt quod ex ſtipulatione debetur, poſſit exigi, ſufficit conditionem ſtipulationis exitiſſe.*
12 *Facit bona fides vt cùm dies obligationi bonæ fidei adiecta non eſt, ſpectandum ſit tempus moræ, aut rei iudicandæ: poteſtas verò obligationis vt ſpectetur æſtimatio diei adiectæ.*
13 *Ex mora contracta vbi dies obligationi adiecta eſt, obligatio augeri nequit: ſed ea æſtimatio præcisè præſtanda quæ fuit tempore diei adiectæ.*

OMnis obligatio vel putè concipitur, vel in diem, vel ſub conditione, ſi purè † concepta ſit, & quæratur de ineunda rei debitæ æſtimatione obtinent ea quæ iam diximus. Si ſub conditione quid ſtatuendum ſit proximo capite dicemus. Si in diem † certum (incertus enim pro conditione habetur, nec minùs in contractibus quàm in vltimis voluntatibus, *lege ſtipulatio iſta 38. §. inter certam, De verbor. oblig. lege dies incertus 79. De condic. & demonſtrat.*) cuius temporis æſtimatio ſequenda ſit, elegantis eſt diſceptationis. Etſi enim plerique iuris locis generaliter & indiſtinctè ſcriptum legimus tanti rem æſtimandam eſſe quanti eo die fuit, quo dari debuit, vt in *lege vinum 21. D. de reb. credit. l. vltim. De condic. triticar. lege hominem 37. D. mandat. l. quoties 59. D. de verborum obligat.* Id tamen noſtri & interpretes † & pragmatici paſſim ſic intelligunt, vt ſi ab eo tempore æſtimatio creuerit, condemnandus ſit debitor quanti plurimi vnquam res fuit, ſiue bonæ fidei iuue ſtricti iuris iudicium exerceatur. Perinde, inquiunt, acſi mora per interpellationem expreſſam contracta eſſet. Nihil enim intereſſe putant inter hanc & illam moram, & odio moræ adſcribunt hoc ipſum quod dicimus, Adiecta die æſtimationem illam quæ tum fuerit, deberi quaſi tacitè interpellato eo qui ad certum diem dare debuit, vt eadem ſit ratio tacitæ & expreſſæ interpellationis. Ego contra puto: adiectionem † diei facere vt eius temporis æſtimatio præſtanda ſit non propter moram, quæ ex

ſolo diei lapſu contracta ſit, ſed ex contrahentium voluntate, quam negari non poteſt talem fuiſſe, vt ſiue pluris, ſiue minoris tunc res eſſet, tempus illud vnicum & præcisè ſpectari oporteret. Nam ſicuti dies adicitur
5 † pro reo vt totum medium tempus liberum habeat ad ſoluendum nec ante diem inquietari poſſit, *lege eam qui* 41. §. *& lege ſequent. De verb. obligat.* Ita & pro ſtipulatore, vt reus intelligat ſibi ſoluendum eſſe ad eam diem: nec poſt eam diem factum ſe ſatis ſi ſoluat, niſi præterea præſtet quanti interfuit creditoris ea die ſolutum fuiſſe, *lege ſi certo die* 114. *eodem. l. nummis* 3. *D. de in lit. iur. lege ſi Calendis* 11. *D. de re iudicat.* vbi elegans ratio redditur quæ & ad propoſitam diſputationem ma-
6 ximè pertinet, quòd ex eo tempore † quidque æſtimandum ſit quo nouiſſimè ſolui potuit. Inde enim fit neceſſariò, vt nõ alia æſtimatio deberi poſſit, quàm quæ præcisè fuit eo tempore, quo rem dari ex conuentionis verbis oportuit: ſiquidẽ ante nouiſſimam illius diei horam, imò verò nouiſſimæ horæ vltimo inſtanti potuit promiſſor ſoluendo ſatisfacere conuentioni, poſt eam horam deſiit poſſe, itaque in id concurrit voluntas vtriuſque contrahentium, vt ſi res ad diem ſoluta non erit, ea præcisè & omnimodo debeatur æſtimatio, quæ tùm fuit, ſiue maior fuerit, ſiue minor quàm quæ ſupereuenit, non ſecus ac ſi diſertè conueniſſet, vt non facta ad diem ſolutione, quanti tunc res eſſet præſtaretur: quo caſu nemo dubitaret, quin alia æſtimatio deberi nulla vnquam poſſet, tametſi poſt moram millies ſi voles contractam pluris eſſe res cœpiſſet, quia ſemper in ſtipulationibus cæteriſque contractibus ſequimur id quod actum dictúmque eſt, nec interueniens mora
7 † facere poteſt vt obligationis ſemel conſtitutæ ſubſtantia & conditio immutetur, ſed tantùm vt vel perpetuetur obligatio quæ alioqui erat interitura, vel acceſſione quam præſtatione augeatur, *l. fundum Cornelianum* 28 *D. de nouat.* vbi Papinianus ſcribit, ſi fundum Cornelianum ſtipulatus poſtea ſtipuler quanti fundus eſt, agentem me quandocunque ex ſecunda ſtipulatione etiam poſt moram promiſſoris non ampliùs conſecuturum quàm quanti res fuerit tempore interpoſitæ ſtipulationis, nimirum propter verba illa ad id tempus relata *quanti res eſt* quæ ad aliud tempus extendi nullomodo poſſunt. Eam autem ſolius diei adiectionis vim eſſe quam dicimus, ex eo apparet quòd quamuis ex ſtipulatione cæteriſque contractibus ſtricti iuris nihil peti poſſit ſuprà quàm obligatione ipſa ſit comprehenſum, nec ſi mora contracta ſit, *l. quicquid adſtringendæ* 99. *de verb. obligat. l.* 4. *D. de vſuris.* tamen cùm ſtipulatio
8 † diem certum habuit, & fructus debentur ſtipulatori, qui ab eo die percepti ſunt, & vſuræ & generaliter quicquid intereſt ſtipulatoris ſolutum ſua die fuiſſe, *dicta lege ſi fundum certo die* 114. *De verb. obligat. dict. l.* 3. *De in lit. iur.* Quaſi his omnibus expreſſim deductis in ſtipulationem hoc ipſo quòd dies inſerta eſt, dictáque ſolutioni Quòd ſi in acceſſionibus id obtinet, multò magis admittendũ eſt debere idem in æſtimatione incunda obtineré, quæ nihil aliud eſt quàm ipſa res, quæ eo die dari debuit, aut ſaltem ipſius rei loco ſuccedit. Et ſanè ius hoc quod à prudentibus conſtitutum eſt vt adiecta
9 † die inſpici debeat quanti tunc res fuit, non ex odio moræ debitoris, ſed ex vi ipſa & poteſtate obligationis deſcendere intelligi facile poteſt ex eo, quod prudentes incundæ æſtimationis rationem hoc caſu ſemper referunt ad illam ipſam diem in qua fieri ſolutio debuit, qua tamen die nulladum mora contracta videri poteſt, cùm, vt diximus, non niſi poſt vltimum illius diei inſtans præteritum quicquam peti à debitore poſſit *lege qui hoc anno* 42. *De verborum obligation.* Conſtat enim
10 moram † nullam intelligi vbi petitio nulla eſt, *l. mora* 88. *de regulis iur. l. ſi pupillus* 128. *de verbor. obligation.* Prius autem eſt vt mora contracta ſit, quàm vt moræ tempus inſpici poſſit. Quare tametſi ponas aliquid eſſe quod impediat ne mora per diei lapſum contrahatur, vt puta ſi eo die nemo fuerit qui ſolueret debitore fortaſſis defuncto vel creditore, nedum adita eius hereditate. Non tamen dubito quin idem iuris ſit ſi de re debita æſtimanda quæratur, id eſt, quin ea ipſa æſtimatio debeatur quæ tunc fuit, quoniam ita ferunt verba ſtipulationis. Nam etſi creditor ſtipulatus eſſet pœnam in caſum non ſolutæ ad diem pecuniæ, pœna nihilominùs committeretur, quamuis ſit illa longè odioſior, durúmque videatur pœnæ obſtringi eum cui nihil poſſit imputari *lege ad diem* 77. *eodem, l. vlt. D. de nautic. fœnor.* Hoc ideo quia vt † quod ex ſtipulatione debetur poſſit 11
exigi, ſufficit conditionem ſtipulationis extitiſſe, nec præterea requirimus vt debitor fuerit in mora. Nihil enim commune habet mora cum iure obligationis, neque intereſt quicquam ſtipulatoris an mora contracta ſit néne, vt poſſit id exigere quod ſibi non propter moram debetur, ſed propter ſtipulationem. Et verò cùm dicimus † in æſtimatione rei debitæ incunda moræ 12
tempus ſpectandum eſſe aut etiam rei iudicandæ vtro tempore res pluris fuit (quod non euenit niſi in bonæ fidei iudiciis cùm dies obligationi adiecta non eſt) non tam ad ius obligationis reſpicimus quàm ad bonam fidem quæ cùm in hoc iudiciorum genere plenior & exuberantior eſſe debeat, facilè hanc admittit interpretationem, quoniam bona fides non patitur vt melior ſit conditio debitoris ob id quod non niſi extra iudicium interpellatus eſt, quàm ſi in iudicio interpellatus, litémque conteſtatus eſſet, aut vt non debeat eam æſtimationem præſtare quæ rei iudicandæ tempore maior reperitur: cum ſi rem ab initio debitor dediſſet eam nunc actor haberet: quæ verò data non eſt, & dari iam olim debuit, ſaltem hodie danda eſt, inquit, Paulus in *l. ſi ſterilis* 21. §. *cùm per venditorem, de act. empt.* Atqui cum conſtat quid actum & in obligationem deductum ſit, ſufficit poteſtas obligationis, nec neceſſe eſt recurrere ad bonæ fidei interpretationem, quandoquidem ex bona fide non minùs quàm ex iuris neceſſitate illud quoque eſt vt quod actum dictúmque fuit omnimodo præſtetur. Fieri ergo nequit ſiue iuris rationem inſpicias, ſiue æquitatem illam quæ ex bonæ fidei interpretatione inducitur, vt obligatione in diem certum concepta æſtimetur res debita alterius quàm expreſſi temporis habita ratione, non ſolùm ſi ſtricti iuris iudicio agatur, quod minorem habet dubitationem, ſed etſi bonæ fidei actio exerceatur. Dices, ita conſtituto iure futurum vt debitoris mora ei proſit, cùm ſi dies adiectus non eſſet, eam æſtimationem vtique deberet quæ aut interpellationis, aut conteſtationis, aut rei iudicatæ tempore pro iudiciorum qualitate & varietate maior reperietur. Sed iam reſpondi moram † facere non poſſe vt obligatio 13
augeatur, non magis quàm vt Stichum & Pamphilum poſt moram debeat is, qui citra moram Stichum duntaxat deberet, aut vt debeat quindecim qui non niſi in decem obligatus fuit. Quemadmodum igitur ſic concepta obligatione *ſi fundum Calendis proximis non dederis, quanti nunc is fundus eſt dari*, nemo dubitat quin licèt mora contracta liſque conteſtata & condemnatio irroganda ſit, ea tamen æſtimatio debeatur, quæ fuit tempore contractæ obligationis, tametſi poſtea à longè pluris fundus eſſe cœperit *d. l. fundum* 8. *D. nouat.* Ita fatendum eſt, ſimpliciter concepta in diem certum obligatione non aliam æſtimationem deberi poſſe quàm quæ tum fuit cùm dari res debuit, quamuis mora contracta ſit, & poſt moram æſtimatio creuerit, quia ſolo diei adiectio facit vt perinde ſit ac ſi in caſum non factæ ſolutionis promiſſa fuiſſet diſertis verbis ea æſtimatio quæ illo ipſo diei futura eſſet.

ERROR

ERROR V.

De ineunda æstimatione rei debitæ sub conditione.

SVMMARIA.

1 *Inter certam & incertam diem quantum interſit ratione æſtimationis rei debitæ.*
2 *Quodnam tempus ſpectandum ſit in æſtimatione rei ſub conditione debitæ ineunda.*
3 *Ex Bartoli & ſequacium ſententia ſpectandum tempus interpellationis facta poſt exiſtentem conditionem.*
4 *Sententia autoris de propoſita n. 2. quæſtione.*
5 *Obiectio contra Bartoli opinionem, atque autoris ſententiam petita ex l. quoties, 59. D. de V. O. vbi Iulianus tempus exiſtentis conditionis ſpectandum ait.*
6 *Reſponſio Bartoli ad d. l. & eius refutatio.*
7 *Sententia Cuiacij tempus exiſtentis conditionis ſpectandum eſſe.*
8 *Reſponſio autoris ad d. l. & ginſd. leg. accurata expoſitio.*
9 *Qua ſit ſententia rationis quam affert Iulian. in d. l. his verbis, alioquin rei captio erit.*
10 *d. l. Quoties, emendatio ab Hotomanno allata reiicitur.*

1 INter certam † & incertam diem multum interest. Diei enim certæ adiectio facit vt quoties quæritur quid ex contractu præstari oporteat, æstimanda sint omnia ex eo die quo dari res debuit, idque ex tacita contrahentium voluntate quos non alia de causſa obligationi certam diem iniecisſe dici potest, cóque casu obtinent quę proximo capite disputauimus. At cùm dies incerta est, fieri nequit vt de certa æstimatione ineunda contrahentes cogitauerint, quia non potest incerti temporis certa vlla esſe æstimatio, non magis quàm si sub conditione obligatio contracta proponeretur. Dies enim incertus pro conditione est, nec minùs in obligationibus quàm in testamentis *l. stipulatio ista* 38. §. *inter certam, D. de verb. obl. l. dies incertus* 102. *De condi. & demo.* Ergo etsi quid sub conditione debeatur, nec existente conditione soluatur, æstimatio facienda erit alio tempore inspecto, quam quo extitit conditio, quia licèt diei tam certæ quàm incertæ & conditioni cuilibet commune illud sit vt non magis ante diem agi possit quàm ante conditionem existentem, posteà verò quàm dies venit aut conditio extitit, perinde agere liceat, tamen differentia in eo est, quod posteaquàm dies venit quæ ab initio certa fuit, desinit promissor posse satisfacere conuentioni, adeò vt etiam si prima diei sequentis hora soluat, verum tamen sit non soluisſe illum quo tempore soluere ex conuentione debuit. Vbi verò conditio extitit, non eo minùs satisfacit conuentioni debitor si aut interpelletur, aut ante interpellationem soluat, quamuis longo post tempore, quia existens conditio nihil aliud facit nisi vt obligatio quæ primùm fuit conditionalis pura fiat & pro eo habeatur, acsi ab initio pura fuisſet. Acsi conditio nulla adscripta esſet non eo minùs admitteretur debitor ad solutionem quandocunque faciendam & quidem ex natura & potestate conuentionis, quoniam quod obligatio pura est eò tantùm pertinet vt statim vrgeri possit, non autem vt hoc ipso desinat posse conuentioni satisfacere quasi iam in morą cõstitutus, alioqui dicendum esſet in eodem tempore & obligationem & moram contractam intelligi, quod certa nec iuris nec æquitatis ratio admittit, *l. quod dicimus* 165. *D. de sol. l.* *promiſſor Stichi* 21. §. 1. *D. de conſt. pecu.* Proinde si res quæ sub conditione debebatur existente conditione soluta non sit, nihil causſæ est cur in ea re æstimanda tempus illud spectare debeamus quo conditio extitit, quia vnumquodque æstimandum est ex eo tempore non quo primùm peti, sed quo nouissimè solui potuit, vt eleganter Celsus scribit in *l. si Calendis* 11. *D. de re indicat.* Quodnam † igitur tempus spectabimus? *Bartolus* quem 2
vt cæteri vulgares interpretes, ita & pragmatici sequuntur, scribit ad *l. quoties* 59. *D. de verb. obligat.* spectandum † esſe tempus interpellationis quæ facta sit post 3
existentem conditionem stipulationis, propter moram quæ tunc contrahitur. Est enim *Bartolus* & post eum cæteri in perpetua illa hæresi vt putent moræ tempus semper inspiciendum esſe siue purè siue in diem certam incertámve, aut sub conditione concepta fuit obligatio, & sine bonæ fidei siue stricti iuris actio exerceatur? Quod quoniam nos in præcedentibus satis supérque refutauimus, superest hoc vnum, vt quid de obligatione sub conditione contracta sentiendum putemus, exponamus. Quamquam hoc ipsum quoque ex iis quæ hucusque diximus intelligi facilè potest. Nam si obligatio
† conditionalis post impletam conditionem pro pura 4
habetur, consequens est vt idem omnino iuris obseruari debeat, quod obtineret si obligatio purè contracta proponeretur. Atqui eo casu distingueremus bonæ fidei iudicia à strictis. Nam in strictis spectaremus tempus litis contestatæ præcisè, non etiam moræ, vel condemnationis, in aliis verò vtro tempore pluris res fuisſet aut moræ aut rei iudicandæ, *leg.* 3. §. *in hac. ff. commod. leg. vltim. ff. de condict. tritic. leg.* 3. §. *si per venditorem, ff. de act. empt.* Idem igitur dicendum erit, eadémque distinctio adhibenda, si obligatio concepta fuerit ab initio sub conditione quæ posteà extiterit. 5
Obstat † tamen & nobis & *Bartolo* quod Iulianus in *leg. quoties* 59. *De verbor. obligat.* eandem in hac quæstione rationem constituere videtur diei & conditionis. Ait enim, Quoties in diem vel sub conditione oleum quis stipulatur, eius æstimationem eo tempore spectari oportere quo dies obligationis venit. Tunc enim, inquit, abeo peti potest, alioquin rei captio erit. Constat enim obligatione contracta sub conditione diem ipsius non solùm cessisſe, sed etiam venisſe, intelligi statim atque conditio euenit, *l. cedere diem* 213. *De verb. signific.* ideóque protinus ex ea agi posſe, non secus ac postquam dies obligationis in diem certam conceptæ venit agi ex eo potest. Bartolus † vt se eoluat, 6
conditionis quidem tempus spectandum esſe vult; sed ita tamen & sub hac veluti conditione si interpellatio secuta sit quæ eo ipso tempore fieri proculdubio potest. Sed repugnant euidenter verba Iuliani. Aliud enim est spectari tempus existentis conditionis, vt Iulianus vult. Aliud verò spectari tempus interpellationis vt *Bartolus* contendit: Sicut & aliud est, iam peti quod debetur, aliud verò peti tantùm posſe. Iuliano placet inspiciendum esſe tempus quo peti potest: *Bartolo* contra tempus illud quo iam petatur, saltem per extraiudicialem interpellationem. An igitur admittendum erit sicut diei certæ, ita & conditionis existentis tempus spectandum esſe in æstimatione rei debitæ ineunda? Ita 7
putat † *Iacob. Cuiacius in commentariis ad Tit. de verb. obligat.* nec tamen quicquam respondet ad eas rationes quas in contrarium facere suprà diximus, aperta sanè, vt mihi videtur, fœdaque dissimulatione, quasi nec viderit quid obiici posſet. Nos in coniecturis † nostris docui- 8
mus id quod res est, delenda esſe verba illa *vel sub conditione* tanquam ab imperito interprete addita potiùs quàm à Iuliano. Interpretem enim facilè illud fallere potuit quòd vidit eandem esſe diei & conditionis rationem, in eo vt tam conditione quàm die existente agi contra debitorem possit: Quasi non alia ratio sit propter quam obligatione in diem concepta æstimationem

eius

eius diei inſpici oporteat, quàm quia eo tempore peti poſſit. Id enim & Iulianus ipſe innuere videtur cùm ait, *Tunc enim ab eo peti poteſt*. Sed obſeruare interpres debuit rationem illam non tam eò pertinere vt doceat cur ex die exiſtente ſtipulationis ineunda ſit æſtimatio, quàm cur non ex eo quo interpoſita ſtipulatio eſt. Dubitandi enim cauſſam illud præbebat, quòd obligatione in die concepta ſtatim dies cedit deberique intelligitur, tametſi dies nondum venerit *dict. l. cedere diem*. Sed negat Iulianus quicquam ex eo rectè inferri poſſe, quia licèt iam tum debeatur, nihildum tamen peti poteſt. Atqui non eadem dubitandi cauſſa eſſe potuit, ſi de conditionali quoque obligatione Iulianus tractaſſet. Neque enim ex conditionali obligatione quicquam debetur niſi exiſtente demum conditione. Quo igitur colore intenderet conditionalis creditor etiam poſt impletam conditionem æſtimari rem debere ex die interpoſitæ ſtipulationis. Nullo prorſus. Igitur quemadmodum in conditionali ſtipulatione non eadem ratio dubitandi fuit, quæ in obligatione concepta in diem certam, ita nec ad eam accommodari debet ratio illa decidendi, *Tunc enim ab eo peti res poteſt*. Nam & cùm quæritur, cur obligatione in diem certam contracta æſtimationem quæ tunc fuit præcisè ſpectari oporteat, non illam quæ maior, minórve ſuperuenit ſiue interpellationis tempore, ſiue litis conteſtatæ aut rei iudicandæ, non eſſet ratio illa idonea quia eo demum die peti res potuit, alioqui dicendum eſſet obligatione purè contracta tempus interpoſitæ ſtipulationis ſpectandum fore, quia iam tum agi ex ea ſtipulatione poſſet, quod tamen nemo vnquam dixit: ſed ad aliam rationem recurrendum erit, quam Celſus tradit in *dicta lege ſi Calendis* 11. *D. de re iud.* quod æſtimandum quidque ſit ex eo tempore quo nouiſſimè ſolui potuit: Obligatione autem in diem certam concepta, certum eſt nouiſſima eius diei hora deſinere poſſe ſolui ex conuentione quod ea die dari debuit, quia poſt eam diem ſera oblatio & ſolutio eſt: Quod non ſimiliter dici poteſt, cùm obligatio purè contracta fuit, aut ſub conditione quæ extiterit, quia non eo minùs liberum eſt promiſſori ſoluendo quandocunque ſatisfacere conuentioni in tempus vſque litis conteſtatæ: Quæ res facit, vt in æſtimanda re debita extra caſum illum, quo dies certa adiecta eſt, tempus litis conteſtatæ inſpici debeat, etiamſi mora extraiudicialis conteſtationem præceſſerit, niſi cùm actionis, inſtitutæ qualitas & natura facit, vt non minorem moræ quam conteſtationis rationem haberi oporteat propter bonam fidem, quod non niſi in bonæ fidei iudiciis contingit. Eáque etiam ſententia † eſt rationis illius quæ apud Iulianum ſequitur, *alioquin rei captio erit*. Id. n. proculdubio ſibi vult Iulianus, Rei promiſſoris captionem & damnum fore ſi ita ius conſtitueretur, vt ex die interpoſitæ ſtipulationis æſtimari rem oporteret quæ in diem certam concepta fuiſſet, quandoquidem dies non pro ſtipulatore adiicitur, ſed pro promiſſore vt totum inter medium tempus liberum habeat ad ſoluendum, nec antequàm dies venerit vrgeri ad ſolutionem poſſit. Proinde nulla ratio eſt cur ad eam æſtimationem debitor condemnetur, quæ maior fuit antequàm dies veniret, ſicut neque ex contrario liberaretur dando æſtimationem, quæ aut ſtipulationis interpoſitæ aut medio tempore minor fuiſſet: quia imputari ei poſſet cur eo tempore non ſoluerit, cùm ſi ſoluiſſet liberationem conſequi potuiſſet. Vnde fieri neceſſe eſt vt id tempus ſpectari oporteat quo dies obligationis venit. Non autem ſimiliter poſſis rationem illam *alioquin rei captio erit*, ſic interpretari vt rei captio futura ſit ſi in æſtimanda re quæ in diem debita fuit, aliud tempus inſpicias quàm quo dari res debuit, puta moræ, aut litis conſtatæ aut rei iudicandæ. Poſſet enim id æquè ſtipulatori captioſum eſſe atque promiſſori ſi ab eo die quo dari res debuiſſet, æſtimatio decreuiſſet: Cùm tamen poſtquàm dies venit ſi ſolutum non fuit, melior eſſe debeat conditio ſtipulatoris quàm promiſſoris in mora conſtituti. Ex quo magis apparet verum eſſe quod dicimus, Iulianum in *d. l. quoties*, cùm ait ſpectandum eſſe tempus quo dies obligationis venit, ita ſcribere ad excluſionem alterius cuiuſlibet temporis non quod ſequatur, ſed quod præcedat diem illam: Cui conſequens eſt vt de conditionali obligatione tractare non potuerit, in quam ſcilicet non poteſt vlla cadere dubitatio de alio tempore inſpiciendo, quod conditionis euentum antecedat. Quemadmodum nec ei qui ſub conditione debuit, imputari vnquam poteſt cur ante conditionem exiſtentem non ſoluerit. Cùm etſi ſoluiſſet, liberari tamen non potuiſſet, nulladum videlicet nata obligatione, quæ per ſolutionem perimi poſſet *d. l. ſtipulatio iſta* 38. §. *inter certam. de verb. obligat.* Quorum omnium ignoratione † *Franciſcus Hotomanus Illuſtr. quæſt.* 16. Iuliani locum quaſi corruptum emendauit in illis verbis *alioquin res captio erit*, exiſtimans legendum eſſe *alioquin alius rei pactio erit*. Prorſus iuſulsè & improbabiliter, vt *Coniecturarum lib.* 16. *cap.* 6. & 8. pluribus à nobis comprobatum eſt. Nam quæ nos in Coniecturis latiùs tractauimus, in hos libros tranſcribere nolumus, niſi quantum neceſſe eſt, vt pragmaticorum & interpretum errores detegantur.

ERROR VI.

De æſtimanda re contra fideiuſſorem eius qui certa die dare debuit.

SVMMARIA.

1 *Cùm mercem in diem ſtipulatus fideiuſſorem accepit, placet Africano eius temporis ineundam eſſe æſtimationem, quo ſatis acceperit.*
2 *Ad quem caſum velint interpretes & pragmatici ſententiam Africani pertinere.*
3 *Refutatio ſententiæ interpretum & pragmat.*
4 *Emendatio l. cùm quis, 22. De oblig & act.*
5 *Nullo caſu ſpectandum tempus interpoſitæ ſtipulationis, niſi cùm ſtipulationis verba ſic ferunt.*

VM † quis mercem in diem ſtipulatus fideiuſſorem acceperit, placet Africano in *l. cum quis* 22. *De oblig & action.* eius temporis ineundam eſſe æſtimationem quo ſatis acceperit. Quod tamen quam rationem habeat tam obſcurum & difficile eſt, vt non ſit ex pragmaticis aut interpretibus ſiue antiquioribus, ſiue recentioribus qui exiſtimet verè id dici poſſe. Non enim probabile eſt quod difficultatis diluendæ gratia Accurſius tentat, aliud iuris in fideiuſſore, aliud in cæteris perſonis obtinere, cùm diſſimilitudinis ratio reddi non poſſit: Certè qui aliquam reddiderit, nemo hucuſque fuit. Ieaque in eam potiùs ſententiam ferè omnes deſcendunt, vt quod † Africanus reſpondit ad eum caſum coangustari debeat, quo fideiuſſor acceptus ſit poſteaquam obligationis principalis dies venit. Sic enim plerumque fit vt qui ad diem non ſoluit ſi ad ſolutionem vrgeatur, nec pecuniam habeat in numerato, offerat fideiuſſorem quo contentus in præſentiarum creditor non recuſet differre in aliud tempus exactionem. Quod cùm euenit, parum videtur intereſſe, an in æſtimatione ineunda ſpectari velis tempus quo dies obligationis venit, an quo fideiuſſor acceptus eſt, cùm ſtatim poſt diem ſit acceptus. Sed tamen numquam mihi ſententia hæc probari potuit. Nam † cùm mercis ferè cuiuſlibet pretium pro tempore ſit, nec in ſingulos tantùm dies, ſed in ſingula propemodum temporis momenta mutetur, vix fieri meo iudicio vnquam poteſt, vt eadem ſit æſtimatio & eius tem-

poris

poris quo dari merx debuit & quo dans eſt fideiuſſor: niſi proponas eodem die quo dari mercem oportuit, fideiuſſorem pro merce datum eſſe: quo tamen caſu ridiculum fuerit quærere an hoc an illud tempus inſpici oporteat cùm vtrumque tempus vnum & idem ſit. Atqui obligatione principali in diem concepta, iam diximus vſque adeò præcisè inſpiciendam eſſe æſtimationem illam quæ eo ipſo die fuit vt nulla prorſus aut præcedentis aut ſubſequentis temporis ratio habeatur. Multum ergo intereſt an illud tempus inſpiciendum eſſe dicas quo dies obligationis venit, an quo fideiuſſor acceptus eſt. Cùm nec aliter quæſtioni locus eſſe poſſit, quàm ſi huius & illius temporis alia atque alia fuerit æſtimatio. Neque hoc interpretes ipſi negarent, niſi pro vero certóque haberent, ſolutione ad diem non facta ſic inſpici debere tempus quo ſolui merx debuit, vt nihilominùs aucta poſtmodum æſtimatione, ſequentis etiam temporis ratio habeatur, quod nos iam negauimus, & etiamnum negamus. Sed & me illud maximè mouet, quod fideiuſſor neque in duriorem, neque in aliam cauſſam accipi poteſt, quàm debitor principalis, *l. gracè* 8. §. *illud. l. hi qui* 34. *l. ſi à reo* 70. §. *ſi reo, & paſſ. D. de fideiuſſor.* Videre autem non poſſum quomodo fieri queat vti ne in duriorem, vel aliam cauſſam acceptus videatur, ſi obligari eum dicamus ad æſtimationem quæ tùm fuit, cùm acceptus eſt. Vtique enim conſtat in ineunda mercis debitæ æſtimatione aduerſus eum qui fideiuſſorem dedit: numquam nullóque caſu ſpectari tempus quo ſatis dederit. Cur ergo in fideiuſſore ſpectabitur? Etſi enim eadem merx eſt de cuius æſtimatione aut à debitore, aut à fideiuſſore præſtanda tractamus, altera tamen atque altera æſtimatio eſt, ſi vel numo vno alterutra maior aut minor proponatur, ſicut dici ſolet in pretio emptionis *l. pacta conuenta* 72. *D. de cont. empt.* Indéque nimirum fit vt cùm merx debetur quæ ſua die ſoluta non eſt, aut eo tempore quo ſolui debuit, protinus ſuccedat obligatio æſtimationis in locum rei debitæ, quoniam mutata æſtimatione ſi merx præſtaretur, alia res præſtari videretur quàm quæ debita eſſet. Quòd ſi æſtimationis mutatio inducit diuerſitatem rei in merce (quæ quoniam recipit functionem in ſuo genere, magis ex pretio quàm ex corpore ipſo æſtimatur, in quo differt à ſpecie) quanto magis admittendum eſt æſtimationem quæ alia fit aliam rem eſſe? Conſequens igitur eſt vt in æſtimanda re debita contra fideiuſſorem idem tempus ſpectari oporteat, quod ſpectandum eſſet ſi contra debitorem ipſum ageretur: Ac proinde quemadmodum obligato in diem certam debitore non alia quàm eius præcisè diei æſtimatio inſpici & in condemnationem deduci deberet, ita & quod ad fideiuſſorem attinet, idem ius obſeruandum erit ſiue ante, ſiue poſt eam diem aut modico aut magno temporis interuallo acceptus proponatur. Nec vt puto quiſquam de eo dubitaret, ni Africanus obſtaret. Quid ergo ad Africanum reſpondebimus? Id quod nos † docuimus *lib.* 16. *Coniect. c.* 10. deeſſe negationem in illis verbis *quę ſatis acceperis*, legendúmque *non quę ſatis acceperis*, vt & idem Africanus non diſſimili loquendi formula ſcribit in *l. hominem* 37. *D. mandat. æſtimatio eius ad id tempus potius quo ſolutus ſit, non quo agatur referri debet.* Addita verò negatione ſenſus erit & veriſſimus & apertiſſimus. Cùm quis in diem mercem ſtipulatus fideiuſſorem accepit, eius temporis ineundam eſſe æſtimationem, *eius* inquam quo ſolui ex conuentione res debuit, non quo creditor ſatis acceperit, nimirum quia fideiuſſoris obligatio tanquam acceſſoria ſemper referenda eſt ad principalem, ex eáque interpretationem accipere debet. Ac ſanè nullo † caſu reperias in æſtimatione ineunda ſpectari tempus interpoſitæ ſtipulationis niſi cùm ſtipulationis verba ſic ferunt, vt in *l. fundum Cornelianum* 28. *D. de nouat.*

ERROR VII.

De differentia mercis & ſpeciei debitæ cum de æſtimatione ineunda tractatur.

SVMMARIA.

1 *Refertur diſtinctio quorundam inter mercem & ſpeciem in quæſtione de ineunda rei debitæ æſtimatione probata Cuiacio & Hotomanno.*
2 *Ratio diſtinctionis.*
3 *Differentiam eſſe inter iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris, ſiue debeatur merx, ſiue ſpecies, aduerſus autores relatos.*
4 *Vera l. vlt. D. de condict. trit. ſententia aduerſus Cuiacij interpretationem defenſa.*
5 *Diſtinctionem propoſitam eueniſſe per l. 3. §. in hac. D. commodat.*
6 *Merx non cadit in commodatum, niſi fortè dicis & oſtentationis cauſſa.*
7 *Inter ſpeciem & mercem differentia elegans, rationem præſtationis & æſtimationis.*
8 *Si merx debita fuit ſiue purè, ſiue in diem, nec ſoluta eſt, nihil debitor præſtat præter æſtimationem: ſi verò ſpecies debita, nec ſua die ſoluta extat, ſed vilioris pretij facta, præſtanda quidem eſt ſpecies, ſed amplior fieri debet condemnatio, vt creditor ſit indemnis.*
9 *Quid iuris ſit vbi pura eſt obligatio, aut æſtimatio ſpeciei poſt diem creuit.*

EVerunt † iam olim ex interpretibus qui in hac quæſtione quam nos tractamus. De ineunda rei debitæ æſtimatione, diſtinguendum dixerint, an merx, id eſt, tale quid quod in genere conſiſtat, an ſpecies certa debeatur. Merce namque debita, in bonæ quidem fidei iudiciis ſpectari tempus rei iudicandæ, in ſtrictis verò tempus litis conteſtatæ ex *l. vltim. D. de condict. tritic. l. vinum* 22. *D. de reb. creditor.* iunct. *l.* 3. §. *in hac D. commod. l.* 2. §. *ſi per venditorem D. de action. empt.* Si verò ſpecies, non merx debeatur tam bonæ fidei iudiciis, quàm in ſtrictis, inſpiciendum eſſe tempus rei iudicandæ ſi tùm res extet, aut mortis, ſi ante ſententiam ſpecies illa perierit ex *l. penult. D. de cond. tritic.* quam cum ſuperioribus conciliari non aliter poſſe exiſtimarunt. Quam ſententiam ex recentioribus quoque ſecutus eſt *Iacob. Cuiacius* ad Africanum in *l. mercis* 207. *De verb. ſignif.* licet poſtea ab ea reſilierit *tract.* 8. *ad l. hominem* 37. *D. mandat.* Nec longè aliter *Hotoman. illuſtr. quæſt.* 16. cùm ad legem illam penult. quã ſibi obſtare videbat, hoc vnum reſpondet tractari eo loco de homine, niſi quod addit *mortuo*, apertè in eo cæcutiens. Non. n. tractat Vlpian. de homine mortuo, cum ait ſpectandum eſſe tempus condemnationis, ſed in ea tantùm parte quæ eſt de mortis tempore inſpiciendo. Huius verò diſſimilitudinis † quam inter ſpeciem & mercem conſtituunt, rationem illam adferunt, quòd mercium precia & facilius & ſæpius mutentur, quàm ſpecierum. Quod etſi ita eſt, negari tamen non poteſt quin ſpecierum quoque precia pro locorum & temporum diuerſitate varientur, *l. precia rerum* 93. *D. ad leg. falcid.* Neque rurſum hoc ad rem pertinet, quia toties mutatam æſtimationem eſſe ponendum eſt quoties quæritur an hoc aut illud tempus ad rem æſtimandam ſpectari oporteat. Et verò non poteſt hæc diſtinctio aut iuris rationi, aut prudentum reſponſis vllomodo conuenire. Nam quæ † rationes à nobis allatæ ſunt in ſuperioribus ad probandum, in iudiciis ſtrictis præcisè ſpectari debere tempus litis conteſtatæ, in iis verò quæ bonæ fidei ſunt, etiam tempus rei iudicandæ

iudicandæ,adeóque moræ vtro tempore pluris res fuit, eas certum est perinde locum habere siue merx siue species ex contractu quolibet aut bonæ fidei aut stricto debeatur.Deinde aperta sunt in hanc rem verba† *legis vlt. ff.de cond.tritic.*quæ quod de merce vt puta vino,oleo & frumento dixerat,si obligationi dies adiecta non sit,deberi æstimationem quæ fuerit tempore litis contestatæ, subiicit in aliis quoque rebus omnibus perinde obtinere.Nam qui cum *Iacobo Cuiacio ad d.l.mercis*,eam adiectionem referre volunt ad cæteras res frumento,vino & oleo similes. i. quæ mercis appellatione contineantur, faciunt,meo iuditio,parum subtiliter,cum etiam tacente lureconsulto dubitaturus nemo fuerit, quin quod de frumento , vino & oleo dictum esset cæteris quoque mercibus conueniret.Sed & Africanus noster *d. l.hominem* tractans de stipulatione ex qua homo non merx debeatur, an non apertissimè scribit rei quæ ex stipulatu petitur æstimationem referendam esse ad tempus litis contestatæ? At omnium apertissimè distinctionem † hanc impugnat Vlpianus in *l.3.§. in hac D.commod.* vbi ait non solum in cæteris bonæ fidei iudiciis , sed etiam quod erat consequens, in actione commodati æstimari debere quanti res est ex tempore iudicandæ , quamuis, inquit,in strictis tempus litis contestatæ spectetur.Nam sicut his verbis tam clarè docet differentiam quæ hac parte est inter iudicia bonæ fidei & stricta , vt nihil dici possit manifestius , ita fatendum est ad illum etiam casum referendam esse differentiam quo species debeatur. Neque enim † merx cadit in commodatum nisi fortè dicis & ostentationis causa,vt & cæteræ res omnes quæ in pondere,aut numero aut mensura consistunt,vt scriptum est in *d. l.3. §. vlt. & l.seq.* Quo argumento iam olim *Bartolus* post *Accursium* veterem illam distinctionem quam nos nunc refellimus,non insubtiliter refutauit. Vnus tantùm iuris locus est qui interpretes istos fefellit vt ad commentitiam hanc distinctionem necessariò confugiendum putauerint. Is est,vt diximus in *d. l.penult. D.cond.tritic.* quam condictionem illi generalem esse volunt ad omnes bonæ fidei strictique iuris actiones, & in qua tamen rei iudicatæ tempus si res extet, sin secus,tempus mortis spectandum esse Vlpianus eo loco scribit.Sed quàm alia diuersáque sit illius legis sententia,in sequentibus ostendemus. Quemadmodum autem plerique interpretes in eo erraruut quòd speciem debitam à merce distinxerunt,in hoc aut illo tempore spectando ad ineundam æstimationem,ita videntur mihi quotquot sunt labi contrario errore in eo quod alia ex parte differentiam quæ inter speciem & mercem pereundens est non agnoscunt. Nam † cùm species debetur , siue ad certam diem siue interpellationis aut contestationis tempore solui debuerit , nec soluta sit, quandiu tamen extat nec deterior facta est , ea ipsa præstari debet,non eius æstimatio,licèt facta sit vilior & minoris æstimationis: aliud enim est fieri deteriorem, aliud viliorem , vt proximo capite dicemus : nec aliter vnquam recurrimus ad præstandam pro specie æstimationem,quàm si species ipsa dari nequeat siue quòd extare desierit,siue quòd deterior facta fuerit,siue quòd in dominio sit alterius, quàm promissoris. Nimirum quia quòd homo aut fundus hodie pluris minorisue est quàm antea fuerit , facere non potest vt alius homo aut alius fundus existimari debeat, quàm qui debetur, cùm in individuo consistat , nec rumpit in suo genere functionem.Quod enim Philosophi speciem vocant,nostri genus, quod illi individuum, nostri speciem appellant. Denique species quas dicimus non æstimantur ex pretio , sed earum pretia ex corporum qualitate & conditione,licet pro temporum quoque & locorum varietate constituuntur.At cùm merx debetur statim atque desiit posse solui ex potestate & iure obligationis, eiusque æstimatio immutata est , succedit loco mercis æstimatio omnimodo præstanda, siue creuerit æstimatio , siue decreuerit , quia cùm merces omnes in genere consistant, & merx quælibet in suo illo genere functionem recipiat , consequens est vt si pro tritico quod fuit decem aureorum quo tempore solui debuit, alio tempore quo quinque aut quindecim aureorum est , itidem triticum solui posset , aliud sanè quàm quod debitum esset solui videretur. Itaque,ex mutatione æstimationis ipsius quoque mercis debitæ mutatio inducitur, quæ facit vt necessariò pro mercis æstimatione deberi præstarique oporteat,ne alioqui iniuria fiat vt promissori si æstimatio creuerit,aut creditori si decreuerit.Qua de causa videas lureconsultos quoties de merce debita tractãt quæ soluta non sit eo tẽpore quo solui debuit,tractare etiam de æstimatione : vt intelligamus eum qui mercem dare obligatus fuit, nec dedit,cùm oportuit,numquam condemnari debere ad eam mercem dandam, sed semper ad præstandam æstimationem:quod tamen similiter in specie debita non nisi fatuè & ridiculè facere iudex possit, *l.vlt.C.de fideic.libert.*sed ita demum si species ipsa præstari nõ possit aut per rerum naturam, vt puta cum perempta est *l.si seruum 91.§.sequitur,& 9.vlt. De verb.obl.* aut per contumaciam possessoris alienã rem inuito domino retinere volentis *l.si filiofamilias 25.§.1. D.solut. matr.l.non enim 9.D.rer.amot.l.tutor.8.D.de in lit.iurãd.* Huius verò differentiæ effectus magnus in eo est , quòd si † merx debita fuit siue pure siue in diem , nec soluta est, nihil debitor præstat præter æstimationem licet aliter atque aliter ineundam pro conuentionum & negotiorum diuersitate:quia ita fit vt indemnis seruetur creditor si pluris merx fuit cùm dari debuit,quàm eo tempore fit quo soluitur Si verò species debita nec sua die soluta fuerit, quæ tamen etiamnum extet quidem , sed ita vt vilioris pretij sit,quàm tùm fuit cùm solui debuit, sicuti non potest recusare creditor quominùs eam ipsam speciem accipiat quæ adhuc scilicet debetur, ita in damno,cõstituitur,cùm minoris res est solutionis tempore quàm fuerit eo die quo dari eam ex conuentione oportuit. Quãdoquidem si eam tua die debitor soluisset, tanti eam tum vendere creditor potuisset.Atqui constat eum qui in diem certam dare aliquid debuit si non dederit tanti condemnandum esse quanti creditoris interfuit ea die solutum esse *d.l.si Calendis 11. D.de re indicat.l. nunis 3. De in lit.iur.* Consequens igitur est vt quantò minor reperitur præsens æstimatio , tantò amplior fieri debeat condemnatio vt creditori indemnitas præstetur: Non quidẽ iure æstimationis(neque enim de æstimatione, vt iam diximus, quæri potest cùm res ipsa soluitur, quæ in obligatione est)sed iure eius quod interest propter diei adiectionem.Ideo autẽ ponimus speciẽ dari intra certã diem debuisse pluríque ea die fuisse,quoniam si aut pura obligatio fuit aut æstimatio pedẽ creuit, aliud sanè probandum est:Quia priori† casu id est,cùm pura fuit obligatio, non tantæ potestatis est mora quæ per interpellationẽ contrahitur quantæ adiectio diei ad condemnationem eius quod interest inducendam, maximè si ex stipulatione alióve contractu stricto agatur. Posteriore verò casu,id est,aucta speciei æstimatione satis hoc ipso præstatur præsens æstimatio quòd species ipsa præstatur quæ suam in seipsa æstimationẽ continet, ideóque nec alia vlla condemnatione opus est, quod in merce debita non similiter contingeret.Nam si merx eo tẽpore præstaretur quo pluris esset,cùm ad certam diem solui antea debuisset,aliud pro alio solui quodammodo videretur.Planè nulla alia adiecta si ex bonæ fidei cõtractu agatur,bona fides euincit vt neque moræ,neque litis contestatæ,neque condemnationis tempus præcisè spectari oporteat,sed vtro tempore res pluris fuit, quia nec tẽpus præcisè vllum est in quod contrahentes collatam voluerint solutionem *d.l.3.§. si per vendit. & l.si sterilis 21.§.cùm per vendit.D.de action.empt.* bonæ fidei siquidem iudicio largiorem interpretationem admittit, cui locus nullus relinquitur cùm certa dies adiecta est.

ERROR

ERROR VIII.

Si ſpecies debita vilior, nec tamen deterior facta ſit.

SVMMARIA.

1 *Error interpp. & pragmaticorum in quæſtione de inenda rei debitæ æſtimatione, non diſtinguentium viliorne an deterior facta ſit quæ debetur.*
2 *Aliud eſſe fieri deteriorem, aliud viliorem.*
3 *Species perire poteſt, merx non item.*
4 *Quomodo accipiendum quod aiunt ICti, ſpecie debita poſt moram deteriore facta, reducendam eſſe æſtimationem, ad tempus moræ.*
5 *Quæ æſtimatio præſtanda ſit cùm res facta quidem eſt deterior, ſed tamen pretioſior iam eſt, propter auctam æſtimationem.*
6 *Differentia inter mercem & ſpeciem.*

1 IN quæſtione † iſta de inenda rei debitæ æſtimatione præcipuus ferè omnium interpretum & pragmaticorum error ille eſt, quòd non diſtinguunt viliórne an deterior facta ſit res quæ debetur, ſed quaſi nihil interſit ad eum caſum quo res vilior effecta fuerit, accommodant leges omnes quæ loquuntur de re facta deteriore. In quo tamen † quàm abſurdè fallantur, ex eo apparet quod fieri
2 facilè poteſt vt res debita vilior ſit, nec tamen deterior, & contrà, vt deterior facta ſit, nec eo minùs tamen pretioſior. Finge deberi ſeruum Pamphilum qui ex die obligationis aut interpellationis claudus eſſe cœperit, aut eluſcatus. Nemo dubitat quin ſit deterior qui deſiit eſſe integro corpore. Et tamen quid impedit quominus ſit pretiolior, id eſt, maioris pretij quàm cùm dari debuit, pretiis ſeruorum fortaſſis pro tempore vſque adeò auctis vt qui moræ tempore quamuis integer non niſi centum aureis dignus fuit, nunc etiam claudus & eluſcatus dignus ſit ducentis? E contrario finge factum meliorem, vt puta pantomimum, aut ex citharœdo comœdum, ſed tamen eo tempore quo pretia ſeruorum tam ſint imminuta, vt ſi publica auctione diſtrahendus ſit, non niſi centum aureis vendi poſſit qui antequàm pantomimus aut comœdus fieret, vendi potuit ducentis. Dicam factum eum eſſe & meliorem ſimul & viliorem, non etiam deteriorem. Aliud igitur planéque diuerſum eſt deteriorem fieri, aliud viliorem. Deterioratio enim ad ipſius rei corpus & ſubſtantiam pertinet, vilitas verò ad æſtimationem, quæ in ſingulos dies pro locorum & temporum varietate alia atque alia eſſe poteſt, eadem licèt manente intrinſeca rei bonitate & qualitate. Idque ita eſſe conſtat etiam euidentiùs ex eo, quòd ſi de merce agatur non de ſpecie, fatentur omnes mercem poſſe fieri viliorem: quam tamen fatendum eſt non magis deteriorem effici quàm perire poſſe. Quod enim perire nullomodo poteſt, neque deterius fieri poteſt, quandoquidem nec aliud eſt fieri quid deterius,
3 quàm ex parte perire. Merx † autem ideò nec in totum nec ex parte perire poteſt, quia in genere & quantitate conſiſtit. Specierum propria conditio illa eſt vt & perire & deteriores fieri poſſint, quia in indiuiduo conſiſtunt, quod non poteſt non perire. Proinde † quod qui-
4 buſdam iuris locis ſcriptum & ſpecie debita poſt moram deteriore facta reducendam eſſe æſtimationem ad tempus moræ, vt in *leg. penultim. ff. de condict. triticar.* *leg. fundum Cornelianum* 28. *ff. de nouat.* non ſic accipiendum eſt quomodo ab interpretibus & pragmaticis omnibus accipi video, vt ſi poſt moram æſtimatio decreuerit, tanti æſtimari res debeat quanti fuit tempore moræ etiam in iudiciis ſtrictis, cuiuſmodi eſt condictio triticaria. Nihil enim falſius eſt ſine iuris rationem inſpicias, ſiue tot iuris locos, tota hac Decade toties inculcatos, quibus probatur in contractibus ſtrictis æſtimari rem præcisè ex tempore litis conteſtatæ, nec præcedentis aut ſubſequentis temporis rationem vllam haberi oportere *leg. vinum* 22. *D. de reb. credit. leg. vlt. De condict. tritic. leg.* 3. §. *in hac. D. de commod. l. hominem* 37. *D. mandat.* Quia nullius effectus mora eſt in iudiciis ſtrictis niſi ad perpetuandam obligationem *leg. ſi ex legati* 23. *De verb. obligat.* non etiam ad retinendam æſtimationem quæ moræ tempore maior fuit, cùm non idcircò cœperit æſtimatio eſſe in obligatione, ſed res ipſa quandiu præſtari poteſt, quamuis longè vilior facta proponatur, dum ne deterior, nam cum deterior facta eſt, atque ita ex parte, vt diximus, perijt, eodem iure cenſetur, quo ſi in totum periiſſet, quod ad hoc vt totius rei æſtimationem quæ ante deteriorationem fuit præſtari oporteat. Sicut enim nullomodo reddi videtur res quæ deterior redditur *leg.* 3. §. 1. *D. commod.* ita nec cogendus eſt creditor rei debitæ partem in re ipſa, partem in æſtimatione accipere, licèt non eo minùs maneat res ipſa in obligatione quemadmodum maneret tametſi in totum peremptа eſſet. Ponimus namque moram præceſſiſſe. Itaque condemnabimus debitorem non ad eam æſtimationem quæ nunc eſt tempore litis conteſtatæ, ſed ad eam quæ fuit moræ tempore, id eſt, priuſquàm res deterior facta eſſet. Quid ergo ſi † fa- 5
cta quidem ſit deterior, ſed tamen, quod fieri poſſe diximus, pretiolior propter auctam pro tempore omnium rerum & ſpecierum quæ eiuſdem generis ſunt æſtimationem? An ea æſtimatio debebitur quæ moræ tempore fuit, id eſt, ante deteriorationem quidem, ſed tamen vilior quàm nunc ſit. An ea potiùs quæ nunc maior eſt quamuis re facta deteriore? An illa denique quæ haud dubiè nunc multò maior eſſet ſi res in priſtina ſua bonitate redderetur? Quod ergo certè probabilius dici puto, quoties namque res debita poſt moram peremptа aut deterior facta eſt, eadem debitoris ratio in omnibus conſtitui debet quæ eſſet ſi res neque peremptа, neque deterior reddita proponeretur. Alioqui quod in odium moroſi debitoris iure conſtitutum eſt, vt rei poſt moram deterioratæ æſtimatio ad tempus moræ reuocetur *dict. leg. penultim. de condict. tritic.* in ipſius fauorem retorqueretur, nemo autem dubitare poteſt quin ſpecies quæ etiam deterior poſt moram facta pluris hodie eſt quàm moræ tempore fuerit, longè pretioſior futura eſſet ſi deterior effecta non fuiſſet. Quod tamen ob eam fortaſſis cauſſam Vlpianus in *dict. leg. penultim.* prætermiſit, quia leges accommodari & ſolent & debent ad eos caſus qui frequentiùs accidunt, ille verò rariùs euenit, vt poſt deteriorationem res pluris ſit quàm antè fuerit. Cæterùm ad debitas ſpecies duntaxat hic tractatus pertinet. Nam † cùm merx debetur, quæ, vt 6
iam dictum eſt, non magis deterior fieri quàm perire poteſt, nunquam ad tempus moræ reducitur æſtimatio ſi triticaria condictione quæ ſtricta eſt, agatur, quamuis æſtimatio mercis decreuerit. Et hæc perelegans quoque mercis & ſpeciei differentia ei addenda eſt quam nos tradidimus capite ſuperiore. Quam ſi interpretes & pragmatici bene obſeruaſſent: numquam dixiſſent, viliore poſt moram facta ſiue merce ſiue ſpecie debita etiam ex contractu ſtricto ad tempus moræ referendam æſtimationem ex *dict. l. pen.* qua vna in hanc rem abuntur.

* * *

ERROR IX.

De condictione triticaria.

SVMMARIA.

1 *Condictio triticaria generalis est & competit ex omni causa, & ad res omnes praterquam si pecunia numerata petatur.*
2 *Quo sensu interpretes condictionem triticariam generalem esse autument.*
3 *Condictio triticaria nullo casu bona fidei actio est.*
4 *Omnes condictiones sive generalem, sive specialem appellationem habeant, sunt stricti iuris.*
5 *Omnes actiones in personam condictiones cur dictæ.*
6 *Condictio triticaria certum & nominatum actionis personalis genus significat.*
7 *Sententia L. vltim. D. de condiction. triticar. quò pertineat secundum veteres quosdam interpretes, quorum error explodatur.*

1 COndictionem † triticariam generalem esse & competere ex omni causa, & ad res omnes præterquam si pecunia numerata petatur, scribit Vlpianus in *l. 1. D. de condict. tritic.* Sed alio sanè sensu quàm vulgò ab interpretibus
2 & pragmaticis accipiatur. Sic enim illi intelligunt † vt ex omni contractu sive bonæ fidei sive stricti iuris sit competat hæc condictio, ac proinde vt condictio triticaria non minùs sit bonæ fidei, qua parte datur ex bonæ fidei contractu quàm stricti iuris, qua ex parte datur ex stipulatione aliove contractu stricto. In quo falluntur euidenter. Numquam enim scriptum apud Iureconsultos reperias condictione triticaria eum agere qui agit depositi vel mandati, vel empti aut venditi, vel commodati, vel alio denique genere actionis quæ sit bonæ
3 fidei: nec proinde potest defendi † vllo casu condictionem triticariam bonæ fidei actionem esse. Omnes enim
4 condictiones † sive generalem appellationem & naturam habeant, cuiusmodi sunt condictiones certi & triticaria, quarum illa non nisi ad pecuniam numeratam, hæc ad cæteras res omnes competit, sive specialem vt condictio furtiua, indebiti, sive causa ob turpem vel iniustam causam, & aliæ si quæ sunt similes, sunt stricti iuris, nec vllam ex bonæ fidei interpretatione præstationem admittunt. Non sum nescius actiones †
5 omnes in personam sive bonæ fidei sint, sive stricti iuris, sive arbitrariæ, condictiones appellari, propterea quòd veteres condictionem pro denunciatione dicebant quam in omnibus actionibus personalibus præcedere oportebat, vt Iustinianus refert in §. *appellamus. Institut. de action.*
6 Sed condictionem † triticariam cùm dicimus non tam ad veteris illius denuntiationis vsum respicimus, quàm certum & nominatum actionis personalis genus significamus, vt ex eo appareat quòd rem suam ex hac causa petere nemo potest nisi ex certis causis, veluti ex causa furtiua vel de re mobili vi arrepta, vt Vlpianus ait in *dict. l. 1. §. vltim. De condict. tritic.* Id enim est quod dici solet neminem rem suam condicere præterquàm à fure aut raptore, qui fur improbior esse dicitur *l. item si 14. §. qui vim intulit. D. de eo quod met. causs.* duorum scilicet odio receptum est vt condici eis possit quò pluribus actionibus teneantur *l. vltim. D. vsufruct. quemadmod. caveat. l. 1. De condict. furt.* Et tamen nemo nescit posse dominum agere depositi commodati, & aliis huiusmodi actionibus bonæ fidei & in personam, vt rem suam reposcat, licet non tanquam suam, sed tanquam sibi debitam. Neque enim rei suæ dominium amisit qui eam aut deposuit, aut commodauit, aut locauit, aut pignori dedit. Aliud igitur est condicere triticaria, aliud verò agere depositi vel commodati, vel pignoratitia actione. In eamque rem textus est perelegans in *lege si quis inficiatus, 31. §. 1. D. de depos.* vbi Paulus scribit, Competere quidem condictionem etiam rei depositæ nomine, sed non antequàm dolo malo aliquid admissum sit, non enim quemquam hoc ipso quòd depositum accepit condictione obligari, verùm quòd dolum malum admiserit. Quod cùm ita sit parum erudiè fecerunt quidam ex veteribus interpretibus, existimantes † 7
Vlpiani sententiam quæ extat in *leg. penult. De condict. tritic.* de inspiciendo tempore condemnationis in æstimanda re debita quæ per condictionem triticariam petatur ad eas duntaxat actiones referendam & coarctandam esse quæ bonæ fidei sint, non etiam ad cæteras pertrahendam quæ sunt stricti iuris. Cui commento causam sanè illud dedit quòd non aliter fieri posse crediderunt, vt is locus cum cæteris consentiat, quibus scriptum est in iudiciis strictis si de æstimanda re quæratur litis contestatæ non rei iudicandæ tempus spectandum esse, *l. vinum 12. D. de reb. credit. l. vlt. D. de condic. tritic. l. 3. §. in hac D. commod. l. hominem 37. D. mandat.* Est enim proprium iuris iudiciorum bonæ fidei, vt in iis spectetur etiam tempus rei iudicandæ *d. §. in hac. l. 3. §. si per venditorem, l. si sterilis 21. §. cum per venditorem, D. de action. empt.* Et certè fatendum est locum esse perdifficilem si quisquam alius est in toto iure. Nec facilè dici posse quam sententiam aut rationem habeat quod in *dicta l. penult.* Vlpianus ait in condictione triticaria spectandum esse tempus condemnationis, nisi eam interpretationem probes quam nos sequenti capite, nec improbabilem, vt nos quidem videtur, adferemus. Tantum enim abest vt ea lex ad bonæ fidei actiones solas coangustanda sit, vt nec de iis intelligi vllomodo possit, sed tantùm de actionibus strictis quæ omnes triticariæ condictionis appellatione contineatur, si eas excipias quibus actor aut rem suam aut pecuniam numeratam persequatur.

ERROR X.

De rei debitæ æstimatione auctæ post condemnationem.

SVMMARIA.

1 *Quæstio quid iuris obtineat, seu cuius temporis ratio habenda sit si æstimationis mutatio facta sit post condemnationem, ad quem casum pertineat.*
2 *Responsio Bartoli & aliorum pragmaticorum ad quæstionem propositam.*
3 *Non esse augendam condemnationem etiamsi post elapsum quadrimestre iudicatis indultum creuerit æstimatio: & seqq.*
4 *Per sententiam qua irrogat condemnationem fit nouatio, & id quod antea debebatur ex contractu incipit deberi ex iudicato.*
5 *Æstimatio in quæstione proposita præstanda est quæ fuit tempore condemnationis, si non per contumaciam debitoris, sed per rei debitæ conditionem res præstari nequeat.*
6 *Superior propositio obtinet, sive ex bona fidei iudicio, sive ex stricto condemnatio secuta sit.*
7 *Vera sententia l. penult. D. de condict. tritic.*
8 *Quomodo accipiendum sit quod ait Vlpianus in d. l. spectari debere quanti res fuit tempore mortis: & quo casu verum sit num. 9.*
10 *Cùm res extat non est quærendum de æstimatione, nisi aliquid sit quod impediat eius præstationem: si verò extare desit, recurrendum ad æstimationem, sive talis res sit, quæ si extaret dari posset, sive quæ dari non*

non posset, quanquam utroque casu diuersimodè ineatur æstimatio.

11 *Si post condemnationem crescere posset æstimatio, nullus litium finis foret.*

DOcuimus hucusque quid iuris obtineat si rei debitæ æstimatio creuerit, vel decreuerit ante condemnationem, siue merx siue species debeatur, & per actionem vel bonæ fidei vel stricti iuris peratur. Dicen-
1 dum nunc est quid † si ea æstimationis mutatio facta sit post condemnationem. Nam & id plerumque accidit vt post rem iudicatam pluris minorisve res sit, quàm fuerit tempore latæ sententiæ, propter moras quas iudicati executio trahere secum solet. Illud verò primùm obseruandum est, nos cùm de aucta post sententiam æstimatione loquimur, eum casum tractare, quo res ipsa debita, non eius æstimatio deducta sit in condemnationem. Constat enim æstimationem quæ cœpit semel esse debita, nunquam ex postfacto crescere aut decrescere posse: quia neque incrementi capax est aut diminutionis. Non enim sicut res debita, ita & rei æstimatio aliam atque aliam recipere potest æstimationem. Vnde fit vt in iudiciis strictis spectemus eam æstimationem quæ est tempore litis contestatæ præcisè, quia sicut ante id tempus non æstimatio, sed res debetur, & in contestationem deducitur, ita post litem contestatam si res debita præstari posse desinat, vel quia perempta est si speciem fuisse proponas, vel quia vilior nunc merx est quàm tùm fuerit, aut etiam pretiosior, cœpit ab eo tempore æstimatio succedere in locum rei debitæ, quia quale quantique quid est cùm petitur id, nisi tale detur tanti æstimari debet *leg.* 2. *D. de vsur.* quandoquidem nec post id tempus solui ampliùs res potest quin aduersus conuentionem factum videri debeat, nouáque obligatio per contestationem contracta videtur, quam simul cum vetere & pristina obligatione dissolui necesse est, vt prior quæ posteriori causam dedit perimatur: quum in iudicio quasi contrahatur *l.* 3. §. *idem scribit. D. de pecul. l. aliam* 29. *D. de nouat.* Sic igitur concepta sententia & condemnatione, vt ad rem ipsam debitam sit debitor condemnatus, si posteà contingat vt res præstari nequeat, ideóque necesse sit recurri ad præstationem æstimationis, quæ aucta sit vel imminuta, quæstio est cuius temporis rationem in æstimanda
2 re haberi oporteat. Nostri † distingunt an intra quadrimestre quod iudicatis ex Iustiniani constitutione indultum est, immutatio illa æstimationis superuenerit, an posteà. Si intra tempus constitutum, non dubitant quin debitoris damno ea res cedere non debeat, quia totius illius temporis mora est impunita, cùm non tam ex culpa quàm ex legis beneficio proficiscatur *l.* 3. *D. de vsur.* Sin post id tempus, volunt omnes augeri æstimationis præstandæ obligationem, non lege aliqua quam proferre in hanc rem possint, sed illa tantùm ratione, ne, inquiunt, melior sit conditio morosi debitoris post condemnationem, quàm si non esset condemnatus ex *l. euidenter* 16. *D. de except. rei iudic.* Sic enim *Bartolus*, & post eum cæteri ad *d. l.* 3. §. *in hac. D. commodat.*
3 Quod aiunt non † esse augendam condemnationem ob auctam ex iudicati tempore æstimationem, ego admitto libentissimè. Non propter rescriptum illud Antonini quo mouentur (neque enim pertinet ad rei debitæ æstimationem, sed tantùm ad accessiones naturales, id est, ad fructus, neque rursus eo casu locum habet quo mora præcesserit condemnationem, vt ex vera rectáque iuris ratione magis quàm ex Antonini Imperatoris mente Papinianus eleganter disputat in *d. l.* 3. *de vsur.*) Sed quia nec post elapsum quadrimestre patior crescere condemnationem, tametsi ex eo tempore noua mora contracta sit ob id quod non est satisfactum iudicato. Nam si post nouam illam moram cum condemnatione iunctam non crescit obligatio præstandæ æstimationis, quantò minùs crescet ante moram? Vt verò nec post moram crescere patiar, ex eo moueor quòd per † 4
sententiam quæ irrogat condemnationem fit nouatio, & id quod antea debebatur ex contractu siue bonæ fidei siue stricto incipit deberi ex iudicato, *l. vlt. C. de vsur. rei iudic. l. si fundum* 16. §. *creditor.* & §. *si pluris, D. de pignor.* Vnde fit vt ex quoque vsuræ deberi desinant quæ ex contractu aut ex natura iudicij bonæ fidei debeantur, nec aliæ possint exigi, quàm quæ ex iudicato certæ & per legem constituræ sunt *l. in bonæ fidei* 13. *C. de vsur.* Denique postquàm iudicatum est nihil quærendum supereſt, nisi quid iudicatum sit. Nam siue plus siue minus deductum fuerit in condemnationem quàm illud fuit quod debebatur, illud ipsum præstandum est quod ex iudicato debetur, nec plus nec minùs. Id enim facit autoritas rerum iudicatarum *d.* §. *si pluris.* Atqui si æstimatione crescente post condemnationem plus præstare cogeretur debitor condemnatus quàm quanti sententiæ tempore res fuisset, plus vtique præstaret quàm quantum deductum esset in condemnationem. Non enim fieri potest vt re † ipsa deducta 5
in condemnationem, videatur iussus & condemnatus debitor, vt si aliqua de causa rem præstare nequeat, aliam præstet æstimationem quàm quæ fuit tempore rei iudicatæ. Ponimus siquidem ideò recurri ad præstationem æstimationis, quòd res ipsa præstari nequeat, non per contumaciam debitoris, quo casu aliud sanè esset, sed per ipsam rei debitæ conditionem & qualitatē fortè quòd Stichus, qui dari debuit alienus reperiatur, aut iam euictus, qui proinde præstari ita non possit vt detur eiúsque dominium transferatur. Nam cùm hoc casu non aliter iudicato satisfacere possit debitor qui Stichum dare, id est, dominium eius transferre debuit, quid aliud faciendum supereſt nisi vt æstimatio præstetur? Quænam porrò æstimatio nisi quæ condemnationis tempore fuit? Quare nec distinguemus † an ex bonæ 6
fidei iudicio, an ex stricto secuta condemnatio sit: quia vtroque casu verum est nihil amplius deberi nisi ex iudicato cuius eadem semper autoritas est. Eaque mihi videtur sententia † esse Vlpiani in *l. penult. D. de condict.* 7
tritic. cùm ait in condictione triticaria quam stricti iuris semper esse iam diximus, spectandum esse tempus condemnationis, irrogatæ scilicet, non irrogandæ, ne alioqui pugnet is locus cum *l. vlt. eod. tit.* tótque aliis legibus in quibus scriptum est ab eodem etiam Vlpiano in iudiciis strictis si de incunda rei debitæ æstimatione quæratur spectari debere tempus litis contestatæ, condemnationis verò numquam, *dict. l.* 3. §. *in hac. D. commod. lege vinum* 22. *D. de reb. credit. lege hominem* 37. *D. mandat.* Nec est contrarium quod in eadem lege Vlpianus subiicit si † homo qui per condictionem tri- 8
caticiam petitus fuit decesserit, mortis tempus spectari oportere. Nam & id quoque sic ego intelligo, si decesserit post condemnationem. Alioqui nullo sanè casu fieri potest vt mortis tempus inspiciatur. Aut enim moram aliquam præcessisse fingimus, aut nullam. Si nullam, certum est speciei interitu liberationem omnimodo contingere, nec proinde fieri posse vt condemnatio vlla sequatur, *lege si ex legati* 23. *de verb. oblig.* Sin mora aliqua præcessit, constat non solùm supereſse obligationem etiam re perempta, *lege si seruum* 91. §. *sequitur*, & §. *vltim. eod. l. promissor Stichi* 21. *leg. promissor hominis* 23. *D. de pecun. constitut.* sed etiam, quod magis est rei illius tametsi iam peremptæ æstimationem crescere in tempus vsque non equidem rei iudicandæ, sed litis contestatæ si post moram & ante litem contestatam decesserit, ob idque nimirum deferri necessariò iusiurandum actori oportere, quoniam sine delatione iusiurandi non potest iudex æstimare rem quæ non extat, *leg. in actionibus* 5. §. *vltim. de in lit. iurand.* Quod vtique falsò diceretur si mortis tempus ἐν παρέσει, vt Vlpianus loquitur spectandum esset. Quid enim

hæc verò cùm nullum mandatum interceſſit *l.ex mandato.20.§.1. D.de mandat.* Ceterum vtraque competit ad id quod abeſt ex cauſſa vel ſuſcepti mandati, vel negotij geſti. Proinde vtriuſque actionis eadem hac parte
10 vt in cæteris ferè omnibus ratio eſt. Erat † autem egregiè Iacobus Cuiacius qui ad Africanum in *dicta.l.hominem*, ſcribit vel ex eo maximè loco probari, conſtituendam eſſe in hac quæſtione differentiam inter iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris, propterea quòd inquit, Africanus apertè dicat differre actionem mandati quæ bonæ fidei eſt, ab actione ex ſtipulatu in qua non ſolutionis tempus ſpectari vult, ſed litis conteſtatæ. Habet enim actio mandati naturam propriam, nec minùs à cæteris bonæ fidei iudiciis omnibus, ſi negotiorum geſtorum actionem excipias quàm ab actione ex ſtipulatu ſeparatam, quod & *Cuiacius* fatetur.

ERROR III.

De natura iudiciorum ſtricti iuris in re debita æſtimanda.

SVMMARIA.

1 *In iudiciis ſtricti iuris tempus litis conteſtata præcisè ſpectandum eſt quoties agitur de ineunda rei debitæ æſtimatione.*

2 *Quale quid eſt cùm petitur tale dari debet, ſine pluris tunc res ſit, quam antè fuerit, aut poſtea eſſe cœperit: ſive minoris.*

3 *Peti res tunc intelligitur, cùm de ea iudicium accipitur.*

4 *Cùm in diem certam debitum fuit, in iudiciis ſtrictis eius diei æſtimatio præcisè ſpectanda eſt.*

5 *Ratio ſuperioris effati, & expoſitio l.quoties.§ 6. Digeſt. de verbor obligation.*

6 *Magnopere intereſſe an mora contrahatur per lapſum temporis, an per extraiudicialem interpellationem, contra pragmat. & interpp.*

7 *Mora extraiudicialis in ſtrictis iudiciis ratio quatenus habeatur.*

8 *Vnde fiat vt in iudiciis bonæ fidei ſpectemus æſtimationem quæ fuit tempore moræ: & quando ſpectanda ſit.*

9 *Diſtinctio contractuum in contractus bonæ fidei & ſtricti iuris, vnde ſit.*

10 *Vnde fiat vt ſpectetur æſtimatio diei in obligatione adiecta.*

11 *Refellitur error pragmatic. & interpp. ſtatuentium acta poſt moram æſtimatione ante litem conteſtatam, deberi actori quanti plurimi res fuerit ab eo tempore moræ, tametſi minoris ſit litis conteſtatæ aut condemnationis tempore.*

12 *In iudiciis ſtrictis ſpectamus præcisè tempus litis conteſtatæ, non etiam moræ, aut condemnationis, media verò tempora multò minus, at in iis quæ ſunt bonæ fidei ſpectatur quidem tempus litis conteſtatæ, ſed non adeò præcisè, quin precedentis moræ, aut rei indicandæ dies inſpiciatur ex bona fide, vtro tempore res pluris fuit.*

13 *Excipitur caſus quo in diem certum obligatio concepta eſt, tunc enim illius diei æſtimatio vtrobique ſpectanda.*

1 DIximus primo huius Decadis capite, ita ius comparatum eſſe vt in † iudiciis quæ ſtricti iuris appellantur, aut vt Papinianus dicere malebat in *l.3.§.in his quoque. D.de vſuris.* quæ nec bonæ fidei ſunt, nec arbitraria, tempus litis conteſtatæ præcisè ſpectari oporteat, quoties agitur de ineunda rei debitæ æſtimatione, præcisè, inquam, id eſt nulla ratione habita eius æſtimationis quæ maior ſit tempore condemnationis, aut eius quæ maior fuerit tempore moræ, ſi qua præceſſerit litis conteſtationem, atque ita accipi debere quod ſcriptum eſt in *lege vinum 22. D.de rebus credit. l. vltima D.de condict. tritic. l.hominem 37. Digeſt. mandat. l.3.§. in hac. D.commod.* Ratio eſt quam Papinianus licèt in aliam rem adfert in *lege 2. D.de vſuris.* quod † quale quid eſt cùm petitur tale dari 2
debet, ſiue pluris tunc res ſit quàm antè fuerit aut poſteà eſſe cœperit, ſiue minoris. Peti autem res † tunc intelligitur cùm de ea iudicium accipitur, non autem cùm vel 3
interpellatio extraiudicialis ſit ad inducendam moram, vel deducitur lis in condemnationem *l. amplius 15. D. rat. rem habet. d.l.2.* iunct. *l. videamus 38.§. ſi actionem. D. de vſur.* Itaque nullo iuris loco ſcriptum reperias in hoc iudiciorum genere inſpiciendum eſſe tempus moræ aut rei iudicandæ, aut aliud vllum denique præterquàm litis conteſtatæ: niſi cùm in diem † certam debitum fuit. 4
Tunc enim placuit eius diei æſtimationem præcisè ſpectandam eſſe, *d.l.vinum d.l.vlt. & l.quoties 59. D.de verb. oblig.* vbi ratio redditur, *Alioquin rei captio erit.* Cuius hic ſenſus eſt, Debitoris damno & fraudi cedturum eſſe ſi adiecto die alterius temporis ſiue precedentis ſiue ſubſequentis in æſtimanda re debita ratio haberetur, cùm in eam diem expreſſim obligationem concipi voluerit, vt dubitari non poſſet quin eius temporis rationem haberi oporteret. De quo dicemus latiùs *c.ip.ſequenti.* Hîc adnotaſſe ſufficiet interpretes & pragmaticos omnes malè ſupradictis legibus abuti vt probent, etiam in iudiciis ſtrictis ſpectandum eſſe tempus moræ quæ conteſtationem præceſſerit ex interpellatione extraiudiciali. Quaſi nihil interſit an mora contrahatur per lapſum temporis an per extraiudicialem interpellationem. Nam imò verò † intereſt quàm maximè, quia mo- 5
ra quæ per lapſum diei in obligatione poſiti cõtrahitur, pendet & proficiſcitur non ſolùm ex iure obligationis, ſed etiam ex verbis conuentionis. Ideóque quantumuis obligatio ſtricta ſit & ſtrictè interpretanda, fieri tamen nequit vt eius tẽporis quod ſpecialiter & expreſſim in conuentionẽ deductum eſt rationẽ haberi non oporteat. Quod non ſimiliter dici poteſt cùm alio quàm obligationis iure & ſola interpellationis extraiudicialis poteſtate cõtracta eſt mora: non quòd ex cõtractibus ſtrictis perinde atque ex iis qui bonæ fidei ſunt mora contrahi nequeat per interpellationẽ extraiudicialẽ & citra conteſtationẽ. Sed quia cùm in iudiciis ſtrictis nulla bonæ fidei ratio habeatur, ſed mero ſtrictóque iure fiat cõdemnatio, nulla quoque moræ † extraiudicialis ratio haberi 6
poteſt, niſi hactenus, vt ſi poſt eam moram res perierit aut deterior facta ſit, nihilominùs obligatio qualis quantáque antèà fuit perpetuetur ac ſi res non periiſſet aut deterior facta non fuiſſet, *l.ſi ex legati 23. l.ſi ſeruum 91. §.ſequitur & §. vlti. De verb. obligat. l. promiſſor. 2. & l. 23. D. de pecun. conſtit.* Nam vt in iudiciis † bonæ 7
fidei ſpectemus eam æſtimationem quæ fuit tempore moræ, non fit ex iuris ratione aliqua, ſed tantùm ex iudicij æquitate, id eſt ex bona fide quæ in eo iudiciorum genere pleniores & vberiores præſtationes inducit, vt proximo capite dicebamus. Vnde fit vt nec aliter tempus illud moræ ſpectandum ſit, quàm ſi res eo tempore pluris fuerit, *l.3. §. ſi per venditorem. D. de action. empt.* quia non eſſet ex bona fide vt in moroſi debitoris commodum moræ tempus inſpiceremus repugnante præſertim ipſa iuris ratione quæ in omni contractuum & iudiciorum genere ſpectari vult tempus litis conteſtatæ. At in iudicijs ſtrictis nullus æquitati ad irrogandam grauiorem condemnationem locus relinquitur, quia nec negotij natura id patitur, nec ipſa etiam bona fides in eo genere negotiorum interpretationem hanc admittit. Fit enim proculdubio ex negotiorum † qualitate & differentia, vt contractuum alij bonæ fidei, alij 9
ſtricti

ſtricti iuris eſſe exiſtimentur. Itaque mala eſt, & inepta illa interpretum & pragmaticorum ratiocinatio, cùm aiunt, Adiecta die in obligatione ſi de æſtimanda re quæratur, ſpectari diem illam quaſi tempus moræ, propterea quòd, inquiunt, dies tacitè interpellat pro homine *l. magnam. Cod. de contrab. & committ. ſtipul.* Vt inferant multò igitur magis ſpectandum eſſe tempus moræ per interpellationem expreſſam contractæ, ne aliàs qui maior taciti quàm expreſſi vis eſſe videatur. Negandum
10 enim eſt quod illi pro vero habent ſpectari † diem in obligatione adiectam, quaſi ad eam diem tacitè interpellato debitore & in mora conſtituto. Nam vt ſpectetur æſtimatio, quæ tum fuit, facit voluntas ſola contrahentium, quos dici non poteſt alia de cauſſa diem certum obligationi adieciſſe, niſi vt eius temporis non alterius vllius ratio haberetur, ſiue in æſtimanda re debita, ſiue in taxando eo quod creditoris ob non factam ſolutionem intereſſet, *l. ſi Calendis 11. D. de re iudicat. l. ſi fundum certo die 114. de verborum obligat. l. 3. D. de in lit. iur.* Ex quo euenit vt etiamſi maximè ex bonæ fidei iudicio agatur aduerſus eum qui ad certum diem dare rem debuit, nec dedit, perinde ſpectari debeat quanti res eo die fuit, licèt poſt diem æſtimatio creuerit, ita ferente ſcilicet natura & conditione obligationis, vt ſequenti capite dicemus, cùm tamen ſi non niſi propter moram eo tempore contractam deberetur æſtimatio quæ tùm fuiſſet auctæ poſtmodum æſtimationis rationem nihilominus haberi oporteret, ſi fortè litis conteſtatæ aut iudicandæ tempore plutis eſſe res proponeretur *dict. l. 3. §. ſi per venditorem D. de action empt. dict. l. 3. §. in hac. D. com-*
11 *mod.* Sed multò grauior † interpretum & pragmaticorum error ille eſt, quòd volunt Aucta poſt moram æſtimatione ante litem conteſtatam deberi actori quanti plurimi res fuerit ab eo tempore moræ tametſi fortè minoris tunc ſit cùm lis conteſtatur, vel in condemnationem deducitur. Nullo enim caſu id verum eſt ſiue bonæ fidei iudicium ſiue ſtrictum exerceatur, ſiue putè, ſiue in diem certam concepta ſit obligatio. Nimirum quoniam mora numquam auget principalem obligationem, ſed tantùm eam quæ eſt, perpetuat, inducitque præſtandarum acceſſionum æquitatem quantum iudicij natura ferre poteſt. Atqui æſtimatio rei quæ pro re debita præſtatur non acceſſionis iure cenſeri debet, cùm perinde ſit in obligatione principali, atque res ipſa in cuius vicem locúmque præſtatur. Non igitur ob id quòd mora præceſſerit amplioris æſtimationis condemnatio fieri poteſt. Nam & cùm moræ tempus ex bona fide ſpectandum eſſe admittimus, id eſt, in iudiciis bonæ fidei, non ad moram contractam reſpicimus, ſed ad id quod cùm quale quidque eſt cùm petitur tale dari debeat *dict. l. 1. de vſur.* bona fides poſtulat vt exiſtimare debeamus nihil intereſſe an per iudicem an extra iudicium peratur id quod debetur. Indéque fit vt inſpiciamus eo caſu tempus quo mora contrahitur, non illud, quo iam contracta eſt, quod tamen maximè ſpectandum eſſet ſi moræ odium ſententiam hanc aduerſus rationem iuris extorſiſſet. Neque enim moræ odium vllum eſt, niſi ex quo contracta fuit. Prius autem eſt vt contrahatur, quàm vt
12 contracta videri poſſit. Illa igitur differentia † inter iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris admittenda eſt, quod in his quæ ſtricti iuris ſunt ſpectamus præcisè tempus litis conteſtatæ, non etiam moræ aut condemnationis, media verò tempora multò minùs, in aliis autem quæ bonæ fidei ſunt ſpectamus quidem tempus litis conteſtatæ, ſed non adeò præcisè quin præcedentis moræ aut rei iudicandæ dies inſpiciatur ex bona fide, vtro tempore res pluris fuit. Non tamen quanti plurimi res fuerit à die moræ in diem vſque litis conteſtatæ aut à die litis con-
13 teſtatæ in diem vſque condemnationis. Excipiendus † ſemper caſus ille eſt quo in diem certum obligatio concepta proponatur. Tunc enim idem iuris in omnibus ſiue bonæ fidei ſiue ſtrictis iudiciis obtinet vt eam æſtimationem deduci in condemnationem præſtarique oporteat, quæ illo ipſo tempore fuit, ſiue maior fuerit ſiue minor quàm ſit tempore interpellationis, aut conteſtationis, aut condemnationis. De quo ſupereſt iam vt videamus.

ERROR IV.

De æſtimanda re in diem certum debita.

SVMMARIA.

1 *Si obligatio purè concepta ſit, & quæratur de ineunda rei debitæ æſtimatione, obtinent ea quæ ſupp. capp. dicta ſunt.*

2 *Si in diem certum concepta ſit obligatio, cuius temporis ſpectanda ſit æſtimatio.*

3 *Sententia interpretum & pragmaticorum.*

4 *Adiectio dici facit, vt eius temporis æſtimatio præſtanda ſit, non propter moram, ſed ex contrahentium voluntate, contra pragmat. & interpp. & n. 6. 9.*

5 *Dies quatenus pro reo, quatenus pro ſtipulatore adiectus cenſeatur.*

7 *Mora non poteſt facere vt obligationis ſemel conſtituta ſubſtantia & conditio immutetur, ſed tantùm vt vel perpetuetur obligatio, vt acceſſionum præſtatione augeatur.*

8 *Cùm ſtipulatio diem certum habuit, nec eo die res ſoluta eſt, & fructus debentur ſtipulatori qui ab eo die percepti ſunt, & vſura, & generaliter quicquid intereſt ſtipulatoris ſua die ſolutum fuiſſe.*

10 *Mora nulla intelligitur, vbi nulla petitio eſt.*

11 *Vt quod ex ſtipulatione debetur, poſſit exigi, ſufficit conditionem ſtipulationis extitiſſe.*

12 *Facit bona fides vt cùm dies obligationi bonæ fidei adiecta non eſt, ſpectandum ſit tempus moræ, aut rei iudicandæ: poteſtas verò obligationis vt ſpectetur æſtimatio diei adiectæ.*

13 *Ex mora contracta vbi dies obligationi adiecta eſt, obligatio augeri nequit: ſed ea æſtimatio præciſè præſtanda quæ fuit tempore diei adiectæ.*

OMnis obligatio vel purè concipitur, vel in diem, vel ſub conditione, ſi purè † concepta 1
ſit, & quæratur de ineunda rei debitæ æſtimatione obtinent ea quæ iam diximus. Si ſub conditione quid ſtatuendum ſit proximo capite dicemus. Si in diem † certum (incertus enim 2
pro conditione habetur, nec minùs in contractibus quàm in vltimis voluntatibus, *lege ſtipulatio iſta 38. §. inter certam, De verbor. oblig. lege dies incertus 79. De condic. & demonſtrat.*) cuius temporis æſtimatio ſequenda ſit, elegantis eſt diſceptationis. Etſi enim pleriſque iuris locis generaliter & indiſtinctè ſcriptum legimus tanti rem æſtimandam eſſe quanti eo die fuit, quo dari debuit, vt in *lege vinum 22. D. de reb. credit. l. vltim. De condic. triticar. lege hominem 37. D. mandat. l. quoties 59. D. de verborum obligat.* Id tamen noſtri & interpretes † 3
& pragmatici paſſim ſic intelligunt, vt ſi ab eo tempore æſtimatio creuerit, condemnandus ſit debitor quanti plurimi vnquam res fuit, ſiue bonæ fidei ſiue ſtricti iuris iudicium exerceatur. Perinde, inquiunt, ac ſi mora per interpellationem expreſſam contracta eſſet. Nihil enim intereſſe putant inter hanc & illam moram, & odio moræ adſcribunt hoc ipſum quod dicimus, Adiecta die æſtimationem illam quæ tum fuerit, deberi quaſi tacitè interpellato eo qui ad certum diem dare debuit, vt eadem ſit ratio tacitæ & expreſſæ interpellationis. Ego contra puto: adiectionem † diei facere vt eius tempo- 4
ris æſtimatio præſtanda ſit non propter moram, quæ ex ſolo

§ 4

ſolo dici lapſu contracta ſit, ſed ex contrahentium voluntate, quam negari non poteſt talem fuiſſe, vt ſiue pluris, ſiue minoris tunc res eſſet, tempus illud vnicum & præcisè ſpectari oporteret. Nam ſicuti dies adiicitur
5 † pro reo vt totum medium tempus liberum habeat ad ſoluendum nec ante diem inquietari poſſit, *lege eam qui* 41. §. *& lege ſequent. De verb. obligat.* Ita & pro ſtipulatore, vt reus intelligat ſibi ſoluendum eſſe ad eam diem: nec poſt eam diem facturum ſe ſatis ſi ſoluat, niſi præterea præſtet quanti interfuit creditoris ea die ſolutum fuiſſe, *lege ſi certo die* 114. *eodem. l. nummis* 3. *D. de in lit. iur. lege ſi Calendis* 11. *D. de re iudicat.* vbi elegans ratio redditur quæ & ad propoſitam diſputationem ma-
6 ximè pertinet, quòd ex eo tempore † quidque æſtimandum ſit quo nouiſſimè ſolui potuit. Inde enim fit neceſſariò, vt nõ alia æſtimatio deberi poſſit, quàm quæ præcisè fuit eo tempore, quo rem dari ex conuentionis verbis oportuit: ſiquidẽ ante nouiſſimam illius diei horam, imò verò nouiſſimæ horæ vltimo inſtanti potuit promiſſor ſoluendo ſatisfacere conuentioni, poſt eam horam deſiit poſſe, itaque in id concurrit voluntas vtriuſque contrahentium, vt ſi res ad diem ſoluta non erit, ea præcisè & omnimodo debeatur æſtimatio, quæ tùm fuit, ſiue maior fuerit, ſiue minor quàm quæ ſuperuenit, non ſecus ac ſi diſertè conuenitſſet, vt non facta ad diem ſolutione, quanti tunc res eſſet præſtaretur: quo caſu nemo dubitaret, quin alia æſtimatio deberi nulla vnquam poſſet, tametſi poſt moram millies ſi voles contractam pluris eſſe res cœpiſſet, quia ſemper in ſtipulationibus cæteriſque contractibus ſequimur id quod actum dictúmque eſt, nec interueniens mora
7 † facere poteſt vt obligationis ſemel conſtitutæ ſubſtantia & conditio immutetur, ſed tantùm vt vel perpetuetur obligatio quæ alioqui erat interitura, vel acceſſi ſquam præſtatione augeatur, *l. fundum Corneliannum* 28 *D. de nouat.* vbi Papinianus ſcribit, ſi fundum Cornelianum ſtipulatus poſtea ſtipuler quanti fundus eſt, agentem me quandocunque ex ſecunda ſtipulatione etiam poſt moram promiſſoris non ampliùs conſecuturum quàm quanti res fuerit tempore interpoſitæ ſtipulationis, nimirum propter verba illa ad id tempus relata *quanti res eſt* quæ ad aliud tempus extendi nullomodo poſſunt. Eam autem ſolius dici adiectionis vim eſſe quam dicimus, ex eo apparet quòd quamuis ex ſtipulatione cæteriſque contractibus ſtricti iuris nihil peti poſſit ſuprà quàm obligatione ipſa ſit comprehenſum, nec ſi mora contracta ſit, *l. quicquid adſtringendæ* 99. *de*
8 *verb. obligat. l.* 4. *D. de vſuris.* tamen cùm ſtipulatio † diem certum habuit, & fructus debentur ſtipulatori, qui ab eo die percepti ſunt, & vſuræ & generaliter quicquid intereſt ſtipulatoris ſolutum ſua die fuiſſe, *dicta lege ſi fundum certo die* 114. *De verb. obligat. dict. l.* 3. *De in lit. iur.* Quaſi his omnibus expreſſim deductis in ſtipulationem hoc ipſo quòd dies inſerta eſt, dictáque ſolutioni Quòd ſi in acceſſionibus id obtinet, multò magis admittendũ eſt debere idem in æſtimatione incunda obtineré, quæ nihil aliud eſt quàm ipſa res, quæ eo die dari debuit, aut ſaltem ipſius rei loco ſuccedit. Et ſanè ius hoc quod à prudentibus conſtitutum eſt vt adiecta
9 † die inſpici debeat quanti tunc res fuit, non ex odio moræ debitoris, ſed ex vi ipſa & poteſtate obligationis deſcendere intelligi facile poteſt ex eo, quod prudentes incundæ æſtimationis rationem hoc caſu ſemper referunt ad illam ipſam diem in qua fieri ſolutio debuit, qua tamen die nulladum mora contracta videri poteſt, cùm, vt diximus, non niſi poſt vltimum illius diei inſtans præteritum quicquam peti à debitore poſſit *lege qui hoc anno* 42. *De verborum obligation.* Conſtat enim
10 moram † nullam intelligi vbi pentio nulla eſt, *l. mora* 88. *de regulis iur. l. ſi papillus* 128. *de verbor. obligation.* Prius autem eſt vt mora contracta ſit, quàm vt moræ tempus inſpici poſſit. Quare tametſi ponas aliquid eſſe quod impediat ne mora per diei lapſum contrahatur, vt puta ſi eo die nemo fuerit qui ſolueret debitore fortaſſis defuncto vel creditore, nedum adita eius hereditate. Non tamen dubito quin idem iuris ſit ſi de re debita æſtimanda quæratur, id eſt, quin ea ipſa æſtimatio debeatur quæ tunc fuit, quoniam ita ferunt verba ſtipulationis. Nam etſi creditor ſtipulatus eſſet pœnam in caſum non ſolutæ ad diem pecuniæ, pœna nihilominùs committeretur, quamuis ſit illa longè odioſior, durúmque videatur pœnæ obſtringi eum cui nihil poſſit imputari *lege ad diem* 77. *eodem, l. vlt. D. de nautic. fœnor.* Hoc ideo quia vt † quod ex ſtipulatione debetur poſſit 11
exigi, ſufficit conditionem ſtipulationis extitiſſe, nec præterea requirimus vt debitor fuerit in mora. Nihil enim commune habet mora cum iure obligationis, neque intereſt quicquam ſtipulatoris an mora contracta ſit nécne, vt poſſit id exigere quod ſibi non propter moram debetur, ſed propter ſtipulationem. Et verò cùm dicimus † in æſtimatione rei debitæ incunda moræ 12
tempus ſpectandum eſſe aut etiam rei iudicandæ vtro tempore res pluris fuit (quod non euenit niſi in bonæ fidei iudiciis cùm dies obligationi adiecta non eſt) non tam ad ius obligationis reſpicimus quàm ad bonam fidem quæ cùm in hoc iudiciorum genere plenior & exuberantior eſſe debeat, facilè hanc admittit interpretationem, quoniam bona fides non patitur vt melior ſit conditio debitoris ob id quod non niſi extra iudicium interpellatus eſt, quàm ſi in iudicio, interpellatus, litémque conteſtatus eſſet, aut vt non debeat eam æſtimationem præſtare quæ rei iudicandæ tempore maior reperitur: cum ſi rem ab initio debitor dediſſet eam nunc actor haberet: quæ verò data non eſt, & dari iam olim debuit, ſaltem hodie danda eſt, inquit, Paulus in *l. ſi ſterilis* 21. §. *cùm per venditorem, de act. empt.* Atqui cum conſtat quid actum & in obligationem deductum ſit, ſufficit poteſtas obligationis, nec neceſſe eſt recurrere ad bonæ fidei interpretationem, quandoquidem ex bona fide non minùs quàm ex iuris neceſſitate illud quoque eſt vt quod actum dictúmque fuit omnimodo præſtetur. Fieri ergo nequit ſiue iuris rationem inſpicias, ſiue æquitatem illam quæ ex bonæ fidei interpretatione inducitur, vt obligatione in diem certum concepta æſtimetur res debita alterius quàm expreſſi temporis habita ratione, non ſolùm ſi ſtricti iuris iudicio agatur, quod minorem habet dubitationem, ſed etſi bonæ fidei actio exerceatur. Dices, ita conſtituto iure futurum vt debitoris mora ei proſit, cùm ſi dies adiectus non eſſet, eam æſtimationem vtique deberet quæ aut interpellationis, aut conteſtationis, aut rei iudicatæ tempore pro iudiciorum qualitate & varietate maior reperietur. Sed iam reſpondi moram † facere non poſſe vt obligatio 13
augeatur, non magis quàm vt Stichum & Pamphilum poſt moram debeat is, qui citra moram Stichum duntaxat deberet, aut vt debeat quindecim qui non niſi in decem obligatus fuit. Quemadmodum igitur ſic concepta obligatione *ſi fundum Calendis proximis non dederis, quanti nunc is fundus eſt dari*, nemo dubitat quin licèt mora contracta liſque conteſtata & condemnatio irroganda ſit, ea tamen æſtimatio debeatur, quæ fuit tempore contractæ obligationis, tametſi poſtea longè pluris fundus eſſe cœperit *d. l. fundum* 8. *D. nouat.* Ita fatendum eſt, ſimpliciter concepta in diem certum obligatione non aliam æſtimationem deberi poſſe quàm quæ tum fuit cùm dari res debuit, quamuis mora contracta ſit, & poſt moram æſtimatio creuerit, quia ſolo dici adiectio facit vt perinde ſit ac ſi in caſum non factæ ſolutionis promiſſa fuiſſet diſertis verbis ea æſtimatio quæ illo ipſo diei futura eſſet.

ERROR

ERROR V.

De ineunda æstimatione rei debitæ sub conditione.

SVMMARIA.

1 *Inter certam & incertam diem quantum interſit ratione æſtimationis rei debitæ.*
2 *Quodnam tempus ſpectandum ſit in æſtimatione rei ſub conditione debitæ ineunda.*
3 *Ex Bartoli & ſequacium ſententia ſpectandum tempus interpellationis facta poſt exiſtentem conditionem.*
4 *Sententia autoris de propoſita n. 2. quæſtione.*
5 *Obiectio contra Bartoli opinionem, atque autoris ſententiam petita ex l. quoties, 59. D. de V. O. vbi Iulianus tempus exiſtentis conditionis ſpectandum ait.*
6 *Reſponſio Bartoli ad d. l. & eius refutatio.*
7 *Sententia Cuiacij tempus exiſtentis conditionis ſpectandum eſſe.*
8 *Reſponſio autoris ad d. l. & giuſd. leg. accurata expoſitio.*
9 *Quæ ſit ſententia rationis quam affert Iulian. in d. l. his verbis, alioquin rei captio erit.*
10 *d. l. Quoties, emendatio ab Hotomanno allata reiicitur.*

1 INter certam † & incertam diem multum interest. Diei enim certæ adiectio facit vt quoties quæritur quid ex contractu præstari oporteat, æstimanda sint omnia ex eo die quo dari res debuit, idque ex tacita contrahentium voluntate quos non alia de caussa obligationi certam diem iniecisse dici potest, eóque casu obtinent quę proximo capite disputauimus. At cùm dies incerta est, fieri nequit vt de certa æstimatione ineunda contrahentes cogitauerint, quia non potest incerti temporis certa vlla esse æstimatio, non magis quàm si sub conditione obligatio contracta proponeretur. Dies enim incertus pro conditione est, nec minùs in obligationibus quàm in testamentis *l. stipulatio ista* 38. §. *inter certam, D. de verb. obl. l. dies incertus* 102. *De condi. & demo.* Ergo etsi quid sub conditione debeatur, nec existente conditione soluatur, æstimatio facienda erit alio tempore inspecto, quam quo extitit conditio, quia licèt diei tam certæ quàm incertæ & conditioni cuilibet commune illud sit vt non magis ante diem agi possit quàm ante conditionem existentem, posteà verò quàm dies venit aut conditio extitit, perinde agere liceat, tamen differentia in eo est, quod posteaquàm dies venit quæ ab initio certa fuit, desinit promissor posse satisfacere conuentioni, adeò vt etiam si prima diei sequentis hora soluat, verum tamen sit non soluisse illum quo tempore soluere ex conuentione debuit. Vbi verò conditio extitit, non eo minùs satisfacit conuentioni debitor si aut interpelletur, aut ante interpellationem soluat, quamuis longo post tempore, quia existens conditio nihil aliud facit nisi vt obligatio quæ primùm fuit conditionalis pura fiat & pro eo habeatur, acsi ab initio pura fuisset. Atsi conditio nulla adscripta esset non eo minùs admitteretur debitor ad solutionem quandocunque faciendam & quidem ex natura & potestate conuentionis, quoniam quod obligatio pura est eò tantùm pertinet vt statim vrgeri possit, non autem vt hoc ipso desinat posse conuentioni satisfacere quasi iam in morą cõstitutus, alioqui dicendum esset in eodem tempore & obligationem & moram contractam intelligi, quod certa nec iuris nec æquitatis ratio admittit, *l. quod ducimus* 165. *D. de sol. l. promissor Stichi* 21. §. 1. *D. de const. pecu.* Proinde si res quæ sub conditione debebatur existente conditione soluta non sit, nihil caussæ est cur in ea re æstimanda tempus illud spectare debeamus quo conditio extitit, quia vnumquodque æstimandum est ex eo tempore non quo primùm peti, sed quo nouissime solui potuit, vt eleganter Celsus scribit in *l. si Calendis* 11. *D. de re iudicat.* Quodnam † igitur tempus spectabimus? *Bartolus* quem 2
vt cæteri vulgares interpretes, ita & pragmatici sequuntur, scribit ad *l. quoties* 59. *D. de verb. obligat.* spectandum † esse tempus interpellationis quæ facta sit post 3
existentem conditionem stipulationis, propter moram quæ tunc contrahitur. Est enim *Bartolus* & post eum cæteri in perperua illa hæresi vt putent moræ tempus semper inspiciendum esse siue purè siue in diem certam incertámve, aut sub conditione concepta fuit obligatio, & siue bonæ fidei siue stricti iuris actio exerceatur: Quod quoniam nos in præcedentibus satis supérque refutauimus, superest hoc vnum, vt quid de obligatione sub conditione contracta sentiendum putemus, exponamus. Quamquam hoc ipsum quoque ex iis quæ hucusque diximus intelligi facilè potest. Nam si obligatio
† conditionalis post impletam conditionem pro pura 4
habetur, consequens est vt idem omnino iuris obseruari debeat, quod obtineret si obligatio purè contracta proponeretur. Atqui eo casu distingueremus bonæ fidei iudicia à strictis. Nam in strictis spectaremus tempus litis contestatæ præcisè, non etiam moræ, vel condemnationis, in aliis verò vtro tempore pluris res fuisset aut moræ aut rei iudicandæ, *leg.* 3. §. *in hac. ff. commod. leg. vltim. ff. de condict. tritic. leg.* 3. §. *si per venditorem, ff. de act. empt.* Idem igitur dicendum erit, eadémque distinctio adhibenda, si obligatio concepta fuerit ab initio sub conditione quæ posteà extiterit. 5
Obstat † tamen & nobis & *Bartolo* quod Iulianus in *leg. quoties* 59. *De verber. obligat.* eandem in hac quæstione rationem constituere videtur diei & conditionis. Ait enim, Quoties in diem vel sub conditione oleum quis stipulatur, eius æstimationem eo tempore spectari oportere quo dies obligationis venit. Tunc enim, inquit, abeo peti potest, alioquin rei captio erit. Constat enim obligatione contracta sub conditione diem ipsius non solùm cessisse, sed etiam venisse, intelligi statim atque conditio euenit, *l. cedere diem* 213. *De verb. signific.* ideóque protinus ex ea agi posse, non secus ac postquam dies obligationis in diem certam conceptæ venit agi ex eo potest. Bartolus † vt se eluat, conditionis quidem tempus spectandum esse vult; 6
sed ita tamen & sub hac veluti conditione si interpellatio secuta sit quæ eo ipso tempore fieri proculdubio potest. Sed repugnant euidenter verba Iuliani. Aliud enim est spectari tempus existentis conditionis, vt Iulianus vult. Aliud verò spectari tempus interpellationis vt *Bartolus* contendit: Sicut & aliud est, iam peti quod debetur, aliud verò peti tantùm posse. Iuliano placet inspiciendum esse tempus quo peti potest: *Bartolo* contra tempus illud quo iam petatur, saltem per extraiudicialem interpellationem. An igitur admittendum erit sicut diei certæ, ita & conditionis existentis tempus spectandum esse in æstimatione rei debitæ ineunda? Ita putat † *Iacob. Cuiacius in commentariis ad Tit. de verb.* 7
obligat. nec tamen quicquam respondet ad eas rationes quas in contrarium facere suprà diximus, aperta lanè, vt mihi videtur, fœdáque dissimulatione, quasi nec viderit quid obiici posset. Nos in coniecturis † nostris docui- 8
mus id quod res est, delenda esse verba illa *vel sub conditione* tanquam ab imperito interprete addita potiùs quàm à Iuliano. Interpretem enim facilè illud fallere potuit quòd vidit eandem esse diei & conditionis rationem, in eo vt tam conditione quàm die existente agi contra debitorem possit: Quasi non alia ratio sit propter quam obligatione in diem concepta æstimationem

eius

eius diei inſpici oporteat, quàm quia eo tempore peti poſſit. Id enim & Iulianus ipſe innuere videtur cùm ait, *Tunc enim ab eo peti poteſt*. Sed obſeruare interpres debuit rationem illam non tam eò pertinere vt doceat cur ex die exiſtente ſtipulationis inunda ſit æſtimatio, quàm cur non ex eo quo interpoſita ſtipulatio eſt. Dubitandi enim cauſſam illud præbebat, quòd obligatione in die concepta ſtatim dies cedit deberique intelligitur, tametſi dies nondum venerit *dict. l. cedere diem*. Sed negat Iulianus quicquam ex eo rectè inferri poſſe, quia licèt iam tum debeatur, nihildum tamen peti poteſt. Atqui non eadem dubitandi cauſſa eſſe potuit, ſi de conditionali quoque obligatione Iulianus tractaſſet. Neque enim ex conditionali obligatione quicquam debetur niſi exiſtente demum conditione. Quo igitur colore intenderet conditionalis creditor etiam poſt impletam conditionem æſtimari rem debere ex die interpoſitæ ſtipulationis. Nullo prorſus. Igitur quemadmodum in conditionali ſtipulatione non eadem ratio dubitandi fuit, quæ in obligatione concepta in diem certam, ita nec ad eam accommodari debet ratio illa decidendi, *Tunc enim ab eo peti res poteſt*. Nam & cùm quæritur, cur obligatione in diem certam contracta æſtimationem quæ tunc fuit præcisè ſpectari oporteat, non illam quæ maior, minórve ſuperuenit ſiue interpellationis tempore, ſiue litis conteſtatæ aut rei iudicandæ, non eſſet ratio illa idonea quia eo demum die peti res potuit, alioqui dicendum eſſet obligatione purè contracta tempus interpoſitæ ſtipulationis ſpectandum fore, quia iam tum agi ex ea ſtipulatione poſſet, quod tamen nemo vnquam dixit: ſed ad aliam rationem recurrendum erit, quam Celſus tradit in *dicta lege ſi Calendis* 11. *D. de re iud.* quod æſtimandum quidque ſit ex eo tempore quo nouiſſimè ſolui potuit: Obligatione autem in diem certam concepta, certum eſt nouiſſima eius diei hora deſinere poſſe ſolui ex conuentione quod ea die dari debuit, quia poſt eam diem ſera oblatio & ſolutio eſt: Quod non ſimiliter dici poteſt, cùm obligatio purè contracta fuit, aut ſub conditione quæ exiterit, quia non eo minùs liberum eſt promiſſori ſoluendo quandocunque facisfacere conuentioni in tempus vſque litis conteſtatæ: Quæ res facit, vt in æſtimanda re debita extra caſum illum, quo dies certa adiecta eſt, tempus litis conteſtatæ inſpici debeat, etiamſi mora extraiudicialis conteſtationem præcelleret, niſi cùm actionis, inſtitutæ qualitas & natura facit, vt non minorem moræ quam conteſtationis rationem haberi oporteat propter bonam fidem, quod non niſi in bonæ fidei iudiciis contingit. Eáque etiam ſententia † eſt rationis illius quæ apud Iulianum ſequitur, *alioquin rei captio erit*. Id. n. proculdubio ſibi vult Iulianus, Rei promiſſoris captionem & damnum fore ſi ita ius conſtitueretur, vt ex die interpoſitæ ſtipulationis æſtimari rem oporteret quæ in diem certam concepta fuiſſet, quandoquidem dies non pro ſtipulatore adiicitur, ſed pro promiſſore vt totum inter medium tempus liberum habeat ad ſoluendum, nec antequàm dies venerit vrgeri ad ſolutionem poſſit. Proinde nulla ratio eſt cur ad eam æſtimationem debitor condemnetur, quæ maior fuit antequàm dies veniret, ſicut neque ex contrario liberaretur dando æſtimationem, quæ aut ſtipulationis interpoſitæ aut medio tempore minor fuiſſet: quia imputari ei poſſet cur eo tempore non ſoluerit, cùm ſi ſoluiſſet liberationem conſequi potuiſſet. Vnde fieri neceſſe eſt vt id tempus ſpectari oporteat quo dies obligationis venit. Non autem ſimiliter poſſis rationem illam *alioquin rei captio erit*, ſic interpretari vt rei captio futura ſit ſi in æſtimanda re quæ in diem debita fuit, aliud tempus inſpicias quàm quo dari res debuit, puta moræ, aut litis conſtatæ aut rei iudicandæ. Poſſet enim id æquè ſtipulatori captioſum eſſe atque promiſſori ſi ab eo die quo dari res debuiſſet, æſtimatio decreuiſſet: Cùm tamen poſtquàm dies venit ſi ſolutum non fuit, melior eſſe debeat conditio ſtipulatoris quàm promiſſoris in mora conſtituti. Ex quo magis apparet verum eſſe quod dicimus, Iulianum in *d. l. quoties*, cùm ait ſpectandum eſſe tempus quo dies obligationis venit, ita ſcribere ad excluſionem alterius cuiuſlibet temporis non quod ſequatur, ſed quod præcedat diem illam: Cui conſequens eſt vt de conditionali obligatione tractare non potuerit, in quam ſcilicet non poteſt vlla cadere dubitatio de alio tempore inſpiciendo, quod conditionis euentum antecedat. Quemadmodum nec ei qui ſub conditione debuit, imputari vnquam poteſt cur ante conditionem exiſtentem non ſoluerit. Cùm etſi ſoluiſſet, liberari tamen non potuiſſet, nulladum videlicet nata obligatione, quæ per ſolutionem perimi poſſet *d. l. ſtipulatio iſta* 38. §. *inter certam. de verb. obligat.* Quorum omnium ignoratione † *Franciſcus Hotomanus Illuſtr. quæſt.* 16. Iuliani locum quaſi corruptum emendauit in illis verbis *alioquin rei captio erit*, exiſtimans legendum eſſe *alioquin alius rei pactio erit*. Prorſus iuſulsè & improbabiliter, vt *Coniecturarum lib.* 16. *cap.* 6. & 8. pluribus à nobis comprobatum eſt. Nam quæ nos in Coniecturis latiùs tractauimus, in hos libros tranſcribere nolumus, niſi quantum neceſſe eſt, vt pragmaticorum & interpretum errores detegantur.

9

10

ERROR VI.

De æſtimanda re contra fideiuſſorem eius qui certa die dare debuit.

SVMMARIA.

1 *Cùm mercem in diem ſtipulatus fideiuſſorem accepit, placet Africano eius temporis ineundam eſſe æſtimationem, quo ſatis acceperit.*
2 *Ad quem caſum velint interpretes & pragmatici ſententiam Africani pertinere.*
3 *Refutatio ſententiæ interpretum & pragmat.*
4 *Emendatio l. cùm quis, 22. De oblig & act.*
5 *Nullo caſu ſpectandum tempus interpoſitæ ſtipulationis, niſi cùm ſtipulationis verba ſic ferunt.*

VM † quis mercem in diem ſtipulatus fideiuſſorem acceperit, placet Africano in *l. cum quis* 22. *De oblig & action.* eius temporis ineundam eſſe æſtimationem quo ſatis acceperit. Quod tamen quam rationem habeat tam obſcurum & difficile eſt, vt non ſit ex pragmaticis aut interpretibus ſiue antiquioribus, ſiue recentioribus qui exiſtimet verè id dici poſſe. Non enim probabile eſt quod difficultatis diluendæ gratia Accurſius tentat, aliud iuris in fideiuſſore, aliud in cæteris perſonis obtinere, cùm diſſimilitudinis ratio reddi non poſſit: Certè qui aliquam reddiderit, nemo hucuſque fuit. Itaque in eam potiùs ſententiam ferè omnes deſcendunt, vt quod † Africanus reſpondit ad eum caſum coangustari debeat, quo fideiuſſor acceptus ſit poſteaquam obligationis principalis dies venit. Sic enim plerumque fit vt qui ad diem non ſoluit ſi ad ſolutionem vrgeatur, nec pecuniam habeat in numerato, offerat fideiuſſorem quo contentus in præſentiarum creditor non recuſet differre in aliud tempus exactionem. Quod cùm euenit, parum videtur intereſſe, an in æſtimatione inunda ſpectari velis tempus quo dies obligationis venit, an quo fideiuſſor acceptus eſt, cùm ſtatim poſt diem ſit acceptus. Sed tamen numquam mihi ſententia hæc probari potuit. Nam † cùm mercis ferè cuiuſliber pretium pro tempore ſit, nec in ſingulos tantùm dies, ſed in ſingula propemodum temporis momenta mutetur, vix fieri meo iudicio vnquam poteſt, vt eadem ſit æſtimatio & eius tem-

1

2

3

poris

poris quo dari merx debuit & quo datus eſt fideiuſſor: niſi proponas eodem die quo dari mercem oportuit, fideiuſſorem pro merce datum eſſe: quo tamen caſu ridiculum fuerit quærere an hoc an illud tempus inſpici oporteat cùm vtrumque tempus vnum & idem ſit. Atqui obligatione principali in diem concepta, iam diximus vſque adeò præcisè inſpiciendam eſſe æſtimationem illam quæ eo ipſo die fuit vt nulla prorſus aut præcedentis aut ſubſequentis temporis ratio habeatur. Multum ergo intereſt an illud tempus inſpiciendum eſſe dicas quo dies obligationis venit, an quo fideiuſſor acceptus eſt. Cùm nec aliter quæſtioni locus eſſe poſſit, quàm ſi huius & illius temporis alia atque alia fuerit æſtimatio. Neque hoc interpretes ipſi negarent, niſi pro vero certóque haberent, ſolutione ad diem non facta ſic inſpici debere tempus quo ſolui merx debuit, vt nihilominùs aucta poſtmodum æſtimatione, ſequentis etiam temporis ratio habeatur, quod nos iam negauimus, & etiamnum negamus. Sed & me illud maximè mouet, quod fideiuſſor neque in duriorem, neque in aliam cauſſam accipi poteſt, quàm debitor principalis, *l. græcè* 8. *§. illud. l. hi qui* 34. *l. ſi à reo* 70. *§. ſi reo, & paſſ. D. de fideiuſſor.* Videre autem non poſſum quomodo fieri queat vti ne in duriorem, vel aliam cauſſam acceptus videatur, ſi obligari eum dicamus ad æſtimationem quæ tùm fuit, cùm acceptus eſt. Vtique enim conſtat in incunda mercis debitæ æſtimatione aduerſus eum qui fideiuſſorem dedit: numquam nullóque caſu ſpectari tempus quo ſatis dederit. Cur ergo in fideiuſſore ſpectabitur? Etſi enim eadem merx eſt de cuius æſtimatione aut à debitore, aut à fideiuſſore præſtanda tractamus, altera tamen atque altera æſtimatio eſt, ſi vel numo vno alterutra maior aut minor proponatur, ſicut dici ſolet in pretio emptionis *l. pacta conuenta* 72. *D. de cont. empt.* Indéque nimirum fit vt cùm merx debetur quæ ſua die ſoluta non eſt, aut eo tempore quo ſolui debuit, protinus ſuccedat obligatio æſtimationis in locum rei debitæ, quoniam mutata æſtimatione ſi merx præſtaretur, alia res præſtari videretur quàm quæ debita eſſet. Quòd ſi æſtimationis mutatio inducit diuerſitatem rei in merce (quæ quoniam recipit functionem in ſuo genere, magis ex pretio quàm ex corpore ipſo æſtimatur, in quo differt à ſpecie) quanto magis admittendum eſt æſtimationem quæ alia ſit aliam rem eſſe? Conſequens igitur eſt vt in æſtimanda re debita contra fideiuſſorem idem tempus ſpectari oporteat, quod ſpectandum eſſet ſi contra debitorem ipſum ageretur: Ac proinde quemadmodum obligato in diem certam debitore non alia quàm eius præcisè diei æſtimatio inſpici & in condemnationem deduci deberet, ita & quod ad fideiuſſorem attinet, idem ius obſeruandum erit ſiue ante, ſiue poſt eam diem aut modico aut magno temporis interuallo acceptus proponatur. Nec vt puto quiſquam de eo dubitaret, ni Africanus obſtaret. Quid ergo ad Africanum reſpondebimus? Id quod nos † docuimus *lib.* 16. *Coniect. c.* 10. deeſſe negationem in illis verbis *quo ſatis acceperit*, legendúmque *non quo ſatis acceperit*, vt & idem Africanus non diſſimili loquendi formula ſcribit in *l. hominem* 37. *D. mandat. æſtimatio eius ad id tempus potius quo ſolutus ſit, non quo agatur referri debet.* Addita verò negatione ſenſus erit & veriſſimus & apertiſſimus. Cùm quis in diem mercem ſtipulatus fideiuſſorem accepit, eius temporis ineundam eſſe æſtimationem, *eius* inquam quo ſolui ex conuentione res debuit, non quo creditor ſatis acceperit, nimirum quia fideiuſſoris obligatio tanquam acceſſoria ſemper referenda eſt ad principalem, ex eáque interpretationem accipere debet. Ac ſanè nullo † caſu reperias in æſtimatione ineunda ſpectari tempus interpoſitæ ſtipulationis niſi cùm ſtipulationis verba ſic ferunt, vt in *l. fundum Cornelianum* 28. *D. de nouat.*

ERROR VII.

De differentia mercis & ſpeciei debitæ cum de æſtimatione ineunda tractatur.

SVMMARIA.

1 *Refertur diſtinctio quorundam inter mercem & ſpeciem in quæſtione de ineunda rei debitæ æſtimatione probata Cuiacio & Hotomanno.*
2 *Ratio diſtinctionis.*
3 *Differentiam eſſe inter iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris. ſiue debeatur merx, ſiue ſpecies, aduerſus autores relatos.*
4 *Vera l. vlt. D. de condict. trit. ſententia aduerſus Cuiacij interpretationem defenſa.*
5 *Diſtinctionem propoſitam eueniri per l. 3. §. in hac. D. commodat.*
6 *Merx non cadit in commodatum, niſi fortè dicis & oſtentationis cauſſa.*
7 *Inter ſpeciem & mercem differentia elegans, ratione præſtationis & æſtimationis.*
8 *Si merx debita fuit ſine purè, ſiue in diem, nec ſoluta eſt, nihil debitor præſtat præter æſtimationem: ſi verò ſpecies debita, nec ſua die ſoluta extat, ſed vilioris pretij facta, præſtanda quidem eſt ſpecies, ſed amplior fieri debet condemnatio, vt creditor ſit indemnis.*
9 *Quid iuris ſit vbi pura eſt obligatio, aut æſtimatio ſpeciei poſt diem creuit.*

DEcerunt † iam olim ex interpretibus qui in hac quæſtione quam nos tractamus. De ineunda rei debitæ æſtimatione, diſtinguendum dixerint, an merx, id eſt, tale quid quod in genere conſiſtat, an ſpecies certa debeatur. Merce namque debita, in bonæ quidem fidei iudiciis ſpectari tempus rei iudicandæ, in ſtrictis verò tempus litis conteſtatæ ex *l. vltim. D. de condict. tritic. l. vinum* 22. *D. de reb. creditor.* iunct. *l.* 3. *§. in hac D. commod. l.* 2. *§. ſi per venditorem D. de action. empt.* Si verò ſpecies, non merx debeatur tam bonæ fidei iudiciis, quàm in ſtrictis, inſpiciendum eſſe tempus rei iudicandæ ſi tùm res extet, aut mortis, ſi ante ſententiam ſpecies illa perierit ex *l. penult. D. de cond. tritic.* quam cum ſuperioribus conciliari non aliter poſſe exiſtimarunt. Quam ſententiam ex recentioribus quoque ſecutus eſt *Iacob. Cuiacius* ad Africanum in *l. mercis* 207. *De verb. ſignif.* licet poſtea ab ea reſilierit *tract.* 8. *ad l. hominem* 37. *D. mandat.* Nec longè aliter *Hotoman. illuſtr. quæſt.* 16. cùm ad legem illam penult. quã ſibi obſtare videbat, hoc vnum reſpondet tractari eo loco de homine, niſi quod addit *mortuo*, apertè in eo cæcutiens. Non. n. tractat Vlpian. de homine mortuo, cum ait ſpectandum eſſe tempus condemnationis, ſed in ea tantùm parte quæ eſt de mortis tempore inſpiciendo. Huius verò diſſimilitudinis † quam inter ſpeciem & mercem conſtituunt, rationem illam adferunt, quòd mercium precia & facilius & ſæpius mutentur, quàm ſpecierum. Quod etſi ita eſt, negari tamen non poteſt quin ſpecierum quoque precia pro locorum & temporum diuerſitate varientur, *l. precia rerum* 93. *D. ad leg. falcid.* Neque rurſum hoc ad rem pertinet, quia toties mutatam æſtimationem eſſe ponendum eſt quoties quæritur an hoc aut illud tempus ad rem æſtimandam ſpectari oporteat. Et verò non poteſt hæc diſtinctio aut iuris rationi, aut prudentum reſponſis vllomodo conuenire. Nam quæ † rationes à nobis allatæ ſunt in ſuperioribus ad probandum, in iudiciis ſtrictis præcisè ſpectari debere tempus litis conteſtatæ, in iis verò quæ bonæ fidei ſunt, etiam tempus rei iudicandæ

4 5 1 2 3 3

ſudicandæ,adeóque moræ vtro tempore pluris res fuit, eas certum eſt perinde locum habere ſiue merx ſiue ſpecies ex contractu quolibet aut bonæ fidei aut ſtricto debeatur.Deinde aperta ſunt in hanc rem verba† *legis vlt. ff.de cond.tritic.*quæ quod de merce vt puta vino,oleo & frumento dixerat,ſi obligationi dies adiecta non ſit,deberi æſtimationem quæ fuerit tempore litis conteſtatæ, ſubiicit in aliis quoque rebus omnibus perinde obtinere.Nam qui cum *Iacobo Cuiacio ad d.l.mercis*,eam adiectionem referre volunt ad cæteras res frumento,vino & oleo ſimiles. i. quæ mercis appellatione contineantur, faciunt,meo iudicio,parum ſubtiliter,cum etiam tacente Iureconſulto dubitaturus nemo fuerit, quin quod de frumento , vino & oleo dictum eſſet cæteris quoque mercibus conueniret.Sed & Africanus noſter *d. l.hominem* tractans de ſtipulatione ex qua homo non merx debeatur, an non apertiſſimè ſcribit rei quæ ex ſtipulatu petitur æſtimationem referendam eſſe ad tempus litis conteſtatæ? At omnium apertiſſimè diſtinctionem † hanc impugnat Vlpianus in *l.3.§. in hac D.commod.* vbi ait non ſolum in cæteris bonæ fidei iudiciis , ſed etiam quod erat conſequens, in actione commodati æſtimari debere quanti res eſt ex tempore iudicandæ , quamuis, inquit,in ſtrictis tempus litis conteſtatæ ſpectetur.Nam ſicut his verbis tam clarè docet differentiam quæ hac parte eſt inter iudicia bonæ fidei & ſtricta , vt nihil dici poſſit manifeſtius , ita fatendum eſt ad illum etiam caſum referendam eſſe differentiam quo ſpecies debeatur. Neque enim † merx cadit in commodatum niſi fortè dicis & oſtentationis cauſſa,vt & cæteræ res omnes quæ in pondere,aut numero aut menſura conſiſtunt,vt ſcriptum eſt in *d. l.3. §. vlt. & l.ſeq.* Quo argumento iam olim *Bartolus* poſt *Accurſium* veterem illam diſtinctionem quam nos nunc refellimus,non inſubtiliter refutauit. Vnus tantùm iuris locus eſt qui interpretes iſtos fefellit vt ad commentitiam hanc diſtinctionem neceſſariò confugiendum putauerint. Is eſt,vt diximus in *d. l.penult. D.cond.tritic.* quam condictionem illi generalem eſſe volunt ad omnes bonæ fidei ſtrictique iuris actiones, & in qua tamen rei iudicatæ tempus ſi res extet, ſin ſecus,tempus moris ſpectandum eſſe Vlpianus eo loco ſcribit.Sed quàm alia diuerſáque ſit illius legis ſententia,in ſequentibus oſtendemus. Quemadmodum autem plerique interpretes in eo errarunt quòd ſpeciem debitam à merce diſtinxerunt,in hoc aut illo tempore ſpectando ad ineundam æſtimationem,ita videntur mihi quotquot ſunt labi contrario errore in eo quod alia ex parte differentiam quæ inter ſpeciem & mercem pereuudens eſt non agnoſcunt. Nam † cùm ſpecies debetur , ſiue ad certam diem ſiue interpellationis aut conteſtationis tempore ſolui debuerit , nec ſoluta ſit, quandiu tamen extat nec deterior facta eſt , ea ipſa præſtari debet,non eius æſtimatio,licèt facta ſit vilior & minoris æſtimationis: aliud enim eſt fieri deteriorem, aliud viliorem , vt proximo capite dicemus : nec aliter vnquam recurrimus ad præſtandam pro ſpecie æſtimationem,quàm ſi ſpecies ipſa dari nequeat ſiue quòd extare deſierit,ſiue quòd deterior facta fuerit,ſiue quòd in dominio ſit alterius, quàm promiſſoris. Nimirum quia quòd homo aut fundus hodie pluris minoriſue eſt quàm anteà fuerit , facere non poteſt vt alius homo aut alius fundus exiſtimari debeat, quàm qui debetur, cùm in individuo conſiſtat , nec rumpit in ſuo genere functionem.Quod enim Philoſophi ſpeciem vocant,noſtri genus, quod illi individuum, noſtri ſpeciem appellant. Denique ſpecies quas dicimus non æſtimantur ex pretio , ſed earum pretia ex corporum qualitate & conditione,licet pro temporum quoque & locorum varietate conſtituantur.At cùm merx debetur ſtatim atque deſiit poſſe ſolui ex poteſtate & iure obligationis, eiuſque æſtimatio immutata eſt , ſuccedit loco mercis æſtimatio omnimodo præſtanda, ſiue creuerit æſtimatio , ſiue decreuerit , quia cùm merces omnes in genere conſiſtant, & merx quælibet in ſuo illo genere functionem recipiat , conſequens eſt vt ſi pro tritico quod fuit decem aureorum quo tempore ſolui debuit, alio tempore quo quinque aut quindecim aureorum eſt , itidem triticum ſolui poſſet , aliud ſanè quàm quod debitum eſſet ſolui videretur. Itaque ex mutatione æſtimationis ipſius quoque mercis debitæ mutatio inducitur, quæ facit vt neceſſariò pro mercis æſtimatione deberi præſtarique oporteat,ne alioqui iniuria fiat vt promiſſori ſi æſtimatio creuerit,aut creditori ſi decreuerit.Qua de cauſſa videas Iureconſultos quoties de merce debita tractãt quæ ſoluta non ſit eo tẽpore quo ſolui debuit,tractare etiam de æſtimatione : vt intelligamus eum qui mercem dare obligatus fuit, nec dedit,cùm oportuit,numquam condemnari debere ad eam mercem dandam, ſed ſemper ad præſtandam æſtimationem:quod tamen ſimiliter in ſpecie debita non niſi fatuè & ridiculè facere iudex poſſit, *l.vlt.C.de fideic.libert.*ſed ita demum ſi ſpecies ipſa præſtari nõ poſſit aut per rerum naturam, vt puta cum peremta eſt *l.ſi ſeruum* 91.*§.ſequitur,& 3.vlt. De verb.obl.* aut per contumaciam poſſeſſoris alienã rem inuito domino retinere volentis *l.ſi filiofamilias* 25.§.1. *D.ſolut. matr.l.non enim* 9.*D.rer.amot.l.tutor.*8.*D.de in lit.iurand.* Huius verò differentiæ effectus magnus in eo eſt , quòd ſi † merx debita fuit ſiue pure ſiue in diem , nec ſoluta 8
eſt, nihil debitor præſtat præter æſtimationem licet aliter atque aliter incundam pro conuentionum & negotiorum diuerſitate:quia ita ſit vt indemnis ſeruetur creditor ſi pluris merx fuit cùm dari debuit,quàm eo tempore ſit quo ſoluitur Si verò ſpecies debita nec ſua die ſoluta fuerit, quæ tamen etiamnum extet quidem , ſed ita vt vilioris pretij ſit,quàm tùm fuit cùm ſolui debuit, ſicuti non poteſt recuſare creditor quominùs eam ipſam ſpeciem accipiat quæ adhuc ſcilicet debetur, ita in damno cõſtituitur,cùm minoris res eſt ſolutionis tempore quàm fuerit eo die quo dari eam ex conuentione oportuit. Quãdoquidem ſi eam ſua die debitor ſoluiſſet, tanti eam tum vendere creditor potuiſſet.Arqui conſtat eum qui in diem certam dare aliquid debuit ſi non dederit tanti condemnandum eſſe quanti creditoris interfuit ea die ſolutum eſſe *d.l.ſi Calendis* 11. *D.de re iudicat.l. nummis* 3. *De in lit.iur.* Conſequens igitur eſt vt quantò minor reperitur præſens æſtimatio , tantò amplior fieri debeat condemnatio vt creditori indemnitas præſtetur: Non quidẽ iure æſtimationis(neque enim de æſtimatione, vt iam diximus, quæri poteſt cùm res ipſa ſoluitur, quæ in obligatione eſt)ſed iure eius quod intereſt propter dici adiectionem.Ideo autẽ ponimus ſpeciẽ dari intra certã diem debuiſſe pluriſque ea die fuiſſe,quoniam ſi aut pura obligatio fuit aut æſtimatio poſt dictã creuit, aliud ſanè probandum eſt:Quia priori† caſu id eſt,cùm 9
puta fuit obligatio, non tantæ poteſtatis eſt mora quæ per interpellationẽ contrahitur quantæ adiectio diei ad condemnationem eius quod intereſt inducendam , maximè ſi ex ſtipulatione alióve contractu ſtricto agatur. Poſteriore verò caſu,id eſt,aucta ſpeciei æſtimatione ſatis hoc ipſo præſtatur præſens æſtimatio quòd ſpecies ipſa præſtatur quæ ſuam in ſeipſa æſtimationẽ continet, ideóque nec alia vlla condemnatione opus eſt, quod in merce debita non ſimiliter contingeret.Nam ſi merx eo tẽpore præſtaretur quo pluris eſſet,cùm ad certam diem ſolui anteà debuiſſet,aliud pro alio ſolui quodammodo videretur.Planè nulla alia adiecta ſi ex bonæ fidei cõtractu agatur,bona fides euincit vt neque moræ,neque litis conteſtatæ,neque condemnationis tempus præciſè ſpectari oporteat,ſed vero tempore res pluris fuit, quia nec tẽpus præciſè vllum eſt in quod contrahentes collatam voluerint ſolutionem *d.l.3.§. ſi per vendit. & l.ſi ſterilis* 21.*§.cùm per vendit.D.de action.empt.* bonæ fidei ſiquidem ratio largiorem interpretationem admittit , cui locus nullus relinquitur cùm certa dies adiecta eſt.

ERROR

ERROR VIII.

Si ſpecies debita vilior, nec tamen deterior facta ſit.

SVMMARIA.

1 *Error interpp. & pragmaticorum in quæſtione de inenda rei debitæ æſtimatione, non diſtinguentium viliórne an deterior facta ſit quæ debetur.*
2 *Aliud eſſe fieri deteriorem, aliud viliorem.*
3 *Species perire poteſt, merx non item.*
4 *Quomodo accipiendum quod aiunt ICti, ſpecie debita poſt moram deteriore facta, reducendam eſſe æſtimationem, ad tempus moræ.*
5 *Quæ æſtimatio præſtanda ſit cùm res facta quidem eſt deterior, ſed tamen pretioſior iam eſt, propter auctam æſtimationem.*
6 *Differentia inter mercem & ſpeciem.*

1 IN quæſtione † iſta de inenda rei debitæ æſtimatione præcipuus ferè omnium interpretum & pragmaticorum error ille eſt, quòd non diſtinguunt viliórne an deterior facta ſit res quæ debetur, ſed quaſi nihil interſit ad eum caſum quo res vilior effecta fuerit, accommodant leges omnes quæ loquuntur de re facta deteriore. In quo tamen † quàm abſurdè fallantur, ex eo apparet quod fieri facilè poteſt vt res debita vilior ſit, nec tamen deterior, & contrà, vt deterior facta ſit, nec eo minùs tamen pretioſior. Finge deberi ſeruum Pamphilum qui ex die obligationis aut interpellationis claudus eſſe cœperit, aut eluſcatus. Nemo dubitat quin ſit deterior qui deſiit eſſe integro corpore. Et tamen quid impedit quominus ſit pretiolior, id eſt, maioris pretij quàm cùm dari debuit, pretiis ſeruorum fortaſſis pro tempore vſque adeò auctis vt qui moræ tempore quamuis integer non niſi centum aureis dignus fuit, nunc etiam claudus & eluſcatus dignus ſit ducentis? E contrario finge factum meliorem, vt puta pantomimum, aut ex citharœdo comœdum, ſed tamen eo tempore quo pretia ſeruorum tam ſint imminuta, vt ſi publica auctione diſtrahendus ſit, non niſi centum aureis vendi poſſit qui antequàm pantomimus aut comœdus fieret, vendi potuit ducentis. Dicam factum eum eſſe & meliorem ſimul & viliorem, non etiam deteriorem. Aliud igitur planéque diuerſum eſt deteriorem fieri, aliud viliorem. Deterioratio enim ad ipſius rei corpus & ſubſtantiam pertinet, vilitas verò ad æſtimationem, quæ in ſingulos dies pro locorum & temporum varietate alia atque alia eſſe poteſt, eadem licèt manente intrinſeca rei bonitate & qualitate. Idque ita eſſe conſtat etiam euidentiùs ex eo, quòd ſi de merce agatur non de ſpecie, fatentur omnes mercem poſſe fieri viliorem: quam tamen fatendum eſt non magis deterioremem effici quàm perire poſſe. Quod enim perire nullomodo poteſt, neque deterius fieri poteſt, quandoquidem nec aliud eſt fieri quid deterius, 3 quàm ex parte perire. Merx † autem ideò nec in totum nec ex parte perire poteſt, quia in genere & quantitate conſiſtit. Specierum propria conditio illa eſt vt & perire & deteriores fieri poſſint, quia in indiuiduo conſiſtunt, 4 quod non poteſt non perire. Proinde † quod quibuſdam iuris locis ſcriptum & ſpecie debita poſt moram deteriore facta reducendam eſſe æſtimationem ad tempus moræ, vt in *leg. penultim. ff. de condict. triticar. leg. fundum Cornelianum* 18. *ff. de nouat.* non ſic accipiendum eſt quomodo ab interpretibus & pragmaticis omnibus accipi video, vt ſi poſt moram æſtimatio decreuerit, tanti æſtimari res debeat quanti fuit tempore moræ etiam in iudiciis ſtrictis, cuiuſmodi eſt condictio tritticaria. Nihil enim falſius eſt ſiue iuris rationem inſpicias, ſiue tot iuris locos, tota hac Decade toties inculcatos, quibus probatur in contractibus ſtrictis æſtimari rem præcisè ex tempore litis conteſtatæ, nec præcedentis aut ſubſequentis temporis rationem vllam haberi oportere *leg. vinum* 22. *D. de reb. credit. leg. vlt. De condict. tritic. leg.* 3. §. *in hac. D. de commod. l. hominem* 37. *D. mandat.* Quia nullius effectus mora eſt in iudiciis ſtrictis niſi ad perpetuandam obligationem *leg. ſi ex legati* 23. *De verb. obligat.* non etiam ad retinendam æſtimationem quæ moræ tempore maior fuit, cùm non idcircò cœperit æſtimatio eſſe in obligatione, ſed res ipſa quandiu præſtari poteſt, quamuis longè vilior facta proponatur, dum ne deterior, nam cùm deterior facta eſt, atque ita ex parte, vt diximus, periit, eodem iure cenſetur, quo ſi in totum periiſſet, quod ad hoc vt totius rei æſtimationem quæ ante deteriorationem fuit præſtari oporteat. Sicut enim nullomodo reddi videtur res quæ deterior redditur *leg.* 3. §. 1. *D. commod.* ita nec cogendus eſt creditor rei debitæ partem in re ipſa, partem in æſtimatione accipere, licet non eo minùs maneat res ipſa in obligatione quemadmodum maneret tametſi in totum peremptа eſſet. Ponimus namque moram præceſſiſſe. Itaque condemnabimus debitorem non ad eam æſtimationem quæ nunc eſt tempore litis conteſtatæ, ſed ad eam quæ fuit moræ tempore, id eſt, priuſquàm res deterior facta eſſet. Quid ergo ſi † facta quidem ſit deterior, ſed tamen, quod fieri poſſe diximus, pretioſior propter auctam pro tempore omnium rerum & ſpecierum quæ eiuſdem generis ſunt æſtimationem? An ea æſtimatio debebitur quæ moræ tempore fuit, id eſt, ante deteriorationem quidem, ſed tamen vilior quàm nunc ſit. An ea potiùs quæ nunc maior eſt quamuis re facta deteriore? An illa denique quæ haud dubiè nunc multò maior eſſet ſi res in priſtina ſua bonitate redderetur? Quod ergo certè probabilius dici puto, quoties namque res debita poſt moram peremptа aut deterior facta eſt, eadem debitoris ratio in omnibus conſtitui debet quæ eſſet ſi res neque peremptа, neque deterior reddita proponeretur. Alioqui quod in odium moroſi debitoris iure conſtitutum eſt, vt rei poſt moram deterioratæ æſtimatio ad tempus moræ reuocetur *dict. leg. penultim. de condict. tritic.* in ipſius fauorem retorqueretur, nemo autem dubitare poteſt quin ſpecies quæ etiam deterior poſt moram facta pluris hodie eſt quàm moræ tempore fuerit, longè pretioſior futura eſſet ſi deterior effecta non fuiſſet. Quod tamen ob eam fortaſſis cauſſam Vlpianus in *dict. leg. penultim.* prætermiſit, quia leges accommodari & ſolent & debent ad eos caſus qui frequentiùs accidunt, ille verò rariùs euenit, vt poſt deteriorationem res pluris ſit quàm antè fuerit. Cæterùm ad debitas ſpecies duntaxat hic tractatus pertinet. Nam † cùm merx debetur, quæ, vt 6 iam dictum eſt, non magis deterior fieri quàm perire poteſt, nunquam ad tempus moræ reducitur æſtimatio ſi triticaria condictione quæ ſtricta eſt, agatur, quamuis æſtimatio mercis decreuerit. Et hæc perelegans quoque mercis & ſpeciei differentia ei addenda eſt quam nos tradidimus capite ſuperiore. Quam ſi interpretes & pragmatici bene obſeruaſſent: nunquam dixiſſent, viliore poſt moram facta ſiue merce ſiue ſpecie debita etiam ex contractu ſtricto ad tempus moræ referendam æſtimationem ex *dict. l. pen.* qua vna in hanc rem aburuntur.

* * *

ERROR IX.

De condictione triticaria.

SVMMARIA.

Condictio triticaria generalis eſt & competit ex omni cauſa, & ad res omnes præterquam ſi pecunia numerata petatur.

Quo ſenſu interpretes condictionem triticariam generalem eſſe autument.

Condictio triticaria nullo caſu bonæ fidei actio eſt.

Omnes condictiones ſive generalem, ſive ſpecialem appellationem habeant, ſunt ſtricti iuris.

Omnes actiones in perſonam condictiones cur dictæ.

Condictio triticaria certum & nominatum actionis perſonalis genus ſignificat.

Sententia L. vltim. D. de condiction. triticar. quò pertineat ſecundum veteres quoſdam interpretes, quorum error explodatur.

1 COndictionem † triticariam generalem eſſe & competere ex omni cauſa, & ad res omnes præterquam ſi pecunia numerata petatur, ſcribit Vlpianus in *l. 1. D. de condict. tritic.* Sed alio ſanè ſenſu quàm vulgò ab interpretibus
2 & pragmaticis accipiatur. Sic enim illi intelligunt † vt ex omni contractu ſiue bonæ fidei ſiue ſtricti iuris ſit competat hæc condictio, ac proinde vt condictio triticaria non minùs ſit bonæ fidei, qua parte datur ex bonæ fidei contractu quàm ſtricti iuris, qua ex parte datur ex ſtipulatione alióve contractu ſtricto. In quo falluntur euidenter. Numquam enim ſcriptum apud Iureconſultos reperias condictione triticaria eum agere qui agit depoſiti vel mandati, vel empti aut venditi, vel commodati, vel alio denique genere actionis quæ ſit bonæ
3 fidei: nec proinde poteſt defendi † vllo caſu condictionem triticariam bonæ fidei actionem eſſe. Omnes enim
4 condictiones † ſiue generalem appellationem & naturam habeant, cuiuſmodi ſunt condictiones certi & triticariæ, quarum illa non niſi ad pecuniam numeratam, hæc ad cæteras res omnes competit, ſiue ſpecialem vt condictio furtiua, indebiti, ſiue cauſſa ob turpem vel iniuſtam cauſſam, & aliæ ſi quæ ſunt ſimiles, ſunt ſtricti iuris, nec vllam ex bonæ fidei interpretatione præſtationem admittunt. Non ſum neſcius actiones † omnes in
5 perſonam ſiue bonæ fidei ſint, ſiue ſtricti iuris, ſiue arbitrariæ, condictiones appellari, propterea quòd veteres condictionem pro denunciatione dicebant quam in omnibus actionibus perſonalibus præcedere oportebat, vt Iuſtinianus refert in §. *appellamus. Inſtitut. de action.*
6 Sed condictionem † triticariam cùm dicimus non tam ad veteris illius denuntiationis vſum reſpicimus, quàm certum & nominatum actionis perſonalis genus ſignificamus, vt ex eo appareat quòd rem ſuam ex hac cauſſa petere nemo poteſt niſi ex certis cauſis, veluti ex cauſſa furtiua vel de re mobili vi arrepta, vt Vlpianus ait in *dict. l. 1. §. vltim. De condict. tritic.* Id enim eſt quod dici ſolet neminem rem ſuam condicere præterquàm à fure aut raptore, qui fur improbior eſſe dicitur *l. item ſi 14. §. qui vim intulit. D. de eo quod met. cauſſ.* duorum ſcilicet odio receptum eſt vt condici ex eis poſſit quò plutibus actionibus teneantur *l. vltim. D. vſufruct. quemadmod. caueat. l. 1. De condict. furt.* Et tamen nemo neſcit poſſe dominum agere depoſiti commodati, & aliis huiuſmodi actionibus bonæ fidei & in perſonam, vt rem ſuam repoſcat, licet non tanquam ſuam, ſed tanquam ſibi debitam. Neque enim rei ſuæ dominium amittit qui eam aut depoſuit, aut commodauit, aut locauit, aut pignori dedit. Aliud igitur eſt condicere triticaria, aliud verò agere depoſiti vel commodati, vel pignoratitia actione. In eamque rem textus eſt perelegans in *lege ſi quis inficiatus, 31. §. 1. D. de depoſit.* vbi Paulus ſcribit, Competere quidem condictionem etiam rei depoſitæ nomine, ſed non antequàm dolo malo aliquid admiſſum ſit, non enim quemquam hoc ipſo quòd depoſitum accepit condictione obligari, verùm quòd dolum malum admiſerit. Quod cùm ita ſit parum eruditè fecerunt quidam ex veteribus interpretibus, exiſtimantes † 7.
Vlpiani ſententiam quæ extat in *leg. penult. De condict. tritic.* de inſpiciendo tempore condemnationis in æſtimanda re debita quæ per condictionem triticariam petatur ad eas duntaxat actiones referendam & coarctandam eſſe quæ bonæ fidei ſint, non etiam ad cæteras pertrahendam quæ ſunt ſtricti iuris. Cui commento cauſſam ſanè illud dedit quòd non aliter fieri poſſe crediderunt, vt is locus cum cæteris conſentiat, quibus ſcriptum eſt in iudiciis ſtrictis ſi de æſtimanda re quæratur litis conteſtatæ non rei iudicandæ tempus ſpectandum eſſe, *l. vinum 22. D. de reb. credit. l. vlt. D. de condic. tritic. l. 3. §. in hac D. commod. l. hominem 37. D. mandat.* Eſt enim proprium ius iudiciorum bonæ fidei, vt in iis ſpectetur etiam tempus rei iudicandæ *d. §. in hac l. 3. §. ſi per venditorem, l. ſi ſterilis 21. §. cùm per venditorem, D. de action. empt.* Et certè fatendum eſt locum eſſe perdifficilem ſi quiſquam alius eſt in toto iure. Nec facilè dici poſſe quam ſententiam aut rationem habeat quod in *dicta l. penult.* Vlpianus ait in condictione triticaria ſpectandum eſſe tempus condemnationis, niſi eam interpretationem probes quam nos ſequenti capite, nec improbabilem, vt nos quidem videtur, adferemus. Tantum enim abeſt vt ea lex ad bonæ fidei actiones ſolas coanguſtanda ſit, vt nec de iis intelligi vllomodo poſſit, ſed tantùm de actionibus ſtrictis quæ omnes triticariæ condictionis appellatione continentur, ſi eas excipias quibus actor aut rem ſuam aut pecuniam numeratam perſequatur.

ERROR X.

De rei debitæ æſtimatione ante poſt condemnationem.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio quid iuris obtineat, ſeu cuius temporis ratio habenda ſit ſi æſtimationis mutatio facta ſit poſt condemnationem, ad quem caſum pertineat.*

2 *Reſponſio Bartoli & aliorum pragmaticorum ad quæſtionem propoſitam.*

3 *Non eſſe augendam condemnationem etiamſi poſt elapſum quadrimeſtre iudicatis indultum creuerit æſtimatio: & ſeqq.*

4 *Per ſententiam qua irrogat condemnationem fit nouatio, & id quod antea debebatur ex contractu incipit deberi ex iudicato.*

5 *Æſtimatio in quæſtione propoſita præſtanda eſt quæ fuit tempore condemnationis, ſi non per commutationem debitoris, ſed per rei debitæ conditionem res præſtari nequeat.*

6 *Superior propoſitio obtinet, ſiue ex bonæ fidei iudicio, ſiue ex ſtricto condemnatio ſecuta ſit.*

7 *Vera ſententia l. penult. D. de condict. tritic.*

8 *Quomodo accipiendum ſit quod ait Vlpianus in d. l. ſpectari debere quanti res fuit tempore mortis: & quo caſu verum ſit num. 9.*

10 *Cùm res extat non eſt quærendum de æſtimatione, niſi aliquid ſit quod impediat eius præſtationem: ſi verò extare deſiit, recurrendum ad æſtimationem, ſiue talis res ſit, quæ ſi extaret dari poſſet, ſiue quæ dari non*

non posset, quanquam utroque casu diuersimodè ineatur æstimatio.

11 *Si post condemnationem crescere posset æstimatio, nullus litium finis foret.*

QVoniam hucusque quid iuris obtineat si rei debitæ æstimatio creuerit, vel decreuerit ante condemnationem, siue merx siue species debeatur, & per actionem vel bonæ fidei vel stricti iuris petatur. Dicendum nunc est quid † si ea æstimationis mutatio facta sit 1
post condemnationem. Nam & id plerumque accidit vt post rem iudicatam pluris minorisve res sit, quàm fuerit tempore latæ sententiæ, propter moras quas iudicati executio trahere secum solet. Illud verò primùm obseruandum est, nos cùm de aucta post sententiam æstimatione loquimur, eum casum tractare, quo res ipsa debita, non eius æstimatio deducta sit in condemnationem. Constat enim æstimationem quæ cœpit semel esse debita, nunquam ex postfacto crescere aut decrescere posse: quia neque incrementi capax est aut diminutionis. Non enim sicut res debita, ita & rei æstimatio aliam atque aliam recipere potest æstimationem. Vnde fit vt in iudiciis strictis spectemus eam æstimationem quæ est tempore litis contestatæ præcisè, quia sicut ante id tempus non æstimatio, sed res debetur, & in contestationem deducitur, ita post litem contestatam si res debita præstari posse desinat, vel quia perempta est si speciem fuisse proponas, vel quia vilior nunc merx est quàm tùm fuerit, aut etiam pretiosior, cœpit ab eo tempore æstimatio succedere in locum rei debitæ, quia quale quantique quid est cùm petitur id nisi tale detur tanti æstimari debet *leg.* 2. *D. de vsur.* quandoquidem nec post id tempus solui amplius res potest quin aduersus conuentionem factum videri debeat, nouaque obligatio per contestationem contracta videtur, quam simul cum vetere & pristina obligatione dissolui necesse est, vt prior quæ posteriori causam dedit perimatur: quum in iudicio quasi contrahatur *l.* 3. §. *idem scribit. D. de pecul. l. aliam* 29. *D. de nouat.* Sic igitur concepta sententia & condemnatione, vt ad rem ipsam debitam sit debitor condemnatus, si posteà contingat vt res præstari nequeat, ideóque necesse sit recurri ad præstationem æstimationis, quæ aucta sit vel imminuta, quæstio est cuius temporis rationem in æstimanda re haberi oporteat. Nostri † distingunt an intra quadrimestre quod iudicatis ex Iustiniani constitutione indultum est, immutatio illa æstimationis superuenerit, an posteà. Si intra tempus constitutum, non dubitant quin debitoris damno ea res cedere non debeat, quia totius illius temporis mora est impunita, cùm non tam ex culpa quàm ex legis beneficio proficiscatur *l.* 3. *D. de vsur.* Sin post id tempus, volunt omnes augeri æstimationis præstandæ obligationem, non lege aliqua quam proferre in hanc rem possint, sed illa tantùm ratione, ne, inquiunt, melior sit conditio morosi debitoris post condemnationem, quàm si non esset condemnatus ex *l. euidenter* 16. *D. de except. rei iudic.* Sic enim *Bartolus*, & post eum cæteri ad *d. l.* 3. §. *in hac. D. commodat.* 2
Quod aiunt non † esse augendam condemnationem ob auctam ex iudicati tempore æstimationem, ego admitto libentissimè. Non propter rescriptum illud Antonini quo mouentur (neque enim pertinet ad rei debitæ æstimationem, sed tantùm ad accessiones naturales, id est, ad fructus, neque rursus eo casu locum habet quo mora præcesserit condemnationem, vt ex vera rei atque iuris ratione magis quàm ex Antonini Imperatoris mente Papinianus eleganter disputat in *d. l.* 3. *de vsur.*) Sed quia nec post elapsum quadrimestre patior crescere condemnationem, tametsi ex eo tempore noua mora contracta sit ob id quod non est satisfactum iudicato. Nam si post nouam illam moram cum condemnatione iunctam non crescit obligatio præstandæ æstimationis, quantò minùs crescet ante moram? Vt verò nec post moram crescere patiar, ex eo moueor quòd per † sententiam quæ irrogat condemnationem fit nouatio, & id quod antea debebatur ex contractu siue bonæ fidei siue stricto incipit deberi ex iudicato, *l. vlt. C. de vsur. rei iudic. l. si fundum* 16. §. *creditor.* & §. *si pluris, D. de pignor.* Vnde fit vt eæ quoque vsuræ deberi desinant quæ ex contractu aut ex natura iudicij bonæ fidei debeantur, nec aliæ possint exigi, quàm quæ ex iudicato certæ & per legem constitutæ sunt *l. in bonæ fidei* 13. *C. de vsur.* Denique postquàm iudicatum est nihil quærendum superest, nisi quid iudicatum sit. Nam siue plus siue minus deductum fuerit in condemnationem quàm illud fuit quod debebatur, illud ipsum præstandum est quod ex iudicato debetur, nec plus nec minùs. Id enim facit autoritas rerum iudicatarum *d.* §. *si pluris.* Atqui si æstimatione crescente post condemnationem plus præstare cogeretur debitor condemnatus quàm quanti sententiæ tempore res fuisset, plus vtique præstaret quàm quantum deductum esset in condemnationem. Non enim fieri potest vt re † ipsa deducta 5
in condemnationem, videatur iussus & condemnatus debitor, vt si aliqua de causa rem præstare nequeat, aliam præstet æstimationem quàm quæ fuit tempore rei iudicatæ. Ponimus siquidem ideò recurri ad præstationem æstimationis, quòd res ipsa præstari nequeat, non per contumaciam debitoris, quo casu aliud sanè esset, sed per ipsam rei debitæ conditionem & qualitatē fortè quòd Stichus, qui dari debuit alienus reperiatur, aut iam euictus, qui proinde præstari ita non possit vt detur eiúsque dominium transferatur. Nam cùm hoc casu non aliter iudicato satisfacere possit debitor qui Stichum dare, id est, dominium eius transferre debuit, quid aliud faciendum supereſt nisi vt æstimatio præstetur? Quænam porrò æstimatio nisi quæ condemnationis tempore fuit? Quare nec distinguemus † an ex bonæ 6
fide iudicio, an ex stricto secuta condemnatio sit: quia vtroque casu verum est nihil amplius deberi nisi ex iudicato cuius eadem semper autoritas est. Eaque mihi videtur sententia † esse Vlpiani in *l. penult. D. de condict.* 7
triticar. cùm ait in condictione triticaria quam stricti iuris semper esse iam diximus, spectandum esse tempus condemnationis, irrogatæ scilicet, non irrogandæ, ne alioqui pugnet is locus cum *l. vlt. eod. tit.* tórque aliis legibus in quibus scriptum est ab eodem etiam Vlpiano in iudiciis strictis si de incunda rei debitæ æstimatione quæratur spectari debere tempus litis contestatæ, condemnationis verò numquam, *dict. l.* 3. §. *in hac. D. commod. lege vinum* 22. *D. de reb. credit. lege hominem* 37. *D. mandat.* Nec est contrarium quod in eadem lege Vlpianus subiicit si † homo qui per condictionem tri- 8
ticariam petitus fuit decesserit, mortis tempus spectari oportere. Nam & id quoque sic ego intelligo, si decesserit post condemnationem. Alioqui nullo sanè casu fieri potest vt mortis tempus inspiciatur. Aut enim moram aliquam præcessisse fingimus, aut nullam. Si nullam, certum est speciei interitu liberationem omnimodo contingere, nec proinde fieri posse vt condemnatio vlla sequatur, *lege si ex legati* 23. *de verb. oblig.* Sin mora aliqua præcessit, constat non solùm superesse obligationem etiam re perempta, *lege si seruum* 91. §. *sequitur*, & §. *vltim. eod. l. promissor Stichi* 21. *leg. promissor hominis* 23. *D. de pecun. constitut.* sed etiam, quod magis est rei illius tametsi iam peremptæ æstimationem crescere in tempus vsque non equidem rei iudicandæ, sed litis contestatæ si post moram & ante litem contestatam decesserit, ob idque nimirum deferri necessariò iusiurandum actori oportere, quoniam sine delatione iusiurandi non potest iudex æstimare rem quæ non extat, *leg. in actionibus* 5. §. *vltim. de in lit. iurand.* Quod vtique falsò diceretur si mortis tempus ἐν σκάτει, vt Vlpianus loquitur spectandum esset Quid enim

enim facilius quàm eas quoque res quæ extare desierunt æstimare inspecto eo tempore quo aliquando extiterunt: Vt contingit in actione legis Aquiliæ, & in condictione furtiua, de quibus sequenti Decade dicemus. Vt verò etiam peremptæ rei possit crescere æstimatio, ex eo fit quod quamuis verè & naturaliter perempta sit, tamen potestate iuris habetur pro adhuc extante adeò vt peti possit, licèt non amplius præstari *dict. l. si seruum, §. vltim. de verbor. oblig.* Indéque illud etiam euenit vt certis casibus etiam fructuum qui ex ea re percipi potuerunt in tempus vsque rei iudicatæ condemnatio fieri debeat *leg. Iulianus* 17. *D. de rei vindicat.* Ergo quod Vlpianus vult in *dict. leg. penultim. D. condict. triti.* spectari debere quanti res fuit tempore mortis, aliam interpretationem recipere non potest quàm vt ita demum id verum sit si post sententiam res perierit. Neque tamen indistinctè & generaliter verum arbitror re post sententiam perempta spectandum esse
9 tempus mortis, sed vno tantùm illo † casu quo nulla alia ratio sit propter quam eximi debeat reus ab ipsa re præstanda, quàm quia res extare desiit. Finge mortuum esse Strichum, qui etiamsi viueret, dari tamen non posset, fortè quòd alienus, aut iam euictus esset. Cur dicamus eam deberi Strichi æstimationem, quæ quo tempore is mortuus est maior fuit quàm tempore condemnationis, cùm si hodie viueret, non alia quàm quæ condemnationis tempore fuisset, deberetur? Vtique enim nemo dixerit fieri quem pluris ob hoc solùm quòd sit mortuus. Sed quemadmodum qui ad hominem dandum condemnatus est quandiu homo extat, & dari potest, non liberatur dando æstimationem, quæ iudicati tempore fuit, præsertim si homo ille pluris nunc sit, quia non æstimationem debet, sed hominem, quem si nunc daret, præsentem quoque ipsius æstimationem dare videretur, ita & homine illo, qui dari debuit perempto post rem iudicatam, si pluris fuit mortis tempore quàm condemnationis, nihil caussæ est cur ad tempus sententiæ referenda sit æstimatio, cùm si iudicato satisfactum fuisset victor ex Strichi venditione pretium quod maius superuenisset, redigere potuisset. Quòd si quis miretur casus istos ab Vlpiano non ita apertè distinctos fuisse, cogitare debebit ex eo factum hoc fuisse, quòd vel sola ipsa casuum diuersitas satis supérque hanc distinctionem inducit. Nam cùm res † extat, non 10
est quærendum de æstimatione, nisi aliquid sit quod impediat ne præstari res possit, vt cùm aliena reperitur, vel iam euicta: ideóque cùm de rei extantis æstimatione præstanda tractamus, hoc ipso significamus eum à nobis casum tractari quo res debita præstari nequeat. Cùm verò extare desiit, necessariò recurrimus ad æstimationem, siue talis res fuit, quæ si hodie extaret dari posset, siue talis quæ dari non posset tametsi extans proponeretur. Cæterùm non inde fit consequens, vt eadem vtroque casu ratio haberi debeat ineundæ æstimationis rei quæ non extat. Aperta enim dissimilitudinis caussa illa est quam nos nunc tradidimus. Et sanè si post † condemnationem crescere posset æstimatio, nul- 11
lus vnquam litium finis esset. Noua enim condemnatione opus esset, & consequenter aut potiùs antecedenter noua contestatione, arque ita res abiret in infinitum. Quod ne accidat in eo perstandum necessariò est vt iudicati executio fiat, ac proinde vt ad condemnationis tempus æstimatio referatur: Alioqui non tam præcedentis condemnationis executio, quàm noua condemnatio fieri videretur. Hoc ipsum tamen sic intelligi debet si non ante condemnationem post moram res deterior facta sit. Tunc enim ad moræ tempus reuocanda est æstimatio, vt Vlpianus scribit in *d. leg. penultim.* De cuius sententia & ratione, itémque de cæteris quæ hoc capite disputauimus, qui plura scire volet, legat quæ nos fusissimè in hanc rem scripsimus *lib. Coniect. 16. capite 4. & 5.*

ANTONII FABRI IC.

Decas Decimaseptima.

ERROR PRIMVS.

De æstimatione Quanti plurimi.

SVMMARIA.

1 *Error communis interpretum & pragmat. putantium siue ex bonæ fidei iudicio siue ex stricto quid petatur & mora facta sit, siue per lapsum diei, siue per interpellationem iudicialem aut extraiudicialem condemnandum esse debitorem quanti plurimi res fuit ex die moræ in diem condemnationis, adeóque & solutionis, detracto tantùm eo tempore, quod iudicatis ad soluendum datur.*

2 *Vnde præditum error manarit.*

3 *d. Erroris reiectio.*

4 *Nec lege, nec ratione suffultum esse quod aiunt interpretes condemnandum debitorem morosum quanti plurimi res vnquam fuit à die moræ.*

5 *ICti non tractant de æstimatione quanti plurimi, nisi cum de actione legis Aquiliæ, aut condictione furtiua disputant, & cur vtrobique locum habeat.*

6 *A quo die tentatur fur præstare quanti plurimi res fuit.*

7 *Abhorret à iuris ratione, vt præstetur æstimatio quanti plurimi, nisi magna necessariáque caussa vrgeat.*

8 *Declaratio leg. 3. §. cùm per venditorem. D. de act. empt.*

TRactatus hic pertinet ad ea quæ aduersus errores interpretum & pragmaticorum à nobis disputata sunt Decade superiore. Iam enim sæpius diximus interpretum & pragmaticorum errorem † celeberrimum hunc esse; vt pu- 1
tent siue ex bonæ fidei iudicio, siue ex stricto quid petatur, & mora facta sit, siue per lapsum diei, siue per interpellationem aut iudicialem aut extraiudicialem condemnandum esse debitorem quanti plurimi vnquam res fuit ex die moræ in diem vsque non modò condemnationis, sed etiam solutionis, detracto tantùm eo tempore quod iudicatis ad soluendum datur. Quæ receptissima *Bartoli* traditio est ad §. *in hac. l.* 3. *D. commod.* Cur † caussam illud dedit quod Iureconsulti, quibus locis tractant de ineunda rei debitæ æstimatione nunc hoc nunc illud tempus spectari volunt, aliquando diem 2
quo

quo dari res debuit, obligatione ſcilicet in diem certum concepta, vt in *l. quoties* 59. *D. de verb. obligat.* aliquando tempus litis conteſtatæ *l. vnum*, 12. *D. de reb. credit. l. vlt. De condict. triticar. l. hominem*, 37. *D. de mandat.* aliquando condemnationis vt in *l. pen. de condict. tritic.* aliquando denique vtro tempore pluris res fuit aut quo mora contracta eſt, aut quo lis in condemnationem deducitur, vt in *l.* 3. *§. ſi per venditorem*, & in *l. ſteritis* 21. *§. cum per venditorem*, *D. de act. empt.* Egregij † ſanè interpretes & ſubtiles nec iniqui, ſi diis placet legum conciliatores, qui quod à prudentibus tam prudenter conſtantérque proditum eſt, de hoc aut illo duntaxat tempore ſpectando pro negotiorum & iudiciorum varietate, ſic intelligunt vt indiſtinctè & omni caſu cuiuſlibet temporis rationem haberi oporteat. Eſſet tamen forſaſſe quod eorum imprudentiæ parceretur ſi ſublata iudiciorum bonæ fidei & ſtricti iuris differentia, hoc tantùm dicerent: inſpici debere vtro tempore pluris res fuit aut moræ, ſiue per lapſum diei, ſiue per interpellationem contractæ aut litis conteſtatæ, aut rei iudicandæ: poſſet enim id ſufficere ad ſupradictos omnes iuris locos conciliandos, ſi nihil aliud agunt illi niſi vt concilient. Sed illud ferre nullomodo poſſum, quod tam pertinaciter omnes defendunt condemnandum † eſſe debitorem moroſum quanti plurimi vnquam res fuit à die moræ. Id enim faciunt non ſolùm ſine lege & ratione, ſed etiam contra eas ipſas leges quibus mouentur. Nam hoc ipſo quod aiunt aut hoc aut illud tempus ſpectandum eſſe, aut vtro tempore pluris res fuit vel moræ vel condemnationis, an non negant apertiſſimè æſtimandam eſſe rem quanti plurimi medio tempore vnquam fuit? Cur enim extremorum tempora ſpectari dicerent, ſi totum intermedium tempus excludi nollent? Denique me illud maximè mouet quòd cùm in pragmaticorum & vulgarium interpretum ore nihil ſit frequentius quàm vt de quanti plurimi æſtimatione præſtanda loquantur, Iureconſulti contrà nuſpiam de huiuſmodi æſtimatione tractant, niſi † cùm vel de condictione furtiua diſputant, vel de legis Aquiliæ actione. Quarum actionum ſpeciale certè & ſingulare ius eſt. Actionis quidem Aquilianæ propter verba legis quæ ſic concepta ſunt vt quanti plurimi homo fuit eo anno quo occiſus eſt, facta retrorſum anni computatione, actori præſtari oporteat, *l. ait lex* 21 *D. ad leg. Aquiliam*. Condictionis verò furtiuæ, quia fur ex quo die furtum admiſit, moram ſemper facere adeóque furti continuatione furtum quoque perpetuò admittere intelligitur, *l. in re furtiua* 8. *§.* 1. *D. de condict. furtiu.* Quamquam hoc quoque quod dicimus teneri furem † condictione furtiua vt præſtet actori quanti vnquam plurimi res fuit, non vſque adeò generaliter accipi debet, vt quanti plurimi res fuit, à die furti commiſſi præſtandum ſit, ſed tantùm quanti plurimi fuit à die litis conteſtatæ in diem vſque condemnationis: neque enim egreditur retrorſum iudicij accipiendi tempus, vt Vlpianus ait in *l.* 2. *§. quæſitum*, *De priuat. delict.* id eſt, quo lis verè conteſtata eſt, vt nos aduerſus *Accurſium & Cuiacium* in ſequentibus dicemus. Et ſanè abhorret omnino à iuris † ratione, vt ea quanti plurimi æſtimatio vnquam ferè niſi magna planéque neceſſaria de cauſſa præſtetur. Ex quo enim certa æſtimatio deberi cœpit, non poteſt quantumcunque doloſa debitoris mora & contumacia facere, vt ea æſtimatio augeatur, quia nec incrementi capax eſt, cùm in pecunia certáque quantitate conſiſtat, *l.* 3. *D. de in lit. iurand.* Atqui iuris ratio facit vt quanti res fuit tempore litis conteſtatæ præſtari debeat, quia nouiſſimum illud tempus eſt quo ſolui ex conuentione res potuit, *leg.* 2. *D. de vſuris*, iuncta *l. ſi Calendis* 11. *D. de re iudicat.* Nec quod in iudiciis bonæ fidei ſpectamus vtro tempore pluris res fuit aut moræ aut condemnationis, id rem facit. Nam vt ſuo loco docuimus, non tam ex mera iuris ratione id conſtitutum eſt quàm ex bona fide, & eo colore, quòd ſi mora contracta non fuiſſet, haberet hodie rem creditor, ea verò contracta ſaltem hodie dandum eſt, quod iam olim dari oportuit, vt Paulus ratiocinatur in *dicto §. cum per venditorem.* In qua † tamen ratiocinatione ponderandum eſt quod lex ait *hodie haberet*, item quod ſequitur *ſaltem hodie dandum eſt*, vt intelligamus non eam æſtimationem deberi, quæ medio tempore maior fuit, ſed eam demum quæ nunc eſt: nunc, inquam, id eſt, cùm lis aut in conteſtationem, aut in condemnationem deducitur. Nam poſt condemnationem non poteſt augeri æſtimatio ſiue ipſa in condemnationem deducta ſit, vt fieri neceſſe eſt cùm iudici ſententiam ferenti apparet rem ampliùs præſtari non poſſe, licèt remaneat in obligatione, vt in *lege ſi ſeruum* 91. *paragrapho vltim. De verbor. obligation.* ſiue res ipſa ex iudicato debeatur, ſed quæ tamen præſtari nequeat, quis iam iudicati tempore aut aliena fuerit, aut euicta vt diximus capite præcedenti. Ex quo & aliis quæ tota Decade diſputauimus peti poterunt cætera quæ pertinent ad hanc diſputationem.

1 2 3 4 5 6 7 8

ERROR II.

De æſtimatione quanti plurimi in condictione furtiua.

SVMMARIA.

1 *Proponitur explicanda ſententia l. in re furtiua 8. §. 1. D. de condict. furt.*

2 *Placet interpretibus & pragmaticis ex d. l. teneri furem condictione furtiua quanti plurimi res fuit à die admiſſi furti, in diem reſtitutionis, ſeu ſatisfactionis.*

3 *Teneri furem præſtari quanti plurimi res fuerit duntaxat à die litis conteſtatæ, contra interpp. & pragmat. & ſeqq.*

4 *Tempus iudicij accipiendi eſt tempus litis conteſtatæ: & num. 7.*

5 *Reiicitur diſtinctio Accurſiana inter iudicij accipiendi & accepti tempus.*

6 *Falſum eſſe Accurſij propoſitionem, poſſe dominum condictione furtiua agentem iudicium accipere eo ipſo die quo furtum factum eſt.*

7 *Senſus verborum. lege ſecunda, §. quæſitum, D. de priuat. delict.* condictio ex cauſſa furtiua non egreditur retrorſum iudicij accipiendi tempus.

8 *Explicatio legis octauæ, §. primo, D. de condict. furt. & num.* 11.

9 *Iuris ratio non patitur vt eius contra quem agitur obligatio creſcat ob id ſolùm, quòd tardiùs contra eum agitur.*

10 *Cur non moram perpetuò facere fur intelligatur, à die furti quanti plurimi res fuit, tamen non teneatur.*

11 *Detrimentum rei quæ poſt moram deterior facta eſt periculo eius cedat, qui moram contraxit.*

12 *Interpretatio d. l.* 2. *§. quæſitum. D. de priuat. d. à Stephano Græco interprete allata, & à Cuiacio probata reiicitur.*

13 *d. §. quæſitum, interpretatio Accurſiana, & eiuſdem reiectio.*

14 *Si pluris res fuerit tempore admiſſi furti, cur ad eam quoque æſtimationem condictionis furtiuæ poteſtas non extendatur.*

15 *Odio furis receptum eſt vt pluribus actionibus teneatur.*

16 *Condictio furtiua actionem furti non perimit.*

17 18 Cur

18 *Cur in condictione furtiua non ſpectetur præcisè tempus litis conteſtatæ, vt in cæteris ſtricti iuris actionibus.*

19 *Interpretes vt probent in condictione furtiua æſtimari rem quanti plurimi fuit à die furti abuti iuris locis, in quibus ſcriptum, furti æſtimationem creſcere penes furem.*

20 *Lapſus Cuiacij in quæſtione de æſtimatione rei quæ condictione furtiua petitur.*

DE æſtimatione quanti plurimi tractant, vt proximè diximus, Iureconſulti cùm diſputant de condictione furtiua *l. in re furtiua* 8. §. 1. *D. de condict. furt.* vbi Vlpianus † ſcribit ſi ex cauſa furtiua res condicatur & quæratur, cuius temporis æſtimatio fieri debeat, id tempus ſpectandum eſſe quo res vnquam plurimi fuit. Sed quo ſenſu ita Vlpianus ſcripſerit, etſi interpretes omnes & veteres & recentiores conſentiunt cum pragmaticis, mihi tamen cum ipſis nullomodo conuenit. Interpretum † enim & pragmaticorum ſententia eſt, Teneri furem condictione furtiua quanti plurimi vnquam res fuit à die admiſſi furti in diem vſque reſtitutionis factæ aut aliter præſtitæ ſatisfactionis. Ego verò fateor quidem † creſcere æſtimationem in id vſque tempus quo res furtiua reſtituatur, ſed nego eam æſtimationem egredi retrorſum iudicij accipiendi tempus: quomodo idem Vlpianus diſertè ſcribit in *l.* 2. §. *quæſitum, D. de priuat. delict.* Tempus † autem iudicij accipiendi interpretor tempus litis conteſtatæ. Sic enim loqui prudentes ſolent, quia non niſi poſt litem apud prætorem conteſtatam iudicium accipi olim poterat, cùm ille iudiciorum ritus eſſet vt ex eo tempore iudices dare prætor & poſſet & deberet *l.* 2. *C. de pedan. iudic.* Neque poſſum probare differentiam † illam quam Accurſius inducere videtur inter iudicij accipiendi & accepti tempus: Quaſi iudicij accepti tempus ad litis conteſtationem referendum ſit, iudicij verò accipiendi, ad tempus admiſſi furti, quòd, inquit, ex eo die iudicium accipit & litis conteſtatio fieri potuerit contra furem ſi dominus in agendo diligentior eſſe voluiſſet. Nam vt taceam quod ex innumeris iuris locis probari poſſet, iudicij accipiendi & accepti tempus apud Iureconſultos pro eodem vſurpari, vtrumque ſcilicet pro tempore litis conteſtatæ, illud etiam euidenter falſum † eſt poſſe dominum condictione furtiua agentem iudicium accipere eo ipſo die quo furtum factum eſt, ſi diligens eſſe velit ad agendum. Quantumlibet enim diligens ſit, fieri tamen nequit vt iudicium accipiat niſi poſt litem conteſtatam, vt diximus, litis autem conteſtatio præcedere non poteſt, quin præceſſerit editio actionis, vocatio in ius, & alia eiuſmodi quæ ſunt præparatoria iudiciorum: quæ tamen omnia nemo dixerit vno eodémque die expediri poſſe. Fatendum igitur eſt quod Vlpianus ait † condictionem furtiuam non egredi retrorſum iudicij accipiendi tempus, aliam ſenſum habere non poſſe quàm hunc, vt quanti plurimi res furtiua fuit à die admiſſi furti in diem vſque litis conteſtatæ, in condictionem furtiuam numquam veniat, ſed duntaxat quanti plurimi vnquam fuit à die litis conteſtatæ in id vſque tempus quo res reſtituatur ſiue ante ſiue poſt condemnationem. Nec ad rem pertinet † quod in *dict. l. in re furtiua* 8. §. 1. *de condict. furt.* idem Vlpianus generaliter ſcribit condemnandum eſſe furem in hac actione quanti plurimi vnquam res fuit. Vnum enim iuris locum ex alio interpretationem accipere nihil vetat, maximè verò cùm vterque locus eiuſdem eſt Iuriſconſulti quem à ſeipſo diſſentire credendum non ſit: Concurrente præſertim iuris ratione quæ eam euincat interpretationem. Quantumuis enim fur odio dignus, iuris tamen ratio † non patitur vt eius contra quem agitur obligatio vnquam creſcat ob id ſolùm quòd tardiùs contra eum agatur, quemadmodum Paulus ait in *l. ſi ſteri-*

lis 21. §. *cum per venditorem, D de action. empt.* Eſt enim quod ſibi dominus imputet potiùs quàm furi cur citiùs non egerit, vt furem maioris æſtimationis præſtandæ periculo oneraret. Arqui, inquies, moram † perpetuò facere fur intelligitur *dict. l. in re furtiua* §. 1. Cur non ergo à die furti quanti plurimi res fuit, tenebitur? Reſpondeo, quia condictio furtiua ſtricti iuris eſt ſicut & cæteræ omnes condictiones. In quo actionum genere iam ſæpiùs diximus nullam prorſus haberi rationem moræ cùm de ineunda rei æſtimatione tractatur, ſed tantùm quòd ad perpetuandam obligationem: Et quamuis Vlpianus in *dict.* §. 1. *l.* 8. hanc ſententiæ † ſuæ rationem adferat *quia fur in re furtiua moram ſemper facere intelligitur*, non tamen ea ratio referenda eſt ad id quod primùm dixerat de præſtanda quanti plurimi æſtimatione, ſed ad id quod proximè præcedit, furem ſi deteriorem factam rem reddat non liberari. Eſt enim iuris illa regula generalis. Detrimentum † rei quæ poſt moram deterior facta ſit periculo eius cedere, qui moram contraxit: quemadmodum & eius periculo res periret *l. penult. D. de condict. triti. c. l. ſi ex legati* 23. *l. ſi furtum.* 91. §. *ſequitur, & §. vltim. de verborum obligation.* Neque probabilior eſt Stephani † interpretis Græci adnotatio, licèt à (*nacio* probata ad *l. quoties* 59. *eod. tit.* vt quod Vlpianus ait in *dict. l.* 2. §. *quæſitum de priuat. delict.* æſtimationem rei furtiuæ in condictione furtiua non egredi retrorſum iudicij accipiendi tempus, ad eum caſum coangustetur, quo rei æſtimatio à die furti admiſſi in diem vſque litis conteſtatæ non decreuerit. Perinde enim poſſet quis dicere condictionem furtiuam non egredi retrorſum rei iudicatæ tempus, ſi penes eundem eſſe ſempérque fuiſſe valorem rei furtiuæ à die furti admiſſi in diem vſque rei iudicatæ. Æquè autem ridiculus † eſt Accurſ. ad *dict.* §. *quæſitum* vbi tentat an dici poſſit Vlpiani ſententiam eo loco proditam ita demum obtinere ſi pluris nunc res ſit cùm agitur quàm anteà fuerit. Eſt enim interpretatio hæc non ſolùm commentitia, ſed etiam inepta quæ ineptum facit Vlpianum. Quare nec in ea perſtat Accurſius, ſed ad illam confugit quam nos primo loco & retulimus, & refutauimus. Quid ergo, inquies, ſi pluris † res fuit eo tempore quo furtum admiſſum eſt, cur non ad eam quoque æſtimationem condictionis furtiuæ poteſtas extenderetur? Reſpondeo id fieri non poſſe propter naturam actionis quæ ſtricta eſt: neque tamen ob hoc meliorem effici conditionem furis, quoniam actione furti ad ipſum conueniri poteſt vt eam præſtet æſtimationem quæ fuit tempore delicti, *l. cùm furti* 9. *D. de in lit. iur.* Eſt enim odio † iuris receptum vt pluribus actionibus teneatur etiam contrariis, vt puta vindicatione & condictione furtiua, quamuis alioqui verum ſit nemini condictionem rei ſuæ dari, §. *itaque, inſtit. de act. l.* 1. §. *vlt. de condict. tritic. l. vltim. D. vſufruct. quemadmodum caueat.* Nimirum vt quod vna actione conſequi dominus non poteſt, alia conſequatur. Neque enim condictio † furtiua actionem furti perimit, cùm hæc pœnalis, illa rei perſecutoria ſit, *l. ſi pro fure* 7. §. 1. *de condict. furtiu. l. ſi pignor.* 54. §. *cum furti, D de furt.* Inſtabis. Cur ergo non ſpectamus † in condictione furtiua tempus litis conteſtatæ præcisè vt in cæteris omnibus ſtricti iuris actionibus? Ego verò non aliam poſſim rationem reddere quàm quia ſic conſtitutum eſt à prudentibus, eodem, vt puto, furis odio, quod illud etiam contra iuris regulas receptum eſt vt fur condictione furtiua teneatur. Nam & illud ſimiliter conſtitutum cernimus, vt in actione legis Aquiliæ res æſtimetur quanti plurimi eo anno fuit, retrorſum facta anni computatione, nec tamen poſſis dicere cur eo anno potiùs quàm aut ſemeſtri, aut biennio, niſi quoniam ita conſtitutum eſt. Interpretes † autem vt probent in condictione furtiua æſtimari rem quanti plurimi vnquam fuit à die commiſſi furti, abuntur euidenter quibuſdam iuris locis quibus ſcriptum eſt furti æſtimationem

creſcere

creſcere penes furem, vt puta ſi infans ſubreptus ſit qui apud furem adoleuerit, ne alioqui eueniat vt per furti continuationem melior furis conditio fieri videatur, vt Celſus diſputat in *l. inficiando 67. §. infans* iunct. *l. in furti 50. D. de furt.* Nam præterid quod de illo non ſatis benè conſtitit inter Iureconſultos, pleriſque exiſtimantibus ad furti tempus ſemper referendam eſſe æſtimationem, vt docuimus *lib. 16. Coniect. cap. 12. ex l. ei qui 9. eod. & l. vlt. D. rer. amot.* Sunt iſta logè differentia, Creſcere furti æſtimationem penes furem, & condemnari furem quanti plurimi vnquam res fuit à die furti. Quod enim fur infantis, nunc adoleſcentis, præſtat adoleſcentis nõ infantis æſtimationem, non ex eo fit, quòd à tempore admiſſi furti pluris infans fuerit, ſed qua pluris eſt nunc cùm agitur, nec dubitatur quin ea ſaltem æſtimatio debeatur, quæ litis conteſtatæ tempore repetitur. Adde quòd ea quæſtio prudentúmque diſſenſio ad actionem furti pertinet, non ad condictionem furtiuam, de qua dubitari minùs poteſt quin competat ad rem ſubreptam licèt factam precioſiorem penes furem, cùm per huluſmodi conditionem non æſtimatio, ſed corpus ipſum petatur, proindéque ſufficit idipſum corpus eſſe, quod furto ſubtractum eſt *d. l. in re furtiua, in princip.* iunct. *l. ex argento 15. eod. tit. De condict. furt.* Cæterùm hîc illud prætermittendum non eſt *Iacobum Cuiacium* † in hac quæſtione præcipuo quodam errore
2 labi in eo quod ſcribit *tract. 8. ad African. in l. hominem 37. D. mandat.* in condictione furtiua æſtimari rem vtro tempore pluris fuit, aut furti admiſſi, aut litis conteſtatæ, aut rei iudicatæ, aut mortis. Nam ſicuti non patior eam deberi æſtimationem quæ furti tempore ſiue maior ſiue minor fuit, ita ex tempore litis conteſtatæ, non vtro tempore, quomodo ille loquitur, ſed vt prudentes aiunt, quódque longè diuerſum eſt, quanti plurimi vnquam res fuerit condemnandum furem eſſe con-
1 tendo, id eſt, ita vt eius quoque æſtimationis quæ intermedio tempore maior fuit, rationem haberi oporteat. Contrarium interpretum noſtrorum & pragmaticorum errorem ſuprà refutauimus, in eo quod de cæteris actionibus tractantes volunt præſtari æſtimationem quanti plurimi, cùm Iuriſconſulris placeat præſtari debere vtro duntaxat tempore pluris res fuit, aut moræ aut condemnationis ſi bonę fidei non ſtricti iuris actio proponatur, *l. 3. §. ſi per venditorem. de action. empt.*

ERROR III.

De æſtimatione rerum amotarum.

SVMMARIA.

1 *Ex cauſſa rerum amotarum, neque actio furti datur, neque condictio furtiua, & cur.*
2 *Ex ſententia interpretum in actione rerum amotarum facienda eſt condemnatio quanti plurimi res fuit à die quo amota eſt: & cur illud.*
3 *Error interpretum duplex.*
4 *In actione rerum amotarum referenda eſt æſtimatio ad id tempus quo res ſunt amotæ, ſi tunc rerum pluris res fuerunt.*
5 *In actione rerum amotarum non præſtatur æſtimatio quanti plurimi.*
6 *Ratio effati num 4. propoſiti.*
7 *Ratio pronuntiati n. 5. propoſiti.*
8 *In actione rerum amotarum. vt recedamus à regulis iuris.*
9 *Declaratur ſententia l. penul. D. rer. amotar.*
10 *Cum æſtimationem creſcere dicimus, de qua æſtimatione ſit illud intelligendum.*
11 *Errare eos qui ad exemplum condictionis furti-ua, aiunt in actione rerum amotarum fieri condemnationem quanti plurimi res amotæ vnquam fuerint.*
12 *In actione rerum amotarum iuratur in litem: in furtiua verò condictione non item.*
13 *Inducium rerum amotarum cur ſingulare dicatur à Paulo in l. 1. D. rer. amotar.*

EX cauſſa † rerum amotarum neque furti 1
actionem neque condictionem furtiuam dari aduerſus eam quæ vxor fuit, cert: ſſimi iuris eſt, ob honorem ſcilicet matrimonij, in eámque rem comparati neceſſe fuit iudicium ſingulare rerum amotarum, vt ait, *l. 1. & 2. D. rer. amot.* Quia tamen reuera furtum ſit, licèt mulier leniùs coerceatur *l. penultim eod.* eodem fere in omnibus iure cenſetur quo actio illa rerum amotarum, condictio furtiua, vt pluribus diſputauimus *lib. 4. Coniect. cap. 1.* Indéque nimirum moti ſunt interpretes, vt dicerent † in actio iſta rerum amotarum faciendam eſſe condem- 2
nationem quanti plurimi vnquam res fuit ab eo die quo res amotæ ſunt, quoniam & in condictione furtiua idipſum iuris obtinere, vt proximè diximus, æſtimarunt. In quo duplicem † video errorem. Vnum quòd putant 3
nihil hac parte differre actionem rerum amotarum à condictione furtiua, alterum quòd in vtraque actione inducunt æſtimationem quanti plurimi à die delicti. Neque enim puto dubitandum quin differat hac in re condictio furtiua ab actione rerum amotarum, hactenus nimirum vt in actione † rerum amotarum refe- 4
renda ſit æſtimatio ad id tempus, quo res amotę ſunt ſi tunc pluris res fuerunt *d. l. penult rer. amot.* neque tamen præſtetur † vnquam æſtimatio quanti plurimi ne quidem à tempore litis conteſtatæ, quomodo in condictione furtiua ab eo demum tempore præſtaretur. Prioris 5
diſſimilitudinis ratio † illa eſt quia actio rerum amotarũ non tam tùm ſubſtituta eſt in locum furtiuę condictionis, ſed etiam in locum actionis furti, quæ haud dubiè competeret ſi honor matrimonij non obſtaret. At in actione furti referretur æſtimatio ad tempus furti commiſſi, *l. cùm furti 9. D. de in lit. iur. l. ei qui 9. de furt.* Non igitur debet mulier melioris eſſe conditionis ob id quod rerum amotarum, non furti actione conueniatur ſi eo tempore quo res amotæ ſunt pluris fuerunt, quàm nunc ſint. Iam enim diximus ſuperiore capite ob eam vel maximè cauſſam ita ius conſtitutum eſſe, vt æſtimatio quanti plurimi quæ ex cauſſa condictionis furtiuæ irroganda eſt, non egrediatur retrorſum iudicij accepti tempus, quòd actor indemnitati ſuæ poſſit conſulere per actionem furti, ſi tunc cùm furtum admiſſum eſt pluris res fuit, quàm nunc ſit. Neque enim vna actio per aliam perimitur cùm actio furti pœnam, condictio verò rem ipſam perſequatur. Poſterioris verò diſſimi- 7
litudinis ratio † quæ obſcurior videtur, illa adferri poteſt, quòd ſolo furis odio, vt proximè diximus, ac proinde quodammodo in pœnam furti receptum ſit contra iuris regulas vt ex cauſſa condictionis furtiuæ æſtimatio quanti plurimi debeatur: Quo odio digna viſa non eſt mulier quæ res amouit, tametſi re vera furtum fecerit, quia non idcirco pœnas vllas patitur, nec ad aliud tenetur niſi vt ipſas res, quas amouit reſtituat, in honorem, vt dictum eſt, matrimonij. Id enim duntaxat egit legiſlator qui rerum amotarum ſingulare iudicium induxit vt mariti indemnitati conſuleretur: temperata actione ne cum muliere aut duriùs quàm par eſſet ageretur. Nam & in actione † rerum amotarum recedimus à regulis iu- 8
ris in eo quod non inſpicimus præciſè quanti res fuerit tempore litis conteſtatæ, vt in condictionibus omnibus, excepta furtiua, & in cæteris actionibus ſtrictis omnibus. nec rurſus vtro tempore pluris res fuit, aut moræ aut condemnationis, vt in bonæ fidei iudiciis, ſed vtro tempore pluris fuerunt res amotæ aut quo

amotæ ſunt,aut quo peritæ,aut quo deniq; reſtituendæ. Cùm enim ſubſtituta ſit, vt diximus, in locum duplicis illius actionis,furti & cõdictionis furtiuę,ſumit ex actione furti vt ad tẽpus amotionis referri æſtimationẽ oporteat,ſi tũc æſtimatio maior fuit,ſumit ex cõdictione furtiua vt creſcat æſtimatio ſi hodie pluris res ſint, quæ non creſceret ſi actionis furti duntaxat naturã hæc terũ amotarum actio imitaretur.Sumit denique ex iure communi & aliarum actionum omnium exemplo, ſiue bonæ fidei ſint, ſiue ſtrictæ ſiue arbitrariæ, vt ad quanti plurimi æſtimationem nullo caſu mulier teneatur. Et hic proculdubio † ſenſus eſt dictæ *l. penult. D. rer. amot.* vbi
9 Triphoninus ſcribit rerum amotarũ æſtimationem ad id tempus quo amotæ ſunt referri debere.Nam *veritate*, inquit, *furtum fit, etſi lenius coerceatur mulier*, Supple minorem propoſitionem *Atqui in actione furti tempus inſpiceretur quo furtum factum eſſet.d.l.cum furti 9.De in lit. iurand.* Vt inferas, *Ergo & in actione rerum amotarum tempus amotionis inſpiciendum eſt.*Sed ſi pluris factæ res, inquit, non reſtituuntur quæ amotæ ſunt, creſcit æſtimatio vt in condictione furtiuæ rei. An vt exemplo condictionis furtiuæ æſtimentur res amotæ quanti plurimi vnquam fuerunt?Minimè,ſed vt intelligamus actionem rerum amotarum in eo quòd creſcit æſtimatio,magis ſimilem eſſe condictioni furtiuæ quàm actioni furti, in qua ſecundùm Thryphonini & aliorum prudentium receptiorem,vt videtur, ſententiam, non creſceret æſtimatio, licet in eo diſſenſerint Iureconſulti, vt docui-
10 mus *lib. 16.Coniect. cap.* 12. Et ſanè cùm † *æſtimationem creſcere* dicimus non de quanti plurimi æſtimatione præſtanda intelligimus, ſed de ea quæ nunc eſt. i. cùm agitur aut cùm lis in condemnationem deducitur,vt in *l.ſi ſterilis* 21. §. *cum per venditorem. D.de act. empt.* De-
11 nique qui dicunt in actione † rerum amotarum condemnationem fieri debere quanti plurimi vnquam res amotæ fuerunt, non ſolùm ſine lege & ſine ratione loquuntur, ſed etiam ſine exemplo. Nam quod ita ius comparatum eſſe volunt ad exemplum condictionis furtiuæ, errant grauiùs,cùm in condictione furtiua æſtimatio quanti plurimi non egrediatur vt diximus iudicij accepti tempus *l.* 2.§.*quæſitum. D.de priuat. delict.* Itaque dum volunt facere eandem condictionem actionis rerum amotarum quæ eſt condictionis furtiuæ, faciunt deteriorem, quàm è contrario in fauorem & honorem matrimonij decet vtique eſſe meliorem: niſi quatenus furti quoque actionem repræſentat. Inde enim illud
12 etiam fit vt in † actione rerum amotarum iuretur in litem ſi mulier eiúſue heres dolo malo deneget rerum amotarum reſtitutionem,*l.ſi cum dos* 8.§. *vlt. cum l. ſeq. D.rer.amot.* quia & in actione furti iuraretur *d. l. cum furt*: quamuis in furtiua condictione non magis quàm in cæteris actionibus ſtrictis iuretur in litem. Id eſt,niſi vno illo caſu quo perierit poſt moram ante conteſtationem.*l. in actionibus* 5.§. *plane & l.ſeq. D.de in lit iurand.* In eóque fatendum neceſſariò eſt differre actionem rerum amotarum à condictione furtiua. Quamquam non ignoro interpretes & pragmaticos omnes in ea eſſe hæreſi, vt exiſtiment in condictione quoque furtiua perinde ac in actione furti, imò maiore, vt aiunt, ratione in litem iurari. Quod quàm à iuris ratione alienum ſit ſuo etiam loco dicemus, Illud tantùm hîc ſubnotare
13 volumus, non ſine cauſſa † iudicium rerum amotarum ſingulare dici à Paulo in *d l.1. D.rer. adnot.* non quòd ſit diſtinctum ab actione furti vt quidam putant, aut vt alij interpretantur,quod non ſit generale vel vniuerſale vt alia pleráque, vel quia detur pro re ſingulari.Aut denique quia fauore mariti & vxoris introductum ſit iure ſingulari, ſed quia ſuas proprias & ſingulares habet regulas quæ obtinent in aliis actionibus, etiam in quarum vicem locumque introductum eſt, ſeparatas: cùm tamen iure communi non deeſſent vulgares actiones furti, & condictio furtiua,ſi non in honorem matrimonij nouam actionem, ſigulari quodam iure in eam rem comparari placuiſſet, *conſtituto iure*, vt eadem lex air, id eſt ita inducto iure, & prudentum autoritate aduerſus meram iuris rationem ac ſine lege ſtabilito.

ERROR IV.

De acceſſionibus & vſuris æſtimationis quanti plurimi.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio apud pragmaticos agitata an æſtimationis quanti plurimi acceſſiones & vſuræ aliquo caſu,& à quo tempore debeantur.*
2 *Diſcrepantes pragmaticorum de propoſita quæſtione ſententiæ.*
3 *Errare 1. interpp. & pragmaticos quòd tractent de æſtimatione quanti plurimi extra curſum legis Aquiliæ & condictionis furtiuæ.*
4 *Secundò error interpretum putantium æſtimationem quanti plurimi iure acceſſionis cenſendam eſſe vt inferant vſuras eius nullas deberi.*
5 *Licet æſtimatio quanti plurimi non ſit vice acceſſionis malè tamen ab aliis inferri, eius vſuras præſtandas eſſe.*
6 *Vſuræ non prius vlla debentur quàm certa ſit quantitas, cuius non ſolutæ nomine exiguntur.*
7 *Excepio.*
8 *Summa ſententiæ autoris de propoſita ab initio quæſtione.*

Værunt paſſim pragmatici, vt error ex errore naſci ſolet, An æſtimationis † quanti plurimi acceſſiones,& vſuræ aliquo caſu, & à quo tempore debeantur. Nec deſunt qui putent † nullas deberi poſſe, moti ea tantum ratione quòd acceſſionis acceſſio nunquam debeatur. Quaſi æſtimatio quanti plurimi acceſſio quædam ſit, & vice eius quod poteſt intereſſe actoris cui proinde ſatis ſupérque conſultum ſit ſi quanti plurimi merx conſequatus, Alij contra mordicus defendunt, etiam vſuras deberi ſaltem ex die litis conteſtatæ, ſiue bonæ fidei, ſiue ſtricti iuris actio exerceatur, propterea quòd æſtimatio quanti plurimi non tam ſit acceſſio, & vice eius quod intereſt, quam res ipſa quæ debetur. Ac quoniam huic quæſtioni tum maximè locus ſit cum de cenſu & reditu annuo agitur, qui in merce conſiſtat (in quo debiti genere ſi mora per interpellationem præſertim iudicialem contracta ſit,cauetur ſtatuti noſtri autoritate vt quanti plurimi eo anno merx fuit, præſtari oporteat)fatentur eius quidem anni quo tanti plurimi merx fuit, acceſſiones nullas deberi poſſe,ſed pro annis ſequentibus quidni,inquiunt vſuræ debebuntur ex mora aut ſaltem à die litis conteſtatæ, acſi tanta pecunia ab initio debita fuiſſet? Maximè verò cum debitor vt fieri adſolet, obligatus eſt ad faciendam ſua die ſolutionem ſub pœna vſuratum aut quanti creditoris intereſſet,Mihi videntur hi omnes ignoratione principiorum iuris euidenter cæcutire. In eo primùm quod tractant † de 3
æſtimatione quanti plurimi quaſi aliquo caſu debeatur: Quam nos iam diximus toties, & probauimus deberi non poſſe vllo caſu niſi cùm aut de actione legis Aquiliæ tractatur, aut de condictione furtiua: & quod ſtatuto noſtro cautum eſt de æſtimatione quanti plurimi præſtanda, ſi emphyteota in ſoluendo cenſu annuo, congruè interpellatus, moram fecerit, licèt omnimodo obtineat propter ſtatuentis Principis autoritatem, tamen ex inueterato interpretum errore profectum magis quàm noui cerrique iuris conſtituendi animo in-

ductum

ductum videri debet vt & alia pleraque non leuioris ponderis quibus haud dubiè solus interpretum error causlam dedit. Cæterùm hoc inducto vt æstimationem quanti plurimi aliquo casu certisque de causlis præ-
4 stario porreat, errant grauiùs qui putant † censendam eam esse iure accessionis vt inferant vsuras eius nullas deberi. Verissimum enim est quod in contrarium alij disputant, nihil aliud esse æstimationem quanti plurimi quàm rem ipsam quæ debetur, & in cuius locum præstatur, *l. in re furtiua 8. §. 1. De condict. fur. l. pen. & vlt. De condict. furtiv.* quibus iungi possent omnes cæteri iuris loci qui tractant de incūda rei debitæ æstimatione. Quid. n. differre potest æstimatio quanti plurimi à communi æstimatione nisi qúatenus id quod plus est differt ab eo quod est minus? Atqui vulgatum est etiam apud nostros licèt ex philosophia depromptum, Plus & minus núquam facere vt differant specie ea, quæ alioqui non differrent. Sed quamuis † ita fit vt æstimatio
5 quanti plurimi accessionis iure censeri nunquam debeat, non tamen ex eo statim consequens fit quod isti volunt eius vsuras præstandas esse: quia nec sciri potest quid sit in æstimatione illa quanti plurimi quantúmque eo nomine debeatur. priusquàm condemnatio, adeóque condemnationis taxatio secuta sit, nec proinde fieri potest vt moram videatur fecisse debitor in eo quod nó soluit æstimationem quanti plurimi, nec rursus vt ante moram in soluendo contractam vsuras debeat ob hoc solùm quod non soluerit. Fateor condemnationem numquam facere vt quid debeatur cùm iusta condemnatio est, sed tantùm vt quod re vera debetur, debitum esse pronuntietur. Fateor moram præcedere necessariò debere antequàm ad præstandæ quanti plurimi æstimationis condemnationem irrogandam peruenirí possit: Sed hoc contendo, seperandam esse moram in soluenda merce contractā, quæ locum faciat condemnationi æstimationis quanti plurimi, ab ea mora quam præcedere necesse est, vt illius æstimationis vsuræ aliquæ debeantur. Moràfacit debitor qui sua die interpellatus non soluit mercem quàm à se debitam esse non ignoret, si causla iusta nulla sit, propter quàm recusare solutionem aut in longiorem diem differre debeat. Idcóquo merito ad æstimationem quanti plurimi præstandam condemnatur, postquam inuita etiam iurisprudentia ita ius constitui statuto placuit. Sed non Ideò fit vt hoc ipso moram contraxisse videatur idem debitor in soluenda estimatione: quia quāti plurimi fuerit merx quæ solui debuit, sciri nullomodo potest ante taxationem, & consequenter imputari non potest debitori cur eam pecuniam quæ pro æstimatione nunc certa debetur iam antè non soluerit, non quòd iam ante non deberetur, prius etiam quam certa esset, sed quia nesciebatur quantum eo nomine deberetur. Quo igitur iure debebuntur vsuræ tanquam ex mora? Quare nec vspiam scriptum reperias, furem quem lex vult si condictione furtiua conueniatur condemnandum esse quanti plurimi vnquam res fuit a die litis contestatæ, condemnari æquè debere ad vsuras eius æstimationis, tametsi non possit debitoris vllius causla esse odiosior quàm furis, non in eo solùm quòd moram in re furtiua semper facere intelligitur, sed in eo etiam quòd duriùs cum illo agitur, vel hoc ipso quod præstat æstimationem quanti plurimi quam alij debitores præstare non solent. *d. l. in re furtiua. §. 1. de condict. furt.* Accedit quòd nec mora sola facere potest etiam nisi iudicialis sit & contracta per litis contestationem, vt vsuræ vllæ debeantur ex contractu stricto, quemadmodum à nobis tractatum probatúmque est in superioribus. Quamquam autem fieri potest vt extra moram vsuræ debeantur, scilicet ex conuentione vt in *l. qui Romæ. in princip. de verborum obligation.* fieri tamen
6 numquam † potest vt priùs vllæ debeantur, quàm certa sit quantitas, cuius non solutæ nomine exigantur: Nisi
7 vno fortassis illo casu † quo per debitorem ipsum fiat ne tam citò ea taxatio, & vt pragmatici loquuntur, liquidatio fieri possit: quod euenit plerumque per tergiuersationem & frustrationem debitorum. Habenda. n. est taxatio pro facta in necem debitoris, ex quo per ipsum debitorem stat ne fiat. Vt dici solet de conditionibus omnibus haberi eas pro impletis in odium eius per quē fit quominus impleantur *l. iure ciuili 24. De condic. & demonstr.* Concludamus † igitur, æstimationis quanti 8
plurimi vsuras nunquam deberi ne quidem ex die condemnationis, aut ex eo tempore intra quod iudicato satisfieri oportet, sed ex eo demum quo post factam condemnationis taxationem mora in excutione indicati commissa esse cœperit, siquidem nec priùs faciendi iudicati tempora currere incipiunt, quàm taxatio illa secuta sit, quoties citra taxationem illam nesciri potest quid quantum que deductum videri debeat in condemnationem.

ERROR V.

De iureiurando in litem cum agitur condictione furtiua.

SVMMARIA.

1 *Error interpp. & pragmaticorum putantium in condictione furtiua in litem iurari posse: & vnde ab illis adstruatur.*
2 *Actio furti à condictione furtiua magnopere differt.*
3 *Condictio furtiua infamiam non irrogat vt actio furti.*
4 *Ratio ob quam putat Accursius in actione furti non iurari in litem, & eiusdem refutatio.*
5 *Interpretatio Accursi ana l. cùm furti. 9. D. de in lit. iurand. & eiusd. reiectio.*
6 *Casus vnicus quo in condictione furtiua iuratur in litem.*
7 *Nunquam iuratur in litem quanti plurimi res fuerit.*

ETsi nullo iuris loco scriptum est, in condictione furtiua iurari posse in litem, frequentissima † tamen interpretum & pragmaticorum omnium vox est, Iurari posse. 1
Quam in rem Accursio duce aburuntur, *lege, cum furti 9. D. de in lit. iur.* Vbi Iauolenus ex Cassio scribit cùm furti agitur iurati oportere, tanti rem fuisse cùm furtum factum est, actionem furti interpretantes condictionem furtiuam. Prorsus ridiculè & ineptè. Nemo enim nescit, differre † toto genere actionem furti à condictione furtiua, cum illa pœnalis sit, hæc rei 2
persecutoria, vnde fit vt nec altera per alteram perimatur *l. si pro fure 7. §. 1. D. de condict. furt. l. si pignore 54. §. vlt. D. de furt.* Itémque vt cessante furti actione possit condictio furtiua competere, quemadmodum in specie illa de qua Paulus *in l. 3. § sed & cum vxore. D. rer. amot.* (nisi tamen is locus Triboniani est potiùs quam Pauli) si ei cui heres maritus est, vxor furtum fecerit, vel marito antequam nuberet. Cessante enim non solùm actione rerum amotarum, propterea quòd furtum extra matrimonium esse factum proponitur, itémque actione furti propter reuerentiam personarum, vt lex ait, sola superesse potest condictio furtiua, quæ † non sicut actio
3 furti infamiam irrogat. Cessat namque ignominia in condictionibus quamuis ex famosis causlis pendeant *l. cessat 36. D. de obligat. & action. Ergo quod in d. l. cum furti*, scriptum est de actione furti vt in ea iurari possit, nec de condictione furtiua intelligi potest, nec ad eam protrahi debet. Ratio † autem cur non possit Accursius 4
sibi

ſibi perſuadere quòd in actione furti iuretur in litem, nullius planè momenti eſt. Ait enim actionem illam furti nihil niſi pœnam perſequi, quaſi conſequens ſit, nihil igitur cauſſæ eſſe cur in ea iurari in litem oporteat. Certum enim eſt in duplo illo aut quadruplo quod in furti manifeſti vel nec manifeſti pœnam irrogandum eſt, ſimplum contineri, nec niſi ex comparatione ſimpli poſſe dupli aut quadrupli rationem iniri. Proinde neceſſariò ſemper inſpiciendum eſt quid quantúmque in ſimplo ſit: quod ipſum ſi res furtiua per dolum & contumaciam furis non exhibeatur, aliter ſciri non poteſt quàm ſi actori permittatur vt iuret in litẽ non quòd neſciri poſſit quanti re vera fuerit res furtiua eo tempore quo furtum factum eſt, adcóque etiamſi extare deſierit, quemadmodum euenit in actione legis Aquiliæ cum homo occiſus æſtimatur quanti plurimi fuit eo anno retrorſum computato, ſed quia quandiu res furtiua extat, non eſt cogendus dominus re ſua carere ac iuſto pretio eam vendere, non magis quàm ſi ageret ex bonæ fidei contractu ad rei ſuæ reſtitutionẽ *l. tutor.* 8. *eod. l. non enim* 9. *D. rer. amot. l. filiofamilias* 25. §. 1. *D. ſolut. matr.* Cur enim deterioris conditionis ſit agens ex delicto? Tractamus ſiquidem de actione furti quæ competat ratione dominij, vt Papinianus loquitur in *l. ſi vendidero.* 80. §. 1. *D. de furt.* Ex quo etiam apparet longè improbabiliorem eſſe aliam † Accurſij interpretationem, qui parum ſibi ſatisfaciens in eo quod dixerat actionis furti nomine condictionem furtiuam intelligi debere,
5 mauult tandem ſequi Azonem exiſtimantem Iacobolenum in *d. l. cum furti* tractare de ſacramento in litem, ſed de eo, inquit, quod veram quantitatem rei ſubtractæ continet, ſine actione furti, ſiue condictione furtiua agatur, quia & in actione furti habetur reſpectus ad rem, ſicut & in interdicto vnde vi ex *l. ſi quando* 9. *C. vnde vi.* Namp̃ ræter id quod titulus ipſe ſub quo lex poſita eſt oſtendit ſatis non niſi de iureiurando in litem accipi legem debere, non poſſum ego intelligere quodnam illud iuſiurandum ſit, quod ille comminiſcitur, ſi non illud eſt quod vulgò interpretes vocant iuſiurandum veritatis: quod ipſum tamen, ſi quod tale eſt, de quo diſputabimus in ſequentibus, aliud quàm in litem eſſe non poteſt. At neque video ex quo iuris loco aut qua ratione probare Accurſius poſſit iurari in condictione furtiua, qualecumque tandem iuſiurandum illud ſit quod interponi velit, niſi vno illo caſu † quo
6 etiam in cæteris condictionibus, & ſtricti iuris actionibus iurari in litem poteſt, nimirum cùm res petita periit poſt moram ante cõteſtationem, *l. in actionibus* 5. §. *planè. de in lit. iur.* quod iuſiurandum ſoleo ego dicere neceſſitatis, non vt interptetes vocant, veritatis, quia nec eius deferendi alia ratio eſt quam quod non aliter poſſit iudex exiſtimare rem quę non extat vt in *d.* §. *planè Iureconſultus ſcribit.* Portò extra eum caſum neceſſitas nulla eſt, propter quam aduerſus iuris regulas induci debeat vt in condictione furtiua magis quàm in aliis ſtrictis iudiciis in litem iuretur. cùm ſi quid aduerſus furem eius odio durius conſtitui deberet, poſſit actio furti ſufficere actori vt non tantùm de veritate, ſed etiam ex adfectione iuret. Idcirco enim furis odio comparatum eſt, pluribus adeóque contrariis actionibus eum teneri, id eſt vindicatione, condictione, & furti, vt quod actor per vnam conſequi nequit, per aliam conſequatur: Denique ſunt iſta prorſus repugnantia, in condictione furtiua iurari in litem, & fieri condemnationem æſtimationis, quanti plurimi vnquam res fuit. Inauditum enim eſt iurari † in litem quanti plurimi res fuerit. Et
8 ſanè ſi quo caſu iurari poſſet iuraretur contra occiſorem ex lege Aquilia, cùm is perinde ac fur ex delicto adcóque improbiore conueniatur. Quod tamen non ita eſt. Probare enim illo caſu actor debet quanti plurimi eo anno fuerit ſeruus occiſus, facta retrorſum anni computatione, non de eo iurare. Cùm enim iurare liceat non quanti res fuerit, ſed quanti eſſe aut fuiſſe iuratum ſit inſpici debet. Vnde illud eſt quod ait *lex vltim. De in lit. iur.* De periurio eius, qui ex neceſſitate iuris iurauit non facilè quæri ſolere. Nunquam enim iuſiurandum in litem deferri ſolet niſi cùm neceſſe eſt vt vel rationi iuris vel æquitati ſatisfiat: vt docebimus *infr. cap.* 8.

ERROR VI.

De differentia iudiciorum bonæ fidei & ſtricti iuris in re debita per iuſiurandum in litem æſtimanda.

SVMMARIA.

1 *Ad quem caſum pertinere velint interpretes differentiam inter iudicia bonæ fidei & ſtricta, quam affert Vlpianus in l. 3. §. in hac, D. commodati.*

2 *Ex ſententia Bartoli & aliorum in bonæ fidei iudiciis æſtimatur res per iuſiurandum in litem inſpecto tempore rei iudicatæ, in ſtrictis verò ex tempore litis conteſtatæ.*

3 *Ratio ſuperioris differentiæ à pragmaticis efferri ſolita.*

4 *Commentitiam eſſe diſtinctionem iuriſiurandi in iuſiurandum adfectionis & veritatis.*

5 *Falſum eſſe illud Bartoli Iuſiurandũ adfectionis quod in bonæ fidei iudiciis locum habet, naſci ex dolo admiſſo per rem in iudicati executione.*

6 *An & quando iuretur in litem in executione iudicati.*

7 *In iudiciis bonæ fidei iurari poteſt ex mora ante ſententiam commiſſa, contra Bartol.*

8 *In ſtrictis iudiciis, vno tantum caſu poteſt in litem iurari nimirum ſi res perierit poſt moram debitoris, ante litis conteſtationem, contra Bart, & alios.*

9 *Commune eſt iudicium bonæ fidei & ſtricti iuris, quod tempus litis conteſtatæ ſpectari ſemper conuenit ex mera iuris ratione.*

10 *Differunt tamen quia in ſtrictis ſpectatur præcisè tempus litis conteſtatæ, in bonæ fidei iudiciis non item.*

11 *Si ex contractu bonæ fidei agatur ad rem quæ poſt moram, nec dum tamen lite conteſtata periit, locus erit iuramento in litem, acſi ex contractu ſtricto ageretur.*

12 *Error Bartoli interpretantis tempus litis conteſtatæ tempus moræ.*

13 *In iudiciis ſtrictis nulla habetur ratio moræ, niſi ad perpetuandam obligationem.*

14 *Error interpretum acintium difficultatem probationis cum mora concurrentem inducere iuſiurandum in litem quod dicitur veritatis.*

15 *Cum agitur de re debita æſtimanda per iuſiurandum in litem inepte quæri an huius vel illius temporis rationem haberi oporteat.*

16 *Cur in actione furti iuretur, tanti rem fuiſſe cùm furtum factum eſt.*

17 *Quomodo accipiendum quod ait Vlpianus in l. 3. §. in hac D. commod. in actione commodati ſicut in cæteris bonæ fidei iudiciis iurari in litem & rei iudicandæ tempus ſpectari, cùm in ſtrictis tempus litis conteſtatæ ſpectetur.*

INterpretes noſtri, qui nullam, vt diximus, differentiam agnoſcunt inter iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris, cùm de re debita per iudicem æſtimanda tractatur, nec tamen negare poſſunt differentiam illam conſti-

constituí, quam omnium apertissimè Vlpianus ponit
1 in *l.* 3. §. *in hac D. commod.* vt in iudiciis † bonæ fidei spectetur tempus rei iudicandæ, in strictis verò tempus litis contestatæ, coguntur vt se euoluant, differentiam referre ad eum casum quo res debita non per iudicem, sed per iusiurãdum in litem æstimanda esse proponatur: Cuius sententiæ autor fuit *Bartolus* ad *d.* §. *in hac*, aliisque quàm plurimis locis, motus, aut vt meliùs dicam, à seipso vltrò deceptus eo colore, quod Vlpianus in *d.* §. *in hac* tractans de inenda rei commodatæ æstimatione, tractat etiam de iureiurando in litem quod in actione commodati locum habet, vt & in cæteris bonæ
2 fidei iudiciis. *Bartoli* igitur † ac vulgarium interpretum, omniumque pragmaticorum sententia est, in eo differre bonæ fidei iudicia à strictis, quòd in bonæ fidei iudiciis æstimatur res per iusiurandum in litem inspecto tempore rei iudicatæ, in strictis verò ex tempore litis contes-
3 tatæ. Dissimilitudinis † rationem illam adferunt, quòd iusiurandum in litem in actionibus bonæ fidei sit adfectionis, nascatúrque ex dolo per reum admisso in iudicati executione, cùm reus ad rem tradendam condemnatus non vult parêre, non autem ex mora ante sententiam commissa. In strictis verò contra; nascitur, inquiunt, ex dolo commisso ante sententiam quandocumque, imò verò ex sola mora etiam citra dolum, iuncta tamen difficultate aut potiùs impossibilitate probationis *l. in actionibus. in princip. & vers. planè. D de in lit. iurand.* Mora autem si non semper ante contestationem, saltem tunc contrahitur cùm contestatio fit, ob idque putat *Bartolus* litis contestatę non morę tempus ab Vlpiano expressum esse in *d.* §. *in hac*, indéque etiam fieri vt quibus locis tractant Iureconsulti de iureiurando adfectionis præsens tempus semper demonstrent his verbis *quanti res est*, vt *d.* §. *hac d. l. in actionib. l. arbitrio* 18. §. 1. *D. de dolo. l. qui restituere* 67. *D de rei vindicat.* Tempus verò præteritum *quanti res fuit* quoties tractant de iureiurando in litem in iudiciis stricti iuris *l. vnus* 3. *D. de in lit. iurand.* quod iusiurandum interpretes & pragmatici omnes post *Bartolum*, veritatis iusiurandum vulgò appellant. Nos quàm sit hæc distinctio à iuris ratione aliena docuimus fusissimè *lib.* 16. *Coniect. cap.* 1. *&* 13. Sed tamen facere non possumus quin hîc nonnulla repetamus, vt non tantùm doctioribus, sed etiam nudis præmaticis, quibus nostri illi Coniecturarum libri non abs re paullò obscuriores videri possunt, quantum in nobis erit consulamus. Illa primùm
4 distinctio † ridicula, prorsúsque commenticia est vti iusiurandum aliud sit adfectionis, aliud veritatis. Nullum enim veritatis iusiurandum agnoscunt Iureconsulti, vt sequenti Decade dicemus: nec fieri potest vt actori concedatur in litem iurare quin eius adfectioni
5 indulgeatur. Deinde falsum † est quod isti volunt iusiurandum adfectionis quod in bonæ fidei iudiciis locum habet, nasci ex dolo admisso per reum in iudicati executione. Vlpianus enim cùm in *dicto* §. *in hac* scribit spectandum esse tempus rei iudicandæ, apertissimè demonstrat tempus quo res iudicanda est, & in condemnationem deducenda, vt idem ille loquitur in *l.* 3. §. *si venditorem. De action. empt.* non etiam tempus illud quo res iam iudicata sit, quod vtique spectari oporteret si non nisi in executione iudicati in bonæ fidei iudiciis in litem iuraretur. Et vero quid si res commodata aut ex alio bonæ fidei contractu debita deserit ante rem iudicatam præstari posse dolo malo debitoris? Quidni condemnabitur rectà debitor ad æstimationem? aut quomodo aliter sententia feretur? Non enim nisi frustrà & inepte iudex condemnauerit debitorem ad præstandam speciem quam sciat præstari ampliùs nullomodo posse. Sicut è contrario faceret ridiculè si debitorem condemnaret ad æstimationem speciei politæ in obligatione, & quæ præstari adhuc posset, *l. vlt. C. de fideic. libert.* Nec
6 fanè vllibi reperio iurari † in litem in executione iudicati, præterquàm in rei vindicatione & aliis, si quæ sunt eiusmodi arbitrariis in quibus necesse est præcedere iussum de restituendo priusquàm peruenire possit ad condemnationem *d. l. qui restituere* 63. *D. de rei vindicat.* Quamquam si cum prudentibus potiùs quàm cum interpretibus loqui velimus, ne tùm quidem iuratur in executione iudicati, quoniam iussus ille de re quæ petitur restituenda arbitrium dicendum est non sententia aut condemnatio, §. *præterea. Instit. de action.* vt suo loco dicemus. Et consequenter falsum etiam est quod ait *Bartolus* in iudiciis † bonæ fidei non iurari ex mora 7
ante sententiam commissa. Contumacia enim, eius qui conuenitur si restituere iussus non pareat, licèt sequatur arbitrium illud & iussum restituendi, sententiam tamen præcedit. Sententia siquidem non dicitur per quam reus neque absoluitur, neque condemnatur, quorum neutrum per arbitrium fit, ob idque nec iudicandi officio functus videri potest iudex qui rem restitui iussit, quomodo haud dubiè functus dici deberet, si arbitrium eiusmodi sententiæ & condemnationis iure conferetur. *l. iudex postea quam. D. de re iudicat.* Rursus quod nostris placet, in iudiciis stricti iuris iusiurandum nasci ex dolo quandocunque ante sententiam commisso, iuncta difficultate aut potiùs impossibilitate probationis, totum nugatorium est. Nullo enim † prorsus ca- 8
su natura iudicij stricti patitur iurari posse in litem siue mora & culpa sola, siue dolus intercesserit, nisi cùm casus necessitas eo adigit iudicem vel inuitum vt deferat iusiurandum, id est cùm fieri nequit vt citra delationem iurisiurandi res de qua agitur æstimetur: quod ipsum vno tantùm illo casu euenit quo res debita perierit post moram debitoris ante litis contestationem. Nàm cùm ante moram periit, constat liberari debitorem naturali interitu rei, nec quicquam amplius ab eo peti posse, *l. si ex legati* 23. *de verb. oblig.* Cùm verò periit, non solùm post moram extra iudicium aut sola libelli oblatione & denunciatione contractam, sed etiam post litem contestatam equidem manet debitor obligatus acsi res perempta non esset, *l. si seruum* 91. §. *sequitur. &* §. *vlt. eo.* Sed tamen nulla caussa est propter quam iurari in litem debeat, quia etiamsi res extaret, cuius præstationem aliquid impediret, non alia æstimatio deberetur quàm quæ litis contestatæ tempore fuisset vt à nobis comprobatum est in superioribus. Quanta verò fuerit ea æstimatio inspecto tempore condemnationis, perinde sciri potest etiam posteaquàm res perempta est, acsi adhuc extaret. Neque enim quod homo nunc mortuus est impedit quominùs sciri possit quanti esset antè quàm moreretur, neque in eam rem necessarium est iusiurandũ vt cernere est in specie, *l. pen. D. de condic. trit.* itémque in actione legis Aquiliæ in qua æstimatur res quanti plurimi eo anno fuit facta retrorsum anni computatione, *l. ait lex.* 21. *& pass. D. ad l. Aquil.* Vnus igitur casus ille supereſt quo iurari possit in litem post rem peremptam, si res perierit post moram & ante contestationem. Tunc enim cùm mora faciat vt res etiamnum extare videatur, quæ tamen præstari amplius non potest nec rursum moræ ratio vlla habeatur in iudiciis strictis, quod pertinet ad ineundam æstimationem rei debitæ, sed tantùm quod ad perpetuandam obligationem, necessario sit consequens non solùm vt rei peremptæ æstimationem deduci in condemnationem oporteat, sed etiam vt æstimatio illa ex præsenti tempore constituenda sit, id est ex eo tempore quo agitur & litis contestatio fit, non secus quàm si res extaret quæ & pro exante habetur. Potrò ea præsens æstimatio rei iam peremptæ neque officio iudicis neque arbitrio boni viri constitui vllomodo potest, quoniam inspecta veritate æstimatio rei non extantis nulla est. Inde nimirum ita ius comparari necesse fuit, vt vel inuito iudice & quantumlibet repugnante stricti iudicij natura deferri possit hoc casu iusiurandum in litem: quod vno verbo Marcianus ex-

plicat

plicat in *d.l.in actionib.in fi.* his verbis, *quia non potest iudex æstimare sine delatione iurisiurandi rem quæ non extat.* Etsi autem is locus non nisi de iudiciis strictis tractat, nemo tamen non videt idem quoque dicendum esse, si ex bonæ fidei contractu agatur ad consequendam rem quæ post moram perierit & ante litem contestatam: quoniam illo etiam casu locum habet eadem ratio iuris & necessitatis. Quamquam enim hoc plus est in iudiciis bonæ fidei quod in iis habetur, quod ad omnia ratio moræ, tum etiam cùm quæritur de ineunda rei debitæ æstimatione: non tamen vsque adeò inspicimus tempus illud moræ, vt non pluris æstimari res debeat si pluris sit tempore litis contestatæ aut condemnationis, *l.3.§.si per venditorem.l.si sterilis* 21.§. *cùm per venditorem. D.de action.empt.* In eóque commune † ius est
9 iudiciorum omnium tam bonæ fidei quàm stricti iuris, quòd tempus litis contestatæ spectari semper conuenit ex mera iuris ratione, siue quòd quale quid est cùm petitur tale dari debeat. *l.2.D.de vsuris*, siue quòd ex tempore quidque æstimandum sit quo nouissimè solui potuit, *l.si Calendis* 11.*D.de re indic.* Soluendi autem facultas ex conuentione competit & libera est vsque ad contestationem: qua accedente noua quædam obligatio nascitur quam dissolui etiam necesse est vt prior obligatio perimatur, arg. *l.si Titius* 3.*D. de ver. oblig.* iunct. *l.3. §.idem scribit. D.de pecul.* Differentia tantùm in eo
10 est, quòd in † iudiciis bonæ fidei tempus illud litis contestatæ ita spectatur vt tamen non spectetur præcisè, quoniam bona fides quæ in eo iudiciorum genere maximè exuberat, efficit vt moræ quoque vel condemnationis tempus inspici oporteat, si alterutro tempore pluris res fuit. In strictis verò spectatur præcisè tempus litis contestatæ, propterea quòd in iis nulla prorsus bonæ fidei ratio habetur. Quæ proculdubio Vlpiani sententia & ratio est in *d.§. in hac l.* 3. *commod.* Ergo si ex
11 contractu † bonæ fidei agatur ad rem quæ post moram necdum tamen lite contestata perierit, faciendũ est æquè locum esse debere iuramento in litem acsi ex contractu stricto ageretur, quandoquidem si hodie res extaret, fieri poterat vt pluris nunc cùm agitur, esset, quàm moræ tempore fuisset, nec vnquam melior debitoris conditio esse debet ob id solùm quòd iudicio bonæ fidei conueniatur, cùm propter moram culpámque suam conueniatur. Ex quo magis apparet quantopere fallatur *Bartolus* qui hanc iudiciorum bonæ fidei stricti iuris differentiam sic tractat quasi quod scriptum est de iudiciis strictis in *d.§. plane.l.in actionibus. De in lit. iuran.* ad iudicia bonæ fidei pertinere nequaquam possit. Sicut & in eo
12 † labitur euidentissimè quod tempus litis contestatæ à prudentibus dictum putat pro tempore moræ eo colore quòd tunc saltem cùm litis contestatio fit, mora contrahatur. Nam præter id quod nuspiam illi in hac quæstione meminerunt temporis moræ, sed semper litis contestatæ vt in *d.d.l.§.in hac. D.commod.l. vinum* 22. *D.de reb.credit.l.vlt.ff.de condict. triticl. hominem* 37. *D.mandat.* Illud etiam constat quod iam diximus & sæpius mo-
13 nuimus, in iudiciis † strictis nullam omnino haberi posse rationem moræ, nisi quòd ad perpetuandam obligationem, quia vt moræ ratio habeatur fit ex bona fide, quæ in iudiciis strictis ad augendas præstationes nullum penitus locum habet. Nec simile est, si quis obiiciat, pleriſque iuris locis scriptum esse legatorum fructus & vsuras deberi à die litis contestatæ *l.1.& tot tit. C.de fructib.& vsur.legat.* cùm tamen constet deberi à die moræ si qua mora heredis præcesserit contestationem, *l. in minorum, C.in quib. caus. in integr. restit. l.3. D. de vsur.l. Titia Scio* 87.§. *vsuras. de legat.* 2. Ea namque interpretatio quæ ab Accursio primùm allata, etiam à nobis comprobata est *lib. Coniect.cap.*3. prorsus necessaria est, non solùm vt tot iuris loci concilientur, qui inuicem alioqui pugnarent, sed etiam ne qua vis fiat iuris rationi. At neque locus vllus iuris notisi, neque ratio vlla dictat vt in iudiciis strictis tempus moræ inspiciatur ad ineundam æstimationem, siue officio iudicis, aut arbitrio boni viri, siue per iusiurandum in litem æstimatio ineatur, sed leges omnes clamant inspiciendum esse tempus litis contestatæ. Cur ergo tempus illud litis contestatę interpretabimur tempus moræ? Sed & in eo errant interpretes, † quòd aiunt difficultatem 14
probationis cum mora concurrentem inducere iusiurandum in litem quod illi appellant veritatis. Non enim sola difficultas quantumcumque grauis, sufficeret, si non ipsa etiam, vt ita dixerim, impossibilitas adesset. Primúsque Zeno Imper. fuit qui propter solam probationum difficultatem introduxit, vt iurari possit in litem in specie *l.si quando* 9. *C. vnde vi*, id est odio violenti inuasoris. Denique cùm quærimus de re † de- 15
bita ęstimanda per iusiurandum in litem, ridiculi & inepti sumus, si quæramus an huius aut illius temporis rationem haberi oporteat. Fit enim æstimatio eiusmodi ex adfectione iurantis, cui si indulgere legislator nollet, non esset cur ei iusiurandum deferre deberet. Non est contrarium quod scriptum est in *l.cùm furti* 9. *D.de in lit. iurand.* cùm furti † agitur iurari ita oportere, *Tanti rem fuisse cùm furtum factum est.* Id enim ita 16
constitui necesse fuit, quia vt præcedenti capite dicebamus, ex comparatione illius simplici de quo iuratur, duplum vel quadruplum constituitur quo pœna furti siue manifesti, siue non manifesti continetur, pœnam autem ad tempus delicti referri necessariò conuenit, cùm propter delictum infligatur. Cæterùm etiamsi actor iurauerit longè pluris rem fuisse quàm re vera fuerit, cùm furtum factum est, non idcirco de periurio quæretur, nec ob id minoris fur condemnabitur quòd paratus sit probare minoris rem tunc fuisse: si modò talis casus sit in quo iusiurandum in litem deferri debuerit, id est, si actio furti competat iure dominij, nec fur exhibere rem furtiuam, & restituere velit. Igitur † quod 17.
Vlp. in *d.§.in hac.* scribit in actione commodati sicut in cæteris bonæ fidei iudiciis iurari in litem & rei iudicandæ tempus spectari cùm in strictis tempus litis contestatæ spectetur, non sic accipi debet, quomodo nostri volunt, vt vnica sententia sit de re debita per iusiurandum in litem æstimanda, sed quomodo nos suo loco interpretari sumus, vtduæ sint sententiæ, vna de iureiurando in litem quod in bonæ fidei iudiciis locum habere solet ob dolũ si actor rẽ suam reposcat, non etiam in strictis, nisi cùm alia ineundę ęstimationis ratio prorsus nulla est. Altera de ineunda æstimatione ad quam solam pertinet differentia eo loco tradita inter iudicia bonæ fidei & stricti iuris. Reliqua ad hanc quæstionem pertinentia petenda sunt ex his quæ diximus *lib. 16. Coniectur cap.* 1.& 13.& quæ nos subiiciemus. De iureiurando veritatis *infr.cap.*8.

ERROR VII.

De iure iurando in litem in actione ex empto.

SVMMARIA.

1 *Error interpretum & pragmaticorum putantium in actione ex empto iurari in litem: & vnde id colligant.*

2 *In omnibus bona fidei iudiciis non iurari in litem. contra interpretes.*

3 *Fidem rumpere quis dicatur in l. ei apud quem.* 53.*in pr. D.depos.*

4 *Si ad rei venditæ traditionem agatur, venditor non ad aliud condemnari debet, quam vt præstet quanti emptor*

prior ſua intereſſe probauerit.

5 *Longè inter ſe hæc differunt, condemnari quem in id quod aduerſarij intereſt: & condemnari quanti aduerſarius in litem iurauerit.*

6 *Quatenus condemnandus ſit venditor vt rem tradat, quam vendidit.*

1 VIgo creditum † eſt in actione ex empto iurari in litem, nec ferè eſt ex veteribus interpretibus iuris, quos pragmatici paſſim ſequuntur, qui diſſentiat: non quòd aliquo iuris loco ſcriptum ſit ita eſſe, ſed quia generaliter ſic comparatum ius eſſe putant, vt in omnibus bonæ fidei iudiciis iuretur in litem ſi res debita non præſtetur ex *l. in actionibus 5. D. de in lit. iur. l. 3. §. in hac. D. commod. l. 1. §. in depoſiti, D. depoſit.* Quaſi bonæ fidei ratio ius hoc poſtulet, proindeque faciat vt eadem cauſſa eſſe debeat iudiciorum omnium quæ bonæ fidei eſſe exiſtimantur: inter quæ iudicium empti & venditi principem ferè locum obtinere nemo ambigit. Ego contrariam ſententiam ſemper probabiliorem exiſtimaui. Nam præter id quod non poſſum mihi perſuadere prudentes & Imperatores, quorum tot extant reſponſa ad actiones empti & venditi pertinentia ius hoc prætermiſſuros fuiſſe ſi putaſſent, in actione ex empto iurari in litem poſſe, video non eſſe verum generaliter & indiſtinctè quod
2 noſtris placet, in omnibus † bonæ fidei actionibus iurari in litem. Conſtat enim non iurari in contrariis iudiciis depoſiti, commodati, mandati, & aliis ſimilibus, *l. ei apud quem 53. in princip. D. depoſit.* vbi ratio redditur, quia in iis non agitur de fide rupta, licèt non eo minùs ſint bonæ fidei, poſſintque competere ex cauſſa doli. Dicat aliquis, huic rationi conſequens potiùs videri vt in actione empti iurari debeat, quandoquidem rumpit proculdubio fidem venditor qui rem quam vendidit tradere dolo malo recuſat, cùm ex natura contractus obligatus ſit ad tradendum. Sed reſpondeo quod de fide
3 rupta hîc dicimus non † ita accipiendum eſſe vt fidem rumpere videatur, quiſquis non præſtat quod promiſit (alioqui etiam in contrariis iudicijs facilè eueniret vt de fide rupta ageretur, & conſequenter, vt in iis quoque iuraretur in litem, quod numquam fit) ſed vt fidem is demum rumpat, qui rem alienam quam ex bonæ fidei contractu habet à domino, non vult ei reſtituere, & quidem dolo malo cùm poſſit, aut ſi fecerit ne poſſit. Hoc verò non euenit in actione empti. Neq; enim ſola venditio transfert dominium citra traditionem: nos autem eum caſum tractamus quo res vendita nondum ſit tradita, & quo agatur ad traditionem, aduerſus venditorem
4 tradere recuſantem. Quo caſu † dico non ad aliud condemnari venditorem poſſe quantumuis dolus & procacia eius arguatur, quàm vt præſtet quanti emptor ſua intereſſe probauerit, vt diſertè ſcriptum eſt in *l. 1. D. de act. empt. l. ſi traditio 4. C. eod.* Ergo non quanti emptor
5 in litem iurauerit. Sunt enim † hæc, vt ſæpiùs diximus in ſuperioribus, planè contraria & repugnantia, condemnari quem in id quod aduerſarij intereſt, & condemnari quanti aduerſarius in litem iurauerit. *lege qui reſtituere 68. D. de rei vindicat. lege ſemper 15. §. hoc interdicto. D. quod vi aut clam. l. arbitrio 18. §. 1. D. de dolo.* An ergo, inquies, liberabitur venditor præſtatione eius quod intereſt emptoris, nec cogetur præcisè rem tradere, tametſi habeat tradendi facultatem? Ita equidem viſum eſt iam olim Ioanni, quem cæteri ferè omnes interpretes ſecuti ſunt aduerſus Martinum qui magis probat vt venditor ad traditionem præcisè cogi poſſet. Sed nos *Coniecturarum lib. 6. cap. 17.* pro *Martino* contra *Ioannem* probauimus ex *Pauli ſententiis, Tit. De re iudicat.*
6 condemnari † debere venditorem vt rem tradat, ſi tradere commodè poſſit. At hoc ipſum non ita accipi volumus, vt præcisè & abſolutè cogatur venditor tradere (id enim vix eſt vt fieri poſſit ſine vi & impreſſione quam ſemper exoſam habet legiſlator) ſed vt ſub comminatione pœnæ iubeatur rem tradere, nec liberetur inuito emptore, ſola eius quod intereſt præſtatione: quomodo haud dubiè liberaretur ſi rem ipſam tradere iubere non poſſet. Ita enim fit, vt non ſolum id quod emptoris reuera intereſt, ſed etiam dolus venditoris æſtimetur officio & arbitrio iudicis, quod facere iudex percommodè poteſt etiam citra iuſiurandum. Iſque proculdubio ſenſus eſt *l. ſi cum fundum 68. §. 1. D. de contrab. empt.* Exiſtimabam aliquando poſſe & emptori & iuris rationi ſatis fieri, vt emptor omnimodo rem habeat citra vim & impreſſionem, inducto hoc remedio vt manu ſi opus ſit militari, res vendita auferatur venditori & in emptorem transferatur. Exemplo eius quod ſcriptum eſt in *d. l. qui reſtituere.* Sed nunc mihi ea ſententia non probatur poſteaquàm comperi totam eam legem Triboniani eſſe non Vlpiani, vt ſcripſi *lib. 16. Coniect. cap. 17.* dicámque *Decade ſeq. cap. 5.* Denique nulla lex eſt, nulla ratio quę probet in actione ex empto iurari in litem. Quis ergo id probet quod neque legem vllam habeat, neque rationem?

ERROR VIII.

De iureiurando quod interpretes & pragmatici appellant, veritatis.

SVMMARIA.

1 *Apud interpp. & pragmaticos duplex eſt iuſiurandum in litem, vnum adfectionis, alterum veritatis, & quid vtrumque ſit.*

2 *Vnicum tantùm eſſe iuſiurandum in litem, ſcilicet adfectionis, contra eoſd.*

3 *Iuſiurandum adfectionis quando locum habeat, & ob quam cauſam deferatur.*

4 *Quæ neceſſaria putent interpp. & pragmatici, vt iuſiurandum veritatis deferri poſſit: quantum illi à veritate aberrent.*

5 *Expoſitio l. in actionibus. 5. §. planè. D. de in litem iurand. qua abutuntur interpretes.*

6 *Falſum eſſe illud, iurari quidem poſtquam res extare deſiit, ſed tamen referri æſtimationem ad id tempus quo res extitit.*

7 *Res quæ non extat facilè æſtimari poteſt citra iuſiurandum, inſpecto eo tempore quo extitit.*

8 *Reuocatio ſententiæ in Coniecturis propoſitæ.*

9 *Ex præſenti tempore æſtimari non poteſt res quæ amplius non extat, ideóque tunc iuſiurandum eſt neceſſarium.*

10 *Cur Marcianus in d. §. planè requirat vt mora promiſſoris mortem Stichi præceſſerit.*

11 *Error Bartoli iuſiurandum veritatis non niſi ad præteriti temporis æſtimationem referendum putantis.*

QVando in tractatum hunc de in litem iurando incidimus, explodendus neceſſariò nobis eſt grauiſſimus error interpretum & pragmaticorum exiſtimantium duplex eſſe iuſiurandum † in litem, adfectionis vnum, veritatis alterum. Iuſiurandum adfectionis appellant, 1
per quod res æſtimatur ſupra quàm re vera ſit, propter adfectionem iurantis, cui locum eſſe volunt vno illo caſu quo per dolum poſſeſſoris res non reſtituatur in executione iudicati: veritatis verò per quod res æſtimatur nõ ex adfectione iurãtis, ſed quãti re vera eſt cùm alioqui impoſſibilis aut difficilis eſt veræ æſtimationis probatio ſi ad impoſſibilitatẽ illã aut difficultatẽ accedat præterea dolus illius aduerſus quẽ iuratur. Semper enim dolũ interuenire volũt, vt iurari poſſit. Secuti Bartolũ ita

distinguentem ad *l.in actionibus 5.D.de in lit.iurand.* Nos
2 longe aliter, iusiurandum † in litem vnicum esse contendimus quod sit adfectionis, nullum prorsus veritatis. Neque enim fieri vllo casu potest, vt legislator permittat actori iurare in litem, quin eius adfectioni indulgeat, & quidem ex necessitate iuris. i. quia non aliis casibus in litem iurare conceditur quàm quibus fieri nequeat, vt aliter satisfiat aut iuris rationi, aut æquitati. De periurio autem eius qui ex iuris necessitate iurauit non facilè quæri solet, vt ait *lex vltima. Digest. eodem*, id est, nisi tam euidens sit periurium vt nullo colore obtegi possit, quemadmodum si quis rem viginti dignam, mille aureis æstimaret. De iureiurando, quod interpretes appellant adfectionis, iam satis multa scripsimus *in superioribus*, neque meo iudicio quisquam dubitare potest
3 ex iis quæ diximus, quin locum † habeat quoties alienæ rei possessor, aut qui dolo desiit possidere, domino eam reddere recusat, siue antè post condemnationem, siue bonæ fidei iudicio, siue arbitraria actione dominus experiatur ad rem suã repetendam, non etiam si alius quàm dominus agat. Deferendi namque iurisiurandi ea præcipuè ratio est, quòd non sit alicui permittendum vt alienam rem inuito domino retineat, aut vt dominum cogat ad rem suam iusto pretio distrahendam, *l.tutor.* 8. *D. eod.l.si filiofamilias* 25.1. *D. solut. matrim.l. non enim* 9. *D.rer.amot.* Quæ ratio non alio casu locum habet quàm quod dominus ille est qui agit, quantumuis maximè in in dolo sit is qui conuenitur. Idque ex iis quæ in sequentibus dicemus, clariùs apparebit. Nec rursus quisquam dixerit duas illas sententias, quas interpretes putant ferri debere in actionib. arbitrariis, æquè ferri posse in actionib. bonæ fidei, in quib. tamen certum est iurari in litem si à domino rem suam reposcente, vt diximus, exerceantur. Non igitur verum esse potest quod illi aiunt iusiurandum adfectionis non aliam ob causam deferri posse, quàm propter dolum admissum in executione iudicati. Sic enim fieret vt secundam sententiam semper ferri necesse esset, nisi fortè quis tam sit imperitus vt negare velit sententiam dici debere cùm tanti reus condemnatur quanti actor in litem iurauerit. De iureiurando quod illi veritatis vocant, dicendum hic nobis est, & quidem breuiter. Scripsimus enim copiosiùs & ad nauseam vsque *libro* 16. *Coniectur.cap.* 1. *&* 13.
4 Duo † necessaria esse putant interpretes itémque pragmatici, ad hoc vt iusiurandum hoc veritatis deferri possit: dolum scilicet aduersarij & difficultatem probationis: in vtroque peccant. Nam neque dolus necessarius est, neque difficultas probationum sufficit, sed meram & absolutam impossibilitatem adesse oportet, vt huiusmodi iusiurandum quod illi veritatis dicunt, deferri possit. Exemplum enim omnes sumunt ex *d.l. actionibus* 5. §. *planè. de in lit.iur.* nec alium sanè locum habent ex quo aliud exemplum sumere possint. Ibi † verò
5 Marcianus scribit in strictis quoque actionibus interdum iurari in litem, veluti inquit. si promissor Stichi moram fecerit, & Stichus post eam moram decesserit, quia iudex sine delatione iurisiurandi nõ potest æstimare rem, quæ non extat. Non ergo requirit, vt promissor Stichi sit in dolo, sed tantùm vt moram fecerit, quæ fieri vtique potest, & verò fit plerumque etiam sine dolo licèt non facilè sine culpa. Nec rursus illam suæ sententiæ rationem adfert quòd difficile sit æstimare rem quæ non extat, sed quia fieri id nullomodo possit per iudicem sine delatione iurisiurãdi. Non ergo difficultatem probationis intuetur, sed meram impossibilitatem. Si qua enim ratione fieri posset, vt sine delatione iurisiurandi æstimaretur res iam peremptа, nihil sanè caussæ esset cur in iudiciis strictis iusiurandum in litem aduersus iuris regulas deferri oporteret. Sed necessitas deferendi facit, vt ipsis quodammodo legibus hac parte vim fieri necesse sit. Proinde si speciale nomen huiusmodi iusiurandum quæreretur, necessitatis dici deberet, nõ veritatis. Quænam enim vera esse potest æstimatio rei quæ ampliùs non extat? Dices fortasse † iurari quidem postquàm res extare
6 desiit, sed tamen referri æstimationem ad id tempus quo res extitit, verámque habuit æstimationem. Sed non ita est: in eóque omnes quotquot vnquam legere contigit interpretes, turpiter hallucinantur. Quid enim facilius, quàm æstimare † citra iusiurandum rem quæ non extat inspecto eo tempore quo extitit? Exemplum esto in
7 actione legis Aquiliæ, in qua homo occisus æstimatur quanti plurimi eo anno fuit facta retrorsum anni computatione, *l.ait lex* 21. *& pass. D.ad leg. Aquil.* & tamen nullibi reperias in ea actione iurati in litem. Sunt enim ista omnino repugnantia, condemnari occisorem serui quanti plurimi vnquam seruus fuerit, Et, condemnari quanti dominus in litem iurauerit. Sic & in specie *l. penult. D. de condict. tritic.* id est, cùm agitur de æstimando homine petito per condictionem triticariam. & iam adiudicato ac post sententiam mortuo, dicimus eam æstimationem deberi quæ mortis tempore fuit, neque tamen ex ea caussa in litem vllomodo iurari concedimus, quia
8 nec necesse est: in quo † nos ipsi errauimus *lib.6.Coniect. cap.* 17. Quid enim potest interesse an res adhuc extet, an peremptа sit ad inundam præteriti, non præsentis temporis, æstimationem? Et ex eo nimirum apparet in eo casu quem Marcianus tractat in *d.*§.*planè*, id est, cùm homo ex stipulatu debitus periit post moram promissoris, non præteriti temporis æstimationem deberi, sed præsentem id est, quæ tunc sit cùm agitur, ob idque necessarium esse iusiurandum in litem, quia † fieri per re-
9 rum naturam nullomodo potest vt ex præsenti tempore æstimetur res quæ ampliùs non extat, Quæ tamen vt ex præsenti tempore æstimari debeat, illud facit quod propter moram præcedẽtem extare ahuc creditur, licet verè peremptа sit, ideóque & peti potest acsi extaret *l.si seruum* 91. §. *sequitur. & §. vlt. de verb. obligat.* Potest ius fingere rem extantem quæ re vera non extaret adhuc debeatur ne interitu speciei debitæ morosus debitor liberetur, Sed non potest illa iuris fictio efficere vt præstari possit res quæ verè extare desiit, quia obligatio iuris est, præstatio autem & solutio facti *l.consilio* 7. §. *vlt. D. curat. furios.* Ius autem fingere potest circa ea quæ sunt iuris non circa ea quæ sunt facti *l.denique* 19. *ex quib. caus. maior.l.in bello* 12. §. *facti. D.de captiu & postlim. reuers.* Itaque quòd res extare desiit, impedire non potest quominus præsens æstimatio debeatur, quia cùm pro extante habeatur: succedit alia iuris regula quæ facit vt talem tantámque rem debitam præstari oporteat, qualis quantaque est cùm petitur *l.2. D.de vsur.* Quanti verò tunc res sit quæ vera nulla amplius est, neque iudex neque probus quisquam vir dicere vllomodo possit Proinde iurisiurandi in litem delatio necessaria est & consequenter iurantis adfectioni indulgere iudex vel inuitus cogitur, quoniam non nisi ex iurantis adfectione æstimationem potest habere ea res, quæ re vera nullam habet. Ex quo intelligimus, cur † Marcianus in *dict.*§.*planè* requirat vt mora promissoris mortem Stichi præcesserit. Nempe quia si mora nulla præcessisset, vtique promissor Stichi interitu eius liberaretur *l.si ex legati.* 23. *De verborum obligat.* atque ita nullus de æstimatione præstanda quæstioni locus relinqueretur, sublata penitus obligatione. Quòd si fingeres aliquo casu fieri posse vt citra moră peremptо Stichо nihilominùs promissor maneret obligatus, non magis necessaria esset mora quàm dolus promissoris ad inducendam huiusmodi iusiurandi delationem. Non enim propter moram defertur iusiurandum, sed propter solam impossibilitatem probationis. Mora autem ideò duntaxat exigitur vt post rem peremptam salua esse possit obligatio cuius potestate ad æstimationem ineundam præstandamque decurri oporteat. Et in eo rursũ euidenter errat † *Bartolus* qui iusiu- 11
randũ hoc veritatis nõ nisi ad præteriti tẽporis æstimationẽ referẽdã esse putat, cùm ex contrario nõ aliob caussã

de

deferatur, quàm quia ſolam præſentis temporis æſtimationem, quæ re vera nulla eſt complectitur. Fefellit *Bartolum* quod in *l. numis 3. de in lit. iurand.* Vlpianus ſcribit, numis depoſitis non oportere iudicem iuſiurandum in litem deferre vt iuret quis quod ſua interfuit, cùm certa ſit numorum æſtimatio. Niſi fortè, inquit, de eo quis iuret quòd ſua interfuit numos ſua die reddítos eſſe. Quid enim ſi ſub pœna pecuniam debuit aut ſub pignore, quod quia pecunia depoſita ei abnegata eſt, diſtractum fuit? Locum enim illum accipit Bartolus de iureiurando veritatis: Sed omnino malè, vt ex iis quæ proximo capite dicturi ſumus, intelligetur.

ERROR IX.

De in litem iurando pro numis ſua die non ſolutis.

SVMMARIA.

1 *Depoſiti, vel commodatis numis, ſiá depoſitario vel commodatario non reddantur an iurari poſſit in litem.*
2 *Ratio pro affirmatiua.*
3 *Ratio decidendi qua docetur non poſſe iurari.*
4 *Nulla eſt ratio cur ex cauſa depoſitorum numorum iuretur in litem.*
5 *L. numis 3. D. de in litem iur. à Triboniano interpolatam eſſe.*
6 *Lapſus Accurſij in d. l. interpretatione.*
7 *Item Bartoli & aliorum qui iuſiurandum veritatis eſſe illud volunt, de quo in d. l. agitur.*
8 *Error Accurſij putantis in numis creditas permitti creditori iurari in litem.*
9 *Alius eiuſdem Accurſij lapſus in aſſignanda cauſa cur de numis depoſitis non iuretur in litem.*
10 *Si verum eſſet pro depoſitis numis iurari poſſe in litem, tria fere neceſſaria.*
11 *Error Bartoli iuſiurandum veritatis ad præteritum tempus ſemper referentis.*

QVod diximus iuſiurandum in litem deferri ſolere, quoties alienam rem quis inuito domino retinet, ſuadere videtur vt depoſitis † vel commodatis numis à depoſitario vel commodatario non reddantur, iurari in litem poſſit. Perinde † enim fit iniuria domino aeſi ſpecies, non pecunia depoſita vel commodata proponeretur: nec minùs agitur de fide rupta cùm pecuniæ æquè ac ſpeciei depoſitæ aut commodatæ dominium remaneat penes deponentem aut commodantem, & conſequenter nihil cauſſæ eſt cur non æquè dolus vindicari debeat iureiurando in litem permiſſo. Sed non ita eſt. Numorum † enim certa eſt æſtimatio, nec proinde quicquam videri poteſt intereſſe eius qui depoſuit, aut commodauit vt hos vel illos numos habeat, quandoquidem pecunia eſt ex earum rerum genere quæ inuicem recipiunt functionem,

Nec ad rẽ pertinet † ſi quis obiiciat deferendi in litem iuriſiurandi hanc potiſſimum rationem eſſe, ne alioqui eueniat vt dominus rem ſuam iuſto pretio vendere compellatur, *l. non enim 9. D. rer. amot.* Quaſi non ſit conſequens ob id ſolùm quòd certa ſit numorum æſtimatio iurari minùs oportere, cùm præterea dolus ſit vindicandus. Nam & cùm iuratur in litem, inquies, non pluris res ſit per hoc, ſed contumacia æſtimatur vltra rei pretium, vt Iuriſconſ. ſcribit in *l. 1. & in l. tutor 8. De in litem iurand.* Etenim reſpondeo multùm hac parte ſpeciem à pecunia numerata differre. Species namque licèt ſuo vero iuſtóque pretio æſtimata, pretium tamen non eſt, ſed aliud quidpiam toto genere à pretio ſeparatum: Ideóque nec negari poteſt, quin domini intereſſe rem habere ſi id malit, potiùs quàm iuſtam rei æſtimationem: Cur enim cogatur aliud pro alio accipere? Siquidem in eo diſtat ſpecies à genere, quòd non ſicut genus recipit in ſuo genere functionem At nihil omnino intereſt eius qui pecuniam numeratam depoſuit, vtrum hæc aut illa numorum corpora accipiat, ſi modò quæ redduntur ſint eiuſdem generis, bonitatis & qualitatis, adcóque defendi poteſt eam ipſam rem quæ debebatur reddi, quamuis non eadem ſint corpora numorum quæ depoſita fuerunt, nulla igitur ratio eſt cur ex ea cauſſa deferri iuſiurandum oporteat, rectéque Vlpianus tractans de numis depoſitis ex eo mouetur quòd certa ſit numorum æſtimatio. Subiicit autem, *Niſi forte de eo quis iuret, quod ſua interfuit numos ſibi ſua die reddítos eſſe. Quid enim ſi ſub pœna pecuniam debuit, aut ſub pignore, quod quia depoſita pecunia ei abnegata eſt, diſtractum eſt?*

Ego † verò totum hunc verſiculum Triboniani non Vlpiani eſſe auſim dicere. Nam etſi ponas eum qui numos depoſuit certa die reddendos pecuniam debuiſſe ſub pœna, aut ſub pignore quod ob non factam ſolutionem diſtractum fuerit, inferre tantùm ex eo poteſt deberi ei quanti ipſius intereſt, cum alioqui ratione numorum ne quidem id quod intereſt vnquam debeatur. Sed ob id iurari in litem oportere, nullomodo certe inferre poſſis: Neque enim neceſſe eſt cùm etiam citra iuſiurandum facilè ſciri poſſit quanti actoris interſit, tanti ſcilicet quantum fuit in pœna ob non ſoluram pecuniam commiſſa, aut quanti fuit pignus quod propter factam in ſolutione ceſſationem diſtractum eſt. Cæterùm illud ſemper verum eſt ratione numorum nihil penitus intereſſe actoris an hæc aut illa numorum corpora accipiat, & conſequenter iuriſiurandi in litem deferendi cauſſam nullam ſubeſſe. Quod & Accurſius ipſe præſenſit, qui etſi negare non potuit quod legis verba ferebant, iurari hoc caſu poſſe, negauit, † tamen iurari in litem: in eo licèt apertiſſimè cæcutiens quod ab Vlpiano cautè factum putat, vt in illis verbis *niſi forte de eo quis iuret* non adiecerit *in litem*. Quaſi verò de alio iureiurando poſſint ea verba accipi quàm quòd ſit in litem: de quo tamen in proximè præcedentibus locutus fuerat. Et ſanè alterutrum neceſſariò fatendum eſt vt vel in litem vel nullo modo iuretur. Alij verò interpretes quos & idem Accurſius refert, & Bartolus † cæteríque deinceps probarunt, cùm viderent nullam in numos adfectionem cadere poſſe, negarunt iuſiurandum hoc quod in litem eſſe fatentur, adfectionis eſſe: ſed dixerunt eſſe veritatis, quale illud de quo in §. *planè. l. in alienibus. de in lit. iur.* Adhuc inceptiùs. Nam ſi omne iuſiurandum in litem adfectionis eſt, vt ſupra probauimus, conſequens fit vt quod adfectionis eſſe non poteſt, nullum omnino ſit. Illud enim de quo in *dict.* §. *planè*, vt proximo capite dicebamus, licèt ex mera facti neceſſitate potiùs quàm ex iuris ratione cauſſam habeat, veritatis tamen iuſiurandum non eſt, ſed adfectionis, aut ſaltem, vt ita dixerim, neceſſitatis, quoniam ſine delatione iuſiurandi nullo modo poteſt iudex æſtimare rem quæ non extat, quemadmodum eo loco Marcianus ſcribit. At non ſimiliter poſſis dicere iudicem apud quem agatur de numis depoſitis ſua die non reſtitutis, æſtimare non poſſe citra delationem iuriſiurandi quanti interſit eius qui numos depoſuit certo die reddendos, ſi ſub pœna ad eum diem debuit pecuniam, aut ſub pignore, quod fuerit diſtractum. Poteſt enim facillimè id æſtimationem recipere ex quantitate pœnæ quæ ſemper eſt certa, itémque ex pignoris pretio ſiue illud accipias quod ex diſtinctione redactum eſt, ſiue quod ex communi hominum æſtimatione maius & amplius conſtitui poſſit. Tractamus enim

enim de pignore quod tùm etiam extet cùm agitur: ac proinde cuius æſtimandi impoſſibilitas nulla eſſe vnquam poteſt. Sed etſi poneres rem illam obligatam deſiiſſe extare, non idcirco tamen iurari in litem oporteret, quia cùm ad dictam diem ſatisfactum non eſt, non quanti nunc actoris interſit ſpectari oportet, ſed quanti interfuit ſua die ſatisfactum eſſe, vt & Tribonianus ipſe loquitur, relata ſcilicet æſtimatione eius quod intereſt ad tempus poſitum in obligatione, *lege ſi Calendis* 11. *Digeſt. de re iudicat.* Æſtimatio autem præteriti temporis quo res extitit æquè facilis eſt etiam poſteaquam res extare deſiit, atque ſi adhuc extaret, neque iuſiurandum in litem neceſſarium eſt in eam rem, vt ſuprà diximus euenire in actione legis aquiliæ, *lege ait lex* 21. *Digeſt. ad legem Aquiliam*, & in ſpecie *penultim. Digeſt. de condition. triticar* Sed & quis vnquam obſecro audiit in numis deponendis eam adhiberi conuentionem vt certo die reddantur? Cùm creduntur, frequentiſſimus eſt & pernecceſſarius vſus eiuſmodi conuentionis, quia ex mutuo transfertur numorum dominium in accipientem: At cùm ex cauſſa depoſiti neque dominium transferatur, neque poſſeſſio, ita vt neque conuenire poſſit vt tantumdem reddatur, quoniam ea res egreditur notiſſimos depoſiti terminos quemadmodum ait Iureconſultus in *l. Lucius* 24. *D. depoſit.* quænam ratio eſſe poteſt, propter quam depoſitarius præreptam deponenti velit repetendæ rei ſuæ facultatem ante certum diem? Illud verò multò etiam abſurdius eſt, quod
8 idem † *Accurſius* ad *l. nummis* defendit, in numis creditis idem iuris eſſe quod in depoſitis, id eſt vt ſi certo die reddi debuerint nec redditi ſint, permittatur creditori intrare de eo quod ſua interfuit ſibi ſua die redditos fuiſſe. Nã cùm mutui contractus haud dubiè ſit ſtricti iuris, fieri numquam poteſt vt iuſiurandũ in litẽ admittat. Eſt enim generale & perpetuũ vt in iudiciis ſtrictis numquã iuretur, excepto vno illo caſu de quo in *d. l. planè*, id eſt mera vrgente facti neceſſitate, quæ porrò in propoſita ſpecie, vt docuimus nulla ſubeſſe poteſt. Fateor ex mutuo tamen ſi contractus ſtrictus ſit poſſe creditorem petere quanti ſua interfuit, ſi ad certam diem pecunia reddi debuit quæ non eſt reddita (qui ſenſus eſt, *l.* 4. *D. de eo quod cert. loc.* qua vna in ſententiæ ſuæ confirmationem Accurſius abutitur.) Sed nego ob eam cauſſam iurari in litem oportere, quia neque iudicij natura id patitur nulla vrgente neceſſitate, neque adfectio vlla in numos cadere poteſt. In eóque par fuit lapſus † Accur-
2 ſij & Triboniani, exiſtimantium aliam rationem non eſſe propter quam de numis depoſitis non iuretur in litem, quàm quia nihil interſit actoris, atque ita inferentium à contrario ſenſu, permittendum ergo illi eſſe vt iuret, ſi modò eius interſit, quomodo intereſt proculdubiò cùm ad diem pecunia reddi debuit ei qui ad eandem diẽ debuit pecuniam ſub pœna, vel ſub pignore quod diſtractum ſit. Animaduertere namque debuerunt poſſe hîc de eo quod intereſt dupliciter tractari, aut de eo quod intereſt actoris hos aut illos numos habere, aut de eo quod ipſius intereſt ſibi numos ſua die redditos non fuiſſe. Poſteriore hoc modo intereſt ſanè actoris, ſed non ſufficit ita intereſſe ad hoc vt iurari in litem poſſit. Alioqui dicendum eſſet, quoties agentis intereſſet iuriſiurando in litem locum fore: quod tantùm abeſt vt verum ſit, (neque vero id quiſquam vnquam dixit) vt è contrario non poſſis melius excludere iuſiurandum in litem, quàm ſi dicas præſtari debere actori quanti ipſius intereſt: vt à nobis in ſuperioribus ſatis ſupérque probatum eſt: Cur ergo, inquies, de numis depoſitis tractat Vlpianus? Nimirum quia depoſiti iudicium bonæ fidei eſt, in quo iurari ſolet, ſi ſpecies non pecunia debeatur *lege* 1. §. *in depoſiti. D. depoſit.* Eáque dubitandi ratio erat, quæ in numis creditis nulla fuiſſet. Cæterùm etiamſi
10 verum † eſſet pro depoſitis numis iurari poſſe in litem, quia tamen eſſent neceſſaria. Primùm vt numi depoſiti eſſent, aut commodati aut ex aliquo huiuſmodi bonæ fidei contractu debiti. Nam ſi crediti per ſtipulationem promiſſi proponerentur, non idem probaretur. Secundum, vt dominus numorum is eſſet qui iuſiurandum in litem ſibi deferri poſtularet. Tertium, vt certo die reddi debuiſſent nec redditi fuiſſent, ita vt ex ea cauſſa intereſſet actoris. Quod cùm accidit, id eſt cùm actoris intereſt propter diei adiectionem, mirum non eſt ſi referatur iuſiurandum ad tempus præteritum non ad præſens, quia ſicuti ſola temporis adiectio facit vt ratione numorum debeatur id quod intereſt, quod alioqui non deberetur, ita neceſſe eſt eius ſolius temporis haberi rationem in eo quod intereſt æſtimando. Itaque non poteſt ex eo loco probari ſententia † illa *Bartoli* de qua ſuperiore 11
capite dicebamus, exiſtimantis iuſiurandum in litem quod ille veritatis appellat propriam & perpetuam habere conditionem hanc vt ad præteritum tempus ſemper referatur, quod ſanè tam falſum eſt quàm quòd falſiſſimum.

ERROR X.

De delatione iuriſiurandi quod appellant veritatis in iudicio bonæ fidei.

SVMMARIA.

1 *Error pragmaticorum & interpretum putantium iuſiurandum veritatis in bonæ fidei iudiciis locum non habere.*
2 *Suppoſito dari iuſiurandum veritatis falſam eſſe relatam ſententiam.*
3 *Nihil ad rem facere quod in iudiciis bonæ fidei tempus mora ſpectetur, in ſtrictis tempus litis conteſtatæ.*
4 *Si poſt litem conteſtatam homo ex bonæ fidei contractu debitus pereat, an iuſiurandum in litem locum habeat.*

IN eo quoque pragmatici † & interpretes 1
errant, quòd exiſtimant id genus iuriſiurandi quod illi veritatis appellant, in bonæ fidei iudiciis locum non habere, ſed tantum in ſtrictis. Eſto.n. † quod illi vo- 2
lunt & nos negamus iuſiurandum veritatis illud maximè eſſe, de quo Marcianus tractat in *l. actionibus* 5. §. *plane. de in lit. iur.* Dico eo facti & iuris neceſſitatem facere vt perinde iurari oporteat in iudiciis bonæ fidei atque in ſtrictis, quoties res debita periit poſt moram debitoris ante litem conteſtatã: quia, vt lex ait, nó poteſt iudex ſine delatione iuriſiurandi æſtimare rẽ, quæ nõ extat. Nã ſiue ex bonæ fidei contractu, ſiue ex ſtricto quis conueniatur, certum eſt moram à debitore contractam efficere ne naturali interitu ſpeciei tollatur obligatio. Ea ſi quidem moræ poteſtas eſt ac multò magis in bonæ fidei iudiciis quàm in ſtrictis, cùm in illis propter bonam fidem habeatur ratio moræ ad augendas præſtationes acceſſionum nomine. In his verò non item, nec alio vllo caſu extra cauſſam perpetuandæ obligationis vt à nobis in ſuperioribus ſuo loco diſputatum eſt. Indè verò fit vt quamuis Stichus poſt moram perierit, qui forte ex depoſito aut commodato debebatur, perinde tamen peti poſſit acſi adhuc extaret, quia & ex ſtipulatione, qui omnium ſtrictiſſimus contractus eſt, peti adhuc poſſet *l. ſi ſeruum* 92. §. *ſequitur. & §. vlt. D. de verb. oblig.* Atqui præſtari Stichus non poeſt qui re vera nullus eſt. Eius ergo æſtimatio vt præſtetur neceſſe eſt. Quænam verò æſtimatio? Præſens, quoniam ſi re vera extaret Stichus qui fictione iuris propter moram pro extante habetur, talis dari deberet qua-

lis

lis quantique tum esset cùm peteretur *l. 2. D. de vsur. l. si Calendis 11. D. de re. iudic.* At quis obsecro dicere poterit quanti nunc sit res quæ re vera non extat quæque nulla est? Nemo sanè. Igitur necessitas & iuris & facti eò adigit iudicem vel inuitum, vt cogatur deferre iusiurandum actori rem suam pro arbitrio & ex affectione æstimaturo, tametsi debitoris dolus nullus arguatur. Non enim coercendi doli gratia iusiurandū hoc præstatur: vt aliàs fieri solet cùm quis rem alienam possidet, aut dolo malo desiit possidere, vt domino habendæ eius facultatem eripiat, sed quia nihil est, quod meliùs & commodiùs statui possit vt actori satisfiat. Neque verò quisquam æquum putauerit, vt meliore conditione sit is, qui post moram & propter moram conuenitur ex iudicio bonæ fidei re perempta, quàm si ex stricto conueniretur. Dicat fortasse aliquis, Differentem esse hac parte rationem iudiciorum † bonæ fidei & stricti iuris
3 in eo, quod in iudiciis bonæ fidei si de ineunda rei debitæ æstimatione quæratur, tempus moræ inspiciendum est, non similiter in strictis *l. 3. §. si per venditorem. D. de act. empt.* Proinde mortuo post moram homine qui ex bonæ fidei iudicio debetur, non esse necesse vt præsens æstimatio præstetur, in eámque rē iuretur in litē quemadmodum seruatur in strictis, sed eam æstimationem deberi, præstarique posse quæ fuerit tempore moræ. Sed respondeo non ita esse. Etsi enim hoc plus est in iudiciis bonæ fidei quod in iis non litis contestatæ tempus solum & præcisè spectatur vt in strictis, Sed etiā tempus moræ, tamen illud quoque verum est non vsque adeò præcisè spectari tempus moræ in iudiciis bonæ fidei, quin etiam tempus litis contestatæ inspiciendum sit si tùm æstimatio creuerit, adeóque tempus condemnationis vtro tempore res pluris fuit *d. §. si per venditorem* iunct. *l. 3. §. in hac. D. commod.* Aliter enim posito iure eueniret vt aucta post moram æstimatione in tempus vsque litis contestatæ minus præstaret debitor ob id quòd bonæ fidei iudicio conueniretur, quàm si ex stricto vrgeretur: quod prorsus alienum esset à bona fide. Itaque licèt hominis post moram perempti æstimatio facilè iniri possit sine delatione iurisiurandi inspecto tempore moræ, quia tamen potuit ille pluris nunc esse si peremptus non fuisset, nulla ratio est cur rogatur actor contentus esse ea æstimatione quæ moræ tempore fuit, ne ei noceat quòd in eius fauorem sola bonæ fidei magis quàm iuris ratione constitutum est. Est enim generalis & ad omnia siue bonæ fidei siue stricti iuris iudicia pertinens ratio illa quæ in æstimatione ineunda spectari vult tempus litis contestatæ, quòd quale quid est cùm petitur, tale dari debeat *d. l. 2. D. de vsur.* & æstimandum quidque sit ex eo tempore quo nouissimè solui potuit *d. l. si Calendis 11. D. de re iud.* quod tempus in omni iudiciorum genere non aliud est quàm litis contestatæ: Tametsi bona fides faciat vt non minùs inspiciendum sit tempus moræ, si tum pluris res fuit, quia quod ad bonam fidem attinet nihil prorsus interest, an apud prætorem & per litis contestationem, an per extraiudicialem interpellationem quid petatur. Neque enim iudicia in eos comparata sunt qui bonam fidem agnoscere & sine iudice soluere parati sunt, sed aduersus morosos tantùm & contumaces. Quid ergo si † post litem contestatam homo 4
ex bonæ fidei contractu debita perierit? An iusiurandum in litem æquè locum habebit? Addo *ex bonæ fidei contractu*, quia si stricti iuris contractus esset, dubitationem res non haberet quin iurandi necessitas nulla subesset, cum ex tempore litis contestatæ æstimari homo commodè posset, non secus acsi adhuc extaret. Nemo siquidem dixerit posse aut debere æstimationem eius crescere post mortem cùm nec si viueret, crescere tamen posset. At cùm bonæ fidei contractus est, dubitatio ex eo nascitur, quòd si homo extaret crescere posset eius æstimatio à die litis contestatæ in diem vsque condemnationis *d. l. 3. §. si per venditorem. l. si sterilis 21. §. cum per venditorem. de action. emp. dict. l. 3. §. in hac. D. commod.* Proinde videtur deberi præsens æstimatio non aliter quàm si homo post moram ante litem contestatam decessisset: Et consequenter fatendum est iurari in litem posse, quia sine iurisiurandi delatione præsens illa rei non extantis æstimatio sciri nullo modo potest. Verùm propiùs intuenti sunt ista longè dissimilia. Quod enim rei debitæ æstimatio crescit in bonæ fidei iudiciis à die moræ in diem vsque litis contestatæ, fit ex mera iuris ratione, quæ vt toties diximus, litis contestatæ tempus præcisè & indistinctè spectari vult, nisi cùm iudicij qualitas & natura patitur vt ex bona fide præcedentis quoque aut sequentis temporis rationem haberi oporteat. Quod autem crescit etiam æstimatio à lite contestata, si tempore condemnationis homo plutis sit cùm bonæ fidei iudicium exercetur, fit ex sola bona fide, non ex iuris ratione: bona autem fides elicere non potest vt rei quæ extare desiit crescere possit æstimatio, quæ nec re-uera vlla est, tantum abest, vt sit incrementi capax. Igitur cùm satisfiat iuris rationi præstita æstimatione quæ fuit tempore litis contestatæ, licèt potuerit ea æstimatio maior esse tempore rei iudicandæ si homo ille non periisset, nihil tamen causæ est cur alia æstimatio quærenda sit ex præsenti tempore ineunda, ideóque nec necesse est iusiurandum in litem deferri, vt pluribus docuimus *lib. 16. Coniect. cap. 13.* Ex quo loco peti poterunt alia pleraque ad tractatum hunc pertinentia. Nobis enim nunc satis est pragmaticorum & interpretum omnium errorē indicasse, proposita interpretatione *& dict. §. planè. l. in actionibus. De in lit. iurand.* cuius sententiam à nemine hucusque perceptam esse ausim ego affirmare: Quam nec nos ipsi benè percepimus *lib. 6. Coniectur. cap. 17.*

ANTONII FABRI IC.

Decas Decimaoctaua.

ERROR PRIMVS.

De in litem iurando in actione hypothecaria.

SVMMARIA.

1 *Distinctio quam interpretes & pragmatici adferunt ad quæstionem, An in hypotecaria iuretur in litem.*
2 *Distinctionis interpp. refutatio ex eo ducta quòd nulla æquitas, aut iuris necessitas facit vt in hypothecaria iuretur. in litem.*
3 *Exponitur l. si inter 21. §. vlt. D. de pignorib.*
4 *L. si fundus. 16. § in vindicatione D. de pignorib. à Triboniano interpolatam esse.*
5 *Item l. qui restituere. 67. D. de rei vindicat.*

CVm quæritur † an in actione hypothecaria 1
iuretur in litem, solent interpretes & pragmatici distinguere an contra debitorem ipsum, an contra tertium possessorem ea actio instituatur. Posteriore casu volunt iurari in litem ex *l. si fundus.*

fundus 16.§.*in vindicatione. D.de pignor.* Priore verò non item ex *l ſi inter.* 21. §.*vltim.eod.tit.* Sic enim hos locos quaſi inuicem alioqui pugnaturos conciliant, moti ex eo quod in *dict.*§. *vltim.* ſcriptum eſt aliter litem æſtimandam eſſe cùm hypothecaria exercetur contra debitorem, aliter cùm aduerſus tertium poſſeſſorem. Aduerſus debitorem, inquit Vlpianus, tanti lis æſtimatur quanti illud eſt quod debetur. Contra tertium verò poſſeſſorem interdum etiam pluris: quaſi fieri nequeat vt pluris æſtimetur, quin iuſiurandum in litem actori deferatur. Quam interpretationem † & diſtinctionem euidens ſanè iuris ratio refellit. Numquam enim iuſiurandum in litem deferri poteſt niſi ex neceſſitate iuris, vt ait *l.vlt. D.de in lit. iurand.* id eſt cùm alia ratione nulla ſatisfieri poteſt iuris rationi aut æquitati, quod tum demum euenit cùm ſine delatione iuſiurandi æſtimari non poteſt res de qua agitur, vt in *l.actionibus* 5.§.*plane eod.* aut cùm actori ſubueniendum eſt ne dolo aduerſarij rem ſuam iuſto pretio vendere cogatur *l.*1.*l.tutor* 8.*eo.l. ſi filiofamilias* 25.§.1. *D.ſolut. matrim. l.non enim* 9.*D. rer amot.* Atqui in actione hypothecaria ſiue debitor ſiue tertius poſſeſſor ille ſit contra quem agitur, numquam aut æquitas aut neceſſitas iuris facit vt in litem iurari oporteat quandoquidem creditoris indemnitati aliter ſatis fieri commodè poteſt, præſtatione ſcilicet eius quod intereſt, licèt hoc ipſum aliter contra debitorem, aliter contra tertium poſſeſſorem æſtimetur. Nam contra debitorem æſtimatur ex ea quantitate quæ debetur computato etiam ſi quid aut ſumptuum in litem factorum aut acceſſionum nomine debeatur. Neque enim fieri poteſt vt pluris intereſſit agentis creditoris: cùm in re pignorata nihil iuris habeat præter ius pignoris, quod ipſum diſſoluitur ſoluto omni eo quod debetur: At contra tertium poſſeſſorem agentis poteſt intereſſe longè pluris quàm ſit in debito, nimirum ſi res pignorata ſit pluris, vt plerumque eſſe ſolet. Tenetur enim creditor debitori actione pignoratitia vt quod plus eſt in æſtimatione pignoris quàm ſit in debito, reſtituat debitori, ſiue pignus pro ſuo iure vendiderit, *l.elegantèr* 24.§. *ſi vendiderit. D.de pignor. act.* ſiue per iudicem lis æſtimata ſit, quoniam & ea litis æſtimatio venditio quędam eſt, *l.*3.*D. præmptor.* tenetúrque creditor in ea re bonam fidem præſtare vt non minore pretio quàm quanti res eſt pignus à tertio poſſeſſore ex iudicato retineri patiatur. Licet aliud ſit cùm tertius poſſeſſor conuentus per hypothecariam offert vltrò creditori quantum neceſſe eſt ad hypothecariam excludendam. Non enim illa litis æſtimatio venditio eſt, aut venditionis iure cenſenda, quandoquidem nihil eſt quod imputari poſſit creditori qui nihil niſi debitã quantitatem exegit à pignoris poſſeſſore, quíq; accepta ea ſumma quę ſibi debebatur, pignoris poſſeſſionem non eripuit poſſeſſori: vt pluribus explicauimus (eſt enim res ſatis obſcura, nec ab vllo adhuc forteſſis benè explicata) *lib.*16. *Coniect. cap.* 15.& 16. Cæterum ex eo quod Vlpianus † ſcribit
3 *in d.*§. *vlt.l ſi inter*, æſtimari litem in actione hypothecaria contra tertium poſſeſſorem inſtitutam, multò pluris interdum quàm illud ſit quod debetur, non poſſis niſi prorſus ineptè cũ interpretibus & pragmaticis inferre. Iurari igitur eo caſu in litem ſiquidem nõ dolus & contumacia poſſeſſoris tum æſtimatur, vt fit cùm in litem iuratur, ſed res ipſa obligata vt habeat creditor quod poſſit debitori reſtituere pignoratitium quandocunique inſtituto. Porro res obligata facilem commodámque æſtimationem recipit ſine delatione iuriſiurandi, vt & aliæ res omnes quæ extant, cùm non niſi extantis rei nomine hypothecaria contra tertium poſſeſſorem exerceri poſſit, quia neque fieri poteſt vt res quæ extare deſiit à quoquam poſſideatur. Quare non diſtinguit Vlpianus an tertius ille poſſeſſor in dolo ſit, an in culpa duntaxat, ſed omnimodo vult condemnari eum in maiorem quantitatem quàm illa ſit quæ debetur, id eſt, vt nos interpretamur, ſi pluris res ſit quàm debitum. Quæ tamen diſtinctio prætermittenda non fuiſſet ſi de iureiurando in litem deferendo Vlpianus ſenſiſſet. Conſtat enim ob dolum ſolum iurari poſſe in litem non etiã ob culpam, nec ſi lata proponatur, *d.l.in actionibus.* Accedit illa quoque ratio quæ iuſiurandum excludat, quod non aliis iuſiurandum hoc deferri ſolet, quàm qui litem ſuo nomine conteſtantur *l.vulgò* 7. *D. eod.* In quorum numero vtique non eſt creditor cùm ſupra eam quantitatem quæ ſibi debetur, cenſeatur procurator debitoris. Cui demùm iurare in litem permittendum erit ſi iure dominij vindicationem exerceat, & poſſeſſor reſtituere iuſſus, dolo malo parêre nolit. Quid ergo ſibi vult Marcianus in *d.l.ſi fundus*, §. *in vindicatione. D. de pign.* vbi ait in hypothecaria iurari in litem? Dico ſententiam † illam à iuris ratione prorſus alienam eſſe, ideóque Triboniano potiùs quàm Marciano adſcribendam, ex plurib⁹ quæ nos in hanc rem congeſſimus *lib.*16.*Coniect.cap.*15. Alioqui ſanè perinde dicendum erit in actione hypothecaria iurari in litem cùm aduerſus debitorem, atque cùm contra tertium poſſeſſorem exercetur. Eſt enim illius loci ſententia generalis, & ratio qua Tribonianus & falsò & ineptè mouetur, quòd inquit, nihil profutura ſit actio hypothecaria, ſi per eam non plus debito creditor conſequatur, quia tantumdem per actionem perſonalem conſequeretur, ad eam hypothecariam magis pertinet quæ contra debitorem ipſum exercetur, quàm ad illam quæ contra tertium poſſeſſorem, vt & illud generale eſt quod ait Tribonianus *ſicut & in exteris in rem actionibus.* Perinde enim vtroque caſu actio hypothecaria in rem eſt, ſiue contra debitorem, ſiue contra tertium poſſeſſorem inſtituatur, Verius igitur eſt in actione hypothecaria aut omni caſu in litẽ iurari, aut nullo. At omni caſu iurari ne interpretes quidẽ audẽt dicere. Ergo nullo iurabitur. Idẽ tractari poteſt ſi quis obiiciat † ex *l. qui reſtituere* 67. *D.de rei vindicat.* in omnibus actionibus arbitrariis in litem iurari. Nam aut fatendum eſt locũ illum eſſe etiam Triboniani non Vlpiani, vt nos indicauimus & probauimus euidentiſſimè *cap.*17. *lib.*16. aut perinde concludendum in actione hypothecaria omni caſu in litem iurari, cùm ſit omni caſu arbitraria.

ERROR II.

Si creditoris hypothecariam exercentis intereſſit pluris quàm debeatur.

SVMMARIA.

1 *Quo caſu velint interpretes & pragmatici iurari in litem contra tertium poſſeſſorem: quo item contra debitorem, quando agitur hypothecaria.*

2 *Bartolus & aly erroneè putant nihil intereſſe an quis dicat in actione hypothecaria iurari in litem: an æſtimari litem pluris quàm illud eſt quod debetur: & d.erroris refutatio num.*3.

4 *Licèt creditoris aliquando intereſſit amplius quàm illud ſit quod debetur, non propterea tamen iurari in litem oportet.*

5 *Abſurdus error Bartoli putantis iurari in litem contra tertium poſſeſſorem, ſi creditor culpa ſuâ pignoris poſſeſſionem amiſerit: & eiuſdem refutatio.*

6 *Nullo caſu creditori hypothecariam exercenti indulgendum vt in litem iuret ſine contra tertium poſſeſſorem agat.*

IAmetſi & interpretum & pragmaticorum ea ſententia & diſtinctio ſit quam nos ſuperiore capite retulimus, vt in actione hypothecaria ita demum iuretur in litem ſi contra tertium poſſeſſorem non etiam ſi contra debitorem inſtitu

ſtituatur, non tamen omni caſu iurari volunt contra ter-
1 tium poſſeſſorem, ſed eo † demùm quo pignoris poſſeſ-
ſio amiſſa ſit culpa creditoris, & è contrario interdum
etiam contra debitorem ipſum iurari patiuntur ſi quo
caſu interſit creditoris ſuprà quàm debeatur, vt puta, in-
quiunt, ſi eidem creditori chirographaria debeatur pe-
cunia propter quam retinere pignus poſſet, ſi eius poſ-
ſeſſionem nactus eſſet: nimirum quod anteà poſſediſſet,
ac cuius poſſeſſio ſine ipſius facto poſteà ad debitorem
rediiſſet. Sic enim *Bartolus*, quem cæteri ſequuntur ad
§. *vltim. l. ſi inter* 21. *D. de pignor.* Vtrumque malè, &
vtriuſque erroris eadem cauſſa. Ex eo nempe conflata,
2 quòd putant † nihil intereſſe an quis dicat, in actione
hypothecaria iurari in litem. An æſtimari litem pluris
quàm illud eſt quod debetur, quaſi fieri nequeat vt plu-
ris æſtimetur quin iuſiurandum in eam rem interponi
neceſſe ſit. Inde enim conſequens fieri arbitrantur, vt ſi
quando interſit creditoris ſupra quàm ſit in debito iuſ-
iurandum ei deferri oporteat ſiue contra debitorem ip-
ſum agat, ſiue contra tertium poſſeſſorem. Porrò cùm
aduerſus tertium poſſeſſorem agit non aliter videri po-
teſt eius intereſſe pluris, quàm ſi pignoris poſſeſſionem
culpa ſua amiſerit. Quoniam, inquit, *Bartolus*, ſolius de-
biti oblatio alioquin hypothecariam ſummoueret *leg. ſi*
fundus 16. §. *in vindicatione, eod. tit.* Cùm verò creditoris
culpa poſſeſſio amiſſa eſt, intereſt ipſius vt eam recupe-
ret, ne eo nomine teneatur pignoratitia debitori, cui vti-
que non teneretur ſi pignoris poſſeſſionem ſine culpa
ſua amiſiſſet. Ac cùm aduerſus debitorem ipſum agitur,
ita demùm intereſt creditoris ſupra quàm ſit in debito ſi
propter chirographariam pecuniam pignus retinere ve-
lit. Nos verò iam ſuperiori capite probauimus quàm ſint
3 iſta diſtantia & differentia, æſtimari † litem in actione
hypothecaria ſupra quàm creditori debeatur, & iurari in
litem. Nec enim quicquam prohibet alia ratione quàm
per iuſiurandum fieri eam æſtimationem, quæ licèt egre-
di aliquando poſſit eam quantitatem quæ debetur, nun-
quam tamen egreditur id quod re vera intereſt creditoris, quinimò potiùs egreditur interdum debitam quan-
titatem ob hoc ſolùm quod pluris intereſt creditoris
non vt tertij poſſeſſoris vel debitoris dolus & contuma-
cia coërceatur: cùm tamen ſi de in litem iurando tractari
poſſet dolum neceſſariò præcedere oporteret eius con-
tra quem iuraretur, itémque iurantis adfectioni ali-
quid indulgendum eſſet vt ſupra etiam quàm reuera
eius intereſſet ipſi præſtaretur, niſi rurſus ad commen-
titiam illam diſtinctionem recurras duplicis iuſiurandi
adfectionis & veritatis, quam nos in ſuperioribus abun-
dè refutauimus cùm probauimus omne iuſiurandum in
litem eſſe adfectionis, nullum veritatis. Fateor quod
4 vult *Bartolus* poſſe † creditoris intereſſe amplius quàm
illud ſit quod debetur ſiue ex iis cauſſis, quas ille con-
gerit, ſiue ex aliis quibuſlibet. Sed nego iurari idcirco in
litem oportere, cùm neque de dominio contendat is qui
in rem obligatam agit iure creditoris neque facilius
quicquam ſit quàm æſtimare exactè & ad amuſſim quic-
quid creditoris re vera intereſt etiam ſine delatione iu-
5 ſiurandi. Et verò quid abſurdius, † quàm eo caſu quem
Bartolus tractat iurari in litem contra tertium poſſeſſo-
rem, ſi, inquit, creditor culpa ſua pignoris poſſeſſionem
amiſerit. Quænam enim noua hæc iuriſprudentia eſt vt
pleniorem & fauorabiliorem actionem ex culpa ſua cre-
ditor conſequatur? Nam ſi nulla creditoris culpa inter-
ueneriit in amittenda pignoris poſſeſſione non negat
Bartolus iuſiurandum ei deferendum non eſſe, tameſi
maximè dolo malo faciat tertius poſſeſſor qui contra ſe
hypothecariam exerceri patitur. Itaque meliorem facit
conditionem creditoris qui culpam admiſit quàm eius
qui in culpa nulla eſt. Apertè contra iuris regulas quæ
non patiuntur vt ex culpa ſua quis actionem ſibi ac-
quirat, aut vt ob ſolam culpam iuretur in litem, nec ſi
culpa eius arguatur contra quem iurandi facultas po-
ſtulatur. Quantò minùs igitur ob culpam iurare vole-
ntis iuſiurandum permittendum erit? Neque ad rem per-
tinet quod eo caſu futurum eſt vt creditor debitori pi-
gnoratitia actione teneatur ſi pluris ſit pignus, cuius
poſſeſſionem malè amiſit, quàm quanti eſt id quod de-
betur: non enim videri debet ſentire damnum quod
ex culpa ſua ſentiat, vt eſt in iuris regula. Ideóque nec
actionem ex ea cauſſa habere debet. Quamquam non
nego hoc etiam caſu quo creditoris culpa interuenit,
perinde in condemnationem deduci quanti re vera pi-
gnus eſt, acſi culpa nulla interueniſſet, quia non pro-
pter amiſſam poſſeſſionem eiuſmodi condemnatio fit,
ſed propterea quòd ea litis æſtimatio, quæ non à poſſeſ-
ſore ad excludendam hypothecariam vltra oblata eſt, ſed
à iudice taxata vrgente creditore, pro venditione eſt *l.* 3.
D. pro emptor. factúmque iudicis habetur hîc, vt & aliàs
plerumque pro facto partis, nec tantùm creditoris, ſed
etiam debitoris, adeò vt ſi pignus vindicare poſteà velit
à poſſeſſore qui & condemnatus fuit & iudicato ſatis-
fecit, oblato etiam omni eo quod à poſſeſſore ſolutum
ac præſtitum eſt, non magis audiendus ſit, quàm ſi cre-
ditor ſuo iure pignus diſtraxiſſet, vtique ſi habuit credi-
tor diſtrahendi facultatem quam ſemper habet niſi cum
in contrarium conuenit ne habeat. Sed quoniam de tota
hac quæſtione ſcripſimus fuſiſſimè *lib.* 16. *Conſil. c.* 16.
ſatis ſit hæc adnotaſſe, vt in poſterum pragmatici intel-
ligant quàm verum ſit quod nos præcedente capite tra-
ctabamus. Nullo † prorſus caſu creditori hypotheca-
6 riam exercenti indulgendum eſſe vt in litem iuret, ſiue
contra debitorem agat, ſiue contra tertium poſſeſſorem,
ſiue culpâ ſuâ pignoris poſſeſſionem amiſerit, ſiue citra
culpam, & ſiue chirographaria pecunia præter pignora-
titiam aliqua ei debeatur, ſiue nulla.

ERROR III.

De formula inſtituenda actionis hypothecariæ.

SVMMARIA.

1 *Quæ ſit vulgaris formula inſtituenda actionis hypo-*
thecariæ.
2 *Actio hypothecaria eſt arbitraria, ſicut & rei vindi-*
catio.
3 *In actione hypothecaria creditor ante omnia petere de-*
bet, vt pronuntietur rem ſibi obligatam eſſe: quæ
hypotheca adiudicatio dicitur.
4 *Quæ ſint partes iudicis cùm agitur hypothecaria.*
5 *Aliter litis æſtimatio fieri debet, cùm agitur hypothe-*
cariæ aduerſus debitorem, aliter cùm aduerſus ter-
tium poſſeſſorem.
6 *In quo ſimilis ſit hypothecaria directæ rei vendica-*
tioni.
7 *Inter hypothecariam actionem, & rei vendicationem*
differentia prima.
8 *Secunda.*
9 *Cùm agitur hypothecaria non ipſa pignoris reſtitutio*
aut in petitionem, aut in condemnationem deducen-
da eſt.
10 *Quàm ſit à iuris ratione aliena illa hypothecariæ in-*
ſtituendæ ratio, cùm creditor oblato libello petit vt
ſibi liceat res oppigneratas diſtrahere, & pretium
inde redactum retinere vſque ad quantitatem quæ
debetur.

ACtionem † hypothecariam ſiue contra de-
bitorem, ſiue contra tertium poſſeſſorem
inſtituatur, ſic inſtitui debere vulgò exiſti-
matum eſt, vt rei obligatæ reſtitutio pete-
tur, & conſequenter ita concipiendam eſſe ſententiam,

vt eius rei restitutio creditori adiudicetur,qui posteà iure suo pignus retinere possit in eum vsque diem quo sibi solutum à debitore aut aliter satisfactum sit. Sic enim nostri tractant ad §.*in vendicatione l. si fundus 16. D. de pig.* Quos illud potissimum mouet quod iactari solet,hypothecariam & vt prudentes frequentiùs loqui solent, quasi Seruianam auocare nudam pignoris possessionem, *l.si cum venditor 66.D.de euict.* Mihi sententia hæc à iuris ratione semper aliena visa est. Omnes
2 enim fatentur,quod & verissimum est actionem † hanc hypothecariam esse arbitrariam,non secus ac illam quæ iure dominij competit ad rem vindicandam §.*praterea, Instit. de action.* Proinde quemadmodum in directa dominij vindicatione is agendi ordo est & esse debet, vt dominus petat pronuntiari primùm rem suam esse : tùm arbitrio iudicis possessor rem restituere iubeatur : postremò si arbitrio parére nolit,tùm demùm condemnetur non ad rem restituendam,quod iure de ea re arbitro iam factum est, sed quanti dominus in litem iurauerit ob rem non restitutam, *l.qui restituere 63. D. de rei vindic.*
3 Ita & in actione † hypothecaria obseruandum est, vt creditor hoc vnum ante omnia petere & possit & debeat, pronunciari rem sibi obligatam esse, vinculóque pignoris obstrictam : quæ hypothecæ adiudicatio dicitur à Marciano in *dicta l.si fundus,§.creditor. D.de pign.*
4 Quo facto non aliæ iudicis † partes esse possunt quàm vt ex officio arbitretur, iubeátque rem illam à possessore, quisquis ille sit, restitui creditori, nisi malit oblato omni eo quod creditori debetur hypothecariam summouere : possessore autem arbitrio non parente tum demùm sequitur condemnatio *d.§.in vindic.* Non igitur ad rem restituendam, quandoquidem de re restituenda iam arbitrium redditum diximus,sed ad inferendam litis æstimationem, id est, vt quanti creditoris interest, tanti possessor condemnetur. Quamuis vt in superioribus di-
5 ximus,aliter ea litis † æstimatio fieri debeat, cum agitur aduersus debitorem,aliter cùm aduersus tertium possessorem. Nam si aduersus debitorem, non pluris interesse creditoris solet quàm quanti illud est quod debetur : sin aduersus tertium possessorem,fieri facilè potest vt pluris interfit creditoris, toties scilicet quoties pluris est pignus quàm quod debetur *l.si inter 11.§.vltim. D.de pignor.* In eo igitur similis † est hypothecaria directæ vin-
6 dicationi dominij : quòd ex neutra sequi potest condemnatio nisi præcedente arbitrio : arbitrium autem de re restituenda non ex vllius præcedentis obligationis aut actionis iure proficiscitur,sed ex officio iudicis, qui posteaquam pronunciauit rem esse petitoris aut obligatam petitori, non aliter boni viri officium implere & exequi potest, quàm si iubeat eam rem actori restitui. Quo enim iure patiatur eam à possessore retineri inuito actore qui in ea ius habeat vel dominij vel pignoris. Eámque arbitrariarum omnium actionum naturam & conditionem esse Iustinianos disertè scribit in *d. §. praterea. Instit de action.* De cuius sententia sequenti capite dicemus. Duplex † tamen inter hypothecariam & do-
7 minij vindicationem differentia est. Vna in eo quòd posteaquàm cognitum & pronuntiatum est,rem esse petitoris, iubetur possessor eam rem præcisè reddere, id est, ita vt nihil aliud habeat quod præstare possit ad hoc vt arbitrio paruisse videatur. In hypothecaria verò non magis præcisè iuberi potest is qui pignus possideat vt id restituat, quàm vt pecuniam debitam soluat, sed sub ea conditione, nisi pignus luere malit & quicquid debetur creditori offerre : habet enim hypothecaria actio perpetuas suas conditiones & exceptiones (nihil enim aliud est exceptio quàm conditio,*lege exceptio D. de exceptio.*) si soluatur aut aliter satisfiat, quibus demum cessantibus tenet *l. grege 15. §. etiam, Digest. de pignor.* Vindicatio autem dominij conditiones nullas habet, quia non est cogendus dominus rem suam iusto prerio vendere, sed omnimodo habere eam debet.Et ex hac differentia nascitur illa † etiam,quòd in dominij vindicatione si arbitrio non pareatur, non alia sequi potest condemnatio quàm quanti petitor in litem iurauerit. Nam cùm nulla omnino præcedat obligatio cuius potestate condemnari præcisè possit is qui possidet vt rem restituat ad quod nec possit adigi sine vi & impressione quam ciuilis legislator numquam admittit, necesse est pecuniariam ferri condemnationem ob contumaciam possessoris parêre nolentis quasi ea cõtumacia pro obligatione sit ad inducendam condemnationem. Absurdum enim esset, ob id quòd reus arbitrio non paruerit condemnari eum posteà vt pareat : neque maior caussa subest irrogandæ necessitatis parendi post contumaciam quàm antè fuerit. Porrò pecuniaria condemnatio ferri non potest,quin aut ex rei veritate,aut ex adfectione res petita æstimetur.Ex rei veritate communique hominum existimatione pretiũ statui iniquum esset, quoniam ita fieret vt ex dolo possessoris rem suam iusto pretio vendere dominus cogeretur. Consequens igitur est vt ex petitoris adfectione rem æstimari oporteat, id est, per iusiurandum in litem. At in hypothecaria satisfit abundè petitori, si præstetur ei quanti eius reuera interest,quia non rem suam persequitur,sed alienam, nec aliam agendi caussam habet nisi vt consequatur quantum sibi debetur,aut quantum præterea debitori actione pignoratitia restituere tenebitur si rem habeat cum tertio possessore. Tanti igitur litem æstimare iudex debebis,non quanti actor in litem iurauerit,sed quanti actor sua interesse probauerit, *d. l.inter 11.§.vltim. De pignor.*
9 Quod cùm ita sit, non igitur ipsa † pignoris restitutio aut in petitionem, aut in condemnationem deducenda est, vt interpretes & pragmatici existimant, sed ius pignoris in actione instituenda proponendum & vindicandum est vt pronuntietur rem esse pignori obligatam: sententia verò sic concipienda vt possessor siue tertius ille sit, siue debitor ipse ad præstandam litis æstimationem condemnetur,id est,ad id omne quod re vera interest creditoris, siue pluris interfit quàm debeatur, siue non pluris. Vtique enim minoris interesse nũquam potest. Apparet autem ex superioribus quantum etiam
10 discreper à iuris ratione † noua illa hypothecariæ instituendæ ratio quæ à pragmaticis nostris frequentissimo vsu inducta receptaque est. Solent enim hypothecarij creditores oblato libello rectà petere vt sibi liceat res quas pignori obligatas dicunt distrahere, pretiúmque quod ex distractione redigi poterit ad eam vsque quantitatem retinere quæ debetur tam accessionũ,quàm sortis nomine. Nam præter id quod inciuile est, & contra iuris regulas vt ab executione incipiatur,fieri nullo modo potest vt pignoris distractionem pati possessor debeat priusquàm lis æstimata sit,nec rursus vt lis æstimetur ante condemnationem,nec denique vt condemnatio sequatur quin arbitrium præcedat : quod ipsum porrò vt possit præcedere,necesse est priùs pronuntiari rem de qua agitur pignoris vinculo teneri. Nec sanè alius instituendæ hypothecariæ ritus probari potest,nisi fortè pragmaticorum errori tantum autoritatis tribuamus, vt facere potuerit,ne hypothecaria actio amplius sit arbitraria qualis olim fuit, eritque quandiu prudentum responsis,iurisque rationi sua fides & autoritas constabit.

ERROR IV.

De arbitrariis actionibus.

SVMMARIA.

1 *Error interpretum & pragmaticorum de duplici sententia definitiua, quam ferre volunt in actionibus arbitrariis.*

2 *In*

2 *In actionibus arbitrariis qualis pronuntiatio iudicis præcedere debeat.*

3 *Pronuntiationem iudicis arbitrium sequi debet, quo reus iubeatur restituere actori rem quæ eius est, aut ei obligata est.*

4 *Si arbitrio non pareatur tum demum sequi debet condemnatio rei, quanti actor sua interesse probauerit.*

5 *Sententia dici non potest, nisi quæ vel absolutionem, vel condemnationem continet.*

6 *In actionibus arbitrariis eo tantùm casu sequi potest condemnatio, quo parere arbitrio reus noluerit: & num.* 8.

7 *ICti pronuntiationem quæ procedit de dominio, aut iure pignoris, non sententiam, sed adiudicationem appellant.*

9 *Arbitrium iudicis de re restituenda pro sententia definitiua perperam accipi ab interpretibus.*

10 *Error eorum reprehensus qui arbitrarias actiones inde dictas putant, quod in illis nonnisi arbitrio iudicis condemnatio infligatur.*

1 IN arbitrariis † actionibus definiendis perpetuus grauissimúsque interpretum nostrorum & pragmaticorum error est, quòd existimant duas in iis ferri sententias, vnam per quam reus rem petitam restituere aut quid aliud facere iubeatur, alteram per quam ob non factum id quod facere debuit in ampliorem quantitatem condemnetur. Vtramque verò sententiam definitiuam esse volunt, sed eam præsertim quæ prior redditur, adeò vt posteriorem sic accipiant, quasi in iudicati executione reddita videatur. Quod si ita est, non duas tantùm sed semper tres sententias in actionibus arbitrariis ferri debere dicendum erit. Primùm enim necesse est ante omnia † iudicem pronuntiare rem de qua agitur esse peti-
2 toris, vt in vindicatione, aut petitori obligatam vt in hypothecaria, aut per vim vel dolum extortam, vt in actionibus *De eo quod met. causs.* aut *de dolo*, & similiter in cæteris, quæ pronuntiatio in vindicatione & hypothecaria, dominij & hypothecæ adiudicatio dicitur §. 1. *Inst. de offic. iud. l. si fundus* 16. §. *creditor. D. de pign.* Ea verò pronuntiatione † facta sequi debet arbitrium iu-
3 dicis vt eam rem quæ petitoris est aut petitori obligata reus restituere iubeatur, secundùm eam tamen distinctionem quæ à nobis superiore capite tradita est vindicationis & hypothecariæ actionis *d.* §. 1. *de officio iudic.*
4 Si arbitrio † non pareatur, tum demum sequitur condemnatio, tantique reus condemnatur quanti actor sua interesse probauerit, vt in hypothecaria & actione *de dolo*, aut in litem iurauerit vt in vindicatione, aut in quadruplum, vt in actione. *Quod met. causs.* aut in aliam pœnam pro actionis propositæ conditione & qualitate. Tres igitur sententias in huiusmodi actionibus ferri dicendum esset si quælibet vox & interlocutio iudicis pro sententia acciperetur. Sed non ita est. Neque enim
5 sententia † dici potest nisi quæ vel absolutionem continet, vel condemnationem. Atqui non ex eo solo quod pronuntiatum est rem esse petitoris, aut obligatam petitori, condemnatus reus dicitur, imò quod magis est, ne condemnandus quidem, quia si postmodum eam rem restituere iussus pareat arbitrio & præcepto iudicis absolui debet non secus ac si pronuntiatum esset contra
6 petitorem. Denique non nisi vno † illo casu sequi potest condemnatio quo parere arbitrio reus noluerit, & sine causa recusauerit vel distulerit, vt Iustinianus & operosè & eleganter declarat in §. *præterea. Instit. de action.* post Vlpianum in *l. si item cum* 14. §. *hac autem actio. D. quod met. causs.* Indéque nimirum fit vt quamuis iudex posteaquàm semel sententiam dixit, officio functus intelligatur, nec amplius quicquam pronuntiare possit, *L. iudex postea quam* 55. *D. de re iudic.* non eo minùs tamen iudex maneat, quod rem controuersam petitoris esse aut petitori obligatam pronuntiauerit, adéoque actori restitui iusserit, quòd vtique non obtineret si aut hæc, aut illa interlocutio sententiæ præsertim diffinitiuæ, vt interpretes putant, iure censeretur. Qua de causa numquam videas Iureconsultos † tam impro- 7
priè & abusiuè loqui vt eam pronuntiationem quæ præcedit de dominio aut iure pignoris sententiam appellent, sed adiudicationem dicunt rei aut hypothecæ, *dict.* §. *creditori.* Sicut & præceptum illud iussúmque quod sequi solet de re restituenda, non sententiam, sed arbitrium semper vocant, cui si non pareatur † tum de- 8
mum sequi volunt condemnationem *d.* §. *hæc autẽ actio*, qui locus in hanc rem omnium apertissimus & elegantissimus est, *lege arbitrio* 18. *in princ. & §.* 1. *D. de dolo l. qui restituere* 68. *D. de rei vindic.* vbi scriptum est non solùm postquàm alienæ rei possessor rem restituere iussus est, sed etiam post ablatam ab eo possessionem & in actorem translatam manu militari, debere nihilominus sequi condemnationem, fructuum totiúsque causæ nomine: fructuum, inquam, lite pendente perceptorum. De iis enim necessariò intelligi is locus debet, vt docuimus *lib.* 16. *Coniect. cap.* 17. Quis autem, inquam, dixit post latam de principali negotio sententiam superesse iudici facultatem pronuntiandi rursum de fructibus? Sanè iuris ratio repugnat *leg. terminato* 3. *cum seq. C. de fructib. & lit. expens.* Atqui si verum esset quod interpretes somniant arbitrium † iudicis de re restituenda pro 9
sententia diffinitiua accipi oportere, sequeretur non solùm post diffinitiuam sententiam, verùm etiam, quod esset multò absurdius post sententiæ diffinitiuæ executionem quæ per manum militarem facta esset, nouæ condemnationis ferendæ ius superesse. Quid enim aliud est ablatio illa & possessionis translatio per manum militarem, de qua in *d. l. qui restituere*, nisi executio arbitrij de re restituenda? quod & Accursius faretur. Et certè dici non potest quo iure aut qua ratione in arbitrariis actionibus possit ferri sententia, quin priùs arbitrium reddi necesse sit, quandoquidem iis casibus in quibus arbitraria actio competit nulla obligatio est quæ præcedat, quam tamen præcedere necesse est vt quis condemnetur. Qui enim rem alienam aut alteri obligatam possidet, is neque ex contractu vel quasi obligatus est, neque ex delicto vel quasi, ne tum quidem cùm pronuntiatum est rem esse petitoris, aut obligatam petitori quoniam ea pronuntiatio rem ipsam afficit non personam possidentis, de quo aut in quem nihil pronuntiatur. Quid ergo? Facit duntaxat ea pronuntiatio vt arbitrium induci possit. Nam cùm bonus iudex boni viri officio partibúsque fungi debeat: quid aliud, obsecro, facere potest vbi cognouit & pronuntiauit rem ad petitorem pertinere, quàm vt eam restitui iubeat? Idem enim & alius quisque vir bonus arbitraretur; quòd nemini liceat alienam rem nullo iure retinere præsertim domino inuito. Posteà verò quàm iussus reus rem restituere non vult parere, tum verò incipit contumax fieri, eaque contumacia iustam causam præbet condemnationi. Itaque arbitrium illud iudicis post rei adiudicationem loco iustæ obligationis est ad inducendam condemnationem, quæ alioqui proculdubio induci nulla posset. Ridiculè igitur interpretes & pragmatici arbitrium illud pro condemnatione habent, cùm dicere nequeant quo iure aduersus non obligatam ea sequi possit condemnatio. Nec subtiliores ij qui arbitrarias † actiones ex 10
eo arbitrarias dictas volunt, quòd in illis non nisi arbitrio iudicis condemnatio infligatur. Nam imò verò quoquot sunt arbitrariæ actiones, propriam certamque habent necessitatis condemnationis irrogandæ rationem quæ non patiatur vt liceat iudici aliam pœnam, quàm quæ legibus constituta est irrogare. Exemplum esto in directa rei vindicatione. Nam si reus rem restituere iussus non pareat, nihil aliud hodie facere iudex potest, nisi

vt vel manu militari possessionem rei adiudicatæ auferat possessori, transferatque in petitorem, si reus possideat, vel si dolo desierit possidere, condemnet eum quanti actor sine vlla exceptione iurauerit. Ea namque condemnationis forma expressim disertéque præscripta est in *dict. l. qui restituere*. In actione hypothecaria si neque rei obligatæ possessio tradatur, neque pecunia debita soluatur, nihil aliud facere iudex olim potuit, nisi vt possessorem condemnaret ad præstandam litis æstimationem, id est, quanti creditoris interesset, *l. si inter 21. §. vlt. D. de pignor.* Hodie iusiurandum in litem necessariò deferendum erit in eo casu quem Tribonianus sub Marciani nomine expressit in *dict. l. si fundus 16. §. in vendicat. eod.* In actione quod metus caussa non poterat olim condemnatio alia esse quàm quadrupli, in actione de dolo eius quod actoris interesset, *dicta l. item si cum 14. §. quatenus & passim. De eo quod metus caus. dicta leg. arbitrio, in princip. De dolo.* Hodie in vtraque iurabitur in litem post corruptum à Triboniano Pauli responsum in *dicta l. arbitrio*, §. 1. Denique nullum in arbitrariis actionibus arbitrium iudicis versatur quod ad infligendam condemnationem: sed tantùm ad litem in eum statum deducendam, vt si non parebitur sequi possit condemnatio. Sed neque arbitrium illud quod præcedere debet condemnationem, sic accipiendum est, quasi possit iudex pro arbitrio hoc aut illud iubere, sed ita potiùs vt omnimodo cogatur iudex arbitrari, rem restitui debere, quoniam & alius vir bonus quilibet sic arbitraretur. Fuit autem hic error non modò interpretum imperitiorum, sed etiam Triboniani, ni fallor in *l. videamus 4. §. iurare D. de in lit. iurand.* vt probauimus *dicto cap. 17. lib. 6. Coniect.* Ex quo loco & alia pleráque peti volumus quæ hìc tractari commodè possent. Sed ista dixisse sufficiat vt arbitrariarum actionum ius & natura intelligatur.

ERROR V.

De actionibus arbitrariis hodie sublatis.

SVMMARIA.

1 *Actiones quæ olim arbitrariæ dictæ, cur hodie nullo modo arbitrariæ dici queant, & num. 9.*
2 *Quàm à iuris ratione sit alienum quod scribit Tribonianus sub Vlpiani nomine, in l. qui restituere. 63. D. de rei vindic. de possessione per manum militarem auferenda.*
3 *Iusiurandum in litem cur inductum.*
4 *Triboniani insciția, & incogitantia, n. 6. 7.*
5 *Est contra iuris rationem vt in interdictis iuretur in litem.*
8 *Tribonianus corrupit omnes ferè iuris antiqui locos qui de in litem iurando tractabant.*

NEmo ante nos dixit quod aduersus interpretum, & pragmaticorum omnium errorem nos probandum nunc suscipimus, arbitrarias actiones hodie omnes sublatas esse: non eo quidem sensu quasi vindicatio hypothecaria, actiones, Quod metus caussa, De dolo, & ad exhibendum, aliæque huiusmodi arbitrariæ in vsu ampliùs
1 non sint, sed vt † quæ olim arbitrariæ fuerunt, dici hodie arbitrariæ nullomodo possint. Moueor ex eo quòd actiones istas arbitrarias iuris nostri autores non ex alio æstimabant quàm ex arbitrio illo iudicis quod præcedere necesse erat vt sequi posset condemnatio: propterea quòd arbitrium illud esset vice & loco iustæ obligationis, quam condemnationis cuiuslibet matrem esse non malè quis dixerit. Condemnationi enim caussam præbebat contumacia possessoris rem restituere & arbitrio parére nolentis. Atqui hodie nulla in huiusmodi actionibus fertur condemnatio. Extat enim Triboniani, & quod idem est, Iustiniani sententia sub Vlpiani nomine prodita in *l. qui restituere 63. D. de rei vendic.* Si is qui restituere iussus est non pareat iudici, manu militari auferendam ab eo possessionem, & in petitorem transferendam, nimirum cùm eam reus possidet, eique restituendæ habet facultatem. Proinde cùm non possit hodie reus non parére arbitrio iudicis rem restitui iubentis, quandoquidem manu militari executio fit, consequens est vt irrogandæ condemnationi locus nullus relinquatur, quam illud vnum posset inducere si non arbitrio paretetur. Et verò postquàm petitori res sua restituta est, siue manu militari, siue aliter executio facta sit, quęnam, obsecro, superesse potest ferenda condemnatio? Nisi fortè fructuum nomine, vt additum est in *d. l. qui restituere.* Ex eóque nimirum apparet quàm sit † alienum à iuris ratione, & consequenter Triboniano potiùs quàm Vlpiano adscribendum quod scriptum est in *d. l. qui restituere*, de possessione per manum militarem auferenda. Quid enim absurdius quàm executionem fieri, adeóque manu militari, priùs quàm perueniatur ad condemnationem? Aut quid inciuilius, quàm manum militarem adhibere, non dicam in executione iudicari quàm per apparitores, & magistratuum ministros fieri honestius & melius semper habitum est, sed in eum qui nondum iudicatus sit? Præsertim cùm aduersus eum alia ratione non modò ciuiliore, sed etiam actori commodiore peragi iudicium possit, ordine iuris non turbato. Seruata scilicet ea forma quam vetus iurisprudentia induxerat, vt si arbitrio parére reus nollet, condemnaretur quanti actor in litem iurasset. Nam si nec Tribonianus ipse negat, actori permittendum esse vt in litem iuret, & quidem sine taxatione quoties reus dolo desiit possidere, quia eo casu cùm non habeat rei restituendæ facultatem frustra petitor manum implorat militarem. Quidni etiam iurabitur in litem aduersus possessorem qui inuito domino rem alienam retinere velit? An dignus est cum quo mitiùs agatur qui rei quam possidet restitutionem dolo malo recusat, quàm qui dolo malo desiit possidere? An verò durius plectitur is à quo per manum militarem res auferetur, quàm qui in tantam quantitatem damnatur quanti actor sine vlla taxatione iurauerit? Imò multò mitius, & consequenter durior fit conditio actoris si iusiurandũ in litem sibi deferri quàm rem suam sibi restitui malit. Et verò si ista iuris veteris ratio tulisset vt aduersus iniustum alienæ rei possessorem executio per manum militarem fieri, ab eóque possessio in actorem transferri debuisset, nulla fuisset necessitas inducendæ delationis iurisiurandi, nisi vno illo casu quem Tribonianus intactum reliquit, si possessor eam rem alienam dolo malo possidere desiisset, *dict. l. qui restituere.* Constat enim nunquam nisi ex iuris necessitate in litem iurari: *l. vltim. D. de in lit. iurand.* Necessitas porrò nulla est cùm manu militari domino, qui in vindicatione obtinuit succurri potest vt rei suæ possessionem nanciscatur. Atqui certum est vel hanc vnam maximè ob caussam inductum fuisse à prudentibus iusiurandum † in litem, ne cui liceret alienam rem inuito 5
domino retinere, *l. si filiofamilias 25. §. 1. D. solut. matrimon.* ac proinde eo potissimùm casu quo rei possessio penes reum esset, non quo is dolo malò possidere desiisset. Quamquam enim eum quoque qui dolo malo possidere desiit pro possessore habemus, quia dolus pro possessione est, præsertim si verus possessor ignoretur, nemo tamen dixerit rem alienam retineri ab eo qui dolo malo desiit illam possidere. Retentio enim nulla esse potest, nisi vbi realis veraque, non ficta possessio est. In eo igitur elucebat vis & potestas actionis arbitrariæ: quòd si post adiudicationem dominij vel hypothecæ possessor rem restituere iussus non pareat,

condem

condemnatio ſequebatur quanti actor in litem iuraſſet: nulla alia parendi neceſſitate iniuncta niſi metu futuræ eiuſmodi condemnationis, ad quam vſque liberum erat reo parére & effugere condemnationem. *l. item ſi cum 14. §. hæc autem actio. D. de eo quod met. cauſſ.* De manu militari adhibenda numquam prudentes tractabant ne quidem in exequendo iudicato, ac multò minùs contra non condemnatum. Eſt enim id ſanè alienum à publica honeſtate legúmque autoritate, *l. 1. §. 2. D. ſi ventr. nomin. mul. in poſſeſſ. miſſ. l. 1. Cod. de offic. milit. indic.* Triboniani † verò inſcitiam illud apertiùs detegit quòd in cæteris omnibus tã in perſonã quàm in rẽ actionibus ex quibus quid nõ reſtituitur arbitrio iudicis idõ omnino iuris conſtitutum voluit quod in *vindicationem dict. lege qui reſtituere.* Sic enim in fine legis ſcribit. *Hæc ſententia generalis eſt, & ad omnia ſiue interdicta, ſiue actiones in rem, ſiue in perſonam ſint, ex quibus arbitratu iudicis qui reſtituitur locum habet.* Et tamen defendi ex iuris † ratione nullomodo poteſt iurari in litem in interdictis, in quibus ſcilicet nõ de dominio agitur, ſed de ſola poſſeſſione, ſicut in actionibus *De eo quod met. cauſ.* & *De dolo*, quæ arbitrariæ ſunt: vt in ſequentibus dicemus. Sed & idem Tribonianus † in *l. ſi fundus 16. §. in vindicatione. De pignor.* (nam & locus ille totus Triboniani eſt, aut ſaltem à Triboniano corruptus, vt probauimus *ſup. cap. 1.*) ſui erroris immemor admittit, ſi poſſeſſor hypothecaria conuentus cùm poſſideat nolit reſtituere condemnari eum debere, nec de auocanda transferendáque per manum militarem ab eo poſſeſſione, verbum vllum. At neque de iureiurando in litem niſi vno illo caſu quo poſſeſſor non ſolùm dolo malo deſiit poſſidere, ſed etiam quod eſt abſurdius, ſumma ope niſus reſtituere, tamen non potuit: in quo euidenter deteriorem facit conditionem eius qui poſt amiſſam dolo malo poſſeſſionem, fecit quantum in ſe fuit vt eam recuperaret ac reſtitueret, quàm illius qui poſſeſſionem nunquam amiſit, eamque etiamnum retinet non ſolùm poſt hypothecæ adiudicationem, ſed etiam poſt arbitrium latum de ea poſſeſſione reſtituenda. Cùm ex cõtrario in omni parte iuris dolus poſſidentis & eius qui reſtituendæ rei habeat facultatem longè magis coercendus ſit. Nam nec aduerſus eum qui dolo malo poſſidere deſiit aliam ob cauſſam iurari ſolet quàm quia is pro poſſeſſore habeatur. Sed & in eo ſe ſui † immemorem præſtat Tribonianus, quod cùm in directa dominij vindicatione tanti condemnari reum velit qui dolo deſiit poſſidere, quanti actor ſine vlla taxatione in litem iurauerit, *dict. lege qui reſtituere.* Idem tamen Tribonianus alio in loco, is eſt in *lege arbitrio 18. D. de dolo*, vult in actionibus *De dolo* & *Quod metus cauſſa* iurari quidem in litem poſſe, ſed ita tamen vt non niſi ad certam vſque quantitatem à iudice taxandam. Ita fit vt peruerſa iuris ratione corruptiſque † omnibus ferè iuris antiqui locis qui de in litem iurando tractabant, vix hodie certi quicquam in toto hoc tractatu habeamus: quod & ex aliis quæ ſubiiciemus clariùs intelligetur. Illud nunc concludimus, ſi vindicationis & arbitrariarum † actionum omnium idem ius eſt, vt manu militari cogatur reus arbitrio parere, nec vlla ſequi debeat poſſitve condemnatio niſi fructuum nomine & acceſſionum, arbitrarias actiones hodie nullas eſſe: quia licèt arbitrium illud ſublatum non ſit, tamen non tam ex eo arbitrio æſtimantur & arbitratiæ appellantur, quàm quòd ſi arbitrio non pareatur, infligenda ſit condemnatio §. *præterea. Inſtit. de action* niſi quis dicat arbitrium illud hodie conuerſum eſſe transfuſúmque in condemnationem: Quod ſi ita eſt multò minùs igitur arbitrariæ dici poterunt ſublato arbitrij non ſolùm nomine, ſed etiam iure. Sic enim comparatæ ſunt vt in ijs non minùs neceſſe ſit arbitrium præcedere quàm ſequi condemnationem: neque fieri vllomodo poteſt vt eadem vox & pronunciatio iudicis & arbitrij, & condemnationis iure ceuſeatur, quando nec arbitrium neceſſarium eſt niſi ad inducendam condemnationem, nec condemnatio irroganda niſi ad coercendam eius contumaciam qui arbitrio parere cùm poſſet & deberet, ſine cauſſa recuſauit. De ceteris actionibus arbitrariis iam videamus.

ERROR VI.

De in litem iurando in actionibus De dolo & Quod metus cauſſa.

SVMMARIA.

1 *Iuſiurandum in litem qua de cauſa inductum.*
2 *Iurari in actione de dolo & de eo quod metus cauſſa non oportet.*
3 *In actionibus de dolo & de eo quod metus cauſſa qua condemnatio fieri debeat, ex edicto prætoris & nu. 7.*
4 *Conuenientia & differentia inter actionem de dolo, & actionem de eo quod metus cauſſa.*
5 *Nulla actio eſt prætoria, in qua iuretur in litem, excepta Publiciana.*
6 *Iuſiurandum in litem eſt auxilium iuris ciuilis ex neceſſitate comparatum aduerſus eos quorum dolus non aliter, aut melius vindicari poteſt.*
8 *Quomodo quadruplis pœnam irrogari ei qui vim aut metum intulit velint veteres gloſſatores, quos ſecutus eſt Cuiacius: & ſententia qua Cuiacio placuit refutatio. num. 9.*
10 *Error Bartoli & ſequacium qui putant in actoris electione eſſe debere an aduerſus eum qui vim aut metum intulit iurare in litem velit, an quadruplis pœnam perſequi.*

SI verum eſt quod quoties inculcauimus, iuſiurandum † in litem non alia de cauſſa deferri poſſe quàm ne quis inuitus & aduerſarij dolo cogatur re ſua carere, eamque iuſto pretio vendere, *l. ſi filiofamilias 2. §. 1. D. ſolut. matr. l. non enim. 9. D. rer. amot. l. tutor 8. D. de in lit. iurand.* niſi cùm facti neceſſitas eò adigit iudicem vel inuitum vt iuſiurandum deferre cogatur, quod euenit quoties ſine delatione iuriſiurandi æſtimare nõ poteſt rẽ, quæ nõ extat *l. in actionibus §. plane. D. eod.* facilè percipere & inferri quiuis poteſt, iurari † ergo in actionibus *De dolo*, & de eo *quod metus cauſſa* non oportere. Neque enim dubium eſt quin ex venditione aut alia qualibet alienatione per vim aut metum, aut dolũ exorta dominium transferatur, nec priùs vindicatio competat veteri domino quàm reſcilla ſit alienatio ex edicto *l. metum 9. §. licèt. & §. volenti Digeſt. de eo quod met. cauſſ. l. ſi dolo 5. C. de reſcind. vendit.* Proinde cùm is qui agit ex edicto *Quod met. cauſ.* aut *de dolo* non tam rem ſuam petat quàm alienam, nec neceſſitas vlla ſit propter quam iurari in litem oporteat, apparet nullum ex iuris ratione aut æquitate in his actionibus iuriiurando locum eſſe. Habet enim edictum prætoris ſuas certaſque pœnas & condemnationes in vtraque † actione conſtitutas, ſcilicet vt qui vim vel metum intulit condemnetur in quadruplum *l. item ſi cùm 14. §. 1. D. quod met. cauſſ.* qui verò dolum in omne id quod re vera intereſt actoris *l. arbitrio 18. in princip. & paſſ. D. de dolo.* Nec quod ad iuſiurandum in litem pertinet, differentia vlla eſſe poteſt inter hanc & illam actionem. Vtraque † enim actio arbitraria eſt. Vtraque in perſonam, tametſi actio quod metus cauſſa in rem ſcripta ſit, actio de dolo non item. Itaque cùm tot & tam multi in toto iure noſtro ſint loci qui de actionibus tractant, nullibi tamen reperias iuriſiurandi mentionem fieri, præterquàm

præterquàm in *dict. lege arbitrio* 18. §. 1. cùm tamen vel id maximè exprimi debuiſſet, adeoque verbis ipſis edicti ſi verè & ex iuris ratione dici potuiſſet, Neque ſanè videre poſſum quomodo ea actio quæ ex prætoris edicto comparata eſt, alias pœnas & condemnationes capere poſſit, quàm quæ edicto ipſo ſunt conſtitutæ: Neque
5 rurſum memini actionem † vllam eſſe prætoriam in qua iuretur in litem, ſiue in rem ſit, ſiue in perſonam, excepta fortaſſis publiciana, quoniam illa ad exemplum vindicationis datur, & eo colore quaſi actor dominium nactus ſit & iam vſucapionem compleuerit, quam tamen re vera nondum compleuit: Vnde illud fit vt eadem omnia in Publiciana actione obtineant, quæ obtinent in directa rei vindicatione, quia ad proprietatem reſpicit non ad poſſeſſionem, *lege ſed etſi res 7. alias, lege cum qui §. publiciana actio. & §. in publiciana D. de publician. in rem action.* Et verò dubitari, meo iudicio, non poteſt,
6 quin iuſiurandum † in litem auxilium ſit iuris ciuilis ex neceſſitate comparatum aduerſus eos quorum dolus non aliter aut melius vindicari poſſe videbatur: Cuius auxilij nulla porrò neceſſitas ex iis caſibus quibus ex iuriſdictione prætoris alia ratione & tutiùs & commodiùs prouideri poſſe viſum eſt. An non enim ſatis plectitur is qui propter vim illatam aut metum ſi arbitrio iudicis rem reſtitui iubentis non pareat, in quadruplum
7 † condemnatur? Humaniter ſanè & clementer cum eo prætor agit, qui liberum illi eſſe vult vt ad ſententiam vſque poſſit pœnam euitare ſi arbitrio parere, rémque cum omni cauſſa reſtituere malit *d. l. ſi cum* §. 1. Sed ſi pergat eſſe cõtumax in non reſtituendo, grauiſſima pœna eſt quadrupli, qua nec grauior vlla alia eſt in toto iure ſiue ciuili ſiue prætorio. §. *omnes autem. Inſtitut. de*
8 *action.* Scio fuiſſe † ex veteribus gloſſatoribus qui putarunt ſententiam edicti *Quod metus cauſſa*, hanc eſſe vt quadrupli quidé pœna irrogetur ei qui vim aut metum intulit ſi arbitrio parére noſit, ſed ita tamen vt ſimplum illud quod quadruplandum eſt, & ex cuius comparatione quadrupli rationem poni oportet, per actoris iuſiurandum in litem æſtimetur. Quam interpretationem ex recentioribus quoque vir doctiſſimus Iacobus cuiacius, cùm meliùs nihil haberet quod diceret in ſuis ad eum titulum commentariis ſecutus eſt. Sed diſplicuit
9 † ea interpretatio *Accurſio, Bartolo* cæteriſq; melioris notæ interpretibus, nec immeritò: cùm neq; in edicto, neq; in edicti interpretatione mentio vlla facta ſit huiuſmodi iuriſiurandi Imò ex contrario ſcriptum eſt in *dict. leg. item ſi cùm.* §. *quadruplatur*, quadruplari quanti res eſt cum fructibus & omni cauſſa, id eſt omne id quod ex arbitrio iudicis reſtitui oportuit. Non igitur quanti actor in litem iurauerit, ſed quanti re vera ipſius interfuerit. Nam præter id quod ſunt iſta non modo diuerſa, ſed etiam pugnantia, condemnari reum quanti actoris interſit, & condemnari quanti actor in litem iurauerit, *l. qui reſtituere 63. D. de rei vendicat. dict. lege, tutor 8. de in lit. iurand. leg. ſemper 15. §. hoc interdicto. D. quod vi aut clam.* Nemo vnquam dixit, in hac actione *quod metus cauſſa* iudicis arbitrio contineri debere, vt qui conuenitur iubeatur reſtituere quanti actor ſua intereſſe in litem iurauerit. Solet enim iuſiurandum in litem ex eo potiſſimùm induci, quòd arbitrio iudicis non pareatur. Atqui idipſum quadruplandum eſt, quod ex arbitrio reſtitui debuit. Ergo neque in ſimplo, neque in quadruplo conſtituendo iurari in litem poteſt, præſertim cùm fructuum quoque & totius cauſſæ æſtimatio quadrupletur, quo nomine iuſiurandum deferri prorſus inauditum
10 eſt. Neq; tamen felicior † *Bartolus*, & qui Bartolum ſecuti ſunt interpretes cæteri, exiſtimantes in actoris electione eſſe debere an aduerſus eum qui vim aut metum intulit iurare in litem velit, an quadrupli pœnam potiùs perſequi. Nam cùm actio *quod metus cauſſa* tota ſit prætoria, nec niſi ex edicto competat, quî fieri obſecro poteſt, vt aduerſus edicti formam detur? Aut quis vnquàm audiit iurari vllo caſu in litem poſſe, cum actori abundè commodeque conſuli aliter poteſt? Aut denique cur non liberabitur is qui vim fecit, aut metum ſi eam pœnam præſtare paratus ſit, quæ edicto conſtituta eſt, id eſt quadruplum? Idem ferè in actione *de dolo* tractari poteſt. Nam vt iam diximus ex edicto quoque *De dolo* certa pœna conſtituta eſt aduerſus dolоſum non parentem arbitrio iudicis rem reſtitui iubentis. Nimirum vt quanti ea res eſt, id eſt quanti actoris re vera intereſt, condemnetur: *dict. lege arbitrio. in princip.* Idque adeò verum eſt vt ſi quando talis caſus contingat in quo non poſſit arbitrio locus eſſe, vt puta ſi certum ſit rem reſtitui ampliùs non poſſe, forte quòd extare deſierit, recta peruenire poſſit ad eam condemnationem *d. l. arbitrio. §. non tamen.* Ex quibus apparet † non poſſe Iure-
11 conſulto tribui quod in *d. l. arbitrio* ſcriptum eſt in hæc verba, *Ideo autem hic & in metus cauſſa actione certa quantitas non adijcitur, vt poſſit per contumaciam ſuam tanti reus condemnari, quanti actor in litem iurauerit, ſed officio iudicis debet in vtraque actione taxatione iuſiurandum refrenari.* Nihil enim dici potuit aut falſius aut ineptius: Cùm in actione quod metus cauſſa quantitas certa adiecta ſit, quadrupli ſcilicet vt probauimus, quæ proinde nullum delationi iuriſiurandi locum relinquit. In actione autem de dolo etſi certa quantitas adiecta non eſt, non tamen idcò id fit vt liberum ſit iudici deferre iuſiurandum, ſed quia eius quod re vera intereſt quantitas ſemper eſt incerta, quandoquidem quatenus cuiuſque intereſt, in facto non in iure conſiſtit. *l. quatenus 24. de regul. iur.* Neque enim æquum viſum eſt tam grauiter puniri eum qui nihil niſi dolum admiſit, quàm eum qui vim quoque aut metum intulit: cùm vis non poſſit eſſe ſine dolo, & ſit pluſquàm dolus, *l. 1. D. quod met. cauſſ.* Eſt igitur Triboniani tota illa clauſula, quæ huic tam craſſo errori cauſſam ſola dedit. Eſt enim metum Triboniani inuentum & commentum illud vt in actionibus omnibus arbitratiis ſiue in rem ſiue in perſonam ſint, iuretur in litem, *l. qui reſtituere 63. D. de rei vindicat.* quod à nobis iam ſatis ſuperque in ſuperioribus comprobatum eſt. Sed in eo tamen ſui immemor Tribonianus fuit, quod in *d. l. arbitrio* ſcripſit in vtraque actione De eo quod metus cauſſa, & de dolo refrænandũ eſſe, vt ille loquitur, iuſiurandum taxatione officio iudicis. Nam in *d. l. qui reſtituere.* idem Tribonianus magis probat vt tanti reus condemnetur quanti actor in litem ſine vlla taxatione iurauerit. Quamuis lex illa ſit de directa rei vendicatione, ſequitur tamen in eadem lege, ſententiam illius legis generalem eſſe ad omnes actiones, ſiue in rem, ſiue in perſonam ſint, ex quibus non reſtituitur id quod arbitrio iudicis reſtitui videtur. Itaque vel falſum eſt quod ait ea lex, vel quod Tribonianus in *dict. l. arbitrio* iuſiurandum in actionibus *De dolo* & *Quod metus cauſſa* officio iudicis refrenandum eſſet per taxationem. Nec ſanè verum puto taxationem iuriſiurandi vllo caſu fieri à iudice debere, preterquàm in ſpecie, *l. ſi quando 9. Cod. vnde vi*, vt in ſequentibus dicemus. Atqui, inquies, Triboniani errores hi omnes ſunt quos tota hac Decade & ſuperiore refutauimus, non interpretum aut pragmaticorum. Ego verò Tribonianum † pro inter-
12 prete habeo & quidem ſatis malo & imperito, non pro iuris autore: Neque tamen interpretes alios excuſo, qui ſi omnia, vt par erat, ex iuris ratione æſtimare didiciſſent, facillimè, vt à nobis factum eſt. Triboniani inſciriam & audaciam detexiſſent. Sed & in eo videtur
13 mihi parum ſibi † conſtare Tribonianus, quod in *dict. l. arbitrio.* vult indiſtinctè iurari in litem in actionibus *Quod metus cauſſa*, *& de dolo:* id eſt non adhibita ea diſtinctione, an ipſius rei reſtituendæ facultatem reus habeat, nécne. Quæ tamen diſtinctio prorſus neceſſaria eſt ſi in cæteris omnibus arbitrariis

actionibus

actionibus idem iuris est quod in vindicatione, vt ait *dict. l. qui restituere.* Nam qui restituere iussus iudici non paret, si habeat possessionem & restituendæ rei facultatem, cogendus est manu militari vt eam possessionem à se auocari & in aduersarium transferri patiatur, si Triboniano credimus in *dict. l. qui restituere.* Quidni enim idem obtinebit in actione quod metus causa, quæ & concurrere potest cum vtili in rem actione *dict. l. metum. § licet & § volenti D. quod met. caus.* Sed cùm neque in tit. *Quod met. caus.* neque alio vllo iuris loco scriptum reperiamus tam inciuiliter agi cum eo qui vim aut metum intulit, vt per manum militarem possessio ei auferatur, vel ex eo maximè intelligimus nullo casu eam extorquendæ possessionis rationem prudentibus placuisse. Nam si quando manus illa militaris permittenda esset tùm certè id obtineret cùm aduersus violentum dolosúmque possessorem ageret, cuius causam vtique nemo negauerit odiosiorem esse quàm eius qui bona fide iusto que titulo possessionem rei alienæ nactus directa rei vindicatione cõuenitur. Qui plura hac de re scire volet legat quæ scripsimus *lib. 16. cap. 18.*

ERROR VII.

De in litem iurando in interdictis.

SVMMARIA.

1 *Ex iuris ratione fieri nequit vt in interdictis vllo casu iuretur in litem.*
2 *Superioris pronuntiati ratio prima.*
3 *Secunda.*
4 *Si quo casu ex causa interdicti iurari in litem posset, iuraretur maximè in interdicto, vnde vi, quod tamen iure Pandectarum non fit.*
5 *Vnde colligant interpretes & pragmatici in interdictis iurari in litem.*
6 *L. semper 15. § sed quod interfuit. D. quod vi aut clam à Triboniano interpolatam esse.*

1 PRoderunt quæ proximo capite disputauimus, vt facilè quiuis possit intelligere, fieri nullo modo posse † ex iuris ratione
2 vt in interdictis vllo casu in litem iuretur. Primùm quia interdicta † omnia sunt ex edicto & iurisdictione prætoris comparata, ac proinde ex ipsis edicti verbis apparet in quam rem competant, & quid venire debeat in condemnationem. Vt plurimùm autem solet prætor interdictorum formulas sic concipere, vt condemnatio fiat quanti res est, id est, in id quod interest actoris vt ex interdictorum omnium inspectione & enumeratione cõprobari potest. At de iure-iurãdo in litẽ deferẽdo nulla edicti prætorij parte cautũ est, multò minus verò in ea quæ pertinet ad interdicta. Cur ergo aut quo iure licebit iudici de interdicti iure cognoscenti deferre iusiurandum, & ab ea condemnatione iroganda discedere, quæ edicti verbis certa iustáque constituta est? illud enim pro certo & explorato semper habendum est quod toties monuimus, Iusiurandum in litem auxilium esse iuris ciuilis, eo demum casu inducendum quo alia ratione prospici non possit actoris indemnitati, *§. vltim. D. de in lit. iur.* Nam & inde fit neque in legis Aquiliæ actione, tametsi ex dolo malo occisus seruus proponatur, neque in alia vlla ciuilj actione quæ suam certamque pœnam habeat in
3 litem vnquam iuretur. Alia † ratio est propter quam in interdictis iurati nunquam oportet, quia nunquam in interdictis de proprietate disputatur, sed semper de possessione. Sunt enim omnia interdicta aut adipiscendæ aut retinendæ, aut recuperandæ possessionis. † Et cùm dicimus tanti reum condemnari quanti res est in interdicto, non ad proprietatis & dominij, sed ad solius possessionis æstimationem respicimus, vt contra Scæuum Vlpianus iam olim disputauit in *l. 3. §. vltim. D. vti possidet.* Hoc nimirum sensu vt tanti condemnetur reus quanti interfit actoris possidere, quemadmodum Paulus loquitur in *l. interdicto 6. vnd. vi* licèt vt ibidem Paulus subiicit, euenire facile possit vt pluris interfit actoris quàm quanti ipsa rei proprietas est. Vtputa si quæstionis habendæ aut rei probandæ, aut hereditatis gratia interfit actoris seruum à se possideri. Atqui iam sæpiùs illud quoque diximus iurisiurandi in litem deferendi potissimam causam vel hanc vnam esse ne dominus inuitus re sua carere eamque iusto pretio vendere compellatur, *leg. tutor. 8. D. de in lit. iur. l. si filiofamilias 25. §. 1. D. solut. matr. l. non enim 9. D. de rer. amot.* quæ ratio non potest locum habere cùm non de dominio quæritur, sed de possessione. Nihil ergo causæ est, cur ei qui interdicto experitur, iusiurandum in litem deferri debeat, cùm si sit dominus, nihilomagis prohibendus sit vindicationem exercere quòd interdicto prius egerit, quandoquidem nihil commune habet proprietas cum possessione, vt in hunc ipsum sensum ab Vlpiano scriptum est in *l. naturaliter 12. §. nihil commune. D. de acquir. possess.* Satisque actori in eo consultum est quod si interdicto vincat, tantum consequitur, quanti sua interest. Et verò si quo † casu ex causa interdicti iurari in litem posset, iuraretur maximè in interdicto *vnde vi.* Est enim illud omnium plenissimum, haberque vbertimas præstationes, quia nec vllius possessionis fauor tantus est, quantus recuperandæ illius, quæ per vim aduersarij extorta est, vt ex eo conijci potest quod tandem hoc casu factum est ex Zenonis constitutione in *l. si quando S. C. vnde vi*, vt in litem iurari possit. At toto Pandectarum iure nulli vnquam ex prudentibus in mentem venerat vt diceret iurari in hoc interdicto debere, sed placuit omnibus edictum prætoris, quod datur actio quanti res est, id est quanti actoris interest, habere possessionem de qua contenditur, *l. 1. dict. l. in interdicto 6. & pass. D. vnde vi.* Neque igitur credendum est admisisse eos vt in alio vllo interdicto iuraretur. Et tamen in omnibus iurari posse vulgò ab interpretibus & pragmaticis † 5
creditum est, hac vna ratione quod in interdicto, *Quod vi, aut clam*, idipsum disertè scriptum reperiatur in *l. semper 15. §. sed quod interfuit. D. quod vi aut clam. Sed quod interfuit*, inquit lex, *aut per iusiurandum in litem quod actor iurauerit aut si iurare non possit iudicis officio æstimandum est.* Cur enim in eo interdicto magis quàm in interdicto, *vnde vi*, aut in alio quolibet iuraretur? Nec sanè mala ratiocinatio est, sed quæ meo iudicio concludere potiùs debeat. Non posse igitur verum esse quo volunt, in interdicto, *Quod vi aut clam*, iurari, quia nec in cæteris vnquam iurari potest extra casum Zenonianæ constitutionis. Quid ergo ad verba illa quæ proximè retulimus, respondebimus? Hoc vnum, meo iudicio, † Triboniani esse non Vlpiani. Quis enim Iurisconsultorum sic vn- 9
quam locutus est? *Iusiurandum quod in litem actor iurauerit.* Aut quis vnquam dixit iudicem æstimare debere quod actoris interest per ipsius actoris iusiurandum in litem si actor iurare possit, aut si iurare nequeat, officio iudicis eam æstimationem fieri debere? Quid enim tam à iuris ratione alienum quàm per iusiurandum in litem fieri æstimationem quæ officio iudicis sine delatione iurisiurandi æquè commodè fieri possit? Imò verò sic prudentes constituere solent, vt æstimatio quæ per iudicem fieri potest nunquam fiat per iusiurandum actoris, sed ita demùm si iudex ipse eam aliter æstimare non possit, vt cùm agitur de specie debita,

poſt moram & ante litis conteſtationem perempta,vt in *lege in actionibus,quinta,§.planè. D.de in lit. iurand.* Atquin idem Vlpianus in *eadem leg. ſemper. §.hoc interdicto*, qui proximè præcedit, dixerat,in interdicto *Quod vi aut clam* tanti litem æſtimandam eſſe quanti intereſt actoris id opus factum non eſſe, & iudicis officio ita fieri reſtitutionem oportere,vt in omnibus eadem conditio ſit actoris, quæ eſſet futura ſi id opus, de quo actum eſt, neque vi, neque clam factum eſſet, quibus verbis an non apertè iuriſiurandi in litem deferendi poteſtas excluditur? Cùm enim iuratur, fieri certè nequit quin ex iurantis adfectione pluris res æſtimetur, quàm re vera ſit *l.1.D.de in lit.iur.* quia neceſſariò indulgendum aliquid eſt adfectioni iurantis, de cuius periurio non facilè quæri ſolet,*l.vlt.eod.* Quid enim prodeſſet iurare in litem ſi nullo modo adfectioni indulgeretur, tum etiam cùm neque dolus, neque contumacia vlla eſt quæ venire poſſit in æſtimationem? Enimuerò Prætor cùm interdicit de opere quod vi aut clam factum eſt reſtituendo, id tantùm agit vt nullo damno afficiatur is contra quem opus vi aut clam factum eſt, non etiam vt ex eo opere lucrum & commodum aliquod conſequatur: Alioqui non ad id quod actoris intereſſet, daretur interdictum, ſed ſuprà etiam quàm intereſſet quod nunquam fit. Sed cùm ita Tribonianus ſcriberet, ac elegantem verámque Vlpiani ſententiam corrumperet, meminerat præclaræ,ſi diis placet, illius ſententiæ,quam ſub eiuſdem Vlpiani nomine intruſerat in *l.qui reſtituere.6 2. de rei vindicat.* vbi ſcriptum eſt in interdictis omnibus, ex quibus non reſtituitur id quod reſtitui iubetur perinde ac in vindicatione iurari in litem oportere: quaſi verò nihil hac parte interſit an vindicatione quis experiatur, an interdicto, & an de proprietate, an de poſſeſſione. Quod tamen etiamſi ita eſſet, facere deberet vt aliud iuris in interdicto Quod vi aut clam conſtituendum eſſet, quam quod in *d.§.ſed quod interfuit* conſtituatur. Permittendum namque eſſet actori vt manu militari operis per vim aut clam facti reſtitutionem vrgeret, ſi per rerum naturam fieri id poſſet, quia & in vindicatione idem ſeruatur, cùm poſſeſſor habet rei reſtituendæ facultatem, *d.l. qui reſtituere.* Sed & diſtinguẽdum eſſet, ſi opus in priſtinum ſtatum non reſtitueretur, an id eueniret dolo malo eius qui opus vi aut clam feciſſet, an ſine dolo,nec aliter contra eum in litem iurari oportere quàm ſi dolo malo feciſſet, ne in priſtinum & integrum ſtatum omnia poſſent reſtitui, quoniam & in vindicatione eadem diſtinctio à Triboniano adhibetur in *d.l. qui reſtituere.* Sed & illud exprimere Tribonianus debuerat, An iuſiurandum illud quod in eo interdicto vult poſſe deferri, taxatione aliqua refrænandum ſit, vt idem Tribonianus loquitur in *l.arbitrio 18.in princip. D.de dolo*, an verò tanti condemnandus ſit reus qui opus vi aut clam fecit quanti actor ſua intereſſe ſine vlla taxatione iurauerit, vt in *d.l.qui reſtituere.* Neque enim ſciri poteſt vtrum probabilius Triboniano fuerit, qui nec hoc,nec illud exprimere potuit, quin ſecum pugnaret: adeò verum eſt quod vulgò dici ſolet, mendacem memotem eſſe oportere. Cætera quæ ad totam hanc quæſtionem pertinent, petenda erunt ex iis quæ fuſiùs ſcripſimus *lib.16.conſtit.cap.vlt.*

ERROR VIII.

De iureiurando Zenoniano.

SVMMARIA.

1 *Iuſiurandum Zenonianum quodnam ſit, & quando ei ſit locus & n.4.*

2 *In quo Zenonis conſtitutio in l.ſi quando 9. C.vnde vi. nouum ius fecerit.*

3 *Iuſiurandum Zenonianum neceſſitatis potiùs quàm veritatis dici debet.*

5 *Iuſiurandum Zenonianum vt differat à ceteris: & nn.6.*

IVſiurandum † Zenonianum voco quod toti iuriſprudentiæ veteri incognitum à Zenone primùm introductum eſt in *l. ſi quando 9 C.vnde vi.* Cui tum demum locus eſt cùm quis per vim inuaſit poſſeſſionem fundi, in quo plures res fuerint, quarum non modò æſtimatio, ſed etiam quantitatis ignoretur, ita vt aliter quàm per iuſiurandum probari nullomodo poſſit. Sic enim fuerunt verba cõſtitutionis: Hoc certè ſenſu ſunt accipienda. Nam ſi appareat quid & quantum fuerit ſubtractum,ratio nulla eſt propter quam actori permittendum ſit, vt in litem iuret, cùm ex verbis edicti agens interdicto *vnde vi* conſequi poſſit quanti ſua intereſt ratione poſſeſſionis,in quo fieri poteſt vt plus etiam quàm quanti re vera res eſt contineatur,*l.in interdicto 6. D.vnde vi.* Nec difficilis huius æſtimationis inundæ ratio eſt non ſolùm ſi res extent quæ ſubtractæ fuerunt,ſed etſi extare deſierint, quo tamen caſu fieri nequit vt competat interdictum: quippe quod non competit niſi ratione poſſeſſionis, quæ porrò rei peremptæ nec ampliùs extantis nulla eſſe poteſt. Cùm verò res extant quæ ſubtractæ ſunt licèt earum reſtitutio per dolum & contumaciam violenti inuaſoris recuſetur, nulla tamen iurandi neceſſitas eſt cùm æſtimari commodè poſſint ſine delatione iuriſiurandi.Debétque ſibi actor imputare cur de dominio non agat propoſita rei vindicatione,aut præparatoria actione ad exhibendum, in quo actionum genere vtique iurare poſſet, ne alioqui re ſua carere, eamque iuſto pretio vendere cogeretur, *lege in actionibus 5.lege tutor.8.de in lit.iur.l.non enim 9.D.rer. amot lege ſi filiofamilias 25.§.1.D.ſolut. matrim.* At cùm neſcitur quantitas rerum ſubtractarum fruſtrà quæratur de iis aut iureiurando actoris, aut iudicis officio æſtimandis, quin priùs de ea quantitate cognitum, certique aliquid conſtitutum ſit. In eóque nimirum † Zenonis conſtitutio nouum ius fecit, ſic enim vetus proculdubio comparatum erat, vt actorem aliter quàm proprio iureiurando eam quantitatem probare oporteret, alioqui condemnaretur, deficiente ſcilicet non tam iure, quàm probatione. Competebat quidem interdictum inuaſis ædibus etiam earum rerum nomine quæ in ædibus tunc fuiſſet, licèt non niſi pro rebus immobilibus dari ſoleret, *l.1.§. illud vtique. D.de vi & vi armat.* ſed ita tamen vt quænam & quales eæ res eſſent probari ante omnia oporteret. Zeno primus fuit qui, nec iniquè, durum putauit exigere reum ab actore probationes quarum habendarum facultatem ipſe facto ſuo actori præripuiſſet Itaque conſtituit vt ea quantitas per actoris iuſiurandum probari poſſet, nimirum ſi alia eius probandæ ratio nulla ſupereſſet. Vt non malè iuſiurandum † hoc, ſi quod vnquam aliud neceſſitatis dici debeat potiùs quàm veritatis vt interpretes appellant. Quamquam enim non alia mente deferetur, quàm vt ſciri poſſit quid reuera ſubtractum ſit, attamen vt ſuprà monuimus fieri nũquam poteſt, vt in litem iuretur, quin iurantis adfectioni aliquomodo indulgeatur,tũ maximè cùm de periurio quæri nullomodo poteſt in mera probandæ veritatis impoſſibilitate. Quoties autem actori permittitur vt iuret de vera rerum ſubtractarum quantitate, illud etiam ei permitti neceſſe eſt vt iuret de ipſarum æſtimatione:Quis enim alius æſtimare poſſit rem quæ non extat? *d.l. in actionibus §. Planè de in lit. iur.* Cæterum ſi apparere aliunde poſſit quid & quantum ſubtractum fuerit,non eſt ferendum vt de ſola æſtimatione actori

Digitized by Google

iurare concedatur, nec sanè ad hunc casum Zenoniana constitutio pertinet. Quemadmodum neque sola illa probandæ quantitatis impossibilitas sufficeret ad inducendum iusiurandum si cum alio quam cum violento nuasore ageretur. Nititur enim illa constitutio potissimum odio violenti inuasoris. Omnia igitur ista † concurrere necesse est vt nouæ constitutioni locus fiat, primùm vt contra violentum possessorem agatur. Deinde vt rerum subtractarum quantitas ignoretur. Tertiò, quod est consequens, vt sine delatione iurisiurandi eas res iudex æstimare non possit. Denique hic vnus in toto iure nostro casus est in quo iuratur in litem non solùm de æstimatione, sed etiam de existentia, vt ita dicam, rei æstimandæ. In quo quia maximum periculum versatur tam ex parte actoris ne qblata propter probationum impossibilitatem iurandi occasione abutatur ad peierandum, quàm ex parte possessoris, ne ex periurio aduersarij de quo non facilè postcà quæri possit, maximo damno & incommodo afficiatur, æquissimè & prudentissimè
5 prouisum est à Zenone vt hoc casu † ante delationem iurisiurandi certam quantitatem taxare iudex debeat ad quam vsque & intra quam iuretur, ita vt neque actor supra eam quantitatem iurare, neque iudex de ea quantitate quæ in iusiurandum deducta est, quicquam detrahere possit. Quod in cæteris omnibus caussis diuersum sanè est in quibus iurare in infinitum licet, ac sine vlla taxatione, quemadmodum sequenti capite ostendemus. Sicut autem hoc genus iurisiurandi in litem hac parte
6 differt à cæteris, ita & in eo quod necesse est vt † condemnationem præcedat, quia & omnino necesse est sciri quid illud sit de quo disputatur priùs quàm ad condemnationem perueniatur, aliter autem quàm per iusiurandum id sciri, vt diximus, non potest. At iusiurandum quod de sola æstimatione præstatur necesse est vt sequatur condemnationem. Tanti enim reus condemnari solet quanti actor in litem iurabit, non quanti iurauit, quandoquidem nec iurare actor potest, nisi iudice deferente, nec iudex deferre quin hoc ipso condemnet. Proinde cum in litem iuratur nihil nisi condemnationis executio ipsa est ac veluti quædam taxatio, vt loquitur *l. si traditi 4. Cod. de action. empt.* Hæc verò omnia vulgò interpretes nostri & pragmatici malè explicant, iusiurandum hoc Zenonianum appellantes iusiurandum veritatis, quasi nihil distet ab eo de quo tractatur in *l. 3. & in d. §. planè l. in actionibus 5. D. de in lit. iurand.* aut quasi Zenonis constitutio mera veraque iuris ratione nitatur, nec contineat ius nouum odio violenti inuasoris extremaque probationum inopia, magis quàm vllo iuris colore inductum.

ERROR IX.

De iureiurando in litem à iudice antè vel postcà quàm præstitum est, taxando.

SVMMARIA.

1 *Mos iudicum taxandi in delatione iurisiurandi in litem, certam quantitatem intra quam iuretur, & vnde ortus sit.*
2 *Morem relatum à iuris ratione alienum esse.*
3 *Distinctio ab interpretibus allata inter taxationem quæ fit à lege, & quæ fit à iudice, & eius reiectio.*
4 *Alia distinctio interpretum inter rei vindicationem, & alias actiones arbitrarias, ratione taxationis iurisiurandi, & eius refutatio.*
5 *Triboniani incogitantia notata in corrumpendis locis qui extabant de iureiurando in litem: vbi demonstratur iudicem taxare non posse quantitatem intra quam iuretur.*
6 *Aliud esse iurare in infinitum, aliud in immensum.*
7 *Potest quari de periurio si in immensum iuretur.*
8 *Ratio quæ mouit Triboniamum vt statueret iudici licere taxationem iureiurando iniicere & eius absurditas.*
9 *Arbitrariæ actiones cur sic dictæ.*
10 *A Zenone primum inductum, vt iudex certam quantitatem iurtauro præstitueret, & cur.*

SOlent † iudices quoties iusiurandum in litem deferunt taxare certam quantitatem intra quam iuretur, & quam excedere is qui iurat nullomodo possit, ne alioqui eueniat, inquiunt, vt in infinitum immensúmque iuretur. Ex *l. in actionibus 5. §. 1. & l. præced. l. iurare D. de in lit. iur. l. arbitrio 18. D. de dolo*, quibus locis hoc ipsum apertè scriptum est in arbitrio iudicis esse vt iusiurandum in litem taxet siue antè siue postcà quàm iuratum est, quia & ab initio, inquit lex, in iudicis arbitrio fuit an iusiurandum deferret necne. Ego verò sententiam hanc duram & à iuris † ratione quàm maximè alienam esse semper existimaui. Video enim scriptum esse ab Vlpiano *in dict. §. iurare*, in litem iurare licet in infinitum: quod quid aliud est, obsecro, nisi quod volo iurari posse sine vlla præfinitione & taxatione? Idque apertius etiam scriptum est in *leg. qui restituere 63. D. de rei vindicat.* in illis verbis *tanti reus condemnandus est quanti actor in litem sine vlla taxatione iurauerit*, siue verba illa Triboniani esse velis, cuius totam legem esse nos in superioribus probauimus, siue Vlpiani, vt ex legis inscriptione decepti interpretes vulgò arbitrantur. Nam quod iidem interpretes distinguunt † duplicem taxationem, vnam quæ fiat à lege, aliam quæ à iudice, vt legem illam cum aliis conciliet quæ alioquin obstarent, ego sanè cuiusmodi sit non facilè possum intelligere: nullum enim exemplum proferre possint taxationis iurisiurandi quæ fiat per legem, & ea verba quæ retulimus, non nisi de iudiciali taxatione intelligenda esse ex eo apparet, quod non ita simpliciter scriptum est permittendum esse domino qui in vindicationis iudicio obtinuit, vt iuret in infinitum, sed tanti condemnandum esse reum quanti actor in litem sine vlla taxatione iurauerit. Ita enim fit, vt sicut iusiurandum, ita & condemnatio nullam habeat taxationem, nisi eam quæ ab ipso iurante facta sit. Alioqui secum ipse pugnaret iudex, suamque conuelleret sententiam si condemnato iam reo quanti actor sine vlla taxatione in litem iurauerit, taxationem post iusiurandum interpositum aliquam adhiberet. Neque † rursus 4
possis dicere tractari eo loco de rei vindicatione: In aliis autem locis de cæteris actionibus arbitrariis, quarum hac parte dissimilis minúsque fauorabilis causa videri fortasse potest. Nam præter id quod dissimilitudinis ratio nulla probabilis reddi queat cùm rei vindicatio sit actio arbitraria. Obstat etiam huic interpretationi quod in eadem ipsa *lege qui restituere* apertissimis verbis expressum est, legis illius sententiam generalem esse ad omnes actiones siue in rem, siue in personam sint, adeóque ad interdicta omnia ex quibus arbitratu iudicis non restituitur, quod restitui iubetur. Sicut & è contrario quod in *dict. §. iurare* & in *dict. lege in actionibus* scriptum est de iureiurando à iudice taxando siue antè siue postcà quàm iuratum sit, generale est ad actiones omnes præsertim arbitrarias, inter quas vindicationem esse, vt dixi, nemo ambigit. Aut igitur prudentes ipsi hac in quæstione inuicem dissenserunt, adeóque quod est improbabilius, secum ipse Vlpianus, cuius sunt duo illi loci *dict. leg. qui restituere*, & *dict. paragrapho iurare*, aut quod magis puto, sui immemor † Tribonianus fuit, qui ve- 5
tera illa ferè omnia iura quæ extabant de iureiurando

in litem pro arbitrio corrupit. Nam si veram rectámque iuris rationem spectes, fieri nullomodo potest vt iudex probam iustamque taxationem adhibeat, siue de eo iureiurando tractes, de quo Marcianus in *d.l.in actionibus, §.planè*, cui tum demum locus est, cùm sine delatione iurisiurandi non potest iudex æstimare rem quæ non extat, siue de eo quod non aliam ob causam defertur quàm vt aduersarij dolus supra verum rei pretium æstimetur. Nam priore casu, quo prorsus impossibile est, vt per iudicem æstimetur res quæ perẽpta est post moram & antem litem contestatam, quid, rogo, est quod iudex taxare possit? An non ea æstimationis taxatio æstimatio esset? Atqui si qua ratione fieri posset vt iudex sine delatione iurisiurandi eam rem perempram æstimaret, iusiurandum proculdubio deferendum non esset, quia nec nisi ex mera facti necessitate defertur contra iuris communis regulas, quæ non patiuntur vt in iudiciis strictis in litem iuretur, maximè aduersus eum qui in dolo non est, licèt in mora & culpa sit, quando nec in bonæ fidei iudiciis in litem iuratur, nisi ob dolum *d.l.in action.* Posteriore verò casu, id est, cùm iuris ratio & æquitas facit vt ad coercendum æstimandúmque aduersarij dolũ affectioni iurantis indulgeri oporteat, an non fiat iniuria actori qui per dolum possessoris re sua inuitus carere cogitur, si rem suam pro arbitrio æstimare prohibeatur? Aut quis admittat cogi quem dolo aduersarij vt rem suam vendat eo pretio quod à iudice fuerit constitutum? Imò verò si hoc admitteremus, vt liceret iudici quantitatem certam præscribere quã in re sua æstimanda prætergredi actor iurando non posset, dicendum esset nec ei permissum iri iusiurandum in litem deferre, quia nec iusiurandum hoc aliter deferri potest quàm ex necessitate iuris, id est, cùm iuris rationi aut æquitati aliter satisfieri nullomodo potest. At non esset difficilius iudici ab initio rem æstimare sine delatione iurisiurandi, quàm præscribere & taxare quantitatem ad quam vsque iuretur, cùm, vt iam dixi, ea æstimationis taxatio nihil aliud quàm æstimatio sit. Et verò vsu quotidiano compertum est, quoties à iudice certa quantitas præscribitur iuranti, solere actorem eam ipsam quantitatem in iusiurandum deducere, quæ à iudice præscripta est, non minorem quia non vult, nec maiorem quia nec potest. Vt proinde si effectum inspicias, dici verè possit non tam ab actore iurãte quàm à iudice fieri æstimationem. An ergo, inquies, actori cui iusiurandum deferendum est, permittendum etiam erit vt inde peierandi arrepta occasione in immensum iuret? Atque hoc sanè est quod fefellit Tribonianum existimantem nihil referre an cui
6 permittatur iurare † in infinitũ, an in immensum. Quod non ita est. Cùm enim dicimus permittendum actori cui iusiurandum in litem à iudice delatum est, vt iuret in infinitum, nihil aliud significamus, nisi licere ei vt iuret sine vlla præfinitione & taxatione, non illud etiam vt iuret in immensum, vt in *l.si cui 9.D.de seruit* in infinito, id est, per quamlibet fundi partem. Etsi enim verum est quod ait *lex vltim. de in lit. iurand.* de periurio eius qui ex iuris necessitate iurauit non facilè quæri solere, hoc ipso tamen intelligimus de periurio quæri interdum posse ex magna causa, quæ porrò alia esse nulla
7 potest quàm † si in immensum iuretur, vt puta si quis rem viginti dignam mille aureis æstimare velit. Itaque præter id quod iurisiurandi contempta religio satis Deũ vltorem habet, *l.1.C.de reb.cred.& iureiur.* potest etiam immodica iurantis affectio coerceri, ne in immensum peierandi licentiam sibi arroget, sciens futurum vt de periurio quæstionem patiatur, si tam euidenter & impudenter peieret. Quæ me res magis mouet, vt existimem iusiurandum sine taxatione vlla deferri à iudice oportere. Nam si in iudicis arbitrio & potestate esset quantitatem taxare intra quam iuraretur, siue ante siue post præstitum iusiurandum, non facilè dici posset quonam demum casu de periurio quæri oporteret. Facta siquidem taxatione per iudicem non posset videri peieratsse qui ad permissam vsque quantitatem iurasset, nulla autem facta taxatione imputari potiùs iudici posset, cur quantitatem non taxasset, ne qua aut peierandi aut de periurio quærendi occasio relinqueretur. Illa †verò Tri- 8
boniani ratio longè insulsior est qua probat iudici licere taxationem iurisiurando iniicere, quòd, inquit, in iudicis arbitrio fuerit ab initio, vt iusiurandum deferret aut non deferret. Nam si verum est, vt est, quod toties diximus, numquam nisi ex iuris necessitate deferri iusiurandum debere, id est, cùm pœna alia nulla est quam iudex irrogare possit, vt actori satisfiat, prorsus consequens sit vt quibus casibus in litem iurari potest, necesse habeat iudex deferre iusiurandum, aut nullam omnino infligere condemnationem. Decepit Tribonianum quod existimauit in actionibus arbitrariis & bonæ fidei, in quibus iurari solet condemnationem in arbitrio iudicis positam esse: quod falsissimum est. Nam nec arbitrariæ † ob 9
id dicuntur, quod ex arbitrio iudicis pendeat condemnatio, sed quia iudicis arbitrium præcedere necesse sit de re restituenda vt si non parearur, sequi possit condemnatio. Nec rursus arbitrium illud quod præcedere oportet, eo sensu arbitrium dicitur quasi in iudicis potestate & electione sit vt hoc vel illud arbitretur (cogitur enim id omnimodo arbitrari quod vir quilibet bonus arbitraretur) sed quia in eo actionum genere nulla præcedente obligatione ex qua possit sequi condemnatio, non potest ea iudicis pronunciatio de re exhibenda vel restituenda sententiæ nomen habere, nec aliud vllum elegantius quàm arbitrij, vt pluribus à nobis supià tractatum est *ca.4.& 5.* Videtur etiam deceptus Tribonianus ex illa Zenonis constitutione, de qua proximè diximus in *l.si quando 9.C. vnde vi*, qua primùm † inductum est 10
vt iudex debeat certam quantitatem præstituere & definire intra quam permittendum sit ei qui vim passus est iurare aduersus violentum inuasorem. Sed obseruare debuit aliam rationem esse illius iurisiurandi quod nos Zenonianum appellamus, aliam eius, quod in actionibus bonæ fidei & arbitrariis iure ciuili locũ habet, quia Zenoni placuit permittendum esse ei qui rerum suarum iacturã per vim passus est vt iuret non solùm de æstimamatione, sed quod magis est de quantitate rerum subtractarum. In quo iurisiurandi genere quia periculosissimum est, & vel sola ipsa peierandi facilitate odiosum, bene à Zenone prouisum est, vt non aliter iudici liceat iusiurandum illud deferre, quàm si ab initio taxet quantitatem quam excedere actor non possit, ne oblata periurij quod detegi non possit impunitas, facilè alioqui pelliciat actorem ad peierandum: quod in cæteris casibus non similiter dici potest, in quibus scilicet non de incertorum corporum substantia & quantitate iuratur, sed de sola æstimatione: De qua si in immensum iuratũ sit, facillimè periurium detegi, ac subinde de periurio quæri possit. Denique liberum fuit Zenoni nouum iurisiurandi genus inducenti qualem voluit legẽ & conditionem eiusmodi iurisiurando adscribere. Sed non perinde Triboniano liberũ esse debuit ex nouo illo iure argumentũ aut occasionem sumere totius iuris veteris contorquendi, & malè suo more corrumpendi. Non eadẽ scilicet in aliis casibus obtinente iuris aut æquitatis ratione. Quòd si cui minùs sufficere videbuntur quæ nos contra tã inueteratũ erroꝛẽ Triboniani & interpretũ omnium hoc capite disputauimus, legat cætera quæ in hãc eandẽ sententiã à nobis copiosiùs tractata sunt *lib.16.coniect.c.17.*

ERROR X.

De re post moram perempta, quæ penes actorem fuit æquè peritura.

SVMMARIA.

1 *Refertur distinctio ab interpretibus adhiberi solita ad quæstionem de specie debita post debitoris moram perempta.*

perempta, an res illa æquè penes actorem fuerit peritura, néene, vt hoc casu teneatur, illo non item.

2 *Proculianorum & Sabinianorum dissensus.*

3 *Probatur ab autore sententia qua debitorem speciei post moram perempta indistinctè teneri vult.*

4 *Ratio d. sententiæ.*

5 *Declaratio l. vlt. §. si ea conditione. D. ad l. Rhod. de iactu, & dicta l. ratione cum Accursio disputatio.*

6 *Sententia l. si alius. 7. §. est & alia. D. quod vi aut clam.*

7 *Veteres ICti in eo conuenerunt vt debitori mora non noceat, si res æquè fuit omnimodo peritura.*

8 *In quo dissenserint veteres ICti quod ad quæstionem propositam attinet.*

1 DIstinctio vulgaris est & interpretum multorum & pragmaticorum omnium, cùm de specie debita post debitoris moram perempta tractatur, an res illa æquè penes actorem fuerit peritura néene, vt eo demum casu teneatur quod non fuerit æquè peritura: cuius distinctionis extant sanè vestigia nonnulla in libris nostris, vt *l. item si cum 14. §. quatenus D. quod met. cau. l. si alius 7. §. est & alia D. quod vi aut clam. l. vl. §. si ea conditione D. ad l. Rhod. de iact.* videturque de eo non satis constitisse in-
2 ter † Iureconsultos Proculianos & Sabinianos quēadmodum coniicere licet ex *l. si plures 14. §. sive autem. D.*
3 *depos.* Mihi tamen † probabilior semper visa est sententia existimantium debitorem speciei post moram peremptæ teneri indistinctè. i. sive res fato suo, sive propter moram & culpam perierit, quia mora perpetuat obligationem, facitque vt res etiam posteaquam perempta est, extare adhuc existimetur, *l. si ex legati 23. D. l. si seruum 91. §. sequitur & §. vlt D. de verb. obl.* Longéque plures in iure nostro loci sunt ex quibus sententia hæc comprobari possit, vt non malè suspicari liceat sententiam hanc magis communiter prudentibus placuisse. Sic. n. ab iis responsum video *in l. item si verberatum 15. §. vlt. D. de rei vind. l. cum seruus 39. alias l. apud Iulia. §. ipsius quo-*
4 *que rei l. cùm res 47. §. vl. de lega. 1.* quibus locis ratio † etiam redditur sanè perelegans & vera, quòd si creditor in ea re moram passus non fuisset, vtique rem illam vendere pretiúmque lucrari potuisset. Scio euenire aliquando, vt qui ob rem in vnum casum peremptam alioquin teneretur, excusetur tamen ob id quod in alium
5 casum æquè res fuit peritura, vt in † specie, *l. vl. §. si ea conditione. D. ad l. Rho. de iac.* vbi cùm ex Labeone propositum esset, si ea conditione nauem conduxisti vt ea merces tuæ portarentur, eáque merces nauta necessitate nulla coactus in nauem deteriorem, cum sciret id te fieri nolle, transtulit, & merces tuæ cum ea naue perierint, in qua nouissimè vectæ sunt, habere te ex conducto locato cum priore nauta actionem, Paulus notat imò contrà esse si modò ea nauigatione vtraque nauis perierit cùm id sine dolo & culpa nautarum factum esset. Sed ad propositam disputationem ea species non pertinet. An quòd aliud sit mora, aliud culpa vt simpliciter Accurs. contra Martinum ad eum locum pro Ioanne vetere glossatore respondet, qui eandem Proculianorum sententiam sequebatur quam & nos probamus? Minimè. Nam præter id quod vix est vt mora contrahatur sine culpa cum species debetur, si quicquam hac parte interest inter moram & culpam in eo maximè differentia est, quod culpa plus est quam mora, proinde re post culpam perempta non minùs dicendum esset teneri debitorem indistinctè, sive res æquè fuisset peritura sive non, atque si post moram perempta proponeretur. Sed respondendum est in ea specie illud facere pro nauta, quod etsi in ea ipsa naui quæ conducta fuerat merces vectæ fuissent omnimodo tamen æquè peritura fuissent cùm eam quoque nauim ponamus eadem nauigatione periisse: nec quemadmodum in eo casu quem tractamus, dici potest te eas merces fuisse alteri venditurum, si culpa nulla nauæ interuenisset. Ferèque simile est, quod † in *leg. si alius 7. §. est & alia. D. quod vi aut* 6
clam. Vlp. tractat, si incendij arcendi caussa vicini ædes intercidirint, & ignis eò vsque peruenerit, absolui me oportere, sine interdicto *Quod vi aut clam* contra me agatur, sive de damno iniuria dato: *quoniam*, inquit, *nullam iniuriam aut damnum dare videor æquè perituris ædibus.* Sed illud tamen notatu & obseruatione dignum est quod apud eundem Vlpianum statim sequitur. *Quod si nullo incendio id fecerit, deinde postea incendium ortum fuerit, non idem erit dicendum.* Id est non erit absoluendus qui vicini ædes intercidit, etiamsi ad eas vsque ignis peruenerit, *quia*, inquit, *non ex post facto, sed ex præsenti statu damnum factum fuerit néene æstimari oportere Labeo ait.* Eodem igitur exemplo deferendi potest si eo tempore quo in soluendo homine debito mora per debitorem contracta fuit, iam detinebatur seruus ea valetudine ex qua certum esset conualescere non posse, & quæ impediret ne emptorem reperire ille posset, absoluendum esse debitorem licèt homo ille post moram perierit. Non tamen, meo iudicio perinde illud etiam dici possit, si moræ contractæ tempore homo sanus fuit, & eadem die aut ipsa etiam fortassis hora subito correptus morbo aut casu alio fortuito decesserit, ita vt medium nullum tempus intercesserit quo potuerit creditor eum distrahere si moram passus non esset, condemnari nihilominùs debitorem oportere. Neque.n. per solam debitoris moram damnum pati creditor intelligitur, nisi demum eo casu quo mora fecerit vt non potuerit ille lucrum & commodum ex obligatione sentire, quòd portò nullum in proposito sensisset, qui etiamsi hominem eum accepisset, cùm interpellatio facta est, nihilo ditior factus fuisset, sed hoc tantùm assecutus vt sibi tanquam domino facilìùs & certiùs postmodum res periisset. Et hoc sanè consequens est ei rationi qua prudentes iuprædictis locis mouentur, cum debitorem perempta re post moram teneri volunt, vt possessorem conuentum rei vindicatione ob hoc maximè quòd si petitor aut creditor eam rem habuisset distraxisset. Ira proculdubio inuentes, si certum sit non fuisse petitorem aut creditorem distracturum aliud iuris constitui debere, vt rei interitu etiam post moram contingente liberetur. Dices, nullam ergo in hac quæstione dissensionem inter Iureconsultos fuisse, sed omnes † in eo conuenisse vt debi- 7
tori mora non noceat si res æquè fuit omnimodo peritura. Ego verò fateor cum hac adiectione *omnimodo*, in eóque à Ioanne & interpretibus qui Ioannem secuti sunt dissentio. Illi.n. putant debitorem post moram omnimodo teneri licèt res æquè fuerit penes actorem omnimodo peritura. Sed dissensio † in eo erat quòd quo- 8
tiescunque res fato suo perempta esset, existimabant Sabiniani parcendum debitori quantumlibet morosо, hoc vno contenti quòd æquè suo fato res penes actorem periisset: quæ tamen haud dubiè non fuerat penes eum peritura, si ea scilicet nactus distrahere statim potuisset. Idque apparet euidenter ex *d. l. si plures 14. §. sive autem. D. depos.* sive dicas quod vulgò creditor Sabini & Cassij sententiam eo loco à Caio probari, sive quod magis puto, referri duntaxat non etiam probari, nisi malis quod & ego probabilius arbitror, à Triboniano corruptū esse locum illum, itémque *§. quatenus d. l. itē si eum 14. D. quod met. cauſſ.* Nec de eo quisquam, vt puto dubitabit qui legerit quæ in hanc sententiā scripsimus *lib. 16 coniec. c. 19.* Vnde & alia pleraque peri potuerūt, quæ alioqui ad huius quæstionis accuratā tractationē hic adiici oporteret,

ANTONII FABRI IC.

Decas Decimanona.

ERROR PRIMVS.

De iureiurando, vt vocant, suppletiuo.

SVMMARIA.

1 *Actore non probante absolui reus debet, etiamsi nihil praestet, nisi praesumptio sit pro actore, quo casu reus iurare debet vt absoluatur.*
2 *Reo non probante exceptiones suas, sententia fertur pro actore qui suam probauit intentionem.*
3 *Nisi exceptio fuerit iuris, & actioni insita.*
4 *Ei qui nonnisi semiplenam probationem affert solet vulgò iusiurandum suppletiuum deferri.*
5 *Sed sine lege, primùm quoniam passim scriptum est, absoluendum reum, in probatione si actor deficiat.*
6 *Deinde quia in iure nulla fit mentio iurisiurandi suppletiui.*
7 *De quo iureiurando loquitur Caius in l. 1. D. de iureiurand.*
8 *Itémque in l. admonendi, 31. eod.*
9 *Nec non Impp. in l. 3. C. de iureiurand.*
10 *Tertia ratio autoris contra iusiurandum suppletiuum.*
11 *Quarta deprompta ex l. generaliter. C. de reb. cred. & iureiur.*

1 VLGATVM est actore † non probante absolui reum debere, etiamsi nihil praestet, id est, quamuis nec probet quicquam nec iuret, *l. qui accusare. 4. C. de eden. l. 2. l. actor. 23. & pass. C. de probat.* nisi praesumptio aliqua sit pro actore, quo casu reum iurare æquum est vt absoluatur,
2 *cap. vlt. in fin. extr. De iureiur.* Idémque in † reo viciſſim obseruatur si probata actoris intentione deficiat ille in probandis exceptionibus, putà si quam creditor probauit deberi sibi pecuniam debitor solutam esse dicat, nec probet *l. 1. C. de probat.* Siquidem in exceptionibus actoris vice fungitur reus *l. ab ea parte 5. l. si pactum 9. l. quingenta 12. l. quoties 18. §. qui dolo l. in exceptionibus 19. D. eod.* Semper enim ei incumbit probatio qui dicit non qui negat *l. 2. l. non est necesse 11. l. ante omnia 23. eod.* Sed hoc ita tamen accipiendum est si exceptiones sint facti, nec praesumptio sit pro reo *d. l. si pactum.* Nam cum
3 exceptio † iuris est, & ipsi, vt ita dicam, insita actioni, non sunt excipienti necessariæ vllæ probationes, putà si quis agat ex contractu vltrò citróque obligatorio, cui priùs à se satisfactum non probet *l. Iulianus 13. §. offerri de act. empt. l. si seruus 57. D. de edili. edict.* Aut si impugnat instrumentum iureiurando subnixum non impetrata absolutione, aut agat ex contractu ante quadraginta annos inito cui possit obiici exceptio longissimi temporis. Nec alij plerique casus desunt superioribus persimiles. Quid ergo si qui probare debuerat in probatione defecerit, nec nisi semiplenam, vt nostri loquuntur,
4 probationem attulerit? Placet † nostris non idcirco statim condemnari eum oportere, sed deferendum illi esse iusiurandum à iudice supplementum probationis, quod ideò suppletiuum vulgò vocant, itémque necessarium siue quod ad id deferendum iudex nonnisi ex necessitate & inopia probationum adigatur *l. admonendi 31. D. de iureiur. l. 3. C. eod.* siue quòd nisi ex magna & iusta causa recusari non possit *dicto capit. vltim. in princip. Extr. eod.* Quod etsi ab omnibus ferè supremis Curiis & frequentissimis pragmaticorum omnium suffragiis receptum video, mihi tamen probari nunquam potuit. Primùmque quia innumeris iuris nostri locis scriptum 5
est absoluendum esse reum non solùm si actor cesset in probatione, hoc est, si nihil omnino probet *d. l. 4. C. eod. l. 2. C. de probat.* sed etiamsi deficiat, id est, si minùs plenè probet, adeò vt hoc casu nulla reo necessaria sit exceptio, quæ vtique necessaria est quoties probationibus vincere actor poterit, *l. siquidem 9. C. de except.* Id enim est quod dici solet actorem si intentionem suam non impleat, condemnandum esse *d. l. ante omnia, d. l. 1. C. de probat. l. negantes 9. C. de obligat. & action.* quod etiam de reo proditum est *d. l. in exceptionibus.* Quis verò dixerit impletam ab eo intentionem qui non nisi semiplenè probauerit? Nam & semiplena probatio esse creditur si vnius testis dummodo integrũ testimonium proferatur. Atqui constat non solùm vnius hominis testationi credendum non esse, sed neque licere iudici vnius hominis responsionem audire in quacumque causa, vt Constantini verbis vtar in *l. iurisiurandi 6. C. de testib.* etiamsi, inquit, præclarè Curiæ honore præfulgeat. In quo obseruandum est quod lex ait, iam antè constitutum fuisse vt in quacumque causa non facilè vnus testis admitteretur. Nunc verò constitui vt omnino non audiatur, id est, nullomodo, nulloque casu, ac proinde nec si probationem suam iureiurando implere actor velit, nec si causa sit leuior. Nam si is qui vno tantùm teste nititur, petere à iudice non potest, vt testis ille audiatur, quantò minùs petere potest, vt vel testi credatur, vel sibi ipsi ad corroborandum testimonium iusiurandum deferatur? Mouet † me secundò quòd cùm in libris nostris 6
totextent Iureconsultorum responsa, & Imperatorum rescripta. De iureiurando & probationibus, nusquam huiusmodi iurisiurandi suppletiui mentio sit, cuius tamen sicut vsus hodie frequentissimus est, ita tractatus omnium vtilissimus fuisset. Nam quod † in *l. 1. D. de iureiur.* Caius scribit per iusiurandum decidi controuersias vel ex pactione ipsorum litigatorum, vel ex iudiciali autoritate, ad voluntarium duntaxat pertinet, & ad iudiciale, hoc est, quod non à iudice, sed à parte parti defertur in iudicio, iudicisque autoritate approbatur. Quod autem idem Caius † mouet in *d. l. admonendi* so- 8
lere iudices in dubiis causis exacto iureiurando secundùm eum pronuntiare qui iurauerit (quo vno maximè loco moueri interpretes & pragmatici solent) longè aliam habet sententiam quàm vulgò existimetur. Dubias namque causas non eas intelligere debemus in quibus actor minùs plenas probationes habeat, vt illi interpretantur (nec enim dubia causa est in qua constat absolui reum oportere, vt diximus) sed quæ propter paritatem probationum eò redigunt iudicem vt hæsitet in vtram partem propendere debeat, quam probationum inopiam videntur dixisse Imperatores in *l. 3. C. de reb. credit.* quòd quamuis per se sint plenæ, vt ex iis posset sequi condemnatio si nihil ex aduerso probatum esset, fiant tamen inopes obiectu contrariarum probationum.

Quod

Quod & iamprídem ante nos docuit non insubtiliter *Francisc. Duran. lib. 2. Disp. cap. 33.* Sed & ausim dicere quod *Duarenus* non dixit totam eam legem Triboniani esse potiùs quàm Caij desumptámque ex Iustiniani constitutione in *l. generaliter C. de reb. credit. & iureiur.* de qua sequenti capite dicemus idque apparebit etiam euidentiùs ex iis quæ disputaturi sumus *infra cap. 5.* Nec magis ad rem facit † quod in *d. l. 3. C. eod.* à 9
Diocletiano & Maximiano rescriptum legimus, in bonæ fidei contractibus, cæterisque caussis inopia probationum per iudicem iureiurando caussâ incognitâ res decidi oportere. Nam præter id quod verba illa *inopia probationum* eam interpretationem commodè admittunt, quam nos supra retulimus, nihil etiam vetat Imperatores de iudiciali iureiurando intelligi, quod certum est non nisi probationum inopia deferri solere *l. tutor. 33. D. de iureiur.* Nec sanè de iureiurando per iudicem exacto lex loquitur, & si loqueretur, de alio tamen quàm de istiusmodi suppletiuo accipi deberet, De eo 10
scilicet de quo in *d. l. generaliter.* Mouet † me tertiò quod in *l. 1. C. eo sit.* vbi pro regula traditur, Caussam iureiurando decisam non posse sub prætextu periurij tractari, De voluntario tantùm & iudiciali agitur, De necessario autem nullomodo, quod tamen si iam tum aliquod tale in vsu fuisset, non debuerat prætermitti cùm in eo quoque nostri admittant idem hac parte iuris esse regulariter, præterquàm in eo casu qui constitutionibus Principum nominatim exceptus sit in *d. l.* 11
admonendi. Postremò † & omnium maximè mouet me quod in *d. l. generaliter*, Iustinianus profitetur, de omnibus iuramentis generaliter quæ in litibus offeruntur vel à iudice vel à partibus, ea constitutione definiri, nec tamen de suppletiuo, aut, vt alij vocant, suppletorio, verbum vllum. In quo sanè deceptos fuisse omnes quotquot videre licuit interpretes, mirandum est. Fateor tractari ea lege de iureiurando non solùm à parte, sed etiam à iudice deferendo, sed nego fuisse illam iurisiurandi speciem veteribus iuris autoribus cognitam: nego fuisse vlla iuris ratione subnixam, sed quadam potiùs iudiciorum consuetudine inductam. Nego denique ei qui intentionem suam semiplenè tantùm probauerit iusiurandum illud in supplementum probationum deferri posse aut olim potuisse. Quæ omnia si probauero, consequens erit nec Caij esse quod in *d. l. admonendi* scriptum est, præsertim ab illis verbis, *sed hæ constitutiones*, quin potiùs Triboniani vt iam monuimus, nec Imperatores in *d. l. 3.* de iureiurando necessario sensisse, sed tantùm de iudiciali, nec denique admitti vnquam debuisse, vt qui in probatione deficeret, præsertim actor iureiurando proprio litis victoriam sibi compararet. Igitur de sententia *dictæ legis Generaliter*, videamus.

ERROR II.

De iureiurando Iustinianeo ad l. generaliter 12. C. de reb. cred. & iureiur.

SVMMARIA.

1 *Ad quæuis iuramenta quæ in litibus offeruntur pertinere l. generaliter. 12. C. de reb. credit. & iureiur. quæ explicanda proponitur.*

2 *Vnde inductum vt à iudice paulò ante definitiuam sententiam iusiurandum deferretur tempore Iustiniani.*

3 *Suppletorium esse iusiurandum Iustinianeum vnde perperam crediderint interpretes.*

4 *Remedium d. constitutionis cur duxerit Iustinianus necessarium.*

5 *D. constitutionem iam ad iudiciale quàm ad necessarium iusiurandum pertinere.*

6 *Iusiurandum quod à iudice defertur vni ex partibus, referri potest, contra pragmaticos.*

7 *Delato iuramento quis litigantium posset appellare, ibi num. 9.*

8 *Differentia inter iusiurandum delatum à parte, & id quod defertur à iudice.*

10 *D. Constitutione inducta esse multa quæ veteribus legibus erant incognita.*

PRæfatur † initio huius legis Iustinianus, generaliter de iuramentis omnibus quæ in litibus offerantur vel à parte vel à iudice ea constitutione definiri. Ait autem, *cùm enim iam increbuit iudices in plenissima definitione sacramentum imponere.* Innuit ergo nec iuris ratione vlla id † inductum, quæ ipsos iuris autores mouere potuerit vt id inducerent, nec prisca aliqua sed recenti consuetudine receptum. Cui conuenit quod in *l. admonendi 31. D. de iureiur.* scriptum est in hæc verba, *solent enim iudices in dubiis caussis iureiurando secundum eum iudicare qui iurauerit*, vt in vtroque loco eadem Triboniani & manu & sententia facilè possis agnoscere: vbi tamen obseruandum est scriptum esse, iudices ita facere solere, non etiam debere quasi cogente iure. Adhæc quod Iustianus ait *sacramentum imponere*, innuit sacris iusiurandum illud quod in dubiis caussis solebant iudices deferre in plenissima definitione, id est paulo ante definitiuam sententiam, vt sequentia explicant, tale fuisse vt ei cui deferebatur, onerosum potiùs, quam fauorabile crederetur. Propter quam caussam exigi dicebatur sicut & quod pars parti defert *l. in duobus 28. §. exceptio. l. eum qui 30. §. in popularibus. & d. l. admonendi. D. eo.* quasi quod vel ab inuito extorqueatur. Nec ad rem facit † quod solebant iudices 3
secundum eum pronuntiare qui iurauerat *d. l. admonendi*: quæ sola res tam grandi grauique nostrorum errori caussam dedit vt hoc iurisiurandi genus non solùm iudiciale, sed etiam suppletorium esse crediderint. Nam neque id erat perpetuum, sed etiam post præstitum iusiurandum totius negotij summa examinanda erat *d. l. generaliter §. si autem is cui*, Illis verbis, *& ita cætera sine capitula, sine totius negotij summa examinentur.* Nec eo minùs fiebat vt onerari videretur is cui iurandum erat si fortè & citra iusiurandum victoriam speraret ex propriis probationibus, aut etiam ex sola aduersarij probationum inopia. Indeque nimirum eueniebat vt ab eiusmodi delatione plerumque appellaret is cui deferebatur. Quod Iustinianus significat cùm subiungit, *euenit vt pronocatione lita suspensa.* Non enim tractari eo loco de appellatione per illum interposita contra quem iurandum esset, apparet ex sequentibus, *hi quidem qui iusiurandum præstare iussi sunt, ab hac fortè luce subtrahantur, probationes autem rerum cadant.* Quasi 4
† dicat nouæ illius constitutionis remedium ideo necessarium fuisse quòd delato iureiurando per iudicem vni ex litigatoribus qui ab ea delatione prouocasset, eueniebat vt si idem ille pendente appellatione moreretur, probationes intercederent. Quænam verò probationes? non ipsius, sed aduersarij: Nam si de appellantis probationibus ageretur, quid obsecro incommodi aut absurdi esset perire eas propter appellationem quam ille ipse interposuisset? De quo enim nisi de seipso queri deberet is qui perperam appellasset, sibique probationis facultatem quam iudex concesserat eripuisset? At eam appellationem frustrandi caussa interpositam aduersario nocere æquum non erat, qui ex appellantis iureiurando per iudicem delato non secus acsi is ipse detulisset, probationem caprabat. Cùm esset verisimile non ita facilè peieraturum reum, tametsi actor in probatione deficeret, sed vt relaturum iusiurandum, vel

ab improba lite diſceſſurum. Nec ad rem pertinebat, quòd non tantùm litigatoribus, ſed eorum quoque heredibus id iuſiurandum deferre iudices ſolerent, *cum multum*, inquit Iuſtinianus, *diſcrepet iuramentum hereditarium à principali ſacramento.* Siquidem de facto defuncti præcisè iurare heres non cogitur *l. Marcellus* 15. §. *iurare. D. de rer. amot.* vt nec alius quilibet de facto alieno *l. inſiurandum* 34. §. *procurator. D. de iureiur. l. videamus* 4. *De in lit. iur.* ſed tantùm ex animi ſui ſcientia, vel vt Cujacius legit & rectiùs, *ſententia. l.* 2. §. *quod obſervari. C. de iureiur. propt. calum. dand.* id eſt, non credere ſe quòd litem iniuſtam defunctus ſit proſecutus, vt in *lib.* 2. *feud. tit.* 58. qui eſt vltimus *De vet. feudor.* §. *cùm datur.* Itaque iuſiurandum hoc præſtare heres poteſt ferè ſemper abſque periurij metu, & longè faciliùs quàm defunctus potuiſſet, niſi ponas communem fuiſſe defuncti & heredis ſcientiam ac malam fidem: quod cùm accidit, nulla ſanè eſt inter iuſiurandum hereditarium & principale, quomodo Iuſtinianus loquitur, differentia. Sed extra eum caſus quemadmodum facilius heredi eſt iurare, ita maius ex eo damnum aduerſarius patitur, qui ſcilicet ſperare vix poſſit futorum vt periurij metu ſibi heres iuſiurandum referat quòd eo intuitu fortaſſe defunctus retuliſſet. *Neceſſitate itaque rerum coacti & probationibus pinguius ſubuenientes ad huiuſmodi*, inquit Iuſtinianus, *venimus ſanctionem*, Id eſt, ne tam facilè pereant probationes, quas ex iuriſiurandi delatione appellant facta ſperabat is, qui non appellauit. Nec ſanè poteſt hucuſq; textus de alio iureiurãdo intelligi quàm quod à iudice parti deferatur. Sequitur verò conſtitutio
5 † ad vtrumque tam iudiciale quàm neceſſarium pertinens *Omne igitur iuramentum ſiue à iudice, ſiue partibus illatum vel in principio litis, vel in medio, vel in definitiua ſententia ſub ipſo iudice detur, non expectata vel vltima definitione, vel prouocationis formidine.* Quibus verbis oſtenditur nihil hac parte iuſiurandum neceſſarium à iudiciali differre, & vtrique commune illud eſſe vt ſtatim atque delatum eſt præſtari debeat ſiue illico appelletur, ſiue in eo res ſit vt appellari poſſit. Cuinam verò periculum afferre queat aut formidinem iniicere appellatio niſi ei aduerſus quem fuit interpoſita? Illi ergo conſulere Iuſtinianus voluit contra quem appellatur, non ei qui appellat, ac proinde cùm is demum appellet, cui iurandi neceſſitas imponitur, conſequens eſt vt fateamur voluiſſe Iuſtinianum ſubuenire probationibus eius contra quem eſt appellatum. Quod ſi ita eſt, illud quoque fateri nos oportet, non eam eſſe Iuſtiniani mentem vt à iudice deferatur iuſiurandum ei qui in probatione deficit, ſed aduerſario, licèt ad implendas deficientis probationes. Nam & in iudiciali iureiurando idem obſeruatur, vt nimirum non iuretur, ſed deferatur iuſiurandum ab eo qui probationum inopia laborat. Idipſum verò apertiùs demonſtrant ſequentia illa conſtitutionis, *ſed iuramento illato cùm hoc à parte factum fuerit, & à iudice approbatum, vel ex auctoritate iudicis cuicunque parti illatum, ſiquidem is cui imponitur ſacramentum nihil ad hoc fuerit reluctatus, hoc præſtetur vel referatur.* Diſtinguit Iuſtinianus, an is cui delatum eſt iuſiurandum ſiue à parte, ſiue à iudice, à parte, inquam, cuius factum iudex approbauerit, prouocet à delatione nécne. Si non prouocet, non quidem cogitur præcisè iurare, ſed electionem habet an iurare malit, an referre. Alterutrum ſanè facere compellitur, ex quo
6 apparet, etiam quod à iudice † defertur vni ex litigatoribus referri poſſe non ſecus ac iudiciale, quamuis de eo contra apertiſſima legis verba dubitet Accurſius, cuius dubitatio tandem in errorem deflexit, exiſtimantibus noſtris poſt *gloſſ. in cap. vltim. extr. de iureur.* in iureiurando neceſſario nullum eſſe relationi locum, quod certè falſiſſimum eſt. Apparet etiam ex iiſdem verbis,
7 ſoliras † interponi appellationes ab illis quibus ſacramentum imponebatur, non contra quos iurandum erat, quod ex ſequentibus quoque ſit apertius. *Neceſſitate ei imponenda cui iure refertur, relationis ſacramentum ſubire, vel ſi hoc recuſaueris quaſi illato ſacramento præſtito, cauſſa vel capitulum decidatur, nullo loco prouocationi relinquendo. Quis enim ferendus eſt ad appellationis veniens auxilium in his quæ ipſe facienda procuraui?* Senſus eſt, eum cui iuſiurandum defertur, ſiue iudiciale, ſiue neceſſarium, omnimodo iurare cogendum, aut ſi nolit, perinde condemnandum acſi aduerſarius qui iurare etiam noluit, ex delatione iuraſſet: Neque hic diſtinguendum eſſe an à relatione appelleret necne, quomodo diſtinguendum diximus, in eo cui primùm defertur. Non enim appellare eum poſſe qui ipſe nouerit iudicem vt parti iuſiurandum deferret, aut qui ipſe detulerit. Etſi quidem ipſe detulit, licèt de referendo iureiurando nihil dixerit, ſciuit tamen aut ſcire debuit, non poſſe ſe iuſiurandum deferre aduerſario niſi ea lege vt ſibi viciſſim referre aduerſario liceret. Ideóque tametſi iurare ipſe debeat de calumnia, non poteſt tamen ab aduerſario referente idem iuſiurandum exigere *dict. l. inſiurandum* 34. §. *datur. D. de iureiur.* Proinde ſi à relatione quam pars fecit & iudex adprobauit, appellaret, de proprio ille ſuo potiùs quàm de partis aut iudicis facto quæreretur, *dict. l. generaliter. verſic. ſine autem illatum*, qui de iudiciali iureiurando nominatim loquitur. Sin autem iudex ipſe aduerſario detulit, quamuis ita fecerit ex officio, nec petente eo cui poſtea relatum eſt, perinde tamen denegari debet appellationis beneficium ei qui relatum recuſat acſi ipſe detuliſſet. Nempè quoniam & per eum, & pro eo factum eſt vt iuſiurandum à iudice deferretur, nimirum ad ſupplendas ipſius probationes. Quamquam videri poſſit locus hic innuere, moris olim fuiſſe vt qui nudis probationibus vincere non poterat, poſtularet à iudice iuſiurandum aduerſario deferri, ſed non ita eſt, Hoc ipſo enim deferre crederetur qui deferri poſtularet, cùm quicquid iudex facit parte requirente pars ipſa facere videatur: *l.* 1. *C. ſi in cauſ. indic. pign. capt. ſit. l. ſi ob cauſſam* 28. *C. de exact.* Multúmque intererat quod ad partis commodum ſpectabat, an à parte, an à iudice deferretur. Delatum enim † à parte erat vt & hodie eſt 8
litis deciſorium, *d. l.* 1. *D. de iureiur. d. l.* 1. *C. eod.* atque adeò præcedentium probationum omnium quas habere deferens poterat, vim & poteſtatem extinguebat: quod verò à iudice deferebatur, non item. Sed & facilè contingere poterat, vt actor vel reus probationes ſuas ſufficientes & plenas crederet, ob idque iuſiurandum deferre nollet, iudex verò contra putans aut propter oppoſitas aduerſarij probationes dubius conſtitutus neceſſariam exiſtimaret iuriſiurandi delationem, *d. l. generaliter* ibi *ſi hoc omnimodo præſtandum exiſtimauerit.* Quod cùm accidebat, neceſſe erat vt iudex idipſum ex officio faceret, non expectata eius contra quem iurandum erat petitione, tametſi id fieri quàm maximè ipſius intereſſet. Vnde † illud etiam manabat vt qui exacto 9
iudiciali iureiurando condemnatus eſſet, à ſententia appellare non poſſet, qui verò per delatum à iudice iuſiurandum, poſſet: ſi fortè non obſtante eo iureiurando, vincere tamen debuerat ex plenis probationibus ante delationem factis. Nec eſt contrarium, quod proximè diximus, ab interlocutione iudicis qui iuſiurandum detulerit vni ex litigatoribus appellati non poſſe per eum contra quem deferatur. Huic enim non in ipſa delatione ſit iniuria cùm poſſit commodo eius cedere, ſi aduerſarius fortè referre malit, quàm iurare, ſed in condemnatione quæ delationem ſequitur, ſi propter aduerſarij iuſiurandum, quod ſolus iudex detulerat victus ſit qui pleniſſimè ſuam probauerat intentionem *dict. l. generaliter.* §. 2. his verbis, *habeat ſibi in vltima prouocatione repoſitum auxilium.* Neque tamen inficior poſſe appellare eum contra quem iuſiurandum deferatur, etiam non expectata definitiua ſen-

tentia

tentia si ante delationem plenissimas iudici probationes exhibeat: Nempè quoniam hoc casu fieri nequeat vt ipsi prosit delatio siue suscipiatur iusiurandum, siue referatur, cùm nec ipse iurare cogi possit, nec si consuetudo aliqua in contrarium proponatur *cap. sicut consuetudo 2. extr. de probat.* Ob eámque causam tota *d. l. generaliter*, sic Iustinianus loquitur vt ostendat non debere iudicem huiusmodi iusiurandum deferre nisi ad supplendas probationes eius contra quem deferatur: quo obseruato nulla sanè ratio est vt ei liceat appellare. Sequitur apud Iustinianum, *sin autem is cui sacramentum est illatum vel à parte vel à iudice hoc subire minimè voluerit, licentiam quidem habeat sacramentum recusare, iudex autem si hoc omnimodo præstandum existimauerit, sic causam dirimat quasi volente eo sacramentum sit recusatum.* Id est, vt ego interpretor, quasi delationi quidem ille consenserit, sed tamen iurare ille noluerit nec referre. Aut si mauis, Quasi non solùm ipse noluerit iurare, sed etiam consenserit vt neque aduersarius iurare cogeretur. Quemadmodum enim iurisiurandi gratiam facere potest qui detulit, *l. remittit 6. D. de iureiurand.* ita & qui retulit aut ex necessitate referre debuit. Itaque in præiudicium eius qui sibi delatum siue à parte siue à iudice iusiurandum subire non vult, placet Iustiniano perinde iudicandum esse, acsi aduersario relatum esset iusiurandum & posteà remissum. Ob idque necesse est vt *ipse qui sacramentum sibi illatum dare recusauerit, vel hoc atteſtetur, vel si fortè non audeat, habeat sibi in vltima prouocatione repositum auxilium.* Tutius igitur ei erit vt appellet. Quamuis enim Iustin. constituat vt non obstante appellatione diffinitiua ferri possit sententia, non adeò tamen appellatio reiicitur, quam si ex postfacto iustam fuisse apparebit, vult Iustinianus emendari sententiam quæ quasi ex recusato sacramento præcesserat, perindéque obseruari omnia acsi nec delatum fuisset iusiurandum quod non fuerat deferendum. Sin ex contrario iustè delatum & iniustè recusatum videbitur, rata haberi omnia, quæ ob malè recusatum iusiurandum iudex decreuerit. Et hoc est quod ait constitutio à versicul. *& si iudex* vsque ad versic. *sine autem illatum.* In quo negatur eum qui iusiurandum aduersario detulit posse appellare à iudice qui delationem confirmauit. Quod & per se apertissimum est, & iam in præcedentibus dictum fuerat §. 1. vbi tam de necessario, quàm de iudiciali iureiurando tractatur. Quæ sequuntur explicant quid agendum sit si absenti deferatur vel referatur. Quod quia ad rem nostram non pertinet, id vnum obseruari volumus quod in fine legis scriptum est, *non enim vt aliquid derogetur antiquioribus legibus hæc prolata sunt, sed vt si quid eis deesse videatur, hoc repleatur.* His enim verbis † non obscurè meo iudicio innuitur veteribus legibus incognita fuisse multa, quæ constitutione illa inducuntur. Quæ porrò alia esse non possunt, quàm quæ ad necessarium iusiurandum pertineant. De iudiciali siquidem iam plenaque iuris authores tradiderant, quibus non video quid Iustinianus addiderit nisi vt non obstante appellatione, vel suscipiendum sit, vel referendum.

ERROR III.

De differentia iurisiurandi Iustinianei & vulgaris quod suppletiuum vocant.

SVMMARIA.

1 *Inter Iustinianeum & vulgare iusiurandum conuenientiæ duæ.*
2 *Inter eadem differentia prima, quòd vulgare defertur ei qui in probatione deficit: Iustinianeum vero eius aduersario.*
3 *Secunda, quòd Iustinianeum non tantùm parti, sed eius quoque heredi: vulgare parti, non etiam heredi defertur.*
4 *Tertia, quòd Iustinianeum defertur à iudice etiamsi non petatur, vulgare nonnisi petenti dari solet.*
5 *Quarta differentia.*
6 *Quinta.*
7 *Sexta.*
8 *Septima.*
9 *Octaua.*
10 *Nona.*
11 *Decima.*

Vperiora omnia eò pertinent, vt intelligamus iusiurandum illud necessarium de quo agitur in *d. l. generaliter*, longè aliud esse quàm quod interpretes ibi comminiscuntur. Vtrumque † sanè à iudice defertur, & quòd nostros fefellit, vtrumque ad supplendas probationes, sed non vtrumque eidem nec eodem modo Iustinianeum (sic enim appellare possumus ad differentiam vulgaris, quod suppletiuum dicunt) non † defertur ei qui in probatione deficiat, sed eius aduersario, qui, vt diximus, etiam citra iusiurandum vincere deberet summo iure. Vulgare verò ei ipsi qui in probatione deficit, vt probationem quam filij sui aut alterius domestici testis fide implere non potest proprio testimonio suppleat, contra vulgatas iuris regulas quæ habent neminem sibi in caussa propria idoneum testem esse posse: *l. etiam 3. l. omnibus 10. C. de testib.* Iustinianeum † non tantùm parti defertur, sed eius quoque heredi licèt aliter atque aliter. Vulgare sic accipitur, vt non heredi, sed parti tantùm deferatur. Quomodo enim suppleri possit imperfecta probatio ex iureiurando heredis qui de alieni facti veritate iurare cogi nequeat, sed tantùm de animi sui sententia, vt ait *lege 2. Cod. de iureiur. propt. calumn. dand.* Iustinianeum † defertur à iudice ex officio etiamsi non petatur, imò verò etiamsi recusetur. Vulgare verò non nisi petenti dari solet. Sic enim *Bart. ad l. admonendi 31. num. 60. D. de iureiur.* quod & de consuetudine obseruari testatur *Ferrar. in form. respons. rei in verb. iurisiurandi.* Et eo iure Senatus noster passim vtitur. Certè inuito defertur nunquam. Ex quo apparet quàm sit in ciuile iuríque nostro contrarium. Qui enim ante delationem tam facilis & procliuis est ad iurandum, hoc ipso sanè suspectus sit vt eius quod iurauerit ratio nulla haberi debeat. Sibi enim iurauit, inquit, *l. 3. in prin. D. de iureiur.* Iustinianeum † si deferatur, appellare à delatione is tantùm potest cui defertur, non etiam is aduersus quem iurandum est. At in vulgari ex contrario non ei, cui, sed contra quem delatum est appellare permittitur. Iustinianeum enim, onus est eius cui defertur respicitque fauorem illius contra quem defertur. Nimirum quia tametsi euenire soleat vt pro eo iudicetur qui iurauerit, id tamen nec iuranti prodest, qui in eo erat vt etiamsi non iurasset, vincere nihilominùs propter inopiam probationum aduersarij debuisset: Nec condemnato nocet, qui in eo erat, vt nullo quoque præstito iureiurando vinci debuisset, propter defectum probationum. At ex contrario delatio ista quæ ei cui fit, prodesse nunquam potest, prodesse aliquando potest ei contra quem iusiurandum defertur. Cuius scilicet aduersarium in eam necessitatem redigat, vt vel iurare illum oporteat vel referre. Quid enim si conscientia ductus aut superstitione iurare noluerit? Faciet relatio vt iurare tùm possit consentiente aduersario, atque ita vincere qui antè probationes plenas non habebat. Propter quam caussam dicitur iusiurandum hoc inductũ in supplementum probationum, non quidem recta via, sed per medium, vt ita dicam, relationes, quomodo & quod pars parti defert siue in iudicio, siue ex litigatorum pactione extra iudicium. Porrò nil necesse esset

deferri

deferri ei cui fauere iudex nolit contra eum de cuius probationibus implendis agitur, si iuris ratio pati posset vt illi ipsi qui minùs plenas probationes habeat, deferri deberet. At quoniam ea delatio ex qua ius partis tantoperè lædatur, non nisi à parte ipsa fieri potest, pars verò quæ ad litis victoriam assequendam nullo iureiurando indiget, nullam deferendi causſam habet nisi iudicis præcepto vrgeatur, vrgeri porrò non potest vt deferat, sed tantum vt referat (deferre enim semper voluntarium est, referre necessarium) nec denique vt referat quin prius illi ipsi deferatur. Consequens sit, vt quantumuis iudex deficientibus actoris probationibus subuenire velit, cogatur tamen vel inuitus iusiurandum
6 reo deferre. In quo alia etiam differentia † cernitur inter necessarium iusiurandum, quod nos Iustinianeum dicimus & vulgare pragmaticorum. Iustinianeum enim referri potest, adeóque debet si non iurare velit is cui delatum est à iudice. Vulgare verò nec referri debet, nec potest. Imò si talis casus contingeret in quo is cui delatio esset, iurare nollet, vtique condemnandus esset, quippe qui nec plenas probationes haberet, nec eas proprio iureiurando implere amplius posset, arg. *d. l. remittit 6. De iureiur.* Nam quemadmodum is cui †
7 vulgare hoc iusiurandum defertur, si iuret semper vincit, ita si iurare nolit, semper vincitur. Quod in Iustinianeo secus est. Nihil enim vetat eum contra quem iuratum sit, vincere, si post præstitum fortè iusiurandum nouas probationes ante sententiam nanciscatur, cùm & post redditam sententiam idem posset contingere *d. l. admonendi.*
8 Iustinianeum † videtur iusiurandum purgationis, potiùs quàm decisionis. Vulgare contrà, decisionis
9 potiùs quàm purgationis. Iustinianeum † deferri potest in litis principio, medio & fine. Vulgare autem non nisi post apertas testationes, & in procinctu definitiuæ
10 sententiæ. Iustinianeum † defertur reo qui & citra iusiurandum absolui deberet, cùm pro actore in probationibus deficiente aliqua præsumptio est *cap. vlt. §. fin. extr. de iureiur.* Quod ego intelligo etiamsi non adsit semiplena probatio. Potest enim etiam citrà semiplenam probationem præsumptio aliqua esse, quæ iudicem dubium constituat, quod vnum ad iurisiurandi huius delationem sufficit *d. l. admonendi*, propter quam causſam nec in *d. l. admonendi*, nec in *l. 3. aut pen. C. de reb. credi.* aut alio vllo iuris loco videas mentionem fieri semiplenæ illius probationis quam nostri requirunt. Vulgare verò, nec si nostris credamus, deferri vnquam potest quin adsit semiplena saltem probatio. Eadem
11 verò ratione fatendum etiam est Iustinianeum † deferri interdum actori, etiamsi plenè probauerit, si modò præsumptio aliqua sit pro reo. Nam cùm in *d. l. pen.* scriptum sit posse cuicunque parti deferri, ac proinde etiam actori, & ad supplendas duntaxat partis contra quam defertur probationes, actor verò qui suam intentionem impleuit, cogendus non sit regulariter vt iuret nec si consuetudo sit in contrarium *d. cap. 2 extr. de probat.* Exceptionem hanc omnino subiici necesse est, nisi præsumptio aliqua sit pro reo, siue quòd defensionis suæ causſas semiplenè probauerit, siue quòd aliud quidpiam sit ex quo lis dubia constituatur. Alioqui esset actor fauorabilior reo, quòd absurdum quoque esset vulg. *l. Arianus 41. de oblig. & act. l. fauorabiliores. de reg. iur.* Nec ad rem facit quòd actor qui solus plenè probauit, debeat obtinere. Nam & pari argumentatione possis concludere nec cogendum vnquam reum iurare, tametsi præsumptio aliqua sit pro actore contra *d. cap. vlti.* cum etiamsi nihil probet, obtinere tamen debeat eo casu quo actor minùs plenè probauerit, sed & quod magis mirum est, potest interdum actori ipsi qui probatione deficit, iusiurandum hoc deferri, sed perrarò & ex causſarum ac personarum qualitate *d. c. vlt. §. fin.* Puta si rei persona vsque adeò vilis sit & infamis vt deferri ei iusiurandum sine magno & euidenti periculo non possit. Quod cùm accidit prudentis iudicis officio incumbit vt neque periurij occasionem præbeat, neque patiatur eo deterius fieri ius actoris qui maximas pro se habeat præsumptiones. Finge rursus tractari de feudi inuestitura inter dominum & vasallum qui sit reus idémque possessor feudi. Si dominus idémque actor deficiat in probatione & longa sit vasalli possessio, iusiurandum vasallo deferendum est. Sin noua eius possessio est, iusiurandum deferri domino debet quamuis actori nisi aliud sit quod vrgeat pro possidente *lib. 2. feudor. tit. 33. De consuet. rect. feud. §. vlt.* Nempe quia pro eo præsumptio est propter naturam feudi *lib. 1. feudor. tit. 26. si de inuestit. int. domin. & vasall. lis oriat.* Adde quod *tit. 4.* eiusdem libri scriptum est. *Si de inuestit. feud. controuersia fuer.* Et *tit. 10. De content. int. domin. & fidel. de inuestit. feud.* quibus in locis videas solitum fuisse olim & in feudis iusiurandum hoc regulariter deferri non actori qui in probatione defeciſſet, quamuis esset ille feudi dominus, sed reo eidémque possessori. Quod & in cæteris causſis similiter obtinuisse, hoc est vt frequentiùs deferretur reo quàm actori (licèt actori quoque deferri aliquando posset) Tribonianus docuit satis in *d. l. admonendi*, iis verbis. *Sed hæ constitutiones tunc videntur locum habere cùm à iudice aliquis absolutus fuerit.* Quibus verbis nihil sanè aliud significare voluit, quàm eas constitutiones, de quibus hoc loco tractatur, non nisi ad necessarium iusiurandum pertinere. Quasi sæpiùs eueniat vt ex necessario iureiurando quis absoluatur, quod tamen nonnisi reo conuenit. Actor enim cùm vincit non absolui dicitur, sed obtinere. Sed tamen negari non potest, quin actori quoque interdum deferretur, non ad supplendas ipsius probationes, præterquàm superioribus casibus aliisque similibus si qui sunt, sed ad supplendas probationes rei, si fortè, vt suprà dixi, actor quidem plenè probasset, sed contra eum tamen aliqua pro reo præsumptio vrgeret.

ERROR IV.

De casibus in quibus Iustinianeum iusiurandum deferri potest.

SVMMARIA.

1 *Iusiurandum Iustinianeum quando deferri non possit.*
2 *Quibus casibus deferatur, & num. 3.*
4 *Quando locum habeat.*
5 *Senatus Parisiensis iuramento suppletiuo cur non vtatur.*
6 *Iuramentum suppletiuum quando alij admittant.*
7 *In quibus causis locum non habeat ex Accursij & Bartoli sententia.*
8 *Senatus Sabaudicus iuramentum suppletiuum quando admittat.*
9 *Item quando iusiurandum Iustinianeum.*

APparet ex superioribus nec † semper, nec 1
omnibus deferri posse iusiurandum hoc quod nos Iustinianeum appellamus. Quid enim si actor nihil omnino probauerit, vt nulla pro eo subsit præsumptio? Non erit reus onerandus iureiurando. *cap. vlt. §. vlt. à contr. sens. extr. de iureiur.* Quid si intentionem suam pleniſſimè reus probauerit? Multò minùs onerandus erit, quamuis præsumptio aliqua faciat pro actore *cap. 2. extr. de probat.* Idémque admittendum putarem, si minùs plenas quidem haberet probationes, sed quæ tamen contrariam præsumptionem qua actor nitebatur eliderent. Præsumptio namque lenior eliditur per grauiorem, sicut & minùs plena probatio per pleniorem. Quid rursum

ex

ex parte actoris si Is intentionem suam minùs plenè probauerit? Non erit ei permittendum vt iuret quamuis nihil prorsus à reo probatum sit, quoniam hoc ipso vinci debet quod intentionem suam non impleuerit, satisque ei indulgetur, quod propter præsumptionem quam pro se habet iurare cogitur reus, iam alioqui de litis victoria satis securus. Quid si plenè probauerit? Distinguendum est an reus quoque plenissimè probauerit an non. Posteriore casu † æquũ non est deferri iusiurandũ reo qui sit condemnandus, sed actori potiùs; quia vbi suam ille intentionem probauit, fauorabilior est reo qui in suarum exceptionum probatione defecit. Nec obstat quod suprà diximus, eum qui suam intentionem plenissimè probauerit non esse cogendum iurare, *dict. cap. 2. de probat.* Id enim facit præsumptio, quæ est pro reo. Neque rursus obstat quod proximè negauimus iurare debere reum qui plenissimas suæ exceptionis habeat probationes, Nam obseruamdum est hac parte fauorabiliorem esse reum actore in eo quòd actorem qui plenè non probauit duplici iure potest vincere, & quia reus est, eique sufficit nihil aut minùs probasse actorem (cùm ex contrario actor qui vel nihil prorsus vel minùs plenè probauit, nunquam possit vincere) & quia plenioribus nitatur probationibus, quæ etiamsi pares essent, actoris tamen probationes superarent. Actor verò cùm nunquam vincat tanquam actor, cuius scilicet caussa hac parte minùs fauorabilis est, vno tantùm casu potest vincere, videlicet si plenàs habeat probationes: ac proinde hoc vno casu æquum est iurare eum si aliqua sit pro reo præsumptio, ne alioqui nullo casu iuret, indéque eueniat vt dum cauemus ne duriorem actoris quàm rei conditionem efficiamus hoc ipso duriorem constituamus caussam rei quàm actoris. Siquidem illo etiam casu quo absolui reus deberet citra iusiurandum propter deficientes actoris probationes, iurare tamen eum cogimus si modò aliqua sit pro actore præsumptio. Nec inutile erit iusiurandum hoc quod actori deferendum esse dicimus, cùm si referatur reo, futurum sit vt vincat ille, & propter autoritatem delati sibi à parte iurisiurandi, & quia actor etiamsi plenissimas habeat probationes, vinci adhuc potest, nimirum si reus quoque plenè probauerit. At ex contratio reus qui plenè probauit vinci numquam potest, quia cæteris paribus potiorem habet ad vincendum caussam. Itaque vt posteriorem distinctionis partem tractemus, si vterque plenissimè probauerit ita vt ex conflictu & paritate probationum caussa sit dubia, dico † deferendum esse iusiurandum reo, non actori, hac vna ratione quòd cæteris paribus maior semper est pro reo, quàm pro actore præsumptio vt vincere debeat. Illud autem perpetuum est vt iusiurandum hoc necessarium quod purgationis esse diximus, ei deferatur cui minùs necesse sit iurare ad victoriam deferendam. In eóque nimirum versatur maximè, ni fallor, illa caussæ cognitio quę requiritur in *d. l. 3. C. de reb. cred.* Quamuis non probem *Francis. Duar. lib. 2. Disp. cap. 33.* qui ad hunc vnũ casum coarctauit vsum iusiurandi huius necessarij. Habet enim locum † quoties pro eo contra quem iuratur, aliqua præsumptio est quæ partis aduersæ probationibus, vt dictum est, non elidatur. Apparet igitur ex communi interpretum nostrorum errore potiùs quàm ex aliqua ratione profectum ius illud quo passim hodie vtimur vt ei qui semiplenè probauit, siue actor sit, siue reus: iusiurandum hoc necessarium deferatur. Atque ideò quod notandum † magis quàm mirandum est, non solet Senatus Parisiensis eo iure vti, si *Paponio* credimus in *Syntagmat. Arrestorum, & Rebuff. in præfat. ad constit. reg.* siue quòd iniustum absurdúmque id visum sit, siue quod rerum magister vsus docuerit quàm faciles sint plerique hominum ad peierandum, vel pro re quæ sit minimi momenti. Alij † quib. maior religio, aut potiùs superstitio fuit tot tantorúmque interpretum sententiam corrigere, lenierunt duntaxat interpretationi, dubiamque caussam dixerunt in qua is qui minus plenè probauit, haberet tamen plus quàm semiplenam probationem: puta testẽ vnum integrũ, ac præterea aliũ minùs integrũ aut aliâ quędã indicia. Quod à Senatu Burdegalensi obseruari solitũ testatur supradicto loco idẽ *Paponius Arrest. 9.* Alij † denique addiderunt, in eóque omnes cõueniunt non esse iusiurandum hoc deferendum in causis arduis, puta si de matrimonio agatur, aut de crimine, sed tantùm in ciuilibus caussis leuioribus. Post *Accursium & Bart. in l. 3. §. quacunque de iureiur.* Pro qua sententia facit non malè *text. cap. ex insinuatione. Extr. de procurat.* vbi reuocatio mandati quæ coram duobus testibus facta esse dicebatur, per vnum testem probatur iuncto reuocantis iureiurando, nimirum, vt puto, quòd, nulla ex eo sequatur condemnatio, sed tantùm vt appareat falsum procuratorem fuisse eum qui se vinci passus fuerat. Quæ res quoniam non tollit ius partis videtur modici esse præiudicij. Nisi probabilius quis putet ei rescripto pontificio caussam dedisse vulgarem interpretum errorem, qui iam tum increbuerat, vt & illud quod de duplicis quartæ deductione scriptũ est in *cap. Raynutius, & cap. Raynaldus. Extr. de testam.* Senatus † noster ex receptissima interpretum sententia iusiurandum hoc passim admittit, si modò semiplena sit probatio, quæ præsumptionem facere possit, hoc est, quæ contraria probatione non sit labefactata, aut nisi eius qui in probatione deficit, persona talis sit, cui propter infamiam iusiurandum deferri oporteat: semiplenam verò probationem intelligimus si vel vnus testis adsit, dummodo integer, omnique vt loquimur, maior exceptione, si quid enim sit, vel minimum quod eius fidei detrahat, iusiurandum non defertur, sicut nec si caussa sit ardua & magni momenti, nisi hoc casu adsit plus quàm semiplena probatio, vt Aymo Crauet. respondit consil. 198. num. 10. Quænam autem dicenda sit caussa ardua, vel leuior, quænam rursus dubia aut certa, nullis regulis definiri potest, sed facti quæstionem habet, quæ ex personarum & rei de qua agitur qualitate, arbitrio iudicis diiudicanda est. Sanè & quoties † æquitas postulat, iusiurandum illud Iustinianeum & purgationis, de quo diximus, Senatus noster deferre solet, ei videlicet quem alioqui constet debere vincere: ita tamen vt non eo minùs liceat aduersario noua instrumenta, adeóque novas quaslibet probationes adferre, quibus fretus possit eum qui iurauerit superare. Sic enim ex tempore pronuntiatum memini 3. Id. Fel. 1589. ex *d. l. admonendi* quæ hoc potissimùm casu procedit. Tametsi cùm is qui iureiurando exacto condemnatus est, non nisi nouis instrumentis nititur, quæ post iusiurandum præstitum à se inuenta profiteatur: nulla, vt puto, hac parte differentia sit inter iusiurandum hoc purgationis, & cætera, quemadmodum ex sequentibus clariùs intelligetur.

ERROR V.

De lite post iusiurandum præstitum ex nouis instrumentis retractanda.

SVMMARIA.

1 *Decisam iureiurando controuersiam sub pretextu periurij, aut instrumentorum postea repertorum retractari non posse vulgò creditur. & nu. 3.*

2 *Iusiurandum comparatur rei iudicatæ, imò maiorem habet autoritatem.*

4 *An qui legatum sibi aut fideicommissum deberi ex testamento nondum reperto deferente herede iurauit & obtinuit, debeat illud habere si ex testamenti tabulis postea appareat nihil ei relictum fuisse*

Digitized by Google

fuisse à testatore.

5 *Decisio Iustiniani in l. vlt. C. de reb. cred. & iureiur. & decisionis ratio vera.*

6 *Iustiniani constitutionem ad alias quoque species quibus accommodari potest ratio decisionis, pertinere. & seqq.*

7 *Expenditur exceptio addita l. 1. C. de reb. cred. & iureiur.*

8 *l. Admonendi. 31. D. de iureiur. Triboniani magnam partem esse, non Caij ICti.*

9 *Quæ requirantur vt de periurio agi possit, post decisam iureiurando controuersiam.*

10 *Iustiniani constitutio ad quos casus pertineat.*

11 *Expenditur comparatio iusiurandi, transactionis & rei iudicatæ.*

12 *Præter æquitatem necessariæ fuerunt constitutiones Principum, vt de periurio quæreretur.*

13 *dd. Constitutiones non minus de iudiciali, quàm de necessario iureiurando intelligi debuisse, contra Tribonianum.*

14 *Tribonianum interpolasse l. 1. C. de reb. cred. & iureiurand.*

POst decisam † iureiurando controuersiam, nec de periurio superesse quæstio potest, nec periurio præiudicium vllum fieri *l. 1 l. in duobus* 28 *§. vlt. & pass. D. de iureiur. l. 1. C. eod. l. quod si deferente* 21. *Cum seq. D. de dolo.* Iusiurandum enim siue voluntarium sit, siue iudiciale transactioni cõparatur. *l. 2. D. de iureiur.* Transactio autem sub prætextu instrumentorum licèt posteà repertorum irrita fieri non potest *l. sub prætextu* 19. *C. de transact.* sicut nec sub prætextu specierum, hoc est rerum quæ transactionis tempore ignorabantur, si modò comprehendi possint illæ sub earum genere, de quibus generali transactione actum est (nam ad eas, de quibus cogitatum non fuit extendi transactio alioqui non posset *l. si de certa re* 31. *C. eod. l. cùm Aquiliana* 4. *D. eod.*) Quæ sententia est *l. sub prætextu specierum* 29. *C. eod.* in qua malè vulgò *specierum* interpretantur *instrumentorum.* Comparatur etiam iusiurandum rei † iudicatæ, adeóque
2 maiorem habere dicitur autoritatem quàm res iudicata *d. l. D. de iureiur.* Nempe quoniam & post rem iudicatam appellatio interponi potest *l. & post rem* 7. *l. post rem* 21. *D. de transact.* At à iurisiurandi præstatione nec is appellare potest qui detulit, nec qui iurauit *l. generaliter. pen. §.* 1. *C. de reb. credit. & iureiur.* Porrò nec res iudicata rescindi potest sub obtentu instrumentorum posteà repertorum, *l. sub specie. C. de re iudic. l. imperatores* 31. *D. eod. lege cùm de hoc* 27. *D. de except. rei iudicat.* Ergo neque iusiurandum. † Idque est quod ait *l. 1. C. de*
3 *reb. credit. & iureiur.* nec prætextu petiurij retractari posse causam quæ iureiurando aut voluntario aut iudiciali decisa sit, id est, ne quidem prætextu instrumentorum aut aliarum probationum, ex quibus doceri possit de periurio, imò nec si alia species actionis ex eadem tamen causa proponatur *d. l. in duobus. §. exceptio. & §. quæ iurauit. D. eodem.* illo enim duntaxat quærendum est an iuratum sit: nec audire iudex debet eum qui tentare velit an periurium probare possit, *l. si duo* 3. *§. idem Iulianus. in fine. D. eodem.* Quid ergo si quis legatum †
4 fortasse vel fideicommissum petens ex testamento nondum reperto, aut quod amissum putabatur, iurauerit deferente herede sibi relictum esse quod petit, atque ita obtinuerit, cùm ex testamenti tabulis posteà repertis appareat nihil prorsus ei datum fuisse à testatore? annon iniquissimum sit, adeóque ridiculum retinere eum legati vel fideicommissi iure quod nec ciuilibus nec precariis verbis relictum fuit, ob hoc solùm quòd impudenter peieraverit? Ita sanè est. Ob eamque causam cùm hæc quæstio apud veteres iuris autores controuersa esse, nonnullis plus periurio iurisque rigori quàm æquitati tri-
2 buentibus, placuit † Iustiniano in *l. vltima. C. de reb.* 5
credit. & iureiur. vt quod ex periurio suo actor consecutus fuerit, restituere tanquam, indebitum compellatur, an fortassis fauore vltimarum voluntatum? Sic equidem nonnulli existimant. Quasi in iis, quæ pendent ex testamento, quod nec vilum, nec lectum sit, minor esse debeat iurisiurandi potestas. Exemplo etiam transactionis, quæ si fiat non lectis verbis testamenti, hoc ipso nulla est *l. 1. §. 1. D. de testament. quemadmod. inspic. l. de his* 6. *D. de transact.* adeóque ex codicillis posteà repertis facilè fit irrita *l. 3. §. cùm transactio. l. non est ferendus* 12. *D. eod.* Sed videamus ne non satis rectè hoc dicatur. Nam cùm nescitur vbi scriptura testamenti sit, & de legato nihilominùs contenditur, quod facto per nuncupationem testamento probari per testes potest, fieri certè nequit vt d: lite transigatur cognitis perspectisque verbis testamenti. Ideóque casu isto admittendum est vel non esse locum supradictæ regulæ, vel quòd sit longè improbabilius, de huiusmodi controuersia transigi nullomodo posse. Sed & obseruandum illud est non negare Iustinianum quin valuerit ab initio iusiurandum super legato interpositum priùs quàm de testamento constaret, sed illud tantùm constituere, vt si contra testamenti veritatem iuratum fuisse ex postfacto appareat, non prosit victori peieraſſe. *Ne cui*, inquit, *ex delicto impium sibi lucrum adferre legibus nostris concedatur.* Quæ ratio † si- 6
cuti generalis est, ita & ad cæteras quoque species omnes quibus conuenit, accommodari debet ea Iustiniani constitutio. arg. *l. illud* 32. *D. ad. l. leg. Aquil. l. 3. §. vnde. D. de iniust. rupt.* Finge enim cùm à te peterem centum, quæ tibi à patre meo aut alio cuius heres extiterim, credita dicebam, iurasse te siue ex conuentione, siue deferente me in iudicio non fuisse tibi credita, nec quicquam te patri meo vnquam debuisse, atque ita secutam absolutionem. Si posteà repertum chirographum exhibeam, aut instrumentum creditæ pecuniæ publica etiam fide subnixum, quis tam euidenti periurio tuo vsque adeò fruendum existimet, vt neget permittendum mihi esse causam ex integro agere, centúmque illa petere? Idémque ex contrario tractari potest si iuraueris debere me tibi centum quæ patri meo credideris, & post factam ex causa iurisiurandi, secutique iudicati solutionem, apocham nactus sim quam tu paucis fortasse ante mensibus vel annis patri meo, absente & ignorante me, tradideras. Cum enim pecuniam meam ex falsa peierati mutui causa retinere tibi liceat, quam si tibi soluta esset tanquam legata post iusiurandum à te præstitum retinere nullomodo posses? Mouet † me præterea quod in *dict. l.* 7
1. *C. de reb. credit. & iureiur.* quæ causam iureiurando voluntario aut iudiciali decisam prætextu periurij restaurandam esse negat, exceptionem hanc Imperator Antonius subiecit, *nisi specialiter hoc lege excipiatur.* Quænam enim, obtecto, alia exceptio ad eam regulam iustior & sanctior esse potuit? Nisi fortè quis putet verba illa Triboniani esse respicientis ad Iustiniani constitutionem in *dict. l. vlt.* Quod etsi nec nouum fuerit, nec improbabile, vt ad finem capitis dicemus, si tamen contendas esse Antonini, planè non video quã possint habere interpretationem, si nostra reiiciatur. Nam si dicas exceptum intelligi, iusiurandum necessarium quod à solo iudice in dubiis causis defertur citra petitionem & voluntatem eius contra quem iuratur *l. 3. C. eod.* in quo genere iurisiurandi receptum est, vt propter noua instrumenta ex integro agi causa possit *d. l. admonendi* 31. *D. eod.* non erit exceptio accommodata ad regulam, quæ non est de iureiurando necessario, sed de voluntario tantùm & iudiciali. Sed mouet me non parum, quod in *dicta l. admonendi* traditur. Interdum etiam post exactum iusiurandum permitti constitutionibus Principum de integro causam agere, nimirum si quis noua instrumenta se inuenisse dicat, quibus solis nunc vsurus sit. Quod enim ibidem sequitur, eas constitutiones tunc videri

locum

locum habere, cùm aliquis à iudice absolutus fuerit post præstitum iusiurandum necessarium, sed si aliàs inter eos iureiurando transactum sit negotium non con-
8 cedi eandem causſam retractare. Ego non dubito † quin Triboniani inscitiam prodat magis quàm Caij elegantiam, non solùm si verborum contextum intueare, sed etiam si sententiam. Apparet enim iis verbis interpretationem fieri constitutionum, Constitutiones autem de causſa per iusiurandum decisa indistinctè locutas fuisse, alioqui non erat cur ita scriberetur, *sed hæ constitutiones tunc videntur locum habere*, si nominatim de iureiurando necessario Principes rescripsissent. Porrò facta simpliciter iurisiurandi mentione non intelligo cur ad tertiam & postremam eius speciem coangustari debeant, cùm duabus aliis speciebus æquè propriè conueniat iurisiurandi appellatio. Eóque accommodatiùs in proposito, quòd vix alio vllo Pandectarum loco reperias mentionem factam iurisiurandi necessarij à iudice deferendi. Multóque minùs traditum, licèt verum sit quod de voluntario & iudiciali passim scriptum est, post exactum iusiurãdum necessarium de periurio quærendum non esse. Sed nec credibile est adeò dubiè scripturum fuisse Caium, sed multò certiore iuris scientia sic potiùs *hæ constitutiones tunc locum habent*. Adde quòd & sequentia illa prorsus inepta sunt *cùm à iudice quis absolutus fuerit*, si de necessario tantùm iureiurando generales Principum constitutiones intelligere Caius voluit. Nam & exacto iudiciali iureiurando idem accidit vt à iudice absoluatur qui deferente aduersario iurauit se non debere. At neque necessariò semper conueniunt. Quid enim si non reo sed actori delatum sit, isque iurauerit? Non de absolutione tractandum erit, sed de condemnatione actorisque victoria *l. 2. D. de re iudic.* Sequitur enim solere sæpe iudices in dubiis causſis exacto iureiurando secundùm eum iudicare qui iurauerit, ac proinde non semper secundùm reum, sed plerumque etiam pro actore si ei potiùs quàm reo deferendum iusiurandum videatur, quod in causſæ cognitione positum est *d. l. 3. C. eod. tit.* Rursus quod subiicitur *quod si aliàs inter ipsos iureiurando transactum sit negotium*, non satis exprimit an de voluntario tantùm an de iudiciali quoque idipsum intelligi debeat. Cùm enim iudiciale interuenit, transactum quidem dicitur negotium, at non inter litigatores, vt cùm ex ipsorum pactione, sed ex autoritate iudicis *l. 1. D. eod.* In qua obseruandum est duplicis duntaxat iurisiurandi habitam mentionem, non etiam tertij quod necessarium appellamus, nisi sub iudicialis quoque nomine velis contineri ob id quod à iudice deferatur. Postremò verba illa legis vltima *non conceditur eandem causſam retractare*, legum Codicis & Iustiniani præsertim, potiùs quam vllius ex Iureconsultis elegantiam sapiunt, cùm sit posita pro eo quod in principio legis scriptum est *causſam ex integro agere*. Itaque nisi me valdè fallo, tota hæc interpretatio, vt iam in superioribus præmonui, Triboniani est, non Caij, qui non abs re admonendos nos putauit, interdum etiam post exactum iusiurandum permitti constitutionibus Principum ex integro causſam agere ne generalis regula quæ in contrarium extat, incautum quem deciperet. In his enim quæ sunt ex bono & æquo contra receptas iuris regulas iudicanda plerumque sub autoritate iuris scientiæ perniciosè erratur, *l. si seruum 91. §. sequitur. de verbor. obligat.* Quisnam verò casus ille sit subinde Caius exponit: *siquis* inquit, *noua instrumenta se inuenisse dicat, quibus nunc solis vsurus sit.*
9 Primùm ergo requiritur † vt instrumentis non testibus periurium probetur, credo, ne alioqui facile sit condemnato testibus hinc inde conquisitis & pecunia quaue alia arte redemptis periurij probationem comminisci, atque ita probi fortassis viri qui iurauerit religionem famamque præstringere. Et in hoc errans iam olim Labeo qui periurij probationes quascumque admittebat vt contra peierantẽ daret actionem de dolo, à cæteris meritò notatus est *d. l. quod si deferente 21. D. de dolo.* Alterum est vt instrumenta sint noua, hoc est post præstitum iusiurandum reperta, idque dicat ipse qui causſam vult ex integro agere. Dicat autẽ non verborenus, sed ex animo & bona fide. Etenim quid si is qui instrumentum habebat ex quo decidi statim controuersia poterat, non solùm exhibitionem dolo malo distulerit, sed etiam iusiurandum ea mente detulerit vt certum periurij crimen aduersarius incurreret? An nõ sit improbissimus & dignus qui hoc ipso litis iacturam in perpetuum patiatur? Ergo ne delinquẽdi occasio detur, commodissimum erit id obseruari, vt qui se noua instrumenta inuenisse dicit, iuret ita esse, purgétque se de dolo malo, quod nostri iusiurandum purgationis appellant. Sic enim & *Bartolus* ipse tradidit ad *d. l. admonendi* quem sequitur *Guid. Pap. q. 244. n. 3.* Tertium est vt victus protestetur iis solis instrumentis se vsurum, quæ noua inuenerit. Ex quo apparet debere instrumenta esse eiusmodi ex quorum sola exhibitione periurium probari possit. Nam siue alias probationes concurrere necesse sit quæ non ita sint in promptu, siue præcedentes ex quibus possit nouis instrumentis adminiculum aliquod accedere, non est audiendus qui quærere vult de periurio. Exemplum autem apertissimum sumi potest ex *dict. l. vlt. C. de reb. credit. & iureiur.* & aliis casibus quos supra retulimus. Quibus omnibus commune illud est vt ex sola instrumenti vnius editione de periurio euidentissimè appareat: quod ipsum tamen eò pertinet, non vt qui malè iurauit de periurio condemnetur, sed vt perinde acsi non iurasset vincatur. Nec diuersum erit si in eandem rem plura instrumenta exhibeantur. An finge, Cùm à te centum peterem quasi tibi à patre meo credita non tantùm iurasse te non fuisse tibi credita, sed etiam quod plus est nihil te mihi debere, delato scilicet de ea re iureiurando. Si proferam instrumentum creditæ pecuniæ, non idcirco mihi causſam ex integro agere permittendum erit, quia cùm eo solo vti debeam, fieri non potest vt prosit mihi ad victoriam. Siquidem non probat centum te nunc debere, sed aliquando debuisse. Atqui fieri potest vt debueris & solueris. Etsi autem solutio quæ facti est non præsumitur nisi probetur *l. consilio 7. §. vltim. D. de curat. furios.* quia tamen hæc facti quæstio ex solo instrumento decidi non potest, consequens est vt sub prætextu eius instrumenti periurio tuo præindicium mihi facere non liceat. Idémque similium esto iudicium: quamobrem attentè hîc cõsiderare iudex debet quibus verbis delatum sit iusiurandum & præstitum, vt sciat an super tota causſa debiti iuratum sit nécne, *dict. l. si duo 13. §. idem Iulianus. & §. si quis iurauerit, dict. l. in duobus 29. §. si ei qui & §. igitur si quis iurauit l. si actor. 36. l. iusiurandum à debitore 40. D. de iureiur.* Alioqui si quoties dolo malo iurantis aliquid factum esset, liceret causſam ex integro agere, vtique de periurio quæstio semper superesset, cùm semper dolo faciat qui peierat, & periurij reus ille demùm sit qui sciens fallit, secundum veterem iurisiurandi formulam à *Iacobo Cujacio* relatam *lib. 1. Obseru. cap. 21.* Propter quod nec peierare pupillus, dicitur quia sciens fallere non videatur *l. qui iurasse 27. eod* nec contra peierantem dabat Labeo aliam actionem quàm de dolo *dict. l. quod si 21. de dolo.* Et tamen negari non potest quin Iustiniani † constitutio in *dict. l. vltim. C. eod.* suis circumscripta sit limitibus, non vt ad vltimatum duntaxat voluntatum fauorem respiciat vt vulgò interpretes & pragmatici malè sentiunt, sed vt ad eos tantum casus pertineat in quibus vt in illo qui proponebatur, tota periurij probatio nouorum instrumentorum fide concludatur. Ita enim fiet vt de periurio non facile quidem quæratur, *l. vltim. D. de in lit. iur.* sed tamen quæratur aliquando, id est cùm euidens æquitas suggerit *dict. l. admonendi*, & *dict. l. 1. & vltim. C. de reb. credit. & iureiur.*

10

11 Neque eo minùs subsistit † comparatio illa quam initiò admisimus iurisiurandi, transactionis & rei iudicatæ. Imò verò iurisiurando longè plus quàm cæteris tribuimus. Non enim ob dolum quemlibet de periurio quæri posse volumus: cùm tamen dolus quilibet si modò sit ex proposito, vt nostri loquuntur, iustam caussam præbeat rescindendæ transactionis. Nam eas demùm transactiones ratas lex habet, quæ non per vim vel per dolum, sed bona fide interpositæ sint *dicta l. sub prætextu. l. interpositas* 23. *& passim C. de transaction.* Sicut & aduersus rem iudicatam nihil prohibet dari restitutionem negotij ex caussa & permittente Principe sub obtentu præsertim nouorum instrumentorum, non tantùm in negotio reipublicæ *dicta l. Imperatores* 35. *de re iudic. aut pupilli l.* 3. *C. de iur. reipublic. lib.* 1. quibus ecclesiam quoque nostri comparant post *Baldum* in *d.l. sub prætextu.* sed etiamsi inter priuatos agatur, adeóque tametsi noua instrumenta nulla sint si dolo victoris circumuentam iudicantis religionem probetur *l. Diuus* 33. *D. de re iudicat. l. prætor.* 65. *vers. Marcellus notat D. de iudic.* Eóque iure passim vtimur. Cæterùm non ita
12 facilè induci potuisse † vt quantumuis æquitas suggereret de periurio vllo casu quæreretur, ex eo intelligimus quòd necessariæ in eam rem fuerunt constitutiones Principum, quas Caius refert in *d. l. admonendi.* Itémque *dicta lex vltim. C. eod.* denique legis autoritas,
13 vt loquitur *d. lex* 1. *eod.* Eas porrò constitutiones † non minùs de iudiciali quàm de necessario iureiurando intelligi debuisse quicquid Tribonianus scripserit ex illo constat, quòd non sit minùs fauorabilis qui iurat deferente iudice, quàm qui deferente aduersario. Imò fauorabilior hoc ipso quòd aliis probationibus nititur, ideóque, si pragmaticis credimus, litis expensas obtinet, quas deferente aduersario iurans non obtineret, vt sequenti capite dicemus. Taceo quod dici solet in iudiciis quasi contrahi *l.* 5. §. *idem scribit. D. de pecul. &* quod à iudice fit à parte persæpe factum videri *l.* 1. *C. si in caus. iudic. pign. capt. sit l. si ob caussam* 15. *C. de euict.* Denique si ponas tam ab actore quam à reo plenè probatam cuiusque intentionem, vt fit interdum, maximè si testibus conferre debeat ex *dicta l. admonendi.* Quæso quomodo fieri queat vt post exactum iusiurandum noua instrumenta victus proferat, quibus solis vtendo possit vincere? Siquidem probationibus reiectis relinquetur necessariò, vt qui antè iurauit & vicit, iterum vincere debeat etiam citra iusiurandum, quippe qui probationes plenas habeat nulla contrariarum comparatione labefactatas: aut si contingat ex nouis instrumentis liquidò quoque probatam victi intentionem, non ideo tamen fiet vt qui ex altera etiam parte plenè probauit, vinci debeat. Quid ergo facere iudex possit in caussa iterum dubia, nisi vt rursus deferat iusiurandum? Cui verò? an illi qui iurauerit? Minimè. An ei contra quem iuratum fuerat? Multò minus. Hoc enim ne in iudiciali quidem iureiurando obtinere potest, vt iusiurandum vnius periurio alterius præiudicium faciat *d. l. in duobus* 28. §. *vltim.* Ergo vel hoc saltem casu fatendum est non posse verum esse quod de iureiurando necessario traditum legimus in *dict. l. admonendi*, & consequenter Tribpniano potiùs quàm Caio adscri-
14 bendum esse. Quamuis † nec sibi Tribonianus ipse constiterit qui in *d. l.* 1. *C. de reb. & iureiur.* vbi agitur tantùm de iureiurando iudiciali & voluntario, de suo adiecerit exceptionem, quæ sanè ab Imp. Antonino adiici non potuerat *nisi specialiter hoc lege excipiatur* cùm nulla adhuc tum lege exceptum quicquam esset.

ERROR VI.

De sumptibus litis iureiurando iudiciali decisæ.

SVMMARIA.

1 *Victus victori in expensas litis regulariter condemnatus est.*
2 *Exceptiones.*
3 *An qui aduersario inficianti iurare permisit, & eo iurante victus est, in expensas debeat condemnari?*
4 *Accursij sententia affirmans.*
5 *In oppositum autoris assertio Senatui Sabaudico probata.*
6 *Qui iuramentum retulit deferenti, si ob id victus sit, non ideo tamen in expensas condemnandus est.*
7 *Quibus finibus coarctandum sit quod de remittenda expensarum condemnatione cùm lis per iusiurandum decisa est, dictum fuit.*

REgula † iuris est frequentissimè in iudiciis 1
vsurpata, victum victori in expensas litis condemnandum esse, *l. cum quem temerè* 79. *D. de iudic. l. properandum* 13. §. *sine autem alternis. C. eod.* Nec alias ferè admittit † exceptio- 2
nes quàm si vel mutua fuerit collitigantium victoria, quæ proinde expensarum compensationi locum faciat, arg. *l. fin. §. pen. D. de eo per quem fact. erit. l. si duo.* 36. *D. de dole. l. domum.* 57. §. *vlt. de contr. empt. l. viro* 39. *D. solut. matrim.* vel iustam litigandi caussam habuisse videatur is qui victus est, quod plerunque & ex variis caussis potest contingere, *l. qui solidum* 78. §. *etiam. vbi Bartolus & cæteri, de legat.* 2. Sed obseruandum tamen est eo casu non debere iudicem pronuntiare compensandas esse expensas, in quo plerique iudices per imperitiam errant. At potiùs nullum expensarum condemnationi locum esse, quod vulgò dicimus *sans despens.* Quid ergo si quis aduersario † inficianti (nam adfirmanti qui quod asseue- 3
rat probare omnino debeat, vix est vt nisi per iuris imperitiam nimiámque stoliditatem iusiurandum quis deferre velit, vt in *l. vlt. C. de reb. credit. & iureiur. l.* 5. *D. eod. l. postquam.* 5. §. *si dies. D. vt legat. nomin. caueat.*) iurare permiserit, eóque iurante victus fuerit? Placuit nonnul-
lis † post *Accurs. in l. generaliter. penult. §. his de præsenti-* 4
bus. ver. an ab altera. C. de reb. credit. hoc etiam casu locum esse regulæ, quasi imputare sibi debeat & facilitati suæ expensum ferre qui iusiurandum vltrò detulit, arg. *l. si seruus iurauerit* 27. *D. de iureiur.* Sed displicuit † hæc 5
sententia Senatui. Nec immeritò. Abunde enim sufficere victori debet quod probandi necessitate in totum exoneretur, vt in quæstione non valde dissimili Paulus tractat in *l. cum qui.* 10. *eod.* quódque in caussa sua veluti iudex fuerit constitutus *l.* 1. *&* 2. *l. non erit.* 5. §. *dato. & pass. eo. ti.* Expensarum enim condemnatio non propter lucrum vincentis, sed in pœnam temerè litigantis infligitur *d. l. cum quem temerè.* §. *hac autẽ Inst. de pœna temer. liti.* Nemo autem dixerit temerè litigasse eum qui non nisi per aduersarij iusiurandum victus sit cùm fieri possit vt qui iurauit peierauerit, nec eò minùs tamen vicerit. Nimirum quia postea quam solenniter, & ritè iuratum est, de periurio quærendum non est, sed de illo dùtaxat an iuratum sit *l.* 1. *C. de reb. credit. & iureiur.* contemptaque sacrosancti iurisiurandi religio Deum solum vltorem habet, *l.* 2. *eod.* vbi quod scriptum est *satis Deum vltorem habet*, sic accipi debet, vt & solum eum vltorem habeat. Quòd si victus sit † non qui iusiuran- 6
dum detulit, sed qui retulit deferenti, multò magis admittendum est sumptuum condemnationem fieri nullam oportere. Nam præter id quod relatio ipsa delatio est, videri etiam potest fauorabilior qui re-

fert,

fert, vel ob hoc maximè quod iusiurandum delatum referre vt plurimùm illi soleant, qui diuini numinis metu ad superstitionem vsque sunt timidiores, quemadmodum Vlpianus scribit in *l. qui sub conditione* 8. *De condit. instit.* In quam tamen partem peccare longè tutius est ac modestius, & Christiano præsertim homine dignius, quàm religionis contemptu facilitatem iurandi præ se ferre *l. illud* 25. §. 1. *D. de constit. pecun.* Propter quam caussam & necessarium dici non malè potest iusiurandum huiusmodi quod refertur, quoniam & ab inuito eo qui iurare non vult deferendum est, *l. manifesta* 38. *D. de iureiur. l. delata* 3. *C. eod.* & ab inuito eo, qui prior detulerat suscipiendum *l. iusiurandum* 34. §. *datur autem. D. eod.* Cùm ex contrario quòd primùm defertur, sit voluntarium, quia nec nisi à volente defertur, nec nisi volenti, in cuius nimirum potestate est recusare si modò referre malit *d. l. iusiurandum in prin. d. l. generaliter* 12. §. 1. *C. eo.* quamuis verumque nostri iudiciale vocent, voluntarium appellantes magis propriè quod ex conuentione descendit, & de consensu vtriusque partis extra iudicium præstatur, de quo *in l.* 1. *eo. l.* 1. & aliis
7 plerisque locis. *D. eo.* Cauendum † tamen diligenter est, ne cum vulgaribus pragmaticis erremus, si quod diximus de remittenda expensarum condemnatione cum lis per iusiurandum decisa est, tam generaliter & indistinctè accipiamus, vt non certis veluti finibus coarctemus. Toties enim id obtinet quoties non aliam vincendi caussam habuit qui iurauit, quàm quòd iurauerit. Cæterùm si suam intentionem aliunde fundatam habuit, iniquissimum sanè futurum sit, & comminiscendis fraudibus aptissimum, si temerario & improbo litigatori ad euitandam expensarum condemnationem velut remedij loco liceat post varios fortasse litium anfractus iusiurandum deferre. Finge eum qui ex proprio chirographo aut ex instrumento publico & galentigiato, vt aiunt, conueniatur, post pleraque friuolas exceptiones oppositas in ipso procinctu condemnationis obiicere exceptionem factæ solutionis, cuius nullas prorsus habeat probationes, ex æque caussa delatum fuisse actori iusiurandum. Si actor iurauerit nihil sibi solutum fuisse, non eo minùs expensas litis consequetur, quia etiam citra iusiurandum in eo fuit vt vincere debuerit, nisi fortè proponas ante contractam in iudicio moram, nullisque præcedentibus tergiuersationibus delationem iurisiurandi super exceptione solutionis factam esse: Finge rursum diuersis à reo obiectis exceptionibus super quibusdam iurasse actorem, super aliis, nec delatum fuisse iusiurandum, tandémque secutam rei condemnationem. Perinde ad omnes expensas reus condemnabitur acsi nihil iuratum esset, idémque multò magis tractari potest contra actorem, si is per viam replicationis iusiurandum reo detulerit qui aliis quoque fretus exceptionibus actorem superarit. Nam neque iurare cogitur qui alia ratione litis victoriam potest sibi comparare. Eo demum igitur casu delatio præstatióque iurisiurandi inducet expensarum compensationem, quo solum iusiurandum victoriam pepererit, nec alia de caussa siue actor, siue reus victor euaserit quàm quia iurauit. Atque hoc iure passim Senatus noster vtitur.

ERROR VII.

De sumptibus litis per iusiurandum, vt vocant, suppletiuum decisa.

SVMMARIA.

1 *An sumptus vlli debeantur victori litis per iusiurandum suppletiuum decisa?*
2 *Baldi sententia negans, & eius fulcimentum.*
3 *Pragmaticorum contraria assertio & eius ratio.*
4 *Baldi sententia ab autore probatur, & n.* 6.
5 *Limitatio sententiæ pragmaticorum.*

AT si de iureiurando † nec voluntario, nec iudiciali, sed necessario, &, vt vocant, suppletiuo tractetur, alia maiórque dubitatio est, an victori sumptus litis vlli debeantur. 1
Dubitandi autem ratio † illa est, quòd hoc quoque casu perinde dici possit sufficere debere victori quòd probandi necessitate exoneratus sit *l. eum qui D. de iureiurand.* quódque vicerit ex probatione, vt loquuntur priuilegiata. Cùm sit perpetuum vt citra iurisiurandi præstationem condemnandus sit is qui ad implendam probationum fidem iusiurandum suscipit. Nam si plenæ probationes suppetant, iniquè decernit iudex si vltrò nullaque cogente ratione improbi fortasse hominis religionem lubrico periurij velit credere, aut probùm, sed modestum & religiosum virum cui litis iacturam multò libentiùs passurus sit quàm iuraturus, iurandi necessitate obstringere. Atque ita *Baldus* sensit ad *Auth. generaliter Cod. de episcop. & cleric.* eum qui ex iureiurando huiusmodi suppletiuo victus sit, sumptuum nomine condemnari non oportere. Sed alio † iure pragmatici 3
nostri vtuntur. Ea ratione quod non ex solo victoris iureiurando sequatur hoc casu vt superiore condemnatio, sed ex probationibus quoque præcedentibus, quæ licet minus integræ, non vsque adeò tamen tam parui sunt momenti, quin veritatis præsumptionem inducant, sine qua nec volens iudex deferre iusiurandum posset ex *lege admonendi* 31. cuius hanc volunt esse *sententiam D. de iureiurand.* Hancque sententiam contra *Baldi* traditionem in supremis Galliarum curiis passim receptam esse testatur *Rebuffus* diligentissimus Gallorum pragmaticus *in tractat. De expens. dámn. & interess.* & à Senatu nostro quàm sæpissimè probatam fuisse scio. Me tamen pro *Baldo* reluctante. Tantum enim † abest vt eum contra 4
quem iusiurandum hoc suppletiuum defertur præstáturque, in vllas litis expensas condemnandum esse putem, vt nec mihi persuadere vllomodo possim, iusiurandum hoc deferri vnquam debere, cùm quisquis in probanda sua intentione mancus est, siue actor siue reus ille sit hoc ipso succumbere debeat, adcóque in litis sumptus omnes condemnari si iuris rationem prudentúmque sententias interpretum traditionibus præferamus, vt prioribus huius Decadis capitibus à nobis fusiùs disputatum est. Etsi autem non ignoro quæstionem hanc ex earum numero esse in quibus communis error ius facit, nihilque in foro nostro esse receptius, quàm vt ei qui nonnisi semiplenè probauerit siue actor siue reus sit iusiurandum hoc deferatur, mihi tamen videretur error ille coarctandus esse potiùs quàm diffundendus. Hactenus saltem vt is qui ex proprio iureiurando & testimonio contra manifestissimam iuris rationem litis victoriam sibi peperisset, à petenda expensarum condemnatione abstinere, litisque cuius iacturam facere debuerat lucro contentus esse iuberetur. Maiórque sanè ratio suaderet vt cùm ex iureiurando iudiciali & decisorio lis decisa est, expensarum condemnationem pateretur is qui detulisset, quod nos tamen superiore capite negauimus. Imputari enim potest ei qui iusiurandum detulit cur detulerit si alia ratione intentionem suam probare potuit: quod si non potuit, est quod tantò facilius expensarum condemnationem patiatur, quam vtique perinde incursurus erat etiamsi iusiurandum non detulisset. At ei contra quem iusiurandum suppletiuum præstatur nihil imputari potest, cùm & aduersus inuitum, & vltrò petenti per iudicem deferatur. Illud sanè minùs displicet † 5
quod pragmatici fatentur, Non aliter sumptuum condemnatione mulctandum esse eum contra quem iusiurandum suppletiuum præstatur, quàm si factum,

de quo probando agitur,tale ſit cuius veritatem probabiliter ignorare non potuerit. Quid enim ſi tanquam hæres quis conueniatur ex pacto de retrouendendo quod à defuncto ante multos annos conuentum proponatur ? Admittunt non eſſe hunc in expenſas litis condemnandum niſi quæ factæ ſint poſt apertas teſtationes, quod nos dicimus,*apres les enqueſtes ouuertes & publiées.* quia nec ſi pleniſſimæ probationes eſſent, condemnaretur vt hac parte vtroque caſu paria ſint omnia. Eſt enim alieni facti ignorantia ſemper probabilis *l.vlt. D. pro ſuo.* Ab eo autem tempore quo apertæ ſunt teſtationes ceſſante alieni facti ignoratione quæ in eum vſque diem probabilis fuerat,bonam fidem agnoſcere,inquiunt, debuit hic qui ſcire cœpit, quid è defuncto
6 conuentum promiſſumque eſſet. Ego verò ne † harum quidem expenſarum condemnationem iuſtam eſſe admitto.Nam qui ex apertis teſtationibus didicit non niſi ſemiplenè probatam fuiſſe actoris intentionem, tantò minùs improbè litigaſſe credendus eſt ſi in lite perſeuerauerit ,ratus fore vt actor qui in probationibus ſuis deficeret condemnari ipſe ex iuris ratione deberet , niſi velis ei imputare quòd neſcierit, aut non crediderit futurum,vt apud probos doctóſque iudices communis interpretum error ius facere vnquam poſſet.

ERROR VIII.

De iuriſiurandi delati relatione.

SVMMARIA.

1 *Non eſſe perpetuum quod dicitur manifeſta eſſe turpidinis & confeſſionis, nolle nec iurare, nec iuſiurandum deferre.*
2 *Non cogetur iurare reus,ſi deferat iuſiurandum is qui deferendi ius non habet, puta pupillus,aut procurator cui mandatum duntaxat fuerat vt petat.*
3 *Idem iuris eſt , ſi aut pupillo , aut procuratori qui non ſpeciale in eam rem mandatum habeat , iuſiurandum delatum ſit.*
4 *Item ſi deferatur tibi iuſiurandum in eo loco vbi iudicium accipere cogi non poſſis.*
5 *Quartus caſus quo non cogitur iurare is cui defertur iuſiurandum.*
6 *Quintus caſus.*
7 *Error interpretum & pragmaticorum.*

1 MAniſeſtæ † quidem turpitudinis eſt, & confeſſionis, non iurare nec iuſiurandum deferre,*l.manifeſta* 38. *D. de iureiur. l.dilata* 9. *C. eod.*Sed non eſt tamen hoc perpetuum,Quid
2 enim ſi deferat is, qui † deferendi ius non habet ? puta pupillus cui data non eſt rerum ſuarum adminiſtratio, aut procurator cui mandatum duntaxat fuerat vt peteret , non etiam vt iuſiurandum deferret ? Non cogetur reus iurare, niſi ponas procuratorem hunc habuiſſe bonorum vniuerſorum adminiſtrationem aut in rem ſuam procuratorem conſtitutum , qui ipſe domini loco habeatur *l. ſed ſi tantum* 13. §. 1. *D. de pact.* Alioqui mandatum ſpeciale requiritur *l.iuſiurandum quod ex conuentione* 17. §. 1. *& vlt. cum ll. ſeqq. D. de iur.* Mandato ſiquidem generali nunquam cenſetur data tranſigendi, decidendique negotij poteſtas, *l.mandato* 60. *D. de procurat.* Idcóque nec is cui mandata eſt cauſſæ actio tranſigere potent aut iuſiurandum deferre,quia inter cauſſæ actionem & litis decitionem permultum intereſt *L tranſactionis* 7. *C. de tranſact.* ſicut nec ei ſolui poteſt , nec habet ille iudicati actionem *l.hoc iure* 86. *D. de ſolut.* quamuis dici ſoleat fieri cum dominum litis à tempore conteſtationis *l.ab executore* 4. §. *vltim. D. de appellation.lege pro-*
curatoribus 22. *& l.ſequens,Cod. de Procurat.* Aliud enim eſt dominum eſſe litis quæ alieno nomine exercetur, aliud dominum eſſe rei , de qua litis pendeat. Quid ex contrario † ſi aut pupillo aut procuratori qui non ſpe- 3
ciale in eam rem mandatum habeat , iuſiurandum delatum ſit ? Non ſunt cogendi iurare *l. iuſiurandum & ad pecunias* 34. §. *pupillo cum ſeq. D. De iureiuran.* quia nec de alieno facto iurare quiſquam compellitur *l. Marcellus* 11. §. *iurare. D. rer. amot.* nec ſub alieni compendij emolumento anceps periurium ſubire, *l.videamus* 4. *D. de in lit. iur.* quamuis nihil veret procuratorem, ſi velit iurare tanquam dominum litis , in eius tamen commodum cuius nomine litem conteſtatur *l.vulgo* 7. *D. de eod.* imputétque ſibi qui ei detulit cum domino deferre deberet. Quod ſi factum eſſet, vtique non magis procuratori liceret iurare quàm iuſiurandum deferre , adcóque nec ſi ſpecialiter id ipſi mandatum proponeres. Iurare enim per ſe non per alium debet quiſquis delatum iuſiurandum ſuſcipit. Quod ſi valetudine aut qua alia cauſſa impediatur, ne ad iudicem venire poſſit , permittendum ei eſt vt iuret , in qua degit prouincia , dummodo præſente aduerſario, vel ipſius procuratore, *l. generaliter* 12. §. *his præſentibus. C. de reb. credit. & iureiurand.* quod & in iureiurando de calumnia olim obtinebat, *l.* 2. §. *ſin autem abfuerit. C. de iureiur. propt. calumn. dand.* Quod rurſum † ſi deferatur tibi iuliurandum eo 4
loco in quo iudicium accipere cogi non poſſis ? Nec iurare cogeris, nec referre , *lege tutor.* 33. §. *vlt. de iureiur.* Quod interpretes plerique protrahunt ad omnes eos qui fori exceptionem habent , vt neque partis interrogationibus,nec poſitionibus reſpondere compellantur. Quid † ſi cùm exceptionem non numeratæ pecuniæ 5
obiicere non poſſes , vel ab initio , vel poſt elapſa tempora, iuſiurandum deferas ? Non potes *l. in contractibus* 14. §. *videlicet. C. de non numer. pecun.* eóque iure vtimur, licèt in Pariſienſi Senatu contrà iudicatum referat *Papinius in Syntagmate illo Arreſtorum.* Quid ſi ſpatium aliquod dandum ſit vt certioretur is cui iuſiurandum defertur, ſicque poſteà iure ? Non eſt intereà vrgendus & præcipitandus *d. l. iuſiurandum* 34. *in princip. D. de iureiur.* Itaque ſupradictis omnibus calibus & aliis nonnullis quos noſtri poſt *Bartolum* congerunt ad *d. l. manifeſta*,apparet non ſemper turpitudinis eſſe aut confeſſionis nolle iurare , nec iuſiurandum deferre. Addo † 6
aliam exceptionem ſi is cui iuſiurandum defertur paratum ſe dicat ea omnia probare ſiue inſtrumentis ſiue teſtibus quæ ad litis victoriam poſſint ſufficere. Cur enim aut iurare cogatur qui per modeſtiam, & religione magis quàm conſcientia ductus iurare nolit ? *lege illud aut illud* 25. §. 1. *D. de conſtit. pecun. lege qua ſub conditione* 8. *D. de condit. inſtit.* aut iuſiurandum referre qui ex liquidis probationibus quas iam in manu habeat , certam victoriam ſibi comparare poſſit. Siquidem vix eſt vt niſi deficientibus cæteris probationibus omnibus iuſiurandum vnquam deferatur. Tametſi non negem poſſe & ab eo deferri cui aliæ ſuppetant probationes, niſi tutorem fortè proponas qui pupilli nomine deferat iuſiurandum *dict. l. tutor.* 35. *de iureiur.* Idque eſt fortaſſe quod in *l.*3. *C. eod.* ſcriptum legimus,in bonæ fidei contractibus necnon in cæteris cauſſis inopiâ probationum per iudicem iureiurãdo cauſſa cognitâ rem decidi oportere.Et ſi enim non ignoro interpretes noſtros ad iuſiurandum neceſſarium, quod ſuppletiuum vocant, hoc ipſum accommodare : Attamen vt cætera taceam quæ in hanc ſententiam ſuprà diſputauimus,illud ſaltem fatendum eſt conuenire etiam iuramento iudiciali, &, vt loquuntur, litis deciſorio, quod, vt diximus, inopiâ quoque probationum deferri ſolet. Nec ad rem pertinet quod à parte non à iudice deferatur. Etenim non eo minùs deciſa cenſetur per iudicem controuerſia, & quia delationem iuriſiurandi ab eo adprobatam eſſe neceſſe eſt, *d. l. generaliter.* §. 1. & quia poſt exactum

iuſiurandum

Digitized by Google

iusiurandum sententiam iudicis interuenire oportet ad condemnandum eum contra quem iuratum est, *dict. l. generaliter. in princip.* iis verbis *non expectata vltima definitione* Et sanè cùm relatio ipsa iurisiurandi delatio sit, æquissimum est vt quemadmodum inuitus deferre non cogitur, qui suam intentionem aliter probare mauult, adeóque delatum iam iusiurandum reuocare potest *l. si quis iusiurandum 11. C. eo.* ita nec referre compellatur qui testibus aut instrumentis potest vincere, siue ante delatum iusiurandum factæ sint probationes, in quo omnes conueniunt teste Paponio supradicto *tit. Arrest. 5.* siue posteà fieri possint. Facit *tit. 4. feudor. lib. 1. si de inueſt. cont. fuer.* in illis verbis *si autem non fuerit in possessione nec supra dictis modis poterit probare.* Atque ita Senatus noster passim pronunciat improbans quod in contrariam partem iudicari solitum refert idem *Ioannes Paponius eodem loco.* pòst *Bart. in l. fin. D. de in lit. iurand.*

7 Sed & in eo videntur mihi † errare plerique ex interpretibus quos pragmatici nostri sequuntur, quòd existimant, Tum etiam cùm ei qui iusiurandum defert referri id non potest, cogendum tamen iurare eum cui defertur, si modò facti veritatem compertam habeat, adeóque quod magis est super credulitate, vt loquuntur, si rem vti gesta est exactè nesciat. Sic enim *Aymo Cravet.* passim à nostris receptus *cons. 103.* & omnino malè, ni fallor. Nunquam enim arctandus quis præcisè est vt iuret, sed indulgendum semper ei cui iusiurandum defertur vt referre possit. Alioqui nec audiri debet qui tale iusiurandum defert quod aduersario recusante & referente non possit ipse suscipere. Propter quam caussam non sic concepta lex est, vt dicat manifestæ turpitudinis esse nolle iurare, sed cum adiectione *nec iusiurandum referre*, vt intelligamus non posse recusanti obiici conscientiam si modò iusiurandum sibi delatum referre sit paratus: quod porrò non aliter facere potest, quàm si deferens talis sit qui iusiurandum sibi relatum possit suscipere. Exceptio tamen subiicienda est, nisi ex persona eius cui iusiurandum defertur, fiat ne referri possit, vt puta si filiofamilias aut seruo delatum sit, aut in actione rerum amotarum. Tunc enim non eo minùs iurandum est, quòd is cui iusiurandum defertur referre id non possit.

ERROR IX.

De iureiurando iudiciali per eum delato qui à probanda intentione sua iam exclusus sit.

SVMMARIA.

1 *An iudiciale iusiurandum deferre is possit qui à probanda intentione sua iam exclusus est.*
2 *Interpretum sententia affirmant.*
3 *Relata sententia ratio.*
4 *In oppositum autoris disputatio.*
5 *Improbabilis sententia Senatus Pedemontani putantis si actor suis diffidens probationibus deferat iusiurandum reo volenti suam intentionem probare per testes, cogendum esse reum vt vel iuret, vel referat.*

1 FRequenter hæc quæstio in iudiciis occurrit, an † qui ad intentionem suam per omne probationis genus, vt fieri solet, comprobandam admissus est data in eam rem dilatione, post eius dilationis tempora iusiurandum deferre possit siue probationes alias nullas proferat, nullis fortasse auditis testibus, siue testes aliqui audiri sint, quorum testationes iam didicitæ sint, aut nondum
2 apertæ. In qua quæstione receptior † interpretum sententia est, iurisiurandi delationem semper & in quacunque litis parte admittendam esse, adeóque posteà quàm concluſum iam fuit in caussa, & post apertas testationes ex quibus apparuerit nihil ab actore probatum fuisse. Sic enim ex *Bartolo, Baldo, Castrensi, Boerio, Cagnolo,* & aliis quàm plurimis tractat *Anton. Tessaur. decis. Pedemont. 93.* Cuius sententiæ † præcipua illa ratio esse videtur quòd nulla dici possit iniuria fieri ei qui iurare cogitur aut referre, cùm in caussa sua iudex constituatur. Sed mihi neque sententia, † neque ratio hæc probari vnquam potuit. Nam cùm iusiurandum hoc probationis species quædam sit, & quidem efficacissima, quomodo fieri, obsecro, potest vt is cui probandi via omnino præclusa est, ad iurisiurandi delationem admittatur? facit *l. contractus §. illo. Cod. de non num. pecun.* Aut quis neget interesse quàm maximè eius cui iusiurandum defertur ne vel iurare cogatur vel referre? Præsertim cui iam parta sit certa spes victoriæ ex eo quòd aduersarius in suis probationibus necessariis defecerit. Iam enim sæpius diximus permultos esse, qui non improbabili religionis veneratione prohibeantur ne iurare velint de iis quoque rebus quas alioqui certissimas habeant, & exploratas, quique litis iacturam forsitan libentiùs facturi sint quàm iuraturi. Quòd si dicas in eorum fore potestate vt iusiurandum aduersario referant, si iurare ipsi nolint, tantò grauiorem sanè iis iniuriam inferas, quos cogas bonæ certæque litis victoriam aduersarij periurio committere, quem sciant non nisi cum periurio iurare posse, nec eo minùs iuraturum qui sub ipe elationis iusiurandum detulerit. Estque in hanc rem, ni fallor, textus nec inelegans nec obscurus, *in l. si quis iusiurandum 11. C de rebus cred. & iureiur. Satis enim absurdum est*, inquit lex, *redire ad hoc cui renuntiandum putauit, & cùm desperauit aliam probationem, tunc demùm ad religionem confugere.* Etsi enim tractat eo loco Iustinianus de eo qui primùm detulerit iusiurandum, & nondum eo præstito, vtpote nouis probationibus emergentibus id reuocauerit, vt iterum ad sacramentum recurrere non possit, tamen non facilè video quid interfit inter eum qui iurisiurandi delationi iam factæ renuntiauit, vt intentionem suam aliis rationibus comprobaret, & eum qui passus sit labi tempora intra quæ iusiurandum deferre potuit, nec detulit, testibúsque aut aliis instrumentis caussam suam munire maluit. Plus quàm enim desperauit hic de suis probationibus qui probandi viam omnẽ sibi præcludi consensit, aut ex testationibus apertis competit nihil se per testes probare potuisse. Fateor sanè non esse prohibendum eum qui per testes intentionem suam probare voluit, quominus mutato consilio aliam probandi rationem eligat, in eámque rem iusiurandum deferat dummodò tempora largiantur, siue testes aliqui iam auditi sint, siue nulli, dum ne secreta testationum didicita proponantur. Esset enim certè perquàm durum sola electione vnius generis probationis, à cæteris excludi eum qui ad omne genus probationis sit admissus: Nec fauor probationum patitur vt ei qui per testes probare cœpit obiici debeat vulgare illud dictum, *Pateat tibi via quam elegisti.* Sed post desperatas, aut quod magis est, exclusas omnes probationes admitti delationem iurisiurandi, id verò durius longè esset ac iniquius. Illud autem prorsus intolerabile † quod Tessaurus supradicto loco probat & 3
à Senatu Pedemontano decisum testatur, Si actor suis diffidens probationibus quas iã produxerit, deferat iusiurandũ reo volenti suam intentionẽ probare per testes, cogendũ esse reum vt vel iuret, vel referat. Facit enim hæc sententia duplicem iniuriam reo: Priorem in eo, quòd actoré post desperatas alias probationes, elapsaque probãdi tempora admittit ad iurisiurandi delationem, quod nos fieri debere iam negauimus, alteram in eo, quòd reo adimit probationis per testes faciendæ facultatem vt illum adigat inuitum ad iuramentum suscipiendum aut referendum: quod etiam à iuris ratione abhorrere diximus in superioribus. Illud verò temperamentum quod Tessauro placet, vt testationes à Senatu inspi-

ciantur,&,si appareat plenè probatam actoris intentionem, vno demùm illo casu actor iusiurandum deferens non audiatur, ostendit euidentiùs sententiæ huius iniquitatem. Cur enim magis faueamus actori qui minùs probauerit? Aut cur periurij probationem pertimescamus cùm aduersus eum qui iurauit, nunquam de periurio quæratur, maximè si per testes non per instrumenta periurium probare velit is, qui victus fuit, *l.vlt.D.de in lit.iur.l.2.C.de reb.credit.& iureiur.*

ERROR X.

De iureiurando delato quod habetur pro præstito aut pro relato.

SVMMARIA.

1 *An habendum sit iusiurandum pro præstito quod delatum est à iudice in supplementum probationum cum ab ea delatione prouocauit aduersarius, & interim mortuus est qui iurare debuit.*

2 *Sententia pragmaticorum affirmantium habendum pro præstito, si quandoque iniusta appellatio pronuntietur.*

3 *In oppositum autoris disputatio.*

4 *An iusiurandum pro relato præstitóque haberi debeat si aduersarius cui delatum fuerat nolit iurare.*

1 SI iusiurandum † necessarium, & vt vocant, suppletiuum delatum sit à iudice in supplementum probationum, & ab ea delatione aduersarius prouocauerit, tum pendente appellatione nec dum præstito iureiurando decesserit is qui iurare debuit, quæri inter pragmaticos solet an iusiurandum pro præstito habendum sit, nécne: Cuius quæstionis effectus magnus in eo est quod si pro præstito habeatur, certam victoriæ spē transmittit in heredem qui alioquin esset condemnandus si pro præstito non haberetur, quando nec heredi permittendum est vt iuret de facto defuncti, nisi cuius fortasse particeps, & conscius esse proponatur. Nostrorū
2 verò † pragmaticorum sententia est, iusiurandum pro præstito habendum esse, si quandocumque iniusta appellatio pronuntietur, quoniam æquum non sit ei qui temerè & sine caussa appellauerit suam frustrationem prodesse, sed potius in eius præiudicium pro facto haberi, quod ne factum sit per eum stetit, arg. *l.tutor.4.D. de vsur.* iunct. *l.iure ciuili 86. de cond.& demonst.* Me in
3 contrarium † illud mouet, quòd fieri potuit vt in ipso etiam procinctu iurandi religione aut conscientia impediretur is qui iurare debuit ne iurare veller: aut si omnimodò iuraturus fuit imputari ei potest cur post interpositam ab aduersario appellationem non perierit vt saluo iure appellationis iurare sibi liceret. Hoc enim veluti auxilium propositum est ei quem iudex ad iurandum admisit ne admittendæ probationis periculum incurrat si fortè inter appellationis moras decedat, *l.generaliter 12.§.1.Cod.de rebus credit. & iureiurand.* vbi Iustinianus ob hanc ipsam caussam constituit, vt non obstante appellatione præstari possit iusiurādum, ne forte, inquit probationes intercidant, si fortè interim is cui iusiurandum delatum est, ab hac luce subtrahatur. Quid autem, obsecro, caussæ erat, cur ita Iustinianus constitueret, si iuris ratio pati posset vt iusiurandum cuius præstationi iniusta appellatio moram iniecisset pro præstito haberetur? Etsi verò non in ea sum opinione, vt illam Iustiniani constitutionem ad hoc iurisiurandi genus pertinere existimem, sed ad illud duntaxat quod in dubiis causis solebant iudices ei deferre qui potiore iure niteretur, quemadmodum suprà tractauimus, postea quàm tamen placuit interpretibus de suppletiuo quoque iureiurando eam legem intelligi debere (nam & vtrunque necessarium appellatur) non possunt illi recusare quominùs ex illo loco argumentū sumatur, ad errorem hunc, quem nos refellimus, impugnandum. Nam & multò maior ratio esset cur iusiurandum illud Iustinianeum pro præstito haberi deberet defuncto post interpositam appellationem eo, qui iurare debuerat, quàm suppletiuum istud quod interpretes, & pragmatici nostri comminiscuntur. Est enim illud longè fauorabilius, quippe quod ei deferatur, qui etiam citra iusiurandum vincere deberet: Hoc verò ei duntaxat, qui si non iuret omnimodo condemnari debeat propter defectum probationum. Proinde non facit pro pragmaticis nostris ratio illa qua mouentur quòd per appellantem steterit ne iusiurandum præstitum sit, cùm non potuerit appellatio facere quominùs iuraretur si iurare victor voluisset. At finge eum qui iusiurandum detulerat, cùm ei referri posset, priùs decessisse quàm aduersarius aut iuraret aut referret, siue ante, siue post agnitam conditionem delati iurisiurandi aut à iudice admissam. Eadem dubitatio esse potest, an iusiurandum † pro relato, præstitóque haberi 4
debeat, si fortè aduersarius cui delatum fuerat, nolit iurare. Certum enim est nec heredi referre posse, ne alioqui cogatur heres iurare de facto defuncti. Planè si iurare velit etiam post mortem eius qui iusiurandum detulit, dubitari non potest quin sit audiendus. Pragmatici nostri putant iusiurandum hoc casu pro relato præstitóque haberi oportere, nec ei cui delatum est profit quod perperam, & sine caussa iurare vel referre distulerit. Nec inuitus probo sententiam, si qua mora contracta sit per eum qui vel iurare debuerit, vel referre. Sed si mora nulla præcesserit, aut si ea quæ præcesserat purgata sit, siue per interlocutionem iudicis, siue qua alia ratione, iniquum sanè fuerit ob hoc fieri duriorem conditionem eius cui delatum est iusiurandum quòd aduersarius ante præstationem, relationémque decesserit, qui si viueret, ex relatione iurare fortassis recularet.

ANTONII FABRI IC.

Decas Vigesima.

ERROR PRIMVS.

De anatocismo & vsuris fructuū ac sumptuū litis.

SVMMARIA.

1 *Anatocismus quid.*

2 *Anatocismus à Iustiniano prohibitus.*

3 *Vsura vsuræ interdicta est, sicut & alia quæuis accessio accessionis.*

4 *Casus quo fructuum seu vsurarum vsuras deberi volunt pragmatici.*

5 *Disputatio autoris contra pragmaticorum sententiam, & num.8.*

6 *Pecunia credita vsuras nullas deberi ex mora, imò neque ex litis contestatione, contra pragmaticos.*

7 *Quibus*

7 *Quibus casibus debiti sors incipiunt fieri quæ fuerant antea vsuræ; vsuræ vsurarum debentur.*

1 ANatocismus † sit quoties vsura sorti con-
2 iungitur & in sortem redigitur vt nouas pariat vsuras. Id verò ne † vllomodo vllóque casu fieri possit districtè prohibitum est Iustiniani constitutione in *l. vlt. Cod. de vsur.* cùm iam ante Iustinianum vsuræ vsurarum essent prohibitæ *l. si non sortem* 26. §. 21. *D. de condict. indeb. l. improbum* 20. *C.*
3 *de his qui notant. infam.* Nec tantùm vsuræ † vsura interdicta est, sed & alia quælibet accessio accessionis, vt puta vsuræ fructuum quantumlibet mala fide & post litem contestatam perceptorum *l. heres furiosi* 51. §. 1. *D. de petit. hered. leg. neque eorum fructuum* 25. *D. de vsur.* Quod quanquam ita est, alio tamen iure pragmatici no-
4 stri passim vtuntur. Nam † si facta fructuum aut vsurarum condemnatione taxatio secuta sit, iussúsque debitor taxatam quantitatem soluere non satisfaciat, Pragmaticis placet ab eo tempore totius eius quantitatis quasi in sortem redactæ vsuras deberi quincunces; non secus, inquiunt, acsi ea pecunia soluta, tursumque eidem debitori sub vsuris numerata proponeretur, quasi breui
5 manu idipsum ita gestum esse videatur. In quo † sanè vim & fraudem apertè faciũt Iustinianeæ constitutioni, quandoquidem taxatio sola hæc fructuum aut vsurarum facere non potest quominus verum sit iure fructuum & vsurarum deberi eam quantitatem quæ deducta est in condemnationis taxationem. Nec quod in eius quantitatis solutione noua mora contracta sit, ad rem facit. Non enim fieri vllo modo potest vt ex mora debeantur vsuræ quæ ex conuentione deberi non possint. Nam quæ lex facit vt ex mora vsuræ debeantur, etiam citra conuentionem, ea ipsa lex prohibet ne vsurarum, aut fructuum aliarumve accessionum vsuræ vllæ deberi exigique possint. Neque verò fictio illa breuis manus, quam pragmatici hoc casu inducunt, locum habere meo iudicio posset: ne alioqui eueniat vt eodem instanti & obligatio & mora in soluendo contracta esse intelligatur. Nulla enim conuentione intercedente de soluendis vsuris, alia ratio subesse nequit propter quam præstari debeant quàm propter moram. Atqui si condemnatus debitor, & post factam taxationem interpellatus solueret, eidémque subinde statim eadem pecunia tursus credita & numerata fuisset, non vtique confestim mora per debitorem contracta videri potuisset, sed medium aliquod tempus intercedere oporteret, vt moræ locus fieri aliquis posset, *lege promissor Stichi* 21. §. *D. de constitut. pecun.* Neque tursum verum est quod illi pro vero & explorato ponunt, pe-
6 cuniæ † creditæ vsuras vllas deberi ex mora, imò neque ex litis contestatione: Debentur enim ex stipulatione duntaxat si qua interuenerit *l. 3. C. de vsur. l. Titius* 24. *D. de præscript. verb.* Proprióque ius est actionum bonæ fidei vt ex iis vsuræ ob solam moram debeantur *l. 3. l. mora* 31. §. *in bonæ fidei. D. de vsur.* Fateor deberi etiam ex iudicato post elapsa tempora intra quæ iudicato satisfieri oportuit *l. vlt. C. de vsur. rei iudic.* Sed dico ad vsuras sortis duntaxat id pertinere, non etiam ad vsuras fructuum aut vsurarum aliarúmque accessionum. Sunt enim vsuræ illæ iudicati legales, vt ita dicam, hoc est, sola legis potestate & constitutione debitæ, lex autem seipsam destrueret si ob moram in iudicati executione commissam vsurarum vsuras induceret quas nul-
7 lo prorsus casu induci patitur: præterquàm † si mutata conditione personarum aut debiti fieri sors incipiant quæ anteà fuerant vsuræ & accessiones, vt euenit cùm vsuras exactas tutor vel curator sibi suíque vsibus retinuerunt, *l. tutor qui repertorium* 7. *§. si vsuras exactas, D. de adminis. & peri. tutor.* Aut cùm ex duobus tutoribus pupilli, altero defuncto adhuc impubere pupillo, qui supererat ex persona pupilli iudice accepto, consecutus est cum vsuris, quantum ex tutela pertenerat ad tutorem defunctum, *l. qui negotiationem* 58. §. *ex duobus eodem*, vbi ratio redditur *cùm id quod ab alio debitore nomine vsurarum cum sorte datur ei qui accipit totum sortis vice fungitur, vel fungi debet.* Idémque est si vsuræ pupillaris pecuniæ quas tutores debuerunt ad curatorem transferantur. Conuertuntur enim in sortem, & vniuersæ summæ vsuras debere curator incipit, *d. l. qui negotiationem*, §. *vltim. quia*, inquit lex, *omnis sors efficitur.* Similiter si quis ex caussa mandati vel negotiorum gestorum pro alio non solùm sortem debitam soluerit, sed etiam eius sortis vsuras, nemo dubitat quin mandati aut negotiorum gestorum iudicio consequi debeat vsuras non tantùm sortis, sed etiam vsurarum, quoniam mutata conditio personarum & debiti facit, vt quæ in persona primi creditoris fuerunt vsuræ, cœperint locum sortis obtinere in persona eius qui pro alio soluit. Sed extra hos casus & alios si qui sunt similes, contendo fieri numquam posse vt vsuræ aliæve accessiones in sortem redigantur ad vsuras nouas inducendas. Quid ergo, † 8
inquies, An permittendum erit condemnato, vt taxatam fructuum aut vsurarum quantitatem etiam post moram impunè retineat? Imò, inquam, imputet sibi victor qui non vrgeat diligentiùs iudicari executionem, vt sibi debitam pecuniam à condemnato extorqueat, vel ex iudiciali pignorum distractione sibi conficiat. De vsuris sumptuum litis minor dubitatio est. Neque enim sunt accessiones accessionis, licèt sumptus sint accessiones litis. Itaque ab eo tempore quo mora in iudicati executione commissa est, vsuras quoque sumptuum litis taxatorum præstari æquum est.

ERROR II.

De alienatione fideicommissi ab ascendente relicti, ex caussa dotis, aut ante nuptias donationis, aut legitimæ portionis.

SVMMARIA.

1 *Ex sententia interpretum bona fideicommisso subiecta possunt ex caussa dotis aut donationis propter nuptias alienari.*
2 *Quàm iniqua sit relata sententia: & num. 11.*
3 *In legitima portione liberi non possunt grauari.*
4 *Quæ sit mens & sanctio Iustiniani in Nou. 39. de rest. & ea quæ par.*
5 *Olim potuit filia in dote grauari, itémque filius in donatione propter nuptias.*
6 *Quod ius sublatum est à Iustiniano in Nou. 39.*
7 *d. Nou. 39. non fauere interpretum errori.*
8 *In d. Nou. Iustinianus quatenus velit dotem restitui mulieri, quæ dotem dedit marito cui fideicommissum iniunctum erat.*
9 *Irnerij inscitiam errori interpretum caussam dedisse.*
10 *Ex statuto Sabaudiæ etiam ex bonis feudalibus dotes deducuntur.*
11 *Limitationes sententiæ num. 1. propositæ quæ ab interpretibus offeruntur.*

IVstiniani † Nouella constitutio. *De rest. & ea quæ parit. vnd. mens.* ex qua *Irnerius* de- 1
sumpsit *Auth. res quæ. C. commu. de legat.* quæ dotis aut donationis propter nuptias portionem, quàm fideicommissi caussam esse voluit, sic ab interpretibus ferè omnibus accepta est, vt bona fideicommisso subiecta possint ex ea caussa non solùm obligari, sed etiam quod est consequens, alienari, adeóque totum fideicommissum in dotem dari si aliter fieri non

possit vt persona grauata matrimonium ineat æqualibus conditionibus. Itaque non distingunt nostri, An de dote vel donatione propter nuptias constituenda agatur, aut de restituenda, nec rursum an ea persona cui fideicommissum iniunctum est idipsum pro se velit diminuere, an pro aliquo ex suis liberis, dummodò sint illi ex descendentibus testatoris qui fideicommisit, id est, ex iis personis quibus testator ipse si viueret dotem vel donationem propter nuptias ex officio constituere teneretur. Quæ sententia † licèt æquitatis & humanitatis colorem habere videatur, euidenter tamen iniqua est. Quid enim absurdius quàm in fraudem fideicommissi & ex alienis bonis sibi quem aut alteri dotem constituere vel donationem propter nuptias, siue ab ascendente, siue ab extraneo, aut quod hac parte idem est à collaterali iniunctum proponatur? Præsertim cùm alio interpretum nostrorum errore illud quoque iam obtinuerit, vt fideicommissum liberis indictum, per duplicis portionis legitimariæ scilicet, & Trebellianicæ ac integrorum vtriusque portionis fructuum detractionem minuatur. Ex *cap. Raynutius, & cap. Raynaldus Extr. de testam.* scilicet in liberis primi gradus ex *l. iubemus 6. C. ad S. C. Trebell.* Sed & cùm de sequentium graduum liberis tractatur, constat legitimam portionem non solùm iis deberi, sed etiam ita deberi † vt in ea grauari nullomodo possint, *l. quoniam in prioribus, C. de inoff. testam.* quod vtique iure vetere diuersum erat, *l. coheredi 41. §. cum filia, de vulgar. & pupill. substit.* Proinde quod olim Vlpianus responderat in filia quæ à patre totam hereditatem restituere rogata dotem ex fideicommisso dederat, non videri in euersionem fideicommissi factum esse quod & mulieris pudicitiæ & patris voto congruebat *l. mulier 22. §. cùm proponeretur D. ad S. C. Trebell.* hodie locum habere non potest, cùm legitima filiæ debeatur, & quidem immunis ab onere fideicommissi, ex qua vtique dotem habere potest. Nec quòd ea legitima parui pretij sit si fortè tenuium facultatum pater fuit, fideicommissario nocere debet, sed filiæ potiùs quæ patrem habuit & inopem, & minùs beneuolum. Neque verò aliam Iustiniani † mentem fuisse credendum est: cuius verba non obscura id tantùm constitui præ se ferunt, vt si is qui coniugi donauit propter nuptias post factam à se donationem grauatus sit fideicommisso à patre, non noceat ea res mulieri, quominùs etiam de bonis fideicommisso subiectis solui donatio debeat, itémque dos restitui, quam aut maritus ille aut pater eius acceperat. Et viciſſim vt si mulier ipsa quæ viro dotem dedit, rogata sit à patre hereditatem restituere, non solùm non censeatur rogata reddere dotem, quæ veluti proprium ipsius patrimonium est *l. 3. §. sed virum in fin. D. de minor.* sed etiamsi expressim rogata sit, fideicommissum quod ad hoc attinet, non valeat, sed perinde acsi rogata non esset possit maritus eam dotis partem lucrari, quam in pactum deduxerat, dummodò in pactis nuptialibus honestus modus seruatus sit pro personarum facultatibus & qualitate. Itaque non de dote post iniunctum fideicommissum constituenda Iustinianus tractat, sed de ea re quæ ante fideicommissum inductum constituta sit, quam nec aliter de fideicommisso detrahi posse vult, quàm si honesta sint pacta & congrua. Ex quo apparet non tam ad id respexisse Iustinianum, quo nostri potissimùm mouentur, ne propter fideicommissum filia maneat indotata (non enim potest esse indotata quæ vel inuito patre legitimam habere debet, æstimandam ex paternis facultatibus, siue pauperiorem, siue ditiorem suum habuerit) quàm ad id potius, ne ex tali fideicommisso decipiatur maritus, qui vel antè fideicommissum contraxerat, vel post iniunctum quidem fideicommissum, sed eo tempore quo fideicommissum probabiliter ignorabat, sicut & quod in præiudicium fideicommissi à marito relicti Iustinianus constituit, non ad mariti fauorem respicit, sed ad commodum mulieris, ne aut propria dote aut sibi facta per maritum propter nuptias donatione priuetur. Dicat aliquis, inutilem fore Iustiniani constitutionem si sic intelligatur, vt potior sit causa dotis aut donationis propter nuptias ante fideicommissum constituræ quàm sit ipsius fideicommissi. Quis enim dubitet iura anteriora per subsequens fideicommissum extingui non posse? Sed respondendum est iam olim ita ius fuisse vt dos vel donatio propter nuptias à patre profecta defuncto filio aut filia sine liberis ad patrem reuerteretur, *lege dos à patre 4. C. solut. matrimon.* (licèt miserationis potiùs quàm æquitatis ratione *l. iure succursum 6. D. de iur. dot.*) siue in potestate filius aut filia retenti fuissent, siue emancipati. Cum etiam cùm reddendæ dotis stipulatio nulla interueniſſet, multò magis si qua interuenerat, vt interuenire moris erat. Quo etiamnum iure vtimur. Ideóque in patris † potestate fuisse, filiam in dote grauare, itémque filium in donatione propter nuptias, non quidem in præiudicium generi, aut nurus, constante matrimonio, sed in eum casum quo matrimonium alterutrius morte solueretur, salua filio aut filiæ querela inofficiosi testamenti, si aliunde non haberet omnimodo quantum satis esset ad legitimam & legitimæ fructus. Hoc verò cùm eueniebat, si qua fortè pacta nuptialia inscio parente siue contracto iam matrimonio, siue sponsaliorum tempore filius aut filia præsertim emancipati contraxissent, ea fieri irrita necesse erat ante Iustiniani constitutionem, atque ita decipi eum ex coniugibus non qui grauatus esset, sed qui ex bonis grauati tantam portionem sperabat, quantam ipse de bonis propriis in contrarium euentum præstare grauato debuisset. Id verò Iustinianus † æquissimè correxit, constituens vt patet sicut grauare liberos in legitima non potest, ita nec possit in ea portione quæ præter legitimam necessaria est ad quantitatem dotis aut donationis propter nuptias, vt ea quantitas iuris interpretatione subducatur à fideicommisso si contraria non appareat voluntas patris, aut si tam aperta sit ea voluntas, vt nullus interpretationi locus relinquatur, nulla eius voluntatis habeatur ratio, sed perinde acsi nullum fideicommissum esset, seruentur pacta nuptialia, si modò æqua sint & conuenientia honestati ac dignitati personarum. Et verò non cogitasse † Iustinianum de subducendis ex fideicommisso dotibus post iniunctum fideicommissum constitutis, vel ex eo maximè apparet, quod suam legem locum habere prohibet iis casibus quibus dotes aut nuptiales donationes augerentur, quæ iam antè factæ essent, quòd augmentum illud in fraudem & euersionem fideicommissi prætextu nouæ constitutionis captarum videretur. Quod autem ad dotes † restituendas pertinet de iis agit in prima constitutionis parte, sed ita vt alteram quandam constitutionem de ea re factam referat, quæ in libris nostris non extat. Cuius tamen illam innuit fuisse sententiam, vt mulieri quæ ignorans fideicommissum marito iniunctum dotem dedit, non noceat quòd posterior sit onere fideicommissi, sed perinde dotem illa suam recuperet, nec aliter fideicommissarius ei præferatur quàm si probet scientem eam grauato viro dotem dedisse. Quod si ita est, consequens sit vt nec pro dote repetenda præferatur mulier in præiudicium fideicommissi quod ipsa sciuerit. Tantum abest vt quæ scit fideicommissum à se relictum, possit ex eo quicquam detrahere supra legitimam & Trebellianicam ad dotem sibi ipsi constituendam, at si dotem sibi ipsi ex fideicommisso constituere non potest, multò minùs alij quis constituere poterit, etiamsi persona talis sit, quam ex officio dotare compellatur. Est enim longè fauorabilior dotis restitutio quàm constitutio, & inter dotes constituendas ea quam sibi quis constituit, quàm quæ alij datur. Sed quamquam hæc ita sunt, frequentissimis tamen interpretum & pragmaticorum sententiis error ille inualuit, vt ex fideicommisso quod ab aliquo ex ascendentibus iniunctum sit,

sit,& dotes & nuptiales donationes, & liberorum legi-
9 timæ portiones detrahi posse existimentur. Cui errori † cautam proculdubio dedit inscitia Irnerij in concipiendo contextu *Authentic. res quæ. C. comman. de legat.* Plus enim eius autoritati tribuendum putarunt interpretes quàm Iustinianeæ constitutioni, cuius ille mentem non bene perceperat. Quamquam nec Irnerij verba prorsus repugnant quominus eandem admittant interpretationem quam nos ad Iustinianum adhibuimus. Ex-
10 tat sanè apud nos statutum † de dotibus etiam ex feudis, licèt fideicommisso subiecta sint deducendis. Sed ex statuti verbis apparet non tam id egisse. Principem vt quod ad fideicommissa pertineret ius nouum constitueret, quam vt id quod ex iure communi in bonis omnibus fideicommisso subiectis obtinere credebatur, ad feudalia quoque bona protraheret, non secus ac quod de duplicis quartæ detractione constitutum est in *d. ca. Raynutius, & ca. Raynaldus. Extr. de test.* magis ex interpretum vulgari errore profectum videri debet, quàm quod ea Pontificum voluntas fuerit vt nouum ius constituerent, à ciuilis iuris ratione alienum. Et sanè ita po-
11 sito † iure, vt ex fideicommisso deduci possint dotes & legitimæ portiones descendentium omnium, facilè continget, vt multiplicatis descendentium personis totum fideicommissum eandem absorbeatur: quod tamen quàm absurdum futurũ sit, vel ex eo maximè intelligi potest, quòd ne id vnquam eueniat districtè obseruari solet, vt semel detracta legitima aut Trebellianica, numquàm
12 posteà detrahatur. Sanè nec † pragmatici negant tandiu fideicommissum illibatum integrúmque manere debere quandiu ex aliis bonis satisfieri potest doti aut ante nuptias donationi. Illud etiam crebrioribus eorum suffragiis receptum est, vt si fideicommissum ab extraneo, aut quod hac parte idem est, à transuersalis gradus agnato cognatóue relictum proponatur, nullus huic sententiæ de dote aut donatione nuptiali ex fideicommisso deducenda locus sit, quod tamen an generaliter & indistinctè admitti debeat, paulò diligentiùs examinandum est.

commisso subiecta pro dote aut ante nuptias donatione, neque alienari, neque obligari vllo modo posse si ab extraneo, aut quod hac parte idem est, ab agnato vel cognato transuersali fideicommissum tale relictum proponatur, neque enim dubitari † potest quin testatoris 3
qui fideicommissum reliquit sub huiusmodi conditione, voluntas illa fuerit vt heres grauatus vxorem sibi quæreret, ex qua suscipere posset liberos naturales, & legitimos, quales alioqui suscipere nullos posset. Atquin fieri nequit vt vxorem inuenire possit qui nihil ei donare aut possit aut velit, nec rursum vt facilè quis obuiam vxorem ducere velit sine dote ex qua oneribus matrimonij subuenire queat. Igitur in necessarium antecedens illud quoque ex testatoris voluntate esse fatendum est, vt pro ea dote vel donatione propter nuptias obligari adeóque alienari possint bona fideicommisso obnoxia, si aliter is qui rogatus est vxorem habere non possit. Alioqui facias ridiculum testatorem, qui fideicommisso eam conditionem adscripserit quam nolunt fideicommissarij damno & periculo euenire. Mihique semper visum est in hanc sententiam accommodatissimum responsum illud elegans Vlpiani quod extat in §. *cùm proponeretur, l. mulier* 22. *D. ad S. C. Trebell.* vbi cùm filia à patre instituta rogatáque hereditatem restituere, dotem ex bonis fideicommissariis deduxit, placet Vlpiano non videri in cuerhonem fideicommissi factum quod & mulieris pudicitiæ & patris voto congruebat. Quamquam enim locus ille est de fideicommisso relicto à patre non à transuersari agnato aut cognato (quod interpretes fefellit) ratio tamen qua Vlpianus mouetur generalis est, & iis omnibus casibus aptanda in quibus fideicommissi alienatio fit ob nuptias quæ ex testatoris voto contrahantur, siue fiat alienatio illa pro dote, siue pro donatione propter nuptias. Cuiusmodi votum testatoris proculdubio semper subest, quoties heredem rogat de restituenda hereditate sub ea conditione *si sine liberis*. Siue ex ascendentibus, siue ex transuersalibus testator esse dicatur. Nec est contrarium quod proximo capite disputauimus, tum etiam cùm fideicommissum ab vno ex ascendentibus iniunctum est, non esse permittendum, vt ex fideicommisso dotes & legitimæ portiones descendentibus debitæ detrahantur. Id † 4
enim (quod ad eas personas attinet quæ suo commodo dotem aut donationem propter nuptias ex fideicommisso deducunt) ad ea demum fideicommissa pertinere volumus, quæ vel purè vel in diem, aut sub alia quàm liberorum conditione relinquuntur. Etsi non ignoro tacitè conditionem illam liberorum subintelligi in fideicommissis omnibus, ex coniectura pietatis quæ Papinianum mouit in *l. cùm anno* 102. *De condic. & demonstr.* Quod ad eas verò personas, † quæ nec rogatæ 5
sunt, nec substitutæ, nec proinde fideicommissario obstant, generaliter defendo nihil pro iis ex fideicommisso deduci posse sub prætextu dotis aut ante nuptias donationis, vtputa si quis rogatus est sub ea conditione *si sine liberis masculis decesserit* dotare filias suas velit ex bonis fideicommissariis, alia fortassis nulla habens, ex quibus paternum officium implere possit. Non enim quæ voluntatis ratio & coniectura facit, vt liceat ei ex fideicommisso tantum detrahere quantum necesse habeat ad quærendos liberos, suadet etiam vt pro notandis aut legitimandis filiabus idem admittatur, de quibus scilicet testator non cogitauit, nisi ad eas excludendas hoc ipso quod solos masculos posuit in conditione, per quos fideicommissarius excludi posset. Itaque non facio meliorem conditionem transuersalium quàm descendentium, quòd sanè absurdum esset, sed eius demum cuius nuptias testator prævidit & in votis habuit quam cæterorum, de quorum liberis nullomodo cogitauerit. Nam nec de illorum nuptiis cogitasse videri potest. Sanè quod Iustiniani † constitutio *Nouella de re-* 6
stit. & ea quæ paris vndec. mens. præcipit vt ea fideicommissi

ERROR III.

De fideicommisso transuersali relicto sub conditione si sine liberis.

SVMMARIA.

1 *Hodie frequentissima sunt ea fideicommissa quæ relinquuntur sub ea conditione, si is qui rogatus est sine liberis decedat.*

2 *Ex sententia interpp. & pragmaticorum bona huiusmodi fideicommisso subiecta pro dote aut ante nuptias donatione, alienari aut obligari nequeunt si ab extraneo aut cognato transuersali relicta sint.*

3 *Quàm dura sit hac sententia, & à iure aliena.*

4 *Ex quibus fideicommissis non liceat dotem aut donationem propter nuptias deducere.*

5 *Pro quibus personis non licet quicquam sub prætextu dotis aut donationis ex fideicommisso deducere.*

6 *Fideicommissi diminutio quatenus permissa.*

ETsi fideicommissa tam vniuersalia quàm singularia & purè & in diem delinqui possunt, itémque sub conditione qualibet præterquam si qua legibus improbata, hodie
1 tamen frequentissimus † eorum fideicommissorum vsus est, quæ relinquuntur sub ea conditione, si is qui rogatus est sine liberis decesserit. In qua fideicommissi † specie dura mihi semper visa eiì sententia interpretum & pragmaticorum nostrorum, existimantium bona fidei-
2

missi diminutio quæ fit pro dote aut donatione ante nuptias certo modo coangustetur pro personarum dignitate & qualitate. Videtur mihi in omnibus istis caussis districtè obseruandum ne qua fideicommisso fraus fiat, sicut & quod Vlpiano placet in *d. §. cùm proponeretur*, nihil ex fideicommisso deducendum esse si ex fructibus pendente fideicommissi conditione perceptis non incommodè potuerit confici ea summa, quam ex fideicommisso detrahere licuit ad dotem vel donationem propter nuptias constituendam. Nam etsi aliunde quàm ex bonis fideicommisso subiectis ea quantitas confici posset, nihil certè de fideicommisso diminuendo tractari oporteret.

ERROR IV.

De conseruandis legatis & fideicommissis ex testamento quod nullum & iniustum est ratione præteritionis paternæ.

SVMMARIA.

1 *Ex caussa præteritionis vel exheredationis irrito facto testamento solas institutiones vitiari, cætera autem omnia firma permanere à Iustiniano constitutum est.*

2 *An ea constitutio locum habeat in præteritione qualibet, variæ interpretum sententiæ.*

3 *De præteritione paterna non posse d. constitutionem intelligi contra interpp. & pragmatic.*

4 *Distinctio exheredationis à Bartolo proposita exploditur.*

5 *L. filio præterito 17. D. de iniust. rupt. in præteritione materna locum non habere, contra pragmaticos.*

1 EX caussa † præteritionis vel exheredationis irrito facto testamento solas institutiones vitiari, cætera autem omnia firma permanere placuit Iustiniano in *Nouell.* 115. *Vt cùm de appellat. cognoscit. §. aliud quoque capitulum, & seqq.* ex quo loco deprompsit *Irnerius Authent. ex caussa C. de liber. præter.* Quæstio autem magna est inter iuris nostri interpretes, an ea † constitutio locum 2 habeat in præteritione qualibet, id est, etiam paterna. Non enim defuerunt iam olim qui dicerent præterito per patrem filio qui fuit in potestate non magis legata quàm institutiones conseruari posse, vt *Bartolus* refert. Sed tamen contraria sententia quæ ipsius quoque *Bartoli* fuit non modò ab interpretibus ferè cæteris omnibus sed etiam & pragmaticis magis probata est, vt hac parte nihil interesit de paterna, an de materna præteritione tractetur: omnique casu corruant institutiones, legata autem & fideicommissa cæteraque huiusmodi defendantur: Teste *Guidone Papio* præcipui apud nos nominis pragmatico, *quæst.* 426. Quæ sententia † mihi 3 semper adeò absurda & improbabilis esse visa est, vt vix putem dici posse quicquam absurdius. Nam præter id quod iuris ratio euidentissimè repugnat, quæ non patitur vt ex testamento quod ab initio nullum & iniustum fuit, nec vnquam valuit, aliquid debeatur, vt pluribus à nobis disputatum est ad *l. filio præterito* 17. *D. de iniust. & irrit. fact. testament. lib.* 9. *Coniect. cap.* 14. Illud etiam manifestissimum est totam eam Iustiniani constitutionem illò pertinere, vt ea demùm testamenta hodie fiant irrita ex caussa præteritionis vel exheredationis, quæ vetere iure inspecto essent valitura, nec nisi per querelam inofficiosi testamenti rescindi possent. In quorum numero ea proculdubio non sunt in quibus præteritus fuit filius in potestate. Numquam enim nullóque iure testamenta eiusmodi valuerunt. Et quamuis negari non possit Iustinianum in nouo illo iure inducendo non solùm ad fauorem liberorum respexisse, ne tam facilè & sine caussæ insertione iusta probataque exheredati possent liberi, siue à patre, siue à matre aut alio ex ascendentibus, vt nec contra ascendentes à descendentibus, sed etiam ad fauorem testamentorum, vt non per querelam inofficiosi testamenti, sed nouo quodam iure rescinderentur, ita vt legata nihilominùs & fideicommissa conseruarentur. Attamen illud etiam fatendum est non aliis testamentis fauere Iustinianum voluisse, quàm iis de quibus rescindendis tractauit, & consequenter non illis quæ ab initio nulla fuerunt, de quorum scilicet rescissione, nec tractari potest, cùm fieri nequeat, vt quod nullum semper fuit ex postfacto rumpatur, aut irritum fiat, aut rescindatur, *l. nam etsi 5. D. de iniust. rupt.* Fateor Iustinianum ea constitutione frequentem facere mentionem præteritionis sicut & exheredationis, quæ res *Bartolum*, cæterósque vulgares interpretes fefellit: sed quid apertiùs quàm de ea præteritione intelligi id debere quæ sit loco exheredationis? Eandem enim vbique rationem Iustinianus constituit præteritionis & exheredationis: quod vtique paternæ præteritioni conuenire non potest, quæ semper pro præteritione habetur, nunquam pro exheredatione. Sicut nec illud paternæ præteritioni congruit, quod tamen potissimum ea Iustiniani lege inducitur vti ne possit fieri præteritio nisi inserta caussa. Quantumcunque enim pater caussam inferat præteritioni dato fortassis legato duntaxat ei quem neque instituit, neque exheredauit, nunquam faciat vt eo melius aut securius testamentum condidisse videatur. At conueniunt illa omnia optimè præteritioni maternæ, non minùs quàm exheredationi, quoniam & in omnibus habetur pro exheredatione, & consequenter eadem ipsas conditiones & adiectiones omnes recipit, quas exheredatio recipere posset. Neque verò vt videtur *Irnerius* hoc ignorasse qui Authenticam sic concepit *ex caussa exheredationis vel præteritionis irrito facto testamento.* Neque enim irritum fit ex caussa præteritionis paternæ cùm ab initio vt iam dictum est, nullum sit & iniustum. Priùs enim est vt testamentum aliquando valuerit, quàm vt in irritum deduci possit. Vnde illud est quod *tit. De liber. & posth.* separatus est à *tit. de iniust. rup. & irrit. fact. testam.* primóque ordine collocatus. Suuis verò est Bartolus, † 4 qui vt patris præteritionem habere possit pro exheredatione distinguit tres exheredationis gradus & species, vnam quæ propriè, alteram quæ largè, tertiam quæ largissimè exheredatio appelletur, largam exheredationem vocans eam quæ sit tacita & ex tacito testantis iudicio inducatur, cuiusmodi, inquit, illa est quæ inest præteritioni non minùs paternæ quàm maternæ, quam pro exheredatione haberi debere probat exemplo militis, cuius priuilegium, inquit, non in eo est vt filium, quem in potestate habet prætereundo censeatur eum exheredare, sed vt ea exheredatio tacita valeat & sufficiat, quæ in pagano nec sufficeret nec valeret. In quo sanè fallitur. Neque enim sic Iureconsulti loquuntur, vt præteritionem à milite aut à matre factam exheredationem vocent (nunquam enim confundunt iura & nomina præteritionis & exheredationis) sed hoc tantùm dicunt habendam eam esse pro exheredatione. Idque sanè ex priuilegio quod ad militem pertinet, quod verò ad matrem, iure constituto, quia nec necesse est ad validandum testamentum vt filium illa instituat vel exheredet, cùm non habeat liberos in potestate, *l. 4. §. ad test. D. de bonor. poss. contra tabul.* Ergo in patre non milite qui neque vllum priuilegium habet, neque prætereundi filij potestatem, contra dicendum erit vt si eum præterierit, eiusmodi præteritio, sicuti exheredatio nullomodo est, ita neque pro exheredatione habeatur, & consequenter ad hanc præteritionem non pertinebit Iustiniani constitutio, quæ tota est de liberis aut parentibus

sine

ſine cauſſa exheredatis ad coangustandam nimiam illam exheredandi licentiam quam ius vetus indulgebat: non etiam ad indulgendum patri vt liberos, quos in poteſtate habet, præterire poſſit dummodò incerta præteritionis cauſſa, quos antèa omnimodo inſtituere vel exheredare cogebatur. Æquè verò inepte eſt alia pragmaticorum dubitatio, an *lex filio praterito* 17. *D. de inuſt. rupt.* quæ de paterna præteritione loquitur, habeat locum etiam in materna. Illud autem multò ineptius quod concludunt habere. Sic enim *Guido Papius dicta q.* 426. Quaſi verò Papinianus eo loco ſentiat, ex teſtamento quod per præteritionem filij in poteſtate conſtituti nullum ſit & iniuſtum, legata nihilominùs & fideicommiſſa & libertates conſeruari ſi filius præteritus non conqueratur. Quod ſi ita eſſet, fateret vtique multò magis idem in filio à matre præterito admittendum fore, quia præteritio materna cùm pro exheredatione habeatur, vt diximus, non facit teſtamentum nullum & iniuſtum, aut qua alia ratione vlla vitioſum. Proinde multò maior ratio eſt, vt ex teſtamento materno quàm vt ex paterno in quo filius præteritus ſit præſtentur omnia quæcunque eo teſtamento relicta fuerunt. Sed cùm ex contrario Papiniani ſententia illa ſit in *d. l. filio praterito*, vt quamuis teſtamentum patris per ſui heredis præteritionem nullum & iniuſtum ſit, legata tamen & libertates debeantur ab inteſtato ex ſumma æquitate cùm filius præteritus partem fratribus inſtitutis non auocauit, quia hoc caſu perinde fruuntur heredes inſtituti pleniſſima voluntate patris acſi teſtamentum valeret, quemadmodum interpretati ſumus in ſuperioribus. Apparet nihil eſſe quod in teſtamento matris quæ filium præteriit ſimiliter tractari poſſit. Valent enim legata, fideicommiſſa, libertates & cætera omnia quæcunque eo teſtamento relicta ſunt, debentúrque, ſiue filius præteritus partem fratribus inſtitutis auocauerit ſiue non. Et quidem ex teſtamento non ab inteſtato, quia & teſtamentum ipſum valet. Nec proinde dubitandi cauſſa vlla eſt cur non ex teſtamento ſolenni debeantur omnia, quæ ab herede præſtari teſtatrix voluit.

ERROR V.

De teſtamento per clauſulam codicillarem defendendo. Et de clauſula omni meliori modo.

SVMMARIA.

1 *Erronea ſententia interpretum & pragmaticorum aientium teſtamentum aliàs nullum & iniuſtum, ſeu ruptum & irritum defendi per clauſulam codicillarem.*
2 *In quo eluceat vis & poteſtas clauſulæ codicillaris.*
3 *Effectus clauſulæ codicillaris.*
4 *Auxilium clauſulæ codicillaris vt differat ab auxilio Iuſtinianeæ conſtitutionis in Nou.* 115.
5 *Teſtamentum à teſtatoris voluntate diſtinguendum eſſe, contra pragmaticos.*
6 *Errare in nomine quando periculoſum.*
7 *Error pragmaticorum de effectu* clauſulæ, omni meliori modo.

NOn poſſum mihi temperare quin rideam nudis dentibus, quoties pragmaticos † & interpretes noſtros ſic loqui audio, vt dicant teſtamentum quod alioqui nullum & iniuſtum, aut ruptum irritúmve proponatur, defendi per clauſulam codicillarem, quaſi in eo eluceat vis & poteſtas clauſulæ codicillaris vt teſtamentum iam collapſum reſtituat, ac non potiùs † vt eam teſtantis voluntatem, quæ teſtamento minùs ſolenni aut rupto irritóve declarata eſt, inteſtati iure tueatur. Aut quaſi nihil interſit an voluntas teſtatoris ex teſtamento ipſo exitum, effectumque ſortiatur, an ab inteſtato. Inter quæ tamen quantum interſit non eſt vel ex ipſis pragmaticis qui ignoret. Sicut enim id quod ex teſtamento debetur ab inteſtato peti nequit, ita nec dubitari poteſt quin malè agat ob idque ſuccumbere debeat, quiſquis ea quæ teſtamento nullo aut rupto vel irrito facto relicta ſunt, petit ex teſtamento, cùm non niſi ab inteſtato debeantur. Effectus † igitur clauſulæ codicillaris hic tantùm 3
eſt vt inſtitutionem directam quæ iure inſtitutionis valere non poteſt (inſtitutio enim ipſa eſt quæ teſtamentum conſtituit, & ex qua teſtamenti ius viciſſimque ipſam ex teſtamenti iure pendere neceſſe ſit) flectat ad cauſſam fideicommiſſi, ad obligandum inteſtati ſucceſſorem vt heredibus inſtitutis hereditatem ab inteſtato reſtituat: poſteaquàm placuit ab inteſtato quoque non minùs quàm ex teſtamento fideicommiſſa relinqui poſſe *l.* 3. *l. conficiuntur* 8. *D. de iur. Codicill. l. quærebatur. D. de teſtam. milit.* Vnde fit vt heres inſtitutus qui ſi ex teſtamento ſuccederet non modò totius hereditatis dominium, ſed etiam poſſeſſionem illam conſuetudinariam qua omnes fetè gentes hodie vtuntur, ſibi adferere poſſet, cogatur vtrunque petere à legitimo herede, patique detractionem falcidiæ, non ſecus acſi legitimus heres teſtamento ipſo inſtitutus, déque hereditate reſtituenda rogatus proponeretur. In eóque nimirum differt † 4
auxilium clauſulæ codicillaris ab auxilio Iuſtinianeæ illius conſtitutionis, de qua proximo capite diſputauimus, & ex qua ſumpſit *Irnerius Authent. ex cauſſa. C. de liber. præter.* Fecit enim Iuſtinianus pro ſuo imperio & inuita ipſa iuriſprudentia vt quamuis ex cauſſa exheredationis vel præteritionis quæ pro exheredatione habenda ſit ruptum irritúmve factum fuerit teſtamentum, ſiue ob non inſertam exheredationis cauſſam iuſtam à teſtatore, ſiue ob non probatam ab herede eam quam teſtator inſeruit, legata nihilominùs & fideicommiſſa, & libertates, cæteráque omnia eo teſtamento relicta ſolis inſtitutionibus vniuerſalibus & particularibus (non dico *ſingularibus*) exceptis ex ipſo teſtamento debeantur, perindéque teſtamenti iure peti poſſint acſi teſtamentum valeret, neque ruptum aut irritum factum fuiſſet. At codicillaris clauſula ſicuti ex iure communi teſtantiſque voluntate dependet, ita facere non poteſt vt quicquam debeatur ex teſtamento quod non valet, quia nec in teſtantis arbitrio & poteſtate eſt facere quominus leges locum habeant in ſuo teſtamento. Quinimò habet neceſſariò eam conditionem ſiue expreſſam ſiue tacitam *ſi teſtamentum non valebit*. Quomodo igitur fieri obſecro poteſt vt teſtamentum tueatur? Tuetur ſanè voluntatem teſtatoris. Ex eóque pragmaticis nata eſt errandi occaſio, non diſtinguentibus teſtamentum à teſtatoris voluntate: Cùm tamen † diſtingui debere ex eo 5
appareat, quod teſtamentum non ex qualibet teſtatoris voluntate æſtimatur, & conſtituitur, ſed ex ea demùm quæ iuſta ſit & ſolennis. Quare nec voluntatem teſtatoris conſeruat clauſula codicillaris eo ipſo modo quo teſtator voluit, ſed eo demum quo lex patitur eam voluntatem ſubſiſtere. Tranſlata ſcilicet cauſſa inſtitutionis ad cauſſam fideicommiſſi, traductóque iure legatorum ad ius fideicommiſſorum, quia iuris ratio non patitur vt ab inteſtato legata tanquam legata debeantur, & à legitimo herede quicquam directis verbis relinquatur. Dices fortaſſe verborum errorem hunc eſſe non rerum. Ego verò iam oſtendi quàm periculoſum † ſit er- 6
rare in nomine cùm diuerſitas nominis inducit diuerſitatem iuris, & æque indignus ſanè vterque error eſt quem iuriſprudentes fetre debeant, quibus nihil antiquius eſſe debet quàm vt partitè diſtinctéque loquantur. Igitur nec illud ferendum eſt † quod pra- 7
gmatici paſſim iactitant eundem eſſe debere effectum

clauſulæ

clauſulæ *omni meliori modo* qui eſt clauſulæ codicillaris, ſi fortè omiſſa clauſula condicillari, teſtator, vt plerumque ſit, teſtamentum ſuum omni meliori modo valere præceperit. Scilicet vt ab inteſtato quoque & ex fideicommiſſo admittatur heres inſtitutus perinde acſi codicillaris clauſula adſcripta eſſet. Quis enim vnquam prudentum dixit aut à prudentibus audiit teſtamentum valere poſſe ab inteſtato? An non prorſus pugnantia & contradictoria hæc ſunt, Valere teſtamentum, & valere ab inteſtato? Itaque quiſquis teſtamentum ſuum valere vult omni meliori modo, illud tantùm præcipere intelligendus eſt vt valeat teſtamentum omni meliori modo quo fieri poteſt vt valeat, tanquam teſtamentum, id eſt aut iure teſtamenti in ſcriptis, aut iure nuncupatiui. Alias enim teſtamentorum formas & ſpecies nullas habemus. Cui conſequens eſt vt ſi neutro iure teſtamentum valere poſſit, inutilis ſit ea clauſula & ſine effectu. Aliud ſanè eſt ſi ſic concepta proponatur vt teſtator ſuã voluntatem omni meliori modo valere iuſſerit. Poſſunt enim commodè verba illa hanc admittere interpretationem vt voluntas quæ iure teſtamenti valere nullomodo poteſt defendatur iure voluntatis inteſtati, adeóque ſi cætera congruant quæ ad mortis cauſſa donationem requiruntur, iure donationis cauſſa mortis. Eritque hoc caſu maioris effectus huius clauſulæ *omni meliori modo* quàm codicillaris. Neque enim clauſula codicillaris inducere vnquam poteſt donationem cauſſa mortis, ſed tantùm ius fideicommiſſi tanquam ab inteſtato relicti. Neque verò nouum eſt vt ad voluntatem teſtatoris quocunque iure tuendam alia verba accommodentur, quàm quibus codicillaris clauſula vulgò concipi ſolet: Nam & ſufficeret iis verbis vſum eſſe teſtatorem quibus apud Scæuolam Lucius ille Titius, de quo in *l. Lucius* 88.§. *vlt. de legat. Si quid minùs ritè legitimèque fecerę pro iure legitimo haberi debet hominis ſani voluntas.*

ERROR. VI.

De clauſula codicillari concepta per verba præſentis temporis aut futuri.

SVMMARIA.

1 *Clauſula codicillaris quàm variè concipiatur.*
2 *Quantum referri putent pragmatici an clauſula codicillaris ſit concepta per verba præſentis, an per futuri temporis.*
3 *Quàm improbabilis ſit Bartol. & aliorum pragmaticorum diſtinctio.*

1 CLauſula † codicillaris quæ in teſtamentis ferè omnibus hodie inſeri ſolet non iiſdem ſemper verbis concipitur, ſed nunc iis quæ ad præſens tantùm tempus, nunc iis quæ etiam ad futurum referantur. Prioris conceptionis formula hæc eſt, *ſi teſtamentum meum non valet, volo defendi voluntatem meam ab inteſtato iure codicillorum.* Poſterioris illa *ſi teſtamentum meum non valet aut valebit.*
2 Multum † autem referre interpretes & pragmatici vulgò putant vtro modo concepta ea clauſula proponatur. Nam priore caſu non aliter vim & effectum habere, quàm ſi iam inde ab eo tempore quo teſtamentum fit incipiat non valere. Poſteriore verò nihil prorſus intereſſe an teſtamentum ab initio valuerit, an poſtfacto ruptum irritúmue factum ſit. Vtrumque, inquiunt, propter verba conditionis quæ aliter atque aliter concepta aliam atque aliam teſtantis voluntatem demonſtrant. Sic enim *Bartolus* hac in re ſi qua vnquam in alia adprobatus in *l. 1. D. de iur. codicill.* Quæ tamen diſtinctio
3 † ne mihi ſimiliter probari vnquam potuerit illud facit, quòd teſtamentum etſi ex eo potiſſimùm tempore quo ſui vires accipere debet, quia ex futuri temporis euentu pendere nunquam poteſt, non aliter tamen valere dici poteſt, quàm ſi eo quoque tempore valeat, quo teſtator moritur, ſi pura inſtitutio fuit, aut quo exiſtit conditio ſi ſub conditione ſcriptus heres proponatur. Quin & aditæ hereditatis tempus ſpectamus, ſi de extraneo non etiam de ſuo herede agatur. Id enim eſt quod dici ſolet, in extraneis heredibus tria tempora ſpectari *l. ſi alienus* 40.§. *in extraneis. D. de hered. inſtit.* Quod cùm ita ſit, dico prorſus conſequens eſſe vt eo quoq; caſu quo clauſula codicillaris per verba illa præſentis tẽporis concepta fuerit *ſi teſtamentum meum non valet*, perinde effectum ſuum operari debeat, acſi futuri etiam temporis verba illa eſſent adiecta *aut non valebit.* Cùm vtroque caſu perinde verum ſit non valere teſtamentum eo tempore quo de viribus eius quæri poteſt, id eſt poſt mortem teſtatoris, licèt anteà & ab initio valuerit. Sicut enim ſola teſtatoris morte teſtamentum confirmatur, & in id demum tempus tota vis effectúſque teſtamenti confertur, vt ex eo appareat quod teſtamentum diffinimus iuſtam cuiuſque ſententiam de eo quod poſt mortem ſuam fieri velit, ita dubitari meo iudicio non poteſt quin teſtator cùm ita loquitur, *ſi teſtamentũ meũ non valet*, quãuis non adiiciat *aut valebit*, de eo quoque tempore ſentiat quod poſt teſtamentum conditum adeóque poſt mortem ſuam futurum eſt, quia nec prius quærendum eſt an valeat necne, tametſi iam inde ab initio, vt dictum eſt, valere ſuiſque viribus conſtare debuerit, nihilque prodeſt quod eo tempore valuerit quo factum fuit, ſi poſtea deſierit valere antequam morte adeóque aditione, vt loquar generaliùs adquiſitione hereditatis confitmetur, non magis quàm ſi nullo vnquam tempore valuiſſet. Quid enim teſtatoris intereſt an teſtamentum nunquam valuerit, an verò valere deſierit, cùm perinde hoc atque illo caſu faciat ipſe exitum inteſtati? An non ea voluntas eſt eius qui adſcribit clauſulam codicillarem, vt ſi ex teſtamento ſuccedi non poterit codicillos ab inteſtato fecille exiſtimetur? Atqui ab inteſtato vnus tantum caſus eſt, inquit *l. ab inteſtato 16. D. de iur. codicill.* nec quod teſtamentum ab initio fuerit nullum & iniuſtum facere poteſt vt ideo magis ab inteſtato ſuccedatur, quàm ſi ex poſtfacto ruptum irritúmve factum proponeretur. Et ſanè quis credat teſtatorem, qui prudentiſſimo conſilio ſibi prouidere voluerit in vtrumque euentum teſtamentariæ & legitimæ ſucceſſionis, caſum aliquem relictum voluiſſe in quo neque ex teſtamento, neque ab inteſtato voluntas ſua exitum ſortiri poſſet? Aut ſi admittas quod negare non poſſis, id animo agitaſſe teſtatorem vt ſibi in omnem caſum conſuleret, quis patiatur tam improbè circumueniri fraudarique prudentis hominis conſilium, vt perinde voluntas eius rupto irritóve facto teſtamento intercidat, acſi nullam penitus in caſum ſucceſſionis inteſtati cautionem adhibuiſſet? Sic enim fit vt deterioris conditionis ſit voluntas teſtatoris qui ab initio vtiliter teſtatus eſt, quàm futura eſſet ſi perperam ac contra leges teſtatus fuiſſet: Quod tamen quàm abſurdum ſit facilè æſtimare poteſt quiſquis rationem habere velit pro iure. Quare nec habent interpretes, & pragmatici quod pro commentitia huiuſmodi diſtinctione tuenda, ex prudentum reſponſis aut Imperatorum reſcriptis adferant, aut ex ipſa denique iuris ratione, ſed nituntur ſola illa ſcrupuloſa verborum obſeruatione quam ij ipſi tam ſæpe aliàs ridere ſolent, tùm etiam cùm ridere non deberent. Quid ergo ſi teſtator non præſentis aut futuri temporis verbo vſus ſit, ſed infinitiuo & indefinito, puta ſi dixerit *volo hoc meum teſtamentum valere iure codicillorum?* Placet *Bartolo* & interpretibus poſſe verba illa ſufficere vt is quoque caſus tuendæ ab inteſtato voluntatis comprehendantur quo teſtamentum ab initio validum ex poſtfacto deſierit valere, quoniam verborum ſenſus nullius

nullius certi temporis adiectione finitus hanc interpretationem & extensionem facilè patiatur. Quid si clausula sic concepta fuerit *si testamentum hoc valere non potest ?* Idem *Bartolus* putat, quia, inquit, verbum *potest* extensiuum quoque est vt etiam futurum tempus comprehendat. Vtrumque rectè si errorem illum tollas quem proximo capite refutauimus, quod testamentum à testantis voluntate non separans, putat fieri posse per clausulam codicillarem vt testamentum ab intestato defendatur. Sed hoc vnum malè quod non idem admittit aliis omnibus casibus, id est, quibuscunque tandem verbis concepta fuerit clausula codicillaris. Neque enim voluntas testatoris patitur, vt hac parte aliquis supradictæ distinctioni locus relinquatur.

ERROR VII.

De posthumo ignoranter præterito à patre qui codicillarem clausulam adscripsit.

SVMMARIA.

1 *Nato posthumo qui præteritus fuit rumpitur testam.*
2 *Quæ sit vis & potestas clausulæ codicillaris in testamento in quo posthumus est præteritus, ex Bartoli sententia.*
3 *Bartoli obstringentis fideicommisso posthumum scienter præteritum non item rationes si ignoranter.*
4 *Aliorum subdistinctio.*
5 *De proposita quæstione & ad eam interpretum distinctionem auctoris sententia.*
6 *Codicillis ab intestato scriptis, natus posthumus quem testator ignorauerat, fideicõmissum præstare tenetur.*
7 *Sententia l. ab intestato 16. D. de iur. codicill.*
8 *Rupto testamento per præteriti posthumi natiuitatem, valent omnia quæ à legitimo herede præstari pater voluit, eaque à posthumo præstanda sunt.*
9 *Clausula codicillaris quibuscumque verbis concepta non minùs afficit posthumum, quàm alium quemlibet intestati successorem.*
10 *Reiicitur eorum sententia qui posthumum ignoranter præteritum fideicommisso ita obstrictum putant, vt possit duplicem quartam detrahere.*

1 SI non dubitatur quin nato † posthumo qui præteritus fuit rumpatur testamentum siue post testamentum natus fuerit, siue post mortem patris qui eum habiturus erat in potestate, itémque siue scienter, siue ignoranter præteritus proponatur, tamen cùm quæritur de vi & potestate clausulæ codicillaris in eo testa-
2 mento adiectæ frequentior interpretum sententia est † quæ *Bartoli* primùm fuit ad *Auth. ex caussa Cod. de liber. prater.* distinguendum esse an scienter præteritus fuerit, an ignoranter. Priore casu fatentur posse clausulam codicillarem facere vt posthumus ab intestato succedens rogatus videatur de hereditate tanquam ex fideicommisso restituenda ei qui testamento heres institutus fuit, non solùm si filius alius testatoris iam natus, sed etsi nepos aliúsve in gradu remotior adeóque extraneus fuerit instituturus, si modò inquiunt, concepta sit clausula per verba quæ non præsentis tantùm temporis sint, sed etiam futuri, aut quæ saltem per interpretationem ad futurum quoque tempus extendi possint. Posteriore verò casu negant clausulæ codicillaris quibuscunque tandem verbis concepta sit tantam potestatem esse debere : sed perinde acsi adiecta non esset, posthumum de quo testator non cogitauit ab intestato succedere sine onere vllo fideicommissi. Quanquam autem non desunt qui adfirment contrariam sententiam quæ posthumum ignoranter quoque præteritum fideicommisso puro obstringit, si clausula codicillaris concepta sit per verba futuri temporis, non solùm veriorem esse, sed etiam receptiorem, vt videre est apud *Tessaurum Decis. Pedemont.* 141. & *Borgninum Canalcanum Decis.* 24. *part.* 3. pragmaticis tamen nostris magis placet distinctio *Bartoli* vt quæ sit æquior hoc ipso quòd fauet filio eidémque posthumo de quo excludendo testator nullomodo cogitarit. Mouentur † autem ex eo potissimùm quòd 3
cùm totus effectus clausulæ codicillaris ex testatoris mente ac voluntate pendeat, qui vtique eam clausulam adscribendo id agere intelligitur vt successor intestati de hereditate scripto heredi restituenda rogatus videatur, ferendũ non est vt vllo vnquam casu operetur contra voluntatem : quod ipsum tamen, inquiunt, eueniret si prodesset heredi scripto ad caussam fideicommissi ab intestato petendis cõtra posthumum de quo pater non cogitauit. Prius enim est vt de ea persona cui fideicommissi onus iniungitur, cogitatum sit quàm vt ei fideicommissum iniunctum fuisse videri possit. Etsi enim ignoranti perinde ac scienti fideicommissum & dari & iniungi potest, nemo tamen ignorans fideicommittit. Sunt
tamen † qui adhuc subdistinguendum existiment, an 4
heres scriptus eo testamento quod posthumi agnatione ruptum fuit, ex testatoris descendentibus sit, an non, vt si sit ex descendentibus, fideicommissum petere possit ex clausula codicillari, sin secus, non possit. Cuius subdistinctionis ratio illa affertur, quòd multò fauoral iliot sit filius quàm extraneus, & dignior cuius gratia fiat ea interpretatio quæ à iuris ratione minùs aliena esse videatur : sicut & fauorabilior est filius iam natus, & testatori cognitus, quàm posthumus qui tantùm abest vt testatori cognitus fuerit, vt de eo pater nequidem cogitarit. Illa denique distinctio plerisque placet, an posthumus ignoranter præteritus natus sit viuo adhuc testatore qui testamentum mutare potuerit, nec mutauerit, an post mortem testatoris, aut viuo quidem eo, sed ita tamen vt non habuerit patet facultatẽ mutandi testamenti. Priore casu admittunt posse clausulam codicillarem operari contra posthumum etiã extraneo herede instituto. Quasi negari non possit quin saltem generaliter de posthumo cogitatum sit, eúmque ab intestato grauatum pater voluerit, qui cùm aliud testamentum facere posset, in eóque posthumum absque onere fideicommissi instituere, maluit tamen decedere cũ priore testamento, rupto quidem, sed tamen clausulam codicillatẽ habente : non item si testamentum mutari non potuit, quia non potest capi voluntatis coniectura ex eo quòd testamentum mutatum non sit ab eo qui mutare non potuit, tametsi mutandi voluntatem quam maximè habuerit. Displicet tamen coniectura hæc plerisque existimantibus patremfamilias qui testamentum mutare potuit, nec voluit, tantò magis hoc ipso declarasse intestatum velle se decedere, quippe cùm sciuerit aut scire debuerit testamentum ruptum esse apertámque viam legitimæ successioni. Ego † 5
non solùm supradictas omnes distinctiones superuacuas & improbabiles esse arbitror, sed & quæstionem ipsam otiosam si iure & legibus non interpretum nugis agatur. Nam vt taceam quod iam superiore capite disputaui nihil prorsus interesse quibusnam verbis concepta sit clausula codicillaris, an iis quæ præsens dũtaxat tempus, an quæ etiam futurum demonstrent, mihi videntur interpretes omnes in eo errare, quòd aliam caussam constituunt codicillaris clausulæ, aliam codicillorum ab intestato scriptorum. Si enim † proponeres nullo facto te- 6
stamento codicillos tantùm ab intestato scriptos esse, iisque rogatum legitimum successorem vt hereditatem Semptonio restitueret, ac subinde post patris mortẽ natum posthumum quem testator codicillorum tempore ignorauerat, non puto esse ex interpretibus aut pragmaticis qui negare ausit, obligatũ ex codicillis posthumum vt fideicommissum præstare teneatur quod alius quilibet intestati successor præstare teneretur. Id enim est

7 quod eleganter † Paulus ſcribit *in l. ab inteſtato 16. D. de iur. codicill.* Ab inteſtato factis codicillis relicta debere eum qui poſtea quoque natus ſit, & quicunque ab inteſtato ſucceſſerit codicillos locum habere, quoniam, inquit, ab inteſtato vnus tãtùm caſus eſt, nec agnatione poſthumi codicillos euanuiſſe dici poteſt. Senſus eſt multum referre hac parte an teſtamentũ aliquod factum ſit, néne. Teſtamento enim facto duplex caſus eſt: Vnus ſi teſtamentum & vires & effectum habeat, & ex teſtamento ſuccedatur. Alter ſi teſtamento vel iniuſto, vel rupto aut irrito poſtea facto perinde ſuccedatur ab inteſtato, acſi teſtamentum penitus nullum factum fuiſſet. Proinde qui in prioré caſum vocatus aut oneratus fuit, non ſtatim conſequens eſt vt in alterum quoque vel vocatus vel oneratus intelligatur. Nihil enim commune habet voluntas teſtati cum voluntate inteſtati, ſicuti nec cauſſa teſtamentariæ hereditatis cum legitima ſucceſſione. At cùm decedit quis ab inteſtato, vnus tantùm caſus eſt, nec fieri poteſt vt vel ex teſtamento, vel magis minúſve ab inteſtato ſuccedatur. Itaque fruſtra quæras quiſnam ille ſit qui ab inteſtato ſuccedit, an filius iam natus, an poſthumus, an alius agnatus cognatúſve. Aut an is quem teſtator ſibi ſucceſſurum ſciuerit, an quem ignorauerit, & de quo cogitare nõ potuerit. Quicunque enim ille ſit qui ab inteſtato ſuccedit, eodem iure ſuccedit, legitimúſque ſucceſſor eſt, & quidem ex voluntate teſtatoris qui licut heredé ab inteſtato habere omnimodo voluit, ita de omnibus iis proculdubio cogitauit quibus lex hereditatem delatura eſſet, nec de hoc aut illo cogitandũ habuit, cùm ad cauſſam ſucceſſionis inteſtati nihil pertinuerit an hic aut ille ad ſuccedendum proximior futurus eſſet. Neque ſanè vllo iuris loco reperias prudentes hanc diſtinctionem admittere. An is ab inteſtato ſuccedat quem teſtator ſucceſſurum ſperauit, an alius, niſi cùm agitur de fideicommiſſis ab eo nominatim relictis, qui codicillorum tempore ſucceſſurus credebatur, vt in *l. pen. D. de iur. codicill. l. cùm pater 77. §. cùm exiſtim. de legat. 2.* At rupto † teſtamento per præteriti poſthumi natiuitatem generaliter & indiſtinctè valere omnia quæ à legitimo herede præſtari pater voluit, & à poſthumo perinde atque ab alio quolibet herede præſtanda eſſe apertè ſcriptum eſt in *l. general. 24. §. ex teſt. D. de fideic. libert.* ita vt pro ſententia noſtra aduerſus commentitias illas interpretum & pragmaticorũ diſtinctiones nihil ſcribi potuerit apertius. Tractat enim eo loco Vlpianus non de codicillis ab inteſtato factis, ſed quod ad rem noſtram magis pertinet de codicillari clauſula adſcripta in teſtamento, quod poſthumi præteriti agnatione ruptum proponebatur: vt intelligamus contrà quàm interpretes, & pragmatici noſtri ſentiant, nihil inter hos caſus intereſſe. Nam qui in teſtamento adſcribit clauſulam codicillarem, licèt non ea primùm mente ſit vt inteſtatus moriatur, quia tamẽ cogitat fieri aliquo caſu, aut aliqua de cauſſa poſſe vt faciat exitum inteſtati, prouidet etiam quantum poteſt in vtrunque euentũ, vt etiam ſi inteſtato eum mori cõtingeret, voluntas tamen eius effectum ſortiatur. Eum ſcilicet ipſum, quem ſortiretur ſi nullo teſtamento facto codicillis duntaxat ab inteſtato ſcriptis iudicium ſuum aperuiſſet. Itaque non minùs ridiculum eſt dicere patrem qui de inteſtati ſucceſſione cogitauit cùm clauſulam codicillarem adſcriberet, non cogitaſſe de poſthumo quem tum ignorabat, quàm ſi quis idipſum diceret eo caſu quo teſtamentum nullum factum fuiſſet. Cogitauit enim de habendo eo herede quem datura ſibi eſſet, quiſquis tãdem ille foret, & conſequenter de poſthumo ſi quem vnquam ſibi agnaſci cõtingeret, æquè ac de alio quolibet. Verius igitur
9 eſt quod nos voluimus clauſulam † codicillarẽ quibuſcunque verbis conceptam non minùs afficere poſthumum ſiue ſcienter, ſiue ignorantem præteritum, quàm alium quemlibet inteſtati ſucceſſorem, ſiue filius ſiue extraneus teſtamento heres ſcriptus ſit, qui tanquam ex fideicommiſſo hereditatem ſibi ab inteſtato reſtitui poſtulet. Quod autem quidam remedij & æquiſſimi tẽperamenti loco induxerunt, vt poſthumus † ignoranter 10
præteritus fideicommiſſo quidẽ obſtrictus intelligatur, ſed tamen duplicem portionem ex fideicommiſſo detrahat, ſcilicet legitimam & Trebellianicam, multò ineptiùs eſt. Conſentiunt enim interpretes & pragmatici quotquot ſunt, fideicommiſſum, huiuſmodi quod ex vi clauſulæ codicillaris à legitimo ſucceſſore datum intelligitur purum eſſe non in diem aut conditionale. Cui conſequens eſt ex iiſdem interpretum traditionibus vt duplex detractio fieri non debeat, ſed legitimæ ſolius: quod vtrunque probatur optimè ex *l. 33. §. 1. D. de iur. codicill.* De quo quia iam ſatis multa & ex profeſſo ſcripſimus in ſuperioribus, *Decad. 1 1. c. 7.* hîc non repetemus. Hoc tamen addemus, ſicuti eorum ſententiam non probamus qui duplicem illam detractionem vllo caſu admittunt, ita non poſſe nos non probare, quod quidam adnotarũt, multò minùs poſſe huic duplici detractioni locum fieri ſi is qui præteritus fuit tantundem conſequatur ab inteſtato, aut etiã plus quàm ex legitimæ & Trebellianicæ detractione conſecutus eſſet. Quod etſi in poſthumo primi gradus ignoranter præterito contingere non poteſt, facilè tamen contingat in poſthumo ſecũdi gradus, adeoque in nepote iam nato tempore teſtamenti, ſed qui poſtea primum in aui familia gradum tenere cœperit quem teſtamenti tempore non tenebat. Finge patremfamiliãs cùm duos liberos haberet Titiũ & Sempronium, eos ex inæqualibus portionibus inſtituiſſet, Titium ex beſſe, Sempronium ex triente aut vtrumque quidem ex ſemiſſe, ſed prælegatis, Titio ad beſſem vſque, Sempronio autem non niſi ad trientem relictis. Nepotes verò quos ex Sempronio filio, vel iam tum habebat, vel habere aliquando poterat, ſiue conſultò, ſiue ignoranter præteriiſſe, nec eo minùs tamen clauſulam codicillarem adſcripſiſſe. Si poſtmodum Sempronius viuo patre decedat ſuperſtitibus liberis, nemo dubitat, quin quaſi agnatione ſui heredis teſtamentum ruptum ſit, ob non inſtitutos ex præſcripto legis Velleæ nepotes: quos tamen propter clauſulam codicillarem haberi oporteat pro rogatis vt hereditatem quam ab inteſtato percipiunt Titio patruo reſtituant iure fideicommiſſi. Neque enim melioris hac parte cõditionis eſſe poſſunt, quàm poſthumus præteritus ignoranter, cùm & ipſi poſthumorum loco eſſe dicãtur *l. poſthumorum 14. D. de iniuſt. rupt.* Sed an totam patrisfamilias hereditatem reſtituent? Interpretes negãt, Recténe an ſecus videbimus in ſequentibus. Ergo ſi interpretibus credimus, eam ſolam portionem Titio patruo nepotes reſtituent ex qua Titius fuerat inſtitutus. Ita fiet vt trientem in quo Sempronius pater ſcriptus erat retineãt, nec proinde ex portione Titio reſtituenda quicquam deducant, quia quod ex perſona Sempronij patris ſui ab inteſtato percipiunt, ad trientem vſque primi affis, æquat ſemiſſem beſſis reſtituendi Titio, qui ſemis alioqui nepotibus pro legitima & Trebellianica deberetur. Proinde nihil cauſſæ eſt cur duplex illa detractio nepotibus hoc caſu permittenda ſit in eoque cum interpretibus ſentio. Sed quod volunt nullam prorſus detractionem fieri ne falcidiæ quidem, & vt loquuntur, Trebellianicæ iure mihi æquè non probatur. Et de eo nobis paulò diſtinctiùs tractandum eſt.

ERROR VIII.

De iure adcreſcendi per clauſulam codicillarem in vim fideicommiſſi defendendo, cùm poſthumus aut alius ex ſuis heredibus cuiuſcunque gradus præteritus fuerit.

SVMMARIA.

1 *Nihil intereſt cùm de clauſula codicillaris poteſtate queritur, an poſthumus an alius ex ſuis heredi-*

bus

bus ignoranter præteritus proponatur.

2 *Varij caſus quibus fieri poteſt vt teſtator de liberis iam natis non cogitet.*

3 *An fieri vllo caſu poſſit vti ne totam hereditatem aut legitimam portionem reſtituat is, qui præter ſpem & voluntatem teſtatoris ab inteſtato ſuccedit.*

4 *Species facti.*

5 *Pragmaticorum ad quæſtionem reſponſio.*

6 *Sententia pragmaticorum refutatio.*

1 IAm diximus nihil intereſſe † cùm de clauſulæ codicillaris vi & poteſtate quæritur, an poſthumus, an alius ex ſuis heredibus ſiue primi, ſiue ſecundi, aut etiam vlterioris gradus ignoranter præteritus proponatur, niſi quod difficilius eſt, vt de filio aut nepote iam nato non cogitauerit teſtator ſaltem in genere, quàm vt de poſthumo, de quo fortaſſis teſtamenti tempore nihildum ſperabat. Sed tamen po-
2 teſt variis † de cauſſis ſimiliter contingere vt nec de iis cogitauerit qui iam tùm nati fuerunt. Finge natos in alia prouincia, aut etiam in domo ipſa teſtatoris abſente fortaſſis & ignorante patre, vt in *l. Titius* 25. §. *Lucius. D. de liber. & poſthum.* Finge præmortuum filium, qui fuerat inſtitutus, & ſuperſtitem ex eo nepotem præteritum, de quo inſtituendo, vel exheredando auus non cogitauerat, quia nec cogitare debuerat, cùm nepos à filio antenerteretur, vt in ea ſpecie quam ad ſuperioris capitis finem tractabamus. His ſanè caſibus, & aliis, ſi qui ſunt ſimiles, non alia ratio haberi poteſt filij aut nepotis iam nati, quàm poſthumi ignoranter præteriti, ſempérque & indiſtinctè verum eſt clauſulam codicillarem quibuſcumque verbis conceptam facere debere, vt quiſquis ab inteſtato ſuccedit, de hereditate tanquam ex fideicommiſſo reſtituenda rogatus intelligatur. Sed elegans dubitatio illa eſt, quam nos ſuperiore capite attigi-
3 mus, An † fieri vllo caſu poſſit, vti ne totam hereditatem aut legitimam portionem ſuam teſtituat is, qui præter ſpem & voluntatem teſtatoris ſuccedit ab inteſtato. Species quam ſuperiore capite tractabamus in hanc rem omnium accommodatiſſima eſt. Pone †patrem qui duos
4 habebat filios Titium & Sempronium, & ex Sempronio iam natos nepotes (quamquam etſi poſtea nati ſint dummodò viuo auo concepti, nihil refert) Titium heredem inſtituiſſe ex ſemiſſe adſcriptis ei ampliſſimis prælegatis, aut etiam, vt ponebamus ſi voles, ex beſſe, Sempronium ex reliqua hereditate, nepotes verò ex Sempronio præteriiſſe: adiecta tamen clauſula codicillari rogatiſque per eam legitimis ſucceſſoribus, vt voluntatem ſuam ab inteſtato quoque tuerentur: ſubinde mortuum Sempronium viuo adhuc patre liberiſque ſuis ſuperſtitibus. Conſtat ruptum eſſe teſtamentum quaſi agnatione, aut, quod idem eſt, ſucceſſione ſui heredis. Proinde ab inteſtato diuidi hereditatem ex ſemiſſibus inter Titium patruum & liberos Sempronij, ita tamen vt propter adiectam clauſulam codicillarem cenſeantur rogati nepotes illi ex Sempronio de reſtituenda Titio hereditate, quærimus an totum illum ſemiſſem quem inani hereditate ab inteſtato percipiunt reſtituere debeant, an verò eam duntaxat portionem quam habiturus erat Titius ex teſtamento, ſi Sempronio fratre, eodémque coherede ſuperſtite teſtamentum valuiſſet, nec ruptum vnquam fuiſſet. Quæſtio in eo eſt, an ius adcreſcendi quod Titius habiturus fuit fratre abſtinente, & teſtamento ſubſiſtente, ſaluum ei eſſe debeat iure fideicommiſſi ab inteſtato præſtandi, non ſecus acſi ſolus Titius heres inſtitutus fuiſſet, Sempronio fratre exheredato. Ius enim adcreſcendi facit, vt qui ex parte tantùm heres ſcriptus eſt dato coherede, ex toto aſſe ſcriptus intelligatur coherede ſe abſtinente aut repudian-
5 te. Pragmatici † noſtri putant non eſſe cogendos Sempronij liberos vt patruo quicquam reſtituant ſupra eam portionem quæ teſtamento relicta eſt, hac vna moti ratione quòd ius adcreſcendi non poſſit competere ex teſtamento quod agnatione aut quaſi agnatione ruptum eſt, non magis quàm ſi ab initio nullum & iniuſtum fuiſſet. Sic enim vulgò noſtri ad *Auth. ex cauſſa. C. de liber. præter.* quos refert, & ſequitur Iulius Clarus in §. *teſtam. qu. 46. verſ. & hac concl. & qu. 5. & 54.* Ego contrà ſentio. Nam † etſi non nego ius adcreſcendi ex teſta- 6
mento nullo & iniuſto, aut rupto irritóve facto competere nullomodo poſſe, quia appendix quædam eſt præcedentis inſtitutionis. Inſtitutiones autem omnes corruunt etiam poſt Iuſtiniani conſtitutionem, de qua in *dict. Auth. ex cauſſa.* Videre tamen non poſſum cur non etiam ab inteſtato ſaluum eſſe debeat iure fideicommiſſi, perinde ac reliqua omnis voluntas teſtatoris, ne alioqui eueniat vt voluntatis aut clauſulæ codicillaris diuiſio inducatur: quod vtrumque ſanè perabſurdum eſſet. Clauſula enim codicillaris facit vt voluntas teſtatoris, quæ ſupremis tabulis declarata effectum habere ex teſtamento non potuit, defendatur ab inteſtato quantum fieri poteſt iure fideicommiſſi *l. 3. §. 1. l. cõficiuntur. 8. D. de iur. codicill. l. generaliter 14. §. ex teſtam. D. de fideic. libert.* Atqui ius adcreſcendi quod legis poteſtate inter coheredes inducitur, pendet proculdubio & proficiſcitur ex tacita teſtatoris voluntate, cùm nihil aliud ſit niſi tacita quædam ſubſtitutio, vt eleganter ſcriptum eſt in *l. ſi Titio 61. §. Iulianus, de legat. 2.* Quidni ergo per codicillarem clauſulam conſeruabitur? Nam & ſi poneres Titium & Sempronium fratres coſdémque coheredes in caſum vulgarem inuicem ſubſtitutos, vtique fatendum eſſet clauſulæ codicillaris eam vim fore, vt ſubſtitutionem illam vulgarem quæ nihil niſi ſecunda inſtitutio eſt, perinde ac primam inſtitutionem in fideicommiſſi cauſſam deduceret. Neque enim hoc illo difficilius eſt. Quod verò refert cum agitur de conſeruanda quoquomodo voluntate teſtatoris, an ſubſtitutio expreſſa ſit an tacita, quandoquidem vtraque eſt ex teſtatoris iudicio, vt diximus, & voluntate; Pragmaticorum error hac in quæſtione ex eo naſcitur, quòd non diſtinguunt auxilium Iuſtinianeæ conſtitutionis, de qua in *dict. Auth. ex cauſſa*, ab auxilio clauſulæ codicillaris, quaſi vtriuſque beneficio & legata & fideicommiſſa eodem modo conſeruentur. Nec animaduertunt quod nos ſuprà docuimus *cap. 5.* in eo hæc auxilia differre, quòd per Iuſtiniani legem rupto vel irrito facto teſtamento ex cauſſa exheredationis vel præteritionis conſeruantur legata & fideicommiſſa tanquam ex teſtamento: per clauſulam verò codicillarem ab inteſtato: item quòd Iuſtiniani conſtitutio ad præteritionem paternam nil pertinet, clauſula verò codicillaris cùm nonniſi in euentum ſucceſſionis inteſtati adſcribatur, æquè omni caſu locum habet, nec diſtinctio neceſſaria eſt, qua de cauſſa inteſtati ſucceſſio deferatur. Fateor quod interpretes volunt rupto, vel irrito facto teſtamento ex cauſſa exheredationis vel præteritionis quæ pro exheredatione habeatur, ſicut inſtitutiones omnes, ita & ſubſtitutiones directas corruere & conſequenter ius quoque adcreſcendi. Nec aliud iuris eſſe, quinimò idem multò magis probandum ſi ex cauſſa præteritionis paternæ teſtamentum nullum ab initio iniuſtúmque proponatur. Sed adſcripta clauſula codicillari quæ totam defuncti voluntatem ab inteſtato iure fideicommiſſi tueatur, nego idem iuris conſtitui debere. Quid enim attinet dicere teſtamentum nullum eſſe aut ruptum aut irritum, vt adcreſcendi ius excludamus, cùm de teſtatoris voluntate non ex teſtamento, ſed ab inteſtato tuenda diſputamus? Igitur in propoſita ſpecie dicendum eſt teſtatoris nepotes ex Sempronio rogatos videri vt eam quoque portionem ex qua Sempronius pater fuerat inſtitutus Titio patruo reſtituant ex cauſſa fideicommiſſi, ſalua tamen falcidia, id eſt, ea portione quæ ex Trebelliano Senatuſconſulto retineri poteſt quarta ſcilicet ſemiſſis reſtituendi.

ERROR IX.

De distinctione filij scienter & ignoranter præteriti cùm agitur de legatis & fideicommissis ex testamento & Iustiniani lege conseruandis.

SVMMARIA.

1 *Distinctio filij scienter & ignoranter præteriti à Bartolo & aliis etiam adhibetur, cùm agitur de legatis & fideicommissis ex testamento & Iustiniani Nou.115.conseruandis.*
2 *Quàm sit inepta Bartoli distinctio.*
3 *Casus quo filius à matre præteritus pro instituto habendus est.*
4 *Declaratur sententia l.vlt.D.de hered.instit.*
5 *Item l.cùm mater.28.D.de inoff.testam.*
6 *Ratio Bartoli & eius refutatio.*

1 VAm distinctionem † supra diximus *à Bartolo* cæteriſque interpretibus, & pragmaticis adhiberi ſolitam eſſe,cùm de voluntate teſtatoris per clauſulam codicillarem defendenda quæritur, filio ſiue iam nato, ſiue poſthumo præterito, nimirum ſcientérne ſit præteritus an ignoranter, eandem illi ipſi adhibent cùm agitur de legatis & fideicommiſſis conſeruandis ex teſtamento per Iuſtiniani conſtitutionem nouellam 115.cui titulus eſt, *Vt cùm de appellat.cognoſc.§:aliud quoque capitulum*, vnde ſumpta eſt *Auth.ex cauſſa C.de liber. prater.* Nam ſi filius ſiue iam natus, ſiue poſthumus præteritus ſit à ſciente, non dubitant quin locus ſit conſtitutioni, & quidem indiſtinctè, id eſt, ſiue paterna,ſiue materna præteritio eſſe proponatur. Sed ab ignorante negant conſeruari debere legata & fideicommiſſa quaſi quæ veriſimile ſit non fuiſſe parentem relicturum ſi de filio aut poſthumo quem præteriit, cogitaſſet. Benignè namque,inquiunt,de parentum erga liberos voluntate quantum fieri poteſt ſemper ſuſpicandum,& præſumendum eſt, ne pater aut mater filium vel auus nepotem facilè onerare voluiſſe exiſtimetur.Qua ratione moti plerique etiam ex iis quibus ſupradicta diſtinctio minùs placet, fatentur tamen non debere filium præteritum ea legata,quæ tam ampla ſint, vt veriſimiliter non fuerit teſtator ea relicturus, ſi de liberis,quos præteriit,cogitaſſet.Sed quàm ſit inepta
2 †nulliúſque monéti ea diſtinctio,ex illo apparet,quòd, vt à nobis ſuprà diſputatum probatúmque eſt, Iuſtiniani conſtitutio ad præteritionem paternam nihil pertinet,ſed ad eam tantùm quæ à matre facta ſit, aut ab aliis huiuſmodi perſonis,quarum præteritio habenda ſit pro exheredatione. Id enim, ſi ita eſt, vt certè eſt,ſit omnino conſequens, vt in fauorem filij, qui pro exheredato haberi debeat, interpretatio fauorabilis capi non poſſit, quaſi non fuerit mater filium præteritum tot legatis & fideicommiſſis grauatura, ſi eum ſibi futurum ſucceſſorem ſperaſſet. Quidni enim credamus multò magis ab eo fuiſſe legaturam aut fideicommiſſuram quem exheredauit aut pro exheredato habuerit? Siquidem longè plus eſt hereditatem in totum adimere,quàm legatis aut fideicommiſſis delibare: nec qui exheredatus eſt aut pro exheredato habendus fauore vllo dignus videri poteſt ad huiuſmodi interpretationem extorquendam. Atque hoc quidem expeditiſſimum eſt,apud ipſos quoque, ni fallor,interpretes,habétque naturalem intellectum ſi de expreſſa exheredatione tractetur, ſiue à patre,ſiue à matre facta proponatur.Sed in filio præterito difficilius id admitti poſſe creditur,quòd non tam ex teſtantis matris voluntate quàm ex lege pro exheredato habeatur, cùm is eſt de quo mater teſtamenti tempore non cogitauit largè ſcilicet ſumpto exheredationis nomine pro excluſione illius qui neque inſtitutus fuit, neque verbis expreſſis aut ex tacita teſtantis voluntate exheredatus. In quo tamen ſi quid mei iudicij eſt, tantò apertiùs & interpretes & pragmatici falluntur,quantò ſubtiliores videri volunt. Potiùs enim iſta ratiocinatione probarent filium à matre ignorante præteritum pro exheredato haberi non oportere,quàm efficere poſſint,vt pro exheredato habitus legata & fideicommiſſa non debeat, quæ relicta ſunt ab inſtituto. Nam ſi is quoque quem mater tam dilexit, vt heredẽ eum inſtituerit, ſiue filius is fuit, ſiue extraneus legata omnia & fideicommiſſa eo teſtamento relicta debiturus fuit ſi teſtamentum ruptum irritúmve factum non fuiſſet, qua fronte obſecro, negare poſſit is qui ſe pro exheredato habendum eſſe intelligit,ea omnia ſe debere ex matris voluntate quæ inſtitutus debuiſſet?Dico *ex matris voluntate*,quoniam ex vera rectáque iuris ratione poſſet ſanè contendere nihil ſe debere ex eo teſtamento quod ruptum irritúmve factum eſt,ſi Iuſtiniani noua conſtitutio non obſtaret.Sed cùm ita Iuſtiniano placuerit, vt quamuis rupto ex cauſa exheredationis vel præteritionis, irritóve facto teſtamento, legata nihilominùs & fideicommiſſa omnia conſeruentur, nihil ſupereſt quod filium ignoranter à matre præteritum ab hoc onere immunem præſtare poſſit,niſi obtendat non eam fuiſſe matris voluntatem, quæ de eo non cogitauerit. Hoc verò eſt quod ego ferre non poſſum, vt ſe habeat pro exonerato qui ſe vel inuitum ſcit habendum pro exheredato.Illud enim multò minùs dici poteſt ex præteritione ignoranter facta coniecturam voluntatis ſumi debere vt habeatur potiùs pro inſtituto.Nullo ſiquidem caſu reperias filium à matre præteritum pro inſtituto habendum eſſe,præter quàm † in ſpe- 3
cie illa ſingulari *l.3.C.de inoff.teſtam.* quæ proculdubio nouum ius facit, imperatorij reſcripti autoritate non minùs quàm euidentiſſima rei æquitate ſubnixum.Quis enim prudentem citra eam conſtitutionem ſic reſpondere potuiſſet? Cùm verò Imperatores quorum ea lex eſt ad conſeruandi teſtamenti fauorem reſpexerint potiùs quàm ad perſonam filij præteriti cui vtique commodius eſſet ab inteſtato ſuccedere rupto per querelam teſtamento,vt docuimus *lib.9.Coniect.cap.*15.apparet ne eo quidem caſu quo filius præteritus habeatur pro inſtituto immunem eum eſſe ab onere præſtandorum legatorum & fideicommiſſorum ab inſtituto relictorum. Eſſet enim id multò abſurdius & iniquius, ſubſiſtente teſtamento corruere legata & fideicommiſſa quæ in eo relicta ſunt quàm quod in contrarium Iuſtinianus conſtituit *dict. Nouell.* 115. vt rupto vel irrito facto teſtamento ex cauſſa exheredationis vel præteritionis quæ pro exheredatione ſit, legata nihilominùs & fideicommiſſa conſeruentur.Quòd ſi filius præteritus tum etiam cùm pro inſtituto habetur ea omnia debet quæ teſtamento relicta ſunt, licèt de eò mater teſtamenti tempore non cogitauerit, quantò magis ea debebit filius qui propter præteritionem quantumuis ignoranter factam habendus ſit pro exheredato? Nimirum ſi, vt dixi, non tam iuris rationem quàm matris mentem filiique fauorem reſpicias.Neque enim dici poteſt tam benignè præſumendum eſſe de voluntate matris erga filium qui pro exheredato habetur, vt cum minùs oneratum voluiſſe exiſtimetur, quàm ſi pro inſtituto haberetur, cæteris paribus, id eſt, præteritione in vtroque caſu ignoranter facta. Illud certè dici non poteſt filium à matre ignoranter præteritum, neque pro inſtituto neque pro exheredato, ſed pro præterito habendum eſſe. Nam licèt in eo diuerſum ius ſit patris & matris, quòd non ſicut pater, ita & mater nominatim filium inſtituere vel exheredare cogitur, quia fœminæ non habent ſuos heredes: non tamen vſque adeò moribus indultum eſt, vt liberos neque inſtituere neque exheredare cogantur. Cur enim mores,

quæ

quæ & parentes ſunt extraneis omnino ſimiles facianus? Alioqui nec ferendum eſſet, vt de inofficioſo matris teſtamento queri poſſet filius præteritus, ſi præteritus pro præterito haberi, nec omnimodo aut inſtitui aut exheredari deberet. Non enim alio iure querela filio à matre præterito accommodatur, quàm quaſi immerenter exheredato, & eo colore tanquam furioſa, nec ſanæ mentis fuerit mater quæ filium inſtituere omnino debuerat, aut non niſi merentem exheredare. Proinde cum præteritio à matre facta quantumlibet ignoranter, pro nuda præteritione haberi non poſſit, ſed omnimodo pro exheredatione, adeóque inuita etiam matre quæ ſcilicet facere non poſſit quominùs leges in teſtamento ſuo locum habeant, nulla prorſus ratio eſt, vt propter eam matris ignorantiam filius qui non eo minùs habetur pro exheredato, pro exonerato habeatur. Quam in rem textus eſt & elegans & apertus, in *l. ſi inſtituta* 27. *§. vlt. & in l. ſeq. D. de inoff. teſt.* In filio à patre præterito alius tractatus eſſet, ſi ad paternam quoque præteritionem Iuſtiniani conſtitutio traheretur. Præteritio enim paterna pro præteritione eſt, non pro exheredatione. Eáque res interpretibus errandi cauſſam fortaſſe præbuit: exiſtimantibus Iuſtinianæ conſtitutionis ſententiam generalem eſſe ad quamlibet præteritionem. Poteſt verò non malè ad propoſitam quæſtionem & ſententiæ noſtræ
4 confirmationem accommodari quod ſcriptum eſt † in *l. vlt. D. de hered. inſtit.* Nam cùm Pactumeiam Magnam filiam Pactumeij Magni Pactumeius Androſtenes heredem ex aſſe ſcripliſſet, eique patrem eius ſubſtituiſſet, ac Pactumeio Magno occiſo, rumoréque perlato quaſi filia quoque ipſius mortua eſſet, mutaſſet teſtamentum, Nouiúmque Rufum heredem inſtituiſſet hac præfatione, *Quia heredes quos volui habere mihi continere non potui, Nonius Rufus heres eſto:* refert Paulus ſupplicatione Imperatori facta ſuſcepráque cognitione viſum eſſe Imperatori ex voluntate teſtatoris Pactumeiæ Magnæ ſubueniendum, & hereditatem ad eam pertinere Sed tamen legata ex poſteriore teſtamento præſtare eam debere, perinde atque ſi in poſterioribus tabulis ipſa fuiſſet heres ſcripta. An quod de ea legatis oneranda teſtatori poſteriore teſtamento ſenſiſſet? Minimè verò. Neque enim de ea cogitauerat, qui ſi cogitaſſet poſterius teſtamentum non feciſſet vt ex præfatione conſtabat. Neque rurſum voluntas teſtatoris obſcura eſt, quòd noluerit Pactumeiam Magnam priore teſtamento ſcriptam legatis oneratam intelligi, quippe à qua eo teſtamento nulla legata reliquerat. Ratio igitur propter quam viſum eſt debere eam omnia quæ poſterioribus tabulis fuerant relicta, non alia reddi poteſt quàm quòd poſterius teſtamentum valeat, cui ſcilicet falſus modus, vt lex ait, non ſolet obeſſe, quamuis hereditas auferatur poſteriori heredi qui non habet voluntatem, vt priori deferatur ex mente teſtatoris. Subſiſtente autem teſtamento nihil attinet quærere an teſtator qui eo teſtamento legata & fideicommiſſa reliquit de illo herede onerando cogitauerit néne, cùm fieri nequeat vt non ex eo teſtamento quod valet omnia quæcunque in illo relicta ſunt, debeantur, licèt appareat non fuiſſe teſtatorem ea relicturum, ſi talem ſibi futurum ſucceſſorem ſperaſſet. Atqui in eo caſu de quo tractamus, ſimiliter euenit vt non valeat quidem teſtamentum quod ad heredis inſtitutionem, ſed tamen perinde valeat quod ad legata & fideicommiſſa acſi nullomodo ruptum proponeretur, ità conſtituto per Iuſtinianum iure, licèt inuita & reluctante iuris ratione, quamuis non ſine exemplo. Idem
5 enim iam olim † Hadrianus conſtituerat in teſtamento matris, quæ cùm filium militem falsò auditſet deceſſiſſe, alios teſtamento inſtituerat heredes, *l. cùm mater* 28. *D. de inof. teſt.* vbi quod additur *hic illud adnotatum quod de libertatibus & legatis adiicitur, nam cùm inofficioſum teſt. arguitur, nihil ex eo teſtam. valet*, non eo pertinet vt Hadriani conſtitutio corrigatur, ſed vt intelligamus multum intereſſe an ſola inſtitutio euertatur ex defectu voluntatis, an verò totum teſtamentum per querelam inofficioſi teſtamenti. Hoc enim caſu etiam legata & fideicommiſſa corruunt, adeò vt nec ab inteſtato debeantur, *l. Titia* 13. *eod.* Idem ergo iuris obtinere debet vt quamuis mater de filio quem ignoranter præteriit non cogitauerit. (Dicam amplius) quamuis nihil ab eo fuerit relictura ſi de ipſo cogitaſſet, perinde tamen legata & fideicommiſſa omnia præſtare debeat, acſi ex eo teſtamento hereditatem obtineret. Nam quod Bartolus reſpondet tractari eo loco de præteritione quæ teſtamentum nec nullum nec ruptum aut irritum faciebat, ad rem non pertinet. Tractatur enim de ademptione quæ plus quàm præteritio eſt, de ademptione inquam ei facta, cui tamen non fuerat teſtator adempturus ſi putaſſet poſſe ſe habere eum heredem quem priore teſtamento inſtituerat. Et conſequenter quæ ex defectu voluntatis non poterat valere, nec priorem inſtitutionem euertere, non magis quàm præteritio poſthumi de quo præſertim pater non cogitauit, excludere poſthumum à legitima inteſtati ſucceſſione. Contrà enim prior inſtitutio euertit poſteriorem, ſicut ius poſthumi ab inteſtato ſuccedentis euertit rumpitque teſtamentum in quo præteritus fuit, quia eodem inſtanti poſthumus præteritus & rumpit & ſuccedit, *l. 5. de iniuſt. rupt.* Atqui non eo minùs prior inſtitutus qui ſuccedit ex inſtitutione nullis legatis grauata præſtat ea legata quæ poſteriore teſtamento fuerunt relicti, nimirum quia poſterius illud teſtamentum quod ad legata valet, neque euertitur ex defectu voluntatis niſi quod ad inſtitutionem, aut potiùs quod ad perſonam inſtituti, qui licèt poſterioribus tabulis ſcriptus ſit, non tamen habet pro ſe defuncti voluntatem. Recta igitur ratiocinatio eſt ab illa ſpecie ad hanc de qua nunc tractamus, in qua præteritio per matrem facta, ſolam inſtitutionem afficit non etiam legata, vt quamuis de filio legatis onerando mater non cogitauerit quæ nec de filio quidem ipſo cogitauit, perinde tamen filius legata omnia præſtet acſi ex eo teſtamento ſuccederet, quia & perinde valet teſtamentum quod ad legata ex Iuſtiniani conſtitutione, acſi neque quod ad inſtitutionem ruptum eſſet. Imò hoc plus eſt in ſpecie *d. l. vlt. de hered. inſtit.* quod legatorum præſtatione oneratur is à quo nihil teſtatorem legare voluiſſe conſtabat, qui ſcilicet nullis adſcriptis legatis fuerat inſtitutus At præterito filio de quo mater non cogitauit, ſi neges debere eum legata teſtamento relicta, non poſſis æquè dicere in aperto eſſe quod noluerit mater eum onerare ſed hoc tantùm quod aiunt interpretes, non eſſe verisimile quod eum grauatura fuerit mater ſi de ipſo cogitaſſet. Quæ præſumptio tantùm eſt non probatio voluntatis. Facilius igitur eſt vt contra eam præſumptionem reſpondeamus pro conſeruatione legatorum relictorum in teſtamento quod hac parte vitiatum non eſt pro qua reſponſum eſt in ſpecie *d. l. vlt.* id eſt, cum etiam cùm conſtat & in aperto eſt non fuiſſe teſtatorem eiuſmodi legata relicturum ſi ſperaſſet fore ſibi heredem eum quem prioribus tabulis ſine onere legatorum ſcriptum voluiſſet. Minùs verò vrget ratio † alia qua Bartolus mo- 6
uetur vt filium de quo teſtator non cogitauit, liberet à præſtatione legatorum, ſumpto ſcilicet argumento à donatione inter viuos, quæ, inquit, licèt ſit multò fortior quàm legata vt iam facile reuocari non poſſit, reuocatur tamen ſi poſt factam donationem agnaſcantur donatori liberi de quibus ipſo donationis tempore non fuerit cogitatum ex *l. ſi vnquam* 9. *C. de reuoc. donat.* Nempe ex coniectura illa pietatis de qua Papinianus *l. cùm auus* 102 *De condic. & demonſtr.* quòd non ſit verisimile patrem aut matrem alienam ſucceſſionem propriæ ſoboli antepoſiturum fuiſſe ſi de propria ſobole cogitaſſet, quemadmodum Papiniani ratiocinationem interpretatur Iuſtinianus in *leg. cum acutiſſimi* 30. *C. de fideic.* Primùm enim reſponderi poſſet quod nos docuimus &

Digitized by Google

probauimus *lib. 7. Coniectur. cap.* 14. falſum eſſe quod Bartolus cæteríque interpretes vulgò exiſtimant donationem inter viuos ex ſola liberorum ſuperuenientia reuocari. Speciale namque ius illud eſt contra iuris rationem inductum ex lege Conſtantini ad eas duntaxat donationes pertinens quæ à patrono in libertum collatæ ſint, non ad cæteras in quibus perſona donantis non tanto fauore digna eſt cui aduerſus donatarium ſuccurratur. Sed etſi generalis eſſet ea lex generalitérque intelligenda, quod numquam admittam, tamen cùm nouum ius contineat à vera rectáque iuris ratione alienum (ſolus enim *Carolus Molinæus* ex omnibus quotquot vnquam fuerunt interpretibus ſcripſit idem iam olim obtinuiſſe) non video cur ex noua lege argumentum ſumi debeat potiùs quàm ex iuris ratione ad alias iuris partes interpretandas: Vulgatum enim eſt, quod contra iuris rationem inductum primùm aut conſtitutum fuit, ad conſequentias protrahi non debere. At neque recta eſſe poteſt hæc donationis & teſtamenti comparatio. Non enim ſicut donationi inest viuos factæ ineſt tacita illa conditio inter interpretes *ſi nulli adnaſcentur liberi*, ita & legatis etiam ineſſe dici poteſt aut teſtamento. Alioqui dicendum eſſet ex tacita teſtantis voluntate rumpi teſtamentum agnatione poſthumi præteriti, qui tamen rumpit proculdubio contra voluntatem ſiue de eo fuerit cogitatum ſiue non. Ob idque nimirum tametſi ſcienter præteritus ſit, tamen rumpit & quidem in totum, quod ſecus eſt in donatione cuius tempore donator cogitauerit de excludendis liberis quandocunque naſcituris. Sed de coniectura illa pietatis de qua in *d. l. cùm auus, & d.l. cùm acutiſſimi*, dicendum aliquid nobis eſt, quoniam ea quoque videtur mihi non modò ab interpretibus & pragmaticis, ſed ab ipſo etiam Iuſtiniano malè accepta.

ERROR X.

De coniectura illa pietatis de qua in lege cum auus 102. De condic.& demonſtr.

SVMMARIA.

1. *Sententia interpp. de coniectura pietatis, de qua Papinianus in l. cùm auus* 102. *de condic. & dem.*
2. *Sententia d.l. & interpretũ opinationis confutatio. & 4.*
3. *Reuocatur ſententia ab autore in coniecturis promulgata.*

1 HAbent † frequenter in ore interpretes & pragmatici noſtri coniecturam illam pietatis de qua Papinianus in *leg. cum auus* 102. *de condic. & demonſtr.* ſicque paſſim eam interpretantur, vt dicant, non eſſe veriſimile teſtatorem alienam ſobolem propriæ anteponere voluiſſe. Sic enim & Iuſtinianus ipſe interpretatus eſt in *l. cùm acutiſſimi* 30. *C. de fideic.* vbi perelegans illud Papiniani reſponſum refert, ac quam maximè commendat. Quæ tamen interpretatio † quàm aliena ſit à Papiniani mente apparet ex eo quod in ſpecie de qua Papinianus reſpondit, non aliena ſoboles per fideicommiſſum ſubſtituta fuerat, ſed filius ipſe teſtatoris vno gradu proximior quam nepos qui grauatus erat, duobus verò gradibus proximior pronepote, quem vult Papinianus in tacita conditione poſitum intelligi ad fideicommiſſarium excludendum. Itaque ſi nihil aliud præter ius & coniunctionem ſanguinis Papinianus reſpexiſſet: ex eáque coniunctione pietatis coniecturam æſtimaſſet, proculdubio pro filio primi gradus eodémque per fideicommiſſum expreſſim ſubſtituto contra pronepotem reſpondiſſet. At vt pronepoti magis quàm filio in nepotis grauati portione fauendum eſſe putauerit, ex eo factum eſt, quòd impia videatur futura illa interpretatio per quam liberi à parentis inteſtati portione excludantur, vt ea portio alij ex fideicommiſſo reſtituatur, ſiue teſtatori proximior ſiue ab eo remotior proponatur. Quemadmodum enim impius eſſe creditur pater qui ſine cauſſa hereditatem ſuam filio adimit vt alium ſibi eligat ſucceſſorem, ob eámque cauſſam dicimus teſtamentum eo caſu vel nullum eſſe & iniuſtum, vel per querelam inofficioſi teſtamenti aliamve iuris viam reſcindendum, ita & impietati quodammodo fauere velle videatur is, qui heredis grauati liberis ereptam velit portionem patris quam alij reſtitui iuſſit. Proinde coniectura pietatis æſtimanda non tam ex teſtatoris animo quàm ex officio patris erga liberos, facit vt potiùs credendus ſit teſtator heredem grauatum non aliter cogendum hereditatem ex fideicommiſſo reſtituere, quàm ſi ſine liberis moriatur, quaſi plus dixerit & minùs ſcripſerit. Quòd ſi ita eſt, conſequens fiet nihil intereſſe an teſtator ſit ex aſcendentibus, an extraneus. Omni enim caſu eadem vrget coniectura pietatis, ſi ea coniectura ex patris grauati non etiam ex teſtatoris pietate & officio 3
depromatur. Atque ita mihi aliquando videbatur, ſcripſique *lib. 7. Coniect. cap.* 14. Sed me nunc † in contrariam ſententiam illud vocat quòd video Papinianum in *d.l. cum auus*, non ſine cauſſa de auo teſtatore loqui, nimirum vt intelligamus non idem illum ſenſiſſe in extraneo: Cuius ſanè diſpar in eo ratio eſt quod pietatem nullam debet heredis grauati liberis, quam proculdubio debet auus pronepoti. Non enim quòd habeat filium duplici gradu proximiorem, facere poteſt vt pronepoti ex alio filio nepotéque præmortuo atque adeò cæteris in infinitum deſcendentibus, omnibus cuiuſcunque gradus ſint, minore pietatis officio obſtrictus videri debeat, quod ad eam ſcilicet portionem quam filio ſuo eidémque pronepotis huius auo reliquiſſet, ſi teſtamenti tempore viuum habuiſſet. Habet enim habuítque ſemper locum ius repræſentationis in infinitum in deſcendentibus, etiam quod ad ius ſuccedendi §. *cum filius inſtit. de heredit. quæ ab inteſtat. defer.* multo igitur magis quod ad ius & officium pietatis, quæ nonnullis caſibus etiam poſt amiſſum ius ſuccedendi eadem manet, neque ex ſuccedendi iure vnquam æſtimatur, *l. nam* 4
etſi 17. *D. de inoffic. teſtam. l. ſcripto* §. *vlt. D. vnd. liber.* Accedit † quod ita Papinianus loquitur, *quod plus dictum minùs ſcriptum inueniatur:* quæ verba haud dubiè ad teſtatorem referuntur. Ad eum igitur coniectura quoque illa referenda eſt qua Papinianus mouetur, & conſequenter in fideicommiſſo quod extraneus reliquerit, non ſimiliter intelligetur tacita illa conditio *ſi ſine liberis* quæ in aui teſtamento ſubintelligitur. Cæterùm nũquàm facere poſſit, vt ex eo Papiniani reſponſo probetur quod aiunt interpretes, non eſſe veriſimile teſtatorem propriæ ſoboli alienam ſucceſſionẽ anteponere voluiſſe, vt Iuſtinianus loquitur in *d.l. cùm acutiſſimi*. Multóque minus aſſequeris vt Papinianus eorum ſententiam adiuuet qui putant filium ignoranter præteritum, ſiue ſuccedat ex teſtamento per *Auth. ex cauſſa. C. de liber. præt.* ſiue ab inteſtato propter clauſulam codicillarem, ea legata non debere quæ teſtamento relicta extraneis fuerunt.

ANTONII FABRI IC.

Decas Vigesimaprima.

ERROR PRIMVS.

De pacto legis commissoriæ in pignoribus.

SVMMARIA.

1 *Lex commissoria quid.*
2 *In venditionibus olim vt adhiberetur.*
3 *Titulus D. de lege commissoria pertinet tantùm ad eam legis commissoriæ speciem quæ venditionibus accommodatur.*
4 *Quomodo in pignoribus lex commissoria olim adhiberetur.*
5 *Quodnam contractus genus esset fiducia.*
6 *Quantum differret lex commissoria quæ in venditionibus adhibebatur ab ea quæ in pignoribus.*
7 *Fiduciæ primarius effectus quis.*
8 *Rei per fideicommissum relictæ dominium in fideicommissarium per traditionem cur olim non transferretur.*
9 *Lex commissoria in pignoribus adhiberi solita fauorem debitoris solius vt respexerit.*
10 *Legem commissoriam in pignoribus adhiberi solitam, cur sustuleris Constantinus Imp. & n. 19.*
11 *Fiducia non solùm possessionem, sed etiam proprietatem pignoris ad creditorem transferebat.*
12 *Errare pragmaticos & interpretes iuris cùm pactum legis commissoriæ ducunt, & n. 14.*
13 *Error Franciſci Hotomanni legem commissoriam putantis aliquam fuisse ex legibus populi Romani.*
15 *Error pragmat. & interpp. de conceptione & effectu legis commissoriæ in pignoribus adhiberi solitæ, & n. 17.*
16 *Mancipatio plus est quàm traditio.*
18 *Alius interpp. & pragmaticorum error de lege commissoria.*
20 *Pactum de retrouendendo non valde dissimile est legi commissoriæ quæ in pignoribus adhibebatur.*

LEx commissoria † nihil aliud quàm pactum est, adhiberi solitum olim non 2 in venditionibus duntaxat, sed etiam in pignoribus, sed aliter in his, quàm in illis. Nam † in venditionibus sic adhibebatur, vt si pretium sua die solutum non esset, res fieret inempta, quo casu non tam sub conditione contracta venditio quàm sub conditione resoluendæ dicebatur *l. 1. D. de leg. commiss.* qui titulus † licèt sit generalibus verbis cõceptus, non tamẽ adeò generalis est, vt ad quamlibet speciem legis cõmissoriæ pertineat, sed ad eam duntaxat quæ venditionibus accom- 4 modatur. In pignoribus † verò non sic simpliciter adhibebatur, vt si pecunia pro qua pignus datum erat sua die soluta non esset, pignus ipsum creditori acquisitum intelligeretur, quomodo non pragmaticos tantum, sed plerosque etiam doctiores sentire video. Sed ita demùm 5 si contracta esset fiducia, † quæ ipsa nihil aliud erat quàm lex commissaria in pignore, cùm pignus creditori mancipabatur, aut in iure cedebatur ea lege, vt soluta ad diem pecunia remanciparetur, non solutâ creditori pleno iure committeretur. Quod genus contractus speciali nomine Fiducia dicebatur, non tam à pignoris contractu aut genere, aut specie discrepans, quàm pignoris speciem quandam constituens, vt ex eo appareret quòd distractis à creditore fiduciis, de superfluo aduersus eum debitor habebat actionem, vt est apud Paulum *lib. 2. sent. tit. 13. §. 1.* non secus acsi nudum pignus contractum fuisset, *l. eleganter 22. §. si vendiderit de pign. act.* Itémque ex aliis locis in hanc rem citatis per And. Tiraqu. *in præf. de retract. conuen. in fin.* Sic enim pignus contrahi necesse erat vt vel manciparetur, aut quod effectu idem erat, cederetur in iure creditori per debitorem ad transferendum dominium in creditorem, vel simpliciter constitueretur, id est ita vt res quidem creditori obligaretur, sed tamen proprietas maneret penes debitorem. Prior species pignoris fiduciæ nomen sumebat. Posterior nomen generis retinebat, vt simpliciter pignus diceretur. Cæterùm vterque contractus erat bonæ fidei, quia vterque erat pignoratitius, vt ex Isidoro & Cicerone in Officiis probat Iacob. Cujacius ad Paulum supradicto tit. 13. qui inscriptus est *de lege commissoria*, nec tamen ad eam legem commissoriam vlla ex parte pertinet, quæ in venditionibus adhibebatur, sed ad hanc duntaxat quæ in pignoribus. Illi non solùm † 6 dissimilem, sed etiam penè contrariam, quia quæ in venditionibus adhibetur, eò spectat vt dominium quod emptori ex puta venditione acquisitum erit eidem sub conditione auferatur, scilicet si pecunia de qua pretij nomine conuenit, intra dictã diem soluta non erit. Quæ verò in pignoribus adhiberi solita erat, potiùs eò pertinebat vt dominium per mancipationem, aut in iure cessionem acquisitum creditori penes ipsum maneret pleno iure in eum casum, quo pecunia debita suo die soluta non fuisset. Quanquam si contrario euentu pecunia suo die soluta esset, faciebat pactio commissoria vt dominiũ pignoris debitori restitui oporteret. Per contrariam scilicet remancipationem, qui sanè præcipuus † fiduciæ 7 effectus erat. Vt enim dominium quod per mancipationem aut cessionem in iure creditori quæsitum esset, nũquam ab eo discedere posset, nulla pactione opus erat. Sufficiebat enim semel translatum fuisse à debitore in creditorem, vt perpetuò penes creditorem remaneret, cùm ratio iuris non patiatur vt vel ad tempus dominium transferatur, vel quod alicuius esse cœpit inuito ei auferatur, *l. si ego. 9. §. 1. D. de iur. dot. & vulg. l. id quod nostrum 1. de reg. iur.* At vt dominium quod per mancipationem aut cessionem in iure amissum fuisset à debitore ad eum nihilominùs recurreret, pactio erat necessaria, nec pactio tantùm, sed etiam remancipatio aut retrocessio in iure, quia non nudis pactionibus rerum dominia transferuntur, *l. traditionibus 20. C. de pact.* adeóque nec nudis traditionibus, id est quæ iustam & legitimam causam nullam habeant, *l. nunquam nuda traditio 31. D. de acquir. rer. dom.* Qualis proculdubio illa fuisset si creditor per mãcipationem aut cessionem in iure pignoris dominus effectus, accepta postmodum à debitore pecunia pignus ei reddidisset. Non. n. dominij transferendi causa iusta est illa si ex vna parte pecunia numeretur, ex alia verò res aliqua tradatur, nisi ea numeratio, & vicissim traditio fiat

ex eo iure quod & legibus ſit cognitum, & pro idoneo habitum vt transferendi dominij cauſam præbere poſſit. Vnde illud etiam olim fiebat quod multò magis mirum eſt, nec niſi à paucis animaduerſum, vt ſi † res à teſtatore per fideicõmiſſum relicta ab herede tradita eſſet, adeóque ex cauſſa illa fideicommiſſi quantumuis vtiliter relicti, dominium tamen per eiuſmodi traditionẽ in fideicommiſſarium transferri non poſſet, *l. 3. D. ſi vſusfr. pet.* Nimirum, quia cùm eſſent fideicommiſſa iuri ciuili prorſus incognita, nec niſi ex Prætoris fideicommiſſarij iuriſdictione penderent, non poterat cauſſa illa fideicõmiſſi iuſta videri & legitima, nec proinde facere vt dominium transferri poſſet per ſubſecutam traditionem quæ iuſtam & legitimam cauſſam non haberet. In propoſito igitur, id eſt contracta fiducia, pignoriſque proprietate per mancipationem aut ceſſionem in iure alienata, & in creditorem tranſlata, non potuiſſet nuda pignoris retrotraditio dominiũ debitori reddere, ſed mancipatio aut retroceſſio neceſſaria erat, quia nonniſi ſex erant iuſti modi transferendi olim iure Quiritium dominij, vt Vlpianus refert in Titulis, *tit. 19. de adquiſ. rer.* Inter quos ſicuti iuſta traditio fuit, ita & mancipatio, 9 & ceſſio in iure. Ex quo apparet legem † illam commiſſoriam in pignoribus apponi ſolitam debitoris ſolius, non etiam creditoris fauorem reſpexiſſe, cùm non aliam ob cauſam adhiberetur, quàm vt admiſſam proprietatem debitor recuperare aliquando poſſet, quaſi quam nec fuerat alienaturus, ſi non eius quandoque recuperandæ fiduciam contraxiſſet. Sed tamen dabat ea res fraudis dolique materiã fœneratoribus, qui vt plurimùm pro ære modico fiducias magni valoris accipiebant. Indéque 10 tandem † factum eſt creſcente in dies legis commiſſoriæ aſperitate in pignoribus, vt infirmati eam omnémque in poſterum eius memoriam aboleri Conſtantinus Imp. voluerit in *l. vlt. C. de pact. pign.* Quæ res fecit vt nullam huiuſmodi contractus mentionem aut in Digeſtis, aut in Codice nobis Iuſtinianus reliquerit. Extant tamẽ eius veſtigia quædam pleriſque locis quibus videas tractari de pignore ſic dato vt proprietas maneat penes debitorem: quemadmodum in *l. cum & ſortis 35. §. vlt. D. de pignor. act. Pignus*, inquit Florentinus, *manente proprietate debitoris ſolam poſſeſſionem transfert ad creditorem*, 11 ad differentiam ſcilicet fiduciæ † quæ non modò poſſeſſionem, ſed etiam proprietatem pignoris ad creditorem transferebat. Quæ cùm ita ſint apparet non ſolùm pragmaticos, ſed ipſos etiã interpretes quoties de pacto legis commiſſoriæ loquuntur, in multis errare. In eo primùm † & abſurdiſſimè quòd *pactum legis commiſſoriæ* 12 dicũt. Nam cùm lex ipſa commiſſoria nihil aliud ſit, quàm pactum, vt diximus, perinde eſt acſi pactum pacti cõmiſſorij appellarent. Niſi fortè ineptiore errore legem commiſſoriam ſic intelligunt quaſi † aliqua ſit ex legi- 13 bus populi Romani, vt à Franciſco Hotomano traditum eſt. Legem enim hîc cùm dicimus, pactionẽ intelligimus, quam idcirco legem appellamus quia iuſtæ conuentionis cuiuſlibet ius hoc eſt, vt legem det contractui *lege 1. §. ſi conuenit 6. D. depoſit. l. contractus 23. D. de regul. iur. l. legem 10. C. de pact.* quam & formam vocat Vlpianus in 14 *l. in conuentionalibus 52. D. de verb. oblig.* Ergo legem † commiſſoriam dicere ſemper debemus, nũquam pactum legis commiſſoriæ, licèt non ignorem ita etiam dici ab Innocentio in *cap. ſignificante, Extr. de pign.* lecuto videlicet interpretum errorem, vt aliis pleriſque locis à reſcriptorum Pontificiorũ compoſitoribus factum eſt. De quo dicemus *inf. Err. 8.* Errant etiam in eo noſtri, quòd 15 legem † & pactionem iſtam cõmiſſoriam in pignoribus ita concipi ſolitam eſſe putant, vt ſi pecunia pro qua pignus obligatum eſt, intra certam diem non ſoluatur, dominium pignoris acquiratur creditori, iſque non vulgarium duntaxat, ſed politiorũ quoque interpretum error eſt: cùm tamen appareat ex ſuperioribus legis commiſſoriæ poteſtatem non in eo elucere vt in caſum non ſolutæ pecuniæ acquiratur dominium creditori, ſed ex cõtrario potiùs in eo, vt dominium creditori iam acquiſitum per mancipationem reddat debitori, & quidem per remancipationem, in eum caſum quo debitor pecuniam creditori poſteà ſoluerit. Nuſquam enim reperias fieri per conuentionem potuiſſe, ne quidem ante tempora Conſtantini, vt in caſum vllum pignoris dominium acquireretur creditori, niſi mancipatio ſecuta, & fiducia contracta eſſet, nempè quia non eſt pignoris titulus habilis ad inducendam dominij tranſlationem, etiam ſecuta traditione, quandoquidem qui ſimpliciter dat rem pignori, hoc tantum agit vt eam obliget, non vt alienet. Mancipatio † plus quàm traditio eſt. Inducit enim ſem- 16 per tranſlationem & alienationem dominij, vnde & nomen habet. Nam & inde differentia illa eſt rerum mancipi, & nec mancipi apud Vlpianum in Titulis. At traditio omnis alienatio quidem eſt, at non ſemper dominij, ſed interdum etiã ſolius poſſeſſionis. Porrò facta † man- 17 cipatione ſuperuacua eſt pactio quæ adhibeatur fauore creditoris, cui iam plus quàm ſatis per mancipationem proſpectũ eſt, ſed proſpicere debitor ſibi debet vt quandocunque pecuniâ ſolutâ rem ſuam recuperare poſſit, remedium verò in eam rem aliud nullum eſt, quàm vt ab initio nonniſi contractâ fiduciâ mancipet: quod cùm fit, tùm verò commiſſoria lex adhibetur. Atque hinc quo- 18 que alius † & is tertius noſtrorum error eſt, quod legem commiſſoriam odioſam eſſe aiunt, quaſi quæ ſupra modum faueat creditoribus, cuius tamen nullus niſi contra creditores vſus eſt in fauorem debitorum. Dicere potiùs debuerunt idcò abolitam à Conſtantino † legis com- 19 miſſoriæ in pignoribus memoriam, quòd non alio caſu poſſet vſui eſſe, quàm quo fiducia contracta proponeretur, nec rurſus fiducia contrahi, niſi eo demum caſu quo pignoris mancipatio & conſequenter alienatio facta eſſet: qui pignoris dandi modus ſanè odioſus eſſe cœpit, ex quo fœneratores hanc opprimendorum debitorum rationem optimam crediderunt, accipientes pro ære modico fiducias magni valoris, vt ſuprà diximus. Itaque non fiduciæ contractæ, id eſt, legis commiſſoriæ odium vllum fuit, ſed mancipationis, quæ tamen ſicut non fiebat niſi contracta per legis commiſſoriæ adiectionem fiducia, ideóque non mancipationis quod erat generale nomen, ſed fiduciæ contractus dicebatur, ita nec potuit in futurum prohiberi quin reliqua etiam pars contractus quantumlibet fauorabilis debitori prohiberetur. Iſque proculdubio ſenſus eſt Conſtantinianæ legis in verbis illis, *creſcente legis commiſſoriæ aſperitate.* Non enim de aſperitate intelligit, quæ fuerit in formula & vſu legis commiſſoriæ, ſed de ea quam creditores exercebant in huiuſmodi mancipationibus pignorũ ineundis, quæ non niſi prætextu contractæ fiduciæ tolerabantur. Illud ſanè verum eſt odio creditorum factum eſſe vt legis commiſſoriæ vſus ſit antiquatus in pignoribus. Propterea quòd ſublata fiducia, pignoris mancipatio nulla fieri poſſit, cùm ſi qua fiat, pignus eſſe deſinat quod ſic alienatur, vt eius redhibendi nulla ſpes ſuperſit. Et vero nihil erat creditori facilius ad pelliciendum debitorem, vt rem magni pretij pro exiguo debito manciparet, quàm obiecto fiduciæ remedio, quo deceptus debitor facilè ſibi perſuaderet parum ſua intereſſe, pluríſne an minoris pignus eſſet, quippe quod tantò facilius redhibitum iri ſperaret, quantò minor foret pecuniæ quantitas pro qua pignus datum fuiſſet. Quomodo etiamnum vſuuenire ſolet cùm quid venditur ſub pacto de retrouendendo. Eſt enim hæc † conuentio non valdè 20 diſſimilis legi commiſſoriæ, quæ in pignoribus adhibebatur, licèt differat in multis, vt ex ſequentibus intelligetur. Sed priuſquam ad alia veniamur, addendi ſunt & refellendi quamplures alij pragmaticorum & interpretum errores circa hunc tractatum De pacto, vt ipſi loquuntur, legis commiſſoriæ.

ERROR

ERROR II.

De lege commissoria in pignore ex interuallo adiecta.

SVMMARIA.

1 *Placet pragmaticis & interpretibus legem commissoriam in pignoribus tum demum valere si ex interuallo pactum initum sit, & quæ eius placiti ratio.*
2 *Expenditur ratio pragmaticorum.*
3 *Quomodo concipienda esset quæstio supposita vera de legis commissoriæ natura sententia.*
4 *Ex l. si fundus 16. §. vlt. D. de pignorib. colligi olim non valuisse pactionem quâ pignus in casum pecuniæ suæ die non solutæ creditori pro debiti quantitate emptum intelligeretur.*
5 *Cur pactio de qua n. 4. inutilis esset, & n. 7.*
6 *Discrimen inter pignoris dationem & venditionem.*
8 *Casus quo & contractum pignus & venditio conditionalis facta esse existimatur, & n. 10.*
9 *Si sic datum sit pignus vt si 100. quæ debentur suo die soluta non erunt, creditori emptum illud sit pretio 200. an valeat conuentio iure conditionalis venditionis.*
11 *Pignus non potest sic contrahi, vt venditio simul contracta esse intelligatur.*
12 *Si ex interuallo postquam conuenit de pignore, paciscantur creditor & debitor, vt non soluta suo die pecunia pignus obligatum pro 100. aureis emptum sit creditori pro 200. valet conuentio.*
13 *Non valet pactio vt si debitum suo die solutum non erit, emptum sit creditori pro ea quantitate qua debetur, ne quidem si ex interuallo fiat pactio.*
14 *Vera sententia l. Titius 34. D. de pignor. act.*
15 *Bartolum abuti l. Calippo, 45 D. de solut. ad pragmaticorum errorem stabiliendum.*

ET si legem commissoriam in pignoribus odiosam & consequenter improbatam esse pragmatici post interpretes volunt, tamen admittunt aliquos casus esse in quibus ea
1 conuentio valere possit, Inter quos † vnus ille est, si fiat ex interuallo post contractum pignus. Sic enim existimant minùs odiosum suspectumve esse creditorem, quàm post iam acquisitum sibi ius pignoris paciscitur cum debitore, vt si pecunia debita intra certum tempus non soluetur, res eo pretio empta sit, quia scilicet non tam faciles esse debitores solent ad indulgendum creditori quicquid is voluerit, vbi iam sub pigno-
2 re pecuniam acceperunt. Quæ ratio † si recta est, parum, meo iudicio refert, an in continenti cùm pignus acceptum est, an longo posteà interuallo lex commissoria adhibita sit. Sed illa potiùs distinctio probanda est, An de pignore tunc conuenerit, cùm pecunia debitori numerata fuit, an ex postfacto. Nam cùm pignus quandocunque dari possit post contractam sortis obligationem, nec vt in continenti detur necesse sit, non magis verendum est ne inopem debitorem ad iniquas conuentiones inuitum adigat creditor qui ex interuallo post numeratam pecuniam sic paciscitur de pignore, vt legem commissoriam incontinenti adhibeat, quàm si numerationis tempore pignoris conuentio interposita, deinde ex interuallo lex commissoria subiecta fuisset. Sola enim conquirendæ pecuniæ necessitas, & corradendæ auiditas illa est quæ efficit vt nihil non largiturus sit debitor creditori quantumuis iniqua pactio sit quam extorquere à debitore creditor velit. Illud autem obseruari volumus, nos cùm de commissoria lege hîc tractamus, legem eam sic interpretari, quomodo ab interpretibus & pragmaticis vulgò accipi posteà monuimus, cùm pignus datur aut retinetur ea lege vt si intra certum diem pecunia non soluetur, maneat pro debito emptum creditori. Alioqui † secundùm eam sen- 3
tentiam quæ magis à nobis probata est, non de lege commissoria ex interuallo adiecta quærendum esset, sed sic potiùs concipienda quæstio, An valeret conuentio de pignore ita constituto vt ob non factam sua die solutionem creditori emptum esset, siue in continenti siue ex interuallo post datum pignus ea conuentio facta proponeretur: quæ conuentio prorsus aliena est à formula legis commissoriæ, quam in emptionibus & venditionibus primùm vsurpatam, deinde ad causam pignoris fiduciarij translatam fuisse certum est & consequenter non dissimilem verborum conceptionem hoc & illo casu habuisse. Iam autem monuimus. In emptione & venditione sic concipi legem commissoriam, vt si ad dictam diem pretium non soluetur, fundus sit inemptus, *l. 1. 2. 3. & pass. D. de leg. commis.* Cur ergo sic eam ex contrario in pignore concipiamus, vt si pecunia ad diem non soluetur res obligata sit empta: Imò verò tum cùm lex commissoria in pignore adhibita intelligetur, cùm conuenerit vt res non tantum obligata, sed etiam mancipata & alienata remancipetur debitori, & ad eum redeat si ad diem pecunia soluetur. Proinde sublato vsu mancipationis illius fiduciariæ, vt proximo capite dicebamus, nihil amplius est quod de lege commissoria in pignoribus tractari possit, siue incontinenti, siue ex interuallo ea pactio adiecta sit de qua disputamus. Sed vt cum pragmaticis & interpretibus certare liceat, loquamur obsecro eorum verbis, & quæramus, an valeat eiusmodi conuentio quam illi legem commissoriam appellant. Priùs autem de illo videamus, an valeat si incontinenti facta sit, mox inuestigaturi quid si ex interuallo. Et quidem extat † elegans nec obscura 4
Marciani sententia in *l. si fundus 16. §. vlt. D. de pign.* Posse ita fieri pignoris hypothecæve donationem, vt si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat creditor rem iusto pretio tunc æstimandam: Eo namque casu videri quodammodo conditionalem esse venditionem, & ita Diuos Seuerum & Antoninum rescripsisse. Quibus verbis non obscure innuit Marcianus, iam olim ita ius fuisse, vt non valeret ea pactio qua pignus in casum pecuniæ suæ die non solutæ creditori pro ipsius debiti quantitate emptum intelligeretur. Alioqui quid attinebat de ea conuentione tractare, quæ & iusti pretij mentionem adderet, & illam iusti pretij definitionem in id tempus conferret, quo solui pecunia debuisset? An verò † pactionem istam omni 5
tempore idcirco inutilem fuisse dicemus quòd contineat legem commissoriam, vt vulgò creditum est? Minimè verò. Nam Marciani temporibus nondum antiquata erat lex commissoria pignoribus quam primus antiquauit Constantinus, qui multis post Seuer. & Antonini ætatem sæculis imperauit. Sed veteris huiusmodi iuris ratio illa fuit, quòd fieri non potuerit vt in eundem casum idémque tempus & pignus contractum, & venditio pignoris facta videretur. Sunt enim contractus isti disparati, &, vt loquuntur, incompatibiles, quoniam qui pignus † dat simpliciter, id est, neque mancipa- 6
tione intercedente, neque fiducia, id omnimodo agit vt rei proprietatem sibi retineat, solam verò possessionem transferat in creditorem, *l. cùm & fortis 35. §. vlt. D. de pign. act.* Qui verò vendit licèt ad hoc præcisè non sit obligatus vt rei venditæ dominium transferat in emptorem, sed tantùm vt rem tradat (finge enim alienam rem esse venditam cuius proinde dominium à non domino transferri nequeat, non eo minùs venditio valebit, *l. rem alienam. 28. de contr. empt. l. ex empto 11. & pass. D. de pact. empt.*) id tamen omnino agere cogitur vt quicquid iuris habet transferat in emptorem.

Ergo

Ergo & dominium, ſi dominus ipſe proponatur, *d. l. ex empto.§.1. l. ſi quis alienam. 46. eod.* Atqui pignus in eum præcipuè caſum datur, quo ſoluta creditori ſua die non erit pecunia. Caſus enim ille eſt in quem ſibi cautum & proſpectum vult creditor, qui pignus accipit, licet ſtatim atque conuenit de pignore, & priùs etiam quàm ſolutionis dies venerit, pignus contractum in-
7 telligatur. Conſequens † igitur eſt, vt in eum ipſum caſum eiuſdem pignoris venditio contrahi non poſſit, quod tamen eueniret, ſi pignus ſic dari poſſet vt in caſum pecuniæ ſua die non ſolutæ creditori emptum eſſet, debitique quantitas cederet in pretij locum. Ita enim fieret vt eadem pecuniæ quantitas, & pignoris cauſam induceret, & faceret pretium emptionis, quòd ſanè fieri non magis poteſt, quàm vt pignus quodlibet emptionis nomine iuréque cenſeatur. Non idem eſt ſi
8 conuenerit, † vt ob non ſolutam ſua die pecuniam retineat creditor iure emptoris rem obligatam tunc iuſto pretio æſtimandam. Adiecta enim iuſti pretij mentio facit vt appareat, id actum eſſe inter debitorem & creditorem vt pecunia debita pretij loco non eſſet, quæ nec ſanè iuſtum pretium efficere vnquam poteſt, cùm vix ſit vt non multò pluris ſit pignus, quàm quod debetur. Proinde nihil obſtat quominùs & contractum pignus, & venditio conditionalis facta eſſe exiſtimetur. Conditionalis, inquam, non tam ob eam pactionis conditionem *ſi pecunia debita ſuo die ſoluta non erit* (eſt enim illa naturalis tacitáque pignoris non venditionis conditio, *l. grege 13.§. etiam. D. de pign.* quàm ob collatam in alienum arbitrium pretij taxationem, *l. hac venditio. 7. D. de contr. empt. l. vlt. C. eod.* Itaque pone ſic datum †
9 eſſe pignus, vt ſi centum quæ debentur ſuo die ſoluta non erunt, creditori emptum illud ſit pretio ducentorum, An dicemus valere conuentionem iure conditionalis venditionis? Vtique enim nemo dixerit purè contractam venditionem ab eo qui de pignore purè contrahendo cogitauit. Et non puto poſſe defendi tanquam venditionem, ne quidem conditionalem: quia ſeipſam deſtruit conuentio quæ eodem tempore & pignus facit & venditionem. Nec quod venditio in certum duntaxat caſum fiat, ad rem pertinet. Idem enim ille caſus eſt in quem tota pignoris vtilitas confertur, cùm neque poſſit vtile videri pignus quod diſtrahi nequit, *l. ſi conuenit. 4. & ſeqq. D. de pign. act.* neque priùs ad pignoris diſtractionem peruenirì quàm dies præterierit intra quam ſolui omnino debuit, *l. cum ſoluendæ 4.*
10 *D. de diſtract. pign.* Quod diuerſum eſt, cum pretij † conuentio in id tempus dilata fuit, quo pignus ob non ſolutam ſua die pecuniam à creditore diſtrahi iure creditoris etiam citra conuentionem poſſet. Non enim eo caſu poteſt videri eodem tempore contracta venditio quo & pignus, quandoquidem ante pretij conuentionem nulla emptio contracta videri poteſt, ac ne quidem obligatio vlla ex qua poſſit agi vt conditionalis venditionis conditio impleatur, *l. cum ab eo 41. D. de contr. empt.* At neque debitoris quicquam intereſt vtrum poſt diem ſolutioni dictam pignus in eo ſit, vt boni viri arbitrio æſtimandum ſit iuſto pretio ad perficiendam conditionalem venditionem, An in eo vt poſſit illud creditor proprio iure diſtrahere, nulla quoque præcedente de diſtrahendo conuentione. Neque tamen conſequens fiet, vt inutilis ob eam cauſam videri debeat pignoris conuentio quaſi ſola conditionali venditione facta. Nam cùm priuſquam de pretio conuenerit, nulla dum emptio eſſe intelligatur, vt diximus, pignus interea eſſe & manere neceſſe eſt: cuius commodum & vtilitas in hoc verſabitur, vt retineri interim poſſit adeóque etiamſi pecunia debita, dummodò non niſi poſt diem, offeratur, nimirum vt cogatur debitor conuentioni ſatisfacere, & venditionis conditionem implere, ad quod alioquin cogi non potuiſſet. *d. l. cùm ab eo.* Quidni verò ad conditionalis venditionis conuentionem implendam pignus retineri poterit, quod etiam ob chirographariam pecuniam quamlibet retineri poſſet? Denique non poteſt pignus † ſic contrahi, vt ven- 11
ditio vlla ſiue pura ſiue conditionalis ſimul contracta eſſe intelligatur, ſi iam tum cùm pignus dabatur de pretio conuenerit: quoniam pignus & venditio, vt diximus, ſe inuicem non compatiuntur. Dilata verò in aliud tempus conuentione pretij nihil vetat, pignus ita contrahi vt ex eo tempore obligetur debitor ad vendendum pignus ſub ea conditione, ſi vir bonus, aut quod ferè idem eſt, ſi viri boni arbitrio contrahentes pignus æſtimauerint, Qua etiam ratione admittam non illibenter, ſi ex interuallo † poſteaquam conuenit de 12
pignore, paciſcantur debitor & creditor vt non ſoluta ſua die pecunia pignus obligatum pro centum aureis emptum ſit creditori pro ducentis, valere conuentionem & ex eo iam tempore contractam intelligi venditionem conditionalem, quia licèt pignus ſic dari non poſſit vt perfecta conditionalis venditio ſimul contrahatur, rem tamen ipſam quæ iam obligata eſt nihil vetat vendi ſiue purè, ſiue ſub conditione, nec minùs creditori quàm alij cuilibet: cùm creditor hoc caſu non tanquam creditor contraxiſſe intelligatur, ſed tanquam quilibet alius. Neque verò id Marcianus negat in *d. l. ſi fundus. 16.§. vlt. D. de pign.* Tractat enim caſum illum quo pignus ſic datum ſit, vt de ipſius quoque venditione ſimul actum fuerit. In quem demum, vt diximus, caſum illa cadit diſtinctio, an de pignoratæ rei pretio ſimul & ſemel conueniat nécne, vt priore caſu non valeat pactio, valeat poſteriore. Etſi namque fatendum eſt vtramque conditionalem eſſe venditionem ſiue in id tempus quo ſoluta eſſe debuit pecunia, æſtimatio conferatur, ſiue ab initio pignus æſtimetur vt emptum maneat illo dumtaxat caſu ſi pecunia debita ſuo die ſoluta non erit, hoc tamen intereſt, quòd cum ab initio conuenit de pretio pignoris, emptio iam tum contracta, factáque intelligitur, licèt non omnino perfecta propter adiectam conditionem: cùm verò in aliud tempus collata pretij conuentio eſt, nulla prorſus emptio facta intelligi poteſt ne quidem ſub conditione, ſi quidem venditio tota ex pretij conuentione æſtimatur. In eo quoque intereſt, quòd cùm ab initio de pignoris pretio conuenit, id certè agitur vt creditor pignoratitius, quatenùs non ſolùm creditor, ſed etiam pignoratitius eſt, eodem inſtanti fiat emptor licèt ſub conditione, quòd non magis fieri poteſt quàm vt purè; quandoquidem conuentiones omnes etiam conditionales ex præſenti tempore vires accipiunt, ita vt ſi quærant, an valere poſſint nécne, non aliud tempus ſpectandum ſit quàm quo initæ fuerunt. *l. ſi filiusfamilias 76. D. de ver. oblig. l. vlt. D. de ſtipul. ſeruor.* Cùm verò pretij conuentio fit ex interuallo, ſiue ob pactionem quæ in ipſa pignoris datione interuenerit, ſiue ex poſtfacto quoque conuenerit de vendendo, non id agitur vt creditor fiat emptor tanquam creditor, ſed tanquam alius quilibet: in eo autem ipſius duriorem quam alterius cuiuſlibet conditionem eſſe vt non poſſit emere à volente debitore eam rem quam ipſo etiam inuito alij diſtrahere quandoque poſſit, durum certè ac inciuile eſſet. *l. reſcriptum. 12. D. de diſtract. pignor.* An ergo ſimiliter admittemus, quod interpretes & pragmatici volunt, valere † pactio- 13
nem iſtam vt ſi debitum ſua die ſolutum non erit, emptum ſit creditori pro ea quantitate quæ debetur, dummodo fiat pactio ex interuallo? minimè. Obſtat enim eadem ratio, quæ obſtaret ſi incontinenti talis pactio adhibita proponeretur. Illa nimirum quam diximus, quòd fieri nequeat vt eiuſdem conuentionis poteſtate, eadem pecuniæ quantitas, & contrahendo pignori & incundæ venditioni ſubſeruiat, id eſt, vt creditor pignoratitius, quatenus creditor pignoratitius ſimul & ſemel fiat emptor ſiue purè, ſiue ſub conditione. Atqui quòd huiuſmodi pactio ex interuallo

poſt

poſt contractum pignus adhibita ſit, non facit quominùs idem & creditor, & emptor fieri ſimul velit, quandiu id agitur vt eadem pecuniæ quantitas pro qua pignus datum eſt, manente ſemper pignore, in pretium quoque cedat. Illud ergo ad conditionalem venditionem vtiliter contrahendam omnino neceſſe eſt, vt & ex interuallo, & mutata pretij quantitate fiat ea pactio, aut, quod non valdè diſſimile eſt, vt ſi inconrinenti fiat, conferatur tamen ipſa conuentio pretij in aliud tempus, tametſi nihil prohibeat ex alio tempore pretium tale conſtitui quod non excedat debitam quantitatem. Sufficit enim non ex præcedentis conuentionis poteſtate id fieri, ſed vel qua alia ratione, vel caſu. Iſque meo iudicio Marciani ſenſus eſt in *d. §. vlt. ſi fundus*. Nec pragmaticos, & interpretes iuuare
14 poteſt quod Marcellus † tractat in *l. Titius* 34. *D. de pign. act.* valere pactum inter debitorem & creditorem initum, quo conuenit vt fundum certo precio emptum habeat creditor, qui alioquin ob non ſolutam ſua die pecuniam diſtrahere pignus poſſet. Non enim de caſuali, aut quod hac parte idem eſt, conditionali pignoris venditione lex illa eſt, ſed de pura datione in ſolutum aut venditione tunc facta cum iam in ſoluendo moram debitor contraxerat. Quæ ſpecies longè differt ab illa, de qua diſputamus. Nemo ſiquidem negauit vnquam valere conuentionem ſi pro debito, purè vendatur res, quæ antea obligata tantùm erat *d. l. reſcriptum.* 12. *D. de diſt. pign. l. cùm dominam.* 13. *C. de pignor. l. in numerationibus.* 44. *de ſolut.* Nos verò illud negamus, valere conuentionem licèt ex interuallo factam, qua id agatur vt in eum caſum quo pecunia ſuo die ſoluta non erit pignus certo pretio iam tum conuento emptum ſit creditori. Bart. autem etſi horum caſuum diuerſitatem & diſtinctionem non obſeruauit, fatetur tamen hoc quod interpretibus placet, valere pactum, vt loquuntur, legis commiſſoriæ quoties ex interuallo adiectum eſt, hactenus verum eſſe vt vtile ſit ad excipiendum, non etiam ad agendum. Motus
15 nimirum † ex eo quòd Vlpianus Calippo reſpondit *l. Calippo* 45. *alias. l. quamuis. D. eod. titul. de ſolut.* Quamuis ſtipulanti vxori vir ſpoponderit, diremptο matrimonio prædia quæ doti erant obligata in ſolutum dare, tamen ſatis eſſe offerri doris quantitatem. Qui tamen locus ſi verum amamus, quam maximè alienus eſt à propoſita diſputatione. Nec enim ad pignoris venditionem aut dationem in ſolutum pertinet, ſed tantum ad promiſſionem de dando in ſolutum, quæ ab ipſa datione multum diſtat, ſicut & longè aliud eſt ſi quis vendat aut donet. Aliud verò ſi promittat ſe venditurum aut donaturum, quemadmodum idem Bart. tractat *ad l. vlt. D. de condict. cauſ. dat.* Quanquam & illud multò facilius eſt, vt ex promiſſione de vendendo obligetur quis ad vendendum, quam vt ex promiſſione de dando in ſolutum dare poſtea tenearur. Habet enim omnis eiuſmodi promiſſio De in ſolutum dando, tacitam conditionem neceſſariam & inſeparabilem, ſi debitum manebit, quæ conditio deficit oblata quandocunque ea pecuniæ quantitate quæ debetur. Adeò enim non valet datio in ſolutum ſi nihil debeatur, vt etſi per errorem facta ſit pro maiori quantitate quàm quæ re vera deberetur, nulla ex parte valeat, ne quidem ad inducendam pro eo quod re vera debetur liberationem, *l. ſi non ſortem* 26. *§. ſi centum. vbi & Bart. tractat. D. de condict. indeb.*

* * *

ERROR III.

De lege commiſſoria in pignore adiecta ad dationem in ſolutum ineundam.

SVMMARIA.

1 *Non valet pactio vt ob non ſolutam ſua die pecuniam pignus in ſolutum datum intelligatur.*
2 *Quo caſu valet datio pignoris, ſic facta vt conditionalis quoque venditio ſimul contracta videretur, an eodem valitura ſit datio in ſolutum?*
3 *Sententia pragmaticorum affirmans.*
4 *Autoris ſententia negans & eius confirmatio.*
5 *Quæſtio & eius deciſio.*

IN eo ſanè cum interpretibus ſentio, quod aiunt, non magis † valere pactionem vt ob 1
non ſoluram ſua die pecuniam pignus in ſolutum datum, quàm vt pro debiti quantitate venditum intelligatur, quoniam datio in ſolutum venditioni ſimillima eſt, eodémque ferè in omnibus iure cenſetur. Præſertim cùm vtrique commune illud ſit, vt ſiue pignus vendatur, ſiue in ſolutum detur, non tantùm debiti, ſed, quod omnino conſequens eſt, etiam pignoris obligatio tollatur, *l. ſi non ſortem* 26. *§. ſi centum. de cond. indeb. l. in numerationibus* 44. *de ſolut.* Inde namque fit, vt non magis pignus cum datione in ſolutum concurrere poſſit quàm cum venditione. An ergo ſimiliter dicemus, quo † caſu 2
valeret datio pignoris ſic facta vt conditionalis quoque venditio ſimul contracta videretur quemadmodum in ſpecie *d. l. ſi fundus* 16. *§. vlt. de pignor.* eodem caſu valituram in ſolutum dationem? Ita pragmatici † putant, nullam prorſus hac parte differentiam agnoſcentes inter venditionem & dationem in ſolutum. Sed nos 3
negamus, † quoniam in venditione illud vtilem facit 4
pactionem, quòd pretij conuentio in aliud tempus confertur, ita vt neque venditio pignus impediat, neque à pignore impediatur. At in datione in ſolutum nihil eſt quod in aliud tempus conferri poſſit, quoniam in ea pretium nullum interuenit. Aut ſi quod interuenire intelligitur vt venditioni ſimilis videri poſſit, aliud eſſe id non poteſt quàm idipſum quod debetur: Alioqui ſi addas quid vel minimum aut detrahas, veram venditionem efficies, non dationem in ſolutum, eſſetque hoc caſu datio in ſolutum perſimilis venditioni conditionali ſic initæ vt ab initio tamen de pretio conueniſſet, quam nos ſuprà negauimus valere, tùm etiam cùm alia pretij quam debiti ratio in quantitate conſtituta eſt. Quanto minus igitur valebit datio in ſolutum, quæ, vt diximus, non niſi pro ea ipſa quantitate quæ debetur, fieri poteſt? Dices fortaſſe, Rationi huic conſequens potius videri vt pactum, quod vocant, legis commiſſoriæ in datione in ſolutum non improbetur, quandoquidem eadem pecuniæ quantitas & pignori ſubſeruit, & dationi in ſolutum, quod in venditione diximus eſſe diuerſum. Reſpondeo non eſſe rectam conſecutionem, quia licèt ea ipſa quantitas quæ debetur, & pro qua pignus datum fuit conueniat dationi in ſolutum, nihilomagis tamen pignus & datio in ſolutum ſe inuicem compariuntur, imò tantò minus, quantò facilius eſt vt pignoris datio euadat in donationem in ſolutum quàm in venditionem, cùm & ſolo etiam conſenſu perficiatur, præſertim poſſeſſione pignoris quod in ſolutum datur, penes creditorem iam conſtituta: nec vllam requirat pretij conuentionem. Nam ſtatim atque datio in ſolutum perfecta eſt, nemo dixerit ſupereſſe obligationem debiti quod vtique pro iam ſoluto habetur *d. §. ſi centum.* Et quamuis eadem ſit quantitas pro

qua

qua & pignus datur, & in ſolutum datio fit, alio tamen iure cenſetur quod ad cauſam pignoris attinet, alio quod ad dationem in ſolutum. Siquidem in pignore ſpectatur tanquam debita, in datione verò in ſolutum tanquam quæ deberi deſinat, ſunt autem iſta proſſus contradictoria, vt eadem pecuniæ quantitas quaſi debita, & quaſi indebita conſideretur in eadem pactione. Idémque eſt ſiue in ipſa pignoris datione, ſiue ex intervallo conueniat de datione in ſolutum: ſecundùm ea quæ nos in ſuperioribus de venditione diſputauimus. At quid † ſi crediderim tibi centum, & priuſquàm de pignore vllo inter nos conueniret, id egerimus, vt ſi pecuniam ſua die non ſolueres, fundus Titianus mihi eo pretio emptus eſſet? Conditionalis emptio contracta videbitur, & ideò valebit, ſicut & datio in ſolutum ſi qua eodem modo facta proponatur *arg. l.vlt.D.de contr.empt.* Nec ad rem pertinebit quod poſtcà & in eodem ferè inſtrumento conueniat de pignore ad contractum, vt fit, confirmandum. Alia namque ratio eſt pignoris, quod pro debito datur, alia eius quod ad venditionis ſiue puræ ſiue conditionalis contractum confirmandum adhibetur. Illud cum venditione aut donatione in ſolutum ſimul ſtare vt diximus non poteſt. Hoc poteſt & quidem commodiſſimè, tanquam acceſſorium, eaſdem ſcilicet, quas ipſa venditio admittens conditiones. Ita fit vt ordo ſcripturæ ſpectandus ſit vt alias plerunque euenit, quoties nimirum inducit diuerſitatem iuris & voluntatis, *l. heredes mei* 57.§. *vlt. D. ad S. C. Trebell. l. quoties* 32. *D.de vſuf.l. generaliter* 24.§.*quid ergo ſi plures de fideic.libert.* Atque ita Senatum noſtrum, cùm ex facto quæſtio incidiſſet, nonnullis licèt reluctantibus, aliquando pronunciaſſe ſcio.

ERROR IV.

De lege commiſſoria concepta per clauſulam,
Ex nunc provt ex tunc & contrà,
in pignore.

SVMMARIA.

1 *Pactum legis commiſſoriæ in pignoribus valet ex ſententia pragmaticorum, ſi ſit adiecta clauſula*, ex nunc provt ex tunc, & contra.
2 *D. ſententiæ refutatio, & quæ ſit vis dictæ clauſulæ, & ſeqq.*
3 *Particula illa* tunc *extremi temporis tempus ſignificat.*
4 *In quibus actibus d.clauſula vſurpari ſoleat.*
5 *Diſcrimen inter conditiones merè caſuales, mixtas, & poteſtatiuas.*

QVod interpretibus & pragmaticis noſtris placet pactum, vt loquuntur, legis commiſſoriæ in pignoribus quoque valere ſi ex intervallo initum proponatur, facit vt
1 non dubitent quin valeat, † tum etiam cùm ab initio interponitur, ſi modò adiecta ſit vulgaris illa clauſula, notariis noſtris frequentiſſima *ex nunc provt ex tunc, & contra.* Sic enim exiſtimant, clauſulæ huius vim illam eſſe, vt ſufficiat vtrouis tempore fieri, quod ita fit vno tempore, vt in aliud tempus conferatur dummodo alterutro fieri poſſit. Ergo verò ſicuti non dubito, quin pactum huiuſmodi ſit fuerîtque ſemper inutile in pignoribus, ſiue incontinenti adhibitum ſiue ex intervallo, vt in ſuperioribus diſputatum eſt, ita
2 nec hanc † clauſulam *ex nunc provt ex tunc* facere poſſe arbitror, vt ea pactio defendatur, quæ neque nunc, neque tunc fieri poſſit. Plus puto, nec quicquam onerari poſſe imò nocere potius illo etiam caſu quo alioqui valitura pactio eſſet, collata in aliud tempus pretij conuentione. Vt puta ſi conuenerit in dando pignore, vt ob non ſolutam ſua die pecuniam poſſit creditor ſibi retinere emptoris iure rem obligatam iuſto pretio ex nunc prout ex tunc, & ex tunc prout ex nunc æſtimandam. Nego enim valere pactionem, quæ tamen vulgari illa clauſula non adiecta, proculdubio valeret, ſi Marciano credimus *in l.ſi fundus* 16.§.*vlt.De pignor.* vbi quod ait *iuſto pretio tunc æſtimandam* oſtendit ſatis, non aliter poſſe defendi ciuſmodi conuentionē, quā ſi æſtimatio illa iuſto pretio facienda, non in eum duntaxat caſum, quo pecunia ſuo die ſoluta non erit, ſed in id etiam tempus expreſſim conferatur. Tritum enim eſt, articulo illo *tunc* † extremi temporis tempus ſignificari, vt Pomponius ait *in l.ſi his legatum* 4. *in fin. De condic. & demonſtr.* Cùm verò eius articuli adiectio idcirco neceſſaria ſit, quòd alioqui conuentio implicatura eſſet contradictionem ſi id ageretur vt ſubſiſtente adhuc pignoris obligatione venditio pignoris ſiue pura ſiue conditionalis iam facta perfectaque intelligeretur, vt docuimus in ſuperioribus, planè conſequens eſt, vt neque valeat conuentio hæc de qua agimus, ſi articulus ille *tunc* ſit omiſſus, neque rurſum ſi articulus contrarius *nunc*, ſit adiectus, qui vtique nō poteſt non adiici in clauſula illa *ex nunc prout ex tunc, & contra* Quoties enim de ea re agitur, quæ non niſi certo tempore fieri poteſt, ea ſi alio & proinde alieno tempore fiat, valere nullomodo poteſt. Exemplum eſto in formula illa ſolenni quam Gallus Aquilius tam ſubtiliter excogitauit ad faciendam vtilem poſthumi neporis Aquiliani inſtitutionem, *Si filium minus me viuo morietur, tunc qui mihi ex eo poſt mortem meam intra decem menſes naſcetur nepos, heres eſto.* Neque enim aliter fieri poteſt illa inſtitutio, quàm ſi adiectus ſit articulus *tunc* propter eas rationes quas in hanc rem nec inſubtiles nec inelegantes attulimus *lib. 9. Coniect. cap.* 1. Niſi quod poſtquàm ſciti cœpit quomodo poſthumus is Aquilianus inſtitui poſſet, viſum eſt ſufficere ſic factam inſtitutionem verbis generalibus vt in caſum vtilem valere queat, dummodo caſus ille ex verbis concipi poſſit, vt Scævola monet *in l. Gallus* 29. §.*quidam rectè. De liber. & poſthum.* Finge autem ſic locutum fuiſſe teſtatorem, *ſi filius meus me viuo morietur, ex tunc provt ex nunc, & ex nunc provt ex tunc, qui mihi ex eo poſt mortem meam intra decem menſes naſcetur nepos heres eſto.* An videbitur nepos vtiliter inſtitutus? Minimè verò. Adiectus namque articulus *nunc* facit omnino vt inſtitutionis tempore inſpecto alienus poſthumus inſtitutus fuerit, quem conſtat iure vetere inſtitui nullo caſu nullóque modo potuiſſe. Nec quòd articulus contrarius *tunc* non ſit omiſſus qui omnimodo addi deſtitutum nepotem auus voluit. Atqui ex nunc inſtituere non potuit. Ergo neque ex tunc benè inſtitutus videri poteſt. Alioqui non eſſet inſtitutus ex tunc provt ex nunc, & contrà. Cúmque inſtitutiones omnes, itémque ſimiliter conuentiones, quod ad formam & ſolennitatem attinet indiuiduæ ſint, neceſſariò euenire oportet vt quod alioqui vtile futurum erat, per id quod inutile eſt vitietur. Poſſentque alia eiuſmodi exempla penè innumera proferri ex iis rebus petita, quæ quoniam præſenti tempore fieri non poſſunt in aliud tempus ſunt conferendæ. Nihilque igitur proderit clauſulam illam *ex nunc provt ex tunc & contrà* adiectam fuiſſe? Nihil proſſus, quinimo, vt iam dictum eſt, nocebit potiùs in iis actibus, qui nonniſi alterutro tempore fieri potuerunt. Sanè ſi vtroque tempore expediri res poſſit, nihil omnino intererit an nunc fiat, an tunc: nec proinde an ex nunc provt ex tunc, aut contra ex tunc provt ex nunc. Itaque ſicuti clauſulæ illius adiectio hoc caſu non nocebit, ita nec proderit quicquam. Nam cùm in actibus † potiſſimùm conditionalibus vſurpari hæc 4
clauſula ſolear, vt exiſtente quandocunque condit:one

proinde

perinde habeantur acſi pure & ex contractus tempore facti eſſent, nec vlla vnquam conditione ſuſpenſi, apparet clauſulæ huius adiectionem ſicuti non impedit, quominus conditionem expectari, tandemque exitere oporteat, ita nec facere poſſe vt impleta quandocunque conditione aliquid egiſſe videatur, ſiquidē ea quoque non adiecta perinde ex præſenti tempore vires acceptura eſſet conuentio, & eodem prorſus in omnibus iure cenſenda, quo ſi purè facta eſſet, quia nec exiſtens quandoque conditio aliud adfert, niſi vt purè factum intelligatur, quod reuera factū eſt ſub conditione *l. potior. 11. §. videamus. D. qui potior. in pign. hab.* De quo plura ſcripſimus *lib. 15. Coniect. cap. 6. & 7.* vbi etiam monuimus diſtinguendas eſſe hac parte conditiones, † quæ aut merè caſuales aut mixtæ ſunt, ab iis quas poteſtatiuas noſtri appellant, quòd earum implementum ſit in poteſtate debitoris, & ex eius voluntate pendeat. Nam in caſualibus & mixtis id demū obtinet generaliter & indiſtincte, quod diximus earum euentu & implemento fieri vt pure factum videatur quod non niſi ſub conditione factum fuerat, adeo vt eorum qui medio tempore cum eodem debitore purè contraxerunt, non idcirco potior cauſa haberi poſſit, *l. qui balneum 9. eod. tit qui potior. in pignor. hab.* in poteſtatiuis vero contrà ſeruatur, vt in debitoris duntaxat odium & incommodum puta exiſtimetur conuentio, quæ primum fuit conditionalis, non etiam in odium cæterorum qui medio tempore, id eſt poſt initam conuentionem, & ante impletam conditionem cum eodem debitore contraxerunt, *d. l. qui balneum. l. 1. in princip. eod. tit. l. pen. D. quæres pignor. obligar. poſſ.* Sed neque hoc caſu diuerſum ius inducetur ex eo ſolum quod in conuentione conditionali adiecta proponatur clauſula illa *ex nunc, prout ex tunc. & contra*, vt ſecundi creditoris qui nondum impleta conditione contraxit purè, cum eodem debitore durior cauſa conſtituatur. Eadem enim ratio ſemper vrget, quod in poteſtate debitoris eſſe non debeat vt creditori ſuo iam quæſitum ius auferre poſſit. Quæ ratio cùm non modo ex mera ſubtilique ratione iuris, ſed ex ſumma æquitate proficiſcatur, abſurdum ſanè fuerit, ſi quis putet huius vel illius clauſulæ commento elidi eam, & obliterari poſſe. Planè cùm de illo duntaxat quæritur, An valeat cōuentio quæ ſub conditione facta eſt, ac proinde quod ad ſolius debitoris perſonam attinet, non quod ad cæteros, indiſtincte verum eſt quòd caſualis, ſiue poteſtatiua, ſiue mixta conditio fuit, inſpiciendum eſſe tempus conuentionis, vt ex eo die vires habeat conuentio *leg. ſi filiusfamilias 76. D. de verb. obligat. leg. vlt. D. de ſtipulat. ſeruor.* Proinde clauſula illa *ex nunc prout ex tunc, vel contra* nihil vt diximus, illo caſu operatur.

ERROR V.

Si in vtilitatem tertij pactum, quod vocant legis commiſſoriæ in pignore factum ſit.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia pragmaticorum valet pactum legis commiſſoriæ in pignore factum in tertij vtilitatem: & vnde hanc ſententiam probent.*
2 *Vera ſententia l. vlt. D. de contrab. empt. aduerſus interpretes aſſerta.*
3 *Quo caſu putent pragmatici locum habere pronunciatum nu. 1. propoſitum.*
4 *Lex commiſſoria in pignoribus fauorabilis eſt debitori, damnoſa creditori: contra pragmat.*
5 *Fiducia cur abrogata.*

AD eam interpretum & pragmaticorum traditionem quæ habet, Pactum, quod vocant legis commiſſoriæ in pignoribus non valere, ſolennis illa exceptio adhiberi ſolet, niſi † in fauorem tertij, vt puta fideiuſſoris factum proponatur. Cuius exceptionis & probationem & exemplum deſumunt *ex l. vlt. D. de contr. empt.* vbi proponebatur Titius cùm mutuos acciperet tot aureos ſub vſuris, dediſſe pignori ſiue hypothecæ prædio, & fideiuſſorem Lucium: eidemque Lucio promiſiſſe, intra triennium proximum ſe eum liberaturum. Quod ſi id non feciſſet die ſuprascripta, & ſoluiſſet debitum fideiuſſor creditori, iuſſiſſe vt prædia fideiuſſori empta eſſent quæ creditoribus obligauerat. Quærit enim Scæuola, Cum non eſſet liberatio Lucius fideiuſſor à Titio, an ſi ſoluiſſet creditori, empta haberet prædia in conuentionem deducta. Reſpondet autem ſi non vt in cauſam obligationis, ſed vt empta haberet, ſub conditione factam emptionem eſſe, & contractam obligationem. Quibus † tamen verbis ſi benè inſpicias, tam aperte Scæuola conuincit errorem hunc interpretum & pragmaticorum, vt non potuerit apertius. Fatetur enim, ſi inter fideiuſſorē & debitorem id actum proponeretur, vt ob non ſolutam creditori pecuniam fideiuſſor pignora haberet in cauſſam obligationis, id eſt pignoris, nullius momenti futuram eſſe conuentionem, neque ex ea vllam contractam iri obligationem. Hoc ipſum verò cur ita? Niſi quoniam eo caſu interueniret pactio illa implicans contradictionem, quæ & pignoris, & emptionis ſimul obligationem induceret, quod interpretes & pragmatici noſtri vocant pactum legis commiſſoriæ. Inepte vt docui in ſuperioribus, & abſurde tum quia legem commiſſoriam Iureconſulti dicunt, non autem pactum legis commiſſoriæ, non magis quam pactum pacti, tum etiam quia conuentio hæc fit in euentum ei ex diametro contrarium qui lege commiſſoria continetur, nimirum vt fundus ſit emptus, qui ex natura & poteſtate legis cōmiſſorię inemptus fieri deberet. Illud ergo vult Scæuola inter debitorem & fideiuſſorem actum eſſe, vt ſub ea conditione ſi à debitore pecunia debita non ſolueretur, empta fideiuſſori haberet prædia creditori obligata, non etiam vt ea in cauſam obligationis & pignoris acciperet: ob eāmque cauſam ponit quidem obligata fuiſſe prædia, ſed creditori non fideiuſſori, contractam autem conditionalem venditionem cum fideiuſſore, non etiam cum creditore. Porro interpretes ipſi cùm improbant pactum legis commiſſoriæ in pignore, ponunt initum eſſe pactum cum eo ipſo cui pignus datum fuerit: Et conſequenter † cùm exceptionem hanc adſtruunt, vt valeat huiuſmodi pactum in fauorem tertij, non de alio caſu poſſunt intelligere, quam quo tertius ille pignus quoque acceperit: Alioqui non eſſet exceptio ad regulam accommodata: neque dici poſſet cur in tertio potius quam in ipſo creditore ſententiam hanc admitterent. Nam & ſi ponas conueniſſe inter debitorem, & creditorem, vt ſi pecunia debita creditori ſua die non ſoluatur, habeat creditor emptoris iure fundum Cornelianum, iam diximus *ſup. cap. 3.* valere conuentionem, hactenus vt conditionalis emptio contracta intelligatur, dummodo, fundus ille Cornelianus non fuerit creditori obligatus. Quid ergo intereſſe hac parte poteſt inter fideiuſſorem & creditorē? Nam & fideiuſſor ex fideiuſſore fit creditor, ſcilicet ex cauſa mandati cum eam quantitatem ſoluere cogitur, quam pro alio promiſit. Atque ita ſane videntur interpretes noſtri ſenſiſſe, nullam ſcilicet inter creditorem & fideiuſſorē differentiam eſſe, cum fideiuſſori obligata ſunt ea ipſa prędia quę & creditori quia nec poteſt ille hoc caſu dici tertius, ſed tunc demum cum idem fundus qui creditori obligatus tantum fuit, fideiuſſori non obligatur, ſed ſub conditione venditur. Poteſt enim ſecundum hanc interpretationem exceptio accommodata eſſe, ad

regulam, ſi regula concipiatur de lege commiſſoria, vt loquuntur, in pignoribus improbanda, exceptio autem de lege commiſſoria illo etiam caſu admittenda quo conuenerit de pignore, ſed cum fideiuſſore, non cum creditore. Sed tamen pragmatici noſtri longè aliter vulgò intelligunt, eo nimirum ſenſu vt quamuis de pignore conuenerit cum fideiuſſore, nihilominus valeat in eius fauorem pactio commiſſoria, quæ in fauorem pignoratitij creditoris nullomodo valeret. Hac vna mori ratione quòd non ſicut creditoris ita & fideiuſſoris cauſa odioſa videri poſſit, qui licèt pro debitore ſoluens fiat ipſius creditor, tamen neceſſarius eſt non voluntarius, ob idque dignior cui faueatur, & de quo nihil malè præſumatur. Quaſi verò non aliam rationem quàm odium creditoris habeat regula quæ legem commiſſoriam in pignoribus improbauit. Imò verò vt docuimus,
4 ſi legem commiſſoriam † propriè accipias, id eſt, vt explicauimus in præcedentibus, pro ea conuentione, quæ fiduciæ contractum perficiebat, tota eſt fauorabilis debitori, damnoſa creditori. Perinde namque contra creditorem exercetur à debitore, atque in emptionibus exercetur contra emptorem duntaxat à venditore, quia nec adiicitur niſi pro venditore, qui ob hanc cauſam neque inuitus eam cogitur exercere *l. 3. D. de leg. commiſſ.* Sed
5 tamen quia fiduciæ † nec commodum nec vſus vllus erat niſi facta priùs pignoris mancipatione per quam dominium pignoris purè ſtatimque transferebatur in creditorem, ſæpiùs autem accidebat vt intra conſtitutam diem non valente debitore pecuniam explicare ſuæ conuentionis fructu priuaretur, nec quicquam ei prodeſſet, quod fiduciam contraxiſſet, non ſine magno debitorum incommodo qui maioris valoris pignora ſub prætextu contrahendæ fiduciæ non illibenter mancipabant, viſum eſt tandem abrogandum hoc contractus genus tanquam odioſum, nimiſque aſperum debitoribus non propter fiduciam contractam legémque commiſſoriam adhibitam, ſed propter mancipationem quæ fiduciæ contrahendæ legiſque commiſſoriæ adhibendæ neceſſitatem inducebat. Itaque tolle vſum & poteſtatem mancipationis, nullum odium ſupereſt, aut potiùs nulla odij cauſa aduerſus creditorem: ſicut nec vlla neceſſitas contrahendæ fiduciæ, aut vſus vllus legis commiſſoriæ in pignore, quæ ſcilicet eò tantùm pertinebat vt res debitoris quæ creditori acquiſita eſſet in debitoris dominium recurreret eo demum caſu quo intra dictam diem pecunia ſoluta eſſet. Proinde cum ex caſu pignoris dominium in creditorem non transferatur, apparet fieri nullomodo poſſe vt lex commiſſoria in pignore adhibeatur, aut vt odio vllo dignus videri debeat creditor, qui pignus accipiendo nihil aliud agit niſi vt ſibi conſulat, iuſtique debiti nomine caueat. Quòd ſi ex contrario non prudentum ſed interpretum more legem commiſſoriam ſic intelligas, vt fundus obligatus qui ex empto fieri deberet inemptus, ſolutâ ſuo die pecuniâ, fiat ex inempto emptus ob non ſolutam ſua die pecuniam, non magis odio creditoris improbari pactio poteſt quàm ſi nullo præcedente pignore adhibita eſſet. Nec enim eo minùs verè eſſet creditor quod non eſſet pignoratitius, nec conſequenter minore odio dignus, ſi nudum creditoris nomen ſufficeret ad odium conciliandum. Et tamen dubitari non poteſt quin eo caſu valeat conuentio, tanquam conditionali duntaxat venditione contracta: non ſecus acſi cum fideiuſſore iuſta eſſet, cum quo priùs de pignore nullomodo conueniſſet, tametſi de re quæ iam creditori obligata fuiſſet, neque enim fideiuſſori datum intelligitur pignus, quod datum eſt creditori, licèt perinde fiat ille ex fideiuſſore creditor, ex quo hodie pecuniam debitam ſoluit creditori pro debitore, acſi eam primùm ipſe credidiſſet. Illud ergo ſupereſt vt conuentio illa per quam fundus pignoratus fiat emptus creditori propter non ſolutam ſua die pecuniam, non alia ratione improbetur, fuerítque iam olim ſemper improbatum, quàm quòd & pignoris obligationem inducat, & conditionalem ſimul pignoris venditionem eodem inſtanti perfectam, quæ tamen ſimul fieri perficique non potuit. Quæ ratio non minùs vtique locum habet in perſona fideiuſſoris qui eandem rem pignori acceperit, quàm in perſona creditoris. Non enim fideiuſſoris fauor perſonáque facere poteſt, vt eo magis pignus & venditio ſe inuicem compatiantur. Proinde non fideiuſſor à creditore hac parte ſeparandus eſt, ſed is tantùm qui ante initam conuentionem de fundo emptionis iure retinendo pignus accepit ab eo qui non accepit, ſiue creditor ille ſit, ſiue fideiuſſor.

ERROR VI.

De lege commiſſoria in venditionibus.

SVMMARIA.

1 *Lex commiſſoria in venditionibus iam olim odioſa cur fuerit, interpretum ſententia.*
2 *De quæſtione propoſita autoris ſententia.*
3 *Cur lex commiſſoria in pignoribus fauorabilis olim habita.*
4 *Quæ lex commiſſoria abrogata ſit.*

VT legem commiſſoriam in pignoribus odioſam eſſe interpretes, & pragmatici noſtri crediderint, illud maximè effecit, quòd in † emptionibus quoque iam olim odioſam eam fuiſſe vident. Sic enim Paulus refert in *l. Æmilius Larianus* 38. *D. de minor.* legem commiſſoriam Imperatori diſplicuiſſe. Nam quis neget multò fauorabiliorem eſſe venditorem pro quo vno, vt iam diximus, ea lex adhibetur, quàm creditorem? Creditores ſiquidem vt plurimùm ob id maximè in creditum iri ſolent, vt vel vſuras vel quid aliud in vicem vſurarum conſequantur, tùm præſertim cùm pignus accipiunt, quo caſu placet etiáſi gratuita pecunia fuerit, tacitam nihilominus antichreſim contractam videri vt fructus pignoris lucro cedant creditoris, *l. cùm debitor* 8. *D. in quib. cauſ. pign. vel hypot. tacit. contr.* quam nos fuſiùs explicauimus *Decade 9. Err. 5.* At venditores ferè omnes egeſtas compellit, aut inuitat ſanè ad vendendum: ideóque dignjores proculdubio videri debent quibus ſuccurratur, ac multò magis quibus concedatur vt iuſta, nec illicita conuentione ſibi proſpiciant. Ergo ſi in venditionibus quoque lex commiſſoria odioſa eſſe creditur, quantò minùs fauorabilis videri debet in pignoribus? Atque ita interpretes & pragmatici noſtri, vt diximus, paſſim ratiocinantur, ſed omnino vt apparebit imperitè, propterea quòd non magis intellexerunt cur odioſa eſſet lex commiſſoria in venditionibus quàm quid illa eſſet in pignoribus. Fuit certè
1 odioſa † in venditionibus *d. l. Æmilius.* Indéque nimi-
2 rum fiebat vt poſt diem commiſſoriæ legi præſtitutum ſi venditor vel minimam pretij partem acciperet, adéóque duntaxat pereret, legi commiſſoriæ renunciaſſe videretur, nec poſtmodum variare, & ad eam redire poſſet *l. de l. 6. §. vlt. & l. ſeq. D. de leg. commiſſ.* At non odio venditoris, vt iſti putant, ſed odio conuentionis cuius poteſtas ea eſſet, vt bona fide contractam perfectamque venditionem ipſo iure diſſolueret, facerétque inemptum fundum qui re vera emptus fuiſſet. Nam ſicuti nihil fauorabilius eſt venditione ſi modò bona fide inita ſit, quoniam eo potiſſimùm contractus genere ſocietatis humanæ commercia conſtare neceſſe eſt, ita conſequens eſt odioſam videri debere pactionem per quam venditio iuſta perfectaque in irritum deducatur. Eadem porrò ratio, inquies, facere étiam debuiſſet, vt perinde odioſa videri deberet lex cómiſſoria in pignoribus: cuius ſcilicet

poteſtate

poteſtate ſimiliter eueniebat vt iuſta licitaque mãcipatio diſſolueretur. Etſi enim minùs frequens aut neceſſarius, & conſequenter minus fauorabilis vibebatur actus mancipationis, quam venditionis, non poterat tamen non eſſe fauorabilis qui iuſtus erat, id eſt iure Quiritium inſtitutus, & ad dominium transferendum æquè ac traditio ex emptionis cauſa comparatus, vt Vlpianus in Titulis refert *tit. 19. de acquiſ. rer.* Verum reſpondeo † duabus potiſſimum de cauſis legem commiſſoriam 3
in pignoribus fauorabilem potius, quàm odioſam videri debuiſſe: quarum vna illa fuit, quod cùm ea lex adhibebatur, id eſt cum fiducia contrahebatur, mancipatio quidem quàm prius intercedere neceſſe erat, diſſoluebatur, at non ſola legis commiſſoriæ poteſtate vt in venditionibus, ſed per remancipationem, id eſt contrariam mancipationem, quam à creditore debitori fieri oportebat vt dominium à debitore tranſlatum in creditorem, à creditore viciſſim eodem tranſlationis modo ad debitorem recurreret. Itaque cùm non tam lex commiſſoria quàm ſecuta remancipatio mancipationem diſſolueret, non poterat ex ea cauſa dici odiola lex commiſſoria in pignoribus, quamuis eius poteſtate fieret vt creditor dominus pignoris per mancipationem effectus, remancipare cogeretur. Sicut & in venditione vſuuenit, vt ſi qua contracta ſit ſub pacto de retrouendendo, ea finiatur per ſecutam retrouenditionem, nec eo tamen magis odioſum illud pactum exiſtimetur: quia ſcilicet non ſola pacti poteſtate venditio prior diſſoluitur, ſed poteſtate retrouenditionis quam, licèt ex pacti viribus, neceſſariò ſubſequi oportet, adeoque retrotraditionem vt dominium per traditionem tranſlatum contraria traditione reſtituatur, *l. ab emptione* 58. *D. de pact.* Alia etiam ratio fuit quæ legem commiſſoriã in pignoribus fauorabiliorem efficere deberet. Ea ipſa nimirum propter quam interpretes & pragmatici putant odioſam videri debuiſſe: Odium creditoris, contra quem vnum lex illa adhiberi poterat & exerceri. Tota enim reſpiciebat fauorem debitoris, qui ſi hac lege omiſſa, id eſt nulla contracta fiducia pignus mancipaſſet, nulla poſtea ratione id redhibere potuiſſet, nec ſi millies pecuniã debitam ſoluere paratus fuiſſet. Itaque quamuis per remancipationem illam diſſolueretur mancipatio quæ priùs facta fuerat, nihil tamen cauſſæ erat, cur odio dignus videri deberet debitor qui id agebat vt rem quondam ſuam recuperaret, præſertim à creditore qui ab initio non tam id egerat, vt alienæ rei dominium ſibi pleno iure compararet, quàm vt pecuniæ ſuæ nomine ſibi caueret. Falſum igitur eſt, nec vlla lege probari poteſt, odioſam vnquam fuiſſe legem commiſſoriam in pignoribus, tametſi odioſa fuerit in venditionibus. Nec illud ergo admitti debet quod vulgò creditur, abrogatam & improbatam eam eſſe odio creditorum. Non inficior pactionem illam quam noſtri ridicule pro lege commiſſoria accipiunt, reſpicere fauorem creditoris, cùm eò ſpectet vt in eum caſum quo pecunia ſuo die ſoluta non erit, fundus ſit emptus creditori, cui fuit & pignoratus. Sed quemadmodum nego eam eſſe legem commiſſoriam, quæ vnquam in pignoribus recepta probataque fuerit, ita nego † eam eſſe quæ Conſtantini lege abrogata ſit. Nego etiam conſequenter eam eſſe quæ prohibita eſt & improbata. Siquidem non alia eſt lex commiſſoria prohibita & improbata, quàm quæ abrogata, nec alia rurſus abrogata, quàm quæ aliquando in vſu fuit. Fateor tamen eſſe hanc quoque conuentionem & ſemper fuiſſe improbatam. Extra eum caſum quo pretij taxatio in aliud tempus collata eſſet, at non odio creditoris, vt vulgo autumant, vel odio conuentionis, quemadmodum euenire diximus in lege commiſſoria quæ ad venditiones pertineat, ſed tantum propter implicitam contradictionem, quòd fieri nequeat vt eadem conuentio & pignoris obligationem conſtituat, & venditionem ſimul ſiue putam ſiue conditionalem, quemadmodum in ſuperioribus ſæpius à nobis dictum eſt. Vnde & illud fieri monuimus, vt etiamſi cum fideiuſſore cuius cauſa fauorabilior, quæ creditoris eſſe exiſtimatur, eiuſmodi conuentio inita ſit, non eo magis tamen valeat, ſi cum eodem fideiuſſore conuenerit de pignore. Et ex contrario defendatur iure conditionalis venditionis ſi cum ipſo quoque creditore facta ſit, dum ne vlla pignoris obligatio præceſſerit, *l. vlt. D. de contr. empt.* Quamquam non ignoro pragmaticos pleroſque in contraria eſſe ſententia, ſecutos Guid. Pap. *queſtio. ſexta*, vbi negat conuentionem hanc valere ſi cum ipſo creditore facta proponatur, quaſi vſurariam aut certe ſuſpectam: Cuius tamen probandi cauſa neque legem habet quam proferat, neque rationem.

ERROR VII.

Si lex commiſſoria in pignore intercenerit per tranſactionem.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia interpretum & pragmaticorum valet conuentio legis commiſſoriæ in pignoribus ſi in tranſactionis inſtrumento facta proponatur.*
2 *Quæ ſit de ſententia pragmat. ratio.*
3 *De ratione à pragmaticis allata auctoris ſententiæ: & improbatio concluſionis pragmaticorum.*
4 *L. ſi fundus. 16. §. vlt. D. de pignoribus corruptam & interpolatam eſſe.*

INter cæteros caſus, quibus interpretes volunt, itémque pragmatici, valere conuentionem † illam quam ipſi vocant pactum 1
legis commiſſoriæ in pignoribus, hic vnus eſt, ſi in tranſactionis inſtrumento facta proponatur, illa potiſſimum, vt puto ratione † quod tranſactionum 2
omnium, dummodo bona fide initæ fuerint, maximus fauor ſit, vel ob hoc ipſum vt à lite diſcedatur, à qua non eſſet alioquin diſceſſurus creditor, qui non aliter quàm adiecta in pignore commiſſoria lege ſibi ſatis cautum eſſe putat. Quaſi cùm hîc duplex odium verſetur, vnum litis, alterum creditoris, potentius eſſe debeat odium litis ad validandam tranſactionem, quàm creditoris ad conuentionem infirmandam. Ego vero rationem † hanc 3
non inuitus probarem, ſi admittere poſſem, quod illi pro vero habent, pactionem iſtam quam illi legis commiſſoriæ nomine donarunt, non alia de cauſa quàm creditoris odio improbatam eſſe. Sed cùm eius improbandæ ratio tota illa ſit, quòd implicet contradictionem vt eadem conuentione, & contractum pignus, & eiuſdem pignoris venditio, ſiue pura, ſiue conditionalis exinde facta eſſe intelligatur, quemadmodum docuimus in ſuperioribus, plane non video quid attineat de fauore tranſactionis, aut de odio litis diſputare, vt defendatur ea pactio quæ ipſam deſtruit, nec minùs à ſe ipſa quàm à iuris ratione infirmatur. Fac enim quantum voles, vt creditor qui de pignore conuenit ſiue in ipſa tranſactione, ſiue iam ante tranſactionem, poſteà tranſigendo paciſcatur de pignore illo emptionis iure retinẽdo, ſi ſua die non erit ſoluta pecunia quæ ſub pignore deberur, non poteris aſſequi vt eo minus creditor & pignus, & conditionalem venditionem contrahere voluerit. Si pignus, ergo, non acquirere ſibi dominium quod ſcilicet nunquam ex cauſa pignoris transferrur, *l. cum & ſortis* 34. §. *vlt. D. de pignor. act.* licet contracta pignoris obligatio ius præbere poſſit dominij quandoque impetrandi *tot. titul. Cod. de iure. domin. impetr.* Si condicionalem venditionem, ergo ſibi acquirere dominium quod venditionis tempore ſit penes venditorem,

l.ex empto 11.§.1. *D.de action. empt.* Vtrumque igitur voluit creditor pignoratitius qui pactionem hanc adhibuit, & acquirere ſibi dominium, & non acquirere: quæ tamen inuicem contradictoria ſunt, nec ſe vllomodo compatiuntur, nec magis ſi in tranſactione, quàm ſi extra tranſactionem ea pactio adhibeatur: ſunt quædam pactiones quæ impoſſibiles dicuntur, vt in *lege non impoſſibile* 50.*l. ab emptione* 58.*D.de pact.lege ex empto.* 11. §.*vlt.lege bona fides.* 50.*D. de action. empt.* quia natura negotij in quo adhibentur, eas pati & admittere nullomodo poteſt, Nec eſt quod dicas, poſſe diuerſis reſpectibus contrahi eiuſdem rei & pignus & venditionem, pignus nimirum putè, venditionem verò ſub conditione ſi pignoratitia pecunia ſuo die ſoluta non erit. Iam enim monuimus in ſuperioribus, venditionem quantumuis conditionalem ex eo tempore factam intelligi quo de pretio conuenit, licèt effectus venditionis conditione aliqua nondum impleta ſuſpendatur. Proinde cùm pignoris venditio facta eſt, quamuis ſub ea conditione, ſi ad diem pecunia ſoluta non erit fatendum eſt impleta quandocunque conditione iam inde ab eo tempore quo inita conuentio fuit, dominium emptori, eidemque creditori an ex cauſa acquiſitum intelligi. *l.4. D.ad leg.Falcid.* Nec eo minus tamen contractum fuiſſe pignus, quod vtique contractum eſſet & debitor & creditor voluerunt, in id præſertim vſque tempus quo pecunia ſoluta eſſe debuiſſet, nec fuiſſet. Itaque conſequens fiet vt pignoris dominium & acquiſitum ſit creditori, & non ſit acquiſitum, hoc quidem quoniam pignus fuit, illud verò, quia fuit etiam venditio. Semperque abſurdum hoc aderit, niſi ponas ſic conceptam pactionem vt pretij conuentio ſine qua nec pura nec conditionalis venditio vlla eſſe poteſt, collata ſit in certum tempus vt in ſpecie illa *l.ſi fundus* 6.§.*vlt. D.de pignor.* quod cum ſit, pignus quidem contractum dicimus & venditionem, at non vtrumque ſimul & eodem tempore, ſed pignus ab initio, & in eum vſque diem quo pretium conuentum, taxatúmque ſit, venditionem verò ex eo tempore duntaxat. Facere enim nunquam poſſis, vt conditionalis venditio retrotrahatur ad id tempus quo pacto interpoſita eſt ſi nihil tum de pretio adhuc conuenerit, quia nec poteſt incipere niſi à pretij conuentione. Qua de cauſa poſſit quis non malè dicere, ſic inita conuentione, vt liceat creditori ſi ad diem pecunia non ſoluetur, retinere rem obligatam emptoris iure certo iuſtoque pretio tunc æſtimandam ex tempore magis quam ſub conditione contractam videri venditionem. Conditio námque illa *ſi ad diem pecunia ſoluta non erit*, non poteſt facere conditionalem venditionem, cùm impleri eam neceſſe ſit diémque veniſſe intra quam ſolui debuit, nec ſolutum fuit, priuſquàm de venditione tractari poſſit, id eſt, de certo pretio conſtituto, at ne quidem de conſtituendo. Certum autem eſt deſinere conditionem eſſe, ex quo impleta eſt. Ideóque fortaſſis Marcianus in *dict.* §.*vlt. lege ſi fundus*, dictionem *quodammodo* quæ improprietatis nota dicitur, adiecit, in illis verbis, *hoc enim caſu videtur quodammodo conditionalis eſſe venditio.* Niſi quis † dicat quod ego 4
certè probabilius arbitror, licet dicere nondum ſunt auſus, verſiculum illum aut interpretis parum acuti eſſe aut Triboniani, quem fefellerit elegans illud reſponſum Scæuolæ quod extat in *lege vlt.de contr. empt.* vbi tractatur de ſpecie non valde diſſimili ab ea de qua in *d.*§.*vlt.* ſed diſſimili tamen in eo quod nihil apud Scæuolam de contracto pignore proponebatur, nec rurſus de collata pretij taxatione & conſequenter venditione ipſa in aliud tempus. Nec pro tuenda Triboniani aut interpretis illius imperitia poſſis dicere, ſublata quoque conditione illa, *ſi ad diem pecunia ſoluta non erit*, tacitam nihilominus conditionem adhuc ineſſe intelligi; propterea quòd in arbitrium boni viri collata pretij conuentio videatur, ac proinde conditionem illam habere, *ſi vir bonus arbitrabitur*, vt dici ſolet, cùm ſic facta venditio eſt, *quanti Titius æſtimauerit. leg.hac venditio.*7. *D.de contr. empt.l. vlt.C. cod.* Illam enim venditionem, *quanti Titius aut alius vir bonus quilibet arbitrabitur.* ideo conditionalem appellamus, quod nihil prohibeat quin ſtatim arbitrium fieri poſſit, & venditionis conditio impleatur. At conuentione pignoris ſic facta, vt ſi pecunia ad diem ſoluta non erit, creditor eam rem ſibi habeat emptoris iure certo pretio tunc æſtimandam, articulus *tunc* impedit omnino ne ante id tempus de pretio tractari oporteat, & conſequenter ne vllum venditioni datum fuiſſe initium videri poſſit, quandiu conditio impleta non eſt, quam impleri contrahentes voluerunt, priuſquam de emptione aut venditione etiã conditionali contrahenda cogitarent. Proinde nulla eo caſu emptio contracta dici poteſt, ne conditionalis quidem. Et ſane ridicula eſt ea loquendi formula, qua Marcianus vſus creditur in *d.*§. *vlt. Poteſt*, inquit *ita fieri pignoris datio hypothecæve, vt ſi intra certum tempus non ſit ſoluta pecunia, iure temporis poſſideat rem iuſto pretio tunc æſtimandam. Hoc enim caſu videtur quodammodo conditionalis eſſe venditio.* Annon enim perinde hoc eſt acſi quis diceret, Poſſe ita fieri pignoris datione vt ſimul & ſemel cõditionalis quoque venditio contracta eſſe intelligatur? Atqui hoc ipſum eſt quod nos iam ſæpius diximus implicare contradictionem, Triboniani vero adiectionem illam eſſe potius quam interpretis facile ſibi perſuadebit quiſquis fatebitur in eadem lege multa alia eſſe ab eodem Triboniano contra iuris rationem immutata. Præſertim in §.*in vindicatione* de quo ſcripſimus *lib.*16. *Coniectur.* & in §.*ſi pluris*, de quo etiam ſcripſimus eod.libr. quibus etiam addendum eſt, ni fallor quod in eadem lege ſcriptum legimus in §.*ſi duo*, de duobus pariter de hypotheca paciſcentibus. Tota enim diſtinctio illa eſt inepta, vt in ſequentibus dicemus, ſi prius ea abſoluerimus quæ ad inſtitutum *De lege Commiſſoria* tractatum pertinent. Maneat igitur ſatis ſupérque probatum ex ſuperioribus, non valere pactionem de pignore ob non ſolutam ſua die pecuniam emptionis iure retinendo, etiamſi in tranſactione facta ſit, eadem ſcilicet ratione hoc caſu, qua ceteris omnibus, obſtante.

ERROR VIII.

De iurato pacto legis Commiſſoriæ in pignoribus.

SVMMARIA.

1 *Iuriſiurandi vis quanta in conuentionibus Iure ciuili & Pontificio.*
2 *Quandoque conuentio alioquin nulla iureiurando confirmatur: interdum vero iuſiurandum periurij tantum exceptionem inducit.*
3 *Qui ſint effectus proximè allatæ diſtinctionis.*
4 *Pactum legis commiſſoriæ in pignoribus iureiurando non confirmatur, valet tamen iuſiurandum ex ſententia pragmaticorum.*
5 *d.Sententiæ refutatio, quod ad poſtremam partem attinet.*
6 *Reſcriptum Pontificium in cap. ſignificante. ext.de pignoribus pragmaticis non facere.*
7 *Qualia ſint plerumque Pontificia reſcripta.*

MAgnam ad conuentiones † nominum firmandas præcipuamque iuriſiurandi vim 1
eſſe tam ciuili quam Pontificio iure, inter omnes conſtat, ſed non tamen tantam iure ciuili, vt ſi quid contra leges factum ſit, iuriſiurandi religione

ligione confirmari id possit. Extat enim aperta in eam rem constitutio Impp. Theodosij & valentiniani in *lege non dubium. 5.C.de legib.* Id namque potissimum agit ciuilis legislator, vt sua semper legibus potestas & autoritas constet, nec nisi publicam vtilitatem intuetur, quæ ex publica legum obseruatione tota æstimanda est, non ex huius aut illius hominis religione. Quare nec si filiusfamilias contra Senatusconsultum Macedonianũ pecuniæ mutuæ nomine se obligauerit, nec si mulier contra Velleiani prohibitionem intercesserit, aut aduersus legem Iuliam & Iustinianeam fundum dotalem alienauerit, aut alienationi per maritum factæ consenserit, adhibita iurisiurandi religio facere poterit vt obligatio vlla contracta videatur, quoniam huiusmodi pactiones omnes legibus aduersantur, & consequenter à legibus improbantur, quæ seipsas vtique destruerent, si tãtam iuramento potestatem darent: Quandoquidem non aliunde quàm ex legibus proficisci potest, vt plus virium habeat pactio quæ iurata est quam quæ non iurata. Excipiendi tamen sunt certi casus in quibus visum est ex iusta causa plus iuramento tribuendum esse, quàm contractui aut antiquo iuri, vt in *Auth. sacramenta puberum. C.si aduers. vendit.* At iure pontificio sanè aliud est. Nam quemadmodum sacrosanctis Pontificibus vnum illud propositum fuit vt animarum saluti prospicerent, nihil publice aut priuatim vtile existimantes, quod non ad eam rem maxime pertineret, ita constituendum putarunt, vt quoties iuratũ est déque eo disputatur an iusiurandum seruari debeat, nécne, hoc vnum inspici & inuestigari oporteat, an sine dispendio & detrimento salutis æternæ seruari possit, aut non, vt si possit omnimodo seruandum sit, etiamsi de ea re interpositũ fuerit, quæ legibus non probetur, itaque conuentiones illas omnes quas contra senatusconsulti Macedoniani aut Velleiani, aut legis Iuliæ prohibitionem factas, & alias huiusmodi sexcentas à iure ciuili improbatas ius Pontificiũ passim tuetur, ratione illa generali quod huiusmodi iuramenta non vi, non dolo sed sponte præstita, nec in alterius præiudicium redundent, nec obseruata vergant in dispendium salutis æternæ, vt ab Innocentio proditum est in *cap. ciẽm contingat* 28 *in fin. Extr. De iureiur.* Quod quanquam ita est, recte tamen interpretes obseruant non eandem semper, & in omnibus iurisiurandi vim esse. Aliquando † enim accidit vt conuentio alioquin nulla & illegitima iureiurando confirmetur, vt in fundi dotalis obligatione aut alienatione per mulierem facta, de qua in *d. cap. cum contingat*, itemque in pacto de non succedendo, De quo in *cap. quamuis pactum. de pact. in 6.* Aliquando autem in id tantum prodest iusiurandum vt periurij exceptionem inducat, non etiam vt contractum odiosum legibusque improbatum confirmet quod plerisque casibus euenire omnes fatentur. Huius porrò distinctionis præcipui effectus duo sunt. Prior † ille quod cùm iusiurandum super illegitimo contractu adhibitum valet quidem, sed ita vt non tam contractum firmet, quàm inducat periurij exceptionem si contra factum sit, nulla ad contractum rescindendum opus est in integrum restitutione, nempe quia quod nullum prorsus est rescindi nullomodo potest, *l.5.§.1. D.de iniust. rupt. l.2. C.de prad minor.* Sed sufficit impetrari absolutionem à vinculo iurisiurandi, quæ & concedi solet ab episcopo aut eius vicario facillimè, nec citata parte, nec adhibita vlla causæ cognitione, saltem ad fines agendi, vt pragmatici pontificij loquuntur, quod non simil tet obseruaretur, si religio iurisiurandi contractum alioquin illegitimum confirmaret, Neque enim tunc obsolutionem impetratam esse sufficeret, sed necessarium esset auxilium in integrum restitutionis, ad contractum rescindendum, quæ ipsa tamẽ nũquã nisi causa cognita vocatisq; omnibus quorũ interest cóceditur potest. Alius suprædictæ distinctionis effectus ille est, quod si iureiuãrdo cõfirmatus sit contractus qui alioquin non valeret, non tantũ is qui iurauit tenetur ex eo contractu, sed ipsius quoque heredes & successores: quos tamen non teneri constaret, si iusiurandum non nisi ad periurij exceptionem inducendam prodesset, quia iurisiurandi vinculum merè personale est ex parte iurantis, nec nisi iurantem obligat, vt si contra faciat periurus esse videatur: at vinculum contractus est reale, perindeque obligat omnes qui in contrahentis iura successerunt, ierélque iuratus iureiurando contractus, & vtilis constitutus, non ob id solùm irritus fieri posteà potest, quod decesserit is qui iurauit. Sed totus ille De iureiurando tractatus ampliorem locum integrasque Decades desiderat. Adeò multa sunt in quibus peccant interpretes & pragmatici nostri cùm de iuramenti priuilegiis disputant. Itaque de eo alias iam ad rem. Si pacto † conuenerit vt rem pignoratam possit creditor emptoris iure pro debito tetinere, in eum casum quo sua die non erit soluta pecunia deque eare iusiurandum adhibuerit debitor, consentiens ferè omnium interpretum & pragmaticorum vox est, valere quidem iusiurandum & omnimodo seruandum esse ad periurij crimen euitandum nisi impetrata sit absolutio, sed tamen non eum magis pactum valere, quippe quod odio, inquiunt, creditoris & vsuratum sit prohibitum, nec proinde iureiurando debitoris confirmari possit. Ita Bart. ad *l. quamuis 45. D.de solut. & ad l.si quis pro eo 56. D.de fideiuss.* Guid. Pap. *quæst.6.* Ego vero ferre † illud non possum vt iurisiurandi aliqua sit hoc casu autoritas ne quidem ad inducendam periurij exceptionem. An quia seruari non possit citra dispendium salutis æternæ? Minimè verò. Sed quia nec si velis cum dispendio salutis æternæ seruari possit: Vtpote interpositum super ea conuentione quæ vt in præcedentibus diximus, implicat cõtradictionem: cùm improbandę huius pactionis ratio alia non sit, quàm quod fieri nequeat vt eiusdem rei pignus & venditio simul contrahatur, aut contracta vnquam intelligatur. Nemo autem dixerit iureiutando posse fieri possibile quod per rerum naturam est impossibile, in quo numero sunt omnia quæ implicant contradictionem: Et vt non insulsè quidam scripsit, Iuramentum quamuis multa possit, non est tamen omnipotens vt omnia possit quasi alter Deus. Quanquam & ab ipsius Dei Opt. Max, omnipotentia Theologi alienum esse fatentur, vt ea facere possit quæ sine implicita contradictione fieri nullomodo possunt. Quod si communi hominum omnium sensu nulla impossibilium obligatio est, non potest sanè accedens iurisiurandi autoritas facere vt ex contradictoria pactione obligatio aliqua nata videri possit. Neque obstat Innocentij Pontificis rescriptum, quo potissimùm interpretes mouentur, † in *cap. significante. Extr. de pignor.* Etsi enim tractatur eo loco de pacto legis commissoriæ in pignore, & de adhibito in eam rem iureiurando. cui satisfacere debitor voluerat, nihil tamen est ex quo possit colligi eam summi Pontificis mentem esse vt plus possit illo casu iusiurandum quàm pactum. Vtriusque enim causam eandem constitui vt simul vtrumque reiiciatur, illis postremis verbis, *pacto tali vel iuramento nequaquam obstante.* Nam si quis cum interpretibus dicat iusiurandi rationem in ea specie nullam idcirco haberi, quod per debitorẽ non stetisset quominus intra dictã diem pecuniã soluisset, quã perfido nuncio dederat perferendã, quasi iuramento habendo ex ea causa pro impleto, vt verba illa innuere videntur, *& predictus R. quantum in eo fuit, iuramenti debitum adimplenit.* Respondebo non ea tantùm ratione niti pontificium rescriptum, sed illa etiam quæ & priore loco ponitur, quòd pactum legis commissoriæ, vt loquitur Innocentius, sit in pginoribus improbatum. Alioqui si pactum valuisset, etiãsi iurisiurandi religio non accessisset, debitori ius nullum supereſſet redimẽdi post dictam diem ‖ pignoris quod ante diem redimi debuisset. Nec ei prodesse deberet quod certo, & vt videbatur, fideli nuncio pecuniam sat citò numerasset vt ad creditorem perferretur.

perferretur. Esset enim quod sibi potius deberet imputare cur certiorem, & fideliorem nunci non elegisset, potius quàm vt ex eius nuncij perfidia ius creditoris immunutum dici posset. Ergo nec adhibitum hoc casu iusiurandum proderit ad inducendam periurij exceptionem: Alioqui dicendum esset iurisiurandi vinculum eo saltem casu debere obstrictum tenere iurantem, quo obstrictus ille esset ex pacto, si pactum valeret, nec potest videri iurisiurandi debitum adimpleuisse, qui contractum ipsum super quo iuratum est, si veleret, impleuisse non crederetur. Quanquam, vt liberè dicam quod sentio, parum me hac in re Pontificij rescripti autoritas mouet. Video enim † pontificiorum rescriptorum & 6
conditores & interpretes hac parte, vt aliàs plerumque interpretum iuris ciuilis errorem secutos, neque quid in pignoribus lex commissoria esset intellexisse, neque rursum qua ratione improbata sit ea pactio, de qua disputamus quam illi pactum legis commissoriæ appellant, quæ tamen nihil minùs quàm lex commissoria est, secundùm ea quæ verissima iuris ratione à nobis disputata sunt in superioribus. Nam si pactionem istam qua de agimus, nihil aliud odiosam faceret præterquàm odium creditoris, vt Innocentuis post interpretes sensisse videtur, faterer sanè non illibenter, eam iurisiurandi futuram autoritatam vt pactum hoc seruari deberet periurij metu. Quandoquidem & vsuras ipsas quibus nihil odiosius est, si tamen cum iureiurando promissæ sint omnimodo soluendas esse placuit, licet postmodum restituendas, ne iurisiurandi religio contempta esse videatur, *cap. debitores 6. Extr. De iureiur.* Itaque non est improbabile Innocentium Pontificem qui vulgarem interpretum errorem secutus pactionem istam nullo vnquam iure aut tempore probatam pro lege commissoria accepit, eámque non nisi creditoris odio improbatam esse existimauit, in ea etiam fuisse sententia, vt putauerit, accedente iurisiurandi religione seruari eam debere: quod proculdubio non putasset, si ratione illa conuentionem hanc improbatam esse sciuisset, quòd sit de re impossibili & implicante contradictionem. Eumque Innocentij errorem illud apertius detegit, quod cum interpretibus legem commissoriam appellat pactum legis commissoriæ; æquè eleganter, acsi diceret *pactum patti commissorij*, cùm in hoc tractatu, nihil aliud lex significet quàm pactum: vt docuimus cap. huius Decadis primo. Nos verò cùm aduersus interpretes & pragmaticos disputamus, non id agimus, non vt autoritate, sed vt ratione vincamus.

ERROR IX.

De duobus pariter eam rem pignori accipientibus.

SVMMARIA.

1 *Res duobus pariter pignori data quatenus vtrique obligata censeatur: Martiani, vt creditum est, sententia in l. si fundus. 16. §. si duo D. de pignor.*
2 *In d. l. quæstionem à Triboniano eius interpolatore inepte proponi. & nu. 10.*
3 *Si pluribus eadem res simul pignori data sit, æqualis erit omnium causa, & viriles partes fient.*
4 *Si pluribus eadem res separatim oppignorata sit, ei soli in solidum obligata erit, qui prior contraxit.*
5 *Fieri non potest vt eadem res vni iam in solidum obligata rursus alteri aut in solidum, aut pro parte obligetur: contra Accurs. & Bar. & nu. 9.*
6 *Eadem re pluribus obligata, si anterior creditor ex posteriori pecunia dimissus sit, pignus posterioris ipso iure confirmatur.*
7 *Aliud esse pignori seu hypotheca dari, aliud reuera & vtiliter obligari.*
8 *Qui res suas iam obligatas secundo creditori obligant, si creditorem non præmoneant incidunt in stellionatum.*
11 *Examinatur responsio Triboniani ad quæstionem in d. l. si fundus propositam: & d. l. exponitur.*

PRoponitur hæc quæstio † de duobus pariter eandem rem pignori accipientibus in *l. si fundus* 16. §. *si duo. D. de pign.* Si duo, inquit Marcianus, pariter de hypotheca paciscantur, in quantum quisque obligatam hypothecam habeat, vtrum pro quantitate debiti, an pro partibus dimidiis, quæritur. Et magis est vt pro quantitate debiti pignus habeant obligatum, Sed vterque si cum possessore agat, quemadmodum; Vtrum de parte quisque, an de toto, quasi vtrique in solidum res obligata sit? Quod erit dicendum si vtrique eodem die pignus datum erit separatim: sed si simul illi & illi, si hoc actum est, vterque rectè in solidum aget, si minùs, vnusquisque pro parte. Atque ita interpretes & pragmatici omnes sentiunt. Quid enim aliud possint dicere quàm ad quæstionem à Marciano propositam iisdem ipsis Marciani verbis respondere? Et sanè fatendum est vel non errare illos, vel si errant, dignos esse quorum misereamur potiùs quàm quibus succenseamus. Ego si quid mei iudicij est, errare eos contendo, at ita tamen vt non ipsis succenseam, sed Triboniano qui more suo sub Iureconsulti nomine & inepram quæstionem proponit, & ineptiore distinctione certissimam iuris rationem planè conturbat. Quæstio † ipsa sic con- 2
cepta est, Si duo pariter de hypotheca paciscantur, in quantum quisque obligatam hypothecam habeat, vtrũ pro quantitate debiti an pro partibus dimidiis? In quo primùm illud obseruandum est dictionem *pariter* qua Tribonianus vtitur, ambiguam esse, vt & subiecta distinctio demonstrat. Potest enim sic intelligi vt duo simul & coniunctim, id est vna eademque conuentione pignus acceperint. & vt Bart. post Accursium loquitur eodem momento. Potest sic etiã, vt acceperint similiter, sed separatim, id est simili, sed non eadem conuentione, siue eodẽ, siue alio die. Vtrouis sensu inepta quæstio est, &, vt dici solet de indubitabili. Nam si pluribus † eadem 3
res simul pignori data sit, constat æqualem omnium causam esse vt Paulus disertè scribit, in *l. aliena res* 20. §. 1. *D. de pign. act.* id est vt ego interpretor, vnicuique pro virili parte tum obligatam intelligi, licet vni plus, alteri minús debeatur, & siue pluris, siue maioris sit cuiusque pars illa virilis, quàm singulis debeatur. Non. n. quantitas debiti ea est, quæ facit vt ex conuentione pignoris ius aliquod creditoribus acquiratur, sed ipsa conuentio, quam portò singulis æquè prodesse necesse est, qui simul paciscuntur. Ergo in virilis non in solidum. Nam & eo casu quo in solidum in singulis acquiri posset ius obligationis, in dubio tamen diuideretur obligatio in viriles, vt cùm agitur de obligatione aduersus plures acquirenda per vnicam stipulationem, ex qua plures debendi correos fieri nihil prohiberet si id ageretur, *l. reos* 11. §. *cum tabulis. D. de duobus reis.* Quantò igitur magis dicendum erit viriles fieri in ea conuentione interpretanda ex qua singulis in solidum acquiri non possit? Atqui non potest eadem res pluribus simul in solidum esse obligata, non magis quàm dominij iure ad plures pertinere, vt mox probabimus. Consequens igitur est, vt pluribus simul de eodem pignore paciscentibus, æqualis sit omnium causa, & viriles partes fiant nec debiti quantitas in diuidendo conuentionis emolumento attendatur. Quòd si plures † pariter quidem, 4
id est, similiter, sed separatim eandem rem pignori acce-

perint,

perint, nihil sanè apertius est, quàm ei soli obligatam esse rem in solidum, qui, prior contraxit, siue eodem, siue alio die posterior contraxerit: quia fieri nullomodo potest vt concurrat in expresso præsentique pignore is qui contrahit posterior. Addo in *expresso præsentique pignore* vt eum casum excipiam quo tractetur de futurorum bonorum siue expressa, siue tacita obligatione, quæ quoniam habet tacitam conditionem, si quando bona illa debitori acquirentur, facilè admittit, vt possit interdum vincere tanquam anterioris, qui & tacitam duntaxat hypothecam habuit & posterior contraxit, & in eleganti illa specie apud Papinianum in *l. si is mihi* 28. *D. de iur. fisc.* de qua scripsimus *lib.* 2. *Coniect.* Et quidem quod ad eum qui & solus & prior pignus accepit, aut ad hypothecam constituendam de pignore tantùm conuenit, quin rem in solidum obligatam habeat, dubitare nemo potest. Hoc autem admisso, quòd apud omnes in confesso est, dico fieri † non posse, vt eadem res vni iam in solidum obligata rursum alteri aut in solidum
5 aut pro parte obligetur. In cóque non solum à Triboniano dissensio, sed etiam à Bartolo cæterisque omnibus fortasse interpretibus, quibus nihil certius videtur, quàm vt distingui oporteat causam dominij à causa pignoris, in eo videlicet, quod quamuis eadem res in plurium dominio eodem tempore in solidum esse nequeat, pluribus tamen obligata in solidum esse possit. Quod quàm falsum sit, ex eo sanè apparet, quòd vt res aliqua pignori vtiliter obligari possit, eam necesse est non solùm in pleno debitoris dominio esse, sed etiam adeo pleno & libero iure vt nihil sit quod prohibere possit quominus pro arbitrio eam obliget. Etsi enim dici solet causam dominij nihil cum iure pignoris habere commune, *l.* 1. *de pignorib.* id tamen eò pertinet vt extincto debitoris dominio siue per alienationem, siue per vsucapionem, non idcirco pignus quod semel contractum vtiliter fuit, extinguatur. Cæterùm adeò pendet ius pignoris ex iure dominij vt nisi dominus sit debitor, aut domini consensum habeat, alienam rem obligare non possit. Inde autem infero, quòd quamuis debitor qui rem suam pignori dedit, eius dominium nihilominùs retineat, *l. cum & sortis* 34. §. *vlt. D. de pignor. act.* Eandem tamen rem alij priùs obligare non potest, quàm prioris ius & vinculum dissoluerit, quia dominium quod nunc habet, non est ei liberum, cum sit iam alij obligatum, & in eo vt creditor pignoratitius quandocumque volet id pro suo iure distrahere possit, & consequenter impedire ne alius creditor distrahat, quandiu prioris pignoris vinculum subsistit. Quod certissimum argumentum est posterioris pignoris, inutiliter contracti. Verissimum enim est quod & vulgò tractatur, inutile pignus esse quod distrahi nequeat. *l.* 4. *D. de pign. act.* Cumque is qui comparauit à creditore iure suo distrahente, non solùm ius pignoris quod creditor habuit sibi acquirat, sed etiam ius dominij & proprietatis, *qui à creditore. C. de dist. pig.* & adeò sit securus vt neque à debitore ipso, neque à posteriorib. debitoris creditoribus inquietari vnquam possit, nec si totum id quod priori creditori debitum fuit, aut etiam vēditionis preciū offeratur *l.* 1. *& tot. tit. C. si antiq. cred. pign. vendid.* plane non video quem effectum, quàmve vtilitatem habere possit ea sententia, quæ velit eandem rem vni iam in solidum obligatam, alteri quoque in solidum obligari potuisse. Siquidem pignoris semel vtiliter contracti vis & potestas illa est vt nunquam nisi soluto debito, aut consolidato dominio extinguatur, imò vt dominij consolidatione extinctum ablato subinde creditori dominio restauretur, & vt ita dicam resuscitetur, quandiu verum est pecuniam quæ fuit debita solutam non esse *l. ex sextante* §. 1. *D. de except. rei indic. l. debitor* 59. *D. ad S. C. Trebell. l. grege* 13. §. *etiam, D. de pignor.* Proinde si verum esset eandem rem pluribus in solidum separatim obligari posse, fatendum esset alienato per anteriorem creditorem pignore, non minùs in posterioris futurum potestate vt oblato saltem venditionis pretio pignus euinceret emptori, suumque ius omnimodo tueretur, nisi paratus esset emptor ei offerre: qui tamen offerre nunquam cogitur, nequidem, quod magis mirum est, [illegible] dolo creditoris facta venditio sit, nisi dolum emptor quoque participauerit, & illud præterea concurrat vt creditor qui vendidit, non sit soluendo *l. vlt. C. si vendit. pign. agat.* Indeque nimirum illud est, quod Iureconsulti nostri, quibus locis tractant de eadem re pluribus obligata, sic loqui solent, vt posterioris creditoris ius omne in eo consistat, quod anteriori offerre, atque ita dimisso illo & extincta prioris pignoris obligatione pignus suum confirmare possit, *tot. tit. Qui potior. in pignor. hab.* Vt intelligamus posterioris creditoris ius, nec vllum esse antequàm confirmatum sit, nec confirmari posse, nisi dimisso anteriore creditore. Illud sanè verum est, quod Bartolum & cæteros fefellit, Eadem † re pluribus obligata si anterior ex posterioris pecunia dimissus sit, confirmari pignus posterioris ipso iure, id est, non esse necessariam nouam conuentionem de pignore, vt pignoris vinculum quasi nondum contractum nunc demum contrahatur. Sufficit enim vt de pignore iam antè aliquando conuentum sit, licet eo tempore quo pignus contrahi vtiliter non potuit, quia cùm pignoris obligatio (hypothecam intelligo non pignus propriè quod traditione duntaxat contrahitur) nudo consensu constituatur, frustra requiras nouam conuentionem vt inducas hypothecam quæ vires suas exerat sublato quandocumque impedimento quod ex prioris potiore iure nascebatur. Verum namque est cōuentum fuisse de pignore, licet pignoris vinculum nullum contrahi tunc potuerit, nisi sub tacita quodammodo conditione, si quandoque prioris pignoris vinculum dissolueretur, quod posteriorem conuentionem inutilem faciebat. Itaque videas apud iuris autores tractari passim de eadem re pluribus pignori data, neque tamen vsquam scriptum reperias, in eadem duplex vinculum pignoris eodem tempore consistere potuisse. Aliud † namque est pignori aut hypothecæ dari, aliud re vera & vtiliter obligari. 7
Datur hypothecæ nuda conuentione, quæ si aliqua ratione impediatur ne effectum habere possit, facilè in id tempus differre potest obligationem quo sublatum erit impedimentum. Satis enim est, & materiam & formā adesse ex qua pignoris obligatio æstimanda sit, debitum & consensum. At non contrahitur hypotheca aut pignoris obligatio priusquam res quæ iam vni est obligata in eum statum reducta sit vt alteri obligari possit, id est, priusquam sit à priore creditore liberata. Ex quo illud etiam est, quod qui † res suas iam obligatas secundo creditori obligant si non præmoneant secundum 8
creditorem, perinde incidunt in stellionatum acsi rem vni venditam alij venderent aut obligarent *l.* 3. *D. de crim. stellion.* Ob idque vt periculum illud effugiant prædicere solent alij nulli rem esse obligatam, quàm fortè Lucio Titio, vt in id quod excedit priorē obligationē res sit obligata, id est, vt sit pignori hypothecæve id quod pluris est, aut solidū cū primo debito libera res fuerit, inquit Caius in *l. & quæ nondum* 15. §. *qui res suas. De pignor.* Quibus verbis † an non apertissimè significat fieri non posse, vt res quæ iam pignori data est, quandiu primo illo debito libera non fuerit, alteri vlli sit in solidum obligata? Sed adhuc apertius iis verbis quæ sequuntur. Sic enim habent, *De quo videndum est vtrum se ita hoc habeat, si & conueniat, an & si simpliciter conuenerit de eo quod excedit vt sit hypotheca. Et solida res inesse conuentioni videtur, cùm à primo creditore fuerit liberata, an adhuc pars. Sed illud magis est quod prius diximus.* Igitur solida res inesse conuentioni, & pignori data esse intelligitur, secundo creditori sed eo demum tempore quo à primo creditore liberata fuerit, non anteà. Et verò si vinculum pignoris in seruo quem vetus dominus

vel pro minima ſumma obligauerit impedit dationem libertatis *l.generaliter* 24.§.*ſi quis ſeruo pignorato.D.de fideic.libert.*nec directam duntaxat, ſed etiam fideicommiſſariam, vt contra Tribonianum à nobis diſputatum eſt *lib.*15. *Coniectur.* quanto magis impediet, ne qua pignoris noua obligato contrahatur? Apparet † itaque ex ſuperioribus non potuiſſe vlli ex prudentibus in mentem venire vt dubitaret, duobus de hypotheca pariter paciſcentibus inquantum quiſque obligatam hypothecam habeat, vtrum pro partibus dimidiis, an pro debiti quantitate. Semper enim conſtitit, vel ſingulis in viriles acquiri obligationem pignori ſi vna eademque conuentione ſibi omnes proſpexerunt, vel primo creditori inſolidum, licèt nonniſi pro debiti quantitate, poſteriori vero nulla prorſus ex parte, ne quidem in id quod priorem obligationem excederet, quandiu prioris pignoris vinculum duraret. Nam cùm expreſſim adhibetur conuentio illa de qua Caius in *d.§.qui res ſuas*, vt in id duntaxat quod excedit priorem obligationem, res ſit poſteriori obligata, non eum conuentionis effectum eſſe exiſtimandum eſt vt aliqua ex parte rem obligatam habeat poſterior creditor quandiu pignus anterioris durat, ſed illum duntaxat ne poſſit ſecundus creditor conqueri ſe deceptum à debitore, & vt intelligat non aliam ſe ex pignoris conuentione vtilitatem ſperare poſſe, quàm vt dimiſſo propriis ſi volet numis anteriore creditore pignus ſuum confirmet, ita vt ſolidam quidem rem exinde obligatam habeat, ſed tamen ex noua cauſa præſtitæ litis æſtimationis, potius quàm conuentionis ſuæ poteſtate, præterquàm pro ea quantitate quæ priorem excedit obligationem. Pro ea ſiquidem quantitate poſterior creditor pignoris ſui ius acceptum ferre debet non præſtitæ litis æſtimationi, ſed propriæ conuentioni, habito ſcilicèt reſpectu non tam ad ius pignoris quàm ad effectum. Ius namque pignoris ſanè non niſi ob præſtitam anteriori creditori litis æſtimationem, nec niſi ex eo tempore poſteriori acquiritur, quo tamen facto, res eò recidit vt perinde ſit acſi priori creditori obligatum pignus fuiſſet, ad eam vſque duntaxat æſtimationem quæ quantitati debitæ reſponderet. Hæc cùm ita ſint, videamus iam quid ad propoſitam quæſtionem † Tribonianus contra reſpondeat, *Et magis eſt*, inquit, *vt pro quantitate debiti pignus habeant obligatum*, Ergo ſi pro centum aureis obligatus ſit fundus dignus ducentis anteriori creditori, poſteriori verò pro quinquaginta, erit pars dimidia tantùm eius fundi obligata anteriori, poſteriori verò quarta, reliqua proinde quarta pars nulli. Hoc enim non minùs conſequens eſt, quàm ridiculum, & ineptum. Conſtat ſiquidem pignoris obligationem indiuiduam eſſe, tùm etiam cùm hypothecaria aduerſus tertios poſſeſſores exercetur, *l.rem hereditariam* 65. *D.de euict.* ac multo maiori ratione ſi contra ipſum debitorem, quem nos caſum tractamus. Sequitur enim, *ſed vterque ſi cum poſſeſſore agat, quemadmodum?* Nam ſi Tribonianum ſic intelligas, vt ſolida quidem res ſit anteriori creditori obligata, ſed ita tamen vt non niſi ad eam vſque quantitatem quæ debetur ei offerri oporteat, facias ſanè magis ridiculum qui id moneat de quo ne anus quidem dubitaret. Quis enim neſciat ſolui vinculum pignoris oblata ea quantitate quæ debetur, licèt multò pluris eſſe proponatur? Deinde hoc ipſum quod dicimus obligatum eſſe pignus pro debiti quantitate, quid aliud eſt quàm eſſe obligatum in ſolidum? Atqui iam probauimus eandem rem pluribus eodem tempore in ſolidum obligatam eſſe non poſſe. Tum verò quid ſi non pluris res ſit quàm vni ex creditoribus debeatur? Quomodo fieri poterit vt vnuſquiſque pro quantitate debiti pignus habeat obligatum? An alteruter debiti ſui iacturam, patietur? Vter verò? An potius pro rata portione de vtriuſque debito diminuetur. Hoc enim omnino explicandum erat: Sed neque diſtinctio illa prætermittenda quam Tribonianus neceſſariam putauit cùm agitur aduerſus tertium poſſeſſorem an pignus eodem die vtrique datum ſit ſeparatim, an ſimul & ſemel. Taceo quod locutio illa quam nos ex Triboniani potius quàm ex noſtra ſententia vſurpamus parum elegans eſt dignaque Iureconſulto, vt pignus obligatum dicatur. Pignus enim cùm dicimus, iam ipſam quoque obligationem ſignificamus, obidque ſolent Iureconſulti dicere *pignus datum* aut *pignori rem obligatam*, non autem *pignus obligatum*. Ferèque ſimilis hic error eſt ei quem in ſuperioribus obſeruauimus De lege commiſſoria quam noſtri vocant pactum legis commiſſoriæ, eodem prorſus & perinde inepto loquendi modo, acſi dicerent *pactum pacti commiſſorij*. Nã & ſimiliter in propoſito qui pignus obligatũ dicit, æquè ſtolidus eſt acſi diceret *obligatam rẽ obligatã*. cùm pignus nihil niſi rem obligatam ſignificet. Sequitur apud Tribonianum, *ſed vterque ſi cum poſſeſſore agat, quemadmodum?* viden. Triboniani conciſam eloquentiam? *vtrum de parte quiſque, an de toto quaſi vtrique in ſolidum res obligata ſit?* Abſurda etiam & otioſa quæſtio. Contractum enim cum debitore vinculum pignoris cur diuerſo iure cenſeatur ſi contra poſſeſſorem quàm ſi contra debitorem ipſum agatur? Aut quis vnquam audiit ob alienation pẽignoris à debitore factam meliorẽ effici vel deteriorẽ creditorũ conditionẽ? Fateor aliter æſtimari litẽ, cũ hypothecaria exercetur contra debitorem ipſũ quàm ſi contra poſſeſſorem, vt nos docuimus *lib.*15. *Coniect.* ex Vlpiano in *l.ſi inter* 2.§.*vlt.eod.tit.De pignor.* quæ res ſanè Tribonianum fefellit, vt & in §.*in vindicatione eiuſdẽ. leg. ſi fundus.* De quo ſcripſimus *lib eod.* 15. *coniect.* Sed aliud eſt de hypothecariæ litis æſtimatione, aliud de iure & vinculo pignoris quærere: ſiue namque vnus ſiue duo pluresue de pignore aut pariter aut ſeparatim paciſcantur, ius pignoris ab initio tale contrahi neceſſe eſt, quale in perpetuum & aduerſus quoſcunque vnquam futurum ſit: nimirum quia totum pendet ex conuentione iuriſque poteſtate quæ non niſi vna eſt, & ſemel tantum interuenire poteſt Quod verò ad inepram quæſtionem Tribonianus reſpondet, *quod erit dicendum ſi pignus eodem die vtrique datum eſt ſeparatim*, multo eſt ineptius. Quæſtio enim concepta erat de pignore duobus pariter dato. Reſponſio autem quæ ad quæſtionem accommodata eſſe debuit, de pignore eſt quod duobus datum ſit ſeparatim. Nam quod additur *eodem die* Triboniani inſcitiam apertiùs deregit. Quaſi vero pignus vtrique pariter datum eſſe intelligatur cùm datum eſt ſeparatim ſi modò eodem die. Id enim eſt quod ex hoc loco Bartolus notat, Simul fieri dicenda ea, quæ fiunt eodem die, licèt diuerſis momentis: quo quid falſius? Imò verò cùm creditorum pignoratitiorum ius & ordinem ex contracti pignoris tempore æſtimamus, inſpiciendum tempus eſt de momento in momentum, vt qui vel momento vno ſi ſciri poſſet, prior conuenit de pignore potior etiam ſit iure. Tantum abeſt vt nihil interſit an eodẽ momento an eodem die pignus datum ſit pluribus ſeparatim Planè ſi neſciatur quis anterior ſit, licèt certum ſit datum fuiſſe ſeparatim, aliud nihil eſt quod miliùs dici poſſit quàm vt ambo concurrant in pignore, vt in *l.idémque* 7. *D. qui potior.in pign hab.* non autem, quod Bartolus credidit, vt melior ſit conditio occupantis. Nemo enim in pignoris ſui ius ob id tantum amittere poteſt quòd de pignore agat tardiùs. Sed hoc ita accipiendum eſt ſi ambo ſimul agat hypothecaria ſiue contra debitorem ipſum ſiue contra tertium poſſeſſorem. Nam ſi alter tantum agat, non poteſt debitor ipſe aut alius quilibet poſſeſſor eum vindicantem pignus in ſolidum repellere pro parte, quaſi non habeat creditor rem illam niſi pro parte duntaxat obligatam. Non enim fiunt hæ partes niſi concurſu plurium creditorum, & quemadmodum is quoque qui poſteriore loco pignus accepit ſi anteriore creditore tacente hypothecariam exerceat non malè agere creditur eique omnimodo

offerendum

offerendum est, si non tertius possessor ille sit qui in anterioris creditoris iura successerit, *l. 1. & tot. tit. C. de his qui in prior. credit. iur. succeff.* Ita & multo magis fatendum est non habere reum, quisquis tandem ille sit, ius excludendæ pro parte hypothecariæ quæ in solidum exercetur ab eo qui pignus sic accepit vt nesciri possit priorne an posterior acceperit. Plus enim iuris habet ille, quàm si constaret posteriorem esse: certe non minus. Neque tamen ea res faciet vt alius creditor, de quo similiter ignoratur an prior an posterior prius acceperit, ius suum exequi prohibeatur. Habebit enim ille fundatam intentionem docendo se pignoratitium creditorem, nec poterit tanquam posterior repelli ab eo qui se anteriorem probare non possit. Ita fiet vt rem demum concurrant in viriles & æquales partes, perinde acsi simul & coniunctim pignus accepissent, vt in *dict. l. aliena res* 20. §. *De pignorat. act.* Nisi forte quis probabilius esse putet vt qui pignora persequitur aduersus tertium possessorem eundemque hypothecarium creditorem, non aliter videri debeat habere fundatam intentionem ad auferendam reo possessionem, quam si se anteriorem esse probet. Quo enim alio iure euincat, in eoque possessionis commodum aliquod esse debere videtur, licèt alioqui differat pignus à dominio in eo quod non sicut inter emptores ita & inter creditores pignoratitios præfertur is cui prius tradita possessio est, *l. quoties* 15. *C. de rei vindic.* sed is demum qui prior de pignore conuenit, tametsi pignoris, aut vt melius loquar, hypothecæ possessionem nunquam acceperit. *l. 1. & pass. qui potior. in pign. hab. D. & C.* secundum quam sententiam quæ proculdubio nobis magis probatur, verum erit quod Bartolus voluit, meliorem fore occupantis conditionem, sed alia & meliore ratione quam ipse existimauerit; imo & alio sensu. Occupantem enim ipse intelligit eum qui prior agat, ego verò eum qui prior possessionem pignoris & hypothecæ nactus sit, dum ne eo tempore quo iam alius agere cœperit. Neque enim potest quicquã imputari ei qui non est negligens in agendo, licèt per debitoris aut possessoris tergiuersationem fiat vt possessionem tam cito nanciscí nõ possit. Subiicit Tribon. *Sed si simul illi, & illi si hoc actũ est vterque rectè in solidum aget, si minus vnusquisque pro parte.* Hoc verò etiam falsum est: Posse vtrumque recte in solidum agere de pignore, tametsi ponas hoc actum esse vt vtrique pignus in solidum teneretur, quia neque hoc agi potest, cum fieri nequeat vt duobus simul eadem res in solidum sit obligata, ita vt possit vterque recte in solidum agere. Nam si quo casu fieri id posset, tunc maxime id fieret cùm duo rei credendi constituti essent, in quorum scilicet personis singulis constat obligationem totam, agendique in solidum ius consistere *l. 2. D. de duob. reis.* Obligatio namque pignoris sequitur naturam & conditionem obligationis personalis, atqui fieri nunquam potest vt pluribus reis stipulandi in solidum simul agere singulis permittatur, quia occupanti totius iuris exercitio soli acquiritur, adeò vt si semel vnus ex iis egerit, alteri promissor offerendo pecuniam nihil agat *l. ex duobus* 16. *eod.* perinde acsi ita stipulati essent *si illi non dederis, mihi dabis:* vt in *l. si Titius* 9. *D. de verb. oblig.* Multo minùs igitur fieri potest vt ambo simul agant rectè in solidum de pignore. Et consequenter distinguere Tribonianus debuit, cùm simul illi & illi pignus datum est an facti sint ij correi credendi, an non: vt priore casu in solidum quidem pignus singulis obligatum sit, sed ita tamen vt occupantis futura sit tota actio, nec simul recte in solidum agere singuli vnquam possint, posteriore verò casu non nisi pro virili parte agere siue coniunctim, siue separatim quisque possit, *d. l. reos.* 12. §. *cum tabulis. De duob. reis.* Quæ cùm ita sint quis non Triboniano potius quàm Marciano tribuat totam hanc distinctionem, quæ à vera rectaque iuris ratione tantopere abhorreat? Quo admisso illud etiam facile sibi omnes persuadebunt, cætera quæ nos tota ea lege à Triboniano corrupta & immutata diximus, neque Marciani elegantiæ, neque iuris rationi conuenire. Sed illud præsertim quod docuimus supr. cap. 7. ad §. *vlt. d. l. si fundus*, de verbis illis delendis, *Hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio.*

ERROR X.

De hyperocha quam, vulgo plurisualentiam appellant.

SVMMARIA.

1 *Hyperocha nomen Græcum veteribus interpretibus, ipsi quoque Haloandro incognitum fuisse*
2 *Similiter & antichresis vocabulum.*
3 *Hyperocha quid sit ex Cuiacio: quid item ex autoris sententia, nu. 4. & 5.*
6 *Error pragmaticorum de plurisualentia, seu hyperocha.*

HYperochæ † nomen elegans sicut græcũ est, aut ex græco latinũ factum, ita veteribus interpretibus quibus sollenne erat dicere *græcum est, non legitur*, prorsus incognitum fuit. Imo &, quod magis mirum est, Haloandro in græca licet lingua, melius sanè quàm in iurisprudentia, versato, qui apud Tryphoninum in *l. quærebatur* 20. *D. qui potior. in pignor. hab.* vbi duobus locis hyperochæ mentio fit, pro hyperochæ hypothecam posuit, quasi vitiosa esset lectio Florentina: quomodo & veteres omnes glossatores legerunt, nihil in eo absurdi esse existimantes si quis dicat *hypothecam obligari* aut *hypothecam pignoris* acsi non idem esset pignus, quod hypotheca si ipsius rei & actionis hypothecariæ effectus spectetur, Eadem illis errandi causa fuit quod ad antichresim † attinet. Nam & quid antichresis esset, quia græcum nomen fuit, penitus ignorarunt, neque dubitarunt legere *antiphonam* pro *antichresi* in *leg. si is qui* 1. §. *si dominus. D. de pignor. in* eaqua *antiphone* dictione explicanda non parum insudat eo loco Bartolus vt subtilem agere videatur, sumpta ex antiphonis quæ ante psalmos Dauidicos in sacrosancta Dei ecclesia cantari solent interpretatione. Primus Andræas Alciatus fuit, qui vtrumque nomen iã penè interpretum barbarie obliteratum restituit, & quid antichresis, quid hypotheca esset, ex græci sermonis, simúlque iuncta Romani iuris ratione, feliciter non minùs quàm eruditè explicauit. Sed de antichresi quidè, iam satis multa scripsimus in superioribus Decadibus. Nonnulla etiã fortassis in sequentibus, si quid occurret, adiecturi. De hyperocha † nunc aliquid dicendum nobis est. Eam post Alciatum definit Iacob. Cuiacius *lib. 4. obserու. cap. 25.* vt nihil aliud sit quàm id quod plus est in pretio fundi quàm in credito prioris creditoris. Non malè, si pignoris duntaxat hyperocham definire velis, de qua in *d. l. quærebatur*, & in *l. & quæ nondum* 15. §. *qui res suas. D. de pignor.* Verùm tamen † patet latiùs hyperochæ nomen quàm vt ad causam pignoris coangustari debeat: Nam & eius rei quæ nullo pignoris vinculo teneatur, hyperocham dicimus, si qua fortè res vendita sit viliore pretio siue sub pacto de retrouendendo, quod ab antiquis illis fiduciis quas in pignorum mancipationibus frequentari solitas fuisse suprà diximus originem, traxisse videtur, siue tanta intercedente in pretio læsione vt ex ea causa rescindi venditio possit emptorique, ni quod iusto deest pretio suppleat, res auferri. Quamquam hoc sensu vix sanè est vt hyperochæ nomen à prudentibus vsurpatum reperias, quibus scilicet inauditum fuit ius illud quod ex tempore latæ à Diocletiano & Maximiano constitutionis quæ extat in *l. 2. C. de rescind. vendit.* tam frequens est vt nullũ aliud frequentius. De rescindenda venditione quoties vltra dimidiam iusti

iuſti pretij venditor læſus proponitur. Sicut nec pacti de retrouendendo mentio vlla eſt in prudentum reſponſis, non quod fuerit vnquam iure ciuili improbatum, vt conſtat ex *l.2. C.de pact. int. empt. & vendit.* & *l.1.C.quand.decret. opus non eſt.* Sed ideo,ni fallor,quod proxime accedat venditio quæ fit ſub pacto illo ad naturam pignoris fiduciarij quod per mancipationem contrahebatur, vt docuimus in præcedentibus ,& quarum olim frequentiſſimum vſum fuiſſe conſtat non ſolum ex Pauli ſententiis ſub *tit. D.pignor. & Dele. commiſſ.* ſed ex ipſa etiam Conſtantini lege quæ fiducias iſtas omnes antiquauit, adeoque omnem earum memoriam deleuit, vt loquitur *l.vlt.C.de pact. pignor.* non alia ratione , vt conſtitutio ipſa præ ſe ferr, quam quod ſub fiduciæ obtentu creſceret in dies magis ac magis aſperitas legis cõmiſſoriæ, id eſt, vt interpretati ſumus , mancipationis pignorum in qua lex commiſſoria adhibebatur,creditoribus nimirum facilitate & inopia debitorum ad impij lucri captandi occaſionem abutentibus. Videbatur enim ea contrahendi ratio expeditior fœneratoribus,qui non tam id agebant vt ſibi rem alienam acquirerent quàm vt pecunias ſuas ſub grauiſſimo fœnore in contractus liciti ſpeciem collocarent. Vnde & illud fit quod interpretibus placet, venditionem factam ſub pacto de retrouendendo,ſi immodica læſio interuenerit,& accedat fœnerandi conſuetudo in emptore ſimulatã videri , & pro contractu pignoratitio potius quàm pro emptione habendam eſſe. Quamquam hæc ſententia non omnino à nobis probatur, ſed eo demum caſu quo emptor eiuſmodi contractus quàm plures fœnerandi gratia inire ſolitus eſſe proponatur, & probetur , quemadmodum ſuo loco diſputauimus. Cæterum ne ab inſtituto de hyperocha tractatu longius aberremus, cùm nihil aliud ſit hyperocha quam quod Latini aut potius barbari *pluriſualentiam*, Galli,*pluſualue ou prenalence* appellant , nemo dubitat quin extra cauſam pignoris hyperochæ vſus quã plurimus eſſe poſſit. Itaque rectius, † meo iudicio & generalius hyperocham ſic definieris,vt ſit id quo pluris res eſt ſiue obligata,ſiue vendita,aut in ſolutum data ſit. 5

In eo autem pragmatici errant quod pluriſualentiam † hanc(ſic enim cum iis loquendum eſt, quia quid hyperocha ſit,non intelligunt)ſeparant à re ipſa , quaſi aliquid ſit diſtinctũ,& in iure potius quàm ipſa in re conſiſtens,ita vt eius qui hyperochã vel emerit,vel pignori acceperit,longè aliam fere in omnibus rationem conſtituant,quàm ſi rem totam aut emiſſet aut pignori accepiſſet. Ego verò didici nihil aliud eſſe hyperochã quàm rem ipſam cuius hyperocha eſt,ſed cum hac tamen adiectione, poſtquam ius omne poſſeſſoris in ea ipſa re conſtitutum penitus ſublatum,& extinctum fuerit. Nam quẽadmodum proximè diſputabamus , fieri non poteſt vt non ſit creditori obligata in ſolidum ea res quæ tota obligata eſt, licet multo pluris ſit, quam illud eſt quod debetur: Nec ſimiliter vt non ſit emptori in ſolidum acquiſita ea res, quæ tota vendita fuit quantacunque læſio interuenerit:nimirum,quia differt omnino pretium rei à re ipſa,nec cum ea quicquam hac parte commune habet, adeo vt tum etiam cùm res venditur , pretium non tam ex re, quàm ex negotiatione ipſa percipi exiſtimetur *l. venditor.21.D.de hered.vel action. vendit* Proinde quandiu poſſeſſoris ius durat non poteſt videri quicquam iuris in re habere is qui hyperochã duntaxat habet,ſed ad rem duntaxat,vt poſſeſſoris ius oblato omni eo quod ei debetur,poſſit diſſoluere: quo demũ diſſoluto non iam de hyperocha quærendum eſt,ſed de re tota,nõ ſecus acſi tota in obligationem & conuentionem deducta eſſet. Quam in ſententiam textus eſt & apertiſſimus , & accommodatiſſimus in *d. leg. & quæ nondum 5.§. qui res ſuas. D. de pignor.* vbi Caius ſcribit hoc ipſum quod nos volumus hyperocha pignori data videri ſolidam rem ineſſe conuentioni cùm à primo creditore fuerit liberata. 6

ANTONII FABRI ·IC.

Decas Vigeſimaſecunda.

ERROR PRIMVS.

De differentia addictionis in diem,& venditionis facta ſub pacto de retrouendendo.

SVMMARIA.

1 *Quam affines conuentiones putent pragmatici venditionem factam ſub pacto de retrouendendo & addictionem in diem.*
2 *Venditio quæ ſub pacto retrouendendi contracta eſt, quatenus propius accedere videatur ad addictionem in diem,quàm ad legem commiſſoriam.*
3 *Quantum dictæ conuentiones inter ſe differant, auctoris ſententia.& ſeqq.*
4 *Reſoluta venditione facta ſub pacto commiſſorio aut addictionis in diem , dominium ipſo iure redit ad venditorem: ſecus cùm venditio facta eſt ſub pacto de retrouendendo.*
5 *Alia inter dictas conuentiones differentia.*
6 *Venditio ſub pacto de retrouendendo quatenus ſimilis fiduciæ,quatenus diſſimilis.*
7 *Error Budæi.*

DIximvs ſuperiore Decade de pacto legis commiſſoriæ tã in pignoribus quàm in venditionibus Dicendũ nunc aliquid eſt de pacto addictionis in diem,itemque de venditione facta ſub pacto de retrouendendo : qui tractatus in foro frequentiſſimus eſt, ſicut & hoc genus venditionis. Sunt autem inter † pragmaticos non pauci , qui conuentiones iſtas vſque adeo affines eſſe putant vt venditionem quæ facta ſit ſub pacto de retrouendendo non dubitent addictionem in diem appllare , inſpecto , inquiunt , euentu & effectu conuentionis, quia ſi intra præſtitutum diem pretium venditionis reſtituatur, perinde ab emptione receditur, reditque dominium ad venditorem,acſi fundus,in diem addictus, & intra eam diem melior conditio allata eſſet. Vtroque ſiquidem caſu precium emptori redditur , ſed cum addictio in diem facta eſt,non aliter quàm ſi melior conditio ab alio offeratur. Cum verò venditio pactum habet de retrouendendo, illud ſolum inſpicitur an venditor pecuniam pretij habeat quam poſſit reddere, non etiam à quo eam habuerit. Et ſane venditio † quæ ſub pacto retrouendendi contracta eſt propius accedere videtur ad addictionem in diem quàm ad legem commiſſoriam. Quia licet venditio facta ſub pacto commiſſorio perinde ac ea quæ fit ſub pacto addictionis in diem 1 2

purè

purè contracta intelligatur, perfectaque (quoniam ſolo conſenſu, pretiique conuentione perficitur) non tamen impleta dici poteſt ex parte emptoris qui pretium nunquam perſoluit. Implementum namque venditionis ex latere venditoris in eo conſiſtit, vt rem tradat eiuſque dominium quod habet transferat in emptorem. Ex parte verò emptoris vt pretium det venditori *l. ex empto* 11 *l. ſi quis alienam* 46. *D. de action. empt.* Porro legis commiſſoriæ in venditionibus formula illa eſt, vt ſi ad dictam diem pretium venditionis ſolutum non erit res ſit inempta. Ideoque minus durum eſt reſolui venditionem licèt bona fide contractam, priuſquam omni ex parte ſit impleta. At venditio quæ ſit ſub pacto addictionis in diem, non tantùm pura eſſe conſenſuque perfecta dicitur, ſed etiam impleta per traditionem rei venditæ ex parte venditoris, & ſolutionem pretij ex parte emptoris, priuſquàm ob allatam meliorem conditionem reſoluatur: non quod neceſſe ſit reſolui pretium à priore emptore (verba enim conuentionis faciunt potius, vt vix ante diem ſoluere prior emptor debeat) ſed quia nihil prohibet quominus pretium etiam in ipſo venditionis exordio ſoluatur, vt Pap. ait in *l. vlt. ill. tit. de in diem addic.* Idem contingit in venditione facta ſub pacto de retrouendendo. Prius enim impletur quàm reſoluatur, nec tam facilè in hanc ſpeciem cadit dubitatio illa quæ in pacto legis commiſſoriæ aut addictionis in diem occurrit, an venditio ſub conditione facta videri debeat, an pure potius, ſed quæ tamen reſoluatur ſub conditione, quo prudentes diſputant in *l. 2. D. de in diem addic.* & *legi* 1. *de leg. comm.* & quid inter contrahentes actum ſit, inſpici volunt. Neque enim formula conuentionis repugnat quominus vtrauis interpretatio capi poſſit, licet in eam ſententiam procliuiores ſint vt purè contracta venditio intelligatur, & poſtea ſub conditione reſoluatur. Denique qui ſuam vendit ſub pacto de retrouendendo certa die in eam rem conſtituta, videtur quodammodo in diem ſi non addicere, ſaltem alienare: Mihi tamen quàm maxima inter huiuſmodi conuentiones differentia eſſe ſemper viſa eſt. Nam ex lege commiſſoria aut ex pacto addictionis in diem, ſiue putam ſiue conditionalem vēditionem initam eſſe dicas, reſoluitur venditio in ſuo caſu ſola pacti poteſtate, nec in eā rē noua conuentione aut traditione vlla opus eſt: quia huiuſmodi conuentionum formula eò pertinet vt fundus inemptus fiat, id eſt nunquam emptus, nunquam venditus: Ob idque nimirum hæ conuentiones parum fauorabiles exiſtimantur, quod venditionem cui adhibentur deſtruant, quam perficere potiùs deberent: quòdque dominiū emptori quæſitum ei auferant nullo ipſius facto intercedente: quia nec niſi ea lege dominium rei ſuæ in emptorem transferre venditor voluit. Perpetuum enim eſt vt cuilibet liceat cùm rem ſuam alienat, legem alienationi quam velit dicere, imo illam etiam quæ inutilis futura eſſet, *l. ei fund.* 19. *D. de ſer. l. venditor*: 13. *D. com. prad.* At cùm venditio fit ſub pacto de retrouendendo non ſolùm pura venditio contrahitur, ſed ita vt nec vnquam ſub conditione reſoluatur: quod pauci, vt puto, crediderint, nemo certè in hunc vſque diem dixit, aut animaduertit, ſiquidem retrouenditio illa quam ex conuentione fieri neceſſe eſt, non tam prioris venditionis reſolutio quàm ſecunda venditio eſt atque ita prioris potius quædam confirmatio. Nam cum huiuſmodi pacto id omnino agatur vt per retrouenditionem dominium rei venditæ quod à venditore tranſlatum fuerat in emptorem recurrat ab emptore ad venditorem, non tanquam ab emptore, ſed tanquam à nouo venditore, qui per traditionem dominus effectus alium dominum facere poſſit, prorſus neceſſarium antecedens illud eſt, vt prioris venditionis ſalua poteſtas maneat, ſine qua non niſi fruſtra de transferendo per retrouenditionem dominio is ageret qui ex reſoluta aut reſoluenda venditione plenum ſibi dominium non quæſiui ſſet. Quod in lege commiſſoria, & pacto addictionis in diem diuerſum eſt, quibus ſcilicet id quidem agitur vt dominium quod fuit quæſitum emptori redeat ad venditorem, at non tanquam ab emptore rurſus tranſlatum in venditorem, ſed potius quaſi nunquam factum emptoris ob reſolutam pacti poteſtate venditionem. Inde verò differentiæ aliæ quàm plurimæ naſcuntur, ſed præcipuæ duæ, quarum vna & prima illa eſt, quòd reſoluta † venditione quæ facta fuerat ſub pacto commiſſorio aut addictionis in diem, ſiue ob non ſolutum ſua die pretium, ſiue ob allatam intra diem præſtitutum meliorem conditionem, dominium ipſo iure redit ad venditorem. i. ita vt nullo facto nullaque retrotraditione opus ſit, *l. vbi autem* 4. § *ſed & Marcellus, & paſſ. de in diem addi. l. ſi fundus* 4. *& ſeq. de leg. comm.* Quod ſane mirum videri poſſit cùm dici ſoleat dominia traditionibus transferri non pactionibus. *l. traditionib.* 20. *C. de pac.* traditionem verò facti eſſe, ideoque nec conuentione vlla fieri poſſe, vt quod factum pro infecto habeatur. Sed ratio eſt quia non omnis traditio transfert dominium, ſed ea demum quæ non eſt nuda, id eſt quæ cauſam habet, & quidem iuſtam ac legitimam, qualis illa eſt quæ ſit ex titulo emptionis. *l. nunquam nuda* 20. *D. de acqui. rer. dom.* Proinde tandiu duntaxat poteſt ea traditio prodeſſe ad dominium transferendum quandiu emptio ſubſiſtit. Nam ſtatim atque finitur emptio quod ab ea diſceſſum ſit ex partium conuentione, deſinit cauſam habere traditio, nec videtur vnquā habuiſſe, cum fundus licèt reuera emptus in eā cauſam deducatur, vt haberi debeat pro inēpto ſcilicet propter conuentionem quæ non poſt contractam perfectamque venditionem, ſecutamque traditionem facta ſit: nam niſi integris aut in integrum reſtitutis omnibus ab emptione diſcedi nō poteſt, ne mutuo quo quidem conſenſu, *l. ab empt.* 58. *D. de pact.* ſed in ipſa venditione ineunda, & eo tempore quo legem venditioni dicere contrahentes potuerunt, qualem voluerunt. Ac cum venditio ſit ſub pacto de retrouendendo, id eſt cum hoc actum fuit vt quod iam ego tibi præſtiti, tu cōtra præſtare mihi cogatis, non tam hoc agitur vt à priſtino negotio diſcedatur, quàm vt nouæ quædam obligationes conſtituantur, inquit Nera. in *d. l. empt. in fi.* vbi addit, conuentione quæ pertineat ad reſoluendum id quod actum eſt, perfici hoc nullomodo poſſe, vt quod ego tibi iam tradidi, tu contra mihi tradere tenearis. Reſolui enim contractus dicitur cum in eum ſtatum res deuenit vt contractus nullus vnquam initus eſſe videatur. Atqui retrouenditio, ſiue facta, ſiue facienda ſit non efficit vt prior venditio pro non facta habeatur, ſed contrà potius vt factam eam eſſe neceſſe ſit, adeoquē ſubſiſtere ad hoc vt retrouenditioni locus fiat Et conſequenter ſicuti venditio nuda, id eſt, quæ traditionis adminiculo deſtituta eſſet, transferre dominium in emptorem non poſſet, ita neque dominium quod ex vtili & nunquam finita venditione emptori acquiſitum fuit, ad venditorem recurrere vllomodo poteſt, niſi per mediam retrotraditionem per quam ſcilicet ſecunda venditio perinde impleatur, atque propria impleta fuit. Denique per pactum de retrouendendo id agitur, vt qui nunc emptor eſt fiat aliquando verus venditor, non vt deſinat eſſe emptor, itémque vt viciſſim fiat emptor qui nec eſt venditor, nec idcircò tamen venditor eſſe deſinat, quia cum duplex venditio ſit, non implicant iſta contradictionem. Alia † differentia eſt quod ad rei venditæ fructus attinet. Nam cùm venditio purè facta eſt, reſoluenda tamen ſub conditione legis commiſſoriæ aut addictionis in diem, conſtat fructus omnes medio tempore perceptos ad emptorem pertinere, ſed ita tamen vt reſoluta venditione, ſiue ob non ſolutum pretium, ſiue ob allatam meliorem conditionem omnes eos, & integros venditori reſtitui oporteat *l.* 1. § *vlt. l.* 4 § 1. *& ſ. idem Iulian.* 2. *l. item quod dictum* 6. *de in diem addi. l. l.* 4. *de leg. comm.* Idque aperta ſanè rectaque ratione.

Cum

Cum enim reſolui venditionem nihil aliud ſit quam pro eo haberi acſi nuquam facta fuiſſet, dici non poſſet, quo iure emptor fructus iſtos retineret quos nullo iure aut titulo percepiſſe exiſtimetur. Solent namque fructus tanquam acceſſiones naturales ſequi cauſam dominij,& conſequenter ad venditorem recurrere eos neceſſe eſt ad quem dominium fundi venditi recurrit ipſo iure, & ipſius poteſtate pacti, in ea venditione adhibiti, quæ ſola fructibus percipiendis cauſam dedit, & dare potuit. At cum venditio facta eſt ſub pacto de retrouendendo, quamuis retrouenditio ſecuta ſit, non tamen fructus omnes emptor reſtituit venditori, ſed ſibi retinet ſaltem pro rata temporis quo venditio ſteterit ſecundum receptiorem interpretum & pragmaticorum ſententiam. Nos enim omnes omnino fructus, quos emptor ſuo iure id eſt tanquam dominus perceperit ei relinquendos eſſe, nullaque ex parte reſtituendos arbitramur: vt fuſius diſputauimus in *Err.* 2. *Decad.* 10. Et ratio eſt, quam, vt diximus, retrouenditio non facit quominus peior venditio facta eſſe intelligatur quam ex contrario ſubſiſtere, & pro facta haberi neceſſe eſt vt retrouenditio vtilis ſequi poſſit. Ex quibus apparet huiuſmodi venditiones factas ſub pacto de retrouendendo
6 nihil commune habere aut ſimile cum pacto legis commiſſ. aut addict. in diem. Dixerim † potius quod ſuperioris *Dec. c. vlt.* iam attigi, ſimiles eas eſſe fiduciis quæ olim contrahebantur per mancipationem ſub ea lege factam, vt ſi intra conſtitutum diem pecunia debita ſolueretur, remancipatio fieret per creditorem debitori. Nã & ex ea cauſa tranſferebatur in creditorem dominiũ rei mancipatæ, nec niſi per contrariam mancipationem redibat ad debitorem. Hæc tamen erat differentia quod diſtractis à creditore fiduciis debitor habebat contra eum de ſuperfluo actionẽ, vt Paul. ſcribit *lib.* 2 *ſent.* 2 13. §. 1. non ſecus acſi pignus contractũ fuiſſet, plutiſq; venditũ à creditore quàm illud eſſet quod deberetur, *l. eleganter.* 24. §. *ſi vendiderit. D. de pig. act.* Nimirum quoniam ea contractus ſpecies quæ fiducia dicebatur, etſi à contractu pignoris differebat, in multis tamen ad pignoris naturam & conditionem proximè accedebat, nec creditorib, vtilior quàm pignus erat, niſi quod ad fructus vt eos creditor ſuos faceret, nec in ſortem imputare cogeretur, itemque vt poſt diem ſoluendæ pecuniæ dictam ſi diſtrahere fiduciam creditor nollet, nulla in eum debitori actio ſupereſſet, neque ad remancipandum, neque ad hyperocham fiduciæ æſtimandam præſtandamque, quippe quod per mancipationem creditor iure Quiritum dominus effectus eſſet, non ſecus acſi ex cauſa emptionis traditam rem accepiſſet. At qui emit ſub pacto de retrouendendo intra certum tempus, poſt effluxum id tempus liberam habet eius rei vendendæ poteſtatem, ita vt quamuis multo maiore pretio diſtrahat, nulla tamen ob id actione venditori ſuo teneatur, quia verus emptor eſt, nec fuit vnquam creditor, niſi proponas ſimulatæ emptionis colorem quæſitum, vt in fraudem legis & legitimarum vſurarum fœnus improbũ
7 creditor exerceret. Idque apud omnes in confeſſo eſt. Ex quo † conſtat non ſatis cautè Budæum in Pandectas ſcripſiſſe, conuentionem de retrouendendo, eam ipſam eſſe omnino, quam veteres fiduciam appellabant.

ERROR II.

De venditione facta ſub eo pacto vt ſi intra certum diem pretium à venditore ſit redditum, fundus inemptus fiat.

SVMMARIA.

1 *Ita contrahi poteſt venditio, vt ſi venditor pretium quod ab emptore accepit intra certum diem reddiderit, res inempta fiat.*

2 *Dicta conuentio vt à lege commiſſoria & pacto de retrouendendo differat.*

3 *Quomodo item differat à conuentione, qua agitur, vt quod tibi præſtiti, tu viciſſim mihi præſtes.*

4 *d. Conuentionẽ proxime accedere ad legem cõmiſſoriam.*

5 *Quando conuenit vt reſtituto pretio fundus inemptus fiat, fructus anni quo reſtitutum eſt pretium an ſine dimidendi inter emptorem & venditorem diſputatio contra pragmaticos.*

6 *Contracta emptione etiam citra conuentionem & moram debentur venditori vſura pretij ab emptore qui rei venditæ fructus percepit: ſicut & fructus res venditæ emptori qui vſuras pretij perſoluit.*

7 *Reſoluta ex pacto venditione, inemptoq; cõſtituto fundo non ſequitur vſuras pretij ſoluendas eſſe emptori, ob id ſolum quod fructus à ſe perceptos venditori reddere compellatur.*

8 *In iudiciis bonæ fidei propter quid vſuræ debeantur.*

VAe ratio facit vt pura venditio contrahi poſſit ſub pacto addictionis in diem aut ſub lege commiſſ. cuius poteſtate venditio ipſa ſub 1
conditione reſoluatur, quoniam, vt in ſuperioribus diximus, poteſt quiſquis rem ſuam alienat, quã vult legem alienationi dicere, dum ne implicet contradictionem aut alia ratione impoſſibilis videri debeat. Eadem efficit ſuadetque ita contrahi † poſſe venditionem vt ſi venditor pretium quod ab emptore accepit intra certum diem 2
reddiderit, fundus ineptus fiat, vt in ſingulari ſpecie *l. ſi à te 7. C. de pas. inſt. empt. & vend.* quæ conuentio † differt ſanè à lege commiſſoria, adeoque quod pragmatici 3
non putant, & ipſi quoque interpretes ignoraſſe videntur à pacto de retrouendendo. A lege quidem commiſſ. quoniam concipitur illa in eum cauſum quo pretium venditioni dictum ad conſtitutam diem ſolutum ab emptore non fuerit, hic aut ponimus ſolutum fuiſſe ab emptore, ſed eidem à venditore reddendum intra certum diem. A pacto autem de retrouendendo, quia per hanc conuentionem fit, vt fundus venditus ſit ipſo iure inemptus, nec proinde retrouenditione vlla opus ſit, at neque retrotraditione vt dominium rei venditæ quod emptori ex cauſa venditionis ſecutæque traditionis acquiſitum fuerat, ad venditorem reuertatur: cùm tamen ſi venditio facta ſit ſub pacto de retrouendendo, non ſolum venditio ſecunda, ſed etiam retrotraditio neceſſaria ſit ad hoc vt rurſum dominus fieri poſſit venditor, qui ſemel dominus eſſe deſiit. Cui non eſt contrarium quod nos in ſuperioribus docuimus conuentione quæ ad reſoluendũ hoc quod actum eſt pertineat, fieri nullomodo poſſe, vt quod ego tibi præſtiti, tu contra mihi præſtare tenearis, *ex l. ab empt.* 38. *D. de pac.* Aliud.n. eſt id agi vt quod tibi præſtiti, tu viciſſim mihi præſtes, quæ res ſanè ad nouas obligationes conſtituendas reſpicit, potius quàm ad reſoluendum id quod actum eſt, aliud verò id agi, vt ſi tibi intra certum tempus reddidero quod à te acceperam, nihil inter nos actum eſſe videatur, quoniam hoc caſu non de noua vlla obligatione contrahenda tractatur, ſed quod eſt omnino conſequens de ea tantum quæ contracta fuerat, diſſoluenda Et quamuis vtriuſque conuentionis idem re ipſa effectus eſſe videatur, longe tamen diuerſa ratio eſt huius & illius ineundę: ex quo potiſſimũ conuentiones omnes æſtimandæ ſunt, *l. ſi procuratorem.* 8. *D. mandat.* Effectus quidem vtriuſque conuentionis in eo idem eſt, quod venditor rem à ſe venditam, emptor vero pretium à ſe ſolutum perinde habet acſi nulla venditio, nullæ emptio contracta eſſet: ſed tamen alio atque alio modo, nimirum in ſpecie *d. l. ſi à te*, ſola conuentionis poteſtate, interpoſito aut pacto de retrouendendo, non niſi per mediam retrouenditionẽ, quam etiam retrotraditio ſequatur. In ſpecie *d. l. ſi à te*, ſi ad dictam diem pretium emptori redditum ſit, aut accipere

cipere nolenti oblatum & obſignatum (quæ obſignatio rite facta vim ſolutionis obtinet) in eum ſtatum reducuntur omnia vt nulla venditio vnquam inita exiſtimetur. In ea verò venditione quæ facta ſit ſub pacto de retrouendendo, ſi pacti executio ſecuta ſit, tantum abeſt vt nihil vnquam actum videatur, vt ex contrario duplicis venditionis integra vis & poteſtas eluceſcat. Vnde illud etiam fieri neceſſe eſt, vt in ſpecie *d.l. ſi à te*, fructus omnes quoſquos emptor ante redditum ſibi pretium perceperit, venditori reddere teneatur, ſicut euenire contracta emptione ſub pacto legis commiſſ. aut addict. in diem, quia quoties fundus qui fuerat venditus in eam cauſam deducitur, vt inemptus fiat ex ipſa venditionis lege, dici nō poteſt quo iure fructus perceperit emptor, vt ſibi eos retinere poſſit. Poteſtas enim conuentionis tollit effectum venditionis, & quemadmodum emptio nulla præceſſiſſe intelligitur, ita neque ius vllum percipiendorum fructuum, qui non niſi emptionis iure percipi potuerunt. Denique quamuis differat hæc conuentio, vt diximus, à lege commiſſ. & à pacto addictionis in
4 diem, proximè tamen accedit † ad legem commiſſ. non in eo ſolum quòd per vtramque fundus qui reuera fuit emptus, inemptus conſtituitur, ſed in illo etiam quòd reſoluendæ venditionis vtroque caſu eadem ratio & æquitas eſt, ne emptor & rem vēditam ſimul & pretium habeat, quod nec bona fides pati poſſet, *l. bona fides* 50. *D. de act. empt.* Quid enim refert quod ad hanc rem pertinet an emptor ideò pretium habeat, quod nunquam illud ſoluerit, vt fit in caſu legis commiſſ. an ideo potiùs, quod iam à ſe ſolutum venditori poſtmodum ab eodem venditore redditū acceperit? An non enim vtroque caſu perinde euenit, vt & rem habeat & pretium? Dices fortaſſe, imò verò inter hos caſus quàm plurimum intereſſe præſertim quod ad fructuū cauſam ſpectat, quia in caſu legis commiſſ. emptori poteſt imputari cur ad dictam diem non ſoluerit pretium, maximè verò traditione ſecuta ex parte venditoris. At in ſpecie *d.l. ſi à te*, nihil eſt quod videatur imputari poſſe emptori, qui & accipiendo rem venditam pretium eius perſoluit, & cùm accepit pretium, non potuit recuſare quominus legem venditionis venditor exerceret. Proinde ratio iuris & æquitatis ſuadere videretur, vt interim perceptos fructus ſuos faceret, nec reſtituere vllos teneretur, ſaltem pro ea temporis parte, quo venditio conſtituiſſet, ne dum id agimus ne emptor & rem & pretium habeat, contrario errore curemus, vt venditor & re & pretio ſimul fruitus eſſe videatur. Nec ſanè magno æquitatis prætextu caret hæc ſententia quam à pragmaticis omnibus probatam video & in tribunalibus paſſim receptam. Et verò ſi admittas,
5 quod † illi volunt tum etiam cùm facta eſt venditio ſub pacto de retrouendendo, ſecutúmque pacti implementum fructus vltimi anni (de reliquis enim nec dubitatio, nec dubitandi cauſa vlla eſt) inter emptorem & venditorem pro rata temporis diuidi oportere, multò magis aut ſaltem æquè facilè admittere illud debeas, Diuidi etiam illo caſu debere, quo pretium à venditore emptori reſtitutum ſit, & factus ex cauſa inemptus fundus. Non enim maiorem hoc caſu facias iniuriam venditori cui nos fructus omnes reſtituendos eſſe contendimus, quam illo caſu emptori ad quem fructuum omnium commodum, quos ante retrouenditionem perceperit, ſpectare debere ſuo loco probauimus. Sed tamen ſi propiùs intueare, iuris ratio non patitur, vt in ea ſpecie de qua tractamus ea fructuum diuiſio admittatur. Implicat enim contradictionē, vt fundus inemptus fiat, & tamē fructus ab emptore percepti emptionis iure retinēatur. Quòd ſi nō emptionis iure, quo igitur alio? Taceo quod imputari poteſt emptori, cur ita contraxerit, nec meliùs ſibi proſpexerit, ne & fructuum, & vſurarum iacturam ſentiret. Quanquā nec vlla conuentione fieri poſſe arbitror, vt fructus emptor lucretur, in eum caſum quo fundus inemptus fiat, ſecundum id quod à nobis in ſuperioribus ſæpiùs inculcatum eſt, conuentione fieri non poſſe ea quæ ſunt impoſſibilia, in quorum genere potiſſimū illa ſunt, quæ implicant contradictionem. Nullāne igitur ratione huic iniquitati proſpici poterit ne venditor eodem tempore & re & pretio fruitus eſſe videatur? Imò verò facilè ſibi proſpexerit emptor, ſi velit. Nimirum adhibita conuentione non de fructibus lucrandis, quod ſanè fieri nullomodo poteſt, ſed de pretij vſuris ſimul cum pretio ipſo reſtituendis, in eum caſum quo inemptum fundum facere vēditor volet. Nihil enim eſt, quod hanc impugnet conuentionem, ideóque ſi omiſſa ea ſit, tantò magis de ſe cōqueri emptor debet, quod cautiùs non ſit negotiatus? quòdque pecunia ſua tantillo tempore carere tanti æſtimauerit, vt acquirendæ pleno iure rei venditæ ſpem ſibi compararet. Nemo enim dixerit deberi poſſe vſuras citra conuentionem ex ſola æquitate contractus qui fuerit reſolutus. In quo vſurarū cauſam minùs fauorabilē eſſe quàm fructuum iam ſæpiùs à nobis traditum eſt, quòd non, ſicut fructus, acceſſiones naturales ſint, ſed quæ magis ex iure & negotiatione proficiſcuntur, *l. ſi vanis* 62. *D. de rei vend. l. vſura pecuniæ* 121. *D. de verb. ſignific.* Neque verò ſi quis ab alio pecuniam acceperit, eamque per aliquod tēpus retinuerit, ſtatim conſequens eſt quòd ea vſus fuerit, & ex vſu ac negotiatione cōmodum ſenſerit. Potuit enim otioſam habere, aut damnoſam negotiationem feciſſe, aut ſibi aduerſus imminens damnum proſpexiſſe, potiùs quàm lucrū ſentiſſe, vt proinde nihil cauſæ ſit cur capiendi commodi gratia debeat in vſuras condemnari. Aliud enim eſt fieri quem locupletiorem, aliud non fieri pauperiorem. Scio contracta † emptione 6
& quandiu bonæ fidei contractus ſubſiſtit, æquitatem iudicij facere vt etiā citra conuentionem, adeóque quod magis eſt, citra moram debeātur vſuræ pretij ab emptore qui rei venditæ fructus percepit *l. curabit* 5. *C. de action. empt.* & viciſſim fructus rei venditæ emptori qui vſuras pretij perſoluerit. Sicut è contrario dicimus iniquum eſſe vſuras ab eo exigi, qui fructus non percepiſſet, *l. liberalitatis* 17. §. 1. *D. de vſur.* Nimirum quia in hoc iudicio empti & venditi, non propter moram, ſed propter fructus & in eorum quodammodo vicem ac compenſationem præſtātur vſuræ, & ſimiliter fructus propter vſuras, vtrumque ſic ferente natura negotij, quod geritur inter emptorem & venditorem. Sed † non inde poſſis in- 7
ferre, reſoluta ex pacto venditione, inemptóque conſtituto fundo vſuras pretij ſoluēdas eſſe emptori, ob id ſolùm quòd fructus à ſe perceptos venditori reddere compellatur. Neque enim pares eſſe poſſunt præſtationes eius venditionis, quæ reſoluta eſt, & eius quæ ſubſiſtit: Et in propoſito, vt alia fructuum alia vſurarum ratio eſſe debeat, illud facit quod cùm fructus ab emptore ſint percepti, cóſque nullo iure perceptos fuiſſe appareat reſoluta demum vēditione, nulla fit iniuria emptori ſi ad eorum reſtitutionē condemnetur. Fieret autem iniuria venditori ſi condemnaretur ſimiliter ad præſtationem vſurarum, quas nullas percepiſſet. Denique ſeparanda eſt præſtatio à reſtitutione: Durior eſt cauſa præſtationis: fauorabilior reſtitutionis, quoniam ei qui præſtare iubetur, damnum infligitur: ei verò cui reſtitutionis neceſſitas irrogatur lucrum dutaxat eripitur, quod retineret, ſi nihil reſtituere cogeretur: Nec quod interim venditor qui pretiū accepit, pecunia emptoris vſus fuerit, ad rem facit. Nunquā enim † propter vſum ſolū vſuræ debentur, 8
ne quidem in bonæ fidei iudiciis, ſed vel propter morā, *l. cùm quidam* 17. §. *ſi pupillo. de vſur.* vel propter aliā rationem quæ ex bona fide proficiſcatur, vt in *dict. l. curabit.* Textus elegans eſt apud Papinianum in *l. Lucius* 24. & *l. ſequenti.* §. 1. *D. depoſit.* Neque tamen ignoro reſcriptis Imperatorum Antonini & Seueri factum eſſe, vt eo quoque caſu quo reſoluta eſt venditio ex pacto in ipſa venditione appoſito venditi actio competat non ſolùm ad rem venditam recuperandam, ſed etiam ad fructus quos ex ea re emptor perceperit, *l. ſi fundus* 4. *D. de leg.*

commiſſ. quaſi tam facilè poſſit actio ex vendito competere poſt reſolutam venditionem, atque interdum competit ad ipſam quoque venditionem reſoluendam, & diſtrahendam, *l.ex empto* 11.§. *is qui vina. D.de action. empt.* Sed non inde conſequens eſt eaſdem eſſe debere præſtationes huius actionis ex vendito competentis poſt reſolutam ipſo iure venditionem, quæ eſſent ſi adhuc venditionis cauſa ſubſiſteret: minuſque illud mirum eſt fructuum eandem conſtitui rationem, quæ ipſius rei venditæ conſtituitur, ſcilicet vt ſimul cum re ipſa reddantur venditori, cùm ſint acceſſiones naturales quas etiam ex ſtricto condictionum omnium iudicio reddi oporteret, *l. indebiti* 15. *D.de condict.indeb.l.videamus* 38.§.1. *D.de vſur.* quàm ſi illud etiam admitteremus vt vſuras pretij quod venditori ſolutum eſſet ſimul cum ipſo pretio à venditore reſtitui oporteret. Non enim ſicut fructus, ita & vſuræ acceſſiones naturales ſunt, ſed, vt id iam ſæpiùs diximus, induſtriales, & vt quidam loquuntur, negoriales.

ERROR III.

De poteſtate obſignationis facta ex cauſa pacti de retrouendendo.

SVMMARIA.

1 *Obſignationis recte facta eadem eſt vis quæ futura eſſet vera ſolutionis.*

2 *Venditione facta ſub pacto de retrouendendo, ſi ſuo tempore & loco pretij reſtitutionem offerat venditor, & emptore nolente accipere, conſignet, fructus poſt obſignationem percepti, ab emptore reſtituendi ſunt ex pragmaticorum ſententia.*

3 *Sententiam pragmaticorum falſam eſſe, nec probari ex l.2.C.de pact.int.empt.& debit.*

4 *Quantum differant hæ pactiones, ſi conuenerit vt reddito intra certum diem pretio fundus inemptus fiat, & ſi redditum ſit intra certa tempora pretium fundus venditori reſtituatur.*

5 *Sic inita expreſſim conuentione, vt in certum caſum fundus inemptus fiat, reſoluta venditione fructus omnes reſtituendi ſunt, ſecus ſi de fundo duntaxat reſtituendo conuenerit.*

6 *Multa ſunt quæ ſi in pactionem deducantur, bona fides vult ſeruari, quæ ipſa tamen ex bona fide præſtanda non eſſent, ſi de iis pactio non preceſſiſſet.*

7 *Verbum Reſtituendi an ad fructus præcisè pertineat.*

8 *Qualis ſit pactio de qua Impp. in l.2. C. de pact. int. empt.& vendit.& n.10.*

9 *Qua actione agendum ſit aduerſus emptorem qui recuſat retrouendere, & quid petendum.*

11 *Idem quæritur eo caſu quo contracta eſt venditio ſub pacto de reſtituendo de quo in d.l.2.*

1 OBſignationis † quæ ritè rectéque facta ſit, id eſt poſt oblatam congruo loco & tempore, recuſatámque ſine cauſa ſolutionem, eam vim & poteſtatem eſſe conſtat, quæ futura eſſet veræ ſolutionis, quia licèt non ſit vera ſolutio, tamen ſolutionis vicem & locum obtinet, tantumdémque prodeſt non ſolùm ad ſiſtendum curſum vſurarum, *l.acceptam*, 19.*C.de vſur.* ſed etiam ad pleniſſimam debiti liberationem inducendam, *lege obſignatione* 9. *C. de ſolut.lege qui mutuam* 16.§.1 *D.mandat.* Inde nimirũ
2 pragmatici † omnes adeóque interpretes noſtri inferũt, ſi quis fundum vendiderit ea lege vt ſi intra certũ diem pretium redditum ſit emptori, eundẽ fundum retrouendere emptor teneatur, cum venditor ſuo loco & tempore offerat pretij reſtitutionẽ, nolentéque accipere emptore obſignet, condemnandum eſſe emptorem vt fructus omnes quos ab eo obſignationis tempore percepit, reſtituat tanquam perceptos non ſolùm poſt moram, ſed etiam aduerſus conuentionem, &, quod eſt conſequens, contra bonam fidem. Eiúſque ſententiæ argumẽtum & quidem, vt ipſi putant, fortiſſimum præbet reſcriptum Imperatoris Alexandri in *lege* 2. *C.de pact.int.empt.& vendit. Si fundum*, inquit lex, *parentes tui ea lege vendiderũt, vt ſiue ipſi, ſiue heredes eorum emptori pecuniam quandocunque vel intra certa tempora obtuliſſent, reſtitueretur, téque parato ſatisfacere cõditioni dicta heres emptoris non paret, vt contractus fides ſeruetur, actio præſcriptis verbis vel ex vendito tibi dabitur habita ratione eorum, quæ poſt oblatam ex pacto quantitatem, ex eo fundo ad aduerſarium peruenerunt.* Non eſt enim ex interpretibus qui legem illam non accipiat de venditione facta ſub pacto De retrouendendo. Eiúmque errorem nos etiam ſecuti ſumus, cùm ſcripſimus *Decad.*10. *Err.*2. vnicũ in toto iure textum eum eſſe, qui ad pactum de retrouendendo pertineat. Etſi autem non meminit lex obſignationis, ſed tantùm oblatæ ſolutionis, ſic tamen ab omnibus accipitur vt oblationẽ ſecuta fuerit obſignatio: quòd alioqui æquũ non fuerit ei fructus reddi qui pretium retinuerit, ſibique habuerit, ne ſic eueniat vt eodem tẽpore & re ſimul, & pretio fruitus quis eſſe videatur. Ego † verò ſicuti 3
pragmaticorum ſententiã falſam eſſe arbitror, ita neque ex eo loco probari poſſe contendo. Longè namque diuerſa eſt pactio de retrouendendo, ab illa de qua cõſultus Imperator fuit, per quam conuenerat vt ſi pretium venditionis quandocunque aut intra certa tempora redditum eſſet emptori, fundus ſimiliter ab emptore reſtitueretur, ſi vera ſunt quæ nos in ſuperioribus De pacto de retrouendendo ſcripſimus, & vt nobis videntur, non malè comprobauimus, contracta ſcilicet venditione ſub pacto De retrouendendo, nõ aliam huius pacti vim eſſe, quàm vt emptor oblato ſibi pretio retrouẽdere cogatur, non etiam vt citra retrouenditionem dominium ad venditorem reuertatur. Proinde finge quantum voles oblatam emptori fuiſſe à venditore quantitatem pretij, & recuſante emptore obſignatam. Nihil aliud allequeris, niſi vt pretium illud pro ſoluto & reſtituto habeatur, ſed nõ illud quoque vt & retrouenditio, & quæ etiam neceſſaria eſt retrotraditio ſecuta eſſe exiſtimetur: nam & retrouendere, & retrotradere facti eſt, *l.conſilio* 9.§. *vltimo. D. de curat.fur.* In quo rerũ genere non poteſt interueniens iuris fictio & autoritas facere, vt quod infectum eſt pro facto, non magis quàm vt quod factum eſt, infectum eſſe videatur *l.denique* 19. *D. ex quibus cauſ.maior. l.in bello* 12.§. *facta. D.de captiu.& poſtlim.* Ergo quamuis in mora ſit emptor qui rite rectéque oblatum pretium recuſat, nec vult retrouendere, fructuum tamen cõdemnationem pati non poteſt, quos ex re ſua, nec à ſe vnquam vendita perceperit. Prius enim eſt ordine iuris & naturæ, vt quis vendiderit, quàm vt ex cauſa venditi fructus vllos præſtare teneatur. Neque enim veniunt fructus in actione empti, niſi tanquam acceſſiones rei venditæ, *l. ex empto* 11.§.1. *D.de action.empt.* Non dico tanquam acceſſiones dominij (venditor namque etiã poſt perfectam conſenſu venditionem quandiu rem nõ tradidit dominus manet, nec eò minùs tamen fructus præſtare cogitur, § *vendita. Inſtit.de rer.diuiſ.*) ſed tanquam acceſſiones venditionis, quia licèt non ſint venditi, tamen rem venditã ſequũtur, & ex bona fide, vt ex quo die perfecta venditio eſt, omnia rei venditæ cõmoda ſicut & incõmoda ad emptorẽ transferantur, iudicio empti aduerſus venditorem in id cõparato. Porrò empti actio non niſi emptori accõmodari poteſt, venditori nunquã. Neceſſe igitur eſt eum qui vẽdidit ſub pacto de retrouẽdendo ex venditore fieri emptorem priuſquàm iudicio empti fructus vllos petere poſſit: nemo autẽ dixerit, ob id ſolùm quod emptor ſit in mora retrouendendi, pro emptione haberi debere venditorem, vt ſequenti capite fuſiùs dicemus. Nec quod venditori interdum detur actio ex vendito ad fructus ab emptore conſequendos, ad rem noſtram facit. Idem ad eum caſum pertinet, quo venditio pet pactum in ipſa appoſitum reſoluta ſit ipſo iure, vt cùm facta eſt ſub

lege

Digitized by

lege commiſſoria, *l. quarta, Digeſt. de leg. commiſ.* aut ſub eo pacto quod à lege commiſſoria non valde abhorreat, de quo in *l. ſi à te 7. C. de pact. inter empt. & vendit.* hoc eſt, ea lege vt ſi intra certum tempus pretium à venditore redditum fuerit emptori fundus fiat inemptus. Cui ſanè perſimilis, nec fere niſi verborum ſono diſcrepans illa eſſe videtur, de qua in *d. l. 2. C. eod.* & quam nunc tractamus, cùm conuenit vt ſi pretium quandocunque aut intra certam diem à venditore reſtitutum erit, ei viciſſim res empta reſtituatur. Quid enim aliud eſt rem venditam reſtitui citra retrouenditionem, quàm haberi eam pro non vendita, pro non empta? Nam ſi haberetur adhuc pro vendita, non poſſet ſanè pactio efficere vt eius dominium rediret ad venditorem ſine traditione, neque verò per traditionem ſine retrouenditione præcedenti, *l. nunquam nuda 31. D. de acquir. rer. domin.* Sed tamen cauendum hîc diligenter nobis eſt ne pactionum
4 affinitate & ſimilitudine decipiamur. Multum † namque intereſt etiam quod ad effectum, quibus verbis concepta pactio proponatur. Nam ſi conuenerit vt reddito intra certum diem pretio fundus inemptus fiat, quemadmodum in *dict. l. ſi à te*, iam diximus in ſuperioribus impleta conditione pretióque reſtituto vſque adeò inemptum fieri fundum, vt fructus omnes quoſquos & quotquot emptor perceperit reſtituere debeat venditori, quaſi nullo iure & ſine titulo perceptos, ſicut eueniret in lege commiſſoria. Id enim facit vis & poteſtas illius conuentionis per quam fundus ſit inemptus, ſibique imputare debet emptor cur ea lege comparauerit, nec ſibi melius de fructibus proſpexerit. At cùm ſic inita conuentio eſt, vt reddito quandocunque vel intra certa tempora pretio fundus venditori reſtituatur, vt in ſpecie *d. l. 2.* mitiùs agi videtur cum emptore, vt ſiue legem contractus impleat, & fundum reſtituat, ſiue ſit in mora reſtituendi, nihil tamen reſtituere debeat ex fructibus interim & ante moram perceptis. Id enim apertiſſimè probant verba illa, *habita ratione eorum quæ poſt oblatam ex pacto quantitatem ex eo fundo ad aduerſarium peruenerunt.* Atqui dicat aliquis, ſi conuentionis huius poteſtas illa eſt vt fundus inemptus fiat, idcóque nec retrouenditio vlla neceſſaria ſit ad reddendum venditori dominium, quod ab eo per venditionem abſceſſerat, an non illud omnino conſequens eſt vt fructus omnes tanquam nullo iure perceptos ab emptore reſtitui
5 oporteat? Reſpondeo ſic inita † expreſſim conuentione, vt in certum caſum fundus inemptus fiat, neque interpretationi neque dubitationi locum vllum relinqui quin fructus omnes reſtitui debeant reſoluta demum venditione, ſi nihil de fructibus in contrarium conuenerit. Cùm verò pactum eſt de fundo reſtituendo duntaxat, id eſt nulla inempti facta mentione, conuentio quæ non eſt adeò præciſa commodam recipit interpretationem, & quidem ex bona fide, cùm in bonæ fidei contractu adhibita ſit. Bona autem fides facile non ſolùm admittit, ſed etiam ſuadet, vt qui ex cauſa emptionis pecunia ſua caruit, fructus lucrerur quos toto eo tempore ex re vendita percepit, quippe quos non poſſit videri ſine cauſa percepiſſe, cùm eos conſtante adhuc venditione perceperit, & pretio iam ſoluto. Nec quicquam abſurdi eſt, ſic accipi conuentionem vt quod ad fundum ipſum attinet, habeatur ille pro inempto, nec tamen fructus vlli reſtituantur. Non enim ideò ab emptore retinentur, quaſi fundus ratione fructuum non habeatur ſimiliter pro inempto, ſed quòd ex bona fide ſit vt emptor qui pretium ſoluit venditori fructus lucretur rei venditæ ſi verba conuentionis non obſtent: quomodo obſtant proculdubio cùm expreſſim conuenit vt fundus ſit inemptus. Quid enim poſſit venditor apertiùs dicere, vt emptor intelligat in eum caſum quo reſoluta erit venditio imminere ſibi reſtituendorum fructuum omnium neceſſitatem? Itaque licèt eadem bonæ fidei ratio vrgere videatur, aliud tamen iuris conſtituimus, quia illud potiſſimùm & ante omnia ex bona fide eſt vt conuentionis ſtetur, ſi non talis conuentio ſit cui bona fides ex diametro repugnet, qualis illa eſſet ſi conueniret vt vel emptor vel venditor & rem ſimul & pretium retineret, *d. l. ex empto §. vlt. l. bona fides 50. eod. tit. De action. empt.* Multa † verò ſunt quæ ſi in pactionem deducta ſint, bona fides vult ſeruari, quæ ipſa tamen ex bona fide præſtanda non eſſent ſi de iis pactio nulla præceſſiſſet: Alioqui euenire neceſſe eſſet vt in contractibus bonæ fidei inutiles viderentur pactiones omnes à contrahentibus adhibitæ, ſiue de ea re factæ eſſent, quæ iudicio bonæ fidei tacitè ineſſet, ſiue de ea quæ non ineſſet: quod ſanè falſum eſt & abſurdum. Nam & bonæ fidei contractus ſicut & cæteri, imò multò magis quàm cæteri legem accipiunt ex conuentione *l. 1. §. ſi conuenerit. D. depoſit.* Etſi verò † *reſtituendi* verbum 7 pleniſſimam habet ſignificationem, vt & omnem cauſam & fructus complectatur *l. prius eſt 21. l. reſtituere 35. D. de verb. ſignific.* non tamen adeò præcisè, diſertéque fructus exprimit, vt non facile conuentio eam admittat interpretationem quæ fructuum cauſam ſeparet à fundo, vt quamuis fundus reuera fiat inemptus, fructus tamen ab emptore retineantur. Quanquam illud quoque dici poteſt & verius ni fallor, non haberi fundum pro inempto, qui ex pacto reſtituendus eſt, cùm reſtitui eum neceſſe ſit & retrorradi, licet non retrouendi, vt poſſit dominium eius redire ad venditorem: Cui interim nec condictio datur, nec vindicatio, quæ haud dubiè daretur ſi fundus fieret inemptus ipſo iure. Ex quo apparet pactionem † hanc de qua in *d. l. 2* neque legem commiſſoriam eſſe, neque legi commiſſoriæ ſimilem, quomodo ſimilis illa eſt, de qua in *d. l. ſi à te.* Quòd ſi venditio facta ſit ea lege vt reddito quandocunque vel intra certa tempora pretio fundus retrouendatur, tùm verò fructus omnes quos emptor ante retrouenditionem perceperit, licet poſt moram in retrouendendo contractam, ab emptore retineri poſſe, nullóſque venditori reſtitui debere contendo, quia vt dixi, nulladum venditio eſt ex qua fructus iudicio empti peti poſſint: Prior autem venditio cùm ſubſiſtat, non poteſt parere venditi actionem in vtilitatem venditoris ad auferendos emptori fructus, quos ex iuſtæ emptionis cauſa & iure perceperit. An ergo † impunè moram faciet, fructúſque poſt moram perceptos omnino emptor lucrabitur, qui retrouendere ſine cauſa recuſauit? Minimè verò, Suam enim moram & fruſtrationem ei prodeſſe non oportet *l. hominem 37. D. mandat.* Quid igitur? Actione in perſonam ſiue præſcriptis verbis illa erit, ſiue ex vendito (vtraque enim competit, vt & in ſpecie *d. l. 2.*) vrgendus emptor eſt & condemnandus vt retrouendat, & ex eiuſmodi retrouenditionis cauſa rem tradat, ac præterea præſtet venditori quanti eius intereſt retrouenditionem ſuo tempore factam fuiſſe. In quo etiam fructuum poſt moram perceptorum æſtimatio proculdubio continebitur, quos vtique percepiſſet venditor ſi moram paſſus non fuiſſet. At non fructuum iure, ſed eius quod intereſt, cuius nimirum præſtatio & condemnatio facilior eſt quàm fructuum, vt ex eo appareat quòd actio præſcriptis verbis eandem hac parte vim & poteſtatem habere creditur, quam actio venditi: neque tamen vnquam proditum eſt actionem præſcriptis verbis dari ad fructus perceptos ex re quæ petitur, ſed tantùm ad id quod intereſt aut ad dati repetitionem *l. 1. C. de rer. permut. l. cùm mota 6. C. de tranſact.* Qua ratione moueor etiam vt putem in ſpecie *dict. l. 2. C. de pact. inter empt. & vendit.* id eſt contracta † venditione ſub pacto 8 non de retrouendendo, ſed de reſtituendo, ſi emptor morâ cõtrahat in ſatisfaciendo ex parte ſua poſt oblatam à venditore obſignatámque pretij quantitatem, cõdemnari eum debere, nõ vt fructus quos poſt morâ percepit, reſtituat, ſed vt præſtet quanti intereſt venditoris, & conſequenter fructuum poſt moram perceptorum æſtimationem.

mationem. Nam vt reſtituere debeat fructus quos dominij iure percepit, ratio iuris pati non poteſt, præſertim cùm eius pactionis non tanta ſit vis & poteſtas vt fructuum ante moram perceptorum reſtitutionem inducere vllomodo poſſit, nec rurſus actionis præſcriptis verbis, quam actioni ex vendito ea lex comparat vt ad fructus detur. Quare nec ſic lex loquitur, vt dicat condemnari emptorem debere ad fructuum reſtitutionem, ſed tantùm dandam in eum actionem præſcriptis verbis vel ex vendito vt contractus fides ſeruetur, *habita* inquit *ratione fructuum*. Aliud verò eſt deduci fructus in condemnationem, aliud ſic fieri condemnationem, vt fructuum quoque ratio in eo ſcilicet quod intereſt æſtimando habeatur. Quod tamen à pragmaticis & interpretibus æquè ignoratum eſt, ſed non poſſunt hæc quæ nos de fructibus diſputamus benè intelligi quin de illo priùs conſtet, an qui emit ſub pacto de retrouendendo ad id præcisè condemnari & cogi poſſit vt retrouendat, an verò eius quod intereſt præſtatione liberetur. De quo iam videamus.

ERROR IV.

De vi, & poteſtate actionis, quæ competit ex pacto de retrouendendo.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia pragmaticorum venditor, qui tradendæ rei facultatem habet, non præcisè cogendus eſt ad tradendum, ſed ad id quod emptoris intereſt, condemnandus.*

2 *Diſcrepantes interpretum ſententiæ de deciſione quæſtionis, an qui emit ſub pacto de retrouendendo cogatur retrouendere ſi poſſit, nec velit.*

3 *Emptorem qui non vult retrouendere ad aliud non teneri niſi quanti intereſt venditoris, contra Pinellum, & alios.*

4 *Venditorem tamen qui rem vendidit quam tradere poteſt, ad hoc præcisè obligatum eſſe vt tradat, & quæ ſit ratio differentiæ.*

5 *Differentia inter venditionem & promiſſionem de vendendo.*

6 *Quis ſit ſenſus illius propoſitionis, obligatum eſſe venditorem præcisè vt rem tradat.*

7 *Pactum de vendendo vt differas à pacto de retrouendendo.*

1 VÆri ſolet inter noſtros, an † venditor qui tradendæ rei facultatem habet, ſi tradere nolit, cogi præcisè poſſit, vt tradat, an eius quod intereſt præſtatione liberetur. Et magis eſſe putant vt tradere non cogatur, ſed ad id potiùs quod emptoris intereſt ob non traditam rem condemnari debeat ex *l.1.D.de action.empt.* Idem diſputant an
2 † qui emit ſub pacto de retrouendendo cogatur retrouendere ſi poſſit, nec velit. Et quamuis alij aliter ſentiant, exiſtimantibus pleriſque ſimiliter condemnati cum debere in id quod intereſt emptoris. Non deſunt tamen qui putent cogendum eſſe vt retrouendat & tradat, quaſi fauorabilior ſit is, qui certat de re quæ aliquando ſua fuit redhibenda & recuperanda, quàm qui rem alienam à ſe nunc primùm emptam perſequitur. Quam ſententiam tuetur Arius Pinellus in commentariis illis non inelegantibus ad *l.2. C. de reſcind. vendit.* nec iuri tantùm, ſed etiam interpretum traditionibus magis conſentaneam eſſe defendit contra Cagnolum, qui aliter ſcripſerat, ad *l.2.C.de pact.int.empt.& vendit.* Ego tamen Conjecturarum cap.17. lib.6. docui ex ſententiis Iulij Pauli, non liberari venditorem offerentem id omne quod intereſt emptoris, ſi rem ipſam tradere poſſit, nec tradat. Sed de emptore † qui retrouendere 3
promiſit, nondum dixi quod nunc probabo, non ad aliud eum teneri niſi vt ob non impletam à ſe contractus legem teneatur, quanti intereſt venditoris. Moueor ex eo quòd non poteſt eadem videri vis & poteſtas pacti de retrouendendo, quæ venditionis, non quòd differre putem retrouenditionem à venditione (nihil enim aliud retrouenditio eſt, quàm ſecunda venditio) ſed quia multùm diſtat, an quis vendiderit, an pactus duntaxat ſit de vendendo, quod & Bart. fatetur ad *l. vlt. D. de condict. cauſ.dat.* Etſi enim venditio non minùs perficitur nudo conſenſu quàm pactum nudum, conſenſum tamen illum & præſentem eſſe oportet, & de negotio ſtatim perficiendo, non de eo in aliud tempus conferendo: id eſt, venditorem neceſſe eſt præſenti tempore vendere, non promittere ſe venditurum: emptorem emere, non paſciſci ſe empturum. Nam etſi venditio quoque facta eſſet ſub conditione, quæ ex alterutrius contrahentium voluntate penderet, non poſſet ex ea venditione quamuis conſenſu perfecta in id agi vt conditio impleretur, quia conditioné venditionis impletam eſſe neceſſe eſt, priuſquàm agi ex ea poſſit: neque enim ex conditionali venditione ad hoc ipſum agi poteſt vt conditio impleatur *l.cum ab eo* 41. *D. de contr. empt.* Multò minùs igitur ex promiſſione de vendendo cogi promiſſor poterit, vt præcisè rem vendat & tradat, neque in eam rem ſumi argumentum poteſt ex eo quòd nos fatemur, & aduerſus multorum interpretum ſententiam contendimus eum qui † vendidit rem quam tradere poſſit, ad hoc præcisè 4
obligatum eſſe vt tradat, nec liberari ſi quanti emptoris intereſt præſtare malit. Id enim fit propter bonam fidem quæ non patitur vt contractu iam perfecto in poteſtate ſit alterutrius contrahentium non implere contractum quem implere commodè poſſit. Separo contractum perfectum ab impleto. Perficitur emptio ſolo conſenſu. Sed non impletur niſi ſecuta traditione per quam non ſolùm poſſeſſio, ſed etiam dominium rei venditæ, ſi quod penes venditorem fuit aut nunc eſt, in emptorem tranſferetur, *l. ſi quis alienam* 46. *D. de action.empt.* At cùm quis obligatus eſt vt vendat vel retrouendat, nondum perfecta venditio eſt, ac ne quidem inchoata, cur ergo eam implere promiſſor cogatur? An non priùs illud eſt vt venditio contrahatur, & perficiatur, quam vt impleatur? Siquidem non quemadmodum venditio, ita & promiſſio de vendendo bonæ fidei eſt, cùm neque ſit contractus, ſed pactum nudum ex quo perinde agi nullomodo poteſt, niſi proponas interueniſſe ſtipulationem, quæ ipſa contractus eſt ſtricti iuris & ſtrictiſſimi, ſi quis vſquam alius. Qua interueniente, fateor equidem poſſe agi ex promiſſione de vendendo ad hoc vt res vendatur, tùm tradatur. Sed nego eius conuentionis, & actionis vim illam eſſe poſſe vt cogatur promiſſor rem præcisè tradere, quam nondum vendidit, aut vendere ſi nolit, cùm venditio ſit facti, vt proximo cap. dicebamus ex *l. conſilio* 9.§.*vlt. D. de curat. furioſ.* nemo autè præcisè cogi vnquam poſſit ad factum, quia non poſſet id fieri ſine vi & impreſſione quam ſemper exoſam habuit legiſlator. Vnde illud iure ciuili cõparatum eſt, vt in omnibus faciendi obligationibus ‖ non fiat id quod promiſſum eſt in locum facti, ſuccedat obligatio eius quod intereſt, *l ſi quis ab alio.* 13.§.*vlt. D. de re iudic.* Dices traditionẽ quoque facti eſſe nõ minùs quàm venditionem, neque tamẽ eò minùs cogi venditorẽ præcisè vt rem tradat. Sed iam monuimus aliam & duriorem eſſe cauſam eius † qui iam 5
vendidit quàm eſſe debeat illius qui promiſit duntaxat ſe venditurum. Ille enim qui vendidit iam obligatus eſt ex contractu perfecto, eóque bonæ fidei, vt diximus. Hic ex nullo niſi forteſſis ex ſtipulatione, tum verò quod dicimus † obligatum eſſe venditorem præcisè vt rem tradat, non hunc ſenſum habet, vt ſi per contumaciam nolet vnquam tradere, adigendus ſit per vim & meram

meram coactionem ad tradendum, sed vti ne liberetur præstatione eius quod reuera interest emptoris, debeatque præterea dolus eius æstimari non quidem per iusiurandum in litem, sed officio iudicis, à nobis probatum est *d. cap. 17. lib. 6. Conferatur ex l. si traditio 4. C. de act. empt.* iunct. *l. si cum fundum 68. §. 1. D. de contr. empt.* quæ tamen doli æstimatio non potest cadere in promissionem de vendendo, siue pactum nudum, siue stipulatio interuenerit, quia neutro casu obligatio vlla est, cuius potestatem & præstationem ex bona fide æstimari oporteat. Sed illa rursus hîc incurrit hæsitatio, quòd quamuis inter venditionem & retrouenditionem differentia nulla sit, vt diximus, negari tamen non potest quin differat pactum de vendendo à pacto de retrouendendo de
7 quo disputamus. Pactum † namque de vendendo idcirco inutile & inefficax est ad cogendum promissorem vt vendat & tradat, quod vel nudum id esse necesse sit, vel per stipulationem initum. Nos autem disputamus de pacto de retrouendendo in ipsa venditione adhibito, quod cùm non sit nudum, sed venditionis iam contractæ cohærentia vestitum, adeóque contractus pars quædam esse existimetur, non potest non efficax esse ad agendum, & quidem ex bona fide, quia contractus cui cohæret, bonæ fidei est. Nemo enim dixerit necessariam esse stipulationem, ad hoc vt ex huiusmodi pacto agi possit, nisi fortè ex interuallo initum proponatur: quo casu videri non potest inesse contractui, *l. iurisgentium 7. §. quinimo. D. de pact.* Et sanè videtur hæc potissimùm ratio interpretes nostros decepisse. Durum enim videtur adeóque iniquum, venditorem qui nonnisi hac lege rem suam venditurus fuerit, priuari commodo suæ conuentionis, & pro re sua pecuniam accipere compelli, quæ noua quodammodo esse venditio videretur, *l. non enim 9. D. rer. amot.* Constat enim pactiones omnes valere, quas quis adhibet in rei suæ alienatione *l. vlt. C. de rer. permut.* adeóque illas quæ alioqui valere non possent, quia credendum est venditorem non aliter fuisse alienaturum, *l. ei fundo 19. De seruit. l. venditor 13. D. commun. prad.* Sed tamen facilis responsio est, vtilem quidem esse pactionem vt ex ea agi possit nulla etiam interueniente stipulatione, verum eumuerò non inde statim consequens heri vt qui promisit se retrouenditurum, retrouendere præcisè compellatur, non magis quàm si extra contractum bonæ fidei per nudam stipulationem ita conuenisset, quia pacti vtilitas illa sufficit vt ex eo competat actio præscriptis verbis, aut ex contractu ipso ad id quod interest quæ alioqui ex pacto nudo competere nulla posset: Nec quod in bonæ fidei contractu ea pactio adhibita sit facere potest, vt venditio promissa pro perfecta haberi debeat, sed tantùm vt perfici debeat, id ni fiat, emptor qui ad retrouendendum obligatus est, in omne id quod venditoris ex ea causa interierit, condemnetur. In quo, vt proximo capite disputauimus, sanè fructus continebuntur, quia si retrouenditio facta esset, venditor eos suo iure percepisset: sed tamen non sic ferri sententia poterit, vt fructus vlli in condemnationem deducantur, sed ita vt ad id duntaxat quod interest fiat condemnatio, in eo ipso autem taxando fructuum quoque ratio habeatur, at non omnium, quemadmodum si conuentionis potestate fundus fieret emptus, sed eorum tantùm qui post moram in retrouendendo contractam percepti fuerint. Mora verò contracta intelligitur, si à venditore oblatam congruo loco & tempore quantitatem emptor accipere sine causa recusauerit, aut, quod effectu idem est, distulerit. An tamen ad constituendum in mora emptorem necessaria sit ex parte venditoris obsignatio, nostri disputant, de quo etiam videndum est.

ERROR V.

De nudæ oblationis, & obsignationis potestate.

SVMMARIA.

1 *Nudæ oblationis vt sit minor vis quàm obsignationis, & quis eius sit effectus, & n. 3.*
2 *Quæ sit inducenda tum impediendæ mora tam ex parte creditoris, quàm debitoris conditio.*
3 *Congruæ oblatio pignoratitiam actionem inducit.*
4 *Debitor non est præcisè cogendus vt obsignet pecuniam, quam accipere creditor renuit, licèt tutius facturus sit si obsignet.*
5 *Multum differre an solutio sit in simplici conditione, an etiam in dispositione.*
6 *Oblatio ritè facta constituit creditorem in mora, non facit tamen vt debitor pro liberato habeatur.*
7 *Obsignatio non est quidem vera solutio, pro solutione tamen habetur.*
8 *Quas vsuras nuda inhibeat oblatio.*
9 *Declaratur l. tutor pro pupillo. 28. § 1. D. de adm. & per tut. doceturque eam à Triboniano interpolatam esse, sicut & l. si reus 3. D. de procuratorib.*
10 *Vsurarum cursus quas præstare tenetur venditori emptor, qui non persolvit pretium, nonnisi obsignatione inhibetur, aut solutione.*

OBlationis † nudæ, id est quæ solutionem 1
aut obsignationem comitem non habeat, minor vis & potestas esse solet quàm obsignationis. Obsignatio enim si modò ritè facta sit, id est, vt iam supra interpretati sumus post oblatam congruo loco & tempore pecuniam, recusaramque sine causa solutionem, solutionis instar obtinet: oblatio autem nuda quantumuis congruo loco & tempore facta, nunquam habetur pro solutione, quia cùm oblatio nudis verbis contenta sit, solutio factum ipsum requirit, id est numerationem. Sed tamen non ideò fit vt sit inutilis oblatio quæ nec solutionem comitem habeat, nec obsignationem. Etsi enim solutionis loco nunquam est, aliquando tamen prodest, siue ad constituendum in mora eum cui offertur, siue ad impediendam moram ex parte eius, qui offert: nec minoris hac parte effectus est quàm obsignatio, adeò vt pignoratitiam quoque actionem inducat, *l. si rem 13. §. vlt. D. de pignor. act.* licèt pignoratitia eam conditionem habeat si pecunia soluta erit, aut aliter eo nomine satisfactum, *d. l. si rem. §. omnis & pass. eod. tit. l. acceptam 19. C. de vsur.* Hæc cur tam variè? Quia mora omnis conditionem admixtam habet, nec nisi per conditionem, aut si manus sub conditione vel contrahitur, vel impeditur. Inducendæ † moræ conditio ea est ex parte debitoris, si oblatam 2
congruo loco & tempore pecuniam creditor sine causa recusabit. Impediendæ illa, si petiram à creditore pecuniam congruo loco & tempore debitor offeret. Ex parte verò creditoris impediendæ moræ conditio hæc est, si oblatam congruo loco & tempore pecuniam aut solutionem accipere paratus erit, inducendæ illa contraria, si petitam congruo loco & tempore pecuniam debitor sine causa recusabit. Porrò non recusat qui offert. Itaque tam ex parte creditoris, † quàm ex parte debi- 3
toris mora vt inducatur vel impediatur oblationem solam requirit, non etiam solutionem. Solutio enim cùm fit, inducit plenissimam liberationem, tollítque omnem obligationem, quia nec fieri potest à debitore quin accipiatur à creditore, ideóque nihil superest propter quod de mora tractari aut possit, aut oporteat, cùm facta solutio fuit. Nec consequenter si obsignatio secuta

sit obligationem, quandoquidem, vt diximus, nihil prorsus effectu distat ritè facta obsignatio à solutione. Sed etsi poneres moræ siue inducendæ siue impediendæ conditionem illam potiùs esse, *si pecunia debita soluetur* aut *si non soluetur*, quasi ad solutionem magis quàm ad oblationem referatur, efficere tamen non posses quia oblatio sufficere deberet ad moram aut inducendam aut impediendam: quia cùm iure ciuili sic comparatum sit vt conditio quæ ante omnia implenda est, pro impleta habeatur quoties per aduersarium stat ne impleri possit *l. iure ciuili 24. D. condit. & demonstr. l. iure ciuili 161. De regul. iur.* apparet solutionem quæ in conditione tantùm posita sit pro facta haberi debere quoties per creditorem stat ne fiat, cùm sit hæc conditio ex earum genere quæ inuito aduersario impleri non possunt, siquidem, vt diximus, fieri nequit solutio ex parte debitoris, quin accipiatur ex parte creditoris. Indéque illud est quod
4 diximus pignoratitiam † nasci in debitoris commodum statim atque pecuniam ritè rectéque obtulit creditori, quamuis necdum soluerit nec obsignauerit: neque solùm si ea oblatio in iudicio facta sit, vt vulgò creditum est, sed etsi extra iudicium, quia solutio quæ ad inducendam pignoratitiam facienda est, in conditione tantùm est, id est, eam conditionem habet actio pignoratitia si pecunia debita soluta erit; proinde haberi eam hac parte pro soluta cõuenit si per creditorem stet ne soluatur, quòd euenit quoties oblatam sibi congruo loco & tempore pecuniam accipere sine causa recusat, *d. l. acceptam 29. C. de vsur.* Nec est quod quis dicat, imò verò posse conditionem hanc impleri per debitorem, inuito etiam creditore, vt inferri possit, non igitur haberi eam debere pro impleta, nimirum si debitum non modò offeratur, sed etiam obsignetur, cùm obsignatio, vt dixi, pro
5 vera solutione habeatur. Nam respondeo, † meliùs quidem & cautiùs facturum debitorem si pecuniam oblatam recusante creditore obsignet, vel ob hoc ipsum ne posteà quæri oporteat an oblatio sola sufficere potuerit, nécne: sed tamen non esse cogendum debitorem vt obsignet ad implendam per æquipollens, quod aiunt, conditionem quam in forma specifica implere paratus sit. Illud enim saltem fatendum est solutionis faciendæ conditionem in forma specifica impleri non posse inuito creditore, id est, si solutionem accipere nolit. Nam cùm fit obsignatio, non impletur conditio solutionis in forma specifica, sed per æquipollens, siquidem obsignatio reuera solutio non est, sed solutionis locum & instar obtinet. Ergo illud etiam consequens est, vt quoties per creditorem stat ne conditionis faciendæ solutionis impleri possit in forma specifica, vt nostrorum verbis vtar, haberi debeat pro impleta in ea ipsa forma: Quod si ita est, vt iam habeas eam pro impleta in forma specifica, cur illud præterea requiras vt impleatur per æquipollens? Neque enim per rerum naturam fieri potest vt conditio quæ non nisi vna numero est sæpius impleatur, quia ex quo impleta est, desinit esse conditio, multò minùs autem illud etiam induci, vt quæ iam impleta est in forma specifica iterum per æquipollens impleatur. Quod enim aliquando euenit vt per æquipollens fieri quid sufficiat & necesse sit, non aliam ob causam fit quam vt ei faueamus qui aliter, id est, in forma specifica idipsum facere nequeat quod facere debet, vt vel lucrum aliquod consequatur, vel damnum deuitet: non etiam vt melior conditio fiat eius per quem stat ne in forma specifica fieri id possit, vt eleganter Marcellus tractat in *l. si mulier 59. §. ex asse. D. de iur. dot.* Et verò quis iudex propitiis auribus debeat audire creditorem, qui post recusatam sine causa solutionem quam debitor congruo loco & tempore obtulerat, imputare velit debitori cur eam pecuniam non obsignauerit? Imò imputet sibi prius, cur oblatam non acceperit, cùm recusandæ solutionis iustam causam nullam haberet. Multum
6 igitur refert † an solutio sit in simplici conditione, an sit etiam in dispositione. Cùm in simplici conditione est, oblatio sola sufficit sine obsignatione, quia conditio habetur pro impleta ex mora & contumacia creditoris, & pro impleta quidem in forma, vt diximus specifica, nec proinde necesse, at ne quidem possibile est vt iterum per æquipollens impleatur facta obsignatione. At cùm in dispositione solutio est, id est cùm solutio ob id facienda est, non vt conditio aliqua impleatur, sed vt contracta obligatio tollatur, oblatio sola numquam sufficit, sed obsignatio præterea requiritur, quia numquam oblatio solutio est, nec solutionis instar obtinet, ne tum quidem cùm efficit vt solutio pro facta habeatur, quoniam, quod summopere notandum est, non fit id ex potestate oblationis immediatè, sed ex mora creditoris, licèt mora illa non aliunde quàm ex oblatione debitoris proficiscatur. Oblatio † ritè facta consti- 7
tuit creditorem in mora, mora verò creditoris per quam fit ne conditio impleri possit per veram solutionem, efficit vt conditio habeatur pro impleta, id est vt solutio verè facta quod ad implementum conditionis existimetur. An etiam vt debitor pro liberato habeatur? Minimè verò. Nihil enim commune habet ius impletæ conditionis cum iure acquisitæ liberationis. Implementum siquidem conditionis eò tantùm pertinet vt agere possit debitor aut cætera facere quæ posset si impleta conditio esset, & quæ alioqui non nisi impleta demum conditione facere posset, cùm is vnus conditionis cuiuslibet effectus sit vt actum suspendat, & agendi tanquam ex actu puro potestatem præripiat. Ius verò liberationis, non nisi per veram solutionem acquiritur, aut per eum modum qui solutionis vice esse possit, vt puta per obsignationem. Huiúsque iuris ratio illa est, quia obligationes sicuti certis tantùm modis iure ciuili contrahuntur, ita nec nisi certis modis in eam rem comparatis dissoluuntur. Inter quos non est mora creditoris, nec oblatio debitoris: At ne quidem obsignatio, † cùm 8
non sit vera solutio, nisi iuris arte & fictione inductum esset, vt quamuis obsignatio non sit solutio, tamen pro solutione habeatur, ne alioqui foret in potestate creditoris morosi & contumacis, facere ne obligationem exuere séque liberare debitor vnquam posset. Inde est, quod videas passim Iureconsultos quibus locis tractant de mora vel inducenda vel impedienda, nonnisi de oblatione tractare, nec obsignationem requirere nisi cùm disputant de tollenda prorsus & perimenda obligatione, vt in *l. qui Roma 122. in princip. & §. Seia in fin. De verb. obligat. l. nec creditores 10. l. vlt. C. de pignor. act. l. acceptam 19. C. de vsur. l. obsignatione 9. C. de solut.* Et cùm de vsuris † agitur illa proculdubio adhibenda est distin- 9
ctio an de iis vsuris quæratur, quæ ex conuentione debentur, an de iis quæ ex mora: vt priorum cursum sola oblatio non inhibeat sine obsignatione, quo pertinet *l. debitor. 7. D. de vsur.* (quæ nominatim loquitur de debitore vsurario, non aliam ob causam quàm vt intelligamus in debitore non vsurario, id est qui de vsuris nihil conuenerit aliud iuris esse) posteriorũ verò cursum sistat sola oblatio etiam citra obsignationem, quia & impedit moram ne contrahatur, adeóque cõtractam purgat *l. qui decem 72. in princip. D. de solut.* Quam ob causam mirari
† sæpe mihi contigit quod ad Marcellũ Vlpianus notat 10
in *l. tutor pro pupillo 28. §. 1. D. de admin. & peric. tutor.* Tutori qui post pubertatem pupilli negotiorum eius administratione abstinuit non sufficere vt obtulerit pecuniam quã pupillo debet ne vsuras debeat, sed illud præterea requiri, vt deposuerit obsignatã tuto in loco. Longéque verior mihi semper visa est Marcelli sentẽtia qui putabat non debere tutorem vsuras præstare ex quo pecuniam obtulit, quinetiam iustius esse eum per quem non stetit quominùs conuentus restitueret tutelam ad præstationem vsurarum non compelli: maximéque vt in *l. seq.* ex eodem Marcello scriptum est, heredẽ tutoris. Periniquum enim est, cum cui fortè post viginti annos

vel

vel amplius in mentem venit tutelam repoſcere, etiam vſuras poſtulare. Vſuræ enim quæ ex iudicio tutelæ debentur ex quo tempore tutor finita iam per pubertatem tutela abſtinuit ſe ab adminiſtratione non ex conuentione debentur, at ne quidem tam fauore pupilli qui iam deſiit impubes eſſe quàm propter moram. Neque verò video quomodo fieri poſſit vt pecuniam obſignet tutor, qui tutelam nondum reſtituit. Nam & de illo Marcellus poſtremo loco tractauerat iis verbis, *per quem non ſtetit quominùs conuentus reſtitueret tutelam.* Nec enim ſciri poteſt ante reſtitutam tutelam quid & quantum ex cauſa debeatur: nec proinde vlla obſignatio fieri, quæ ſcilicet non niſi certæ & exploratæ quantitatis eſſe poteſt: In quo ſanè differt obſignatio à nuda oblatione. Siquidem nihil prohibet oblationem fieri quantitatis incertæ, cùm quis paratum ſe dicit ſoluere quicquid debitum eſſe aliquando apparebit, ſi non recuſet ea facere per quæ tandem apparere poſſit quid & quantum debeatur. Qui ſollennis tutorum & cæterorum id genus adminiſtratorum mos eſt, ne quandiu rationes redditæ non ſunt, in mora vlla eſſe videantur. Itaque, ni fallor, nota illa quæ ſub Vlpiani nomine extat in *d. l. tutor.* §. 1. Triboniano potiùs quàm Vlpiano tribuenda eſt: nam & in *l. ſi reus* 73. *D. de procurat.* video eundem Tribonianum ſub Pauli nomine, quemadmodum docui *lib. 2. Coniect. cap.* 16. requirere perabſurdè vt pecunia in æde ſacra deponatur, & illud etiam addere, quod magis me mouet, *hoc enim fit & in pupillaribus pecuniis*, quod tamen, ſi hanc Vlpiani notam deleas, nullo alio iuris loco ſcriptum eſt. Quanquam nec de pupillaribus vſuris Marcelius tractat, ſed de iis quæ pro eo tempore quo iam finita tutela ſit, petantur, quas conſtat nec pupillares eſſe, nec tam fauorabiles quàm ſi eſſent pupillares, propter eam rationem quæ ponitur in *l. ſeq.* quæ ſicut non minùs tutori ipſi quàm eius heredi conuenit, ita nec ad pupillares vſuras ſatis aptè accommodari poteſt, quæ licèt vigeſimo quoque poſt pubertatem anno petantur, non grauiores tamen petuntur quàm ſi in pupillari ætate petitæ fuiſſent, quia eædem ipſæ & pro iiſdem annis, id eſt, pro popularibus petun-
11 tur. Planè quod ad eas vſuras pertinet † quas præſtare venditori emptor debet ob non ſolutum pretium ex quo die res vendita emptori tradita probatur, conſtat non aliter earum curſum inhiberi poſſe, quàm ſi fuerit pretium obſignatum, adeóque quod magis mirum eſt, licet venditor etiam incerto herede & ſucceſſore deceſſerit, vt à Papiniano reſponſum eſt *l. cuſtis* 18. §. 1. *D. de vſur.* Singulari vtique quodam iure: quia tametſi non debeantur ex conuentione, tamen neque ex mora debentur, ſed mera iudicij æquitate in vicem & compenſationem fructuum ab emptore ex re vendita & tradita perceptorum: Ne alioqui eueniat, vt eodem tempore & rem & pretium emptor habeat, venditor verò & re & pretio ſimul careat, quod vtrumque perinde abſurdum eſt, *l. liberalitatis* 17. §. 1. *eod. l. curabit* 5. *C. de action. empt.* Idque omnino conſequens eſt ei diſtinctioni quam nos probamus. Pretium etiam quod emptor venditori debet non in conditione eſt, ſed in obligatione. Ideóque non priùs poteſt deſinere deberi quàm ſolutum fuerit aut pro ſoluto habendum, id eſt, obſignatum. Porrò quandiu debetur, abſurdum fuerit & iniquum non deberi vſuras ab eo qui fructuum lucrum ſentiat. Idem, meo iudicio, in lege commiſſoria venditioni adiecta tractari poteſt. Nam ſi emptor intra dictam diem pecuniam pretij ſolucre velit ne fundus inemptus fiat, venditor verò aut nolit accipere, aut non adhic vt poſſit, non aliter videri poteſt emptor ſatisfeciſſe conuentioni, & legis commiſſoriæ periculum effugiſſe quàm ſi eam pecuniam non ſolùm obtulerit, ſed etiam obſignauerit, quia per legem commiſſoriam non id agitur tantùm ne mora per emptorem in ſoluendo fiat, ſed vt fundus ſit maneátque emptus, qui alioquin fiet inemptus: imò verò ne qua ſuperſit venditori poſt diem actio venditi ad pretium petendum ſi legem commiſſoriam is exercere volet: Ob idque neceſſaria eſt ſolutio aut in vicem ſolutionis obſignatio, nec nuda oblatio ſufficit, *l. vlt. D. de leg. commiſſ.* quia non poteſt venditi obligatio perimi, quin pretium ſit reuera ſolutum, aut pro re vera ſoluto habendum: quod per nullam oblationem non contingit. Et hæc quidem de oblatione & obſignatione longè aliter quàm à vulgaribus interpretibus & pragmaticis tractari ſolitum ſit ſcripſiſſe ſufficiat. Redeamus iam ad inſtitutam de retrouendendi pacto diſputationem.

ERROR VI.

Si venditor agens ex pacto de retrouendendo pecuniam duntaxat obtulerit, nec obſignauerit.

SVMMARIA.

1 *Venditore qui agit ex pacto de retrouendendo pecuniam offerente etiam ſine obſignatione in mora conſtituitur emptor qui recuſat retrouendere.*
2 *Eius verò mora effectus eſt, vt etiam poſt tempus intra quod debuit fieri retrouenditio, duret ius venditoris.*
3 *Mora proprium eſt vt perpetuet obligationem.*
4 *Ex pragmaticorum & interpretum erronea ſententia venditor poſt elapſa retrouendendi tempora non aliter audiendus eſt, quàm ſi intra tempus non modò obtulerit, ſed etiam conſignauerit pecuniam.*
5 *d. Sententiæ refutatio.*
6 *Etiam verbalem oblationem ſufficere ad conſtituendum in mora emptorem, ſi venditor aut nihil reſpondeat, aut oblationem reiiciat, negétque ſe retrouendere velle aut debere.*
7 *Oblatio ſiue re ſiue verbo fiat, retrouenditionem non facit.*
8 *Conditionis & conuentionis differentia.*
9 *Aduerſus emptorem qui in retrouendendi mora eſt, non poteſt ſic ſententia ferri vt ad fructuum reſtitutionem quaſi ex iudicio empti condemnetur.*
10 *Mora emptoris qui retrouendere recuſauit, quomodo puniatur.*
11 *Quomodo ratio vſurarum habenda ſit, cùm venditor pecuniam obtulit tantum, non etiam obſignauit.*
12 *Conſultius eſſe vt venditor pecuniam non ſolùm offerat, ſed etiam obſignet.*

Is ita conſtitutis quæ de oblationis nudæ & obſignationis poteſtate proximè diſputauimus, apparet iam quid iuris conſtituendum eſſe arbitremur, ſi venditor † 1
agens ex pacto de retrouendendo pecuniam duntaxat obtulerit, nec obſignauerit. Scilicet, non eo minùs in mora conſtitutum videri emptorem, qui retrouendere recuſauit, ſi iuſtam recuſandi cauſam nullam habuit. Cuius moræ † effectus ille erit, vt etiamſi 2
poſtmodum tempora præterierint, intra quæ retrouenditio fieri ex pacto debuit, ius venditoris nihilominùs duret vt retrouenditionem quandocunque vrgere poſſit perinde acſi tempora largirentur. Id enim † moræ 3
proprium eſt vt perpetuet obligationem in id etiam tempus quo res perierit & deſierit poſſe præſtari, nec tantum in bonæ fidei contractibus (nam & hoc quoque ex bona fide eſt) ſed etiam in ſtrictis, *l. ſi ex legati* 21. *l. ſi ſeruum* 91. §. *ſequitur. & §. vlt. de verb. obligat.* In eóque errant ſane pragmatici noſtri qui † venditorem 4

Digitized by Google

poſt elapſa retrouendendi tempora non aliter audiendum eſſe putant, quàm ſi intra dictam diem pretium venditionis non modò obtuliſſe, ſed etiam obſignaſſe proponatur. Interpretes noſtros ſecuti, quorum vulgaris ea ſententia, & receptior eſt. Ego verò moueor † quòd hoc caſu ſolutio pretij non in obligatione ſit quemadmodum eſſet ſi retrouenditionem iam contractam poneremus, ſed tantum in conditione. Ideo enim pretium emptori à venditore offerendum eſt; vt cogere poſſit emptorem propoſita in eam rem actione præſcriptis verbis vel ex vendito ad retrouendendum qui alioqui rem ſibi iam pleno dominij iure quæſitam vendere non magis cogi poſſet, quàm ſi ab alio venditore eam comparaſſet, aut alio quàm emptionis iure ſibi illam acquiſiuiſſet. Obligatio namque emptoris ad retrouendendum expreſſam illam conditionem habet, quæ etiamſi expreſſa non eſſet, tacitè tamen ineſſet, *ſi pretium emptori redderetur quod ille ex cauſa venditionis iam venditori perſoluerit*, vt & in ſpecie *d. l. ſi à te 7. & l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit.* Et quemadmodum offerri pretium ab emptore debet cùm ex empto ille ad rem tradendam, *lege Iulianus* 13. §. *offerri. D. de act. empt.* ita & multò magis à venditore ad poſtulandam retrouenditionem. Plus enim iuris habet emptor iam contracta emptione, licèt nondum ſoluerit pretium, quàm venditor nondum ſecuta retrouenditione: ac proinde ſi venditori conceditur quandiu pretium venditionis ſolutum non eſt vt quaſi pignus retinere poſſit eam rem quam ipſe vendidit, vt ſcriptum eſt in *d. §. offerri*, quantò magis concedendum erit emptori vt eam rem quam comparauit, & cuius pretium iam perſoluit non tanquam pignoris iure, ſed quaſi ſuam retineat quandiu pretij reſtitutio non offertur per venditorem? Eodem igitur exemplo dicendum eſt, quemadmodum emptor agere ex empto poteſt ad rem tradendam ſtatim atque pretium venditori obtulit, quamuis necdum ſoluerit nec obſignauerit (ſolam enim oblationem non etiam obſignationem Vlpianus requirit in *d. §. offerri*) ita & ſufficere venditori ad adigendum emptorem vt retrouendat quod venditionis pretium emptori obtulerit congruo loco & tempore, licèt obſignatio nulla facta ſit. Neque enim contracta venditione ſub pacto de retrouendendo, venditor vllomodo obligatus eſt vt pretium reddat emptori quod ſuo iure habet, iuſtáque ex cauſa propter venditam à ſe traditam rem quæ nunc ſit penes emptorem: ſed ea pretij ſolutio quæ dicenda potiùs reſtitutio eſt, in conditione tantum, vt diximus, poſita videri debet, vt emptor intelligatur obligatus retrouendere ſub ea conditione ſi intra conſtituta tempora pretium reſtituetur. In quo genere conditionalium obligationum, ſiue ex cauſa emptionis, ſiue ex alia qualibet ita ius comparatum eſt, vt ſicuti ante impleram cõditionem agi nullomodo poteſt, *l. cedere diem* 213. *de verb. ſignif. cum ſimilib.* Ita conditio pro implera habeatur ſtatim atque per aduerſarium ſtetit aut factum eſt, quo minus verè, & vt oportuit, implera ſit, ne alioqui in poteſtate fuerit eius qui ſub cõditione obligatus eſt ne vnquã ex obligatione ſua conueniri poſſit: quod non magis fieri queat quã vt in meram eius voluntatem obligationis contrahendæ ius conferatur, *l. ſub hac conditione* 8. *D. de oblig. & action.* Plus dico, non eam duntaxat obligationem † quæ ob id nuda dicatur, quod neque ſolutionem neque obſignationem comitem habeat, ſed illa etiam quæ adeò nuda ſit, vt ne quidem exhibeat pecuniam ſufficere poſſe venditori ad conſtituendum in mora emptorem, ſi nihil ille ad verbalem huiuſmodi oblationem reſpondeat, ac multò magis ſi oblationem prorſus reiiciat, negétque retrouendere ſe velle aut debere. Id enim omnino præſtare ſemper debet is cui offertur, ſiue emptor ille ſit, ſiue alius quilibet vt appareat per eum non ſtare quominùs ſtatim ſoluatur, id quod cùm ſolui debeat, tamen offertur duntaxat. 6

Hoc ipſum verò facillimè nullóque negotio aſſequetur ſi ad verbalem illam oblationem reſpondeat paratum ſe eſſe id accipere quod verbo tenus offertur ſi re ipſa offeratur. Sic enim fiet vt oblatio non niſi verbis facta, verbis quoque eludatur. Alioqui ſi appareat per emptorem ſtetiſſe quominùs pecuniam acciperet, nihil omnino eſt quod venditori poſſit imputari, tametſi reuera nihil, ſi modò quantum debuit, verbo, obtulerit. Qua enim fronte velit emptor imputare venditori, cur pecuniam pretij non numerauerit, quam etiamſi non ſolùm numerata, ſed etiam obſignata eſſet, accipere ipſe noluiſſet? Neque tamen † hoc ita accipi volo, vt oblatio hæc nuda, ſiue verbo tantum, ſiue re ipſa facta ſit, quæ poteſt efficere, vt conditio ſub qua emptor obligatus fuit ad retrouendendum, pro impleta habeatur, faciat etiam retrouenditionem, id eſt, vt perinde omnia obſeruentur, acſi retrouenditio facta eſſet. Id enim iam non ad conditionis duntaxat, ſed ad ipſius quoque obligationis ſubſtantiam pertinet, de qua tamen quoties tractatur, iam diximus nunquam oblationem ſolam quantumlibet realem facere poſſe vt ſolutum videatur id quod non niſi oblatum fuit. Nam ex quo effectum eſt per congruam pretij oblationem ex parte venditoris, vt emptoris obligatio quæ primum conditionalis tantùm fuerat, pura fiat, & inueniatur emptor purè obligatus ad retrouendendum, incipit venditor, non quidem obligatus, ſed obligandus eſſe ad ſoluendum pretium emptori quandocunque retrouendenti & eo demùm tempore obligabitur quo emptor retrouender. Eáque obligatio non naſcitur ante factam oblationem, imò nec ante retrouenditionem, quia prius eſt contractam eſſe venditionem, quàm vt de pretio ſoluendo aut debito quæri poſſit, ita neque poteſt ſublata videri per oblationem præcedentem: At neque per obſignationem, ſi qua facta proponeretur, quoniam neque rerum natura, neque iuris ratio patitur vt ſolutione, aut quo alio modo tollatur obligatio quæ nondum eſt nata. Nec rurſus poſſis dicere, hanc retrouenditionem pro facta haberi debere in odium emptoris per quem ſtat quominus fiat. In eo namque diſpar ratio † conditionis & conuentionis. Conditio nihil eſt, quia nihil niſi priuatio eſt, aut ſi quid eſt, impedimentum duntaxat eſt ad faciendum ne obligatio pura dici poſſit. Idcóque facilè & ex ſumma non tantùm æquitatis, ſed etiam iuris ratione ita comparatum eſt vt habeatur pro impleta quoad eum per quem ſtat quominùs impleatur. At conuentio facti eſt, & ponit in re aliquid quod anteà non fuit, ſiue conſenſu, ſiue re perficiatur. Non poteſt igitur iuris fictio facere vt conuentio quæ nulla interceſſit, interceſſiſſe aliqua intelligatur. Solúſque Iuſtinianus nedum primus auſus eſt has fingere chimæras, inuita etiam iuriſprudentia, vt prodere tacita credatur interpoſita ſtipulatio quæ reuera interpoſita nulla fuit, *l. nunc. C. de rei vxor. action.* Porrò iam diximus in ſuperioribus aliam eſſe conuentionem de vendendo, aliam verò eam per quam venditio contrahatur. Proinde quamuis in priore venditione pactum adhibitum ſit de retrouendendo, & per ſolum emptorem ſtet ne retrouendat, non poſſis tamen aſſequi vt retrouenditio ob eam cauſam pro facta haberi debeat, quam factam eſſe nece ſſe eſt vt empti & venditi obligationes naſcantur. Obligationes enim ex conuentionibus & contractibus naſcuntur, ſicut ex ipſis obligationibus actiones. Cui conſequens eſt, quod nos iam ſuprà monuimus & probauimus, aduerſus † emptorem qui in retrouendendi mora eſt, non poſſe ferri ſententiam, vt ad fructuum reſtitutionem quaſi ex iudicio empti condemnetur. Quodnam enim iudicium empti eſſe poteſt ob retrouenditionem quæ nec ſecuta ſit reuera, nec pro ſecuta factaque habeatur? Aut quo iure fructus peti poſſunt per venditorem quos emptor ex re ſua dominíque titulo percepit? An ergo † impuntia erit mora & cõtumacia emptoris, qui contractus 7 8 9 10

fidem

fidem implere nolit? Si verò ita est quem effectum habebit hoc quod dicimus oblationem venditoris facere vt conditio sub qua obligatus erat emptor vt retrouenderet pro impleta habeatur? An illum duntaxat vt agere venditor possit ad retrouendendum personali actione ex contractu, per quam tamen nequeat consequi restitutionem fructuum, quos si retrouenditio ex bona fide facta esset vtique percepisset? Secundùm quam sententiam euenit proculdubio vt emptori frustratio sua prosit, quod cùm in actione quoque ex stipulatu non sit admittendum si Africano credimus in *l. hominem* 37. *D. mandat.* multò minùs ferendum est si ex bonæ fidei contractu agatur, vt putà ex venditione, aut quod hac parte idem est, ex pacto quod in ipsa venditione adhibitum fuerit, aut incontinenti post contractam venditionem. Respondeo posse vtraque ex parte rationi iuris commodè satisfieri, vt neque condemnetur emptor ad fructus quasi facta retrouenditione quæ nulla facta est, neque tamen fructus lucretur quos post moram percepit, quósque hodie non haberet si ex bona fide rem gessisset, sic nimirum faciendo condemnatione vt id omne quod venditoris interierit impletam esse contractus fidem, præstare emptor teneatur, in quo taxando fructuum quoque omnium post moram perceptorum ratio habeatur. Nec enim negari potest tanti interesse venditoris, qui si moram passus non fuisset, eos fructus vtique percepisset. Ita fit vt fructus consequatur venditor acsi retrouenditio, nec tamen retrotraditio facta esset. At non tanquam fructus vt euenirent facta retrouenditione, sed tanquam id quod interest. Cuius quàm diuersa ratio sit a fructibus ex eo constat, quòd tantundem consecuturus sit venditor si præscriptis verbis agere malit, quàm ex vendito, *d. l.* 2. *C. de pact. int. empt. & vendit.* Cùm tamen actio præscriptis verbis nunquam ad fructus detur, sed tantùm ad id quod interest
11 actoris. Sed hîc rursus illa occurrit † iniquitas, quòd cùm de eo venditore loquamur, qui venditionis pretium obtulit duntaxat, siue re ipsa, siue non nisi verbo tenus, nec etiam obsignauit, ita fiet vt venditor fructus consequatur effectu ipso, neque tamen eo minùs pretium totum penes se habuerit, & quidem impunè. An enim condemnabimus eum vicissim vt vsuras præstet emptori? Atqui iam diximus nullam venditi obligationem, aut actionem esse quasi ex retrouenditione, ante quàm retrouenditio vlla facta sit, vsuræ porrò pretij non nisi venditori, & actione venditi deberi possunt, quia nec pretium extra causam venditionis vllum esse intelligitur. Non enim omnis pecunia quæ pro re datur pretium est, sed ea tota quæ datur ex causa venditionis. Verùm responderi etiam nec incommodè potest, venditorem quidem condemnari non posse ad vsuras eius pecuniæ quam pro retrouenditione soluturus fuit, si retrouenditio facta esset, sed tamen in æstimando eo quod ipsius interest impletam fuisse contractus fidem, non pluris credendum interesse ipsius ratione fructuum ab emptore perceptorum, quàm quanti fructus illi sint deductis vsuris quincuncibus, quas ab eo præstari oporteret, si fructus integros iudicio empti consequeretur: Vt quemadmodum effectu ipso fructuum emolumentum venditori acquiritur cui ex pacto retrouendi res debuit, ita vsuratum incommodo venditor perinde grauetur acti eas præstaret, quamuis nullas præstet. Denique vt neque emptoris neque venditoris melior conditio sit aut deterior quàm si retrouenditio secuta esset: quo casu nemo dubitaret quin vsuratum habenda ratio esset, tametsi oblatum pretium si modò non obsignatum fuisset, tum etiam cùm defunctus esset venditor incerto successore, cui proinde offerri nullomodo potuisset vt Papinianus respondit in *l. emptis* 18. §. 1. *D. de vsur.* Nec quisquam dixerit, iuxta hanc sententiam futurum vt nullum ex mora sua emptor damnum sentiat, si in æstimandis fructibus quorum ratio habetur in taxando eo quod interest, vsuratum quoque quantitas deducatur. Nam cùm vix vnquam accidat, vt iusto pretio vendatur quid sub pacto de retrouendendo, propter onus illud retrouendendi, quod partem pretij, vt diximus, constituit, illud etiam euenire necesse est vt pluris sint fructus ab emptore percepti, quàm sint vsuræ quincunces ad quarum vsque modum diminuitur æstimatio eius quod interest venditoris. Itaque vt concludamus, cautiùs & consultiùs † faciet venditor si pecuniam retro- 12
uenditioni extorquendæ necessariam non solùm offerat, sed etiam obsignet. Non vt in mora constituat emptorem, aut vt eum obliget ad retrouendendum, præstandúmve quanti eo nomine sua interierit (quam in rem sanè oblatio sola sufficere potest) nec rursum vt retrouenditio pro facta habeatur, fructuúmque condemnatio inducatur (quod ne quidem per obsignationem fieri potest) sed vt ex condemnatione eius quod sua interierit, maius emolumentum consequatur, possitque dicere pluris sua interesse quòd non re tantùm vendita, sed etiam pecunia caruerit, quàm emptori vt retrouenderet præstare paratus fuit.

ERROR VII.

De irrenocabili acquisitione rei venditæ sub pacto de retrouendendo.

SVMMARIA.

1 *Ex pragmat. & interpp. sententia, Res quæ vendita est sub pacto de retrouendendo non prius irrenocabiliter emptori acquisita intelligitur, quàm tempus retrouenditionis præterierit.*
2 *Relata sententia vt erronea refutatio, & seqq.*
3 *Qui obligatus est ad retrouendendum non cogitur præcisè vt retrouendat, sed liberatur præstatione eius quod interest habita ratione fructuum post moram perceptorum.*
4 *Nona est alienatio quæ fit per retrouenditionem & retrotraditionem, licèt sit eiusdem rei.*
5 *Aliud quoque est dominium quod per retrouenditionem & retrotraditionem ab emptore redit ad venditorem.*
6 *In specie l. si à te 7. C. de pact. int. empt. & vendit. dominium non fuisse irrenocabiliter acquisitum emptori.*
7 *Aliud est irrenocabiliter quæsitum esse dominium: aliud inalienabiliter.*
8 *Aliud item reuocari dominium rei venditæ, aliud recuperari.*
9 *Ratio qua mouentur interpretes vt statuant primum venditorem irrenocabiliter non alienasse, & eius refutatio.*
10 *Multum referre quibus verbis concepta sit pactio venditioni adhibita.*
11 *Summa disputationis autoris contra sententiam pragmaticorum.*

NOn est difficile ex superioribus intelligere, quàm fallum & ineptum sit, quod interpretes & pragmatici omnes, vt video & audio, passim iactitant, Rem † quæ vendita 1
est sub pacto de retrouendendo non priùs irrenocabiliter emptori acquisitam intelligi, quàm tempus præterierit intra quod retrouenditio peri possit. Nam † si ve- 2
rum est quod nos probauimus. Eum † qui obligatus est 3
ad retrouendendum non cogi præcisè vt retrouendat, sed liberari præstatione eius quod interest habita ratione fructuum post moram perceptorum, *arg. l.* 2. *C. de pact. int. empt. & vend. iunct. l.* 1. *D. de act. empt. l. si*

traditio

Digitized by Google

traditio 4. C. eod. non poteſt pactum de retrouendendo facere vt eò minùs dominium rei venditæ & traditæ acquiratur irreuocabiliter emptori ex cauſa iuſtæ, perfectæ, impletæque venditionis. Quid enim cum dominio commune habet actio perſonalis de eo quod intereſt venditoris, ſiue ex vendito illa ſit, ſiue præſcriptis verbis? Illud ſiquidem certiſſimi iuris eſt, in actionibus perſonalibus non de iure dominij, ſed de perſonali tantùm obligatione diſputari, neque verò pertinere illas ad cauſam repetendi dominij præterquàm ſi condictione agatur. Sed etſi admitterem, præcisè ad hoc obligatum eſſe emptorem vt retrouendat, nec audiri debeat, ſi malit præſtare quanti intereſt venditoris, nihilomagis tamen fateret irreuocabilem non fuiſſe dominij acquiſitionem quæ ex cauſa venditionis in perſona emptoris ſemel conſtiterit. Semper enim illud verum eſſet, neceſſariam eſſe retrouenditionem ad dominium in venditorem transferendum, & cum retrouenditione etiam retrotraditionem, vt omnes fatentur, idcóque † noua
4 alienatio eſt quæ fit ab emptore in venditorem, & conſequenter, licèt dominium ſit eiuſdem rei quod per retrotraditionem transfertur, aliud tamen dominium eſt quàm quod priùs tranſlatum fuerat à venditore in emptorem, ſicut & in iis condictionibus euenit, per quas repetimus dominium eius rei quæ aliquando noſtra fuit, vt non illud ipſum dominium repetamus quod antea fuit noſtrum, quemadmodum vindicantibus contingeret, ſed illud quod nunc ſit poſſeſſoris, *l. videamus* 38. §. *ſi actionem. D. de vſur.* Id enim eſt, quod dici ſolet neminem condicere rem ſuam niſi à fure, *l. vlt. D. de vſufr. quemad. caueat. §. ſic itaque. Inſtit. de action.* At verò ſi admittas quod negare non poſſis, aliud eſſe do-
5 minium † quod per retrouenditionem lecuta etiam retrotraditione redit ab emptore ad venditorem, quàm quod per primam venditionem tranſlatum fuerat à venditore in emptorem, illud ſtatim conſequens fiet, fuiſſe rem illam ex prima venditione irreuocabiliter acquiſitam emptori. Alioqui noua alienatione opus non eſſet, vt nec opus eſt cum per legem commiſſoriam fundus fit inemptus, aut per eam conuentionem commiſſoriæ legi ſimilem, de qua in *l. ſi à te 7. C. de pact. int.*
6 *empt. & vendit.* quo demum caſu † ſanè dici poteſt non fuiſſe irreuocabiliter acquiſitum dominium emptori, qui ſola conuentionis poteſtate ex emptore ſit non emptor; ita vt non tam redeat dominium ab emptore ad venditorem, quàm perpetuò manſiſſe intelligatur penes venditorem vt probant verba illa *d. l. ſi à te. Vt iure dominij eandem rem retineat.* Innuunt enim non antè videri in illa ſpecie dominium rei venditæ acquiſitum emptori quam deſierit fundus venditus fieri poſſe inemptus: quod tunc euenit cum elapſa ſunt tempora intra quæ poterat venditionis pretium reddi, vt fundus inemptus conſtitueretur ex lege venditioni dicta. Et
7 ſanè aliud eſt irreuocabiliter † quæſitum eſſe dominium, aliud inalienabiliter. Irreuocabiliter transfertur dominium rei venditæ ſub pacto de retrouendendo, ſed non inalienabiliter, quia in eo eſt res vendita vt alienari quandoque poſſit & debeat in eum ipſum venditorem à quo priùs fuerat alienata, aut in eius heredem. Quem-
8 admodum & longè aliud eſt reuocari † dominium rei venditæ, aliud recuperari. Reuocationis effectus ille eſt vt nunquam tranſlatum eſſe videatur. Recuperationis contrà ille, vt eius aliquando fuerit à quo venditor recuperat, qui nec alioquin recuperare ab eo poſſet. Atque hoc nimirum eſt in quo pragmatici omnes & interpretes falluntur, putantes non videri alienatum irreuocabiliter dominium, quod redire aliquando ad venditorem poſſit, licèt rediturum ſit ex noua cauſa poſterioris venditionis. Quod ſi rectè diceretur, fatendum eſſet nullam vnquam irreuocabilem futuram eſſe dominij acquiſitionem, nec ſi facta eſſet venditio nullo ſubiecto pacto de retrouendendo. An non enim perinde fieri poſſet vt eadem res ab emptore rurſum eidem ipſi venditori venderetur? Aut quid eſt quod ita alienari queat, vt hoc ipſo fiat inalienabile? Niſi proponas talem fortaſſe emptorem, cui bonorum ſuorum alienatio interdicta ſit, puta pupillum, aut Eccleſiam, aut vniuerſitatem. Atqui, inquies, † multum intereſt an ſecunda 9
hæc venditio fiat ex mera & ſpontanea emptoris voluntate, an ex neceſſitate præcedentis conuentionis: quia cùm habet dependentiam, vt noſtri loquuntur, à prima venditione ferè eſt vt noluerit primus venditor cum vendidit abiicere ſpem rei ſuæ quandoque reuocandæ, nec proinde irreuocabiliter eam alienare. Imò, inquam, nihil prorſus hac parte intereſt, cum de irreuocabili acquiſitione dominij diſputatur: quia æquè vtroque caſu ſpontanea retrouenditio eſt, quam emptor facere ſi nollet non cogeretur, id eſt, ſi mallet præſtare quanti venditoris ſui intereſſet, quæ res eximeret eum ab obligatione, nec tamen dominium ei auferret. Illa ergo dominij tranſlatio licèt cum ſit, fiat ex neceſſitate præcedentis obligationis, pro ſpontanea tamen haberi debet, quia in poteſtate emptoris eſt vt non retrouendat, quamuis non item vt non ſit obligatus ad præſtandum quanti venditoris intereſt ob non factam retrouenditionem. Ex eóque apparet clariùs, quàm verum ſit quod nos toties ſuprà inculcauimus, multum referre, † quibus verbis concepta ſit pactio venditioni 10
adhibita, an per formulam legis commiſſoriæ, an per eam quæ ſit ſimilis legi commiſſoriæ de qua in *d. l. ſi à te* (per vtramque enim fit res inempta ipſo iure) an per ea verba quæ extant in *dict. leg. 2. eod. tit. de pact. int. empt. & vend.* an denique conuenerit de retrouendendo. Alia namque & alia omnium harum conuentionum poteſtas eſt, ſed nulla emptori fauorabilior ad dominium retinendum, quàm quæ obligat eum vt retrouendere teneatur. Hoc enim caſu non aliter dominium reuertitur ad venditorem, quàm & conuentionem ſecuta ſit retrouenditio, & traditio quoque retrouenditionem, cùm tamen aliis caſibus ſufficere poſſit vel impletum eſſe conditionem, quæ fundum ipſo iure inemptum fecerit, vel reſtituturum eſſe fundum emptori nulla intercedente retrouenditione, ita ſcilicet ferente conuentionis natura & poteſtate, quæ ex ineundi modo ſemper æſtimanda, & metienda eſt, *l. ſi procuratorem*, 8. *D. mandat. l. naturalis* 5. §. 1. *& paſſ. de præſc. verb.* Quod tamen pragmatici noſtri non obſeruant. Sic enim totam rem hanc tractant quaſi nihil penitus interſit an quis vendat fundum ſub pacto de retrouendendo, an ita fundus ſit venditus niſi pretium intra certum tempus reſtituetur. Cùm tamen inter has conuentiones differentia euidens illa ſit, quòd hoc poſteriore caſu pretio intra præfixum tempus reſtituto, fundus ſic inemptus conſtituitur, vt nunquam venditus dici poſſit, impleta nimirum conditione ſub qua conuenerat ne venditus videretur, *l. 2. D. de in diem addic.* vbi Vlpianus ſcribit in ſpecie non diſſimili conditionalem factam intelligi venditionem, quæ ſicut ante impletam conditionem nulla eſſe creditur ita nec habilis eſſe poteſt ad dominium interim transferendum. At priore caſu, id eſt, inita venditione ſub pacto de retrouendendo pura venditio eſt, & quidem adeò pura vt non ſolum non contrahatur ſub conditione, ſed nec reſoluatur, quoniam vt iam alibi diximus, retrouenditio ſecuta licèt ex neceſſitate pacti de non petendo non prioris venditionis reſolutio eſt, ſed noua venditio, quæ tantum abeſt vt priorem deſtruat, vt nec aliter valere, effectúmque habere poſſit, quàm ſi priorem ſubſiſtere & valere patiatur. Quomodo enim retrouendere atque ita dominium transferre poſſet is, qui prior dominus factus non eſſet? *l. ab emptione* 58. vbi eſt textus elegans *D. de pact.* Verum † igi- 11
tur eſt quod nos volumus emptorem qui pactus eſt de retrouendendo non eo minùs dominium irreuocabiliter acquiſiuiſſe intelligi, ſed tantum perſonali obliga-

tione

tione teneri ad retrouendendum, & quidem ſub conditione ſi venditor intra conſtitutum tempus reſtituet pretium venditionis. Proinde ſi venditor ex parte ſua conditionem illam non impleuerit, nihil aliud iuris acquiritur emptori quàm vt deſinat eſſe vllo modo obligatus, quia & deſinit poſſe impleri vnquam conditio ſub qua fuerat obligatus, cum venditor qui intra certam dictamque diem pretium reddere aut ſaltem offerre debuit, ſi poſt diem offerre velit non ſit audiendus. Nam nec fauore libertatis ea moræ purgatio aduerſus dicti lapſum admitteretur, *l. Thais* 41. §. *intra certa tempora, D. de fidèic. lib.* Cæterùm quod ad dominij cauſam pertinet, neque magis dominus fieri poteſt emptor qui iam ex cauſa venditionis factus erat per traditionem verus dominus, quia quod meum eſt magis meum fieri non poteſt, vt habet iuris regula, neque irreuocabilem dominij acquiſitionem nanciſci, qui iam ſic dominium nactus fuerat, vt ab inuito eo, neque ipſo iure & ſola conuentionis poteſtate, neque per extorquendam retrouenditionem auocari vnquam potuiſſet. Textus eſt pro ſententia noſtra valdè accommodatus in *lege non ideò minùs 66. D. de rei vindicat.* Quantùm verò illud etiam interſit, an ex venditione facta ſub pacto de retrouendendo intelligatur dominium emptori acquiſitum reuocabiliter, an irreuocabiliter, & quos effectus ea diſtinctio pariat, ex ſequentibus apparebit.

ERROR VIII.

Si is qui emit ſub pacto de retrouendendo deceſſerit ante retrouenditionem relicto herede cum beneficio legis & inuentarij.

SVMMARIA.

1 *Quum is qui emit ſub pacto de retrouendendo deceſſit ante retrouenditionem relicto herede cum beneficio inuentarij, an poſſit agere venditor contra heredem vt retrouendat. an verò ſit remittendus ad bonorum diſcuſſionem.*

2 *Dicta quæſtionis vis in quo conſiſtat, & quæ ſit eius in vtramque partem ratio.*

3 *Ex ſententia pragmaticorum venditor poteſt contra heredem experiri, eúmque vrgere vt retrouendat.*

4 *Pragmaticorum ſententiam falſam eſſe.*

5 *Venditor qui agit ex pacto de retrouendendo nullum habet priuilegium prælationis.*

6 *Nequidem ſi emptoris bona fuerint pignoris conuentione generali venditori obligata.*

IAm frequens hodie quæſtio hæc eſt in tribunalibus, quàm frequenter vſuuenire cernimus, vt ij quibus hereditates, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato deferuntur, non niſi cum beneficio legis & inuentarij heredes eſſe velint. De illo autem quæſtio † eſſe ſolet, an ſi is qui emerat ſub pacto de retrouendendo deceſſerit ante factam retrouenditionem, nec heredem reliquerit niſi cum beneficio legis, & inuentarij, poſſit venditor propria & ſeparata actione contra heredem agere vt retrouendat, an verò cum cæteris creditoribus hereditariis remittendus ſit ad inſtantiam generalis, vt vocant, bonorum diſcuſſionis. Quæſtionem † in eo plerique eſſe putant, vtrum ex conuentione illa iuſta & legitima de retrouendendo detur actio contra emptorem eiúſue heredem in id præcisè vt res retrouendatur, an in id potiùs quod venditoris intereſt contractus fidem impleri ſi per emptorem ſtet quominùs impleatur. Nam ſi quis admittat hanc actionem in id præcisè dari, vt retrouenditio fiat, conſequens ſanè videtur vt ad generalis diſcuſſionis inſtantiam remitti venditorem non oporteat: quoniam in ea inſtantia non niſi de creditorum iuribus & ordine diſputatur, & hactenus quidem vt tractetur de bonis defuncti autoritate iudicis poſſidendis, vel venundandis, in propoſito autem nec poſſideri nec venundari venditor vult eam rem quam intendat ſibi reſtitui oportere, precio à ſe viciſſim reſtituto, ex quo tanquam hereditario & in ipſius rei locũ ſubſtituto creditoribus ſatisfieri poſſit. Idem enim iuris fore fatentur omnes, ſi qua aduerſus heredem cum beneficio legis & inuentarij proponenda eſſet vindicatio, ſiue dominij, ſiue poſſeſſionis, neque actor eo caſu de iure ſuo cum cæteris creditoribus in generali diſcuſſionis inſtantia contendere cogeretur. Nec dixerit quiſpiam parum intereſſe actoris an ad hanc aut ad illam inſtantiam remittatur. Nemo enim neſcit quantas, quámque inexplicabiles moras ſecum trahere ſoleat diſcuſſio hereditatis, quámque longe expeditius actori fuerit cum aduerſario vnico, id eſt, cum herede quàm cum tot creditoribus litigare: Non quòd ſi liti intereſſe cæteri creditores velint, prohibendi ſint ne fortè inter actorem & heredem in cæterorum necem colludatur, tantóque pauperior fiat hereditas quæ iam ſuſpecta ſit, ſed vt ſi cum herede ſolo actum ſit, & contra eum pronuntiatum, non poſſint cæteri creditores authoritatem rei iudicatæ eludere hoc vno prætextu quòd ipſis inauditis de retrouendendi iure cognitum fuerit. Sufficit enim litem cum legitimo contradictore & inſtituram & peractam eſſe, legitimus porrò contradictor aduerſus venditorem alius eſſe non poteſt quàm emptor aut qui in emptoris iura omnia ſucceſſerit, id eſt, heres eius, non etiam reliqui creditores, niſi cùm venditoris eadem conditio eſt quæ cæterorum creditorum, vt de omnium ſimul iure & ordine in eadem diſcuſſionis inſtantia diſceptetur. Pragmaticorum † autem ſententia eſt, eáque in iudicando & conſulendo etiam apud peritiores receptiſſima, non eſſe cogendum venditorem vt in diſcuſſionis inſtantia poſtulet retrouenditionem: ſed poſſe illum ſi malit ſeparato in hanc rem iudicio heredem vrgere, vt retrouendat. Mouentur ex eo quod non dubitant, quin ex pacto de retrouendendo competat actio venditori non ſolùm perſonalis ad hoc præcisè vt emptoris heres qualiſcunque ille ſit retrouendere teneatur, ſed etiam in rem & vindicatio ſaltem vtilis ex ea Pauli Caſtr. traditione quam vulgo interpretes probare ſolent, *ad l. ſi cum venderet D. de pign. actor.* Ego verò auſim † dicere non minùs falſam eſſe pragmaticorum ſententiam, quàm falſa & abſurda ratio illa eſt qua mouentur. Ac de Caſtrenſis quidem opinione quibus rationibus nobis non probetur, ſequenti cap. dicemus: Sed quod ad propoſitam quæſtionem attinet dico ſuperioribus conſequens eſſe vt priuilegium inter creditores hac parte nullum habere debeat, qui agit ex pacto de retrouendendo. Si enim non niſi perſonalem actionem habet, cáque non ad id præcisè vt res retrouendatur, ſed ad id tantùm vt vel contractus fides impleatur, vel ob eam non impletam id quod intereſt præſtetur, cur habeat ille plus iuris, quàm ſi ad id duntaxat quod ſua intereſſet præciſam haberet actionem? Sed etſi venditori actio competeret ex pacto præcisè ad retrouendendum, cùm tamen non niſi perſonalis quoque actio illa futura eſſet, cur aliam venditoris huius rationem conſtituamus, quàm cæterorum creditorum perſonalem duntaxat actionem habentium? Pollet fortaſſe huius creditoris fauor aliquis in eo eſſe quòd eam rem repoſceret, quæ aliquando fuiſſet ſua, quámque non aliter fuerat venditurus quam ſibi retrouenditam illam iri ſperaſſet. Poſſétque rurſum fauor ille inducere priuilegium prælationis, vt in ea ſaltem re venditor hic cæteris creditoribus præferretur. Sed vtvt ita eſſet, nihilomagis tamen conſequens fieret quod pragmatici volunt non eſſe cogendum eum de iure

iure suo cum cæteris creditoribus in discussionis instantia disputare. Nihil enim vetat inter chirographarios quoque creditores aliquos esse priuilegiarios quorum potior causa esse debeat, licèt tempore sint posteriores. Tritum namque est, priuilegia personalium actionum non ex tempore æstimari, sed ex causa *l. priuilegia 32. De ben. auctor. iudic. poss. vel venund.* quomodo inter cæteras causas dotis, depositi, funeraria, & aliæ nonnullæ priuilegium habere existimantur. Sed tamen si verum
5 amamus, nec illud admitti potest vt † prælationis priuilegium habeat venditor qui agit ex pacto de retrouendendo. Nam si verum est, quod neque pragmatici ipsi diffitentur, venditorem qui rei à se venditæ pretium consecutus non est, si pretium illud petat, & cum cæteris creditoribus concurrat, priuilegium nullum habere, nec si in rem ipsam venditam agere velit, quia neque tacitam hypothecam vllam habere intelligatur, neque cùm habet expressam, habeat etiam ius prælationis in quo deterioris conditionis est quàm qui pecuniam credidit ad emendum, *l. licet 7. C. qui potior. in pignor. habeant*, quantò minùs aut hypothecæ tacitæ aut prælationis ius habere is debebit, qui & vendidit, & venditionis pretium consecutus est, licèt vendiderit sub pacto de retrouendendo, si postea nolit emptor retrouendere? Hic enim vtique multò minùs iuris habet in rem venditam, quàm is cui pretium nondum fuerit solutum: quem constat posse velut taciti pignoris iure rem retinere donec pretium soluatur, *l. Iulianus 13. §. offerri, de action. empt.* At is qui & vendidit, & iam tradidit, adeóque pretium consecutus est, omne ius non solùm dominij, sed etiam possessionis à se abdicauit, nec proinde aut retinendo aut qua alia ratione prospicere sibi potest, præterquàm agendo, si vendiderit sub pacto de retro-
6 uendendo. Quid verò si emptoris † bona omnia generali conuentione pignoris venditori sint obligata, & consequenter ea ipsa res vendita? Non potest pignoris conuentio aliam actionem inducere quàm hypothecariam, & quasi Seruianam, quam portò in generalis bonorum discussionis instantia exerceri nihil vetat, cùm sit ea instantia communis creditorum omnium non solùm chirographariorum sed etiam hypothecariorum. Sed an faciet hypotheca vt in ea saltem re præferatur venditor cæteris creditoribus, sicut dici solet in eo qui de re aliqua tecum pactus est, ne alij eam quàm tibi vendas? Hunc enim, si cauerit sibi de pignore atque ita ius sibi acquisierit non solùm in rem, sed etiam in re ipsa, vulgò creditum est præferendum esse non modò aliis creditoribus, sed etiam cuilibet emptori: ac multò magis si eam ipsam rem specialiter pignori acceperit, ex *l. si debitor 7. §. vlt. D. de distract. pignor.* Verùm sunt ista longe dissimilia, vt ego quidem existimo. Nam etsi maximè vera esset ea sententia quæ potiorem vult esse causam pactionis de non alienando accedente vinculo pignoris quàm alienationis, de quo alibi & separatim tractandum erit, longo tamen interuallo differt pactio de non alienando à pactione De retrouendendo, quæ ipsa in contrarium, De alienando est. Facilius enim est vt alienare quis prohibeatur, quàm vt alienare cogatur, & ius quod quis sibi in re aut acquisiit aut retinuit, potentius est ad inhibendam alienationem, quæ in alium fieri posset, quàm ad eam ab inuito extorquendam, quia quo magis valeat alienatio, eo pleniorem & liberiorem esse necesse est in alienatione alienandi facultatem: Proinde pactum de retrouendendo tametsi maximè adiunctam habeat pignoris conuentionem, numquam facere potest quominùs plenum dominij ius transeat in emptorem, & consequenter non prodest venditori ad hoc vt in ipsam rem venditam agere possit ad retrouenditionem obtinendam. Neque enim res ipsa est quæ retrouendere debet, sed persona emptoris, nec quemadmodum per rem ipsam interdum fit ne valeat alienatio, nimirum cùm res ipsa facta est inalienabilis siue per conuentionem, siue qua alia ratione: ita similiter possis dicere per rem ipsam fieri vt retrouendi omnimodo debeat, aut quòd adhuc difficilius est, vt pro retrouendita habeatur. Siquidem in retrouendendo factum versatur. Ergo personæ, In non alienando, non factum in quo, id est, vt ne quid fiat, personam aliquam interuenire necesse non est, potéstque pactio sufficere quæ rem ipsam afficiat, & inalienabilem reddat.

ERROR IX.

De specie & sententia l. si cùm venderet 13. D. de pignor. action.

SVMMARIA.

1 *Ex statuto est apud Sabaudos, quod datur venditori sub pacto de retrouendendo actio non tantùm aduersus emptorem, sed etiam aduersus tertium possessorem.*
2 *Vnde predictum ius deducas Paulus Castr.*
3 *à Triboniano adiectam integram clausulam l. si cùm venderet. 13. D. de pignor. act. qua nititur Castrensis.*
4 *Inauditum est prudentibus vt creditori qui pignus sine iure ritè distraxerit, competat vindicatio contra emptorem.*
5 *Castrensis ratiocinatio reprobata.*
6 *Eiusdem Castrensis plures errores notati.*
7 *Disputatio contra Tribonianum d. l. 13. corruptore, qua docetur vindicationem debitori non competere aduersus emptorem pignoris.*
8 *Nulla vindicatio contra dominum datur.*
9 *In specie d. l. si cùm venderet. 13. potestatem conuentionis non facere vt pignus quod venditum fuit obiecto postea per debitorem pretio pro non vendito habeatur.*
10 *Actionem in factum debitori aduersus emptorem pignoris competere non posse.*
11 *Quo casu verum sit quod scribit Vlpianus in d. l. 13. teneri creditorem pignoratitia, vt actionem ex vendito præstet debitori.*

INterpretum error iste est verius quàm pragmaticorum nostrorum, nam ius quo passim hac in re vtimur, vt † ex pacto de 1
retrouendendo agere venditor possit, non tantùm aduersus emptorem, sed etiam aduersus tertium quemlibet possessorem veteris statuti autoritate nititur, quo idipsum disertè constitutum est in cap. ex frequentibus, lib. 2. Sed statuto causam dedit proculdubio error interpretum, quorum plerisque visum est hoc ipsum ex æquissima & verissima iuris ratione dici posse. Eiúsque sententiæ † autor vulgò laudatur Paulus Ca- 2
strensis ad *l. si cùm venderet 13. D. de pignor actor.* vbi quod lex ait de pacto interposito à creditore pignus distrahente, vt debitori quandocunque pretium offerenti emptor id restituere teneretur, dandam scilicet debitori actionem non solùm pignoratitiam aduersus creditorem vt cedat ea actione quam ex pacto sibi quæsiit contra emptorem, sed etiam ex pacto ipso aduersus emptorem in factum actionem, adeóque vtilem rei vindicationem, idipsum producit Castrensis ad eum casum quo quis vendiderit sub pacto de retrouendendo eam rem quam postmodum emptor in alium alienauerit, siue ante, siue post oblatum à priore venditore pretium, posterior alienatio facta esse proponatur, quasi pacti de retrouendendo ea vis & potestas esse debeat vt vtilem dominij translationem inducat, in eóque differat

rat à lege commiſſoria, & à pacto addictionis in diem, quod ex pactis illis non vtile duntaxat, ſed etiam directum dominium ipſo iure & citra vllam traditionem transferatur, quia tendunt, inquit ille, ad contractum reſoluendum ex quo directum illud dominium fuerat tranſlatum. Neq; dubitat Caſtrenſis, quin alienata re quæ ex pacto retrouendi debuit tanta pacti vis eſſe debeat cõtra ſecundum emptorem, quanta contra primum futura erat ſi is rem non alienaſſet, propterea quod non potuerit alienatio fieri niſi cum ſua cauſa, & vt vulgari noſtrorum brocardico iactari ſolet, reſoluto iure datoris reſolui etiam neceſſe ſit ius acceptoris *lege lex vectigalis fundo* 31. *D. de pignor. lege debitor* 40. §. *vlt. D. de pignor. act.* Quæ tota traditio non plura certe verba continet quam errata: Vt mirandum ſit tanto poſteriorum interpretum ferè omnium adeóque ſupremorum tribunalium applauſu receptam eam fuiſſe, niſi forte Triboniano potiùs quàm Caſtrenſi aut alij vlli ex interpretibus ſuccenſendum eſt, qui ſanè ſi quid mei iudicij eſt, elegans illud Vlpiani reſponſum quod extat in *dict. l. ſi cùm venderet*, turpiter fœdauit adiecta de ſuo, vt ſolet, integra illa clauſula quæ vna interpretes facillit ac tot erroribus cauſam dedit, *ſed & ipſe debitor aut vendicare rem poterit aut in factum actione aduerſus emptorẽ agere.* Nec enim apud me dubiũ eſt quin à certiſſimis & notiſſimis iuris regulis ea ſententia abhorreat, proinde q; Triboniano adſcribi debeat, non Vlpiano. Pius putat Caſtrenſis, in ſpecie illius legis vindicationem quæ datur debitori contra pignoris emptorẽ, nec niſi vtilis eſt in perſona debitoris qui pactus non fuit, creditori ipſi accommodandam eſſe, vt non tantum ex pacto agere poſſit aduerſus emptorem pignoris, ſed etiam pignus ipſum oblato emptori pretio ſi malit, vindicare. Quod ſi ita eſt, non abs re cum eodem Caſtrenſi dicere iam omnes poſſint textum illum eſſe ſingularem, nec alia vlla iuris parte alium reperiri quo id ipſum probari poſſit. Etenim vt hinc noſtra incipiat non contra Tribonianum, ſed contra Caſtrenſem diſputatio (nam de actione ex pacto de retrouendendo contra tertium poſſeſſorem dicemus capite ſequenti) quis vn-
4 quam † ex prudentibus dixit, creditori qui pignus ritè diſtraxerit ſuo iure & tanquam creditor, competere poſſe vindicationem aduerſus emptorem? Quid in iure noſtro certius quam vindicationẽ non niſi domino dari, & contra eum qui non dominus ſit, ſed tantum poſſeſſor? Quid vulgatius, quam creditorem dominum non eſſe ne tum quidem cùm pignus ſibi traditum adhuc poſſidet necdum vendidit? Quanto minus poſt factam à ſe venditionem? Quid turſum apertius, quam quod tot locis ſcriptum eſt creditorem qui pignus ſuo iure diſtraxit ſeruatis ſolennibus, licet pignoris dominus non fuerit, dominium transferre in emptorem? Quo admiſſo, quid iuris poteſt habere ille ad vindicandam rem quam ipſe alienauerit? Itaque quamuis verum eſſet, quod nos contra Tribonianum mox negabimus, moram faciente emptore in pretio recipiendo quod à debitore ſecundum creditoris pactionem offeratur, dandam eſſe debitori vindicationem contra emptorem, nulla tamen ratio ſubeſſet, at nec rationis color vllus vt eadem actio accommodari deberet creditori. Nam in perſona debitoris poſſit quis diſputare, quod Tribonianum ſatis incautum & imprudentem Iureconſultum fallere potuit oblato emptori pretio ſi id emptor accipere ſine cauſa recuſet, perinde habendum eſſe acſi venditio nulla facta fuiſſet, cùm fidẽ pactionis in vendendo adhibitæ implere nolit, nec ob id melioré eſſe emptoris conditionem oportere quod in frangenda pacti fide improbe verſetur. Atqui ſi venditio nulla facta eſſet, nemo dubitaret quin debitori liceret oblato pretio rẽ ſuam recuperare, adeóq; quaſi iã ſublato pignoris vinculo, ſaltẽ ſecuta obſignatione quæ ſolutionis vice eſſe poſſet, vindicare: quia pignoris dominus manet debitor, neq; vero aliter pignus dare poteſt quam ſi eo tẽpore quo pignus cõſtituitur dominus proponatur, *l. cũ & ſortis* 15. §. *vlt. D. de pignor. act. l. & quæ nõdũ* 15. §. *quod dicitur D. de pignor.* At finge quantũ voles ob moram & cõtumaciã emptoris nolentis implere fidẽ venditionis, perinde habendam eſſe venditionem acſi facta non fuiſſet (quod tamen nulla arte nulliſque machinis aſſequi vnquam poſſis) quid aliud efficies niſi vt emptor dominus amplius eſſe non videatur, quippe qui pignoris dominium nec nanciſci nec retinere ſibi potuit, niſi ex cauſa venditionis? At non illud æque effeceris, vt creditor ipſe dominus iam eſſe intelligatur, quia neque dominus erat ante venditionem: alioquin ſola contractus reſolutio plus iuris adferret, quam ante contractum habuiſſet is in cuius commodum ea reſolutio fieret, quod tamen neque iuris ratio patitur neque ipſum quidem reſolutionis nomen. Quid enim aliud eſt reſolui contractum quàm pro non facto haberi? Cur ergo poſt reſolutam culpa emptoris venditionem quam creditor ipſe fecerit, dabimus creditori vindicationem, quam nulla facta venditione non eſſet habiturus? Siquidem iam dicimus, ad dandam vindicationem ſiue directam ſiue vtilem, non illud ſolùm requiri ex parte poſſeſſoris vt non ſit dominus, ſed etiam & potiſſimũ ex parte actoris, vt ſe dominũ probet. Stulta 5
igitur eſt ratiocinatio illa Pauli Caſtrenſis, vt quia vtilem pignoris vindicationẽ Tribonianus dat debitori contra ẽptorẽ, eadẽ multo magis dãda ſit creditori, cùm diuerſitatem iuris in perſona debitoris & creditoris illud inducat, quod etſi poſt pignoris venditionem ritè factam neuter ſit dominus, tamen verum eſt debitorem aliquando fuiſſe dominum, ſcilicet ante venditionem, creditorem vero nunquam. Fefellit Caſtrenſem † quod putauit 6
vindicationem hanc quam debitori Tribonianus accommodat, non niſi ex perſona creditoris qui pactus fuerat, poſſe competere, ſicut nec illam in factum actionem, cuius eadem clauſula meminit, quæ cum naſcatur ex pacto & ſit in perſonam, proculdubio dari non poteſt debitori qui pactus non eſt niſi ex perſona creditoris qui pactus fuit, ſiue ceſſa ea ſit, ſiue non: Hac ſola differentia, quod quæ ceſſa eſt, directa eſt cùm ex perſona quoque cedentis exercetur: quæ vero ceſſa non eſt, ea ſi qua ſit quæ competat, non niſi vtilis eſſe poteſt. Et ſanè fieri nequit vt ex alterius perſona poſſit quis exercere actionem, quam alius ille non habeat. Sed negandum eſt quod Caſtrenſis ſupponit pro vero, vindicationem hanc quam Tribonianus dat debitori contra emptorem, dari ex perſona creditoris. Ita enim fiet vt nullo prætextu poſſis eandem actionem accommodare creditori. Sed & illud negandum † eſt quod Tribonianus 7
vult, vt iam cum Triboniano certemus, dandam debitori vindicationem aduerſus emptorem, imò ne quidem actionem in factum vtilem ſine ceſſione. Nam quod ad vindicationem pertinet, ne debitori vllomodo dari poſſit illud omnino eſt impedimento, quod, vt iam dicimus, creditore pignus vtiliter diſtrahente, id eſt, dum ne quicquã ſit quod prohibeat aut vitiet diſtractionẽ, dominium pignoris tranſlit in emptorẽ, licet creditor qui alienauit non fuerit dominus §. 1. *Inſt. quib. alien. licet vel non l. qui à creditore* 18. *C. de pign.* Inauditũ verò eſt vt vindicatio † 8
vlla ſiue directa, ſiue vtilis aduerſus dominũ detur, cõtra quem nec Publiciana datur niſi certis caſibus, *l. pen. D. de publ. in rẽ act.* quoniã ad inſtar vindicationis eſt. Nec poſ-
ſis dicere pro tuẽda Triboniani inſcitia, poteſtatẽ † con- 9
uẽtionis facere vt pignus quod vẽditũ fuit oblato poſtea à pet debitoré pretio pro non vẽdito habeatur: vt inferas perinde igitur dãdã debitori vindicationẽ pignoris, acſi vẽditũ pignus nõ fuiſſet. Nũquã enim videas Iureconſultos eã capere interpretationẽ vt fũdus inemptus fiat, niſi cũ id ipſũ in cõuẽtionẽ expreſſim deductũ eſt, vt in lege cõmiſſoria, in pacto addictionis in diẽ, aut etiã in ſpecie, *l. ſi à te. C. de pact. int ẽpt. & vẽd.* At pactio illa de qua in *d. l. ſi cũ vẽderet*, vt debitori, quãdocũq; pretiũ offerẽti rem recipere liceat, longè alia & diſſimilis eſt nec eò ſpectat vt fundus inemptus conſtituatur ipſo iure, ſed tantum

quod ad vim & effectum poſtquam conuentioni ſatisfactum erit, non ante. Hoc volo, non poſſe fieri vt iuxta conuentionis formam debitor pretium offerens recipiat à creditore rem pignoratam, quin res illa creditori vendita fiat inempta. Neceſſe enim eſt vt habeatur pro obliga a ad hoc vt per debitorem lui poſſit. Luitur ſiquidem pignus, non res vendita, *l.*1. vbi eſt ſpecies perelegans *D.de pignor.act.* Obligata porro dici non poteſt in manibus emptoris qui neque de pignore conuenit, neque id egit emendo vt ius pignoris, ſed vt dominium ſibi acquireret, quin prius inempta conſtituatur. Sed hoc contendo ſi emptor conuentioni ſatisfacere nolit, ſola conuentionis poteſtate fieri non poſſe vt fundus ſit inemptus, quia cum non ſic concepta pactio ſit, ſed ita potius vt demonſtratæ ſint perſonæ debitoris & emptoris, credendum eſt id potius actum eſſe, vt emptoris perſona ex pacto obligaretur, quàm vt res ipſa vendita afficeretur Præſertim cum cauſa pignoris nihil commune habeat cum iure dominij. Nec quicquam vetet amiſſo per debitorem dominio ſupereſſe creditori ius pignoris, *l.*1. *D.de pignor.* Quidni ergo illud quoque ſimiliter admittemus, vt etiamſi debitor amiſerit dominium pignoris vtiliter diſtracti, ius tamen habeat rei recuperandæ oblato emptori pretio, acſi pignoris tantum non etiam vt dominij iure emptor eam rem poſſideret? Etſi enim non eſt in poteſtate contrahentium facere vt dominium aut acquiratur aut amittatur niſi certis modis iure ciuili conſtitutis, nihil tamen prohibet quominus is etiam qui dominus eſt pactione ſe obliget ad ea facienda, quæ ſi dominus non eſſet, facere & poſſet & deberet. Porro inter modos amittendi dominij. non ille eſt, ſi conuentioni tum cùm dominium acquirebatur interpoſitæ ſatisfactum non fuerit, niſi cum illud etiam conuenit vt ob non impletam conuentionem dominium quod alioqui ex contractu ſecutáque traditione tranſlatum eſſet proj non tranſlato habeatur: quo cenſu non tam id agitur vt dominium emptori quæſitum amittatur, quàm vti ne vllo tempore quæſitum eſſe intelligatur. Et hæc quidem quod ad vindicationem pertinet, vt appareat nullomodo poſſe eam competere debitori poſt factam à creditore pignoris diſtractionem, licet conuenerit vt liceret debitori eam rem recipere pretio quandocunque per eum reſtituto. Quod verò ad actionem † in factum 10
pertinet æquè difficile eſt, vt dari poſſit debitori qui non contraxit, aduerſus emptorem qui creditori ſoli promiſerit. Neque enim ratio iuris patitur vt ex conuentione naſcatur actio in perſonam fauore eius qui conuentionem nullam interpoſuerit, cum perſonales obligationes & actiones ex eo æſtimentur, quod ſicuti competunt ex cõtractu vel quaſi, aut ex delicto vel quaſi, ita neque aduerſus alium inducuntur, quàm qui vel contraxerit aut quaſi, vel deliquerit aut quaſi, neque ruſus alijs proſunt quàm cum quibus contractum, vel aduerſus quos delictum commiſſum eſt. Et vero ſi ius ita eſſet vt nulla quoque interueniente ceſſione danda eſſet debitori aut vindicatio aut actio in factum aduerſus emptorem, nihil prorſus debitoris intereſſet fieri ſibi à creditore ceſſionem, niſi forte ad hoc vt directam potius quam vtilem actionem exercere poſſet. Difficilius enim eſt, aut, vt ita dixerim, impoſſibilius, vt ex pacto creditoris directam actionem habeat debitor ſine ceſſione quàm vt vtilem. Sed præter id quod Triboniano iuris rationem omnino negligenti tam facilè fuit directam atque vtilem actionem etiam ſine ceſſione debitori accommodare (nam neque exprimit an actio illa in factum quam dari vult debitori directa ſit an vtilis.) illud etiam conſtat vtilem actionem eiuſdem effectus & poteſtatis eſſe cuius eſſet directa, ideóque nec quicquam intereſſe actoris directane an vtili actione experiatur, *l.actio* 47. *D.de negot.geſt* de cuius ſententia ſcripſimus *lib* 5. *Coniecturarum*, cúmque ſimiliter locum Triboniani non Pauli magna ex parte eſſe docuimus. Quod ſi admittas nihil prorſus intereſſe debitoris habere ceſſionem, inferam ſtatim, nec igitur dandam illi actionem pignoratitiam aduerſus creditorem vt eiuſmodi actione cedere compellatur. Nam quemadmodum audiendus non eſt creditor qui debitori præſtari nolit id quod ſine vllo diſpendio ſuo præſtare poſſit, vt ait *lex in creditore* 38. *D.de euict.* ita neque inquietandus pro ea ceſſione facienda quæ debitori neceſſaria non ſit. Eſt enim id perperuum vt ei cuius nihil omnino intereſt, actio nulla, ac ne quidem exceptio dari debeat, niſi cùm agitur ad pœnam conuentionalem. *lege* 3. *D.de verb.oblig.l. ille à quo* 3. §. *ſi de teſtamento. vbi. Alex. D.ad S.C. Trebell.* Præſertim verò in actione pignoratitia certum ius illud eſt, vt ei cuius nihil intereſt nunquam detur *l.aliena res* 20. §. *vlt.& paſſ. D.de pignor. act.* Qua de cauſa † nec illud 11
malè quis fortaſſe tentauerit, quod Vlpianus ſcribit in ſpecie *d.l.ſi tum venderet*, teneri creditorem pignoratitia, vt actionem ex vendito quam pignoris emptorem habet præſtet debitori, eo demum caſu verum eſſe quo creditor non ſuo iure aut minus ritè pignus vendiderit, puta ſi inter eum & debitorem conuenerat ne poſſet vendere, aut ſi nulla denunciatione præcedente venditio illa facta ſit. Alioqui enim difficile eſt vt quicquam iuſtè videri debeat intereſſe debitoris ob venditum amiſſumque pignus quod ritè diſtractum eſt, aut vt conueniri poſſit creditor ob factum id quod & iure ſuo facere potuit & legitime fecit, niſi reſpondeas quod veriſſimum ſanè eſt. Imo verò teneri omni caſu creditorem actione pignoratitia, vt huiuſmodi actione cedat, non quali dolo malo verſatus ſit in re pignorata, quomodo ſi vel conuenſſet de non diſtrahendo pignore, vel ea diſtractio minus ſollenniter facta fuiſſet, ſed potius ex æquitate illa quam idem Vlpianus noſter tantopere commendat in *dict.lege in creditore*. 38. *D.de euict.* quæ tractat ſimiliter de creditore, & pignoratitia actione, licèt ad aliam quàm ad propoſitam ſpeciem accommodate, *Cui enim*, inquit ille, *non æquum videbitur, vel hoc ſaltem conſequi emptorem quod ſine diſpendio creditoris futurum eſt?* Nihil enim vetat pignoratitiam actionem ſicut ex diuerſis cauſis, ita & ad alias atque alias præſtationes competere. Eſtque hæc ſententia conuenientior Vlpiani verbis, quæ ſunt generalia ad omnem caſum quo pignoris venditio per creditorem facta eſt, non ad hanc aut ad illam facti ſpeciem coangustata. Et ſanè cùm creditorem in re pignorata bonam fidem præſtare oporteat, qua fronte poſſit ille recuſare quominus in debitorem transferat commodum pactionis, quam ille ipſe interpoſitam voluerit fauore debitoris, & ex qua nullum ipſe proprium commodum ſperare vnquam poſſit? Illud plane extorquere volumus, non poſſe ex pacto creditoris agere debitorem contra emptorem ſiue directa ſiue vtili vindicatione aut in factum actione, citra ceſſionem cùm ob hoc ipſum habeat actionem pignoratitiam, contra creditorem, vt cedat actione ex vendito, quod eam habere ſua interſit. Neque enim, vt diximus, quicquam eius intereſſet ſi actionem aliquam ex proprio iure propriaque perſona habere poſſet. Non valde abſimile eiuſdem Triboniani facinus illud eſt, quod in *l.quidam* 29. *D.ad S. C. Velleian.* corrupto Pauli reſponſo dat ille actionem non ſolum in perſonam aduerſus eum cum quo actor non contraxerat, ſed etiam in rem & hypothecariam pro rebus non obligatis. Eſſe enim totam illam ſententiam Triboniani non Pauli docuimus in noſtris Coniecturarum libris.

ERROR

ERROR X.

De actione ex pacto de retrouendendo contra tertium possessorem.

SVMMARIA.

Error interpretum putantium ex pacto de retrouendendo dari actionem venditori contra tertium possessorem.

2 *Ex l. si cùm venderet. 13. D. de pign act. non posse dici errorem stabiliri, contra interpp.*

3 *Falsum esse illud Castrensis, ex pacto de retrouendendo induci vtilem dominy translationem.*

4 *Lex commissoria, pactumque addictionis in diem directam domini translationem non inducunt, aduersus eundem.*

5 *Distinctio quorumdam qua temperant pronunciatum num. 1 relatum & eius reiectio.*

6 *Quomodo accipiendum illud, alienationem fieri non posse nisi cum sua causa.*

7 *Ratio Castrensis & eius refutatio.*

8 *Distinctio quorundam inprobata.*

ERrore illo interpretum refutato circa speciem, & sententiam *l. si cum venderet 13. D. de pignor. act.* cum inter creditorem & emptorem pignoris conuenit, & debitori quandocumque liceat oblato debito cum accessionibus rem obligatam recuperare, alius refutãdus superest, circa † actionem quam pragmatici nostri post interpretes dari volunt ex pacto de retrouendendo contra tertium possessorem. In quo tamen, vt iam superioris capitis initio fum præfatus, pragmaticorum nostrorum error inculpatus est, quos statuti autoritas cogit ita sentire & iudicare. Quid enim aliud facere possint in ea re quæ certum ius habeat & constitutum? Sed non perinde excusandi sunt interpretes, quorum error statuto causam proculdubio dedit. Ne autem ea repetamus, quæ proximè contra Tribonianum & Castrensem disputauimus de specie & sententia *d. l. si cum venderet*, nunc id tantum agimus, † vt probemus etiamsi maximè vera essent ea omnia quæ Tribonianus eo loco aduersus rationem iuris effudit, quod pertinet ad pactionem illam inter creditorem & emptorem, vt ex eiusmodi pactione competat debitori actio contra emptorem, non idem tamen iuris constituendum fore in danda actione siue in rem, siue in personam ex pacto de retrouendendo aduersus tertium possessorem. Larga namque inter huiusmodi conuentiones differentia est, siue rationem incundi species siue vtriusque vim & effectum. Conuentio illa quæ fit inter creditorem pignus distrahentem & emptorem, vt liceat debitori rem recipere quandocunque pretium offerenti, non tantùm personam emptoris afficere videtur, sed etiam penè rem ipsam, vt quæ per venditionem à creditore iure factam sic alienata est vt nullum re vera supersit vinculum pignoris, quippe quod & ipsius venditionis potestate, & pretij solutione extinctum fuerit, perinde tamen habeatur acti maneret adhuc obligata. Quomodo enim fieri possit vt eius recuperandæ ius saluum habeat debitor, nisi hoc colore & prætextu quod aliquando eam obligauerit? Nam vt proximo capite dicebamus ex *l. 2. D. de pignor. act.* non dicitur sui res vendita, sed ea demum quæ pignori fuit obligata. Porro quæ iam rite rectéque vendita est non prius videri potest in pristinam obligationem recidisse, quam effectu ipso fieri cœperit inempta, aut saltem sic habenda acti nunquam per creditorem vendita fuisset, vel acsi creditor pignoris sui duntaxat non etiam dominij ius vendidisset: Quasi eo acto inter creditorem & emptorem vt eodem iure esset res illa penes emptorem quo erat penes creditorem, non equidem ratione dominij quod vtique per venditionem ritè factam in emptorem translatum esse negari non potest, sed quod ad ius luendi pertinet, vt saluum esset. Etsi enim conuentio hæc satis aliena videtur à natura venditionis per quam dominium secuta scilicet traditione transferatur, attamen iam sæpius monuimus, conuentiones omnes, quæ in traditionibus & alienationibus rerum adhibentur, seruandas esse, etiam eas quæ alioqui non valerent, *lege in traditionibus. D. de pact. lege ei fundo 17. D. de seruit. lege venditor 13. D. commun. pred.* At cùm inter emptorem & venditorem conuenit vt eandem rem venditori quandocunque aut intra certa tempora pretium restituenti retrouendere emptorem oporteat, neque formula neque potestas conuentionis facit, vt res ipsa affecta dici possit, inempta que haberi debeat, ne quidem in ipsa & effectu. Id enim tãtùm agitur huiusmodi pacto, vt emptoris persona obligetur ad retrouendendum, ac proinde vt tanto magis venditio prior subsistat nec resoluatur, aut pro resoluto habeatur, quemadmodum latiùs à nobis in superioribus disputatum est. Proinde nullo iuris colore defendi potest quod † Castrensis tradidit 3 ad *d. l. si cum venderet*, ex pacto de retrouendendo induci vtilẽ dominij translationem. Quomodo enim induceretur ex pacto de retrouendendo quæ nec induci posset ex ipsa retrouenditione nisi secuta traditione? Id enim est quod toties diximus, traditionibus non nudis conuentionibus dominia rerum transferri ex *lege traditionibus 20. C. de pact.* Nec simile est quod tractat ille in lege commissoria aut de pacto addictionis in diem, ex quibus, inquit ipse, directum quoq; dominium ipso iure transfertur. Quasi pactionis de retrouendendo minor potestas in eo tantum esse debeat, quod per eam non directũ sed vtile duntaxat dominium transferatur. Nam legis commissoriæ itémque pacti quo res addicitur in diem, potestas illa est vt venditio alioqui pura & perfecta resoluatur sub conditione, & quidem ipso iure. Vnde illud etiam fit vt dominium nunquam à venditore abscessisse intelligatur, deficiente scilicet titulo venditionis qui solus facere poterat ne traditio nuda videri deberet. Isque interpretum sane omnium vulgaris error est, existimantium clausulæ, vt vocant, resolutiuæ contractus vim illã esse vt dominium transferat ipso iure, cum tamen dicere potius debuerint clausulas huiusmodi resolutorias facere ne dominium vnquã acquisitum videatur ex contractu resoluto, quod alioqui in eo erat, vt nõ tam acquirendum quàm acquisitum iam esset. Sunt autem hæc longè differentia, præsertim quod ad instituram disputationem pertinet, dominium transferri ab emptore in venditorem, & dominium à venditore nunquam abscessisse. Non enim efficere vnquam possis vt ab emptore transeat in venditorem dominium quod nunquam emptoris fuisse intelligatur. Atqui † lex commissoria, pactúmque addictionis in diem facit vt existente conditione fundus fiat inemptus, ideoque in venditoris dominio semper mansisse existimetur. Tantum igitur abest vt inducant hæ pactiones directam dominij translationem, vt imò verò impediant ne sit in potestate emptoris dominium aut directum aut vtile transferre ne quidem per traditionem. Quo enim iure possit trãsferre dominiũ, quod nunquam habuerit? At per pactum de retrouendendo non resolutitur venditio prior vt dominium nunquam in emptorem translatum videatur, sed posterioris extorquendæ ius acquiritur actione personali ex contractu in eam rem comparata. Cui consequens est, vt ea re quæ ex pacto retrouendi debuit, medio tempore alienata, & in secundum emptorem translata non possit vlla ratione competere vindicatio, siue directa, siue vtilis venditori primo aduersus secundum emptorem, quam nec habere posset aduersus primum, nec primus quoque contra secundum, *lege cum precibus quarta C. de rer. permut.* Nec illa etiam distinctio † curanda est quam à plerisque probatam video vt Castrensis sẽtentiam temperent. 5

An ſecunda vendi io facta ſit ante moram à primo emptore in retrouendendo admiſſam, an poſt moram, quaſi facilius hoc caſu quàm illo danda ſit actio primo venditori contra ſecundum emptorem. Vtroque enim caſu verum eſt, tranſlatum eſſe dominium à primo venditore in primum emptorem, tursúmque à primo emptore in ſecundum, nec à ſecundo emptore ad primum venditorem vnquã reduiſſe: nec proinde ei qui dominus non ſit cõpetere poſſe vendicationem. Neq; enim mora, adeoq; nec dolus eius, qui rẽ ex pacto retrouẽdere debuit, facere poteſt, vt & retrouenditio, & retrotraditio quam vtramque interuenire neceſſe fuit ad dominium in primum venditorem transferendum, pro facta impletaque habeatur. Itaque ſiue mora primi emptoris aliqua interuenerit, ſiue nulla, idem omnino iuris eſt nec tantum quod ad vindicationem attinet, ſed etiam quod ad actionem inperſonam, quæ nunquam certe ſequitur ſingularem ſucceſſorem, *l. vlt. D. de contr. empt. l. 1. §. ſi heres. D. ad. S. C. Trebell.* Mora namque vnius efficere nequit vt contractus à perſona eius cum quo initus eſt in perſonam alterius trãsferatur. Ergo neque illud faciet vt perſonalis obligatio, quæ primum emptorem obſtrinxit ad ſecundum emptorem eodem vinculo obſtringendum extendatur. Cur enim noceat ſecundo emptori mora ſui venditoris, cum etiamſi venditor ille eandem rem retrouendidiſſet primo venditori, necdum tamen tradidiſſet, potior in cauſa dominij haberetur ſecundus emptor cui priori tradita res fuiſſet ex *reg. vulg. l. quoties 15. C. de rei vindicat.* Nemo autem dixerit plus iuris habere debere primum venditorem ob moram à primo emptore in retrouendendo commiſſam, quam ſi retrouenditio ipſa facta eſſet. Iam verò quod idem Caſtrenſis obiicit
6 † alienationem fieri non poſſe, niſi cum ſua cauſa ex *l. alienatio 67. D. de contr. empt.* (quæ etiam ſtatuti noſtri ratio expreſſa eſt) alienius eſt quam vt iure mouere quemquam poſſit. Nam vt docuimus in *Decad. 7. error. 3 in fin.* debet regula illa intelligi de ea demum cauſa quæ rem ipſam afficiat, vt puta ſi res fuit obligata aut legata ſub conditione ante alienationem. Atqui pactum de retrouendendo non rem ipſam afficit, ſed perſonam emptoris. Quod nos nondum perceperamus, cum *dict. error. 3.* ſcribebamus, Poſſe accommodatum exemplum dari ad *d. l. alienatio*, de re quæ vendita eſſet ea lege vt retrouenderetur. Fallebatque nos proculdubio quod Tribonianus de ſuo addidit ad Vlpianum in *dict. l. ſi cùm venderet*, Paulique Caſtrenſis autoritas & interpretatio ad eum locum. Alioqui poſſis eadem ratione concludere, ſi eadem res pluribus ſeparatim, & quod eſt conſequens diuerſis temporibus vendita ſit, præferendum ſemper priorem emptorem, quamuis poſteriori prius tradita proponatur, quoniam in ea cauſa fuit res penes venditorem poſt primam & ante ſecundam venditionem vt eam venditor tradere primo emptori deberet, &, vt dicam generalius, ſi recta eſſet hæc ratiocinatio, ſemper obligatio perſonalis ſequeretur ſingularem ſucceſſorem, quod tamen quàm falſum ſit, nec imperitiores quidem pragmatici ignorant. Nunquam etiam locus eſſet edicto prætoris de alienatione iudicij mutandi cauſa facta, cui locum facit ſola illa ratio, quod durior plerumque conſtituatur actoris conditio ex perſona eius in quem facta eſt alienatio, quam futura eſſet nulla facta alienatione *l. 1. l. 3. §. 1. paſſ. ill. tit. de alien. iudic. mut. cauſ. fact.* Æque inepta eſt ratio
7 † illa Caſtrenſis quod reſoluto iure datoris, reſoluatur etiam ius acceptoris, *ex vulg. l. lex vectigali. 31. D. de pignor. l. debitor 40. §. vlt. de pign. act.* ſupponit enim pro vero quod nos falſiſſimum eſſe docuimus, pacti de retrouendendo poteſtatem illam eſſe vt contractam venditionem reſoluat, exemplo legis commiſſoriæ aut addictionis in diem. Imò verò nouam potius vendendi obligationem inducit, quæ res à cauſa ſolutionis contractus omnino abhorret, eique ex diametro aduerſatur ſi iureconſulto credimus in *l. ab emptione 59. in fin. D. de pact.* Cúmque emptoris ius illud fuerit quod rei venditæ plenum dominium ſibi acquiſiit, fieri certe nequit vt ius ipſius aliter reſolutum videatur, quàm ſi nunquam dominus fuiſſe credatur, quod tamen per ſolum pactum de retrouendendo fieri nequit, cùm nec aliter poſſit vtilis retrouenditio fieri, quàm ſi prior venditio tenear, & ſubſiſtat. Et quamuis ſecuta retrouenditione itemque retrotraditione dominus iterum fiat is ipſe qui iam anteà fuerat, aliud tamen dominium eſt, alia acquiſitio dominij, alia cauſa dominij acquirendi: quorum omnium nihil dici poſſet ſi poteſtate ſolius pacti de retrouendendo prior venditio, reſoluta diceretur. Illud magis ad rem facere videtur, quod à ſtatuti conditoribus non inſubtiliter cautum eſt, vt ei qui ex pacto de retrouendendo ſe obligauit, alienatio eius rei prohibeatur, certum enim eſt prohibitionem legis facere ne dominium transferri poſſit in ſecundum emptorem, necne plus iuris habere ſecundus emptor poſſit, quam primus, *l. vl. C. de reb. alien. non alienand.* Qua ratione monuimus in ſuperioribus prudenter facere eos, qui vendunt ſub pacto de retrouendendo, ſi per conuentionem ſibi proſpiciant ne res illa poſſit alienari, vt non alio iure poſſit res eſſe penes ſecundum emptorem, quàm quo penes primum futura eſſet. Sed tamen quantumuis prohibita ſit alienatio, ſiue à lege, ſiue ab homine, fieri certè nullomodo poteſt vt eo magis dari poſſit contra tertium poſſeſſorem vindicatio primo venditori qui dominus amplius non ſit, aut actio in perſonam aduerſus eum cum quo non contraxerit, obſtantibus ſemper iiſdem iuris regulis, quæ obſtarent ſi ſecunda venditio licitè facta proponeretur. Nec ſanè quicquam eſt quod vtilem facere poſſit hanc actionem quam ſtatutum dat primo venditori contra tertium poſſeſſorem, præterquam ipſius ſtatuti autoritas, ideóque non male quis dixerit eſſe hanc conditionem ex lege & conſtitutione principali, *l. 1. D. de condict. ex leg.* Niſi quod cum condictiones omnes ſint ſtricti iuris, eiuſdem tamen ſtatuti authoritate ſit vt actio hæc quæ contra tertium poſſeſſorem datur, perinde ſit bonæ fidei, acſi contra primum emptorem exerceretur, eaſdemque habeat præſtationes. Sed & eodem ſtatuto contra iuris rationem factum eſt vt ex pacto de retrouendendo habet primus venditor actionem in rem etiam contra tertium poſſeſſorem, quam alioqui non eſſet habiturus, ne quidem contra primum emptorem: vtique enim primus quam ſecundus emptor cogi præcisè poſſit ad retrouendendum, quod ex iuris ratione, vt probauimus, vtique diuerſum eſſet. Nec illa denique diſtinctio
8 † à nobis probari poteſt, quam nonnulli probant an ſecundus emptor pactum illud de retrouendendo cum primo emptore initũ ſciuerit an ignorauerit. Quid enim commune habet illius ſcientia cum iure dominij aut actionis perſonalis? An eo minus verum eſt tranſlatum eſſe à primo venditore dominium, pactumque de retrouendendo cum primo emptore ſolo interceſſiſſe? Pertinet illa diſtinctio ad cauſam reſtitutionis, & quidem minorum duntaxat, ſecundum eam ſententiam & interpretationem quæ à nobis allata eſt in *error. 1. 2. & 3. Dec. 7.* vnde peti volumus alia multa quæ huc tranſcribi poſſent.

ANTONII

ANTONII FABRI IC.

Decas Vigeſimatertia.

ERROR PRIMVS.

De facta per emptorem oppignoratione rei emptæ ſub pacto de retrouendendo.

SVMMARIA.

1 *Emptor ſub pacto de retrouendendo rem qua retrouendi debet obligando vel alienando non nocet venditori, ex interpretum & pragmaticorum ſententia.*

2 *Cùm quid ſit in conſequentiam præcedentis conuentionis, ſi de creditorum iure & ordine diſputetur, temporis ratio habenda eſt, quo cónuentio facta eſt, non quo effectum & complementum habere cœperit.*

3 *Ex qua lege probent interpp. & pragmatici pronuntiatum nu. 1. relatum.*

4 *Quod dicitur in iure de venditione facta ſub pacto addictionis in diem, malè transferri ab interpretibus ad venditionem quæ fit ſub retrouendendi pacto: & quomodo inter ſe conueniant, ac differant.*

5 *Venditio quæ fit ſub pacto de retrouendendo nunquam reſoluitur, contra pragmaticos.*

6 *Retrouenditionem quæ fit ex pacto de retrouendendo non fieri ex neceſſitate, vt volunt pragmatici.*

7 *Emptor non poteſt cogi precisè & abſolutè vt retrouendat eam rem, quam emit ſub pacto de retrouendendo, ſed præſtatione eius quod intereſt liberatur contra Pinellum.*

8 *Si præſtando intereſſe liberetur emptor qui rem retrouendendam medio tempore alienauit, idem quoque iuris obtinere debet, ſi eam pignori dederit.*

9 *Licet ſtatuto prohibitum ſit, ne rem venditam ſub pacto de retrouendendo alteri vendere emptor poſſit, non tamen prohibetur oppignerare, & nu. 12.*

10 *Sententia l. in diem. 8. D. de aqu. plun. arcend.*

11 *Ad quas res pertineat regula protrita, Eam rem quam quis emere non poſſit, nec pignori accipere poſſe.*

12 *Quicquid emptionem venditionemque recipit, recipere etiam poteſt oppignorationem.*

13 *In re empta ſub pacto de retrouendendo poteſt conſtitui pignus ab emptore.*

14 *Qua ratione poſſit efficere dominus qui rem ſuam alienat quam aliquando recuperare cupit, ne in ea re pignoris aut ſeruitutis ius ab emptore conſtituatur.*

EST hic pragmaticorum & interpretum noſtrorum error conſequens, ſuperioribus proxima Decade confutatis. Nam quemadmodum putant illi ius tale eſſe, vt ex pacto de retrouendendo naſcatur actio non ſolum contra primum emptorem, ſed etiam contra tertium quemlibet poſſeſſorem, & quidem ad id præcisè vt fiat retrouenditio, nec tantùm actio in perſonam, verum etiam vindicatio ſiue directa, ſiue vtilis illa ſit, ita exiſtimant † ſi quid medio tempore geſtum ſit ab emptore aut obligante aut alienante rē quæ aliquando retrouendi debeat, non poſſe id nocere venditori, qui & anteriore &, quod conſequens eſt, poſtiore iure nitatur. Sic enim ſentiunt, retrouenditionem hanc quæ fit ex neceſſitate vtilis pacti præcedentis, neceſſariam videri debere, non voluntariam, eiuſque poteſtatem illam eſſe, vt tunc ſaltem cùm ſecuta eſt, prior venditio quæ in eum vſque diem ſubſtiterat, reſoluatur, & pro nunquam facta habeatur. Quod ſi verum eſſet, illud quoque fateri certè oporteret, irritas fieri conuentiones omnes medio tempore initas per emptorem, non quidem ad liberandam emptoris perſonam quominus iis teneatur cum quibus contraxiſſet, ſed hactenus nimirum ne venditoris conditio durior & deterior ab emptore fieri potuiſſet. Eſt enim generalis propoſitio illa iuris ciuilis, cùm quid † fit in conſequentiam præcedentis alicuius conuentionis ſi de creditorum iure & ordine diſputetur, prioris rationem habendam eſſe quo conuentio facta eſt, non quo effectum & implementum habere cœperit, *l. 1. D. qui potior in pignor. hab.* In eam que † rem afferri vulgo ſolet quod ſcriptum eſt ab Vipiano in *l. vbi autem 4. alias l. ſi ex duobus. §. ſed & Marcellus. D. de in diem addiction.* Purè venditio & in diem addicto fundo, ſi melior conditio allata ſit, rem deſinere pignori eſſe ſi emptor eum fundum pignori dediſſet, quamuis medio tempore dominus fuerit, alioquin, inquit, nec pignus teneret, Eámque ſententiam Bartolus tuetur ad *l. in diem 8. D. de aqua pluu. arcend.* & ceteri interpretes non inuiti ſequuntur. Mihi verò contrà videtur. Stulta † enim eſt, vt toties inculcauimus compætatio venditionis factæ ſub pacto de retrouendendo. Eſt quidem illud vtrique commune quod per vtramque emptor fit verè dominus ſecuta traditione quæ res Bartolum & cæteros fefellit, ſed differētia in eo eſt quàm maxima quod venditio facta ſub pacto addictionis in diem ipſo iure reſoluitur, fitque inemptus fundus oblata intra diem meliore conditione: Ideoque locum hîc omnino habet ea iuris regula quæ reſoluto iure datoris reſolui vult ius acceptoris, *l. debitor 40. §. vltim. D. de pignor. action. l. ex vectigali 31. D. de pignor.* Nec enim fieri poteſt vt pignus ab emptore conſtitutū duret ac ſubſiſtat, cùm res in eam cauſam deducitur vt nunquam vendita nunquam empta fuiſſe videatur: quandoquidem ad pignus conſtituendū illud ſemper requiritur vt dominus ſit is qui pignus cōſtituit, *l. 2. D. de pignor. action.* Etſi autem reuera dominus fuit pignoris conſtituti tempore is qui emerat ſub pacto addictionis in diem, ob idque ex eo tempore pignoris datio tenuit in eum vſque diem quo reſoluta vēditio fuit, tamen ex die ipſo reſolutæ venditionis, ſicuti dominium incipit videri nunquam fuiſſe acquiſitum, ita & pignus in eam cauſam deducitur vt à non domino datum eſſe intelligatur, ergo inutiliter datum eſſe videbitur, quia ad eum caſum peruenit, à quo nec incipere potuit, *argum. lege quia in eum caſum 16. D. ad leg. Aquil.* At venditio, † quæ fit ſub pacto de retrouendendo nunquam reſoluitur, in quo decipi video pragmaticos & interpretes omnes quotquot hanc quæſtionem tractant, nec ſolum non reſoluitur ipſo iure, at ne facto quidem, id eſt, ſecuta retrouenditione. Retrouenditio enim non priorem venditionem reſoluit, ſed nouam inducit, vt Iureconſul. loquitur in *l. ab emptione 58. D. de pact.* Nouam porro venditionem inducere non aliter poteſt, quàm ſi prior teneat & ſubſiſtat, Quomodo enim facere poſſis vt per retrouenditionem ab emptore factam dominium

dominium in venditorem qui nouus emptor eſt translatum eſſe intelligatur, quin priorem venditionem ſubſiſtere patiatis ex qua dominium fuerit emptori acquiſitum, vel ob hoc ipſum vt venditorem ſuum rurſus dominum facere poſſet? Proinde ridiculi ſunt qui ad hunc quoque caſum accommodant vulgare illud brocardicum, Reſoluto iure datoris reſolui ius acceptoris: ridiculus Bartol qui ex eo iure quod de pacto addictionis in diem conſtitutum eſt, ſumit argumentum, vt in pacto de retrouendendo idem iuris conſtituendum eſſe probet, ridiculus denique Cagnolus qui ad *l.1.C.de pact. inter empt. & vendit.* vt contra Bartolum agat ſubtilem, reſpondet ad § *ſed & Marcellus. & ad l.lex vectigali.* Reſolui quidem venditionem per pactum de retrouendendo ſecuta ſaltem retrouenditione, ſed effectu potius & per conſequentiam, quàm quòd pactum in eam rem directè, vt loquitur ſit ordinatum. Debuit potius dicere quod nos dicimus, Per pactum de retrouendendo non reſolui priorem venditionem, at ne quidem per ipſam retrouenditionem, ſed nouam induci, quæ priorem non ſolùm ſupponit, ſed etiam confirmat, ſiue pacti vim inſpicias, ſiue effectum rei. Sed illud multò inſubtilius eſt, quod interpretes & pragmatici pro vero habent, re-
6 trouenditionē † quæ fit ex pacto de retrouendendo fieri ex neceſſitate, cùm nihil ſit aut verius, aut apertius quàm fieri eā ex voluntate emptoris qui ſi retrouendere nollet, quantumuis millies ſi velles ad præcisè retrouendendum condemnatus, nūquam tamen retrouendidiſſe videretur, id eſt nunquam retrouenditio pro facta haberetur, quæ re vera nunquam facta fuiſſet, ſi quidem facta eſt, nec vllam admittit iuris fictionem: neque aliud ius venditori ſupereſſet, niſi vt pecuniariam vrgeret condemnationem, & ex condemnatione quanti ſua intereſſet, conſequeretur, vt & Cagnolus ipſe fatetur. In eo tamen cautiens quod vt Bartolum defendat, neceſſitatem duplicem inducit, Præciſam vnam, alteram vocat, cauſatiuam, qualis inquit, hæc eſt quæ emptorem obligat cogitque ad retrouendendum, nili malit præſtare quanti intereſt venditoris: quaſi verò neceſſitas hæc dici poſſit quæ liberum non parendi arbitrium relinquit emptori. Imò verò non poteſt dici coactus qui id fecit quod maluit, licet neceſſe habuerit, vt alterutrum vellet, *l.ſi patre cogente*, 22. *D.de rit.nupt.* Denique cùm ſit in poteſtate emptoris facere ne res quam emit ſub pacto de retrouendendo vnquam redeat ad venditorem, nimirum ſi paratus ſit præſtare quanti intereſt venditoris. Cur ei permittamus vt alteram obligationis partem eligendo, id eſt retrouendendo, deteriorem faciat creditoris ſui conditionem cui medio tempore eandem rem pignori obligauerat? Scio eſſe qui putent contrà quàm Cagnolus ſentiat
7 cogendum † emptorem præcisè vt retrouendat eam rem, quam emit ſub pacto de retrouendendo, nec præſtatione eius quod intereſt liberetur: Quam ſententiam mordicus defendit Arius Penullus ad *leg.* 2. *Codice de reſcind. vendit.* Nihil tamen reſpondens ad eam rationem quæ in contrarium præcipue nos mouet, quod cogi præcisè nemo poſſit ad factum ſine aperta vi & impreſſione, quam legiſlator ferre nunquam poteſt, ſuccedente ob eā cauſam in omnibus faciendi obligationibus præſtatione eius quod intereſt in locum facti, *l.ſi quis ab alio* 13. §. *vlt. D. de re iudic*, Neque vlla iuris fictione fieri queat vt retrouenditio, quæ reuera facta non eſt pro facta habeatur. Sed tamen illi ipſi qui emptorem præcisè obligarum volunt ad retrouendendū, non negant recurrendum neceſſario eſſe ad præſtationem eius quod intereſt, ſi quid ſit quod retrouenditionem inpediat, vt putà ſi ea res quæ retrouendi debet medio tempore alienata proponatur. Quid enim aliud poſſint dicere? Atqui tantumdem iuris quod ad cauſam pignoris habet creditor cui eam emptor medio tempore pignori dedit, quantum haberet ratione dominij, ſi eam rem non pignoris, ſed emptionis iure accepiſſet. Neque maiorem venditori ſuo iniuriam fecit emptor, qui rem retrouendendam obligat creditori, quàm ſi eam purè alienaret, imo tanto minorē quanto facilius eſt vt poſt conſtitutum pignus ſatisfaciat nihilominus conuentioni & rem retrouendat, quæ ſi alienata eſſet, retrouendi iam non poſſet. Alienatio enim obſtat retrouenditioni, Pignoris datio non obſtat, quia nihil commune habet cauſa pignoris cum cauſa dominij, niſi hactenus vti ne conſtitui poſſit ius pignoris ab eo qui dominus non ſit *l.1. D.de pignor.* Cur ergo deteriorem faciamus conditionem creditoris, vt ob pactum de retrouendendo pignoris ſui iure cadat quàm emptorjs, cui nil obſtante eo pacto dominij ius integrum & ſaluum relinquimus? Nec vero Cagnolus ipſe quamuis Doctor, meo iudicio, parum ſubtilis, rationem hanc facilè obuiam ignorauit: Sed non eo minus Bartoli ſententiam ſequitur, quam & receptiorem eſſe ait, licèt nihil afferat quod reſponderi commode poſſit, niſi quod facilius eam apud nos defendi poſſe ait propter authoritatem ſtatuti quo diſtrictè prohibitum eſt ne rem venditam ſub pacto de retrouendendo alteri vendere emptor poſſit. Quod tamen à propoſita diſputatione prorſus alienum eſt. Non † enim hac parte eadem ratio eſt 9
oppignorationis quæ venditionis. Nec quod prohibeatur emptor rem vendere, facere debet vt prohibitus intelligatur oppignorare, ob eam diuerſitatis rationem quam proximè attulimus, quod alienatio impediat poteſtatem, & executionem pacti de retrouendendo, oppignoratio non item. Nam ſi obiiciat ius pignoris in ea re conſtituri facere vt ad alienationem peruenirī quandoq; poſſit, cum alioqui inutile futurum ſit pignus, quod diſtrahi nequeat, *l.4. D. de pignor. action.* Reſpondebo futuram eam voluntariam reſpectu venditoris, in cuius ſcilicet arbitrio & poteſtate erit poſt factam retrouenditionem impedire ne pignus diſtrahere creditor poſſit, oblata nimirum ei ſorte cum acceſſionibus, repetenda poſtmodum aduerſus emptorem qui rem illam pignori dedit. Ita fiet vt neque creditor damnum ſentiat cui nihil imputari poteſt, quique pignus ab eo accepit quem ſciuit verum dominum. Neque venditor cui ſalua manet indemnitatis ſuæ perſecutio contra emptorem, cuius ſanè incommodo & diſpendio rerum hoc quicquid eſt damni, & incommodi cedere debet, qui ex creditoris ſui pecunia ſolus lucrum ſenſit. Etſi enim licuit ei rem retrouendendam tanquam ſuam obligare, ſciuit tamen aut ſcire debuit facere id ſe non poſſe in necem venditoris, qui iure ſuo retrouenditonem quandoque poſtulaturus erat. Nec tamen ſimiliter poſſis imputare creditori ſi pactum de retrouendendo non ignorauit, cur eam rem pignori acceperit, quam ſciuit in eo eſſe vt ad venditorem aliquando redire deberet. Sciuit enim etiam fieri poſſe, & fortaſſis euenturum eſſe vt nunquam rediret, ſi fortè aut venditor redimere, aut emptor retrouendere nunquam vellet, malletque aut venditor conſequi aut emptor præſtare quanti ob eam rem intereſſet. Nam quod ſcriptum † eſt in *l.in diem* 8. 10
de aqu. plun. arcend. in concedendo iure aquæ ducendæ tam venditoris quàm emptoris voluntatem exquirendam eſſe, ad eum caſum pertinet quo prædium fuerit addictum in diem: ac proinde quo non emptor ſed venditor fuiſſe videatur dominus tempore conceſſionis ſi intra diem allata meliore conditione venditionem reſolui contigerit, fundumque fieri inemptum. Id enim eſt quod lex ait, *vt ſiue remanſerit penes emptorem, ſiue receſſerit, certum ſit voluntate domini factam aquæ ceſſionem.* Cui nec illud diſſimile eſt, quod in eiuſdem legis fine Paulus ait. *non ſolius eius ad quem ius aquæ pertinebit voluntatem exigi in aqua ceſſione, ſed etiam domini locorum etſi dominus uti ea aqua non poſſit, quia recidere ius ſolidum ad eum poteſt.* Nam cùm eorum omnium voluntatem & conſenſum exquiri oporteat, quorum ius minuitur, vt Vlpianus ſcripſerat in lege præcedenti, negari non poteſt quin habenda

ſit

ſit ratio eius, qui loci dominus iam tum eſt, cùm aqua ceditur, licèt eo tempore non habeat ius aquæ: Nos verò cum caſum tractamus quo venditor neque iuris quicquam habeat in re obligata eo tempore quo pignus conſtituitur, id eſt, ante factam retrouenditionem, neque tunc habuiſſe videri vnquam poſſit, id eſt, ne ſecuta quidem retrouenditione. Non enim facit retrouenditio vt dominium penes venditorem ſemper manſiſſe intelligatur, ſed è contrario vt emptori quæſitum illud fuiſſe neceſſe ſit ad hoc vt per retrouenditionem potuerit ab eo redire ad venditorem. Cur ergo voluntatem venditoris exquirere debeat creditor, accipiens pignori eam rem quæ tum pleno iure ſit emptoris? Nec eſt quod quis dicat, eam rem quam quis emere non poſſit, nec pignori accipere poſſe, *l* 1.§. *eam rem. D. qua res pignor.* 11 Neq; enim tam generaliter & indiſtincte id accipiendum eſt, ſed ad eas res coangustandum quas ideò quis emere non poſſit quòd earum non ſit commercium, vt eadem lex ait. Ex qua fit vt prædium litigioſum quod vēdi non poteſt, pignori capi poſſit, nec niſi nobilis rei litigioſæ oppignoratio prohibita ſit, vt ex Scæuola Marcianus ſubiicit, nimirum quia in rebus mobilibus duntaxat, quæ facilè occultari poſſunt, poteſt oppignoratio difficiliorem facere vindicationem. Sic dicimus, in quorum finibus emere quis prohibetur pignus accipere, non prohiberi, *l. in quorum* 24. *D. de pignor.* Licet contraria propoſitio affirmatiua generaliter vera ſit, quicquid emprionem † venditionemque recipit, recipere etiam poſſe pignorationem, *l. ſed & quod* 9.§. 1. atqui ſtatutum quod prohibet alienationem rei emptæ ſub pacto de retrouendendo, non idcirco facit vt ea res non ſit in commercio: ſed tantum vt ſalua poſſit eſſe venditori actio ad petendam retrouenditionem, quæ alioqui poſt factam alienationem peti amplius non poſſet. Non ergo poteſt videri prohibita oppignoratio, quæ ſcilicet nihil commune habet cum iure petendæ, ac faciendæ retrouenditionis, vt diximus. Et ſanè abſurdum eſſet, adeóque iniquum & à publica vtilitate alienum ſi non liceret emptori ea re frui quam ſub huiuſmodi pacto comparaſſet. Atqui fructus rei eſt pignori dare licere, *l* 1. *ult. D. de vſur.* 13 Quod autem † de conſtituto pignore diximus, ſimiliter obtinet ſi queratur de iure conſtitutæ ſeruitutis. Quidni enim liceat emptori ſeruitutem conſtituere prædio cuius ipſe dominus verè ſit, & pleno iure? Sed tamen indemnitas venditori præſtanda eſt, vt emptor condemnandus quanti venditoris intereſt liberam rem retropendi, quæ libera fuerat vendita: non ſecus quàm ſi 14 eam rem pignori dediſſet. Nullane igitur prudenti † patrifamilias ratio ſupererit, ſic paciſcendi cum rem ſuam alienat quam aliquando recuperare volet, vt neque pignoris, neque ſeruitutis ius vllum in ea re conſtitui ab emptore poſſit? Imò quàm optima & expedita: nempe ſic inita conuentione, non vt res retrouendatur aut reſtituatur, ſed vt oblato intra dictam diem pretio fundus inemptus fiat, vt in ſpecie *l. ſi à te* 7. *C. de pact. inter empt. & vendit.* Huius enim conuentionis poteſtas illa eſt, vt ſatisfaciente ex parte ſua venditore, reſoluatur ipſo iure venditio, & conſequenter nunquam dominus emptor fuiſſe videatur, nec proinde ius habuiſſe conſtituendi pignoris, aut imponendæ ſeruitutis, quorum neutrum fieri poteſt ab eo qui non ſit dominus. Quo magis æqua videri debet ſententia noſtra quę emptori emptoriſque creditorib. fauet ſoluſque venditoris vtilitatem inpugnat, cui ſane imputari poteſt cur vendiderit ſub pacto de retrouendendo, ac non potiùs eam conuentionem adhibuerit, cuius poteſtate venditio reſolui quandoque poſſet: quo caſu nec venditori neceſſaria eſſet autoritas ſtatuti ad agendum contra tertium poſſeſſorem, non quidem ex pacto, ſed directa dominij vindicatione, acſi nulla vnquam venditio facta eſſet.

ERROR II.

De facta per emptorem oppignoratione fundi, in cuius venditione laſio immodica & enormis intercenit.

SVMMARIA.

1 *An valeat oppignoratio rei quæ poſtmodum redit ad venditorem ex cauſa petita propter immodicam laſionem reſtitutionis.*
2 *Bartoli ſententia affirmans autori probata.*
3 *Bartoli ſententia negans à Pinello defenſa.*
4 *Hanc ſententiam male inde firmari, quod reſoluto iure datoris prorſus neceſſe ſit reſolui ius acceptoris. & nn. 26.*
5 *Male quoque ſtatuminari ex l. 31. D. de pignor. vbi vectigali, fundo oppignerato, & emphyteuta canonem non ſoluente, fundus ad dominum redit, ipſo iure ac pignus euaneſcit.*
6 *Plus iuris habet dominus directus, quàm habere poſſit is qui ſub lege commiſſoria aut pacto addictionis in diem vendidit.*
7 *Error Baldi & ſequacium.*
8 *Quo ſenſu dicatur conſolidari dominium vtile cùm directo.*
9 *Cur finiatur ius ſeruitutis ſeu pignoris ab emphyteuta conſtituti, eo canonem non ſoluente.*
10 *Quod de reſolutione pignoris in fundo vectigali conſtituti dictum eſt, non poſſe locum habere in venditione, quæ propter immodicam laſionem reſcinditur.*
11 *Error Bartoli, Baldi & aliorum de cardine quæſtionis,*
12 *Venditio propter immodicam laſionem non dicitur reſolui, ſed reſcindi & nn. 20.*
13 *Reſolutio quæ fit ex lege commiſſoria aut pacto addictionis in diem quatenus voluntaria, quatenus etiam neceſſaria.*
14 *Caſus quo reſolutio venditionis eſt merè voluntaria.*
15 *Quamuis in nudam emptoris voluntatem conferrì poſſit reſolutio venditionis, non tamen poteſt in eiuſdem voluntatem conferri ius pignoris, quod emptor ipſe conſtituiſſet in re cuius tunc vere dominus erat.*
16 *Error Bartoli in aſſignanda cauſa propter quam in l. 4. §. ſed & Marcellus. D. de in diem addict. finitur pignus*
17 *Lapſus Emanuelis Soarez.*
18 *Vnde æſtimanda ſit voluntaria aut neceſſaria reſtitutio rei emptæ ſub pacto addictionis in diem, aut legis commiſſoriæ.*
19 *In ſpecie l. 4. §. ſed & Marcellus, D. De in diem add. venditionem reſolui: in ſpecie verò l. 2. C. de reſc. vendit. reſcindi,*
20 *Error Pinelli reſciſſionis & reſolutionis nomina confundentis.*
21 *In ſpicie l. lex vectigali. 31. D. de pignorib. nullam eſſe obligationem perſonalem cuius poteſtate contractus reſcindatur, aduerſus Pinellum.*
22 *Aliud eſſe diſſolui pignus, aliud finiri.*
23 *Obiectio Pinelli. & eius dilutio.*
24 *Qui alienare poteſt, multo magis & obligare poterit.*
25 *Exceptio.*
26 *Varij errores Pinelli explosi.*

1 QVOD nos vtilitas huius quæſtionis, † & quæ illi eſt affinitas cum ſuperiore, vt inſtitutum tractatum de venditone facta ſub pacto de retrouendendo aliquantulum interrumpamus. Erſi enim ſatis liquet ex ſuperioribus, quid nos ad hanc quoque quæſtionem ex vera rectaque iuris ratione reſpondendum arbitremur, valere †
2 ſcilicet oppignerationem rei quæ poſtmodum redeat ad venditorem ex cauſa petitæ propter immodicam læſionem reſtitutionis, nec ob id ſolum pignus intercidere, quod ab emptore qui rem pignori dederat ea res auocetur, quod & Bartolus ſenſit ad *legem* 4.§. *ſed & Marcellus D.de in diem addict. ad l.ſi res* 3.*D. quib. mod.pign. vel hypoth.ſoluit.&* ad *l. in diem* 8.*D. de aqua pluu. arc.* cuius ſententiam magis communiter receptam eſſe teſtatur Boerius *deciſ.*181 *num.*10. Video tamen contrariam †
3 opinionem quę Baldi primum fuit ad *legem* 2.*quæſtion.* 13. *C.de reſcind.vendit.* à recentioribus interpretibus, & à pragmaticis noſtris magis probatam, quam & veriorem eſſe defendit Arius Pinellus Doctor ſanè alioqui non inſubtilis in ſuis *d.l.* 2. commentariis *cap.* 3.*part.* 2.*numer.* 11. *& ſeqq.* vbi præfatur ob varietatem Doctorum & conflictum rationum egere quæſtionem hanc regia deciſione. Illud vero non poſſum non mirari tam improbabilem ſententiam tot tantóſque aſſertores habere potuiſſe, quibus ad eam comprobandam, nec ratio † alia melioreve occurrit,
4 quam quod reſoluto, inquiunt, iure datoris prorſus neceſſe ſit reſolui etiam ius acceptoris, *ex lege lex vectigali* 31.*D.de pignor. lege debitor.* 40.§. *vltim.D.de pignor act.* Quam tamen rationem iam olim Bartolus non male confutauit, obſeruans
5 † in ſpecie *dict. l.lex vectigali*, auocari rem præcisè abſque vllo conſenſu eius qui rem obligauit, in propoſita vero quæſtione non auocari niſi interueniente facto & voluntate emptoris, id eſt nolente illo iuſtum pretium ſupplere. Nam quod Baldus replicat vt obiectionem ſuam tueatur Ex facto debitoris non ſoluentis canonem domino directo, conſolidari dominium vtile cum directo, cum ſoluendo canonem vitaret ille commiſſum: nec eo minus tamen reſcindi hypothecam ab emphyteuta conſtitutam, remque ad dominium liberam redire, nec Pinellus ipſe probare poteſt qui argumentum hoc à temporis eſſe ait, neque reſpicere tempus auocationis. Debuit potius dicere longè diuerſum eſſe caſum illum ab eo quem nos tractamus. Nam licèt in emphyteutæ poteſtate ſit vt canonem ſoluat atque ita commiſſi pœnam effugiat, ſi tamen in ſoluendo negligens ſit & contumax, cadit à iure ſuo ex lege & conuentione emphyteuſis ab initio dicta cuius poteſtate contractus emphyteuticarius ipſo iure reſoluitur, ita vt nullum emphyteutæ factum interuenire neceſſe ſit ſufficiente ipſo non facto, quemadmodum in lege commiſſoria, & pacto addictionis in diem, aliiſque ſimilibus contingeret, *lege* 2.
6 *& vlt. Cod. de iur. emphyt.* Imò verò plus iuris † habet dominus directus, quàm habere poſſit is qui ſub lege commiſſoria aut pacto addictionis in diem vendidit, quod quandiu venditionis reſolutio eſt in pendenti, emptor ſolus eſt dominus, nec quicquam iuris habet venditor in ea re cuius plenum dominium tranſtulit in emptorem, niſi quod euenire poteſt vt res fiat inempta ſi pacti conditio exiterit *dict.* §. *ſed & Marcellus.* At tum etiam cum emphyteuta dominus eſt rei emphyteuticæ & quandiu contractus emphyteuticarius ſubſiſtit, ius dominij directi penes eum eſt, qui fundum in emphyteuſim dedit. Nec enim dominium vtile vllum eſſe, aut intelligi poteſt niſi ex comparatione directi, quia per ſolum à directo ſeparationem conſtituitur. Proinde facilius eſt vt dominium vtile cum directo conſolidetur, quàm vt dominus fiat is qui anteà per aliquod tempus dominij ius nullum habuerit. In eoque magnus
7 † certe Baldi error eſt & pragmaticorum omnium exiſtimantium cadere emphyteuta à iure ſuo ob factam in ſolutione canonis ceſſationem redire rem ad dominium directum, quaſi dominium illud vtile quod in eum vſque diem fuerat penes emphyteutam exinde acquiratur domino directo. Neque enim poteſt videri redire dominium ad eum à quo nunquam abſceſſerit ſi de directo intelligas, ſin de vtili, fuit quidem illud emphyteutæ quandiu contractus emphyteuticus ſubſiſtit, ſed ita tamen vt amiſſum ab emphyteuta non potuerit recurrere ad dominium directum, quia nunquam dominium vtile concurrere poteſt cum directo in vna eademque perſona. Et cum dicimus conſolidari dominium † vtile cum directo, non illud ſignificamus quod vulgo pragmatici putant, incipere dominium directum vtile quoque dominium habere, ſed illud potius vtile dominium finiri & extingui conſolidatione, quomodo etiam dicimus finiri vſumfructum. Nam quemadmodum vſusfructus nullus eſt qui ſit cum proprietate coniunctus vt à nobis pluribus ſcriptum & comprobatum eſt *lib.* 15. *Coniect. cap.*18. ſed conſtituitur per ſeparationem à proprietate, ita nec dominium vtile vllum eſt quod cum directo poſſit eſſe coniunctum, ſed fit vtile per diſtinctionem & ſeparationem à directo. Rurſum ſicuti vſusfructus finitur conſolidatione, ſed ita tamen vt non idcirco acquiratur proprietario, ita & dominium vtile extinguitur per conſolidationem, nec ob id tamen acquiritur domino directo, cui nimirum ſatis eſt quòd dominus directus ſit, dum ne alius quiſquam ſit vtilis. Itaq; cũ per commiſſum † nihil iuris acquiratur domino directo, ſed§ tantum cadat dominus vtilis à iure ſuo per eã quæ ipſo iure ſit contractus reſolutionem, mirum non eſt finiri ius pignoris aut ſeruitutis, ſi quod ab emphyteuta medio empore fuerat conſtitutũ, quaſi ab eo conſtitutum, qui licèt vtilis dominij ius tum habuerit, cœpit tamẽ poſteà in eo eſſe, vt nec dominiũ, nec aliud ius vllum in ea re vnquã habuiſſe videatur. Quod in † vẽditione quæ pro- 10
pter enormem & immodicam lęſionem reſcinditur, prorſus diuerſũ eſt Nã ſiue huiuſmodi venditionem reſcindi dicas officio iudicis, vt nos quidem dicendum arbitramur, ſiue impetrata, vt vulgò creditur, in integrum reſtitutione, de quo ſcripſimus *Decad.* 7.*cap.* 7. non poteſt ea reſciſſio facere vt emptor qui per traditionem ex cauſa venditionis factam plenum rei venditæ dominium nactus eſt, nunquam dominus fuiſſe exiſtimetur nec proinde vt dici poſſit nullo iure pignus aut ſeruitutem conſtituiſſe, ſi fortè eam rem pignori dederit, aut ei ſeruitutem impoſuerit. Reſciſſio namque ſupponit contractum tenere, cùm alioqui fieri nequeat vt id quod nullum eſt reſcindatur, ſicut in ſuperioribus diximus pactum de retrouendendo adeóque ipſam retrouenditionem ſupponere præcedentem, eamque validam venditionem: nec ferre poſſum quod pragmatici noſtri & ipſi quoque interpretes pro vero habent vt contractus reſciſſio & reſolutio pro eodem accipiantur, eiuſdemque hac parte momenti ſint & effectus. Et in hoc ſanè verſatur cardo totius huius quæſtionis. Nam ſi ex beneficio *l.*2. *C.de reſcind. vendit.* venditio propter immodicam læſionem reſolueretur, dici fortaſſis poſſet reſoluto iure datoris reſolui ius acceptoris, aut ſaltem de eo quæri oporteret, quiſnam eius regulæ rectus ſenſus eſſet. Sed cùm venditio tantùm reſcindatur, non reſoluatur, ſoláque reſolutio non etiam reſciſſio facere poſſit vt inempta res fiat, plane non video quam rationem habeat quod iſti volunt, reſciſſa venditione ex huiuſmodi cauſa finiri ius pignoris aut ſeruitutis, quod ab emptore eodemque tunc vero domino fuerit conſtitutum. Et in hoc ſanè fatendum † eſt non modo Baldum & quotquot 11
illius opinionem ſequuntur, ſed ipſum etiam Bartolum erraſſe, ob non benè perceptam verborum ſignificationem. In eo namque conſiſtere quæſtionem Bartolus putat, An reſolutio iſta quam fieri putat per venditionis reſciſſionem voluntaria ſit, an neceſſaria, nec in alio laborat, niſi vt probet eſſe voluntariam, quaſi aliud fuerit exiſtimaturus

existimaturus si necessaria probaretur. Ob idque qui contra Baldum sentiunt, omnes argumentorum suorum machinas eò conuertunt vt probent resolutionem hanc necessariam esse, non voluntariam. Huc enim pertinet quod post alios Pinellus pro Baldo obiicit rei restitutionem quæ fit ex remedio *l. 2. C. de rescind. vendit.* fieri ex actione, iudicio, & sententia, quæ omnia redduntur in inuitum *l. inter stipulantem* 83. §. 1 *de verb. oblig.* Itemque quod addit non dici actum voluntarium in quo datur necessitas, etiamsi ex duobus alternatiuè debitis electio cõuento detur ex *l. illud* 25. §. 1. *D. de constit. pecun. & l. qua sub conditione* 8. §. *si quis. D. de condic. instit.* Egò vero ridiculam quæstionem hanc esse arbitror, an resolutio huiusmodi voluntaria sit an necessaria, quia nego
21 esse resolutionem, † dico esse rescissionem. Si esset resolutio venditionis, dicerem intrepidè cum Baldo, resoluto iure emptoris resolui debere ius creditoris & alterius cuiuslibet qui cum emptore contraxerit. Nec valdè laborandum putarem an resolutio voluntaria an necessaria dici deberet. Id est an ex ipsius emptoris, an ex alterius tertij voluntate penderet, dum ne in meram emptoris voluntatem collata esset. In quo rursum dissentimus à Bartolo non minus quam à Baldo. Neque enim
23 negari potest resolutionem quæ † fit ex vi legis commissoriæ aut pacti addictionis in diem voluntariam esse magis quam necessariam, si ad id respicias quod in emptoris potestate est vt pretium soluat intra dictam diem, atque ita impediat ne lex committatur aut vt meliorem afferat conditionem, nec superuenientis alterius emptoris licitatione & adiectione vinci se patiatur *l. licet 7 cum l. seq. D. de in diem addict. l. vlt. & pass. D. de leg. commiss.* Sed tamen non inde possis inferre adeo voluntariam esse hanc resolutionem, vt non sit aliquatenus etiam necessaria, quandoquidem in nudam & simplicem emptoris voluntatem collata non est. Fit enim emptore inuito, vt resoluatur venditio si pretium ad diem solutum non soluerit, aut si intra dictam diem melior conditio allata sit, licèt ab initio facere ille potuerit ne lex committeretur si aut pretium soluisset, aut licitatione superasset.
24 Aliud erit si ponas † distractam rem fuisse hac lege adiecta, *nisi emptori displicuisset*, vt in *l. 3. in fin. D. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit.* Non enim dici vllomodo potest resolui hanc venditionem inuito emptore quæ non ali a de causa resolutur, quàm quia res vendita displicet emptori: Et quamuis perinde fieri possit vt facta venditione sub lege commissoria, aut pacto addictionis in diem emptor ideo rem inemptam fieri patiatur, quod ei displicat res vendita, cuius pretium alioqui intra diem dictam soluturus fuisset, vel acturus, non tamen perinde haberi venditio debet acsi facta esset sub ea lege *nisi emptori res displicuisset*, siue quod nouum non sit, vt quod est in iuris regula, expressa noceant, quæ non expressa non nocerent, vt & in *l. si ita legatum* 65. §. *De legat.* 1. siue potius quod à contrario fieri etiam possit, & verò plerumque fiat vt etiamsi maxime emptor velit, pretium tamen ad dictam diem soluere, vel augere non possit, præ angustia rei familiaris aut qua alia ratione. Quo tamen casu non minùs cõmittitur lex venditionis, quia sufficit pretium solutum, vel auctum non fuisse, siue volente siue inuito emptore acciderit vt legi quæ venditionis resolutionem impedire poterat satisfactum non
25 sit. Et sanè quamuis absurdum non sit † in nudam metamque emptoris voluntatem conferri resolutionem venditionis (tametsi in eiusdem voluntatem contrahenda venditio cõferri õn possit, quia non sicut obligatio quæ contrahitur, ita & quæ resoluitur vinculum vllum habet, dandi: que aut faciendi aliquã necessitatem) absurdum tamen esset, ac iniquum in emptoris voluntatem conferri ius pignoris quod emptor ipse constituisset in ea re cuius tùm dominus vere fuisset. Quid enim possit venditor imputare creditori cum vero domino contrahenti? Aut cur grauiter ferat, resoluta quoque venditione pignus tamen ab emptore constitutum subsistere, qui in mera eiusdem emptoris voluntate positum voluit an res maneret empta, an verò fieret inempta? Nam cùm dubitare non posset quin emptori obligare pignori eam rem liceret, cuius dominium ex iusta emptione acquisiuisset, an non sciuit, aut scire debuit, fore vt pignus quod vtiliter contractum semel esset, sola debitoris voluntate postea dissolui, aut quod non omnino idem est, finiri non posset? Eaque proculdubio sententia & ratio est *d. l. si res* 3. *D. quib. mod. pign. vel hypoth. sol.* nec à Bartolo, nec ab alio fortasse vllo antehac intellecta. Sed & in eo Bartolus † errat quod in specie *d. l.* 4. § *sed & Marcellus. D. de in diem addict.* id est facta venditione sub pacto addictionis in diem, réque vendita interim per emptorem obligata, si alius meliorem conditionem attulerit, pignus ideo finiri putat, quòd rem ipsam hoc casu præcisè restituere emptor teneatur. Etenim vt non malè Pinellus argumentatur, non potest dici præcisa restitutio, inspecto saltem tempore pignoris constituti, cùm in potestate emptoris tunc fuerit efficere ne tem illam vnquam restituere teneretur, nimirum si tunc pretium soluere vel postmodum ad noui emptoris licitationem adiicere voluisset. Quamquam in pacto addictionis in diem difficilius hoc est quàm in lege commissoria, siquidem euenit sæpius vt qui licitatione vincere maximè vellet, inuitus ab alio superetur: crescente per alternam inuidiam plutis licitandi calore. Nam quod Emanuel † 17
Soarez ad Pinellum adnotauit, emptorem, cui in diem addicta res fuit, posse pro eodem pretio quod alius offerat eandem rem retinere, ridiculum est, & iis ipsis legibus quas Pinellus adducit contrarium. Idque vel nomen ipsum adiectionis & licitationis ostendit. Neque ad rem facit quod scriptum est in *l. si emptionem* 35. *D de minor.* qua Soarez monetur: Habet enim lex illa specialem rationem, quam nos sequenti capite proponemus. Possit tamen quis pro Bartolo contra Pinellum respondere, quod Pinellus ipse contrà Baldum respondit nimis à
18 remotis petitum esse argumentum, si in æstimando † an voluntaria an necessaria & præcisa sit rei restitutio, aliud quàm ipsum auocationis tempus inspiciatur. Nam cùm omnibus conuentionibus illud commune sit vt sint voluntariæ *l. sicut* 4. *C. de oblig. & act.* consequens esset, inspecto initio voluntariam dicendam fore illam quoque restitutionem quæ fieret ex conuentionis necessitate. Porro auocationis tempore inspecto, negari non potest quia præcisa & necessaria restitutio sit quæ fit post venditionem ex lege commissoria aut pacto in diem addictionis resolutam, quia exinde non fuit in emptoris potestate vt aliud quàm rem ipsam restitueret, licet ab initio facere potuerit ne venditio resolueretur. Sed tamẽ si aliud nihil pro Bartolo responderi posset, vrgere adhuc liceret pro Baldo, idem euenire cùm rescissa venditione in cuius pretio immodica læsio interuenit res ab emptore auocatur per venditorem. Etsi enim ab initio adeoque post condemnationem habet emptor electionem vtrum rem ipsam reddere pretio quod dederat recepto an iustum pretium supplere malit, si tamen in facienda electione, aut electa pretij suppletione, in eo soluendo moram committat, non aliæ iudicis partes esse possunt, quàm vt ei præstituat diem intra quam eligere, aut si iam id elegerit iustum pretium supplere iubeatur, id in faciat res ipsa præcise ab eo auocetur. Quo casu nemo non videt post elapsam diem incipere restitutionem & auocationem rei esse præcisam quæ primum fuerat voluntaria. Itaque pro Bartolo † ea potius responsio pro- 19
banda est quam attulimus, quod in specie *d. §. sed & Marcellus*, Venditio facta sub pacto addictionis in diem resoluatur sola pacti potestate, in specie autem *d. l. 2. C. de rescind. vendit.* venditio propter immodicam læsionem non resoluitur, sed rescinditur, tantum abest vt ea dici possit resolutio necessaria, licet auocatio possit esse necessaria & præcisa, emptore scilicet vel eligere, vel electam iusti

iuſti pretij ſuppletionem facere nolente aut diutius cunctante. Et ridicule Pinellus vt Baldum tueatur, confundit iura † & nomina *reſolutionis & reſciſſionis.* Non in eo 20
ſolum quod reſciſſionem quæ ſit ex cauſa immodicę læſionis reſolutionem vocat, ſed in eo etiam & multo inepti-
us,† quod in ſpecie *l. lex vectigali*, tractari ait de obli- 21
gatione perſonali ratione rei per quam obligationem ius debitoris, inquit, in eadem re reſcindatur, & conſequenter hypotheca interim contracta. Nam imo vero in ea ſpecie dicendum eſt, reſolutionem contractus fieri non reſciſſionem, negandumque obligationem perſonalem vllam eſſe quæ ius debitoris poſſit extinguere. Lex enim vectigali fundo dicta proponebatur vt ſi poſt certum tempus vectigal ſolutum non eſſet, is fundus ad dominum rediret, id eſt nunquam vectigalis fuiſſe videretur, quæ conuentio haud dubiè contractus reſolutoria eſt. Nam quod conuentio ſic habet vt fundus ad dominum redeat non ſic accipi debet quaſi dominium vtile fundi quod acquiſitori fuerat quæſitum transferatur rurſum in concedentem qui ſanè dominus ſemper manſit. Vectigales enim agri vocantur qui in perpetuum locantur *l. 1. in princip. D. ſi ager vectig.* id eſt *empht. petat.* Locatio autem quantumuis perpetua dominium transferre nunquam poteſt, quamuis placuerit conductori dandam eſſe in rem actionem non ſolùm aduerſus quemlibet poſſeſſorem, ſed & aduerſus ipſum concedentem, ita tamen ſi vectigal ſoluatur, vt eadem lex ait. Itaque conuentionis poteſtas in eo tantum elucet, vt quandiu pro eo fundo vectigal pendatur, tandiu neque ipſi qui conduxit, neque his qui in locum eius ſucceſſerunt auferre eum liceat, contra vero ſi vectigal non pendetur, auferre licet ſcilicet poſſeſſionem, non dominium fundi: Ex quo apparet in vectigalis fundi conceſſione non tam id agi vt perſonalis aliqua obligatio contrahatur, quam vt fundi poſſeſſio in accipientem transferatur certa lege, cui ſi non parebitur, tum demum res auocari & auferri poſſit. Etſi non nego locatorem ſi malit agere ad vectigalis ſolutionem, habere in eam rem paratam ex locato actionem quæ merè perſonalis eſt, neque cogendum vt contractus ſui legem inuitus exerceat ſicut nec venditor legem commiſſoriam exercere cogitur ſi nolit *l. 3. D. de leg. commiſſ.* quia ſicut lex illa in fauorem venditoris, ita hæc ſolius locatoris commodo adiecta intelligi debet. Sed hoc tamen contendo aduerſus Pinellum, nullam hic obligationem perſonalem eſſe cuius poteſtate contractus reſcindatur, quoniam vel iure ſuo vti, & contractus legem exercere locator volet, vel nolet. Si volet, nulla perſonalis eo caſu obligatio eſt quam proponere aut poſſit aut debeat, ſufficitque impletam eſſe conditionem ad contractum reſoluendum: Reſolutio enim non obligationis, ſed conuentionis ſolius & conditionis poteſtate fit: Cur namque obligationem perſonalem inducamus ad hoc vt contractus ipſo iure reſoluatur, id eſt vt ne quidem vlla ex eo vnquam nata obligatio eſſe intelligatur? Implicat ſcilicet contradictionē vt competat obligatio aliqua ex contractu qui non amplius reſoluendus ſit, ſed iam ipſo iure reſolutus. Si verò locationis perpetuæ legem exercere locator nolet, & vectigalis ſolutionem vrgere malet, ſupererit quidem perſonalis obligatio ex iuſto contractu profecta, ſed quæ tantum abeſt vt contractum reſciſſura ſit, vt nec aliam ob cauſam ſuperſit quam quòd contractus ſubſiſtat, ita volente locatore, ac morę purgationem quæ alioqui nulla fieri poſſet vltrò admittente. Proinde quis iam miretur reſoluto iure conductoris perpetui, reſolui quoque & finiri pignus quod à conductore fuerat conſtitutum? Aut quis ex eo infetur, ſimiliter reſolui & finiri debere pignus ab emptore datum, ob id ſolum quod venditio reſciſſa ſit ex cauſa immodicæ læſionis? Nemo prorſus niſi qui cum Pinello & aliis interpretibus confundere velit non tantum nomina, ſed etiam iura reſolutionis & reſciſſionis. Sicut autem inter reſolutionem & reſciſſionem contractus quam maxime intereſt, ita & illud obſeruandum eſt quod nos ſupra iam attigimus, longe aliud eſſe † ſi quis pignus diſſolui dicat, 22
aliud ſi finiri. Diſſoluitur pignus & vero diſſoluendum neceſſariò eſt quod ita datum fuit, vt aliquando teneret, nec in eo vſquam ſit, vt nunquam datum fuiſſe videatur. Finitur verò quod deſinit pignus eſſe: Cúmque fieri nequeat, vt pignori eſſe deſinat ea res, quæ ſemel rectè & vtiliter obligata fuit, quin creditori ſolutum aut aliter eo nomine ſatisfactum fuerit, apparet nec illud fieri poſſe vt finiatur pignus niſi quod reſoluitur, id eſt in eum ſtatum deducitur, vt nunquam contractum fuiſſe exiſtimetur: quod ipſum non alio caſu euenit quam quo vel contractus ipſe in quo de pignore conuenit reſoluatur, vel alius ex quo ius dandi pignoris nactus ſit is qui pignus dedit. Itaque reſolui & finiri pignus pene idem eſt, diſſolui verò diuerſum. Diſſoluendum enim pignus illud eſt quod alioqui duraret, non quod ipſo iure finitum ſit, & reſolutum. Iam verò quod Pinellus 23
† poſt Tiraquellum obiicit, ita poſito iure vt etiam poſt reſciſſam ex cauſa immodicæ læſionis venditionem duret pignus quod ab emptore interea conſtitutum fuit, euenturum facile vt æquitas *lege 2. Cod. de reſcind. vendit. eludatur*, ſcilicet ære alieno per emptorem onerata re vendita, prorſus ridiculum eſt. Cum venditoris indemnitati cómodiſſime poſſit conſuli, emptore in omne id condemnando quod hanc ob cauſam poteſt intereſſe venditoris. Neque enim æquum eſſet venditoris damno & incommodo cedere pecuniam emptori creditam, & cuius lucrum ac commodum emptor ipſe percepiſſet Nec quod emptor pignus dando iure ſuo vſus ſit, facere poteſt ne reſciſſa venditione indemnitatem illam præſtare teneatur, maxime ſi cum pragmaticis noſtris putes reſciſſionem hanc fieri beneficio reſtitutionis, quia neque in integrum reſtitutra omnia dici poſſent, ſi deteriore conditione res nunc eſſet penes venditorem, quam futura erat ſi venditio facta non fuiſſet. Præſertim cum poſſit imputari emptori, cur non potius iuſti pretij ſuppletionē elegerit, quo tamen caſu nemo nō videt futuru vt pignus quod ipſe conſtituiſſet luere etiam ipſe non venditor deberet. Ergo ſi rem reſtituere malit, cur non perinde condemnabitur venditori in id omne quod venditor ob ipſius factum præſtare cogendus ſit creditori? Alioqui ſane legis æquitas circumueniretur, eligente ſemper emptore reſtitutionem rei, nunquam verò iuſti pretij ſuppletionem, vt venditoris ſui incommodo cederet pignoris datio, non ſuo. Neque vero aliter aut Bartolum aut alios ſenſiſſe credendum eſt. Nam & ſi emptor hic rem ſibi venditam non ſolum obligaſſet, ſed etiam in ſecundum emptorem alienaſſet, fatentur omnes, quod nec Pinellus negat, dari actionem ad pretium aduerſus emptorem qui vendidit, quidni ergo & ad indemnitatem ſi non vendidit ſed obligauit? Ita enim fit vt eadem ſit ratio partis pro parte, quæ totius pro toto, nec in eo ſolum quod emptor qui rem obligauit æqui condemnatur indemnitatis nomine, atque condemnaretur ad totum pretium ſi rem alienaſſet, ſed in illo etiam, quod quemadmodum permittimus emptori vt eam rem in qua vēditor immodice læſus fuit alienet, ita & multo magis, vt eam rem obliget. Inauditum enim eſt vt cui plus licet, non liceat quod eſt minus, vtque obligandi
† ius non habeat qui habet ius alienandi, ſi maritum 24
excipias † cui lex Iulia permiſit vt fundum dotalem 25
conſentiente muliere poſſet vendere, oppignerare non item §. 1 *Inſtit. quibus alien. licet vel non*, ſpeciali ratione, & dotium fauore, quod oppignerationi facilius quam alienationi conſenſura mulier videretur Nec video cui placere poſſit diſſimilitudinis ratio illa, quam Pinellus
† adfert, quod cùm primus emptor rem alienauit, nulla 26
competat actio venditori niſi ad pretium, nec proinde queri poſſit de reſoluendo iure ſecundi emptoris cum per auocationem quæ nulla ſit, ne quidem primi emptoris

ris ius resoluitur: quod, inquit, diuersum est, ea re pignori tantum data, quoniam oppignoratio non impedit auocationem, cuius potestate putat ille fieri venditionis resolutionem. Nam in eo semper errat & cæcutit Pinellus quòd auocationem hanc sic fieri putat, vt venditio resoluatur, quæ tamen vt probauimus, non resoluitur, sed rescinditur: Ideoque non magis cum res auocatur quam cum non auocatur locus esse potest regulæ quæ habet, Resoluto iure datoris resolui quoque ius acceptoris. Sicut è contrario petinde vtroque casu rescindi venditionem necesse est, vt alienata re per primum emptorem possit venditor aduersus eum agere ad pretium iustum & verum: quod sane priore venditione salua & subsistente deberi non posset. Falsum igitur est, quod supradicto loco Pinellus concludit *numero duodecimonono*, limitari hoc casu vulgatem illam regulam de toto ad partem *leg. qua de tota* 17. *D. de rei vindic.* Nam aut limitatio illa quærenda, aut prorsus nulla est.

ERROR III.

De specie & sententia l. si in emptionem 35. D. de minor.

SVMMARIA.

1 *Facta venditione sub pacto addictionis in diem non potest emptor pro eodem pretio quod alius offerat eandem rem retinere.*
2 *In oppositum Emanuelis Soarez sententia.*
3 *Soarez abusi leg. si in emptionem 35. D. de minorib. cuius species sententia & ratio declarantur.*

PERTINEBIT hoc caput ad ea quæ de in diem addictione proximè disputauimus. Separandum enim fuit, ne quod multi faciunt, propositam quæstionem satis alioqui difficilem & obscuram, confusis & implicitis aliis & difficiliorem & longiore tractatu obscuriorem redderemus. Diximus obiter
1 facta venditione † sub pacto addictionis in diem non esse permittendum emptori, vt aucto per alium pretio eam rem pro eodem pretio retinere possit, ni augere & adiicere ipse etiam velit: quod sane apertissimis verbis scriptum est in *leg. licet septima, cum seq. D. de in diem addict.* Et tamen non desunt ex pra-
2 gmaticis † nostris qui contra putent, decepti, vt video, autoritate Emanuelis Soarez, qui in suis ad Pinellum annotatiunculis eo ipso loco quem nos proxime agitauimus, & primus, quod sciam defendit audacter, audiendum esse emptorem si idem pretium offerat quod alius obtulit, & non maius. *Ex leg. si in emptionem 35. D. de minor.* vbi Hermogenianus
3 † scribit, si in emptionem penes se collocatam minor adiectione ab alio superetur, implorantem eum in integrum restitutionem audiri debere, si probet sua interesse rem illam emptam fuisse, veluti quod maiorum eius fuisset sed ita tamen, inquit lex, vt quod ex licitatione accessit, offerat venditori. Mihi verò ea lex videtur propriam & specialem habere rationem in causa restitutionis in integrum quæ minori datur. Non quod hac parte minor sit fauorabilior maiore vt pro eodem pretio possit vincere collicitantem, quandiu tempora adiectionem patiuntur. sed quia post elapsum licitandi & adiiciendi tempus, si in hoc ipso læsus fuerit, quod se vinci passus est, restitui in integrum potest beneficio ætatis, qui si maior esset, restitui nullomodo posset. Cúmque ea restitutio non nisi post addictionis in diem impetretur (quia nec ante læsus minor videri deberet, qui si pluris licitari vellet, vinceret) non aliud sane pretium offerre minor cogendus est, quam quod ab emptore eodemque victore oblatum fuerit, & constitutum. Nam cùm venditori pretium illud offerendum sit, vt lex sic, non potest vtique pluris interesse venditoris, qui non nisi tanti æstimauit re sua carere. Videri posset interesse potius emptoris, eo saltem casu, quo pretium adhuc augere vellet, eundemque minorem licitatione rursum superare. Ne alioqui eueniat, vt per impetratam restitutionem melior sit conditio minoris, quàm futura esset rebus omnibus integris, quod vel abipso in integrum restitutionis nomine abhorret. Alioqui facile fuerit minori fraudem communisci, & assequi si prima vel vnius nummi adiectione vinci se patiatur, vt postmodum perita restitutione pro eodem pretio vicerit, qui nec si duplum tunc obtulisset, vincere tamen fortassis potuisset. Verum non ita est, minorique hac in re magis fauemus quàm emptori, dum ne tamen fraudis consilium vllum probetur (hoc enim pro excepto semper haberi debet, præsertim cum tractatus de restitutionibus in integrum, quas sola æquitate niti constat) quia conuentionis, id est, addictionis quæ in diem facta fuerat, verba non patiuntur vt post eam diem adiectio aliqua recipiatur: nouaque in eam rem conuentione ad nouum diem dicendum opus esset, quam porro minor vt ineat, cogi nullomodo potest, licet quam maxime actor sit, & quidem voluntarius, in petenda restitutione. Ex quo maximum certè argumentum sumi potest aduersus eos, qui minori subueniendum putant contra lapsum temporis conuentionalis, vt tantumdem temporis ei restituatur ad faciendum id quod intra tempus illud facere & potuit & debuit. Nam in specie *d. legis. si emptionem*, restituitur minor non aduersus lapsum temporis, sed aduersus omissam adiectionem. Alioquin si tempus in quod addictio facta fuerat restitueretur, non nisi cum sua causa restitueretur: id est ita vt cogendus esset minor adiicere ad emptoris adiectionem, rursusque aliam eiusdem adeoque alterius cuiuslibet emptoris ad licitationem accedentis, adiectionem admittere, non secus acsi addictionis tempora nondum elapsa essent, vt contingeret, si aduersus lapsum temporis legalis, vt ita dicam, restitutio impetraretur. In quo restitutionis genere dici solet, tantundem reddere restitutionem quantum læsio abstulerat. *leg. sed etsi vigesimaexta, §. si feria, cum seq. l. nec non vigesimaoctaua, §. siquis sepius. D. quib. ex caus. maior.* Sed de tota illa quæstione dicendum nobis erit fusius alio loco. Hæc obiter & fetè extra rem dicta sint.

ERROR IV.

De facta per donatarium oppignoratione rei donatæ, si post oppignorationem donatio ex causa ingratitudinis renocata sit.

SVMMARIA.

1 *Ex sententia Pinelli, si donatarius rem donatã oppignoranerit, deinde donatio ex causa ingratitudinis renocetur, rescinditur hypotheca: non item alienatio, si res alienata proponatur.*
2 *Quam diuersitatis rationem afferat Pinellus.*
3 *In oppositum autoris sententia.*

4 *Quantum*

Digitized by Google

4 *Quantum interſit inter reuocationem donationis & reſolutionem.*

5 *Non poteſt reſolui pignus quod donatarius dedit ante donationis reuocationem.*

6 *Si donatario ingrato liceat rem donatam alienare, multò magis obligare.*

7 *Reuocatio donationis eſt noua dominij acquiſitio.*

8 *Differentia inter has conditiones ſi volet, & niſi nolet ratione reſolutionis conuentionis.*

9 *Quomodo ſibi cauere poſſit donator aduerſus alienationes & oppignorationes quas à donatario fieri poſſunt.*

10 *Molinæus notatur.*

IN hac quoque quæſtione quæ nobiliores iuris interpretes dilſentientes habuit, diſputandum nobis eſt aduerſus Arium Pinellum qui ad *leg. 2. C. de reſcind. vendit.* & eo ipſo capite quod à nobis citatum eſt in ſuperioribus à pertinaciter defendit, ſi donatarius † rem ſibi donatam pignori dederit, deinde donatio ex cauſa ingratitudinis reuocata ſit, reſcindi vt ipſe loquitur, hypothecam, licèt fateatur, ſi quod magis eſt, alienatio aliqua per donatarium facta ſit, reſcindi eam non debere, quod & à Conſtantino expreſſim cautum eſt in *leg. his ſolis matribus 7. C. de reuoc. donat.* Quaſi abſurdum non ſit in hoc ſeparari hypothecam ab alienatione, *arg. leg. in quorum 24. D. de pignor.* Hac
2 vna diuerſitatis ratione, † quod cùm res donata eſt, tametſi poſteà reuocetur donatio propter ingratitudinem, nulla tamen actio donatori competit aduerſus tertium poſſeſſorem, ad rem auocandam, nec proinde donatio ipſa hac parte reſcinditur, quomodo reſcinditur, cùm donatione reuocata res ipſa quæ penes donatarium manſit, aut in eius ſaltem dominio & iure per donatorem auocatur. Idcóque putant noſtri poſteriore hoc caſu non etiam priore locum eſſe regulæ quæ reſoluto iure datoris reſolui vult ius acceptoris ex *leg. lex vectigalis 31. D. de pignor* Sic enim Tiraq. in *leg. ſi vnquam. in verb. reuertatur. numer. 172. C. de reuocand. donat.* poſt alios congerit, præſertim Rip. in *leg. fin. quæſtione 42. C. eod.* ego vero † vt contra ſentiam ex eo mo-
3 neor quod donatio ex cauſa ingratitudinis reuocatur quidem ipſo iure, ſed tamen non reſoluitur, vt res quæ donata eſt pro eo haberi debeat acſi nunquam donata eſſet. Neceſſaria enim eſt donatoris querimonia, & voluntatis declaratio, quod ex ea cauſa reuocatam donationem velit. Alioqui non ſolum non habetur donatio pro reuocata ipſo iure, ſed neque per donatoris heredes reuocari poteſt, ſicut neque ingratitudo obiici quam defunctus donator nunquam obiecit, vt habet expreſſa in eam rem Iuſtiniani conſtitutio in *d. leg. fin.* Ex quo apparet quantum interſit inter reuocationem
4 † donationis & reſolutionem. Reſolui enim donationem cùm dicimus illud ſignificamus haberi eam pro non facta, & rem donatam pro non donata, quemadmodum venditionem reſolui dicimus, cum res empta fit inempta poteſtate legis commiſſoriæ aut pacti addictionis in diem. Quo exemplo poſſis dicere vix alio vllo caſu donationis reſolutionem fieri poſſe, quàm quo conuenerit diſertis verbis, vt ſi donatarium ingratum fieri, vel quod parum diſtat, conuentionibus donationi adſcriptis non ſatisfacere contigerit, donatio pro nunquam facta habeatur. Neque enim nouum eſt maiorem vim eſſe expreſſi quam taciti. Quanquam & ita, vti diximus, concepta conuentione non poteſt videri expreſſum id eſſe quod alioquin ineſſet, quia illud quidem tacite ineſt etiamſi expreſſum non ſit, vt ex cauſa ingratitudinis donatio reuocari poſſit, adeóque reuocetur ipſo iure, ſi donator id velit, ſed non illud etiam vt donatio reſoluatur, & nunquam facta exiſtimetur. Et ſanè vel ipſum *reuocationis* nomen demonſtat & præ ſe fert factum aliquod hominis reuocantis. Contra verb *reſolutionis* nomen nihil niſi poteſtatem iuris reſoluentis. Nam quemadmodum contracta obligatio iuris vinculum eſt non hominis, ita obligationis reſolutio tota ex iure eſt non ab homine. Auocatur quidem res ab homine tum etiam cum contractus reſoluitur: ſed auocatio illa ſequitur reſolutionem, magiſque effectus & ſequela reſolutionis, quam reſolutio ipſa dicenda eſt. Cæterum reſolutionis ſolius poteſtas illa eſt, vt ſi res quæ fuerat acquiſita, medio tempore fuerit obligata, pignus euaneſcat, quod alioqui poteſtate reuocationis non magis poteſt euaneſcere, quam ſi vel officio iudicis, vel per in integrum reſtitutionem contractus reſcinderetur. Itaque omnia ea quæ in ſuperioribus diſputauimus aduerſus illorum ſententiam, qui putant reſciſſa venditione ex cauſa immodicæ læſionis reſcindi quoque ius hypothecæ per emptorem interim conſtitutæ, ad hunc etiam tractatum perinde accommodari poſſunt, vt probemus non poſſe reſolui † pignus, quod 5
donatarius dederit ante donationis reuocationem, ſiue iam tum cum pignus dabatur ingratitudinis cauſa aliqua commiſſa eſſet, ſiue nulla. Quin & in donationibus multo certius hoc ius eſt, propter apertam illam Conſtantini legem in *d. l. his ſolis*, quæ poſt reuocatas etiam donationes, nihilominus valere vult, & ſubſiſtere alienationes quas medio tempore donatarius fecerit: nam quicquid Pinellus poſt alios cauſetur, quid abſurdius dici poteſt, quàm vt donatario † etiam ingrato li- 6
ceat rem donatam alienare, non liceat obligare? Quod enim Pinellus reſpondet, alienationem facere, non etiam oppignorationem, vt auocari res non poſſit à donatario, ac proinde vt neque reſolui debeat alienatio, quam donatarius fecerit, tanto apertius offendit, ex cauſa ingratitudinis non fieri donationis reſolutionem: quæ ſi fieret, non prohiberetur vtique donator rem ſuam quæ pro nunquam donata haberetur, à poſſeſſore quolibet vindicare: ſicut euenit cùm is qui rem emit ſub lege commiſſoria, vel ſub pacto addictionis in diem, ante diem alij eam alienauit. Cùm enim his caſibus fundus inemptus fiat, quo iure obiecto, aut quo colore liceat poſſeſſori ſuam rem dicere & retinere, quam à non domino acquiſiuiſſe reperiatur? Denique ſola illa iuris fictio quæ per ſolam reſolutionem inducitur, vt nunquam dominus fuiſſe videatur, qui re vera dominus aliquando fuit, efficere illud poteſt, vt irrita fiant ea omnia quæ tanquam à domino facta ſunt, nec niſi à vero domino fieri potuerunt, eiuſmodi eſt ius pignoris, alienationis, ſeruituris, & alia, ſi qua ſunt ſimilia. Quandiu enim verum eſt dominum fuiſſe eum qui alienauit, aut pignori dedit, aut ſeruitutem impoſuit, nec pro non domino habendum, ratio iuris pati non poteſt, vt alienatio illa vel pignoris, aut ſeruitutis conſtitutio in irritum deducatur. Neque quòd ea res, quandiu alienata non eſt reuocari poſſit, ad rem pertinet. Reuocatur enim cum ſua cauſa, ſicut nec niſi cum ſua cauſa alienari poſſet, *leg. alienatio 67. D. de contr. empt.* Nam & reuocario † illa haud dubie alienatio eſt, 7
cùm dominium quod à donatore per traditionē abſceſſerat, & in donatarium fuerat tranſlatum, redeat ad donatorem ipſo iure, ſi modo reuocatam donationem donator velit: Aliudque numero dominium eſt quam quod prius fuerat penes donatorem cùm alia quoque & noua cauſa ſit eius acquirendi, nec prior illa domini tranſlatio pro non facta vnquam habeatur. Neque eſt quod quis dicat, idem euenire in venditione facta ſub lege commiſſoria, aut ſub pacto addictionis in diem, vt venditionis legem exercere venditor poſſit ſi velit, non etiam cogatur inuitus, *dict. leg. 3. De leg.*

leg. commiss. Non enim ob incertam illam venditoris voluntatem, vtrum resolutam venditionem velit, nécne, in suspenso manet resolutio venditionis: sed cùm ipso iure & sola pacti potestate resoluatur, in venditoris tamen potestate est, si velit non vti ne resoluantur, quod fit ipso iure, sed vt pro non resoluta habeatur, ne conuentionem quam sui solius fauore, non etiam pro emptore adhibuit, inuitus exercere compellatur. Sunt autem ista longè differentia, non solùm an quis dicat resolui con-
8 tractum an rescindi, sed etiam † vtrum resolutio ipsa fiat sub ea conditione, si volet is cuius interest resolui, an sub ea potiùs *nisi nolet*. Illa namque conditio *si volet*, suspendit resolutionem in id vsque tempus quo declarata sit voluntas, & prorsus conditionalem facit resolutionem: Illa verò, *nisi nolet* non suspendit resolutionem, sed ipsam potiùs resolutionem, vt ita dixerim, resolutio-
9 nem, *argum. l. 1. D. de in diem addict.* Itaque optimum † pro donatione consilium est, vt sibi non solùm aduersus alienationes aut oppignerationes quæ à donatario fieri medio tempore possent, sed etiam contra dubij iuris euentum prospiciat, eam expressim conuentionem in donatione adiicere, vt siue ingratus erit donatarius, siue pactis conuentis satisfacere nolet, donatio ipso iure resoluatur, & quod effectu prorsus idem est, pro non facta habeatur: sic enim assequetur vt dubitatio nulla superesse possit, quin resoluta quandocunque donatione pignus quoque qtiod à donatario interim constitutum fuerit euanescat ex *regul. dict. l. vectigal.* imò & alienatio si quam interim donatarius fecerit. Nec enim ad hunc casum pertinet lex Constantini, sed ad illum duntaxat, quo absolutè facta sit donatio, nullóque de eius resolutione pacto subsecuto: sicut à nobis traditum est cùm de pacto retrouendendi tractaremus, longè consultiùs facturum venditorem qui rem à se venditam recuperare liberam aliquando velit, si paciscatur, vt quotiescunque pretium à se restitutum erit, res sit inempta, vt in specie, *l. si à te 7. C. de pact. inter empt. & vendit.* quàm si vt vulgò fit, pactione solaque personali obligatione emptorem obstringat ad retrouendendum. Facere verò non possum quin cum Pinello miter ingenium Caroli
10 Molinæi † qui cùm in ea sit opinione, §. 22. *in consuetud. Paris. num.* 45. vt rescissa propter immodicam læsionem venditione euanescere ius pignoris ab emptore interim constituti, aliud tamen iuris esse existimat in donatione propter ingratitudinem reuocata. Nam si ex eo motus est quòd hoc casu lex Constantini confirmet alienationes quas donatarius medio tempore fecerit, illud etiam animaduertere debuit, quod sanè non ignorauit. In alia quoque specie cùm venditio ex causa immodicæ læsionis rescinditur, si res ab emptore in alium translata & alienata reperiatur, nihilomagis rem ipsam auocari posse, nec nouæ legis beneficium aut in integrum restitutionem dari contra tertium possessorem qui non contraxerit. Proinde non debere minùs iuris habere creditorem, cui res illa obligata est, quàm habiturus esset emptor, si eandem rem comparasset. Ac sanè vtroque casu æquè absurdum est, si dicamus non licere emptori aut donatario rem obligare: quam si volet etiam alienare possit. Præsertim cùm donatori imputandum sit cur donauerit, sicut & venditori cur vendiderit, non etiam creditori cur à donatario aut emptore pignus acceperit, quem eo tempore dominum sciuit.

* * *

ERROR V.

De seruitute per emptorem acquisita fundo quem emerat sub pacto de retrouendendo.

SVMMARIA.

1 *An per retrouenditionem resoluatur seruitus prædio ab emptore acquisita.*
2 *Sententia pragmaticorum.*
3 *Probatur pragmaticorum placitum in eo quòd ius seruitutis per retrouenditionem resolui negant.*
4 *Emptori qui seruitutem acquisiit non tantùm indemnitatem, sed etiam seruitutis pretium præstare teneri venditorem, contra pragmat.*
5 *Λόγον esse illud interpretum si venditor seruitutem retinere nolit, eum non esse ad pretij restitutionem condemnandum, sed emptori licere de ea seruitute pro arbitrio disponere.*
6 *Refellitur Cagnoli similitudo petita à seruitute per vasallum fundo acquisita.*
7 *Summa sententia autoris.*

DOcuimus in superioribus quid iuris sit cùm aliqua seruitus per emptorem interposita est prædio quod venditum fuerat sub pacto de retrouendendo. Videamus iam vt instituta m tractationem persequamur, quid contrà dici debeat si seruitus † eidem prædio acquisita sit ab emptore. Video 1
autem interpretibus nostris & pragmaticis magis placere, vt non † resoluatur ius seruitutis, sed perinde saluum 2
sit & vtile venditori post retrouenditionem, atque esset emptori si retrouenditio nulla facta fuisset, ita tamen vt ex ea causa venditor emptori præstare indemnitatem teneatur, id est, pretium quod pro seruitutis acquisitione emptor dederat ei reddere, nimirum si venditor ius illud seruitutis prædio suo acquisitum manere velit. Nam si nolit, non putant cogi eum debere vt pretium soluat, qui nullam ex eo percipere velit vtilitatem. Planè nec dubitant quin hoc casu possit emptor pro arbitrio de ipsius seruitutis iure disponere, quia cùm augmentum istud & facto hominis accesserit & cum impensa, non potest in eo ius vllum quæsitum esse venditori inuito emptore. Sic Hieronym. Cagnol. ex aliorum non minùs quàm ex sua sententia ad *l. 2. Cod. de pact. int. empt. & vendit. quæst.* 28. *num.* 156. vbi citat §. *si vasallus*, *in Tit. Hic finitur lex*, *in vsib. feudor.* in quo loco scriptum est, si vasallus in feudo aliquod ædificium fecerit, vel ipsum sua pecunia meliorauerit, & contigerit postea vt vasallus sine filio masculo decedat, pati dominum debere vt ædificium auferatur, vel soluere pretium meliorationis. Idémque esse si pretio seruitutem fundo acquisierit, licèt quidam alij dicant omnino ad dominum pertinere. Quod aiunt, non resolui † ius seruitutis per 3
emptorem acquisitæ, laudo ego & probo. Cur enim resolueretur quod vtiliter constitutum & acquisitum fuit, cùm nec ius ipsum emptoris qui seruitutem acquisiit, resoluatur? Nam si ius illud dominij resolueretur, quod in eo fundo emptor habuit, vtique fatendum esset resolutum etiam iri ius seruitutis per emptorem acquisitæ, quia per eum reperiretur acquisita, quia nunquam dominus fuisse videretur. Siquidem verissimum illud est, quod nos in superioribus toties inculcauimus, resolui venditionem nihil aliud esse quàm fieri rem inemptam, & in eum statum deduci venditionem, vt nunquam facta existimetur. Constat autem sicut seruitus prædio imponi non potest, nisi per eum qui dominus sit prædij seruitutem debituri, & quidem in solidum. Ita vt vnus ex sociis fundi communis permittendo ire agere nihil agat, *l. vnus ex sociis* 34. *D. de seruit. rustic. prad.*

Sic nec ab alio quàm à vero domino ſeruitutem acquiri poſſe prædio dominanti. Id enim eſt quod dici ſolet alienis ædibus ſeruitutem nec imponi nec acquiri poſſe, *l. ſi cùm duas* 8. *D. commun. prad.* Itaque vel hinc maximè argumentum pro ſententia noſtra fortiſſimum contra pragmaticos ſumi poteſt, vt fateri cogantur, neque pacti de retrouendendo, neque ſecutæ retrouenditionis poteſtatem illam eſſe, vt præcedens venditio reſoluatur. Quod ſi ita eſt, illud quoque conſequens videtur, niſi me fallo, vt emptori † qui ſeruitutem illam acquiſiit, non tantùm indemnitatem, quod pragmatici admittunt, ſed ipſum ſeruitutis pretium omnimodo præſtare venditor teneatur. Quid enim ſi nullo pretio, ſed ex mera imponentis liberalitate ſeruitus illa per emptorem acquiſita ſit? Nam nec quiſquam dubitat, quin ex cauſa donationis ſicut & ex alia qualibet iuſta conuentione ſeruitus acquiri poſſit. Cur dicamus nihil ideò à venditore conſequi emptorem debere, quod ſuo nihil dederit donatori? An non ita fiet vt liberalitas quam non niſi ad emptorem pertinere donator voluit ad venditorem protrahatur, adeóque, quod magis mirum eſt, ei ſoli ſit profutura? Hoc verò an non perinde abſurdum eſt, acſi pretium ab emptore ſolutum aliquod eſſet, quod ei reddere venditor nollet? Vtique ſanè *arg. l.* 1. §. *inde Neratius ad S. C. Trebell.* Non enim videri poteſt nihil prorſus abeſſe emptori qui donationem accipiendo ſe hoc ipſo ad ἀντίδωρα obligauit, ſi non ciuiliter, ſaltem naturaliter, ne inciuilis videatur, *leg. ſed etſi lege* 25. §. *conſuluit. D. de petit. hered.* Sed & cùm emptor pretio ſeruitutem acquiſiit, ſi fortè minore quàm quod iuſtum videri debeat, ex facilitate fortitan eius qui ſeruitutem vendidit, & libertatem ex parte in emptorem conferre voluit: Cur cogamus emptorem vt eo ipſo pretio contentus ſit quod dedit, nec quanti reuera ſeruitus illa eſt petere poſſit? An non ita fiat vt priuetur fructu & commodo ſuæ conuentionis? Aut cur eius qui ſeruitutem minimo vendidit, ſiue liberalitatem, ſiue ſtultitiam alij prodeſſe velimus, quàm illi ipſi qui cum eo contraxerit? *argum. l.* 3. *& l. alienus* 61. *D. ad leg. Falcid.* Niſi fortaſſis ei velimus imputare, cur non maiore veróque pretio emerit ſeruitutem: quod ſi factum eſſet, nec venditor ipſe fundi negaret tantundem à ſe emptori reſtitui oportere. Neque ſanè video qua ratione poſſit indemnis ſeruari emptor, ſi minore ſumma contentus eſſe cogatur, quàm quæ ſufficiat ad veram iuſtámque acquiſitæ ſeruitutis æſtimationem. Pretium namque ita demum rei loco ſubſtitutum videri poteſt ſi iuſtum ſit, non etiam ſi minùs iuſto, ſatíſque iam in eo fauemus venditori retrouenditionem vrgenti, quòd cùm alioqui nemo cogi poſſit vt rem ſuam vendat, *leg. nec emere* 16. *Cod. de iur. delib.* ſaltèm iuſto pretio, *l. non enim* 9. *D. de rer. amot.* emptorem tamen hîc adigimus vt ſeruitutem quam ſibi iuſtè quæſiuerat iuſto pretio vendere compellatur. Et verò quidni ſufficiat venditori ſi indemnis ſeruetur? Atqui indemnis eſt ſi modò nihil emptori præſtet ſupra iuſtum pretium ſeruitutis, licèt plus præſtet quam emptor ſoluerit pro acquirenda ſeruitute: Alioqui certat ſanè de lucro captando, non de damno vitando qui rem viliſſimo pretio comparatam pro eodem habere velit, non pro iuſto. Neque poteſt conqueri venditor deteriorem ſuam conditionem factam eſſe per emptorem, cùm eam rem cuius retrouenditionem poſtulat, tantò pretioſiorem habiturus ſit acceſſione ſeruitutis. Planè ſi in modico pretio ea ſeruitutis per emptorem acquiſita proponatur, & tam magnus exceſſus ſit, vt emptoris ſtultitiæ poſſit imputari, cur tanti emerit ſeruitutem quam prudens & diligens paterfamilias iuſto pretio comparare potuiſſet, non dubito quin venditori agenti parcendum ſit, vt iuſtum verúmque pretium dando liberetur, ne aliter poſito iure accidat vt alienæ ſtultitiæ pœnas luat, & in emptoris poteſtate ſit dolo malo verſari circa rem quam ſcit à ſe aliquando retrouendendam eſſe, vt venditorem ſuum grauiori oneret pretij reſtitutione. *argument. d. l. alienus, & l. non dubium.* 4. §. *vlt. de legat.* 3. Magnum tamen exceſſum requiro, quia ſi nihil ab emptore dolo malo aut per ſtultitiam factum ſit in comparanda ſeruitute, quam nec iuſto pretio quiſquam alius à difficili venditore comparaturus fuerit, nec eius tanto pretio acquirendæ occaſionem prætermiſſurus, nunquam patiar in dando morari emptorem cui nihil imputari poteſt, quique iure ſuo vſus prõculdubio eſt, cum ſeruitutem quo potuit pretio acquiſiit ei fundo, quem licèt præuidere debuit aliquando retrouenditum iri oportere, cogitare tamen potuit nunquam ſe fortaſſis retrouenditurum. Quid enim ſi pretium reſtituere, & ita retrouenditionem poſtulare venditor nunquam vellet, aut poſſet? An incertus ille futuræ retrouenditionis euentus emptori vſque adeò nocere debebit, vt prohibeatur quibuſcunque poſſit modis meliorem facere rem quam ſciat eſſe ſuam, nec vnquam fortaſſis fore alienam? Maximè verò, cum venditori potiùs imputandum ſit cur in vendendo eam rem de qua ſibi retrouendenda pactus eſt, non dixerit legem apertiùs, expreſſa conuentione adhibita, ne liceret emptori ſe inſcio vel inuito ſeruitutem aliquam acquirere, aut ædificia conſtruere, aut denique aliud quicquam in ea re moliri, quod redemptionis cauſam poſſet facere difficiliorem. Nam ſi conuentio hæc adiecta eſſet, quam nec hodie dil gentes venditores præterimittere ſolent, dubitari non poſſet quin ſeruari eam oporteret, tametſi damnum inde maximum emptor ſenſurus eſſet, quia neque damnum vllum ſentire videretur, quod ex culpa ſua ſentiret. Quæcunque enim lex à venditore rem ſuam alienante, dicta eſt, ea certè omnimodo ſeruanda eſt. Hinc porrò intelligimus, quàm multò improbabilius illud ſit, quod interpretibus placet. Si venditor † ſeruitutem ab emptore acquiſitam retinere nolit, non eſſe eum condemnandum ad vllius pretij reſtitutionem, ſed hactenus tantùm emptori ſuccurrendum eſſe, vt de ea ſeruitute pro arbitrio poſſit diſponere. Quomodo enim diſponat aut ex ſeruitutis acquiſitione commodum vllum retineat amiſſo prædio cui ſeruitus quæſita fuit? Conſtat namque ſeruitutem prædialem, quia prædio non perſonæ debetur, nec ſine prædio retineri poſſe nec in alium ſine prædio transferri. Illud igitur duntaxat miſero emptori ſupereſt velut remedij loco, vt ante factam retrouenditionem, & quandiu prædij dominantis dominus eſt, ſeruitutem extinguat, eius ſolius commodo qui dominus ſit fundi ſeruientis. Quid verò ſi nolit ille ſeruitutem redimere non habens fortè pecuniam in numerato? Aut quid ſi non niſi viliſſimum pretium offerat ei quem videt, nec alij poſſe ſeruitutem vendere quàm ſibi, nec rurſum poſſe non vendere, vti ne prorſus acquiſitæ ſeruitutis emolumento defraudetur? Solent enim emptores eo vilius offerre pretium quo maiore vendendi neceſſitate obſtrictum vident venditorem. An non verò iniuria fiat emptori, qui & in re ſua & bona fide verſatus eſt, ſi non indemnis omnimodo ſeruetur? Aut cur venditorem ex emptoris pecunia, & cum emptoris iniuria locupletari patiamur? Neque † ſimile eſt quod obiicit Cagnolus poſt alios de ſeruitute per vaſſallum feudo acquiſita. Feudi enim natura & conditio illa eſt vt quibus caſibus ad dominum ex conceſſionis lege ab initio dicta reuertitur, feudi conceſſio reſoluatur, perindéque ſint omnia acſi feudi conceſſio nulla vnquam facta fuiſſet. Quæ res facit vt domini directi conditio durior fieri nullomodo poſſit per vaſſalum, ſicut nec per emphyteutam, idcóque & in quæſtione illa, an re feudali aut emphyteuticaria ad dominum redeunte reſoluantur obligationes omnes quæ à vaſallo vel emphyteuta fuerant conſtitutæ in ipſius rei onus & incommodum, diſtingui ſolet an res ad dominum redeat ex lege,

&

& natura feudi, an ex nouo iure, vt priore casu redeat sine onere, Posteriore casu non item, de quo fortasse latiùs suo loco tractandum erit. Neque tamen similiter possis dicere quod nos in proposita quæstione suprà diximus, non ergo posse domino etiam volenti acquiri seruitutem quam vasallus emerit, quasi ab eo empiam qui nunquam dominus fuisse intelligatur. Plus enim iuris habet is qui feudum dedit, etiam priusquàm feudum ad eum redierit, quàm habeat ille qui rem vendidit sub pacto de retrouendendo, quia nihilominus interim dominus directus manet, ac consequenter iam inde à quo instanti seruitus acquisita est, profuit ei acquisitio seruitutis, quam ideo absurdum esset tunc intercidere cum plus iuris in ea re habere inciperet, facta dominij vtilis cum directo consolidatione. Itaque † concludendum est quod nos volumus, sicut seruitus ab emptore 7
imposita non reloluitur per secutam retrouenditionem, quia eo tempore emptor dominus fuit, fuisséque semper intelligatur, licet indemnem eo nomine venditorem seruare debeat, sic è contrario seruitutem ab emptore acquisitam ita saluam manere vel inuito venditore vt tamen indemnem à venditore emptorem seruari prorsus necesse sit.

ERROR VI.

De vitio litigiosi ob motam litem ex pacto de retrouendendo.

SVMMARIA.

1 *An vitium litigiosi contrahatur ob motam litem ex pacto de retrouendendo.*
2 *Sententia pragmaticorum affirmans.*
3 *Contraria autoris sententia: & seqq.*
4 *Qua lis siue quæstio litigiosam rem faciat.*
5 *Ratio pro pragmaticorum errore, & eius refutatio.*

SI ob pactum † de retrouendendo in venditione appositum agat venditor aduersus emptorem, siue actione ex vendito, siue præscriptis verbis (vtraque enim competit, vt diximus in superioribus ex *l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit.*) quæri solet an ex ea causa vitium litigiosi contrahatur. Id enim sciri sanè quàm maximè interest, vt sciatur an possit res alienari necne. Certi siquidem iuris est, litigiosi vitium facere vt inalienabilis res sit quæ alioquin alienari posset, *l. 1. & vlt. & tot. tit. C. de litig.* Putant autem † 2
pragmatici rem fieri litigiosam ex eo solùm quòd inter venditorem & emptorem lis pendeat de pacto retrouendendi, siue de varietate, siue de validitate & potestate pacti controuertatur. Nimirum, quia huius pacti vim illam esse volunt, vt ex eo præcisè obligetur emptor ad rem retrouendendam, tradendamque, & vt non tantùm personalis actio venditori competat aduersus emptorem, sed etiam vindicatio vtilis contra quemlibet possessorem, ex sententia illa & traditione Pauli Castr. ad *l. si cùm venderet* 13. *D. de pign. act.* quam nos iam toties refutauimus. Ego † contrà nihil absurdius dici posse exi- 3
stimo. Litigiosam † enim rem facit non quælibet inci- 4
dens de ea lis & quæstio, sed illa demum quæ sit de causa dominij & proprietatis, *d. l. 1.* iunct. *Auth. litigiosa. C. de litigios.* Vnde illud est quod & pragmatici ipsi fatentur, litem quæ super hypothecaria tantùm actione moueatur, non facere vt res idcirco litigiosa videri debeat, quæ dicitur solùm obligata. Atqui ex pacto de retrouendendo, nemo vnquam dixit transferri dominium ipso iure ab emptore in venditorem, aut impediri translationem dominij, ne fieri possit à venditore primo in emptorem, sed nascitur ex eo personalis tantùm actio, aut venditi, aut præscriptis verbis, cuius potestate intendit venditor se ex noua venditione nouaque traditione dominum rursus fieri oportere, quod & pluribus à nobis supra comprobatum est. Non ergo præsentis, sed futuri dominij caulam respicit lis eo nomine instituta per venditorem. Proinde nec videri potest rem facere litigiosam. Fit quidem ipsa actio litigiosa, ob idque nec alienari potest, ex *l. 2. cod. tit. C. de litig.* Sed aliud est rem fieri litigiosam, aliud actionem, sicut & aliud est actionem ipsam, aliud verò rem alienari non posse, cuius nomine actio exercetur. Actio enim ad venditorem pertinet qui ipse litigiosam eam fecit, lite instituta. Res verò ipsa pertinet ad emptorem & quidem pleno iure, cui non potest imputari cur eam non vendiderit ante moram litem, quandoquidem in eius potestate non est, ne quandoque institutam à venditore litem suscipere compellatur. Satisque illi est quod sciat fieri nullo casu posse, vt de proprietate controuersiam patiatur à suo venditore quem de euictione habet obligatum ex *reg. l. vindicantem*, 17. *D. de euict.* Possit tamen quis fortasse pragmaticorum † nostrorum errorem ex eo defendere, quod sta- 5
tuti nostri autoritate factum est, ne res vendita sub pacto de retrouendendo alienari vllomodo possit ab emptore, quandiu venditoris ius saluum manet, vt ad retrouendendum agere possit. Inde namque proculdubio fit vt qui litem de huiusmodi pacto instituit, hoc ipsum in iudicium deducere videatur an alienari res possit, nécne. Nam si ex iudicij euentu apparebit sic factam venditionem fuisse vt retrouendere emptor cogeretur, illud etiam constabit, vendi ab emptore rem illam non potuisse. Sed tamen non eo magis rem litigiosam fieri arbitror. Statuti enim potestas, & autoritas nulla est ad faciendam rem inalienabilem, nisi cùm pactum de retrouendendo ritè rectéque interpositum proponitur, nec quicquam est quod potestatem eius impedire possit. Nos verò de illo tantùm quærimus, an ob solam litem de huiusmodi pacto institutam, vitium litigiosi contrahatur, quod sanè longè diuersum est. Nam si contraheretur, sufficeret litem de eo institutam esse, quantumuis per calumniam & nullo iure, quemadmodum euenit cùm inter actorem & possessorem de dominio disputatur. Siue enim dominus reuera sit is qui agit, siue non sit, sufficit ad rem vitio litigiosi labefactandam, quod de dominio tractetur. Finge nullum pactum de retrouendendo re vera interuenisse, aut ita interuenisse vt ab initio fuerit inefficax ad agendum, puta quoniam nudum fuit & ex interuallo appositum, nec vlla stipulatione vallatum, aut elapsa esse tempora quæ petendæ retrouenditioni fuerant pacto præstituta. Quærimus an his casibus & aliis si qui sunt similes ob solam litem de retrouendendo institutam, inalienabilis res fiat, de qua retrouendenda contenditur. Alioqui si ponas pactum de retrouendendo iustum & legitimum intercessisse nec quicquam obstare quominùs ex eo ritè agatur frustra quæras an vitium litigiosi faciat rem inalienabilem, quæ licèt nulladùm lis penderet, iam inalienabilis esset per statutum. Cæterùm non eò vsque statuti autoritas porrigi potest vt hoc solo fiat inalienabilis, quòd an alienabilis sit disputetur. Nec rursum litigiosi vitium commune quicquam habet cum eo quod alienabile quid dicitur vel negatur. Nam si expressa quoque conuentione inter emptorem & venditorem id actum proponeretur, ne rem illam alij quàm venditori reuendere & alienare vnquam emptor posset, constituta in eam rem expressim hypotheca, fieret quidem res inalienabilis secundùm eam interpretum sententiam, quam nos tamen suo loco refellemus. Sed non idcirco fieret litigiosa, quia non ad dominij, sed ad venditionis extorquendæ causam lis illa pertineret: essétque actio merè in personam non in rem, nisi fortè hypothecaria, quæ, vt diximus, nunquam facit rem litigiosam.

ERROR VII.

Si pactum de retrouendendo adhibitum sit ex interuallo, siue nudum siue adiuncta stipulatione.

SVMMARIA.

1 *Quibus modis pactum de retrouendendo adhiberi possit.*
2 *Cùm pactum adhibetur in ipso venditionis contractu, aut in continenti post contractum, illud est vtile & efficax ad agendum: & cur.nu.6.*
3 *Differentia inter contractus bona fidei & stricti iuris ratione pactorum quæ ipsis in continenti adiiciuntur.*
4 *Ex pacto de retrouendendo aut in ipso contractu aut incontinenti post contractum adhibito oritur duplex actio.1.vend.2.præscriptis verbis.*
5 *Actiones præscriptis verbis sunt strictæ,& cur.*
7 *Cum ex interuallo conuenit de retrouendendo,an possit ex eo pacto venditor agere aduersus emptorem, & retrouenditionem postulare.*
8 *Ex sententia pragmaticorum agi potest ad obseruandum pacti officio iudicis implorato, aut adito Principe.*
9 *Sententiæ relatæ confutatio.*
10 *Si pactum de retrouendendo adhibeatur ex interuallo stipulatione interueniente venditori actio ex stipulatu competit.*
11 *Quatenus vtilius sit venditori pactum de retrouendendo ex interuallo adhibitum adiecta stipulatione,quàm appositum in continenti: & n.13.*
12 *Ridiculum esse quod fieri assolet vt venditio pura conscribatur, mox separato instrumento pactum subiiciatur.*

1 SOlet † in venditionibus pactum de retrouendendo aliter atque aliter adhiberi,vno modo ita vt in ipso venditionis contractu fiat, aut incontinenti post contractum: quod non solùm effectu, sed etiam iuris intellectu idem est, quia quæ incontinenti fiunt, ineſſe dicuntur, *leg. iurisgentium 7. §. quinimo. D.de pact.l.lecta.41. D.de reb.credit.* Altero modo, separatim à contractu, sed hoc rursus dupliciter, vel ita vt pactum sit omnino nudum, vel ita vt subiecta stipulatione sit vallatum. Primo modo du-
2 bitari non potest quin pactum † vtile & efficax ad agendum, actione scilicet ex vendito quæ ex ipso venditionis contractu competit ad id quoque porrigenda quod pacto comprehensum est, quia venditioni cum pacto commune illud est vt consensu perficiatur: quamuis possit etiam pactum producere actionem propriam,quæ in factum aut præscriptis verbis appellatur, *l. 2. C. de pact. inter empt. & vendit.l. si vir.12. D. de præscript. verb.* quam produceret etiamsi ad stricti iuris contractum aliquem adhibitum proponeretur,vt in *l.cùm mota.6.C.de transact.* Neque enim contractuum bonæ fidei & stricti iuris differentia hac parte in eo est,vt plerique putant, quòd pacta incontinenti post contractum stricti iuris adhibita non possint ineſſe ex parte actoris,
3 hoc est ita vt pariant actionem, sed in eo potiùs, quòd contractibus † bonæ fidei sic insunt vt actionem ex ipso contractu forment, id facilè ferente & admittente natura actionis quæ bonæ fidei est, in strictis verò insunt quidem, sed non formant actionem,quæ quoniam stricta est extendi ad pactum nullomodo potest, nisi cùm stipulationis contractus est,vt in specie *d. l. lecta*, quoniam pactum à stipulatione nonnisi paciscendi aut stipulandi animo differt, vt docuimus in Errorem secundum Decadis primæ ex *d.l. iuris gentium. §. quod ferè. D. de pact.l.1.§.eum qui. D.de constit. pecun.* Itaque quoties pactum † de retrouendendo aut in ipso contractu, aut 4
incontinenti post contractum adhibetur, duplex statim nascitur actio, vna ex ipso contractu quæ non potest non esse bonæ fidei, cùm sit actio venditi, altera stricti iuris, quæ perinde competit ac si contractus strictus esset, ne alioqui eueniat vt minoris potestatis esse videatur,ob id solùm quòd bonæ fidei contractus præcesserit. Omnes enim actiones, † quas præscriptis verbis appel- 5
lamus,semper strictę sunt,nulla vsquam bonæ fidei: quia ex sola verborum conceptione magis quàm ex negotij natura æstimantur. Ideò autem pactum † in contractu 6
ipso aut post contractum incontinenti appositum vtile est ad agendum,quia contractui causam dedisse creditur, & probabile est,eum qui certa lege contraxit,non aliter fuisse contracturum: Maximè verò si in alicuius rei traditione & alienatione adiectum proponatur. Est enim generale & perpetuum vt in rerum traditionibus initas pactiones, si neque contra leges, neque contra bonos mores sint, omnimodo seruari oporteat, *l. in traditionibus 48. D.de pact.* neque hæc distinctionis nostræ pars vllam admittit dubitationē. At cùm ex interuallo † post 7
factam venditionem conuenit de retrouendendo, quæ posterior distinctionis pars est,dubitari solet an ex eiusmodi pacto possit venditor agere aduersus emptorem, & retrouenditionem postulare. Quamquam autem non est ex interpretibus aut pragmaticis tam imperitus quisquam,qui nesciat ex pacto nudo agi nunquam posse,sed tantùm exceptione & æquitate pacti iuuandum esse cum qui contra pacti fidem conueniatur *d.l.iurisgentium.§.igitur nuda.de pact.* Sic tamen vulgò creditum † est,agi adhuc posse ad obseruantiam pacti,non aliqua 8
ex contractu aut ex pacto actione, sed officio iudicis implorato, aut adito Principe qui omne id quod conuenit obseruari præcipiat. Vt concludit Hieron.Cagnol. ad *d.l.2.C.de pact.int.empt.& vendit.* post Socinum ad *l. legem C.de pact.* & Iaſ.in *§.sed cùm nulla.d.l.iurisgẽtium.* Modern.in *rubr.De verb.oblig.* Quod mihi videtur † non 9
solùm à iuris ratione, sed à publica etiam vtilitate abhorrere. Nihil enim dici aut constitui possit iniquius, quàm vt ad ea quæ quis nudo pacto promiserit præstanda siue actionis iure, siue officio iudicis, siue Principis imperio compellatur. Quis enim ita posito iure litium finis futurus esset? Aut quonam obsecro iuris loco scriptum est, implorari in hanc rem officium iudicis, aut Principis iussa requiri oportere. Nisi fortè illorum errorem sequi volumus, qui putant iure pontificio etiam ex nudo pacto agi posse,*arg c.1.Extr.de pact.* quod tamen quàm absurdè ab ipsis dicatur, iam alio loco scriptum us pluribus, tamque apertum est vt in eo nunc immorari nil sit necesse. Sed neque secundùm hanc sententiam aut de officio iudicis, aut de Principis imperio tractari oporteret,quia sufficeret competere posse actionē quam isti ex pacto dari volunt. Proinde qui de iudicis officio implorando,aut de Principis iussu extorquendo hic disputant, fatentur hoc ipso nullam ex pacto nudo actionem nasci posse. Qua cessante quid superest nisi vt inutile pactum sit ad producendam actionem? Constat siquidem obligationes omnes quæ ab initio inutiles sunt & inefficaces,neque officio iudicis neque Principis imperio, nec qua denique alia actione confirmari posse, vt ad agendum prosint, *l. obligationes 27. D. de obligat.& action.* Perratum tamen est vt tale pactum ex interuallo adhibeatur citra vinculum stipulationis, quæ & in eum præcipuè finem iure ciuili comparata est,vt pacto vestiat & confirmet, quoties putat quis sua interesse vt actionem habeat de eo quod in pactionem deductum fuit, *l. stipulatio ista 38. §. alteri. De verb. obligat.* Stipula-
10 tione † verò interueniente, quæ secunda supradictæ subdistinctionis pars est, nemo quidem dubitat quin venditori actio danda sit, adeóque si post stipulationem

de

de alia re interpositam idipsum conuenerit pacto nudo, incontinenti tamen appositio. Actio, inquam, non præscriptis verbis, sed vtroque casu, vt ego quidem arbitror, ex stipulatu, quia cùm stipulationi pacta insint quæ incontinenti fiunt, vt suprà diximus, ipsáque stipulatio nihil nisi verborum obligatio sit, frustrà præscriptis verbis actionem inducamus, cùm ex ipsa verborum conceptione & obligatione alia competit actio, quæ ex stipulatu appellatur. Semper enim actio præscriptis verbis quæ & in factum dicitur siue ciuilis illa sit, siue prætoria, subsidiaria est, nec vnquam inducitur nisi deficiente iure & nomine alterius actionis, *l.1.2.3. & pass. D. de præscript. verb.* quamuis in bonæ fidei contractibus, qui pleniorem, & vt ita dixerim, largiorem naturam habent, facilius sit vt actio præscriptis verbis quæ ex pacto incontinenti adiecto nasceretur etiamsi contractus strictus esset, concurrat cum alia actione ex ipso contractu competente ne alioqui noceat paciscenti quòd bonæ fidei contractum inierit potiùs quàm strictum, vt in *d.l.2. C. de pact. int. empt. & vend.* Illud
11 sanè interpretibus † nostris & pragmaticis vulgò magis probatur pactum de retrouendendo si ex interuallo adhibitum sit adiecta stipulatione vtilius esse & commodius venditori, quàm si appositum esset incontinenti, hactenus nimirum vt venditionis contractus minùs suspectus sit, nec tam facilè simulationis præsumptio capiatur, vt non tam venditio quàm pignus reuera sub emptionis nomine contractum existimetur. Sic enim Cagnolus supradicto loco post Alex. *cons. 19. col. fin. vol. 4.* In cóque cum pragmaticis & interpretibus sentio, nisi fortè consilio fraudis comminiscendæ ab initio conuenerit vt ex interuallo pactum illud adhiberetur, quò facilius ea fraus occultaretur quam legitimis vsuris facere emptor vellet. Quid enim interest an pactum hoc incontinenti adiiciatur, an verò ex interuallo quidem, sed ita tamen vt ab initio conuenerit de eo quandoque adiiciendo? Imò verò tantò videri odiosior debet emptor, quantò fuit ad fraudem comminiscendam
12 subtilior. Planè, quod fieri † hodie assolet, vt venditio pura conscribatur, mox separato contractu & instrumento pactum de retrouendendo coram eodem notario isdémque testibus subiiciatur, ridiculum est, & iudicio meo longè magis suspectum quàm si eodem instrumento & venditio & retrouendendi promissio contineretur. Neque enim negari potest simulationem hic aliquam subesse & quidem euidentem, cùm id agatur vt venditio purè, id est, non tantùm sine conditione, sed etiam sine retrouendendi onere contracta, videatur, quæ tamen retrouendendi onus re vera & ab initio adnexum habuit. Etsi autem non ad pignoris contracti causam ea simulatio pertinet, facilius tamen est, vt in contractu, qui iam aliqua ex parte simulatus reperitur, alia quælibet simulationis maioris præsumptio inducatur, quàm si nullo prorsus simulationis vitio laboraret. Nam quæ ratio emptores, vt ita faciant, monere solet, nempe vt elapso tempore quod ad retrouenditionem faciendam præstitutum fuit, quomodo præstitui moris est, habeat emptor penes se instrumentum venditionis nullo retrouendendi onere affectæ, nullius certè momenti nulliúsque effectus est: cùm æquè secutus sit emptor qui emit sub pacto de retrouendendo post elapsa petendæ retrouenditionis tempora, atque si nunquam se ad retrouendendum obligasset, vt ex iis quæ vigesimaquinta Decade dicturi sumus apparebit. Sed & ob-
13 seruandum est, † quod diximus emptori consultius esse pactum de retrouendendo facere ex interuallo quàm incontinenti, eò tantùm pertinere, vt si grandis & immodica læsio in venditione interuenerit, non eo magis contractus pignoraticius & vsurarius videri debeat quàm si tale pactum nullum vnquam interuenisset: Cæterùm potest id consilium emptori damnosum esse, quod ad hoc, vt pactum huiusmodi pars pretij esse vi-

deatur. Ea namque demum pacta in venditione partem pretij faciunt, quæ in ipsa venditione apposita sunt, aut saltem incontinenti post initam venditionem, vt videri possint inesse, & causam contrahendi dedisse aut venditori, aut emptori, qui alioquin vel nullomodo, vel maiore pretio venditurus fuerit, vel viliore empturus, vt in *l. fundi partem 79. D. de contr. empt. l. si venditor 6. in fin. D. de seru. export.* Non enim potest contractui causam dedisse videri pactum de quo contrahentes ab initio non cogitarunt, quódque non nisi post contractum perfectum & ex interuallo adiectum fuit. Ex interuallo autem adiectum interpretor, non quod post triduum, vt quidam putant, aut vt alij, sequenti die adiectum sit, sed quod vel eo ipso die, dummodo posteà quàm ad alia negotia contrahentes diuerterunt, dum ne quid per fraudem & dolo malo gestam probetur *arg. l. heredes palam 21. §. vlt. qui testam. facer. poss.*

ERROR VIII.

De eo, qui promisit facere pactum de retrouendendo, nec fecit.

SVMMARIA.

1 *An qui promisit facere pactum de retrouendendo nec fecit, possit precisè cogi ad retrouendendum.*
2 *Purpurati & aliorum sententia affirmans.*
3 *Cagnoli sententia negans.*
4 *Quibus casibus Purpurati opinionem locum habere putet Cagnolus.*
5 *Examen eorum quæ à Cagnolo allata sunt.*
6 *Reiiciuntur casus illi duo quibus Purpurati sententia obtinere vult Cagnolus.*
7 *Qui promisit facere pactum de retrouendendo, ex ea promissione conueniri nequit vt retrouendat aduersus Purpuratum.*
8 *Reiicitur illud Ioannis Andreæ, qui promisit se obligare in decem, tametsi nunquam se obligauerit, tamen ad ea decem soluenda conueniri posse.*
9 *Quò pertineant quæ de vitando circuitu scripta sunt in l. dominus. § 3. D. de cond. indeb.*

SVperioribus quæ diximus de retrouendendi pacto nudo, finitima hæc quæstio est, de eo † qui promisit facere pactum de 1
retrouendendo, nec fecit. De quo & interpretes plerique tractant, non quòd dubitent, quin promissio valeat quam ponunt factam esse per stipulationem (alioqui ridicula sanè esset quæstio nec vllius dubitationis) sed vt inuestigent, an qui ea promissione se obstrinxit, cogi præcisè possit ad retrouendendum, nullo etiam pacto intercedente. Putant † autem posse 2
huiusmodi promissionem sufficere ad hoc vt præcisè retrouenditio peti possit, vt inutilis circuitus vitetur, inquit, Purpuratus ad *l. cùm fundus. in §. seruum tuum imprudens, in 1. notab. D. si cert. pet.* vbi & ita iudicatum fuisse refert, ex *l. dominus testamento § 3. D. de condict. indeb.* Etsi enim dici solet pacti tenorem obseruandum esse *leg. placet 3. Cod. de sacros. Eccles.* sufficere tamen videtur vt quod ad effectum seruetur, licet non quod ad verba. Nam & illud vulgò receptum est eum qui promisit se mihi obligare in decem, posse recta conueniri in decem acsi iam esset obligatus, quamuis nunquam se obligauerit, quam sententiam primus induxit Ioann. Andr. ad Speculat. in *titul. De obligat. & solut.* alíque posteà interpretes secuti sunt, inter quos Alex. & Ias. in *dict. §. seruum tuum*, itémque Boer. *quæst. 3.* Cagnolus † tamen in secreto iuris, vt ipse 3

loquitur, ſupradictam Purpurati opinionem defendi poſſe negat, quia, inquit, aliud eſt facere promiſſionem de retrouendendo, aliud retrouendere. Ex promiſſione ſiquidem de retrouendendo datur ſolùm actio perſonalis, & competit ius ſtipulatori aut paciſcenti non in re, ſed ad rem, quod eſt debilius, ſecùs ex retrouenditione, citátque Angelum *conſ.* 189. incip. *ex forma.* & Iaſ. in *l. in bonæ fidei. col.* 2. *De eo quod cert. loc.* Non ſolet autem præcedere argumentum de inutili circuitu vitando quoties magna differentia & vtilitas eſt vt vnus potiùs quàm alius actus fiat. Addit, nec quemquam compelli præcisè ad retrouendendum, ſed liberari ſi id quod venditoris intereſt, præſtare malit, quod & nos in ſuperioribus probauimus non ſemel. Subiecit
4 † tamen ſaluari poſſe opinionem Purpurati duobus caſibus: Vno, ſi vt apud nos ſtatutum aliquod ſit quod ex pacto de retrouendendo actionem det in rem & aduerſus quemlibet poſſeſſorem, quaſi iam facta retrouenditione. Altero, ſi iuramentum emptoris acceſſerit per quod ſcilicet obligatur ille præcisè vt retrouendere compellatur. Ita Cagnol. in *d. l.* 2. *Cod. de pact. int. empt. &*
5 *vendit. quæſt.* 6. *num.* 104. Patuit ſubtiliter, † vt mihi quidem videtur in omnibus. Prior enim illa ratio qua mouetur contra Purpuratum, eo tantùm pertinet vt appareat aliud eſſe ſi quis retrouendat, aliud verò ſi tantùm ſe obliget de retrouendendo. Id verò Purpuratus non negat: ſed contendit nihil referre an quis pactum incat de retrouendendo, an promittat ſolùm tale pactum ſe initurum. Quam ſententiam ex eo refellere non poſſis quòd minor ſit, & vt ille ait, debilior poteſtas huius pacti quàm illius. Conſtat enim ſiue quis pactum fecerit de retrouendendo, ſiue dixerit ſe facturum; ius in re nullum naſci venditori, imò ne quidem ad rem, ſed tantùm in perſonam emptoris, vt vel pacto ſatisfacere, vel ni faciat quanti ex ea cauſa venditoris intereſt præſtare teneatur. Itaque vel ex ipſa Cagnoli reſponſione conſequens fit vt hoc caſu locus eſſe debeat regulæ de circuitu vitando, niſi fortè in ea Cagnolus fuit ſententia vt putaret nihil intereſſe an pactum de retrouendendo initum ſit, an verò ipſa etiam retrouenditio fuerit ſecuta: quo tamen abſurdius dici nihil poſſet. Fruſtra enim ex pacto de retrouendendo daretur actio ad petendam retrouenditionem ſi ea iam pro facta haberetur. At neque illud verum eſt quod Cagnolus putat, ex retrouenditione acquiri ius in re non ad rem ſolùm. Nam ex retrouenditione ſicut & ex venditione prima non aliud ius acquiritur emptori quàm vt agere poſſit in perſonam venditoris, ſicut & ſi pactum ſolummodo de vendendo aut retrouendendo interueniſſet. Hac ſola differentia, quòd ex pacto de retrouendendo actio in id competit vt res retrouendatur: ex ipſa verò ſiue venditione ſiue retrouenditione vt res tradatur. Cæterùm ſi res neque vendatur, neque tradatur, idem vtriuſque actionis effectus eſt vt reus in id omne quod ex ea cauſa actoris intereſt, condemnetur. Tanti autem certè vno caſu intereſt quanti alio venditionem ſcilicet aut retrouenditionem factam eſſe. Quod verò idem
6 Cagnolus ſubiungit, † poſſe opinionem Purpurati apud nos obtinere propter ſtatuti quo vtimur autoritatem, magis ridiculum eſt. Nam, vt docuimus in *Err.* 10. *Decadis præcedentis*, non illud ſtatuto factum eſt, vt retrouenditio per pactum promiſſa pro facta habeatur, aut vt vtilis vindicatio ante factam retrouenditionem competat venditori contrà tertium poſſeſſorem, quæ nec competeret aduerſus primum emptorem eundémque paciſcentem: Sed illud duntaxat vt ex pacto de retrouendendo vtili & ad agendum efficaci perinde conueniri poſſit is qui à primo emptore cauſam habet, atque emptor ipſe qui pactus fuit, ergo non niſi perſonali actione. Cúmque ſtatuti verba eum diſertè caſum demonſtrent, quo pactum interceſſerit de retrouendendo, nihil ſanè cauſæ eſt cur pro eo præſertim iure inducendo, quod à iuris ratione tantopere abhorreat, ampliari debeat ſtatuti poteſtas, & ad eum quoque caſum extendi quo pactum de retrouendendo nullum initum ſit, ſed de eo tantùm ineundo conuentum. Nihil enim certius eſt, quàm quod ipſi quoque interpretes & pragmatici toties in ore habent, Statuta omnia non niſi ſtrictam recipere interpretationem, ſed ea præcipuè quæ magis alienata ſunt, & vt loquuntur, quæ exorbitant à iure communi. Nec illud turſum aut verius, aut ſubtilius eſt, quòd Cagnolus fatetur Purpurati ſententiæ locum eſſe, ſi emptor qui promiſit ſe pactum initurum de retrouendendo, in eam rem, quod fieri ſolet, iuſiurandum adhibuerit. Nam quod vulgò creditur, iuriſiurandi eam vim eſſe vt iurantem præcisè obliget ad dandum vel faciendum id quod dari fierive conuenit, non alium effectum habere poteſt, quàm vt ſi non det vel faciat, periurus hoc ipſo fiat, nec ad vitandum periurium ei proſit quod præſtare malit quanti intereſt actoris, quamuis ſi iuriſiurandi religio non interueniret, ſatisfeciſſe obligationi diceretur qui quod actoris intereſſet, aut præſtitiſſet, aut obtuliſſet. Alioqui ſi periurus eſſe quis velit, non poteſt iuſiurandum efficere quominùs periurus eſſe prohibeatur, ſiue periurium hoc legibus vindicari velis, ſiue Deum ſolum vltorem relinquere, vt habet *l.* 1. *Cod. de reb. credit. & iureiur.* Concludendum igitur eſt nullo caſu verum eſſe quod voluit Purpuratus, eum † qui promiſerit facere pactum de retrouen- 7
dendo, ex ea promiſſione conueniri poſſe vt retrouendat. Pactum enim præcedere neceſſe eſt vt ex pacto agi poſſet. Nam nec ſufficeret fingere pactum interueniſſe quod reuera nullum interuenerit, niſi illud etiam fingeres, vtiliter interueniſſe. Quid enim ſi pactum quidem emptor feciſſet, ſed nudum, id eſt, neque contractus, vt loquuntur, coherentia, neque ſtipulatione reſtitum? An non promiſſioni ſuæ ſatisfeciſſet? Vtique, nec tamen poſſet pactum illud non eſſe nudum quod factum eſſet ex interuallo. Qui enim ſe obligat ad pactum eiuſmodi faciendum licet ſe obliget in ipſo ſi voles contractu venditionis, non ideò tamen perinde cenſendus eſt acſi eo ipſo inſtanti pactum feciſſet, quia ſecuto pacto non ex promiſſione illa conueniri amplius poteſt cui iam ſatisfecerit, ſed aut nullomodo, aut ex pacto ipſo quod de retrouendendo ſubſecutum eſt, conueniri debet: Proinde non eo minùs pactum nudum videri debet, non ſecus acſi de eo ineundo nulla promiſſio præceſſiſſet. Promiſſio namque facit, vt pactum illud quandoque fieri oporteat, non etiam vt quandocunque ſecutum, iam inde ab initio & ab ipſo contractus tempore factum eſſe intelligatur. Nec ad rem pertinet, ſi quis obiiciat, Pactum hoc quandocunque ſecutum partem pretij, facere vt tantò pluris res væniſſe exiſtimetur ſecundùm ea quæ diſputauimus *Dec.* 9. *Error. vlt.* Id enim negandum eſt, & ſeparandum hac etiam in re vt in cæteris omnibus pactum ipſum à promiſſione de paciſcendo. Fateor promiſſionem illam paciſcendi de retrouendendo ſi incontinenti facta ſit non minùs pretij partem facere quàm ſi pactum de retrouendendo iam tùm iniretur. Verum enim eſt neque aliter venditurum fuiſſe venditorem, neque tam paruo pretio comparaturum emptorem ſi de retrouendendi onere cogitatum nihil fuiſſet. Sed non ideò conſequens eſt vt pactum quoque de retrouendendo videri debeat pars contractus, ſi fortè poſt dies & menſes aliquot initum proponatur. Sed & finge promiſſionem hanc de qua tractamus paciſcendi de retrouendendo non incontinenti factam eſſe, ſed aliquo poſt contractum interuallo, interpoſita tamen, vt fieri eo caſu neceſſe eſſet, ſtipulatione. Quis dicat incontinenti factam videri pactionem quæ ſecuta ſit ex promiſſione non incontinenti adhibita, ſed ex interuallo? Aut ob id magis agi poſſe ex huiuſmodi pacto nudo, quod interpoſitum fuerit in conſequentiam vtilis promiſſionis, ex qua

poſſit

potuit emptor conueniri vt ita paciſceretur? Hoc verò ſi ita eſt, vt ex præcedentis ſtipulationis viribus non poſſit vires ſumere, & efficax fieri pactum quod per ſe nudum eſt, cur aliud probabimus in pacto, cui non ſtipulatio cauſam dederit, ſed pactum anterius licèt adhibitum in ipſa venditione, aut incontinenti poſt initam venditionem? At nec illud facilè probare poſſum
8 quod ex † Ioannis Andreæ ſententia tanto interpretum conſenſu receptum video, vt qui promiſit ſe obligare in decem, tametſi nunquam ſe obligauerit tamen ad ea decem ſoluenda vtiliter conueniri poſſit. Quomodo enim fieri queat, vt priùs quis conueniatur quàm ſit obligatus? An non perpetuò verum eſt, quod & interpretes iactitant obligationem eſſe matrem actionis? ex *l. licet 43 §. ea obligatio. De procurat.* Imò verò, inquies, iam obligatus eſt qui promiſit ſe in decem obligare ſi per ſtipulationem promiſerit. At non ad decem, inquam, ſed ad hoc ſolùm vt in decem ſe obliget: quæ obligatio nullius momenti eſſet & inutilis, ſi hoc ipſo pro iam obligato haberetur, cur enim ſe magis obligaret, qui iam ſatis obligatus eſſet? Rurſum quomodo poteſt obligatio inutilis vtilem producere actionem?
9 Nam quod affertur de circuitu † vitando ex *d. l. dominus teſtamento 53. De condict. indeb.* ad propoſitam ſpeciem accommodari non poteſt, in qua agitur non de danda actione, ſed de inducenda obligatione. Faciliùs datur actio ex iam nata obligatione, quàm obligatio inducatur, quia naſcitur actio ex obligatione ſola iuris poteſtate, qua obligatio iuris quoque eſt cùm iuris vinculum diffiniatur. At obligatio non naſcitur niſi ex facto, factum autem lex nunquam ſupplet, vt vbi non interuenit, interueniſſe videatur. In actionibus quæ iuris ſunt, euenit aliquando vt earum inter ſe commiſcendarum celeritate altera occultetur, quemadmodum ait *l. 3 §. penult. D. de donat. int. vir. & vxor.* In obligationibus nunquam: quia prius eſt vt obligatio ſit quàm vt occultetur. Vt taceam quod docui *lib. 6. Coniect. iur. ciuil.* Triboniani eſſe potiùs quàm Iureconſulti quod in *d. l. dominus*, de vitando circuitu ſcriptum eſt. Qua de re plura ideò hîc non ſcribemus.

ERROR IX.

De emptore qui ad retrouendendum obligatus rem ipſam reſtituit venditori & retrotradidit, nec tamen retrouendidit, aut contra.

SVMMARIA.

1 *An cenſeatur in venditorem tranſlatum dominium, fructúſque ad eum pertineant, cùm emptor ad retrouendendum obligatus rem reſtituit venditori & retrotradidit, nec tamen retrouendidit.*
2 *Iaſonis ſententia negans.*
3 *Purpurati & Cagnoli ſententia affirmans.*
4 *Rationes pro Iaſone.*
5 *Purpurati ſententia ab autore præfertur.*
6 *Non ſufficit venditori ad dominij ius conſequendum cum fructibus vt emptor retrouendiderit: ſi non retrotradiderit.*

1 HÆc quoque quæſtio † ab interpretibus noſtris tractata eſt, adeò ſunt illi diligentes in caſibus ferè omnibus qui ex facto incidere poſſunt perquirendis. Vtinam in perſcrutanda aut reperienda iuris ratione eſſent adeò perſpicaces. Quæſtionis autem vtilitas † duplex potiſſimùm eſt, vna ſi de rei dominio, altera ſi de fructibus quæratur. Nam cùm emptor qui ad retrouendendum obligatus erat rem ipſam reſtituit venditori, & retrotradidit, nec tamen retrouendidit, poteſt de dominio incidere quæſtio non ſolùm inter emptorem ipſum & venditorem, quod ſanè difficilius fuerit, ſed etiam inter venditorem qui fortè poſſeſſionem amiſerit, & alium quemlibet factum poſſeſſorem, ſi rem illam à nouo poſſeſſore vendicare venditor velit. Tritum enim illud eſt, Aduerſus extraneos, id eſt qui domini non ſint, etiam vicioſam poſſeſſionem prodeſſe *l. vlt. D. de acquir. poſſ.* præſertim verò aduerſus vindicantes, cùm non alius vindicare rem poſſit, quàm qui dominum ſe probet, licèt is qui poſſidet nullo iure poſſideat *l. vlt. C. de rei vindicat.* Quæſtio igitur in eo eſt, an ex illa reſtitutione, & retrotraditione quam emptor fecerit, tranſlatum ſit dominium in venditorem, etiamſi retrouenditio nulla præceſſerit. Nam ſi tranſlatum eſt, habebit venditor ius rei à poſſeſſore quodlibet vindicandæ, ſi minùs, non habebit. Idémque de fructibus iuris eſt: quia cùm non ſeminis, ſed ſoli iure percipiantur, vt ait Iulianus in *l. qui ſcit 21. §. 1. D. de vſur.* dominij cauſam omnimodo ſequuntur, tanquam acceſſiones naturales, quæ idcirco & cauſæ appellatione continentur, ita vt ſi ab eo percepti ſint qui dominus fuit, non poſſint ad eum non pertinere. Habuit autem hæc quæſtio, cùm aliquando ex facto incidiſſet, diſſentientes grauiſſimos viros, & primi tùm in Italia nominis Iureconſultos Iaſonem & Purpuratum, vt Cagnolus refert ad *l. 2. C. de pact. int. empt. & vendit.* Iaſon † negabat perceptos à venditore fructus ad eum pertinere poſſe, quaſi in quem dominium tranſlatum non fuiſſet. 2
Purpuratus † contra affirmabat ſatisfactum conuentioni 3
ab emptore, qui rem à ſe emptam ſub pacto de retrouendendo venditori ſuo reſtituiſſet, & nulla etiam præcedente retrouenditione tradidiſſet. Quam ſententiam vti veriorem ſequitur Cagnolus, eámque in tribunalibus receptiorem eſſe teſtatur. Pro Iaſone † illa potiſſi- 4
mùm ratio vrget, quòd cùm pet venditionem licèt ſub retrouendendi onere initam, dominium rei venditæ tranſlatum fuerit in emptorem, adeóque vt probauimus in ſuperioribus, irreuocabiliter, & pleno iure, non aliter videatur dominium illud redire poſſe ab emptore ad venditorem, quàm ſi nunquàm fuiſſet venditoris, quia licèt ſecunda non prima venditio ſit, adeóque in conſequentiam prioris fiat, tamen noua venditio eſt, iiſdémque ad transferendum dominium legibus & ſolennitatibus omnino perficienda. Atqui conſtat ita ius eſſe, vt ex ſola traditione quamuis à vero domino facta transferri dominium non poſſit, nec ſi dominus habuerit animum transferendi, niſi adſit etiam iuſta cauſa, hoc eſt titulus aliquis qui iure ciuili ad transferendum dominium habilis, & iuſtus exiſtimetur, qualis eſt venditionis, Alioquì nuda dicitur eſſe traditio, ex qua proinde transferri dominium nunquam poteſt *l. nunquam nuda 31. D. de acquir. rer. domin.* Neque verò ſufficeret præceſſiſſe pactum de vendendo ſi ante traditionem venditio nulla ſecuta eſſet: quia non ſicut venditio, ita & pactum de vendendo iuſta cauſa eſt transferendi dominij. Iuſtam ſiquidem cauſam appellamus, quæ iure ciuili cognita ſit & probata. Ius autem ciuile pacta nuda non agnoſcit, quorum tuitio tota eſt ex iuriſdictione prætoris. Nam & inde fit quod nos non vno Coniecturarum noſtrarum loco monuimus, vt ſi heres fundum alicui tradiderit ex cauſa fideicommiſſi, non idcirco tamen dominium in fideicommiſſarium tranſtuliſſe dici poſſit, quia nec fideicommiſſa iure ciuili cognita ſunt, ſed pendent ex Prætoris fideicommiſſarij iuriſdictione *l. 3. D. ſi vſufr. petat.* Cur ergo ſufficiet pactum de retrouendendo, nulla ſecuta retrouenditione? Quò etiam pertinet, quòd cùm exceptio rei venditæ & traditæ emptori accommodari ſoleat, *tot. tit. de except. rei vendit. & trad.* exceptio tamen rei traditæ quæ vendita non ſit, nulla eſt, quia non

magis retinendi quàm petendi ius præbere potest traditio quæ causam non habet. Plus dico etiam pecuniam quis ab alio acceperit, eique vicissim rem aliquam tradiderit, nulla expressa causa, nullóque ineundæ venditionis tractatu præcedente, nullam tamen dominij translationem fieri, si non alia iusta contrahendi causa fuit, puta ineundi contractus innominati, do vt des, qui à venditione multùm distat, tum etiam cùm datur pecunia vt res accipiatur *l. vlt. D. de condict. caus. dat.* de cuius sententia scripsimus *lib. 6. Coniect.* Tunc enim venditio contracta intelligi debet cùm pro re datur pecunia pretij nomine, & consequenter cùm venditionis tractatus aliquis præcessit, quandoquidem extra causam emptionis de pretio tractari nunquam potest *l. 1. D de rer. permut.* Atque ita proculdubio accipi debet quod scriptum est in *l. naturalis* 4. §. *D. de præscript. verb.* contractam intelligi venditionem & emptionem si pecunia pro re detur. Sed tamen Purpurati † sententia verior sanè est, neque dubito quin potentius sit pactum de retrouendendo ad transferendum per solam traditionem sine retrouenditione dominium, quàm pactum de vendendo nulla secuta venditione. Illud enim semper obseruandum est, cùm pactum de retrouendendo dicimus de eo nos intelligere quod vel in ipsa venditione adhibitum sit, vel incontinenti post perfectam venditionem, alioqui esset inutile & inefficax ad agendum. Potrò, cùm in ipsa rei alienatione pactum tale factum est de retrouendendo, negari non potest quin retrouenditionis tractatus præcesserit, & quidem eiusmodi qui causam dederit ineundæ venditioni, quam alioquin venditor non fuerat contracturus. Quidni ergo sufficiens erit causa illa dominij transferendi si retrotraditio ex placiti fide postmodum sit secuta? Non enim pactum nudum est quod contractus cohærentia vestitur, nec proinde iure ciuili incognitum, quod pars est eius contractus quem ius ciuile agnoscit & probat. Ergo neque nuda traditio est, quæ iustam hanc causam habet. Quod si non nuda, Ergo vtilis & efficax ad dominium transferendum: & consequenter nil necesse est interdicere retrouenditionem, quæ etiamsi facta esset, efficere tamen non posset vt tantò maior aut iustior transferendi dominij causa videri deberet. Quæ enim iusta est non potest magis fieri iusta, aut quæ habilis est magis habilis, sicut nec magis meum quod iam est meum. Idque ita esse ex eo quoque apparet, quòd si pactum ita conceptum esset, vt restituto quandocunque vel intra certa tempora pretio fundus restitueretur, nulla retrouenditionis facta mentione, dubitari non oporteret, quin citra retrouenditionem dominium ex sola traditione transferretur, Cur enim retrouenditionem requireremus, quam contrahentes necessariam esse noluissent? At cur non fedeat dominium ea ipsa lege quæ dicta est à venditore alienante? Denique sufficit traditionem non esse nudam, vt ex ea dominium transferri possit, vt verò nuda non sit, sufficit quòd causam habeat à contractu iusto & legitimo siue venditionis contractus ille sit, siue retrouenditionis: vt probatur non malè ex *d. l. 1. C. de pact. inst. empt. & vendit.* quæ de pacto est de restituendo, non de retrouendendo. Neque aliud videri debet si promissa sit retrouenditio per stipulationem licèt adhibitam ex intervallo: nam & stipulatio si modò iustam ipsa causam habeat, iusta causa est dominij transferendi *l. vbi autem* 75. §. *vlt. de verb. oblig.* Et sanè, si quo vnquam casu locum habere potest, quod interpretes tractant de circuitu vitando, obtinere hîc debet, vt qui ex lege venditioni dicta retrouendere & retrotradere obligatus est, sola retrotraditione vtrumque explere intelligatur. Fructus igitur quos ex eo tempore venditor perceperit, ad ipsum vtique pertinebunt, quandoquidem etiamsi dominium per traditionem translatum non esset, fructuum tamen rationem exinde haberi oporteret, tanquam ex die moræ *d. l. 2.* cùm is qui & retrouendere & restituere debuit, si duntaxat restituerit, hoc ipso in mora sit retrouendendi iure ita per suppositionem constituto, vt non sufficeret citra retrouenditionem restituisse. Itaque fructus qui venditoris facti non essent sola perceptione, fierent eius omnimodo consumptione, quia nunquam essent restituendi: Ex iuris regula, quæ habet, dolo facere eum qui petat, quod illi ipsi à quo petit statim esset restituturus, *l. si socer* 43. §. *Lucius. D. solut. mat.* An ergo similiter dicemus, sufficere † posse venditori quòd emptor retrouendiderit si retrotraditio nulla sit secuta? Minimè verò. Nam traditio illa est, quæ dominium transfert, non conuentio, *l. traditionibus* 20. *C. de pact.* Cúmque in proposita specie dupliccm causam habeat traditione sit nuda, vnam quæ ex ipso contractu venditionis, alteram quæ ex retrouenditione pendeat, facilius est vt ad transferendum per traditionem dominium alterutra sufficiat, quàm vt vtraque concurrente, traditio ob eam causam minùs necessaria videri possit. Totus enim effectus translati dominij traditioni accepto ferendus est, non causæ ex qua translatum est dominium, quam nec requirimus nisi ad traditionem confirmandam. Traditionem igitur interuenire prorsus necesse est, aut quid aliud quod vice traditionis esse possit, vt puta si passus sit emptor vt fundi retrouenditi possessionem venditor propria autoritate acceperit, fructúsque ex eo perceperit. Cæterùm si sola retrouenditione venditor nitatur, dominiúmque vindicet, non potest meo iudicio non vinci, siue contra emptorem ipsum agat, siue contra extraneum possessorem, sed multò magis si contra extraneum. Planè si venditor ipse possideat, & dominij quæstionem ab emptore patiatur, quasi non potuerit retrouenditio sufficere sine traditione ad dominium transferendum, non inutiliter se tuebitur pacti & doli exceptione cùm ex pacto non solùm retrouendere, sed etiam retrotradere emptor debeat, dolóque malo idem emptor faciat qui ius aliquod sibi quæsitum velit ex eo solùm, quod non fecerit, quicquid ex iusta conuentione facere eum oportuit. Potiùs enim pro facto in eius præiudicium haberi id debet, nec iustè possumus exceptionem & retentionem ei denegare, cui daremus etiam actionem.

ERROR X.

De vsufructu ei debito qui proprietatem emptam sub pacto de retrouendendo postea retrouendit.

SVMMARIA.

1 *Vsufructuario proprietatem acquirente vsusfructus per consolidationem amittitur: etiamsi emerit sub pacto de retrouendendo n. 3.*
2 *Nullus est vsusfructus causalis, aduersus interpretes.*
4 *Non reuiuiscit vsusfructus per retrouenditionem rei in qua verior emptor habebat vsumfructum.*
5 *Pauli Castrensis & aliorum sententia affirmans.*
6 *d. Sententiam malè firmari ex l. dominus. D. de vsufruct. cuius verus sensus explicatur.*
7 *In proposita specie extinctum vsumfructum ex causa secuta retrouenditionis non reuiuiscere; & quatenus consuli possit indemnitati emptoris.*

CVm vsufructuarius † acquirit proprietatem eius rei in qua vsumfructum habet, nemo dubitat quin vsusfructus per consolidationem amittatur, quia non magis potest quis vti frui re sua 1

ſua eo iure quod vſumfructum conſtituat quam illud induci, vt domino ſua res ſeruiat, *l. vti frus* 5. *D. ſi vſusfr. pet.* Nec quod vulgò ſit ab interpretibus, diſtinguendus eſt vſusfructus cauſalis à formali. Cauſalis † enim quem illi appellant, id eſt qui cum proprietate coniunctus ſit, nullus omnino eſt, quandoquidem nec conſtitui aut intelligi poteſt, niſi per ſeparationem à proprietate: & qui adnexam habet proprietatem non vſusfructus, ſed plena proprietas dici debet, vt docuimus *lib.* 15. *Coniect. cap.* 8. Inde fit, vt ſi fructuarius † emerit proprietatem eius rei in qua priùs habebat vſumfructum, proculdubio vſusfructus amittatur, licèt emerit ſub pacto de retrouendendo. Nam & hoc caſu perinde dominium acquiritur emptori, & quidem irreuocabiliter & pleno iure, acſi pactum eiuſmodi nullum intrueniſſet, quemadmodum à nobis probatum eſt *cap.* 7. *Decad. ſuperioris.* Illa igitur incurrit dubitatio, † ſi poſtmodum ea res per emptorem retrouendatur, atque ita ius conſolidationis quod vſumfructum extinxerat extinguatur, an vſusfructus reuiuiſcat, & ipſo iure reſtituatur. In qua dubitatione illud ſtatim occurrit quod reſpondeas, ius quod ſemel extinctum ſit poſtea reſſuſcitari & reuiuiſcere nunquam poſſe, *ex l. qui res* 98. §. *aream. D. de ſolut.* Sed tamen aliud vulgò probatum eſt, vſumfructum qui periiſſe videbatur, reuiuiſcere, ſtatim atque rei venditæ dominium ad venditorem à quo abſceſſerat, recurrit. Sic enim Paulus † Caſtrenſ. conſuluit *lib.* 2. cuius ſententiam velut veram & ſine controuerſia receptam refert ſequiturque Cagnolus ad *l.* 2. *C. de pact. inter empt. & vend. ex l. dominus. D. de vſufr.* vbi Papinianus ſcribit, Si dominus proprietatem fructuario legauerit in teſtamento, quod poſt agnitum legatum per inofficioſi querelam ruptum proponatur apparere ex poſtfacto non fuiſſe amiſſum vſumfructum qui per conſolidationem amiſſus videbatur. Videamus tamen ne non ſint iſta ſimilia. Nam apud Papinianum † ius vſusfructus non tam reuiuiſcere poſt extinctionem, quam nullo vnquam tempore extinctum finitúmque eſſe intelligitur: quia nec eius extinguendi ratio alia fuit quàm quòd ex teſtamento quæſita eſſet vſufructuario proprietas iure legati, idem verò & proprietarius & fructuarius eſſe non poſſet. Rupto autem poſteà teſtamento per inofficioſi querelam quæ omnia reuocat ad cauſam inteſtati, apparet teſtamentum nullum ſupereſſe, nec proinde legatum vllum ex quo proprietas acquiri potuerit, quia ex teſtamento tandem rupto licèt aliquando tenuerit & valuerit, legata tamen neque vlla debentur, neque vllo vnquam tempore debita fuiſſe videri poſſunt, niſi ſi qua repetita ſint à ſucceſſoribus inteſtati, *l. generaliter.* 24. §. *ex teſtamento. D. de fideic. lib.* Maximè verò ſi teſtamentum ruptum ſit per querelam. Nam cùm querela eo colore proponatur, quaſi demens & inſanus fuerit teſtator eo tempore quo ſuprema ordinabat *l.* 2. *D. de inoff. teſt.* conſtat non poſſe à demente & inſano homine aut teſtamentum fieri aut legata relinqui, *l. Papinianus* 8. §. *pen. & vlt. cum l ſeq. l. qui repudiantis* 17. *in fi. l. cum mater* 28. *D. eo.* de quo ſcripſimus *eod. lib.* 5. *Coniect. cap.* 18. Nec quod teſtamentum aliquando valuerit, ideoque per querelam reſcindi & potuerit & debuerit, ad rem facit. Nam ſtatim atque teſtator rupto quandocunque teſtamento inteſtati exitum facere cœpit, perinde habendus eſt, acſi nunquam teſtatus fuiſſet, ne alioqui euenturum illud ſit, vt pro parte temporis teſtatus, pro parte inteſtatus videatur: quod ſanè abhorret à vera vulgataque iuris ratione. Etſi enim querelæ ius ſingulare eſt, vt ex poſtfacto facere poſſit teſtatorem pro parte teſtatum & pro parte inteſtatum, *l. circa* 18 *eod. tit.* Id tamen ad partem bonorum referendum eſt, ſi fortè plures ſint heredes, quorum vnus in ea lite vicerit, alter ſuccubuerit, non autem ad partem temporis, quia difficilius eſt vt pro parte temporis quàm vt pro parte bonorum teſtatus quis ſit, & pro alia parte inteſtatus, quoniam reſciſſio quæ fit per querelam, quatenus reſpicit tempus, tota dirigitur in id tempus quo factum eſt teſtamentum, cum dirigatur in ipſum teſtatorem, vt non ſatis ſuæ mentis fuiſſe exiſtimetur. Itaque pati non poteſt vt vel minimo temporis momento teſtamentum valuiſſe dici poſſit. At quatenus reſpicit bona, non afficit vniuerſitatem bonorum, quia neque in bona ipſa datur, neque contra lignum vt bonorum poſſeſſio contra tabulas id eſt, contra teſtamentum, ex cuius iure pendet ipſum quoque ius vniuerſitatis bonorum, quæ defuncti fuerunt, ſed contra heredem, ergo pro ea duntaxat bonorum parte, ex qua heres ille eſt qui condemnatus fuit, aut ex qua heres ab inteſtato eſſe poſſit is qui conqueritur, ſi fortè alius ſit in eodem & conquerendi iure, & ſuccedendi gradu. Rupto igitur per querelam inofficioſo teſtamento, illud conſequens eſt, vt legata nullo modo valeant, quæ in eo relicta fuerunt, licèt agnita iam præſtitáque proponantur. Nec proinde mirum eſt in ea ſpecie quam Pap. tractat, fructuario qui proprietatem ex legato acceperat, & per aliquod tempus retinuerat ſaluum eſſe vſumfructum, quaſi nunquam conſolidatum, quia neque proprietas vllo vnquam tempore fructuarij fuiſſe intelligitur. Idque eſt quod Pap. ait, *apparere ex poſtfacto non fuiſſe amiſſum vſumfructum.* Non ait fuiſſe amiſſum, ſed tamen amiſſa poſtmodum proprietate reſtituendum eſſe aut reſſuſcitandum, vt de iure pignoris ſcriptum eſt in *l. ex ſextante* §. *vlt. D. de except. rei iud.* Negat amiſſum fuiſſe idque ex poſtfacto apparere ait, quia quandiu teſtamentum per querelam ruptum & reſciſſum non eſt, videtur ſanè amiſſus, quandoquidem tamdiu teſtamentum valet, re vera tamen in ſuſpenſo eſt, ſicut & teſtamentum ipſum in pendenti eſt, non an valeat ſed an futurum ſit vt nunquam valuiſſe exiſtimetur, quod in eo eſt vt rumpi adhuc poſſit: quemadmodum dici ſolet de eo qui captus eſt ab hoſtibus, quamdiu in ciuitatem redire poteſt iura eius non tam abrupta eſſe, quàm ex poſtliminij conſtitutione ſuſpenſa intelligi debere *l. illa* 32. §. 1. *D. de her. inſtit.* licèt verum ſit interim eum eſſe in ſeruitute, *l. pen. D. de ſuis & legit.* At in ea ſpecie de qua tractamus, id eſt, cùm fundus in quo vſusfructus alienus erat, venditus eſt fructuario à domino proprietatis, ſub pacto de retrouendendo, licèt in pendenti ſit an emptor retrouenditurus ſit, nécne, tamen neque emptoris ius idcirco dici poteſt eſſe in ſuſpenſo, neque ſecuta etiam retrouenditione & retrotraditione, in eum ſtatum rem deduci, vt nunquam emptoris fuiſſe videatur. Nam vt toties diximus in præcedentibus, neque pactum de retrouendendo, neque retrouenditio ipſa impedit quominus id quod hac lege venditum eſt, acquiratur emptori irreuocabiliter & pleno iure, multò minùs verò facit vt ex quo tempore res retrouendita eſt, nunquam emptoris fuiſſe intelligatur: quia retrouenditio quæ nihil niſi ſecunda venditio eſt neque reſoluit, neque reſcindit primam, ſed eam potiùs in neceſſarium antecedens ſupponit. Priorem enim ſubſiſtere, ſempérque ſubſtitiſſe neceſſe eſt vt poſterior habilis ſit & efficax ad dominium transferendum in venditorem. Nec quod per retrouenditionem iterum dominus ſit venditor, qui per primam venditionem eſſe deſierat, aliud quicquam poteſt inducere, niſi vt eodem tempore deſinat emptor dominus eſſe, qui in illum vſque diem fuit: non etiam vt deſinat fuiſſe, quomodo contingeret vendita re ſub lege commiſſoria, vel ſub pacto addictionis in diem. Semper igitur verum eſt ab eo inſtanti quo fructuarius, idémque emptor factus eſt dominus proprietatis, conſolidatum fuiſſe vſumfructum cum proprietate, eamque conſolidationem ſemper manſiſſe, neque ex poſtfacto magis quàm ab initio quicquam emergere, quod eſſ. ctum illum conſolidationis inanem & irritum efficere

1 2 3 4 5 6

cere queat ad vſumfructum emptori reſtituendum. Quod cùm ita ſit, concludendum eſt aduerſus Caſtrenſem & Cagnolum, amiſſum † in propoſita ſpecie vſumfructum & per conſolidationem extinctum, ex cauſa ſecutæ retrouenditionis reſſuſcitari & reuiuiſcere nunquam poſſe, non magis quam ſi retrouenditio illa eſſet merè voluntaria, non facta ex præcedentis conuentionis neceſſitate. An ergo eiuſmodi iactura emptorem affici patiemur, qui neceſſe habet retrouendere? Illud quidem fortaſſe quis tentare poſſet, imputare emptorem ſibi debere, non cur pactus ſit de retrouendendo, ſed cur eam rem emerit, in qua iam vſumfructum habebat, & quam ſciuit ſaluo vſufructu ſuam fieri non poſſe. Sed tamen cùm tantò pluris res vendita videatur, eáque vſusfructus amiſſio partem pretij efficiat, quia tantundem abeſt emptori ex cauſa emptionis, iniquum ſanè fuerit morari eum in damno, cùm neque in culpa vlla ſit, niſi fortè venditor ei vult imputare, cur tanti emerit rem quam eodem pretio idem venditor ſibi retrouendi voluerit. Videturque hæc res expeditum habere tractatum, ſi conuenerit ſimpliciter, id eſt, nulla pretij taxatione facta vt eodem pretio fundus retrouenderetur. In pretio enim eſſe intelligetur, non ea ſolùm pecunia quæ ob venditionem numerata fuerit ab emptore, ſed quanti etiam vſusfructus eo tempore æſtimari potuit arbitrio boni viri, nec proinde aliter audiendus erit venditor petens retrouenditionem quam ſi cum pretio conuento offerat etiam æſtimationem vſusfructus, ſi non paratus ſit conſentire vt ex retrouenditione vſusfructus qualis quantúſque fuerat reſtituatur, & reſtauretur. Non enim videri poteſt dolo malo facere emptor, qui retrouenditionem recuſat, ex qua damnum ſenſurus ſit iniuſtum & ſine cauſa Itaque vel indemnitas ei præſtanda eſt, vel de ea quandocumque præſtanda caueri & ſatisdari oportet, vt & in ſpecie *l. debitor 59. D. ad S.C. Trebell.* de qua ſcripſimus *lib. 7. Comett. cap. 7.* Satiſque fauemus venditori in eo, quòd electionem illi damus, an vſumfructum reſtaurari an æſtimari malit. Sed ſi conuentio illa fuit vt fundus centum aureis fructuario venditus eodem pretio centum aureorum venditori retrouenderetur, cùm tam aperta & præciſa ſint conuentionis verba, vt de vſufructu, ſiue reſtaurando, ſiue æſtimando nullam admittant interpretationem, nihil aliud ſupereſt quod pro emptore dici poſſit quominus ſui vſusfructus iacturam ſentire debeat qui ea lege non coactus, ſed ſponte acceſſit ad emptionem, licet inuitus retrouendat. Imputare namque ſibi debet cur tanti æſtimauerit rem illam habere, quam putauit fortaſſe nunquam ſe retrouenditurum, cùm multa incidere poſſint quæ faciant ne vlla vnquam retrouenditio ſequatur, vt putà ſi redimere venditor nolet, aut non poterit, fortaſſe non habens in numerato quantum ſatis ſit ad emptori offerendum, aut ſi præſtituta redemptioni tempora priùs effluent quàm redimendi facultas adſit, quod iis ferè omnibus euenit, qui à redimendi iure temporis præſcriptione ſummouentur.

7 amiſſum † in propoſita ſpecie vſumfructum

ANTONII FABRI IC.

Decas Vigeſimaquarta.

ERROR PRIMVS.

De hypotheca rei venditæ ſub pacto de retrouendendo, ex ſolo pacto inducenda.

SVMMARIA.

1 *Hypothecam rei venditæ ſub pacto de retrouendendo ex ſolo ipſo pacto induci pro venditore placet pragmaticis.*
2 *Relatam ſententiam falſam eſſe.*
3 *Pragmaticos ineptè colligere pactum de retrouendendo inducere hypothecam ex l. poſt diuiſionem. 3. D. qui potior. in pignor. hab. cuius vera ſententia declaratur.*
4 *Perperam idem adſtruere pragmaticos ex l. creditores. 3. C. de pignorib.*

1 NEceſſaria interdum hæc quæſtio eſt, an † is qui rem emit ſub pacto de retrouendendo hoc ipſo eam venditori obligare, in eaque hypothecam conſtituere intelligatur, ſi fortè emptor eam rem alienauerit, & aduerſus poſſeſſorem agere venditor malit ad rem auocandam, quàm aduerſus emptorem ad indemnitatem præſtandam. Magis autem probatum video, nec vllo ferè diſcrepare, huiuſmodi conuentionis poteſtate hypothecam induci ſiue expreſſam illam eſſe, ſiue tacitam vocare velis. Quam ſententiam Bartol. Balduſque priores induxerunt ad *l. 3. § poſt diuiſionem. D. qui potior in pignor. hab. & ex l creditores. 3. C. de pign.* Nec dubitat, quin vera ſit, Andr. Tiraq. *de retract. conuent. § 3 num 9. gloſſ. vnic.* Ego contrà, falſam † eſſe contendo. Quid enim eſt in pacto 2
de retrouendendo, ſiue conuentionis verba ſpectemus, ſiue mentem paciſcentium quod hypothecam poſſit inducere, quæ nec ex retrouenditione ipſa inducetur? Nemo ſiquidem negauerit plus eſſe ſi quis retrouendat, quàm ſi ſe obliget ad retrouendendum: nec poſſis reſpondere quod pragmaticus quidam aliquando reſpondebat, per retrouenditionem pignus non contrahi, quia dominium in venditorem eundémque nouum emptorem transfertur, eadem autem res quæ alienatur, obligata nouo domino eſſe non poſſit. Falſum enim eſt per retrouenditionem dominium transferri, quod ſanè per traditionem ſolam transfertur, vt docuimus in *Error. 9. Decad. ſuperioris.* Itaque quandiu res retrouendita nondum eſt in dominio venditoris, nihil vetaret obligari eam pignori, vt ſi fortè poſtmodum alienaretur, poſſet venditor actione in rem propoſita ipſam auocare, ſi retrouenditio ſufficere in id poſſet, quomodo dicimus venditorem, qui totum pretium nondum accepit, ſi vrgeatur ab emptore ad rem tradendam, velut taciti pignoris iure poſſe rem quam vendidit, retinere, *l. Iulianus 13. §. offerri. D. de action. empt.* licèt quod magis eſt, non eò minùs maneat dominus, quandiu ex venditionis cauſa rem nondum tradidit, *§. vendita. Inſtit. de rer. diuiſ.* Neque ſanè dici poteſt quid aliud iuris ex huiuſmodi pacto acquiri poſſit venditori præterquàm in perſonam emptoris, vt obligatum eum habeat de retrouendendo quem alioqui non haberet.

Cúmque

Cúmque nos de eo pacto loquamur quod in ipso venditionis contractu adhibetur ne sit nudum, dominium autem ex sola venditione non transferatur ante traditionem, apparet nec si emptoris voluntas illa sit, vt per pactum pignus contrahatur, posse tamen pignus ab eo constitui in re quæ nondum sit sua, *l.2.D.de pignor. act.* Necesse enim esset ad vtilem pignoris constitutionem, vt in id saltem tempus conferretur quo dominium emptori quæsitum esset, quod non fit per pactum de retrouendendo. Etsi enim huius pacti verba futurum tempus demonstrant non præsens quod ad retrouendendum pertinet, futurum tamen tempus non illud est quo dominium erit quæsitum emptori, sed quo venditio perfecta erit, quæ porrò perficitur etiam priùs quàm dominij, translatio inducatur per subsecutam traditionem. Itaque si ponetes eum qui sub hoc pacto emisset, statim post perfectam emptionem & ante traditionem retrouendidisse, dubitari non oporteret, quin pacto abundè satisfecisset, tametsi dominus rei venditæ nunquam fuisset, nec vllum proinde dominium in venditorem suum transtulisset. Quid enim aliud ab eo exigamus, nisi vt quicquid iuris ex emptione nactus est, venditori suo retrouendat? Aut cur requiramus, vt transferat dominium quod nondum habet, aut vt priùs nanciscatur dominium quod in eum ipsum venditorem mox sit translaturus? Præsertim cùm nihil prohibeat alienam quoque rem vendi posse, *l.rem alienam 28.D.de contr.empt.* Sitque extra naturam venditionis vt dominium rei venditæ transferatur in emptorem, nisi quòd id fit per consequentias cùm venditor dominus fuit. Quis verò dixerit hoc saltem casu quo emptor nunquam fuerit dominus rei emptæ sub pacto de retrouendendo, fuisse rem illam venditori obligatam, vt retrouendi aliquando deberet? Quòd si hoc casu pignus non contrahitur, an tunc potiùs contraheretur, cùm ex causa venditionis secuta erit traditio, translatúmque rei venditæ dominium in emptorem? Quis nescit pignoris obligationem & constitutionem totam ex conuentione æstimari, non ex eo quod post conuentionem possit emergere: Sunt au-
3 tem suaues mehercule pragmatici, † qui vt probent pactum de retrouendendo inducere hypothecam, adferunt Papiniani responsum in *d.l.3. post diuisionem. D.qui potior.in pign.hab.* probántque ex eo loco pactum de vendendo eiusdem esse potestatis vt pignoris conuentionem & obligationem per æquipollentia verba inducat. Quod omnino falsum est, & à Papiniani sententia & subtilitate prorsus alienum. Pactum enim de vendendo, de quo Papinianus eo loco tractat, non illud est quo quis promittat, se alteri venditurum, sed quo quis alteri permittat, vt ipsius permittentis rem distrahat: quæ promissio quantum à promissione distet, ex eo apparet, quod promissio personam promittentis obligat, promissio verò non tam personam afficit, quàm rem ipsam cuius distrahendæ ius creditor nanciscitur. Quo enim iure creditor alienam rem distrahere posset, si non ius necessarium antecedens pignus contractum intelligeretur? Non posset sanè nomen solum iúsque creditoris in eam rem sufficere, vt ex eo constat, quod tum etiam cùm debitor iam condemnatus est, non priùs tamen eius bona in iudicati executione distrahi possunt quàm in iis ius pignoris constitutum sit per capionem iudiciali autoritate factam, *tot.l.à Diuo Pio 15.D.de re iudic.* Et verò si pactum simplex de vendendo, id est, quo quis promisisset se alteri venditurum, sufficere posset ad inducendam hypothecam, consequens fieret, vt inutile dici non posset quantumuis nudum esset: quia nudum de hypotheca pactum sufficit ad inducendam hypothecariam, propterea quod hypothecæ obligatio non principalis, sed accessoria tantùm est. Proinde haberet creditor actionem in rem ad auocandam hypothecam, qui tamen in aduersarium ipsum cuius res esset, nullam prorsus ex pacto nudo actionem habere posset. Sic euenirent vt eadem pactio per eadem verba & obligationem personalem induceret & hypothecariam, quod tamen non magis fieri potest quàm vt eadem principalis obligatio sit, quæ accessoria, & contrà, non ignoro, naturali obligationi qualis illa est quæ ex pacto nudo contrahitur accedere posse hypothecam sicut & fideiussorem, *l.Græcè 8.§.adhiberi. D.de fideiuss.* quia licèt obligatio accessoria non possit esse plenior aut durior quàm principalis, nihil tamen vetat, quin sit efficacior ad agendum. Neque illud rursum nescio fieri facilè posse & verò vsuuenire quotidie vt eodem contextu verborum, & principalis obligatio & hypotheca contrahatur, id est, eodem contractu, & in eodem instrumento. Sed hoc contendo, non posse vtrumque fieri iisdem verbis, vt & principalis obligatio & hypotheca inducatur. Aliis enim verbis opus est ad personam: aliis ad rem obligandam. Atqui cùm quis ita paciscitur vt promittat se alteri venditurum, de se tantùm, non de re ipsa paciscitur, suámque duntaxat personam afficit vt aut naturaliter tantùm obligetur, si pactum nudum fuit, aut etiam ciuiliter, si vel contractus cohærentia vel stipulatione vestitum proponatur. Quis ergo admittat vt iis ipsis verbis hypotheca inducatur? Nam neque iuris ratio, aut naturæ ordo pati potest, vt contrahatur obligatio pignoris aut hypothecæ quin subsit iam, præcedátque principalis obligatio, quæ porrò fieri non potest vt præcedat tempore, si iisdem ipsis verbis quibus & hypotheca contrahatur. Nec sanè apud Papinianum perinde possis dicere obligationem principalem & hypothecariam iisdem verbis constitutam videri. Nam principalem obligationem liberandi prerij quod vnus ex fratribus pro indiuiso obligauerat inducebat pactum diuisionis, mutuis traditionibus subsecutis confirmatum, cùm ex facto fratris rem communem pro debito proprio in solidum obligatis, ius alterius fratris ignorantis lædi, ipsiúsque portionem pignoris inutiliter contracti vinculo & incommodo affici non oporteret: hypothecam verò inducebat pactum illud quo conuenerat, vt si frater ille qui rem obligauerat, pignus non liberasset, liceret alteri partem vendere partis ex diuisione quæsitæ. Propter quam causam non insubtiliter Papinianus respondet creditorem priorem cui aliter ex fratribus altero inscio rem communem obligauerat, non esse secundo potiorem, quia secundum pignus ad eam partem directum erat, quam socius ignorante socio non potuerat vtiliter obligare. In quo illud etiam obseruandum est non ita loqui Papinianum vt dicat secundum creditorem esse potiorem, sed ita vt priorem potiorem esse neget, quia secundus in proposita specie non tam potior quàm solus inuenitur, vt in alio casu quamuis dissimili eleganter idem Papinianus respondit in *l.2. D. eod. tit. qui potior in pign. hab.* Cæterùm si verum illud est quod probauimus, ex pacto quo quis promittat se alteri venditurum, hypothecam nullam nasci, æquè fatendum est, nec ex pacto de retrouendendo vllam nasci posse. Similiter enim se habent, vt & pragmatici ipsi fatentur. Quod verò iidem obiiciunt ex *l. creditores 3. C. de pignor.* minùs ad rem facit. Quid enim aut commune aut simile habet pactum de retrouendendo, cum pacto quo conuenit vt creditor ingredi possit propria autoritate possessionem bonorum debitoris? Illud in personam, hoc verò in rem conceptum est: nec proinde mirum videri debet et ex hoc pacto hypothecam induci, non etiam ex illo. Cur enim creditori licere debeat ingredi possessionem bonorum debitoris, si non priùs ea bona habeat obligata? Quamquam & circa illius legis sententiam pactique de quo ibi agitur interpretationem, pragmatici & interpretes multa peccant, de quibus alio loco fusiùs & commodiùs disseremus.

ERROR

ERROR II.

De expreſſa obligatione rei venditæ ſub pacto de retrouendendo, ne in alium, quam venditorem alienari poſſit.

SVMMARIA.

1 *Error Andreæ Tiraquelli.*
2 *Ius pignoris ita rem afficere nequit vt alienationem impedire queat.*
3 *Emptor qui contra conuentionem de non alienanda re (quam emit ſub pacto de retrouendendo, & venditori expreſsè oppigneranit) alteri rem vendidit, ad quid teneatur, aut condemnandus ſit.*
4 *Pactionis de non alienando quis effectus, & cui prodeſſe debeat.*
5 *Oſtenditur Tribonianiſmus in l. ſi creditor 7. §. vlt. D. de diſtract. pignor.*

2 SVauiter Andreas † Tiraquellus in illo ipſo loco quem nos proximè citauimus, ex eo quod dixerat rem venditam ſub pacto de retrouendendo hoc ipſo intelligi obligatam, concludit, tantò magis verum eſſe quod idem ille dixerat in præcedentibus, ſi ea res alienata ſit, dandam eo nomine venditori actionem non tantùm in perſonam emptoris, ſed etiam in rem ipſam, & conſequenter aduerſus tertium quemlibet poſſeſſorem. Quaſi verò 1 ius † pignoris ita rem afficere poſſit vt impedire debeat alienationem. Quod certè quàm falſum ſit, ex eo conſtare poteſt, quod nos in ſuperioribus diſputauimus, eum qui promiſit retrouendere, ſiue per ſtipulationem, ſiue per pactum in ipſa venditione adhibitum, non vſque adeò præcisè obligari ad retrouendendum, quin præſtatione eius quod venditoris intereſt liberetur, ſi eam condemnationem ſubire malit. Cùm enim ita ſiat vt tota huius pacti vtilitas pecuniario commodo æſtimetur, non etiam vt rei alienatio prohibeatur, quin aliud adferre poteſt ſubiecta conuentio expreſſa pignoris, niſi vt venditori liceat rem perſequi ad eam tandiu retinendam quandiu obligationi retrouendendi ſatisfactum non erit? Siquidem ea pignoris cuiuſlibet natura & conditio eſt vt lui quandocumque poſſit oblato præſtitóque omni eo quod debetur. Indéque nimirum euenire neceſſe eſt, vt nunquam cauſa pignoris impedire poſſit alienationem proprietatis, quia proprietatis acquiſitæ ius perpetuum eſt, non ſicut pignoris temporale, neque turſum ob id quòd is qui pignus conſtituerat dominus eſſe deſierit, vinculum pignoris diſſoluitur quod vtiliter contractum ſemel fuit. Quòd ſi ponas hoc ipſum etiam nominatim conueniſſe, ne res vendita ſub pacto de retrouendendo in alium transferri & alienari per emptorem poſſet, eique conuentioni ſubiunctam expreſſam eius rei hypothecam, idem tamen iuris eſſe contendam, vt non eo magis alienatio 3 impediatur. An igitur † inutilis erit conuentio de non alienando, inutilis quoque conuentio hypothecæ. Neutra ſanè. Imò vtraque vtilis hactenus, vt emptor qui contra fidem conuentionis alteri vendidit, condemnandus ſit actione in perſonam propoſita quanti ex cauſa intereſt venditoris, *l. 21. §. ſi tibi. D. de act. empt.* Tum ſi iudicato non ſatisfaciat, detur actio hypothecaria venditori ad auocandam rem à tertio poſſeſſore ſi non hypothecam luere poſſeſſor malit. Cæterùm ſi paratus ille ſit oblata pecunia indemnitatem præſtare vēditori, nihil cauſæ eſt cur vel ab eo res auocetur, vel alienatio impediatur, *l. ſi debitor 12. C. de diſtract. pignor.* Nam etſi admitteremus eam pacti de non alienando vim eſſe ſubiuncta hypotheca, vt impediretur alienatio, nihil tamen ex eo inferri poſſet, niſi hoc vnum vt in eo ſtatu res ſit in quo eſſet, ſi alienatio nulla facta fuiſſet: atqui nulla facta alienatione, non idcirco res retrouendenda pertineret ad venditorem, ſed ad emptorem, quem prior venditio, ſecutáque traditio dominum feciſſet, quique ſuſcepta actione ex pacto ſi retrouendere numquam vellet, non ad aliud tamen condemnari poſſet, quàm quanti venditoris intereſſet. Cur ergo pactioni de non alienando ſubiecta hypotheca faciet, vt eo minùs alienari poſſit res quæ vendita fuerat ſub pacto de retrouendendo? Proinde otioſa videri debet quæſtio illa quam noſtri ſubnectunt, an neceſſe ſit hoc caſu interuenire ſpecialem hypothecam rei venditæ, an verò ſufficiat generalis omnium bonorum: de qua Tiraq. poſt alios quos citat *d. §. 3. De retract. conuent. gloſſ. vnic. num. 8.* Quamquam illud multò minùs ferendum eſt vt ſpeciali hypothecæ plus iuris hac parte tribuatur quàm generali, vt ſcripſimus *in errorem 4. Decadis 6.* Fateor quidem huiuſmodi pactionis † de non alienando effectum illum 4 eſſe debere, quoties adiunctam habet hypothecam vt non deteriore conditione ſit is qui per conuentionem pignoris ſibi proſpexit, quàm ſi alienata res non eſſet, atque ita accipi oportere quod ſcriptum eſt in *l. ſi creditor. 7. §. fin. D. de diſtract. pignor.* nullam eſſe venditionem vt pactioni ſtetur: ſed hoc contendo, ſiue debitor ipſe, ſiue is qui à debitore comparauit, offerat creditori, non habere creditorem quod conqueratur, aut cur alienationem irritam eſſe velit: nec eò minus competituram emptori tanquam domino rei vindicationem, ſi fortè poſſeſſionem ſuam amittat & aduerſus nouum poſſeſſorem quiſquis ille ſit agere ei ſit neceſſe, quæ tamen competere non poſſet, ſi per conuentionem de non alienando, alienatio ſimpliciter & abſolutè prohiberetur. Neque ſanè æquum eſt pactionem de non alienando alij prodeſſe quàm cui facta ſit, vt nec alia pacta inter alios facta aliis prodeſſe ſolent. Prodeſt autem quantum ſatis eſt ſi faciat vt eodem iure ſit res penes emptorem, quo erat penes debitorem, nec ob id melior ſit cond.tio tertij poſſeſſoris, quòd tertius poſſeſſor ſit, neque pactū ipſe fecerit, quia cùm pactio adnexam habet hypothecam non tantùm perſonam debitoris paciſcentis afficit, ſed etiam rem ipſam, & conſequenter quemlibet eius rei poſſeſſorem. Nec eſt quod quis dicat ita futurum vt inutilis ſit pactio de non alienando, cùm etiamſi nulla interpoſita eſſet, haberet tamen creditor hypothecarius actionem in rem aduerſus quemlibet poſſeſſorem, ſaluo poſſeſſori iure offerendi. Nam reſpondeo poſſe multa interuenire, quæ facerent vt creditoris actio contra poſſeſſorem durior eſſet ac difficilior quàm contra ipſum debitorem ſi pactionis huius poteſtate non fieret vt eadem huius noui poſſeſſoris, quæ debitoris alienantis conditio in omnibus eſſe deberet. Vt puta ſi de ordinis & non factæ diſcuſſionis exceptione agatur, aut de actione quæ actori competit per temporis præſcriptionem ſummouenda. Decennio ſcilicet aut ad ſummum vicennio perimitur actio competens aduerſus tertium poſſeſſorem, quæ in perſonam paciſcentis eſſet, perpetua, & ſaltem ad trigeſimum vſque annum extenderetur, vt in ſequentibus dicemus. Sed & quamuis admitterem, Pactionis de non alienando eam vim eſſe poſſe, propter adnexam hypothecam vt impediret alienationem, non tamen ſtatim conſequens fieret eandem eſſe debere vim pacti de retrouēdendo, quia nihil commune aut ſimile habet pactū hoc de retrouendendo cum pacto de non alienando, ſiue verba pacti inſpicias ſiue effectū, niſi cùm ſtatuti aut legis municipalis autoritas accedit quæ prohibeat rei venditæ ſub pacto de retrouendendo alienationem. Denique nec illud nouum aut mirum eſt, non valere pactionē per quam quis præreptam ſibi velit, rei ſuæ alio inuito alienandæ facultatem *l. penult. D. de pact.* Nimirum niſi quatenus intereſt illius, cum quo pactum initum fuit, quomodo certè intereſt eius qui

acquirit

acquisiuit sibi ius pignoris in re aliena, ad eam vsque quantitatem quæ debetur, & pro qua pignus vendi potest. Quamquam, vt dicam liberè quod sentio de † sententia *d.§.vlt.l.si creditor 7. De distract.pignor.* mihi semper locus ille suspectus visus est, & Triboniano dignior quàm Iureconsulto. Est enim prorsus odiosa, & ridicula quæstio an valeat pactio inter debitorem & creditorem hypothecarium facta ne liceat debitori vendere hypothecam, sicut nec vllius effectus ea pactio est. Quid enim creditoris interesse potest an valeat venditio necne? Aut cur debitori qui rei suæ dominus manet alienandi facultatem eripiamus, cùm ea venditio quantumlibet vtilis non adimat creditori actionem hypothecariam, sicut nec extinguit hypothecam? Potest fortassis hodie videri interesse ob eam causam, quòd hypothecæ alienatio duriorem faciat conditionem creditoris, propter inductam iure nouo in fauorem tertij possessoris, vt diximus, excussionis non factæ exceptionem: quæ à debitore ipso illiúsve herede opponi numquam potest: nec improbabile est ad id respexisse Tribonianum si quæstionem hanc nullo vlquam loco à prudentibus tractatam subtilitate sua dignam existimauit. Sed cogitare debuit non posse quæstionem conuenire responsis prudentum, quorum temporibus incognita erat necdum inducta exceptio ordinis aduersus hypothecarios creditores: Nec quenquam ex prudentibus vnquam dubitasse quin liceret debitori non solùm inscio, sed etiam inuito creditore pignus vendere & hypothecam, vt tot iuris nostri locis scriptum est, non alia ratione quàm quod viderent nihil planè creditoris interesse: cuius quippè ius etiam post alienationem durat, adeóque tametsi alienationem sciuerit neque contradixerit, dummodò nec expressim consenserit *l. sicut* 8 §. *non videtur D.quib.mod.pign.vel hypoth. solui.* Et verò quemadmodum non potest fieri per pactum vt ex sola domini voluntate dominiũ transferatur in alium, si traditio nulla sequatur, quia traditionibus non nudis pactis solúsve conuentionibus dominia transferuntur *l.traditionibus* 20. *C.de pact.* quamuis dici soleat nihil tam naturale esse quàm voluntatem domini res suas transire volentis ratam haberi *l. adeo* 7.§. *qua ratione. De acquir.rer.domin.* Itaque neque fieri posse credendum est, vt in potestate cuiusquam sit facere per pactum, ne rem suam tradendo possit dominium transferre in eum, quem traditionis tempore dominum facere velit. Quæcunque enim traditio ex iusta causa fit à domino, ad dominium transferendum, ea proculdubio & necessariò dominium transfert, nisi cùm aut ob vitium ipsius rei quæ traditur, aut ob personam tradentis vel accipientis euenit vt lex sit impedimento ne transferri dominium possit, vt si de religiosa agatur, vel de prædio minoris. Lex enim sola illa est cuius potestate & autoritate inducitur translatio dominij, ac proinde quæ translationem illam impedire potest, non pactio inter alios facta quæ præcellerit traditionem, *d.l.penult.de pact.* Itaque non abs re interpretes nostri textum illum quem nos Triboniano totum adscribimus, singularem esse dicunt, quia non solùm nullo alio iuris loco, sed nec ratione aliqua probari possit ea sententia, quæ tamen, vt memorant, tantas olim inter Bartolum & Baldum lites & dissensiones excitauit, cùm disputarent an legendum esset *nullam* an potiùs *villam esse venditionem*: Etsi nos Bartoli sententiam magis probauimus *d. Err.4. Decad.6.* cùm quid iam tum nobis videretur apertè scribere non omnino auderemus. Coniecturam nostram iuuat quod in eadem *lege qu.§ præcedit*, eiusdem Triboniani proculdubio est, vt suo loco docebimus: item quòd totus ille titulus tam in Digestis quàm in Codice de ea distractione est, quæ fiat non per debitorem, sed per creditorem iure creditoris, vt à nobis in prima Decade sæpiùs ac sæpiùs inculcatum est.

ERROR III.

De locatione facta per eum, qui emit sub pacto de retrouendendo.

SVMMARIA.

1 *An post factam retrouenditionem teneatur venditor stare locationi facta per eum qui emerat sub pacto de retrouendendo.*
2 *Baldi & aliorum interpretum sententia affirmans: & quibus rationibus ab iis firmetur.*
3 *Contraria autoris sententia.*
4 *Rationis Baldi refutatio.*

1 VErunt etiam interpretes, an post † factam retrouenditionem teneatur venditor stare locationi factæ per eum qui emerat sub pacto de retrouendendo. In eóque, vt video, omnes consentiunt, quòd existimant respondendum esse 2 † pro conductore vt inuitus à venditore expelli non possit. Quæ primùm fuit sententia Baldi in *l.1. ad fin. C.de iur.fisc.lib.10.* vbi & sententiæ suæ rationem illam adfert, quòd quandiu venditor non redimit rem quam ex pacto redimere quandocunque posset, videatur emptor interim frui re vendita ex voluntate venditoris, quia scilicet redimendo impediret eum vti frui ex *l. si vir vxori 12. D.de præscript. verb.* Qua ex ratione posteriores interpretes, quos refert sequitúrque Andr. Tiraq. *De retract. conuent.§.3.gloss.vnic.num 14.* axioma illud induxerunt, vt quoties eo tempore quo facultas locandi ad te pertinet, tu locas, si tacitè vel expressè huic locationi consentio, licèt postea pendente ipsius locationis tempore ea locandi facultas in me transferatur, teneat tamen stare locationi. Quod & Hieron. Cagnol. probat ad *l.1. quæst.12. C. de pact. int. empt. & vendit.* Addunt aliam veluti generalem quoque regulam, quod singularis successor necessarius quilibet, id est, vt illi ipsi interpretantur, in quem cogitur quis dominium transferre, tenetur locationi stare quam alius fecerit, in cuius iura ipse succedit, ex gloss. quam Bart. Bal. Imol. Alex. aliique omnes probant in *l. diuortio aliæ l. fructus 7.§. Papinianus D.solut.matr.* Inde namque inferunt mulierem cui fundus dotalis post diuortium, aut mariti mortem restituitur, cogi stare locationi quam in quinquennium maritus fecerat ex *l. si filiofamiliæ 25.§. si vir in quinquennium D. solut. matr.* quoniam ea restitutio necessaria est. Itémque fideicommissarium locationi per heredem factæ, de quo Alber. post Ray. in *l. postulante 44.§.1. D.ad S.C.Trebell.* & creditorem locationi quàm debitor anteà fecerit bona fide *l. in venditionem 8.§.1. De bon.autor.iudic. possid.* Me in † contrarium illud mouet, quantum ad eum pertinet qui vendiderat sub pacto de retrouendendo, quod post retrouenditionem perinde nouus emptor est acsi nunquam vendidisset. Cur non ergo & eo iure vtetur, quo cæteri emptores vti solent vt colono sui venditoris stare non teneatur *l. emptorem 6. C.de locat.* Eorum duntaxat, qui à fisco emerunt, aliud ius est vt colonum expellere non possint, ne fiscus colono de indemnitate præstanda obligetur *l. vlt. D.de iur. fisc.* perinde, inquit lex acsi nominatim de eo in venditione conuenisset, vt intelligamus regulariter itaque constitutum esse, vt si pactio nulla intercesserit colonum venditoris expellere emptor possit. Nam si respondeas quod interpretes & pragmatici respondent emptorem hunc qui priùs vendiderat sub pacto retrouendendi necessarium esse successorem, id ego primùm negabo. Potuit enim non emere, si redimere noluisset.

luiſſet Poterat etiam emptor non vendere, ſi quanti vēditoris ſui ex ea cauſa interforet, præſtare maluiſſet, vt diximus in ſuperioribus. Deinde ſi neceſſarius emptor eſt, non aliam ob cauſam neceſſarius dici poteſt, quàm quod pactum de retrouendendo iam ab initio & in prima ipſa venditione initum eſſet, tantò minùs igitur erectandus eſt vt ſtet, colono emptoris, cùm pactum illud præceſſerit locationem, eúmque fundum ſuo iure venditor redimat, nec proinde minùs iuris in eo habere debeat, ob id ſolùm quòd aliquando fuerit ipſius. Solet enim melior eius conditio eſſe qui petit rem quæ aliquando fuit ſua *l. videamus 36. ſi actionem D. de vſur.*

4 Quod verò Baldus † dicebat in poteſtate venditoris fuiſſe vt fundum redimeret antequam per emptorem locaretur, atque ideò videri ex eius voluntate factam locationem, prorſus ridiculum eſt. Quid enim ſi eo tempore non habuit venditor pecuniam in numerato ad offerendum emptori? aut quam habuit, in alios vſus, magis fortaſſe neceſſarios expendere coactus fuit? Cur ei imputabimus quòd non citiùs redemerit, dummodò poſteà redimat intra ea tempora quæ fuerant per pactionem conſtituta? Aut cur, obſecro, habeamus pro conſentiente, eum, qui contradicere non potuit, tametſi maximè contradicere voluiſſet? Nemo ſiquidem dixerit in venditoris arbitrio & poteſtate eſſe vt impediat ne is qui fundum emit, licèt ſub pacto de retrouendendo, locet fundum cui, & qua lege & conditione velit: cùm facere pactum illud nequeat vt non ſit dominus irreuocabiliter & pleno iure, æquè acſi de retrouendendo pactum nullum interceſſiſſet. Non igitur contradicere venditor poteſt etiamſi maximè velit, nec conſequenter pro conſentiente habendus eſt, ob id ſolùm quod non contradixerit, ſicut nec ob id quod iam tum non redemerit. Sciuit enim ius ſuũ durare vt de eo creditore dici ſolet qui ſciuit vendi pignus à debitore, *l. ſicut 8. §. non videtur D. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* Et ſanè ſi ratio illa Baldi recta eſſet, conſequens fieret oppignerationes omnes rei ſub huiuſmodi pacto venditæ factas ab emptore venditori poſt retrouenditionem nocere debere, tanquam ex eius voluntate factas, quod tamen ipſi etiam interpretes negant, exiſtimantes per retrouenditionem reſolui ius emptoris, & per conſequentias reſolui etiam iura omnia, quæ fuerint ab emptore conſtituta. Nos verò etſi negamus eam retrouenditionis vim eſſe vt priorem venditionem reſoluat, ſed tantùm vt ſecundam nouámque inducat, hactenus tamen fauemus venditori vt indemnitatem ab emptore conſequi debeat, ſi fortè deterior res retrouendatur quàm prioris venditionis tempore fuiſſet: quomodo certè deterior retrouenditur quæ obligata retrouenditur, cùm priùs libera vendita fuiſſet. Quam portò de indemnitate actionem quis putaret venditori dandam eſſe ſi ex eius voluntate oppignerario ab emptore facta proponeretur? Nam nec alio colore darur, quàm quòd inſcij & ignorantis venditoris conditio dutior fieri non potuerit per emptorem: vt à nobis diſputatum eſt in *Error. 1. Decadis ſuperioris.*

ERROR IV.

De fundi dotalis locatione à marito facta.

SVMMARIA.

1 *Ex eo quòd locationi à marito facta mulier ſoluto matrimonio ſtare cogitur, non ſequi venditorem teneri ſtare locationi ab emptore facta.*

2 *Non ſimpliciter veram eſſe illud, locationi à marito facta mulierem ſoluto matrimonio ſtare compelli.*

3 *Error Cujacij in interpretatione l. ſi filiofam. 25. §. vlt. D. ſolut matr.*

4 *Differentia inter vſumfructum & dotem.*

5 *Quid noui induxerit Iuſtinianus in l. in rebus 30. C. de iur. dot.*

6 *Quid ſentiendum ſit de propoſitione ſuprà num. 2. propoſita.*

7 *Alius error Cujacij ad d. l. ſi filiofam.*

8 *Venditor ſub pacto de retrouendendo, non cogendus eſt ſtare locationi quam fecit emptor ante retrouenditionem contra pragmat.*

9 *Nec eſt cogendus emptori retrouendenti cautre de indemnitate.*

10 *Pupillus cur teneatur ſtare locationi quam tutor fecerit.*

11 *Idem cur non obtineat in ſingularibus tantùm ſucceſſoribus.*

NEque verò ſimile eſt quod de fundo dotali ab interpretibus affertur. Locationi † enim à marito factæ mulier ſoluto matrimonio idcirco ſtare cogitur, quia licuit marito tanquam marito, id eſt non ſuo tantùm, ſed etiam coniugis nomine fundum dotalem locare, quoniam dos vſque adeò non eſt in bonis mariti vt non ſit etiam mulieris *l. quamuis 75. D. de iur. dot. l. 1. in rebus 30. C. eod.* At fundus venditus licèt ſubiecto pacto de retrouendendo ita eſt emptoris & quidem pleno iure vt nullum in eo ius ſit venditori. Proinde ſi eum emptor locet, non poteſt dici tam venditoris quàm emptoris nomine factam eſſe locationem. Quanquam ſi verum amamus, nec illud † verum eſt quod pro vero obiicitur, ex locatione fundi dotalis à marito facta obligari mulierem, vt etiam poſt ſolutum matrimonium colono ſtare compellatur, quamuis ita ſentiat Carol. Molin. in conſuet. Pariſ. §. 30. *queſt.* 21. Apertè enim Paulus ſcribit in *l. ſi filiofamilias 25. §. vlt. D. ſolut. matr.* Si vir in quinquennium locauerit fundum, & poſt primum fortè annum diuortium interuenerit, non alias fundum mulieri reddi oportere, quàm ſi cauerit, ſi quid præter vnius anni locationem maritus damnatus ſit, id ſe præſtiturum. Cur enim ea cautio à muliere præſtanda eſſet, ſi nec volens colonum poſſet expellere? Aut cur vereretur maritus ne conductori damnaretur ſi mulierem vincere conductor ſuo iure poſſet? Atque ita Cujacius quoque in Commentariis ad Paulum benè explicauit. Sed non illud † æquè bene meo iudicio, quod diſtinguit caſum diuortij à caſu mortis, nec dubitat quin locationem fundi dotalis à marito factam mariti heres ſeruare non teneatur: Non magis, inquit, quàm ſi ab vſufructuario facta eſſet, quaſi in re dotali maritus fructuarij potiùs quàm domini & proprietarij iure cenſendus ſit, in quo ſanè fallitur. Maritus enim verè dominus eſt fundi dotalis quamdiu conſtat matrimonium & quidem pleno iure, licet poſſit fieri vt dotem aliquando reſtituere debeat actione de dote, ideóque habet ſolus vindicationem, *l. dece ancillam 9. C. de rei vindic.* cæteráque omnia facere poteſt, quæ dominis facere licet, niſi quod fundum dotalem alienare non poteſt, idque tamen non defectu iuris, ſed propter legis Iuliæ prohibitionem, §. 1. *Inſtit quib. alien. licet vel non.* Neque rurſum aliqua inter diuortij & mortis caſum diuerſitatis ratio reddi poteſt. Nam ſicut diuortio facto æquè fundus deſinit eſſe dotalis atque morte mariti, ita ſoluto per mortem mariti matrimonio perinde poteſt imputari eius heredi cur ſine cautione fundum mulieri reſtituerit, atque marito viuenti hoc ipſum imputaretur, ſi matrimonium diuortio ſolutum eſſet, aut etiam per mulieris mortem. Quidni enim à mulieris herede præſtanda eſſet ea cautio quam mulier ipſa ſi viueret

præſtare

præstare teneretur? Denique quomodo plus iuris habet maritus qui interim dominus & proprietarius est quàm fructuarius, ita & qui à marito conduxit fundum dotalem plus iuris habere debet, quàm qui ab vsufructuario conduxit fundum fructuarium, non quidem respectu mulieris, quominùs conductorem vtroque casu æquè facilè expellere possit, in quo mihi conuenit cum Cujacio, sed in eo nimirum vt mariti heredem ex causa locationis obligatum habeat, qui heredem fructuarij similiter obligatum non haberet, *lege si quis domum* 9. §. 1. *D. locat.* Ei nameque qui cum fructuario contraxit potest imputari, cur cum eo contraxerit, quem sciuit dominum non esse, nec aliud iuris in ea re habere nisi quod per mortem extinguendum esse, debuitque prospicere, vt lex ait, Posse euenire vt ante finitum conductionis tempus decederet fructuarius, ideóque nulla causa est, propter quam aduersus fructuarij heredem ei succurrere debeamus si fortè à proprietario expellatur. At ei qui cum marito contraxit, fundúmque dotalem ab eo conduxit, non similiter possis imputare, cur cum eo contraxerit quem sciuit & dominum esse, & locandi saltem in quinquennium fundi dotalis ius habere: Aut cur non cogitauerit euenire posse vt intra quinquennium maritus moreretur. Sciuit enim futurum, vt eo casu posset ipsius heres aduersus mulierem sibi prospicere per cautionem quæ indemnitatem pleniſſimam esset allatura: cuius tamen cautionis ab vsufructuarij heredibus præstandæ causa nulla est, non magis quàm si ad suam duntaxat vitam fructuarius locasset. Nihil enim refert an vsufructuarius fundum simpliciter locauerit, an ad vitam, cùm ius omne ipsius morte finiatur. In eóque negari non potest differre dotem ab vsufructu. Vsusfructus † enim fructuarij morte sic finitur, vt nihil pro. sus iuris heres fructuarij habeat in ea re in qua defunctus habuit vsumfructum. Dos verò sic marito per constitutionem acquiritur, vt quamuis defunctus sit, ius tamen aliquod heredis supersit, aduersus quem ideo agere de dote necesse est, vt dominium marito acquisitum restituere compellatur. Alioqui haberet mulier ius vindicandorum bonorum dotalium & possessionis eorum adprehendendæ propria autoritate, quod falsum est, *l. dotis actione* 9. *C. solut. matr.* quamquam magna hac parte iuri veteri plaga illata fuit per eam Iustiniani constitutionem quæ extat † in *d. l. in rebus* 30. *C. de iur. dot.* quæ dotis vindicationem soluto matrimonio mulieri dedit, quasi non nisi iuris fictione maritus dominus fuerit constante matrimonio, quem tamen verè dominum fuisse nemo ex prudentibus vnquam negasset. Indéque nimirum fit vt à muliere inuita possit maritus eiúsve heres extorquere cautionem illam, de qua in *d. §. si vir in quinquennium*, quam sanè per retentionem extorquere non posset, si matrimonio quomodocunque soluto, dominium rei dotalis ipso iure ad mulierem recurreret. Quanquam non puto nouam Iustiniani legem quæ mulieri, vt diximus, vindicationem dedit vsque adeò extendendam contra iuris veteris rationem, vt ne hodie cauere marito eiúsve heredi mulier debeat, indemnem eum ex causa locationis præstitutum iri. Nam cùm Iustiniani propositum illud duntaxat fuerit vt dotis repetitionem mulieri expeditiorem faceret, non etiam vt læderet ius mariti viuentis, eueniret ex contrario vt longè minùs quàm olim iuris haberet maritus in fundo dotali quem in quinquennium locare si vellet, periculum incurreret futuræ condemnationis in eum casum quo ante quinquennij finem matrimonium solueretur. Nec paruum incommodum ei futurum est si hoc metu deterreatur ab ineunda in tempus quinquennij locatione: cùm fructus rei sit locare licere sicut & pignori dare, *l. vlt. D. de vsur.* neque tam facilè inueniantur qui in annum vnum aut biennium conducere fundos velint, eisdem saltem mercede annua, quam offerent si fundus in quinquennium locaretur. Nisi fortè quis putet ex eadem Iustiniani constitutione inferendum esse vt conductori quem mulier suo iure expulsura sit, maritus maritive heres nullomodo ex locatione teneatur. De quo certè Iustinianus non cogitauit. Quod etsi constitutum esset, non eo minùs tamen damno maritorum res cederet, quibus fundum dotalem locare volentibus, tanto difficilius esset inuenire conductorem, qui nullum sperans regressum, aduersus locatorem tanti conducere rem vellet, quanti esset conducturus si sciret, futurum vt soluto ante quinquennij finem matrimonio, maritum eiúsve heredem haberet obligatum. Apparet † ergo ex superioribus ad quæstionem illam vtrum locationi per maritum factæ mulier soluto matrimonio stare compellatur; non satis benè respondere eos qui simpliciter & absolutè affirmant, compelli, nec illos rursus qui absolutè negant. Non enim compellitur, si fundum dotalem maritus ei reddiderit nulla extorta cautione, quia plenum rei suæ dominium nanciscitur, licet maritus (quæ Molinæi ratio est) non solum tanquam dominus, sed etiam tanquam maritus locauerit, plenámque habuerit administrationem. Compellitur autem si fundum dotalem maritus noler reddere, nisi præstita sibi priùs cautione de indemnitate, quia si non licèt mulieri propria autoritate ingredi possessionem fundi dotalis quamuis defuncto iam marito, multò minùs permittendum ei est vt expellat conductorem. Cæterum si cautio præstita sit, atque ita fundus dotalis mulieri redditus, dubitandum non est quin possit illa suo iure conductorem expellere, si malit mariti heredibus indemnitatem præstare: quia cautio non obligat mulierem conductori, sed marito aut eius heredibus, & quidem in eum duntaxat casum quo nollet illa stare colono, tantum abest vt verum sit quod vulgò putant, ideò cogi eam cauere quòd stare colono necesse habeat. Sed & in eo videtur mihi † valde errasse Cujacius in Commentariis illis ad Paulum, quòd scripsit sicut marito aut eius heredibus cauendum est à muliere fundum dotalem repetente, ita & aliis omnibus proprietariis qui iure suo fundum locarunt caueri ab iis oportere quibus dominium acquiritur ante finitam conductionem, quasi eadem illa æquitas vrgeat in cæteris omnibus quæ in marito. Cur enim venditori cogatur cauere emptor de conductore non expellendo cui venditor locauerat, aut de indemnitate venditori præstanda si de eo nihil dictū, nihil exceptum sit in ipsa venditione? An non fiat iniuria emptori cui iam quæsitum sit ius coloni quandocunque expellendi impunè, quique non tanti fortasse empturus fuit si venditionis tempore cautionem eiusmodi ab eo extorquere venditor voluisset? Itaque de eo tum cauendum est cùm venditio fit, & vt Caius scribit in *l. si merces* 25. §. 1. *D. locat. eadem actione*, quod & latis significat *l. emptorem* 9. *C. eod.* iis verbis, *nisi ea lege emit*, itémque *lex Arbores* 59. §. 1. *D. de vsufr.* iis verbis *nisi fuerint specialiter exceptæ*. Fateor, posse sufficere vt ex interuallo emptor locationi qualiter qualiter consentiat *d. l. emptorem*, sed si consentire nullomodo velit, nego cautionē ab eo inuito extorqueri vllam posse. Idémque iuris est si fundum locatum quis legauerit. Nam cum legatarius ex legato fiat dominus, conductorem expellere suo iure potest, nec audiendus est heres si legatarium adigere velit ad præstandam cautionem, cuius præstandæ onus testator non irrogauit. Tantò enim minùs esset legatum quod onus cautionis admixtum haberet, sicut è contrario tantò plenius est quod legatario affert liberā rē legata vtendi & disponendi facultatē, *l. qui fundum* 32. *D. locat.* Idem ergo admittendum est illo etiam casu, quo is qui fundū locauit, cum fundū alteri stipulanti promiserit. Nā & ex stipulatione illa *fundū dari* constat obligari promissorē vt fundi plenum dominium in stipulatorem transferre teneatur, *l. vbi autem* 75. §. *vlt. D. de verb. oblig.* Cur nō ergo satisfacere cogatur, aut cur ei demus exceptionem prætextu cautionis de qua nihil conuenerit per

1 2 3 4 5 6 7

ſtipulationem ? Nam & inauditum eſt vt agentem ex ſtipulatu cauere vlla de cauſa oporteat, ſi ſtipulationis verba de cauendo nulla ſint, cùm ſtipulatio tota ex verbis æſtimetur, *l. quicquid* 99. *D. eo.* eſtque ius illud ſingulare contractuum bonæ fidei vt ex iis cautio exigi aliquando poſſit ſola iudicij æquitate quoties iuſta cauendi cauſa intercedit, vt in *l. in omnibus* 41. *D. de iudic.* Indéque nimirum fit vt marito aut mariti heredi qui iudicio de dote conuenitur, quod omnium maximè bonæ fidei eſt, cauere muliprem oporteat, quia ſcilicet æquum non eſſet maritum eiúſve heredem ſentire damnum ex locatione quam conſtante matrimonio fecerit & ſuo iure, & bona fide. Nam ſicut ex dote lucrum nullum debet remanere penes maritum ſoluto matrimonio niſi quantum ex dotis fructibus potuit ſibi comparare pro eo tempore quo matrimonium ſtetit, ita neque damno affici debet ob eam rem quam iure mariti geſſerit, *l. quoties* 16. *D. de iur. dot.* Quæ tamen ratio inter eos duntaxat obtinet, qui coniuges fuerunt, inter quos iudicium bonæ fidei exercetur, non etiam quod ad eum qui à marito conduxit, vt vel à muliere expelli non poſſit, vel nullam contra maritum habere debeat actionem. Nam imò verò & expelli à muliere poteſt, licèt conduxerit ab eo qui non tantùm iure domini locauerat, ſed etiam iure mariti, quia nouum dominium eſt quod mulieri per dotis reſtitutionem acquiritur, dominium inquam pleniſſimum, quod proinde liberum adfert arbitrium coloni expellendi ſi mulier iure ſuo vti volet, & conſequenter obligatur maritus eiúſve heres vt conductori à muliere expulſo indemnitatem præſtet. Ideóque cauere ſibi contra mulierem debet interpoſita ſtipulatione, vt ipſe quoque à muliere indemnis præſtetur. Etſi verò iudicium empti venditi bonæ fidei eſt, ſicut & actio de dote: aliud tamen iuris conſtituendum eſſe diximus, vt venditori ab emptore non caueatur neque de colono non expellendo, neque de indemnitate præſtanda, quoniam ipſa iudicij æquitas repugnat, ne duriori lege obſtringatur emptor quàm qua ſe obſtringi voluit in emendo. Idémque in actione ex teſtamento obſeruatur, quæ licèt bonæ fidei non ſit, tamen actionum bonæ fidei naturam in omnibus ferè imitatur. Eodem igitur exemplo dicendum eſt, vt ad inſtituram diſ-
8 putationem reuertamur, de eo † qui vendidit ſub pacto de retrouendendo, non eſſe cogendum ſtare locationi quam emptor fecerit ante retrouenditionem, cùm ſuo iure plenum dominium recuperet, atque ita vel inuitus expellendi quandocumque coloni poteſtatem nanciſcatur, ſi non eam ſibi præreptam voluerit propria pactione. Cur enim minùs iuris habeat, quàm fructuarius, quem conſtat cogendum non eſſe vt ſtet locationi à proprietario factæ *d. l. arbores* 59. §. 1. *D. de uſufr.* Sed an
9 cogendus † erit venditor exemplo mulieris fundum dotalem repetentis vt emptori retrouendenti caueat de indemnitate ? Ita Cujacius putaret. Ego non puto, quia non, ſicut diximus, maritum in dote ita verſari debere vt neque lucrum, neque damnum ex dote ſentiat, ſimiliter poſſit quis dicere neque lucrum neque damnum vllum ex emptione penes eum remanere oportere qui emerit ſub pacto de retrouendendo. Nihil enim vetat magnum ex fructibus lucrum ei reliquum eſſe ſi fortè rem pretioſam & magni redditus viliſſimo pretio, vt plerunque fit, ſub eo pacto comparauerit, nec proinde abſurdi quicquam eſt vt pro indemnitate conductori ſuo præſtanda damnum ſentiat. Præſertim cùm ſibi debeat imputare cur in incundo pacto retrouendendi, ex quo totum hoc ius retrouenditionis poſteà faciendæ æſtimandum eſt, melius ſibi non proſpexerit, hoc nominatim excepto ne facta quandocunque retrouenditione conductorem quem conſtituiſſet, expellere venditor poſſet. Illud ſanè prorſus diſſimile eſt, quod qui-
10 dam obiiciunt, Pupillum † teneri ſtare locationi, quam tutor fecerit. Id eam ſit, quia tutor domini loco eſt, *l. tutor* 27. *D. de adminiſtr. tutor.* & pupilli locum obtinet, cuius intereſt ſeruari ea omnia quæ tutor bona fide adminiſtrauit, vt & Cujac. ſupradicto loco monet ex *l. cum plures* 12. §. 1. *eo.* Cæterum verò qui ſingulares † tantùm 11
ſucceſſores ſunt (heredes enim ſemper excipio quibus ratio illa conuenit quæ & pupillis quòd eadem cum locatore perſona heredis eſſe exiſtimetur) nihil prorſus intereſt ſeruari locationem quam alius fecerit, niſi quod mulierum certè intereſt indemnes ſeruari maritos pro iis omnibus quæ in re dotali geſſerint bona fide, ne alioqui tantò difficiliùs inueniant illæ maritos, quantò periculoſior aut ſtrictior futura ſit bonorum dotalium adminiſtratio. Ideóque nimirum cautionem indemnitatis ab iis exigimus, quam nullo alio caſu lex exigit à ſingulari ſucceſſore.

ERROR V.

De facta per vaſſallum aut emphyteutam locatione eius rei quæ ad dominum redeat.

SVMMARIA.

1 *An dominus ſtare teneatur locationi rei quæ ad ipſum rediit facta per vaſſallum aut emphyteutam.*
2 *Sententia Molinæi.*
3 *Auctoris ad quæſtionem reſponſio.*
4 *Finito ſine commiſſo feudo, in totum reſoluitur ius vaſſalli, ac conſequenter qui ab eo conduxit ſine in decennium, ſine ſub hypotheca nullum ius in re ex vaſſalli perſona habere poteſt, & n. 7.*
5 *Si res feudalis ad dominum redeat ex cauſa noua & voluntaria, conductoris conditio non poteſt fieri durior, ſed locationi ſtare dominus tenetur.*
6 *Error Molinæi.*
8 *Proprietarius non tenetur ſtare locationi per fructuarium inita.*
9 *Diſtinctio, an res feudalis ad dominum redeat ex cauſa fatali, an ex facto ſeu delicto vaſſalli, nihil facit ad quæſtionem, n. 1. propoſitam.*
10 *Renocatio donationis quæ fit ex cauſa ingratitudinis non extinguit alienationem à donatario factam, imò nequidem obligationes, & cur in renocatione feudi res aliter ſe habeat.*
11 *Cum reſoluitur ius vaſſalli vel emphyteuta, etiam cæterorum omnium qui ab hiſce cauſam habent iura reſoluuntur.*
12 *Molinæi diſtinctio exploſa.*

NOn poſſum facere quin hanc quæſtionem † 1
interſeram, quoniam licèt aliena ſit ab inſtituto tractatu De pacto retrouendendi, tamen & ſuperiori quæſtioni finitima eſt, & in iudiciis frequenter occurrit. Tractat eam Molinæus cum apparatu in *Conſuet. Pariſ. tit.* 1. *De mat. feud.* §. 30. *queſt.* 22. Diſtinguit † autem an locatio facta ſit in lon- 2
gum tempus, id eſt in decennium, an verò in aliud quod breuius ſit decennio, & hoc rurſum caſu an de pignore aut hypotheca conuenerit an non, vt ſi vel in longum tempus vel ſub hypotheca proponatur facta locatio, dominus directus ei ſtare teneatur, ſi minùs non teneatur. Eiúſque diſtinctionis rationem illam adfert, quòd prioribus caſibus quæſitum ſit conductori ius in re quod ab eo inuito auferri non poſſit, quia res feudalis aut emphyteuticaria talis ad dominum redit, qualis eſt eo tempore quo redit. Poſteriore verò caſu nullum conductor ius habet in re ipſa, ſed tantùm perſonalem ex conducto actionem, quæ cùm ex contractu comperat, non aduerſus ſingularem ſucceſſorem dirigenda eſt, qui non contraxit, ſed

aduerſus

3 aduerſus locatorem. Ego † verò longè aliter diſtinguendum eſſe exiſtimo, nempè quomodo ſuprà diſtinximus in alia quæſtione, De oppignoratione rei feudalis vel emphyteuticariæ per vaſallum aut emphyteutam facta, vtrum res ad dominum redeat ex lege & conuentione ab initio dicta, an ex cauſa noua planéque voluntaria. Priore caſu dico non eſſe cogendum dominum directum vt ſtet colono, ſi iure ſuo vti malit. Hîc enim ratio illa generalis & perpetua obtinet, quæ reſoluto iure datoris, reſolui vult ius acceptoris, *l. lex vectigali fundo* 31. *D. de pignor.* Nec proinde quæſtioni aut diſtinctioni locus vllus relinquitur, an conductor ius aliquod in re habuerit, nécne, quandoquidem etiamſi maximè habuerit, nunc tamen nullum habere ampliùs poteſt reſoluto omni eius iure, qui ius hoc in re conſtituerat. Eſtque ſanè vt antiquius ita & potentius ius domini directi eam ipſam legem exercentis, quam in feudi vel emphyteuſeos conceſſione dixerat, & ſine qua non fuerat conceſſurus. Nec quod hodie feuda redacta ſint ad inſtar patrimoniorum, ad rem quicquam facit, licèt hac vna potiſſimum ratione Molinæus moueatur. Id enim eò dumtaxat pertinet, vt liberum ſit vaſallo de re feudali quomodocumque voluerit diſponendi arbitrium, quandiu feudum durat, nec domini conſenſum & voluntatem paſſim exquiri oporteat. Non etiam vt vaſallo impunè liceat eam legem negligere quæ conceſſioni ab initio dicta fuit. Nam & in alia cuiuſlibet res patrimonialis alienatione idem ſeruari oporteret, vt quæ alienationi ab initio dicta lex eſſet, ea ſeruaretur *d. l. lex vectigali.*

4 Itaque † ſiue feudum finitum ſit, putà non niſi ad certum tempus conceſſum (quo caſu nobiſcum ſentit Molinæus cuiuſlibet conductoris ius etiam omne finiri) ſiue commiſſum ob impletas, &, vt loquuntur, purificatas committendi feudi conditiones, dico in totum reſolui ius vaſalli, nec conſequenter fieri poſſe vt qui ab eo conduxit, ſiue in decennium, ſiue ſub hypotheca ius aliquod in re ex eius perſona habere poſſit. Quod in fundo emphyteuticario apertius eſt, quia emphyteuſes redactæ non ſunt ad inſtar allodialium patrimoniorum: licet circa ius emphyteuticum multa ſint immutata. Poſteriore verò caſu, id eſt, ſi res feudalis †

5 vel emphyteuticaria ex cauſa noua planéque voluntaria domino directo acquiratur, tum demum Molinæi diſtinctionem admitto, vt conductoris ius in re habentis non magis poſſit durior conditio fieri ex perſona domini directi, quàm ſi in alium quemlibet extraneum alienatio facta proponeretur, cum hac parte dominus directus extranei iure cenſeatur. Et verò quoties alienatio fit, eam cum ſua cauſa fieri neceſſe eſt, ac proinde cum omnibus oneribus realibus, quæ iura in re appellamus, *l. alienatio* 67. *de contr. empt.* At cùm res feudalis vel emphyteuticaria ad dominum priſtino iure redit, non tam alienatio fit, aut acquiſitio aliqua iuris noui in perſona domini directi, quàm extinctio iuris quod in eum vſque diem vaſallus vel emphyteuta in ea re habuerat, non aliter quàm cùm vſusfructus morte fructuarij finitur. In eóque ſanè errauit †

6 Molinæus, qui etſi non ignorauit ius domini directi cæteris omnibus antiquius & potentius eſſe debere, nec aliter ſaluum & integrum fieri poſſe, quàm ſi ea res ad dominum libera redeat, nulliúſque noui oneris incommodo diminuta, vt ex iis apparet quæ idem ille tractat, *d.* §. 30. *quæſt.* 20. Contendit tamen in ea quæſtione quam nos agitamus tranſlationem aliquam fieri à vaſallo vel emphyteuta in dominum vt inferat, ſi aliquod ius in re fuit, quandiu vaſallus aut emphyteuta rem tenuit, non niſi cum eo ipſo iure ad dominum rem redire. Imò verò fatendum eſt, quod nec ille prorſus negare auſit, dominum eo caſu non tam vaſallo aut emphyteutæ quàm ſibi ipſi ſuccedere, nec niſi pleniorem & liberiorem rei ſuæ adminiſtrationem nancíſci, vt de ſuis heredibus ſcriptum eſt in *l. in ſuis* 11. *D. de liber. & poſthum.* Aut ſi vaſallo vel emphyteutæ ſuccedat, per modum tantùm priuationis & negationis ſuccedere, vt Molin. loquitur, non etiam per modum acquiſitionis. Quod cùm ita ſit, quî † dica- 7
mus cogendum eum ſtare colono quem vaſallus vel emphyteuta conſtituerat, licèt vel in longum tempus vel ſub expreſſa hypotheca locatio facta proponatur? Quidni potius eandem illius cauſſam factemus, quæ eſt proprietarij, cùm ad eum res redit finito per vſufructuarij mortem vſufructu? Conſtat autem non eſſe cogendum proprietarium vt ſtet locationi per † fructuarium 8
initæ *l. ſi quis domum* 9. §. 1. *D. locat.* nempè quia proprietarius vſufructuarij ſucceſſor dici nullomodo poteſt, neque ſingularis, neque neceſſarius, ſed cùm rem recuperat, hoc tantùm intendit, finitum eſſe ius omne vſufructuarij, nec vllum ei amplius ſupereſſe. Neque diſtinguendum † eſt, meo iudicio, an res feudalis vel emphy- 9
teuticaria ad dominum redeat ex ea cauſa quæ magis à caſu quàm à vaſalli vel emphyteutæ voluntate pendeat, an ex ea potiùs quam vaſallus vel emphyteuta impedire potuerit, ſi voluiſſet, vt puta ob felloniam & ingratitudinem admiſſam. Etſi enim durius videtur vt factum & voluntas vaſalli vel emphyteutæ, quàm vt fatum casúſve noceat ei qui cum vaſallo vel emphyteuta contraxit bona fide (quæ Molineo familiaris, nec tamen perpetua ratio eſt.) Attamen quod ad dominum directum pertinet, nihil planè ipſius intereſt, cùm vtroque caſu tantundem iuris habeat ad rem ſuam æquè ſuo iure recuperandam, nec niſi contractus ſui legem exerceat, quæ vaſalli vel emphyteutæ ius totum extinxit, qualiſcunque tandem cauſa fuerit eius extinguendi. Debétque ſibi imputare qui cum vaſallo vel emphyteuta ſciens contraxit, aut qui eius cum quo contrahebat conditionem ignorauit. Quid enim poſſis imputare domino, qui non priùs legem contractus ſui exercere potuit, neque proinde impedire quominus vaſallus vel emphyteuta eum fundum locaret, ſed ita tamen vt dominij directi ius anterius non eo minùs ſaluum & integrum maneret. Longéque alia ratio eſt eius iuris quod in reuocatis propter ingratitudinem donationibus conſtitutum fuit in *l. his ſolis* 7. *C. de reuoc. donat.* Reuocatio † enim præ- 10
ſertim quæ fit ex cauſa ingratitudinis licèt fiat ipſo iure, non tamen afficit aut extinguet alienationes à donatario anteà bona fide factas, ac ne quidem obligationes, vt pro Molinæo aduerſus Arium Pinellum diſputauimus in *Error.* 3. *Decadis præcedentis*, quia reſcindit potiùs quàm reſoluit donationem: verúmque eſt à domino factas eſſe alienationes illas & obligationes, ab eo, inquam, qui tum dominus non ſolùm fuerit, ſed etiam ſemper fuiſſe intelligatur, potéſtque donatori imputari cur non eam potiùs legem donationi adſcripſerit, quæ in eum caſum qui euenit ius donationis omnino poſſet reſoluere, vt eorum quoque omnium qui cum donatario interim contraxiſſent ius omne per conſequentias reſolutum videri poſſet. At nihil eſt quod poſſis imputare domino directo, qui licèt cum vaſallo vel emphyteuta contraxerit, ſic tamen contraxit vt proſpexerit ne vllo domini vtilis facto ius ſuum lædi poſſet, ſi quando eueniret, vt ex contractus lege ad eum res rediret. In eámque rem textus eſt omnium optimus & apertiſſimus in *d. l. lex vectigali fundo. D. de pignor.* ad quam nec Molinæus reſpondet, nec alius quiſquam pro Molinæo reſpondere poſſit. Nam cùm omnes fateantur, quoties
† ad dominum res redit iure feudi vel emphyteuſeos re- 11
ſolui ius vaſalli vel emphyteutæ, An non prorſus conſequens eſt vt cæterorum etiam omnium qui à vaſallo vel emphyteuta cauſam habent, ius reſoluatur? Alioqui poſſet quis ſimiliter dicere in ſpecie *d. l. lex vectigali*, non eſſe ferendum vt creditoris qui bona fide cum emphyteuta contraxit, ius extinguatur, ob id ſolùm quod emphyteuta canonem annuum non ſoluerit, cùm fuerit in eius poteſtate vt ſolueret, atque ita faceret ne res ad dominum rediret. Et ſanè fatendum eſt in

in ea ſpecie fieri ius creditoris deterius ex facto, aut potius ex non facto poſſeſſoris, & ex ipſius poſſeſſoris voluntate, inſcio etiam adeóque inuito creditore: neque tamen id abſurdum aut iniquum creditur, quia ſic ab initio lex dicta erat, ſufficitque nihil niſi ſuo iure facere dominum qui contractum dicit eſſe ipſo iure reſolutum. Nimiſque ſubtilis, ne dicam ſtolida eſt illa di-
11 ſtinctio † quam Molinæus probat, an feudum vel emphyteoſis finiatur, an committatur, cùm poſteriore hoc caſu æquè ac priore ſi commiſſo cauſam det lex contractus, omne ius vaſalli vel emphyteutæ reſoluatur ipſo iure, habeátque dominus ius tecti propria authoritate prehendendæ, quod vtique non haberet ſi qua iurium tranſlatio à vaſallo vel emphyteuta in eum fieri deberet nouáque retrotraditione opus eſſet. Ergo quemadmodum finito feudo vel emphyteutico iure fatetur Molinæus rem ad dominum redire liberam ab iis quoque iuribus quę in re ipſa fuerant conſtituta, quidni idem admittimus eo ipſo iure quomodolibet reſoluto? Sed & in eo Molinæus labitur, facitque iniuriam domino directo, dum ei fauere vult, quod ait rem feudalem vel emphyteuticariam obligatam eſſe domino, & vt loquitur, hypothecatam, pro iuribus omnibus feudalibus & emphyteuticariis. Plus enim multò quàm hypothecam habet is qui dominus directus eſt, nec fieri poteſt vt ei res ſua ſit obligata, præſertim eo tempore quo dominium illud vtile quod penes vaſallum vel emphyteutam fuerat, quódque pignoris conuentionem admittere videbatur, per conſolidationem extinctum eſt ſolo directo penes dominum remanente.

ERROR VI.

De locatione facta per prælatum Eccleſiæ, aut per heredem rogatum de reſtituenda hereditate.

SVMMARIA.

1 *An prælatus ſtare debeat locationi per deceſſorem initæ.*
2 *Pragmaticorum ſententia negans.*
3 *Molinæi reſponſio per diſtinctionem, & reſponſionis ratio.*
4 *Mulier ſoluto matrimonio non tenetur ſtare locationi à marito factæ, contra Molinæum.*
5 *Nec Prælatus locationi à deceſſore initæ inuitus ſtare cogendus eſt, contra eundem.*
6 *Colonus à nouo prælato ante finita conductionis tempora expulſus, nullam contra defuncti heredes actionem habet.*
7 *Locatione per eum facta qui heres inſtitutus eſt, & de reſtituenda poſt diem vel ſub conditione hereditate rogatus eſt, an colonum expellere fideicommiſſarius poſſit.*
8 *Autoris ad quæſtionem reſponſio.*

EVit etiam hæc quæſtio ſubiicienda ne quid prætermiſſum videri poſſet in hoc tractatu de locatione ab alio facta, an & quando ei ſtare ſucceſſor compellatur. Solet enim idipſum de Prælato quæri an ſtare debeat locationi per
1 deceſſorem initæ. Etſi autem vulgò magis placet † non debere, quia voluntarius non neceſſarius ſucceſſor eſt, vt noſtri poſt Baldum tractant ad *l. emptorem 9. C. de*
3 *locat.* aliter tamen viſum eſt Carolo † Molinæo diſtinguenti ad *d.* §. 30. *in Conſuet. Pariſ. num.* 106. An locatio facta ſit ad longum tempus, an ad modicum, vt hoc ſaltem poſteriore caſu locationi à Prælato factæ cogatur ſtare quiſquis in beneficio ſucceſſor eſt. Mouetur hac vna ratione quod quæ per Eccleſiæ prælatum locatio fit, non tanquam à domino fit, ſed tanquam à prælato, & quidem liberam habente & plenam beneficij adminiſtrationem, ac proinde non ſuo ſolùm, ſed ipſius etiam Eccleſiæ nomine, vt eadem ſit ratio prælati quæ mariti, de quo etiam ibidem tractat. Maritus enim ſi fundum dotalem locet, non tanquam dominus locat, ſed tanquam maritus habens liberam plenámque adminiſtrationem fundi dotalis, ſcilicet tanquam alienæ rei non ſuæ, & conſequenter non ſuo duntaxat nomine, ſed etiam vxoris cuius dos eſt. Quámque ideò ex huiuſmodi locatione obligari æquum putat, ſi locatio nonniſi in paucos annos, putà in quinquennium facta proponatur, vt in *l. ſi familiæ 25. §. vlt. D. ſolut. matrim.* Et verò non abſurda aut improbabilis videri poſſit hæc Prælati maritique comparatio. Neque enim prælatus beneficij dominus eſt, ſed Eccleſia: habet tamen liberam plenámque beneficij adminiſtrationem. Atque ideò quicquid is egerit, Eccleſiæ potiùs quàm proprio ſuo nomine gerere intelligendus eſt. Quo magis æquum videtur obligari ex eius facto ſucceſſorem, in iis ſaltem quæ modici ſunt præiudicij, quæque prælatus facere penè neceſſe habuerit, vt pro ſuo etiam tempore adminiſtrationem liberam exerceret. Magno namque incommodo huius dignitatis homines afficerentur, ſi fundum Eccleſiaſticum locare in quinquennium prohiberentur, aut quod effectu ferè idem eſt, ſi locationi in quinquennium ab iis factæ ſucceſſor ſtare non cogeretur. Multò ſiquidem minori mercede conducere ſolet, quiſquis in annum duntaxat aut in biennium locat, quàm qui in triennium, vel quinquennium; vt quotidiano rerum vſu compertum eſt. At videamus, ne ſi prælati eadem quæ mariti ratio conſtituenda eſt, falſa ſit in prælati ſucceſſore hæc Molinæi ſententia, quam nos iam probauimus in muliere falſam eſſe. Etſi enim
4 † maritus cùm dotalem fundum locat, non tanquam dominus locat, ſed tanquam maritus, id eſt, vt loquar diſtinctiùs, tanquam is qui dominium habeat ex cauſa dotis (nam & maritus tanquam maritus, & hoc ipſo quod maritus eſt, verè dominus eſt) non tamen vxoris nomine rem gerit, ſed ſuo proprio, ideóque nec vxorem aut inuitam aut ignorantem obligare poteſt, vt colono ſtare compellatur, ſi fortè dotem reddiderit mulieri, eiúſve heredi non extorta cautione, de qua in *d.* §. *vlt.* Nam etſi cautionem illam extorſerit, non idcirco tamen prohibetur mulier aut illius heres expellere colonum ſi marito eiúſve heredi promiſſam indemnitatem præſtare malit. Quod verò ante redditam dotem non perinde coloni expellendi ius habet, minimè ex eo proficiſcitur, quòd à marito facta locatio, mulieri quoque debeat nocere matrimonio quandoque ſoluto, ſed ex eo potiùs quòd dominium dotis quandiu reſtituta non eſt, etiamſi matrimonium fuerit ſolutum penes maritum illiúſve heredes manet, dominij autem ius illud eſt vt colonum ab alio conſtitutum expellere liceat impunè: quemadmodum explicauimus ſup. *Err.* 4. Propter quam cauſam nec dubitandum eſt quin hodie poſt nouam Iuſtiniani legem, quæ mulieri dedit ſoluto matrimonio directa bonorum dotalium vindicatione, *l. in rebus* 30. *C. de iur. dot.* poſſit mulier pro arbitrio colonum expellere quantumlibet breue tempus illud ſit quòd locatio facta proponatur, quia non vt olim neceſſaria eſt reſtitutio dotis ad recuperandum dominium quod per traditionem tranſlatum fuerat in maritum, ſolàque iuris poteſtas ſufficit vt tantundem iuris habeat mulier in iis omnibus quæ ad dominij cauſam pertinent, quantum ſi dos ei reſtituta eſſet: licet non eò minùs cogenda ſit cauere marito, eadē ſcilicet ſubſiſtēte æquitatis ratione, quæ iam olim ſuadebat vt eius locationis nomine quam bona fide maritus iniiſſet, indemnitatē ei mulier præſtaret. Similiter igitur in locatione à prælato † facta dicendum eſt, non debere illam nocere 5
ſucceſſori,

ſucceſſori, quia non ſucceſſoris, at ne quidem Eccleſiæ, ſed ipſius prælati nomine facta eſt, vtpote qui re vera fructuum ex beneficio perceptorum & percipiendorum dominus ſit, quandiu viuit. Vnde illud etiam eſt quod vſufructuario comparatur in vita, & vſuario in morte; neque negari poteſt quin eo defuncto quiſquis in beneficio ſucceſſor eſt idem iuris habeat ad colonum veterem expellendum, nouúmque inducendum: ſiue dominij iure prælatum eum ſpectes velis, ſiue vſufructuarij. Proinde nihil omnino cauſæ eſt cur locationi à deceſſore ſuo factæ inuitus ſtare cogendus ſit: ſiue in longius tempus facta fuerit locatio, ſiue in breuius. Sed &
6 illud autem dicere, colonum à nouo † prælato ante finita conductionis tempora expulſum, nullam ideo contra defuncti heredes actionem habiturum, ſicut nec haberet contra heredem alterius cuiuſlibet vſufructuarij, *d.l. ſi quis domum* 9.§.1. *D. locat.* quia vt in eo qui ab vſufructuario conduxit Iureconſultus eo loco ſcribit, proſpicere potuit & debuit fieri poſſe, vt locatoris ius finiretur ante tempus conditionis impletum, eóque caſu futurum, vt ipſam quoque conductionem finiri neceſſe eſſet. Multóque minùs illud dici poteſt, arctandum eſſe eum qui in beneficio ſuccedit vt vltimi poſſeſſoris heredi caueat de indemnitate, cùm in beneficio aut beneficij fructibus nullum ius heredi reliquum ſit, cuius prætextu poſſit habere retentionem ad eiuſmodi cautionem extorquendam; dominium namque beneficij penes Eccleſiam ſemper manet, libera autem adminiſtratio, iúſque percipiendorum fructuum, ſicut in prælati perſona finitur ipſius morte, ita & nouo ſucceſſori acquiritur ex quo die incipit ius in beneficio habere. Et hæc quidem de prælato contra Molinæum dicta ſint. De
7 locatione † verò per eum facta qui heres inſtitutus, & de reſtituenda hereditate rogatus eſſet, alius tractatus eſt an colonum expellere fideicommiſſarius poſſit. De quo tractant ex noſtris nonnulli ad *leg. poſtulante* §. 1. *D. ad S. C. Trebell.* Aptanda autem quæſtio eſt ad eum caſum, quo heres rogatus ſit hereditatem reſtituere non purè, ſed poſt diem vel ſub conditione, vt ante moram locatio per heredem facta reperiatur. Alioqui fideicommiſſario nocere proculdubio non poſſet quod heres poſt moram & nullo iure feciſſet. Ego, vt citiùs expediam ſic
8 ſtatuo, fideicommiſſarium † cui reſtituta eſt ex fideicommiſſo hereditas cùm in omnibus & per omnia heredis dominíque loco eſſe intelligatur, cogi non poſſe ab eo qui cum herede contraxit vt ratam faciat locationem. Nam facta reſtitutione hereditatis fideicommiſſariæ, non minùs iuris habeat in rebus omnibus hereditariis, quàm ſi heres ipſe eſſet, cùm ſit heredis loco, nec quicquam impediat quominus heres verè ſit & dicatur, quàm quod fieri nequeat, vt vel qui heres eſt deſinat heres eſſe, vel vni duo in ſolidum ſint heredes. Hoc ipſum verò quod dicimus, eſſe illum heredis loco, non hunc ſenſum habet vt in ipſius heredis locum & iura ſuccedat, ſed ſic potiùs accipiendum eſt, vt acſi heres verè fuiſſet, in omnia defuncti iura ſucceſſiſſe exiſtimetur. Quemadmodum & quod dicimus actiones omnes quæ & heredi & in heredem competebant, transferri ex Trebelliano Senatuſconſulto in fideicommiſſarium, ad hereditarias duntaxat actiones pertinet, non etiam ad eas quas heres ſibi proprias quæſiit facto ſuo poſt aditam hereditatem. Cui conſequens eſt vt actio ex conducto quæ colono dari potuit aduerſus heredem eundémque locatorem, non perinde ipſi danda ſit contra fideicommiſſarium qui neque locauit, neque locationi per heredem initæ aut expreſſim aut tacitè conſentiit. Sed an conductori heres tenebitur? vtique quia licèt potuerit conductor præuidere futurum fortaſſe vt ante finitam locationem reſtituenda eſſet hereditas ab herede, ius tamen heredis non finitur per hereditatis reſtitutionem, cùm nihilominus maneat heres, ideóque nihil imputari ei poteſt qui heredis perſonam bona fide ſecutus ab eo conduxit, præſertim ſi fideicommiſſum ſub ea conditione relictum fuit; quæ ſicut euenire potuerit, ita & non euenire, imò heredi potiùs imputari poteſt cur in tam longum tempus locauerit, aut cur non ſuſpectam dixerit hereditatem: quo caſu haud dubiè non aliter cogi potuiſſet ad reſtituendam hereditatem, quàm ſi priùs ei de indemnitate cautum fuiſſet *l. debitor* 59. *D. ad S. C. Trebell.* Nam quemadmodum lucrum nullum ex hereditate manere debet penes eum qui inuitus adiit, ita neque damnum. Quod ſi fideicommiſſum non ſub conditione, ſed in diem certam relictum fuerit imputari magis poteſt heredi cur in id vſque tempus locauerit quod poſt reſtitutionem hereditatis futurum eſſet, niſi proponas conductorem quoque cùm ad conductionem acceſſit fideicommiſſi formam non ignoraſſe. Eſſet enim quod ei potiùs imputaretur cur in tam longum tempus conduxiſſet, nec proinde aduerſus locatorem ſuum regreſſus illi vllus dandus eſſet, *arg. dict. l. ſi quis domum* 9.§.1. *D. locat.*

ERROR VII.

De retentione rei locatæ quæ fuit obligata conductori.

SVMMARIA.

1 *Res conductori ſiue ſpecialiter, ſiue generaliter obligata poteſt ab eo retineri quo ad nouus rei dominus indemnitatem ei præſtiterit, ſi eam conſequi quàm in conductione ſtare malit.*
2 *Specialem ad id rei conductæ obligationem neceſſariam non eſſe contra Papon. & Imbertum.*
3 *Hypothecæ ſiue generaliter ſiue ſpecialiter conſtitutæ ea vis eſt, vt locationis ab alio factæ ſucceſſor præciſè ſtare compellatur, contra Molinæum.*
4 *An & quatenus ius poſſit pignus rei locatæ ſiue à locatore ſiue ab eius ſucceſſore, & num. 6.*
5 *Pignoris conuentio ſubiecta pacto de non alienando, aut de retrouendendo cur non poſſit impedire alienationem.*
7 *Locationis ius ſingulare.*
8 *Alius Molinæi & pragmaticorum error.*

SÆpius iam à nobis dictum eſt, conductorem † qui cum vero domino contraxit, ſi rem ipſam conductam ſiue ſpeciali, ſiue generali pignoris conuentione obligatam habuerit, non poſſe ab emptore alióue quolibet nouo domino expelli, niſi præſtita priùs per expellentem indemnitate, ſi indemnitatem conſequi quàm in conductione ſtare malit, in eámque rem habere tamdiu ius retentionis. In quo ab iis diſſentimus, † qui putant ſpecialem rei conductæ obligationem neceſſariam eſſe: quam ſententiam ſequitur Paponius in ſyntagmate Areſtorum, & Imbertus in Enchiridio. Cùm enim pignoris conuentio ea tantùm ratione conductorem tueatur quod ei detur ius in re ipſa quæ conducta fuit, an non perinde habet ius in re qui generaliter ea bona debitoris omnia, atque qui ſpecialiter eam rem pignori accepit? Atque in eo ſequimur Caroli Molinæi ſententiam in *Conſuet. Pariſ. tit.* 3.§.30. *num.* 110. At non in eo ſimiliter quod idem ille negat eam † hypothecæ ſiue generaliter, ſiue ſpecialiter conſtitutæ vim & poteſtatem eſſe debere vt locationi ab alio factæ ſucceſſor præciſè ſtare compellatur, contra quàm reſponderit Socin. *conſ.* 90. *lib.* 4. Nam quod Molinæus diſputat ex pignoris obligatione, quæ non niſi acceſſoria eſt, principalem obligationem ampliari nullomodo poſſe, ad rem nihil pertinet. Neque enim ampliabitur principalis obligatio, quamuis ita ius conſtiturum ſit, vt hypothecæ

adiectio præciſam inducat ſeruandæ conductionis neceſſitatem. Siquidem is ipſe qui locauit, & hypothecam conſtituit haud dubiè in id præcisè obligatus eſt, vt locationi à ſe initæ ſtare debeat, nec audiendus ſit ſi quanti conductoris intereſt ei offerre quàm præſtare patientiam malit. Cur non enim contractum à ſe geſtum implere debeat quem ſola patientiæ præſtatione implere poteſt? Aut cur ei contra factum proprium inuito aduerſario venire concedamus? Si aliquid facere cogeretur, poſſes cum Molinæo dicere, in locum obligationis faciendæ ſuccedere præſtationem eius quod intereſt ex *l. ſi quis ab alio* 13. §. *vlt. de re iudicat.* quam vnam Molinæus adducit, ad pati duntaxat non etiam facere quicquam debet, eáque nimirum præcipua ratio eſt qua moneor vt exiſtimem, ſucceſſorem præcisè cogendum vt ſtet colono, qui rem ipſam conductam habet ſibi obligatam: Nam ius conſtitutæ hypothecæ quod in re ipſa eſt, ſicuti rem ipſam ſequitur quocumque ierit, ita & facere debet vt non alio iure poſſit res eſſe penes nouum ſucceſſorem quàm quo fuit penes locatorem. Idque certè verum eſſe quandiu ius pignoris, & hypothecæ durat nemo negauerit. Sed obiicies fortaſſe pignoris cuiuſlibet naturam & conditionem illam eſſe vt lui quandocunque poſſit oblato omni eo, quod debetur, ſi nihil niſi ipſa pignoris obligatio ſpectetur. Nihil autem aliud eſſe quod ſpectari poſſit quando agitur aduerſus ſucceſſorem, cùm ex propria perſona non ſit ille conductori obligatus. Fateor: ſed hoc contendo †tum etiam 4
cùm agitur contra locatoris ſucceſſorem ſi quæratur de luendo pignore, ac proinde quid & quantum debeatur non aliud in principali obligatione poſitum videri debere, quàm ſi contra locatorem ipſum ageretur. Non enim ex perſona poſſeſſoris immutari poteſt conditio principalis obligationis vt nec ipſius pignoris. Idipſum igitur à locatoris ſucceſſore præſtandum eſt ad luendum pignus, quod ab ipſo locatore præſtari oporteret. Atqui conſtat in perſona locatoris qui ipſe contraxerit, & contrahendo ſe ita obligauerit ad patientiam præſtandam, vt ne quidem pleniſſima eius quod intereſt obligatione poſſit ſe liberare, tale ius eſſe vt luendi pignoris aliud ius nullum habeat, niſi vt conductorem frui patiatur, quandoquidem ea ipſa fruendi patientia, vt diximus, in principali obligatione eſt: Alioqui pignus à locatore datum in vtilitatem & gratiam conductoris, principalem obligationem minueret, quam ſi non augere & ampliare, ſaltem confirmare debuiſſet. Facit ergo pignus à locatore conſtitutum, vt locatoris ſucceſſor ſingularis, quiſquis ille erit perinde obligetur non perſonali quidem vinculo, ſed tanquam poſſeſſor pignoris ad patientiam præſtandam atque ſi ipſe locaſſet, quia perſonalis obligatio licèt tota ex contractu æſtimetur, nec ſequatur fundi poſſeſſorem *l. vlt.* §. 1. *D. de cont. empt. l.* 1. §. *ſi heres. D. ad S. C. Trebell.* tamen dat legem pignori cuius poſſeſſio obligat poſſeſſorem: abſurdum fuerit & aliâ meliore conditione pignus lui poſſe per ſucceſſorem locatoris quàm per ipſum locatorem. Nec eſt contrarium quod ſecundo huius Decadis capite docuimus, 5
pignoris conuentionem † ſubiectam pacto de non alienando, aut de retrouendendo non poſſe impedire alienationem. Id enim ratione illa fieri diximus, quod qui promiſit ſe tibi retrouenditurum aut non alij quàm tibi rem ſuam venditurum, ſi contra faciat non ad aliud teneri poteſt quàm vt præſtet tibi quanti tua intereſt ab eo contrà factum non fuiſſe, cùm non ſit præcisè ad hoc obligatus vt tibi vendat aut retrouendat, quoniam facti obligationes illæ ſunt, in quo obligationum genere, quod iam toties inculcauimus receptum eſt & conſtiturum, vti ne quis præcisè cogi poſſit ad factum quod citra vim & impreſſionem fieri non poſſet, ſed in locum facti ſuccedat præſtatio eius quod intereſt *d. l. ſi quis ab alio* 13. §. *fin. D. de rei iudic.* Itaque ſi eo caſu tractetur de luendo iure pignoris & hypothecæ ſiue per eum ipſum qui hypothecam conſtituit, ſiue per eius ſucceſſorem, ſoluitur vtique idipſum quod in principali obligatione eſt cùm id quod creditoris hypothecarij intereſt præſtatur: at in propoſita quæſtione de re locata conductori obligata, principalis obligatio non in faciendo verſatur, ſed potiùs in non faciendo, id eſt, in præſtanda patientia, quæ quoniam hoc ipſo præſtatur quod nihil fit contra conuentionem, præcisè ſanè præſtanda eſt, nec †proinde quantacumque pecunia lui poteſt pignus 6
quod in eiuſmodi præcisè obligationis cauſam datum eſt, ſi conductor locationem ſtare malit, quàm quanti ſua intereſt accipere. In eóque ſingulare † ius eſt loca- 7
tionis, quemadmodum habet illa proprio quodam iure vt locator non ad faciendum aliquid, ſed tantùm ad patientiam præſtandam conductori obligetur, vt ei liceat frui re conducta. Quod cùm ita ſit, multò minùs ferendus eſt alius pragmaticorum error, quem ſupradicto loco idem Molinæus † refert probátque, vt colonus 8
cui obligata res eſt, retentionis ius habeat pro adiudicatione duntaxat eius quod ſua intereſt, non etiam pro liquidatione & refuſione. Cur enim pignoris poſſeſſionem ei auferamus priuſquàm ſolutum ſit omne id quod debetur, aut eo nomine ſatisfactum? An non abhorret id à natura pignoris, itémque à ratione iuris, vt cui damus actionem, denegemus retentionem? Fateor non eſſe æquum, vt prætextu eius quod intereſt longior mora rei reſtituendæ fiat vero domino, ſi fortè colonus tergiuerſando in longiorem diem negotium trahat: eóque caſu auferendam colono poſſeſſionem, præſtita tamen, vt fieri ſolet ſariſdatione de ſoluenda quantitate quam poſtmodum iudex taxaturus ſit, ſed ſi bona fide rem colonus gerat, nec quicquam ſit quod ei poſſit imputari, nego auferendam ei poſſeſſionem rei obligatæ quandiu pignoris vinculum & obligatio ſubſiſtit.

ERROR VIII.

Si locator qui rem locatam obligauit conductori aut in longum tempus locauit expellere conductorem iuſtis de cauſis velit.

SVMMARIA.

1 *Non permittendum eſt locatori ante finitum conductionis tempus expellere conductorem quamuis ei offerat quanti ex ea cauſſa poteſt ipſius intereſſe.*

2 *Sententia eorum qui locatorem audiendum putant; eius ratio, & rationis refutatio.*

3 *Facta locatione, in debito locatoris eſt ipſa fruendi patientia.*

4 *Conductor cogitur ſtare conductioni & conuentam mercedem ſoluere, etiamſi nihil interſit locatoris.*

5 *Conductor qui in ſoluenda penſione moram biennalem contraxit, hac ipſa de cauſa impunè expelli poteſt.*

6 *Quibus aliis caſibus conductor impunè expelli poſſit.*

7 *An caſibus enumeratis num. 6. poſſit conductor impunè expelli, ſi pro contractus obſeruatione res locata conductori fuerit obligata.*

8 *Sententia quorundam pragmaticorum negans, vbi vera lectio leg. 1. D. ſi ager. vectig. reſtituitur.*

9 *Oppoſita autoris ſententia.*

10 *Differentia inter fundos vectigales & non vectigales ratione iuris expellendi conductorem qui in longum tempus conduxit.*

11 *Quatenus*

11 *Quatenus plus iuris habeat is qui conduxit in longum tempus, quàm qui in modicum.*

QVod proximo capite diximus, non esse permittendum locatori vt ante finitum conductionis tempus expellat conductorem quamuis ei offerat quanti ex ea causa potest ipsius interesse, verissimum quidem est, sed non tamen apud pragmaticos omnes in confesso. Sunt enim qui 2 putent audiendum † esse locatorem: si paratus sit præstare quanti interest conductoris. Illa potissimùm ratione quòd qui pignoris iure rem persequitur, à rei persecutione liberatur si qualiscumque possessor debitum offerat, *l. Paulus* 13. *D. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit.* Sic enim Roll à Valle *conf. 6. num.* 10. *& seqq. vol.* Sed ad 3 hanc rationem iam respondimus, locatione † facta non quanti conductoris interest frui, in debito esse, sed ipsam fruendi patientiam, vt quod sine vi & impressione fieri commodè potest, cogatur præcisè pati locator, vt conductori liceat frui re conducta. Cur enim ei permittamus, vt sine causa veniat contra proprium contractum? Fateor posse conductorem si expellatur, aut quod idem est re conducta frui prohibeatur, agere ex conducto, & agendo consequi quanti interest sua *l.* 1. §. 1. *D. de superfic.* Sed nego cogendum eum pecuniam accipere si ad id potiùs locatorem adigere velit vt locationi stetur præcisè sicut è contrario dicimus inuitum conductorem † 4 cogi stare conductioni & conuentam mercedem soluere, tametsi possit fieri vt nihil interfit locatoris, fortè alio existente, qui aut eadem, aut etiam meliore conditione ad conductionem accedere velit. Inuitos enim conductores aut eorum heredes tunc non esse retinendos dicimus, cùm locationis tempora iam sunt impleta *l. inuitos* 11. *C. de locat.* Hánc que sententiam probat aperte quod scriptum est in *l.* 3. *eo.* his verbis, *ede quam te conductam habere dicis, si pensionem domino in solidum solvisti, inuitum te expelli non oportet.* Nam quod quidam respondent tractari eo loco de conductore qui iam soluerit integram pensionem, quasi plus iuris habere is debeat, quàm qui aut nihil aut partem duntaxat soluit, non puto ad rem pertinere. Quid enim referre potest, an conductor pensionem totam soluerit, an soluere sit paratus? Nisi quod post solutionem factam nullus supersit de anteriotis temporis mora quærendi locus, de qua tamen quæri potest quandiu facta solutio 5 non est. Constat enim conductorem † qui in soluenda pensione moram contraxit, hac ipsa de causa impunè expelli posse, tum etiam cùm nominatim conuenit ne intra locationis tempora expelli conductor possit *l. quæro* 54. §. 1. *D. eod.* moram autem tunc saltem contractam videri, cùm biennio integro cessatum fuit *d. §. 1. & leg. cùm domini* 56. *eod.* licèt cùm de iure emphyteutico agitur triennij cessatio requiratur *l. 2. C. de iur. emphyt.* quoniam nimirum plus iuris habet emphyteuta qui veluis dominus esse creditur, quàm simplex conductor *l.* 1. §. *quod ait. D. de superfic. l. 2. §. vlt. D. si ager vectigal.* Extra hanc causam moræ & cessationis biennalis expelli conductor non potest, præterquàm certis casibus, de qui- 6 bus in *d. l. 3. C. de locat.* id est, nisi † dominus rem à se locatam propriis vsibus necessariam esse probauerit, aut corrigere domum velit, aut in ea re conductor malè versari proponatur. His casibus constat inter omnes conductorem expelli posse, & quidem impunè, id est, ita vt ne quidem quanti ob eam rem interesse conductoris potest, præstare teneatur, sed tantùm pro rata temporis remittere mercedem *l. si fundus* 33. *in fin.* iunct. *l. & hac distinctio* 35. *D. eod.* Sed dubitatur tamen à pragmaticis, an 7 idem † dicendum sit, si pro contractus obseruatione, vt fieri assolet, res locata conductori fuerit obligata. Sunt 8 enim † qui sic sentiant, secuti Raph. Cuman. ad *l. si filiusfamilias* 25. §. *vlt. D. solu. matr.* Diuersitatis rationem illam afferentes quòd hoc casu conductor ius habeat in re ipsa, proindéque eius retinendæ facultatem quoadque saltem plenissimam indemnitatem sit consecutus: vnde illud etiam est, quòd idem iuris constituunt si fundus vectigalis & emphyteuticarius esse dicatur, id est, in perpetuum locatus ea lege, vt quandiu vectigal pendetur, tandiu neque ipsi qui conduxerit, neque illius successori auferri res possit *l.* 1. (vbi sic legendum est, restitutis verbis illis *tandiu & quandiu*, quæ transposita leguntur) *D. si ager vectigal.* Imò etsi fundus non vectigalis locatus sit, dum ne ad modicum tempus, id est, vt vulgò interpretantur, quòd sit minus decennio. Nam & ei qui ad longum tempus conduxit, vtilem in rem actionem Prætor dat verbis edicti *De superficiebus d. l.* 1. §. *quod ait ill. si. De superfic.* Sed mihi † sententia hæc pla- 9 cere nullomodo potest. Neque enim conuentio pignoris locationi subiecta facere potest vt durius obligetur locator quàm si rem conductam neque specialiter, neque generaliter obligasset: sed tantùm vt eo magis cautum sit conductori in eum casum, quo personalem duntaxat actionem habiturus esset, si de pignore non conueniisset. Atqui non teneretur locator expulso conductori vllo ex quatuor supradictis casibus, nisi ad faciendam mercedis remissionem, vt diximus. Non ergo magis teneri debet ob id solùm quod contractui adiecerit hypothecam. Alioqui obligatio illa pignoris, quæ non nisi accessoria est, plenior esset principali, & principalem ampliaret, quod absurdum docuimus in superioribus. Cùm autem conductori ius aliquod in re tribuimus non propter conuentionem pignoris, sed propter factam in longum tempus locationem, multò minùs dici potest prohibendum locatorem ne conductorem suum possit expellere, si fortè re sua necessariò vtendum habeat, aut reficere eam velit, aut impedire ne conductor ea malè vtatur. Tantò minùs enim fauorabilis est locatio in longum tempus facta quàm quæ in modicum, quantò grauiùs locatori futurum sit, si re sibi necessaria diutiùs carendum habeat, aut domus refectionem in longius tempus differre, aut pati denique vt in re locata conductor diutiùs malè versetur. Itaque nec illud credibile est eum qui in longum tempus locauit animo id agitasse, vt expellendi conductoris facultatem sibi præriperet iis casibus quibus alioqui ius haberet ipsius expellendi, iquecertissimi, iudicio meo, iuris est, in fundis † 10 non vectigalibus qui ita colendi dantur vt priuatim agros nostros colendos dare solemus. Sed in vectigalibus facilè admittam aliud iuris esse, non ratione illa quam pragmatici adferunt quod pro iis conductor ius in re habeat (quæ ratio etiam fundis non vectigalibus dummodo locatio facta esset in longum tempus aut sub hypotheca, conueniret) sed quia huiusmodi fundorum proprium ius est vt expressam habeant conuentionem de conductore nunquam expellendo, quandiu vectigal pendetur *d. l. si ager vectigal.* Cuius conuentionis potestatem totam in eo elucere necesse est, vt nulla alia de causa expelli conductor possit, tametsi alioquin posset, ne aliter posito iure eueniat vt inutilis ea conuentio sit, nec plus operetur expressa quàm si expressa non esset. Siquidem in fundis quoque non vectigalibus ita obtinere iam dicimus vt si in soluenda pensione cessatum sit, licear locatori expellere conductorem, sufficiatque cessatum fuisse per biennium, non expectato triennio, quod in vectigalibus & emphyteuticariis hodie expectandum est post *d. l. 2. C. de iur. emphyt.* Nempe, vt lex ait, cùm specialis conuentio nulla de ea re intercesserit, nam si conuenerit expressim, vt ob non solutam pensionem expelli conductor possit, sufficit moram quamlibet in soluendo commissam fuisse, nec triennium expectatur. Et sanè qui fundum in perpetuum locant hac lege vt quandiu vectigal pendetur tandiu conductoribus res auferri non possit, facere non possunt quin siue ob vsus necessarios, siue ad rei refectionem præripiant sibi expellendi conductoris facultatem. Cur enim locassent in perpetuum

perpetuum si in vsus suos necessarios eam habere aliquando voluissent? Planè cùm emphyteuta malè in re emphyteuticaria versatur, non nego auferri ei rem posse etiam citra conuentionem, nimirum ex natura contractus qui nec ob aliam causam initus esse intelligitur, quàm vt emphyteuta meliorem rem faciat non vt deteriorem: vnde *& meliorationis* contractus à plerisque
11 appellatur. An non ergo † plus iuris habebit is, qui conduxit in longum tempus quàm qui in modicum? Minimè, quod ad hoc attinet vt à locatore expelli non possit. Neuter enim expelli potest, nisi ex iusta causa: qua porrò interueniente perinde ille atque hic expelli poterit. Sed si locator eam rem in alium transtulerit siue per venditionem, siue per aliam quamlibet speciem alienationis, plus vtique iuris habebit qui in decennium, quàm qui in triennium, aut quinquennium conduxit, nimirum, vt non possit expelli à singulari successore, quia cùm ius in re habeat adeò vt in rem quoque actione experiri queat, multò magis danda ei retentio est, ex vulgata iuris regula *l. 1. §. is autem. D. de superfic.* Scilicet, nisi ex iis causis, ex quibus posset expelli ab ipso locatore, de quibus in *d. l. ade.* Nec enim potest durior esse conditio successoris qui non contraxit, quàm futura esset ipsius locatoris qui contraxit. Nihilque hac parte interest, an conductor ius in re habeat propter adiectam conuentionem de pignore, An propter factam in longum tempus locationem.

ERROR IX.

Si singularis successor ex iusta causa expellere velit conductorem, cui res ipsa locata fuit obligata.

SVMMARIA.

1 *Singularis successor ex iusta causa potest expellere conductorem cui res ipsa locata fuit obligata, etiamsi ipse locator non possit, si pragmaticis fides.*
2 *Expenditur relata pragmaticorum sententia.*
3 *Conuentio pignoris non impedit quominus expelli possit conductor ab ipso locatore, ac multò magis à singulari eius successore, si iusta adsit expellendi causa.*
4 *An iusta illa causa æstimari debeat ex persona locatoris, an ex persona successoris.*
5 *Quo casu locus sit quæstioni num. 4. propositæ.*
6 *Singulari successore vxorem ducente ac inquilinum expellere volente, potiores inquilini partes esse debent.*

1 DIuersus est hic tractatus à superiore. Nam ex iis ipsis † qui putant non esse permittendum locatori qui rem locatam obliganit conductori, vt expellat conductorem, licèt ea causa interueniat quæ alioquin ad eum expellendum iusta videri deberet. Non desunt qui putent aliud respondendum esse in persona eius qui singulari iure locatori successerit, quasi fauorabilior illius causa videri debeat, vel ob id maximè quòd non contraxit. Quæ tamen sententia †
2 vel primo aspectu ipso falsa est. Si enim subiecta pignoris conuentio sufficiens esset ad tuendum conductorem aduersus locatorem, quidni prodesse etiam deberet aduersus singularem quemlibet successorem, cùm perinde vtroque casu ius pignoris & hypothecæ afficiat rem ipsam de qua disputatur? Siquidem semel constituto vtiliter pignore, nihil prorsus interest creditoris pignus habentis, ad quem aut quonam iure dominium transferatur: verèque tunc obtinet quod dici solet, causam pignoris cum causa dominij nihil habere commune. *l. 1. D. de pignor.* Etsi verò iam diximus, magis probari nobis contrariam sententiam, vt conuentio † pignoris non impediat quominùs expelli 3
conductor possit etiam ab ipso locatore, ac multò magis à singulari eius successore, quoties nullo adhibito pignore iusta eius expellendi causa subesset, illa tamen adhuc superest, nec inelegans dubitatio, an iusta illa † 4
causa ex persona ipsius locatoris æstimari debeat, an ex persona successoris. Finge donatarium aut emptorem deducenda vxore cogitare, ex eáque causa locatis ædibus necessariò egere, An conductorem expellere poterit, quemadmodum posset si ipse locasset? An expectandum erit vt locator qui eas ædes donauit aut vendidit, nuptias ineat, vt expellendi conductoris ius præbeat emptori vel donatario, nullum alioquin habituro? Consequens autem videtur superioribus, vt idem ius obtineat, in persona successoris quod in persona locatoris, idipsúmque constituatur pro successore, quod constituendum esset si ipse locasset: cùm non potuerit locatio, quantumuis pignore subnixa facere quominùs liberum domino fuerit rem suã alienare, satisque conductori esse debeat, quod non alia eius conditio sit propter alienationem à locatore factam, quàm si à locatoris successore conduxisset. Obseruandum autem est non alio † casu 5
posse huic quæstioni locum esse, quàm quo velit dominus expellere conductorem ob eam causam quòd re locata ipse egeat in necessarios vsus. Nam si agatur de conductore ob id expellendo, quòd in soluenda pensione per biennium cessauerit, aut quo domus reficienda sit, aut denique quòd malè conductor versetur in re locata, nemo dubitat quin nihil prorsus interfit an locator dominus sit, an alius qui à locatore causam habeat, quandoquidem huiusmodi causæ expellendi conductoris aut ex re ipsa, aut ex conductoris persona proficiscuntur. Sed cùm in vsus proprios fruendæ rei necessitas emergit, quemadmodum alia locatoris persona est, alia successoris, ita & alia necessitas, quæ ex locatoris persona occurrit, alia quæ ex persona successoris, vt cernere est in exemplo illo quod attulimus, De emptore aut donatorio vxorem ducente, cùm fortè locator ipse aut vxorem iam tum duxisset cùm locauerat, aut ducturus nunc non esset. Illud autem suadere potissimum videtur vt locatoris non noui successoris personam spectasi oporteat, quod fieri potest vt conductor cùm ad ineundam conductionem accessit, cogitauerit sibi rem esse cum eo, qui iam tùm ducta vxore aut nunquam, aut non tam facilè posset in proprios vsus ædibus locatis indigere, quàm si nullam dum vxorem eo tempore habuisset. Nam quemadmodum is qui iam ipso locationis tempore vxorem habuit non potest prætextu matrimonij conductorem expellere, propterea quòd de nouo causam emergere necesse est, quæ expellendi conductoris ius præbere possit *arg. l. pen. D. de iur. dot.* Ita qui cum alio contrahit nullam dum coniugem habente, facilùs præuidere potest & debet, fieri posse vt aliquando vxorem ducere locator velit, ex eáque causa egeat in proprios vsus re locata. Proinde non est quod de alio quàm de se ipso conqueratur si hac de causa illum expellere locator velit. Quod non similiter dici potest, si locator qui vxorem habuit, rem suam alienauerit in eum qui mox sibi vxorem quærat. An enim potuit conductor præuidere aut potiùs diuinare hoc futurum? Quid vero absurdius quàm semel constitutam obligationem in persona contrahentis, ex persona successoris posteà immutari, siue vniuersalis, siue singularis successor proponatur? Atqui multò absurdius illud fuerit expelli conductorem à locatoris successore ob euentum qui in persona locatoris contigerit, post alienatum rei locatæ dominium in eum qui non egeat re conducta in proprios vsus. Cur enim spectemus personam egentis qui non sit dominus, aut domini qui re sua non egeat? Ergo cum vtrumque concurrere necesse sit, concludo quod ante me fortassis nemo dixit, singulari † successore vxorem 6
ducente,

ducente, ac inquilinum expellere volente, potiores inquilini partes esse debere, ne alioquin eueniat vt durior facta sit eius conditio per alienationem rei locatæ, idémque obtinere, etiamsi in persona locatoris repentinus matrimonij casus emerserit, propterea quòd nihil amplius interfit locatoris alienata re illa qua in proprios vsus alioqui indigere posset, sicut nec interest donatarij aut emptoris quòd locator vxorem duxerit. Ergo neque à locatore expelli poterit, neque à singulari locatoris successore; Nec solùm si qua hypotheca contracta sit, sed etiamsi nulla: quia hypothecæ adiectio non illa est quæ expellendi conductoris ius auferre potest, sed bonæ fidei ratio quæ certis casibus hoc locatori ius tribuit, iis videlicet quibus verisimile sit id actum fuisse inter contrahentes, bona fide interpretationem hanc suggerente. Denique quoties de conductore expellendo, vel non expellendo tractatur, quod ad locatorem pertinet nihil interest an de pignore conuenerit, necne: Quod ad singularem verò successorem, tum demùm interest cùm non alia de causa colonum expellere vult successor, quam quòd alius non ipse contraxerit: Si enim alia iusta causa subsit coloni expellendi, non potest fieri aut facta videri durior conditio locatoris, aut alterius cuiusliber, qui in locatoris iura successerit ob solam pignoris conuentionem incertam.

ERROR X.

De eadem re pluribus separatim locata, vel vendita, vel obligata.

SVMMARIA.

1 *Eadem re pluribus separatim locata, cuius conductoris potior causa esse debeat, prioris ne an posterioris.*
2 *Varia de proposita quæstione pragmaticorum sententia.*
3 *Si eadem res pluribus separatim vendita sit, præfertur is cui priori res tradita est, licet posterior emerit.*
4 *Ratio cur præferatur is cui priùs res tradita est.*
5 *Locationem conductionem hac in parte malè æquiparari emptioni, venditioni.*
6 *Rectiùs verò comparari pignori & hypothecæ.*
7 *Eadem re pluribus obligata separatim, præferendus est is qui prior conuenit de pignore, non cui priùs tradita res fuit, aut qui prior de hypotheca vendenda conuenit.*
8 *Ex eo quod etiam cùm venditio à non domino, facta est, præfertur ex emptoribus is cui res priùs tradita est, non sequitur, vt præferendus sit ex conductoribus is cui priùs res tradita fuit, & cur.*
9 *Qui à non domino bona fide emit, Publicianam habet aduersus extraneum, quemlibet possessorem; & quis sit eius actionis effectus.*
10 *Si plures ab eodem non domino pignus acceperint, debet is præferri qui prior factus est possessor.*
11 *Pignoris datione nihil aliud agitur, quam vt res ipsa obligetur, non persona dantis quæ iam obligata est: at in venditione agitur vt persona venditoris, non vt res ipsa obligetur.*
12 *Si à diuersis non dominis plures pignus accipiant, melior est conditio possessoris, non eius qui prior conuenit de pignore: in quo differt pignus ab emptione.*
13 *Ratio proximè relata inter pignus & emptionem differentia.*
14 *Aduersus extraneos etiam vitiosa possessio prodest.*
15 *Emendatio l. si ea res. 31. §. vlt. D. de act. empt.*
16 *Si ex pluribus emptoribus vnus emerit à domino, alius à non domino, indistinctè præferendus est is qui à domino emit, etiamsi non sit ei res tradita à venditore.*
17 *Reuocatur quod dictum est ab autore in Coniecturis de sententia clausulæ d. §. vlt. l. 31. de actor. empt.*
18 *Refellitur sententia Rolandi à Valle statuentis ita demum præferendum esse posteriorem emptorem cui priùs res tradita est, si venditionem priori factam ignorauerit.*
19 *Errare pragmaticos statuentes præferendum esse primum emptorem cui res primum fuit vendita cum hypotheca, etiam sine traditione.*
20 *In obligatione omnium bonorum venditoris non videri comprehensam rem quæ vendita est, & cur ibi.*
21 *Pignore ab initio in re vendita inutiliter constituto, non est permittendum priori emptori, vt hypothecariam aduersus posteriorem exerceat.*
22 *Non esse admittendam eorum sententiam, qui primum conductorem omnimodo præferunt.*
23 *Expenditur exceptio pragmaticorum, qui præferendum aiunt posteriorem conductorem cui res tradita est, nisi obligata fuerit res priori conductori.*
24 *Differentia inter venditionem & locationem.*
25 *Responsio autoris ad quæstionem suprà num. 1. propositam.*

EST quidem hæc quæstio prorsus aliena ab instituto tractatu de pacto retrouendendi, sed tamen ad proximas quoque quæstiones pertinens. De colono expellendo, vel retinendo. Potest enim fieri vt qui † rem suam alteri 1
locauit, eandem postmodum non vendat quidem, sed locet alteri, fortè maiorem pensionem offerenti, quo casu perinde dubitari potest an priorem conductorem expellere posterior possit, an verò potior eius causa esse debeat qui tempore prior reperitur. Non desunt † qui 2
pro primo conductore respondeant, adeóque tametsi secundo tradita res proponatur: inter quos Iason est ad *l. quoties 15. C. de rei vindicat.* Non desunt etiam qui pro secundo, post Alex. quem refert Cotta in Memorab. in verb. *locatio*, posterioris huius sententiæ præcipua, imò tota ratio pendet ex emptionis & conductionis similitudine atque adfinitate. Constat enim, iisdem ferè iuris regulis venditionem & locationem, itémque emptionem & conductionem consistere, vt ait *l. 2. D. locat.* In venditione † autem & emptione ita comparatum 3
esse vt si eadem res pluribus separatim vendita sit, præferatur is cui priori tradita est, licèt posterior emerit *d. l. quoties, l. sine autem 9. §. si duobus, D. de Publician. in rem act.* Sed apertissima dissimilitudinis ratio est. Nam in vindicatione idcirco constitutum est, vt is † cui primùm 4
tradita res fuit præferatur, quòd licèt venditio solo consensu perficiatur, sicut & locatio, dominium tamen ex sola venditione non transfertur, non magis quàm ex pacto nudo, sed tantùm per traditionem & illius emptionis & venditionis causa subsecutam, *§. vendita Instit. de rer. diuis. l. traditionibus 20. C. de pact.* Proinde † 5
quoties de dominio inter plures emptores qui separatim emerunt contenditur, non potest esse non potior is cui priùs res tradita est, cùm solus ille sit in quem dominium translatum fuit, manente tamen venditore obstricto emptori non solùm crimine stellionatus, *l. 3. D. de crimin. stellion.* sed etiam actione ex empto in id omne quod interest primi emptoris, cui ex conuentione tradere rem debuerat quam vendidit & tradidit secundo. At in locatione & conductione non id agitur vt dominium in conductorem transferatur, nec si id expressim agatur, fieri tamen vnquam possit, quia titulus conductionis non est iure ciuili habilis ad dominium transferendum,

Digitized by Google

rendum,& traditio quæ ex ea causa fit,quod ad dominij translationem pertinet, nuda est & iniusta, & consequenter non potest esse efficax ad hoc vt dominij translatio inducatur,*l.numquam nuda* 31.*D.de acquir.rer.domin.* Quid ergo interesse potest an conductori primo aut secundo tradita sit rei possessio,nécne,cùm solo consensu contractus is perficiatur, neque traditionem vllam requirat ne quidem ad effectum & implementum, sed tantùm vt locator præstet patientiam? Itaque rectiùs videatur locatio & conductio † comparari posse 6
pignori & hypothecæ, quia licèt pignus non nisi re & traditione contrahatur quatenus ab hypotheca distinguitur,quæ solo consensu perficitur,tamen statim atque conuenit de pignore, constat obligationem esse contractam,& pignoris vinculo rem obstringi, vt non tantùm aduersus creditorem,sed etiam aduersus quemlibet possessorem hypothecaria exerceri possit. Ob idque nimi- 7
rum placuit eadem re † pluribus separatim obligata præferendum esse eum qui prior conuenit de pignore, non cui priùs tradita res fuit,aut qui prior de hypotheca vendenda conuenerit, *l. creditor* 12. §. *vlt. D.qui potior. in pignor. hab.* Obiicies fortasse, si pro pragmaticis subtilem agere voles, in venditione quoque perinde vsuenire posse atque in locatione & pignore, vt de dominio transferendo tractari non oporteat, fortè si non dominus eandem rem pluribus vendidisse proponatur. Neque enim dixerit per traditionem à non domino factam,dominium transferri posse, cùm traditio nihil amplùs transferre debeat, vel possit ad eum qui accipit, quam fit apud eum,qui tradit,*l.traditio* 20.*D.de acquir. rer.domin.*Et tamen certum est,illo etiam casu quo venditio facta sit à non domino potiorem esse ex emptoribus eum cui prius res tradita est,*l.si ea res* 31.§.*vlt.D.de action.empt.* Quidni ergo, inquies,idem in locatione & conductione seruabimus, vt quamuis dominium ex ea causa transferri nequeat, is tamen cui priùs tradita res 8
fuerit, alij præferatur? Respondeo † hac in re perpetuò dissimilem esse locationis & venditionis rationem, tùm etiam cùm venditio à non domino facta est: quia quamuis hoc casu non magis ex venditione quàm ex locatione dominium transferri possit,venditionis tamen contractus talis est ex quo posset dominium transire in emptorem, si dominus venditor fuisset, ac tametsi non id agi soleat inter emptorem & venditorem vt res detur, hoc est,vt rei venditæ dominium omnimodo fiat emptoris, sed tantùm vt vacua rei possessio tradatur emptori, quoniam res quoque aliena vendi potest *l. rem alienam* 28.*D.de contr.empt.*iun&*l.ex empto* 11.*De action.empt.* Agitur tamen per consequentias vt si venditor sit dominus, transferat etiam cum possessione dominium quod habet, idcóque quoties emunt plures à non domino quem dominum esse arbitrantur, & bona fide ratio iuris facit vt non solùm quod ad venditoris personam attinet,sed inter ipsos etiam idem obseruetur acsi à domino emissent, id est, vt si fortè eius rei dominium venditori postmodùm acquiratur, non magis dominij quæstionem facere emptor possit, quàm si iam ipso venditionis tempore dominus fuisset *l.vindicantem* 17. *D. de euict.* Imò verò cogatur implere venditionem, vt Paulus loquitur in *l.si quis alienam* 46.*D.de action.empt.* id est, dominium quod venditionis tempore non habuit,nunc verò habet,transferre in emptorem. Item vt si inter emptores ipsos controuertatur, potior sit is cui priùs res tradita est,siue ab eodem,siue à diuersis venditoribus emerint, quia & præferretur si à domino emissent. Quinetiam, quod magis mirum videri debeat, ha- 9
bet † qui à non domino bona fide emit Publicianam aduersus extraneum quemlibet possessorem,id est,solo domino excepto *l.1.l.penult.& pass. D.de public.in rem act.* quæ actio licet sit prætoria, tamen ad instar vindicationis est eundemque effectum obtinet, vt qui à non domino emit bona fide,& in eo est vt vsucapere possit, pro eo habeatur acsi dominus iam factus esset, §. *namque. Instit. de act.* Quo exemplo idem quoque constitutum videmus in pignore, vt quamuis non possit pignoris vinculo res obligari nisi à vero domino, *l. & quæ nondum* 15.§.*quod dicitur.D.de pignor.* si tamen plures † ab 10
eodem non domino pignus acceperint,debeat is præferri qui prior conuenit de pignore, non autem is qui prior factus est possessor *l. si non dominus* 14 *D. qui potior.in pignor.habeant.*Nimirum,quia licèt re vera pignus nullum contractum sit, neque contrahi potuerit, habet tamen huiusmodi falsum pignus veri pignoris imaginem,eodémque proinde iure censetur, sicut & venditio à non domino facta eius venditionis naturam imitatur, quæ à vero domino facta esset, tanto magis quòd ipsa quoque vera non falsa venditio est, præsertim cùm emptor ab eo quem dominum putabat esse,comparauit,etsi nec aliud est si quis emerit mala fide ab eo quem dominum non esse sciuit, quia perinde venditio valet: quæ tamen bonæ & malæ fidei distinctio vix cadit in personam creditoris pignus accipientis. Quis enim tam stultus sit, vt ab eo quem dominum non esse scit, pignus accipere, id est, nihil prorsus agere velit? Nihil enim aliud agitur pignoris † datione, nisi vt res ipsa obligetur,non vt persona quæ pignus dat,quæque ipsa iam est obligata, cùm personalem obligationem præcedere necesse sit, vt pignoris quæ accessoria est, si qui possit: in venditione autem ex contrario id agitur, vt persona venditoris,non vt res ipsa obligetur.In eo tamen etiam quod ad propositam quæstionem pertinet,alia venditionis,alia pignoris ratio est: quòd si à diuersis † non do- 12
minis plures pignus accipiant, melior est conditio possessoris, non eius qui prior conuenit de pignore *d. l. si non dominus.* In emptione verò nihil interest an ab eodem domino, an à diuersis plures emerint,sed omnimodo præfertur is cui priùs tradita res fuit, *d.l.si ea res* 31. §.*vltim.De action.empt.* Hoc ideò quia traditio † illa es- 13
set, per quam dominium in emptorem transferri debuisset, si dominus venditor fuisset, ac quamuis neuter sit dominus, plus tamen præstat venditor qui rem alienam vendit & tradit, quàm qui non tradit, nec cogitur is,qui posterior contraxit,& cui prioti tradita res est vt primi emptoris intentionem excludat, obiicere de non dominio venditoris communis, quia etiamsi venditor verè dominus fuisset, non ideò tamen dominium sine traditione in primum emptorem transtulisset.Cùm verò tractatur de pignore à pluribus non dominis contento, sicuti nulla ex pignoris conuentione nascitur obligatio,ita neque referre potest vter priùs ab hoc aut ab illo pignus acceperit, parque omnium causa est, licèt alius prior, alius posterior contraxerit, quia præter conuentionem nihil est quod creditori ius pignoris tribuere possit, quandoquidem nihil commune habet traditio cum obligatione pignoris constituenda, quod diuersum est, cùm ab eodem non domino plures pignus acceperunt diuersis temporibus,quia is qui posterior conuenit de pignore, licèt sit etiam possessor, non potest dicere datum pignus à non domino quin se nullo iure pignus tenere fateatur, & hoc ipso quod pignoris ius sibi asserit, in eas se angustias vltro coniicit, vt non alio iure censeri debeat,quàm quo esset si à vero domino pignus datum fuisset: quo casu haud dubiè qui prior esset tempore, potior esset iure. At cùm à diuersis non dominis pignus constitutum est, potest quilibet ex creditoribus aduersarij intentionem eo iure elidere,quòd pignus à non domino non nisi inutiliter constitui potuerit, atque ita cùm par sit omnium causa, illud vnum relinquitur, vt melior sit conditio possessoris. Id enim est quod dici solet,aduersus † extraneos,id est,qui nullum 14
ius in re aut ad rem habeant etiam vitiosam possessionem prodesse *l.vlt. D.de acquir. possess.* Illud tamen obseruandum est, corruptum videri contextum † Neratij 15
in *d.l.si ea res.§.vlt.de act.empt.*in illis verbis,*is ex nobis*

tuendus

tuendus eſt, qui prior ius eius adprehendit. Interpretatio enim ſequitur ſtatum, *hoc eſt eus primum tradita eſt.* Apparet autem nullum ius in re adprehendere eum, qui emit & rem accipit à non domino, ne traditio plus iuris in accipientem transferat, quàm fuerit penes tradentẽ. *d.l. traditio.* Vt taceam non ſatis propriè dici ius adprehendi, vt nec aliud quidpiam quod ſit incorporale. Itaque non dubito quin pro *ius eius* legendum ſit *iuſtius*, vt quod ſequitur *adprehendit* ad poſſeſſionem rei venditæ, non ad ius vllum referatur. Iuſtius enim adprehẽdit poſſeſſionem is, cui res traditur ab ipſo venditore, quàm qui propria autoritate eam occupat, licèt dominus non ſit is qui tradit. Cui conuenit quod ſubiicitur *ſi alter ex nobis à domino emiſſet, is omnimodo tuendus eſt.* Sen-
16 ſus enim eſt, ſi ex pluribus † emptoribus vnus emerit à domino, alius à non domino, præferendum indiſtinctè eſſe eum qui à domino emit, id eſt, etiamſi non ſit ei tradita res à vẽditore. Non quod citra traditionẽ dominus fieri poſſit, ſed quia etiamſi dominus non ſit, iuſtiùs habet poſſeſſionem rei emptæ à domino qui eam occupauit propria autoritate, quam qui traditam accepit à non do-
17 mino venditore. Quod non † ſatis benè à nobis perceptum erat cum aliquo Coniecturarum noſtrarum loco
* ſcribebamus debere Neratium ita intelligi, vt qui à domino emit, ita demum præferatur, ſi traditio ſit ſubſecuta. Toties enim traditio requirenda eſt, quoties aut de dominio inter emptores contẽditur qui à domino emerint, aut par omnium emptorum cauſa eſt quòd à non domino, ſiue eodem, ſiue alio atque alio compararunt, non etiam cùm à domino vnus emit, alius autem à non domino. Semper enim tuendus eſt, ſcilicet in cauſa poſſeſſionis non dominij is qui à domino emit, licèt non per traditionem ab eodem domino factam, ſed propria autoritate poſſeſſionem nactus ſit, quia iuſtiùs poſſeſſionem adprehendiſſe intelligitur. In cauſa dominij neuter tuendus eſt & præferendus, quia neuter dominus
18 eſt. Sanè quod pragmatici volunt ex pluribus † qui à domino omnes emerint, ita demùm præferendum eſſe poſteriorem cui priùs res tradita eſt, ſi venditionem priori factam ignorauit, quod & Rolland. à Valle reſpondit *conſ. 9. num 27. lib. 1.* mihi probabile fieri nullomodo poteſt. Non enim ſcientia poſterioris emptoris facere queat ne per traditionem à vero domino factam dominium transferatur in accipientem: quantumuis induceret malam fidem poſterioris emptoris, quia nihil commune habet mala fides cum acquiſitione dominij, niſi cùm per vſucapionem acquiſitio ſit, & mala fides ab initio interuenit. Sed nec inducit hæc ſcientia malam fidem. Solet enim mala fides ex eo æſtimari, quòd quis ſciat rem eſſe alienam *l. bona fidei 109 de verb. ſignif.* Is autem de quo tractamus licet ſciat eam rem quam ipſe nunc emit, iam alteri venditam fuiſſe à vero domino, tamen illud etiam ſcit, non eo minùs manere rem in dominio venditoris ſui quamdiu traditio ſecuta non eſt, nec proinde alienam rem ſe comparare quam ab eo accipiat, qui & dominus ſit, & dominium, quod adhuc habet, in accipientem transferre velit, ſicuti dicimus non eſſe in mala fide creditorem qui rei ſibi obligatæ alienationem ſcit & patitur, nec quicquam proteſtatur, ſi modò expreſſim non conſentiat, quia ſciuit vtique ius ſuum durare, inquit *l. ſicut 8. §. non videtur. D. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* Cur ergo poſteriori emptori imputabimus ſcientiam prioris venditionis, vt in mala fide hoc ipſo cõſtitui videatur, cum non eo minùs ſciat durare ius ſui-
19 venditoris? Nec minus improbabile illud eſt, quod iidẽ pragmatici vulgò iactitant, præferendum omnimodo eſſe primum emptorem cui res primum fuit vendita cum hypotheca etiam ſine traditione. Secuti Iaſonem *conſ. 5. & 6. lib. 3.* & Thom. Ferrar. *cautel. 48. incip. ſi quis vendi. verſ. ſecundum remedium*, quos refert Tiraq. *de retract. conuent. §. 3. gloſſ. vnic. num. 5.* Nam vt idem Tiraquel. diſputat, nihil commune habet cauſa dominij cum iure pignoris & hypothecæ, vt iam toties diximus ex *l. 1. D. de pignor.* nec facere poteſt hypotheca rei venditæ, quominus per eiuſdem rei traditionem, quæ à vero domino facta ſit, dominium in ſecundum emptorem transferatur, quod & nos in ſuperioribus ſatis ſuperque diſputauimus, præſertim in 2. *huius Decadis errorem*, vbi probauimus contra eiuſdem Tiraquelli ſententiam, nihil prorſus hac parte intereſſe, an cum hypotheca interuenerit pactum, De non alienando necne: neutro enim caſu dominij tranſlationem ex eo impediri poſſe. Quamquam non nego alienationem fieri non poſſe, niſi cum ſua cauſa, & conſequenter hypothecaria teneri poſteriorem emptorem rei quæ iam fuerat obligata. Nili quis tentare velit, quod fortaſſe fueris non improbabile, licèt à nemine adhuc obſeruatum, in obligatione † generali bonorum omnium venditorit non 20
poſſe comprehendi eam rem quæ vendita eſt, tamerſi quandiu non eſt tradita maneat in dominio venditoris, ac proinde obligari ab eo poſſit. Cur ita? Quia nec ſpecialiter obligari poſſet emptori in cauſam eiuſmodi venditionis. Nam ſi dicimus inutile pignus eſſe quod diſtrahi non poteſt, quantò magis inutile pignus eſt, quod debitor etiamſi maximè velit, creditori tradere nõ poſſit? Hoc autem de quo tractamus tale eſt, quia ſi rem illam venditam & obligatam venditor emptori traderet dominium in emptorem transferret, atque ita efficeret, ne nouo domino res ſua obligata eſſe poſſet, imò verò per eam traditionem ſatisfactum eſſet obligationi tradendi, pro qua pignus datum fuiſſet. Sed etſi vltrò tradere nunquam vellet, tamen actio hypothecaria non ad aliud dari deberet, quàm ad rem tradendam: qua porrò tradita non tam pignus reſtitutum quàm dominium tranſlatum reperiretur. Nam ſi dicas non omnem traditionem habilem eſſe ad transferendum dominium, ſed eam dumtaxat quæ ſit animo transferendi dominij, qualis illa non eſt quæ ſit ex cauſa pignoris, reſpondebo tantò apertiùs fieri conſequens, quod nos volumus vt à venditore obligari ea res emptori nullomodo poſſit. Idcò namque adhiberi ſolet vinculum pignoris vt principali obligationi omnimodò ſatisfiat, obligatio autem eius qui vendidit alia non eſt quàm vt rem venditam tradat *l. ex empto 11. D de act. empt.* licèt in locum obligationis faciendi, quoniam traditio facti eſt, ſuccedat obligatio eius quod intereſt, 1. *eod. l. ſi traditio 4. C. eod.* Proindè fieri non poteſt vt tradat ex cauſa pignoris in venditione adhibiti, quin tradat eo animo, vt obligationi venditi ſatisfaciat, & conſequenter vt dominum faciat emptorem, quandoquidem æquè facilè, & verò commodiùs poteſt traditio in eam cauſam proficere, quàm in pignus. Denique nego fieri poſſe vt venditor tradat emptori ex cauſa pignoris eam rem ipſam quam vendidit, & quam tradere debeat ex cauſa venditionis, cùm pignus non niſi ad venditionem corroborandam adhibitum proponatur. Quòd ſi pi- 21
gnus ab initio in ea re inutiliter conſtitutum fuit, apparet non eſſe permittendum priori emptori vt ſi eadem res alteri ſit vendita, exerceat hypothecariam aduerſus ſecundum emptorem, quam nec aduerſus venditorem exercere poſſet, ne alioquin eueniat vt deterioris conditionis ſit, qui à venditore comparauit quàm ipſe venditor. Etſi enim ratio illa quæ inutilem facit pignoris conuentionem ob perſonam & obligationem venditoris qui tradere tenetur, deſinit locum habere ex quo in alium emptorem tranſlata res eſt, nihilo tamen magis conualeſcere poteſt pignus, quod ab initio non valuit, cùm pignorum maximè conuentiones, & cæteræ omnes ex eo potiſſimum tempore æſtimandæ ſint quo interponuntur. Et hæc quidem de 10 pluribus obligata vel vendita dixiſſe ſufficiat. Ex quibus apparet quàm diſpar hac parte ſit locatio venditioni, & quàm parum ſubtiliter faciant, qui exẽplo eius iuris quod in emptoribus cõſtitutum eſt, præferunt

primo locatori posteriorem cui res à locatore priùs tra-
22 dita probetur. An ergo aliorum sententiam † sequemur qui primum conductorem omnimodò præferunt, id est, quamuis locator rem locatam priùs tradiderit secundo conductori? Multò minùs: quia licèt traditio, quæ fit ex causa locationis, neque dominium, neque possessionem transferat in conductorem, inducit tamen implementum contractus, siquidem ad hoc tenetur locator conductori, vt præster ei licere vti frui re conducta, id est, vt vtendi fruendi patientiam exhibeat, quod vtique non meliùs facere possit quàm si eam rem ipse tradat. Itaque quamuis prior contractus locationis solo consensu perfectus fuerit, posterior tamen prævalet, cuius implementum præcessit, quoniam fieri amplius non potest vt locator patiatur primum conductorem vti frui ea re quàm locator ipse iam tradiderit secundo conductori. Vt verò prætextu perfectæ locationis liceat primo conductori agere contra secundùm, & rei locatæ vsum ei prohibere, multò minùs fieri queat, quoniã quòd consensu perfecta prior locatio est, non ad aliud prodesse potest primo conductori, quàm vt personalem ex conducto habeat actionẽ aduersus locatorem cum quo contraxit, non etiam vt aduersus secundum conductorem qui negotium suum gessit, quique iure communi vtitur, etiam si fortè sciuerit
23 priorem conductionem, an addemus † exceptionem quam interpretes & pragmatici omnes addunt, nisi proponas obligatam fuisse rem illam priori conductori? dubitationem facit, quòd quæ à nobis supra ratio allata est, ne res vendita possit obligari emptori, videtur similiter habere locum in re locata, non quòd æquè per traditionem rei locatæ translatio illa fiat dominij aut veræ possessionis in conductorem, sed quia perinde dici possit pignus quod in causam tuendæ locationis datur, non posse tradi à locatore conductori, cùm si tradatur hoc ipso principali obligationi satisfiat proindéque pignoris obligatio finiatur. Nam cum nihil nisi patientiã præstare locator debeat, an non plus quam patientiam præstat, qui rem ipsam tradit? Hoc verò si ita est, consequens sit non tantum otiosas, sed etiam ridiculas esse quæstiones omnes à nobis suprà tractatas, de re locata obligata conductori, quem tamen diximus in eo plus iuris habere, quàm si pignus nullum haberet, quod ab emptore expelli nullomodo potest. Sed negandum est, similem esse
24 hac parte conductionem emptioni. Nam cum † locator non solum dominus maneat, sed etiam possessor, siue patientiam nudam conductori præstiterit, siue etiam rem ipsam tradiderit, nihil prohibet quominus eandem rem alij posteà vendere, aut donare possit si velit. Quod cum euenit & ab emptore aut donatario colonus expellitur, qui nullum ius in re habet, sola ei superesse potest ex cõducto actio aduersus locatorem, cuius proinde obligatio non potest videri fuisse finita per traditionem rei locatæ antea factam, quoniam obligationis illius potestas in eo est vt continuam patientiam præstare locator debeat in totum tempus locationis, quod per vnicam traditionem fieri non potest cum per eam nihil de locatoris iure diminuatur. At in venditione & emptione aliud est. Cum enim de eo venditore loquamur, qui sit dominus (alioqui de pignore per eum constituto tractari non oporteret) fieri non potest vt venditor tradat rem venditam, quin dominium eius transferat in emptorem, Dominio autem translato quænam potest venditoris obligatio superesse, aut nunc extincta rursum aliquando reuiuiscere? Deniq; venditio ex parte venditoris qui dominus sit vnica traditione impletur, & consequenter tota venditoris obligatio per traditionem dissoluitur. Qua porrò dissoluta pignoris obligatio superesse nulla potest emptori, in ea præsertim re quæ ipsi iam sit acquisita pleno dominij iure, & in qua nihil omnino iuris reliquũ fuerit venditori, ad turbandum emptorem ex die traditionis. Ergo vt totam † quæstionem hanc tandem absoluamus 25
vter ex conductoribus præferetur? Cæteris paribus, si ab eo qui locandi ius habuit, vterq; conduxerit, neutri verò res tradita sit, necdum aut hic aut ille frui cœperit, præferetur sine dubio is qui prior contraxit. Idémq; erit si ab eo qui neque dominus fuit, neq; locandi ius habuit, vterq; conduxisse proponatur. Sed si res tradita sit quamuis posteriori, ille præferendus erit quia in possessione est, & quidem iustè: nisi prior conductor ea re iam frui suo iure cœperit, licèt nulla per locatorem facta traditione. Cum enim vt diximus patientiam præstare duntaxat locatorem oporteat, nec illud etiam exigamus vt rem tradat (in quo differt locatio à venditione) perinde credendus est locator impleuisse contractum si patius sit conductorem propria autoritate adprehendere possessionem rei locatæ, atque si eam ipse tradidisset: Ideóque nec si posteà eandem rem alij & posteriori conductori tradere velit, deteriorem ob id facere potest prioris conditionẽ. Neque ad hunc casum accommodari potest distinctio illa quam in venditione adhibet. Nerat. *in d. l. si ea res* 31. *§. vlt. de act. empt.* vter iustiùs adprehenderit possessionẽ, vtque iustiùs adprehensa intelligatur possessio per eum cui tradita res fuit. Nam æquè iustè adprehendit possessionem conductor qui eam occupat propria autoritate, atque is qui per traditionem factam à locatore. Siquidem obligatus non est locator vt tradat, sed tantùm vt conductorem frui patiatur: quod ipsum vtroque modo præstat similiter, ex quo demùm tempore cœpit conductor re frui, non antea. Qua ratione dicendum etiam est, si posterior conductor cœperit prior re frui, licèt non sit ea tradita res à locatore, adhuc tamen præferri eum debere, adeóque tametsi eam rem locator postmodùm tradat priori conductori, inscio aut inuito posteriore, quia vt posterior omnimodo tuendus sit, sufficit in eius prioris gratiam secutum fuisse contractus implementum, siue per traditionem id factum sit, siue per nudam præstationem patientiæ, quoniam hoc casu ipsa etiam nuda patientia pro traditione est.

ANTONII FABRI IC.

Decas Vigesimaquinta.

ERROR PRIMVS.

De prorogando per supremum Principem tempore, intra quod ex conuentione retrouendi res debuit.

SVMMARIA.

1 *Quæst. an si quid venditum sit subiecta lege de eo intra certum tempus retrouendendo possit rescripto Principis prorogatio temporis fieri, vt etiam post constitutum tempus redimere volens venditor audiatur.*

1 *Cagnoli sententia affirmans.*
3 *Autoris de Cagnolo iudicium.*
4 *L. quoties 2. de precib. Imp. offer. ad rescripta moratoria non pertinere, vt voluit Cagnolus.*
5 *Temporis prorogation. vel modic. venditori indulta, grande emptori praiudicium adfert contra Cagnolum.*
6 *Quàm diuersa sit ratio rescriptorum per qua constituti ad redimendum temporis prorogatio inducitur, & eorum qua debitoribus conceduntur ad differendam solutionis exactionem.*
7 *Cum tempus ad redimendum constitutum venditor labi patitur, non tam finita tempore obligatio emptoris quàm ex conuentione vnquam nata fuisse intelligitur.*
8 *Fieri non potest vt huiusmodi obligatio rescripto Principis prorogetur, & num. 8.*
9. *Conditionalis stipulatio sive promissio, nihil est ante impletam conditionem, imò nec ipsa conditio quicquam est.*
10 *Pacto de retrouendendo ita concepto, si venditor intra biennium venditionis pretium emptori restituet, adiectio certi temporis non pertinet ad substantiam obligationis, sed ad formam intrinsecam conditionis.*
11 *Conditionum omnium ea est natura indiuidua, & in forma specifica impleri debent: ideóque per prorogationem immutato tempore, mutatur quoque conditio.*
12 *Potest Princeps inducere obligationes, non tamen potest efficere vt ex contractu obligetur is qui non contraxit, aut sub alia conditione quam sub qua obligare se voluit, obligetur qui contraxit.*
13 *Per huiusmodi prorogationem temporis emptori iniuriam fieri, & num. 27.*
14 *Refertur distinctio quam adhibent vulgares interpretes in quaestione, an Princeps ius alteri quaesitum auferre possit.*
15 *Reiectio distinctionis.*
16 *Facilius admitti potest Principem dominium alij quaesitum auferre posse, quàm vt queat eum qui non est obligatus obligare, aut sub alia conditione, quàm sub qua contraxit.*
17 *Error Cagnoli.*
18 *Pactum de retrouendendo non obstat quominus dominium rei venditæ pleno iure & irreuocabiliter emptori quaesitum sit.*
19 *Ex pacto de retrouendendo nihil nisi personalis obligatio eáque conditionalis nascitur.*
20 *Cagnolus vere statuit non posse fieri prorogationem eo casu quo tempus conuentionale iam totum praeterierit.*
21 *Non potest dici prorogatio, cum vnus statuit terminum, alius vero prorogat, sed cum idem statuit & prorogat.*
22 *Prorogatio nulla fieri potest nisi cum eadem solennitate.*
23 *Quale sit illud vulgo iactatum, Tempus prorogatum dummodo ante finem prioris, idem est cum priore.*
24 *Obiectio ex lapsu temporis intra quod venditor redimere potuit, nec redemit: ius acquiri emptori quo nondum quaesito Principem, qui ius quarendum facilius quam quaesitum tollere potest, posse tempus redimendi prorogare.*
25 *Solutio, nihil acquiri iuris emptori ex eo temporis lapsu.*
26 *Venditorem qui tempus labi patitur, & occasionem acquirendi omittit, non fieri pauperiorem.*
27 *Rescripto Principis tempus redimendi non posse prorogari probari euidentissime ex l. à te. 7. C. de pact. int. empt. & vendit.*

NOn fuit haec quaestio à prudentibus tractata, quorum nulli venire in mentem vnquam potuillet; vt de ea te dubitaret quae tam certo & explorato iure niteretur. Sed pragmaticorum & imperitiorũ interpretũ, siue audacia siue imprudentia, non solum dubitationem nouã, & ad haec vsque nostra tempora fere inaudita inuexit, verum etiam errorem perniciosissimum iam à nobis, si facere poterimus, profligandum Primus, quod sciam Hieron. Cagnolus ad *l. 2. C. de pact. int. empt. & vend. quaest.* 34. quaestionem proposuit, an si quid † venditum sit subiecta lege de eo 1
intra certum tempus retrouendendo, possit rescripto Principis prorogatio temporis fieri, vt etiam post constitutum tempus redimere volens venditor audiatur. Proponendae autem quaestioni causam vel potius occasionem preculdubio dedit error pragmaticorum, qui iam tũ inualuerat apud Pedemontanos, eodẽ Cagnolo teste, vt eiusmodi rescripta passim impetrarentur, & quod magis mirandum est, à suprema Pedemontanorum Curia admitterentur. Neque verò Cagnolus † dubitat quin 2
admitti debeant, quali nec à iuris aut aequitatis ratione aliena, si modò, inquit ante lapsa redimendi tempora impetrentur, nec nisi ad modicum tempus, quod ille definit esse duorum, trium ve mentiũ, aut ad summum semestre, si qua fortè prorogationis indulgendae causa iustior interueniat ob repentinam & grandem calamitatẽ, quae contigerit venditori. Tota autem Cagnoli ratio illa est, quod ea prorogatio pro tam modico tempore modici sit praeiudicij. In eó, que dilationum genere quae ius partis aut nihil, aut parum laedunt, liberum sit arbitrium Principis supremi, an concedere velit, vel denegare ex *l. quoties 2. C. de precib. Imp. offer.* quam ille vnam adducit, vt iam improbabilem nouamq; sententiam tueatur. Fuit ille vir † minimè malus, nec eorum sane rudis & imperitus, 3
quae vulgares interpretes sciunt omnes, sed tamen in iuris principiis non satis feliciter eruditus, quomodo esse decebat eum qui iuris docendi artem profiteretur. Quod ait † de *l quoties*, id primum ridiculũ est, & ab eius loci 4
sententia prorsus discrepans, vt ex sequentibus apparebit. Nõ enim ad rescripta moratoria, quas vulgò *respirationis* literas pragmatici nostri appellant, ea lex pertinet, quod vulgò creditum est, sed ad remouendas exceptiones dilatorias, quae negotij principalis differendi duntaxat, non etiam petimendi vim habent. In quo sanè vel nullum vel non nisi permodicum praeiudicium est eius contra quem tale rescriptum impetratur. Sed illud multò magis ridiculum est, quod idem † Cag- 5
nolus contendit, nullius similiter aut perexigui saltem esse praeiudicij emptori qui rem emerat sub pacto de retrouendendo intra certum tempus si eius temporis prorogatio modica venditori indulgeatur. Nam quod dici solet non magnum esse damnũ in mora modici temporis. *l. si debitori* 21. *D. de iudic. l. quod dicimus* 105. *D. de solut.* ad hunc casum non pertinet, in quo agitur de tollendo iure emptori, quaesito, non ex mora venditoris, sed ex propria conuentione, cuius fructu & emolumento priuari eum inuitum rescripto Principis non oportet: ne iniuriae occasio inde proficiscatur, vnde iura nascuntur. Cur enim redimendi facultatem illam pacto concessam, certo tempore coarctatam voluerunt contrahentes, nisi vt appareret post id tempus elapsum, reliquam venditori nullam fore? Ea siquidem adiectionis diei vis & potestas est, vt quod intra certam diem fieri debuit, post diem fieri nullomodo possit, repugnante scilicet lege conuentionis, cui omnimodo standum est cùm ab initio fuit iusta, idque non solùm ea ratione, quòd ad tempus concessa post tempus à contrario sensu prohibita censeatur, sed ex natura & praecipua potestate temporis limitati, vt loquitur Andreas Tiraq. *De retract. conuent. §. 1. Gloss. 2. à tel temps. numero* 49. post Baldum in *leg. obseruare. §. proficisci. D. de Officio.*

Proconſ. per l. ſicut in fi. C. de præſcr. 30. vel 40. annor. l. ſi vnus 27. §. 1. D. de pact. l. ex facto 43. §. ité quæro D. de vulg. & pupill. ſubſtit. Ex quo inferunt illi hanc eandem adiectæ diei vim eſſe, tùm etiam cùm argumentum à contrario ſenſu procedere non poſſet, vt puta, inquiunt, in ſtatuto facto ad correctionem iuris communis. Adeò vt nec fauor libertatis contrariam ſententiam poſſit inducere, licèt nemo ignoret multa in fauorem libertatis contra iuris rationem vel conſtituta eſſe, vel recepta. Nam ſi ſeruo relicta ſit libertas ſub conditione rationum intra certum tempus reddendarum, & per ipſum ſteterit quominùs intra præſcripta tempora paruerit conditioni, nõ poteſt ad libertatem poſteà peruenire, tametſi rationes reddere ſit paratus *l. Tnais 41. §. inter certa tempora. D. de fideic. lib.* facit *l. quod autem 6. §. vxori. D. de donat. int. vir. & vxor.* Sic dicimus, ſententia per arbitrium dicta, ſi arbiter dari quid iuſſerit, nec tamen tempus præſtituerit, ineſſe quoddam modicum tempus intra quod ſatisfieri poſſit ad euitandam pœnam, niſi iam cœperit aduerſarij intereſſe, ſed intra certum tempus dari arbiter iuſſerit, nec datum erit, licèt poſteà offeratur, attamen ſemel commiſſam pœnam compromiſſi non euaneſcere, quoniam ſemper verum eſt intra id tempus datum non eſſe *l. quid tamen 2.* alias *l. ſi cùm dies. §. vlt. cum duabus ſeq. D. de recept. qui arbitr.* Quod vtique ita accipiendum eſt, etiamſi nihil intereſſit actoris, vt differat caſus hic quo dies certa adiecta eſt ab illo, quo nulla. Nam nec quæri ſolet an intereſſe ſtipulatoris cùm agitur ad pœnã *l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri. D. de verb. obligat.* Quantò minùs igitur erit permittendum venditori qui intra certum præſcriptúmque tempus redimere debuit, vt poſt id tempus redimat, cùm iam emptoris cœperit intereſſe? An non enim ipſius quàm maximè intereſt vt rem habeat ſine onere retrouendendi, vtq; à perſonali illa obligatione, quæ competit ex pacto de retrouendendo, in plenum liberetur? Arqui liberaretur vltimo ſtatuti temporis momento, ſi tempus illud prorogari nullomodo poſſet. Fit ergo manifeſte iniuria, ſi contra formam conuentionis inuitus in obligatione retineatur vel minimo temporis inſtanti. Nam cùm hoc caſu computanda ſint tempora de momento in momentum, vt & alias plerumque euenit, puta ſi tractetur de in integrum reſtitutione minorum. *l. 3. §. minorum. D. de minor.* tanta fit iniuria emptori per huiuſmodi prorogationem, quantumlibet modicum tempus ſit quod prorogatione continetur, quanta fieret ſi in longiſſimum diem prorogatio indulgeretur. Vtroque enim caſu idem euenit, vt à conuentionis lege inuito eo cuius maximè intereſt diſcedatur, & quod indignius eſt, emptori quæſitum ius ex contractus ſola Principis voluntate ignoranti eripiatur. Ex
6 quo apparet quàm longè diuerſa ratio † ſit huiuſmodi reſcriptorum, per quæ conſtituti ad redimendum temporis prorogatio inducatur, & eorum quæ miſeris debitoribus concedi ſolent ad differendam ſolutionis duntaxat exactionem, quas literas moratorias pragmatici appellant, noſtri *lettres de reſpit*, vulgò dicunt. His enim, non hoc agitur vt de creditoris iure quicquam detrahatur, ſed tantùm vt debitori qui tam cito ſoluere nequeat longior dubitatio detur ad conquerendã & explicandam pecuniã, quæ res debitori percómoda, creditori verò non ita damnoſa eſt, præſertim cùm eius temporis quo impeditur exactio, vſuræ præſtandæ ſint vt creditor omnimodo indemnis ſeruetur. Et ratio eſt quoniam hoc caſu tẽpus non limitandæ & finiendæ obligationis, ſed ſolutionis tantùm differendæ cauſa adiectum proponitur, Quod cùm ſit non poteſt lapſus die inducere liberationem & facere quominùs poſt diẽ peti poſſit quòd debitũ fuit in diem, quin potiùs vt tantò magis debeatur quod iam ante ſolui debuit, necdum ſolutum eſt ex traditione Bart. ad *l. eum qui ita 56. §. qui ita ſtipulatur. 1. De verb. oblig.* per *l. ſi mandato Titij 59. §. Paulus reſpondit die adiecto. D. mand.* Alioqui mora & fruſtratio debitor ei prodeſſet ad inducendam liberationem, quod abſurdiſſimum ſanè eſſet. Eoque pertinet quod pro iſtis memoratoriis literis tuendis vulgò iactari ſolet, non aufferri id quod differtur, vt Rebuff. refert in tractatu illo. *De lit. dilatoriis*, an in propoſito ſi venditori poſt elapſa redimendi tempora ius petendæ redemptionis ex reſcripto ſupereſſet, non tam ius emptoris differretur, quàm ei auferretur, ius ſcilicet liberationis, quàm ſolus temporis lapſus inducit. Nam ſi quis obiiciat, quod quidam nobis aliquando obiiciebat tempus non eſſe modum tollendæ obligationis, vt nec inducendæ ex *l. obligationum ferè 44. §. placet. D. de oblig. & act.* Reſpondendum eſt quod pragmatici noñ animaduertunt, non tam † tem- 7
pore quàm ex conuentione finiri obligationem quæ non niſi ad tempus contracta fuerat, & rurſum obligationem hanc de qua tractamus conditionalem eſſe, non putam, conditionem verò ſic conceptam eſſe, vt ſolo temporis lapſu deficere eam ſit neceſſe, quia tempus in conditione poſitum eſt non aliam ob cauſam, quam vti ne poſt tempus impleri aut exiſtere conditio poſſit. Cùm enim venditio facta eſt ſub pacto de retrouendendo, conſtat dominium rei venditæ acquiſitum eſſe emptori, & quidem non ſolùm pleno iure, ſed etiam irreuocabiliter, vt à nobis diſputatum & probatum eſt *Decad. 22. Err. 7.* Nec ad aliud prodeſſe pactum venditori, quàm vt obligatum habeat emptorem ad retrouendendum, obligatum inquam, ſub ea conditione ſi venditor redimere volet, pretiúmque à ſe acceptum reddere cum effectu intra id tempus, quod petendæ magis quàm faciendæ retrouenditioni præſtitutum fuit. Porrò conditionalium ſtipulationum omnium ea natura eſt vt quamuis ex præſenti tempore vires accipiant quod ad inducendum illud vinculum ex quo fit ne ſit in poteſtate promiſſoris vt quandoque exiſtente conditione non teneatur, *l. qui balneum 9. D qui potior. in pignor. hab. l. filiusfamilias 76. De verb. oblig.* item quod ad ius tranſmiſſionis. *l. is cui 42. D. de oblig. & act. §. ex ex conditionali. Inſtit. de verb. obligat.* nulla tamen ex iis naſcatur obligatio ante conditionis euentum, cuius ſcilicet proprium eſt vt ſuſpendat & impediat natiuitatem obligationis, nec minùs in ſtipulationibus & contractibus, quàm in legatis, vt ſcripſimus *lib. 15. Coniect. cap. 6. & 7. ex l. cedere diem 213. De verb. ſignif.* aliiſque innumeris iuris locis. Proinde ſi patiatur venditor labi tempora intra quæ conditionem implere debuit id eſt pretium reddere, aut ſaltem offerre ad extorquendam retrouenditionem, non tam finitur tempore obligatio, quàm nata nunquam fuiſſe intelligitur, quia ſicuti exiſtens quandocumque conditio ſtipulationis facit vt ſtipulatio ab initio purà fuiſſe exiſtimetur, ita deficiens efficit vt nulla vnquam ſtipulatio impoſita, nullus contractus initus eſſe videatur. Et conſequenter fatendum eſt fieri † nullomodo poſſe vt huiuſmodi obligatio re- 8
ſcripto Principis prorogetur, non magis quàm ſi nulla omnino eſſet. Quod tamen caſu nemo diceret, prorogari poſſe id quod non eſſet, quia exiſtere quid neceſſe eſt vt ſit prorogabile, cùm non entis nullæ ſint qualitates. Et ſanè ſi propiùs & ſubtiliùs intueare, prorogatio hæc quã pragmatici Pedemontani induxerunt (neque dum enim apud noſtros error hic inualuit, neque vt ſperare me Senatus noſtri æquitas & autoritas iubet, vnquã inualeſcet) non tam obligationẽ ipſam reſpicit quam obligationis conditionem. In quo illi etiam errant qui alioquin non malè obſeruant aliud eſſe vt iam diximus, ſi ad finiendã & limitandã obligationem, aliud ſi ad differendã duntaxat ſolutionẽ dies adiiciatur. Et illi magis qui quæſtionẽ hanc in eo verſari putant, verum Principi liceat obligationem certo tempore limitatã in longius tempus extẽdere, verſatur namque in eo potiùs, An obligationem quæ nec vlla eſt, nec vlla vnquam fuiſſe intelligetur, poſſit Princeps inducere inſcio adeóque inuito eo qui eſt obligãdus, Ex quo apparet quàm ſit ſtulta & ridicula.

Quis

Quis enim eam Principi potestatem tribuat vt ex nihilo aliquid faciat, vt ei quod non est, qualitatem tribuat, denique vt obligationem inducat ex contractu sine contractu, imò aduersus formam legemque contractus? Hæc verò tot absurda omnia ex Cagnoli errore consequentia fieri probo ex eo quod non solum conditionalis † stipulatio aut promissio siue per stipulationem, siue per pactum inita, nihil est ante impletam conditionem, sed & conditio ipsa nihil esse dici potest, neque quandiu pendet, neque posteaquam extitit aut defecit. Nam quandiu pendet, quid aliud conditio est quam priuatio, vt ita dicam obligationis, id est efficientiæ ne obligatio vlla sit; quæ alioquin & aliqua esset & pura? Priuatio autem quid aliud est quàm nihil (Posteà verò quàm extitit conditio, actus habetur pro puto, nec vlla vnquam conditione tulpensus intelligitur, *l. potior.* 11. *D. qui potior. in pignor. hab.* sicut ex contrario si conditio defecerit, actus habetur pro non actu, factum pro infecto. Atqui conditionis intellectus nullus est nisi quatenus vel pendet, vel extitit, vel defecit. Omni ergo casu conditio nihil est. Ergo non prorogabilis, quia, vt iam dixi quod non est, prorogabile esse, aut alio modo qualiter se habere non potest. Sed & obseruandum est, ita concepta stipulatione aut pacto † de
10 retrouendendo, quomodo concipi soles, si venditor intra biennium venditionis pretium emptori restituet, adiectionem certi temporis non pertinere ad substantiam obligationis sed ad formam intrinsecam & substantialem conditionis, si qua eius rei quæ nihil nisi priuatio est, substantia intelligi potest. Etsi enim differt certa dies à conditione, si obligatio in diem certa inita proponatur, nihil tamen prohibet conditioni certam diem inseri, quæ conditionis partem constituat, ciúsque vim & naturam sequatur. Cùm autem certissimi iuris sit conditionum † omnium eam naturam
11 esse vt sint individuæ, *l. cui fundus* 56. *De condit. & demonstr.* vtque in forma specifica impleri debeant, quomodo nostri loquuntur ex *l. qui heredi* 44. *& l. Maeuius* 55 *eod.* Dico fieri non posse vt tempus illud immutetur, quomodo admissa prorogatione immutari necesse est, quin alia conditio sit, ne numero tantùm, sed etiam specie differens ab illa quam conuentioni insertam contrahentes voluerunt. Alia namque conditio hæc est, si intra biennium venditor redimere & pretium restituere volet, alia hæc, si intra triennium, quemadmodum aliud biennij tempus est, aliud triennij, nec in biennio triennium continetur. Atqui nemo dixerit obligationum cõditiones quæ contrahentibus semel placuerint ab aliis quàm ab iis ipsis immutari posse, nec potest quicquã excogitari, fingive absurdius quã vt iis non solùm ignorãtibus, sed etiã inuitis ea res arbitrio & potestati Principis permissa existimetur. Nã si is qui non nisi sub cõditione obligatum se voluit, nullomodo creditur esse obligatus quandiu cõditio pendet, nisi hactenus vt facere nõ possit ne quandocũque existente cõditione obligatus reperiatur, quantò minùs ferendũ est vt ab alio, & sub alia con-
12 ditione obligetur? Fateor posse Principẽ † supremũ qui legis condendæ potestatẽ habeat, inducere obligationes, & efficere vt certis de causis obligemur, ex quibus alioqui non obligaremur. Sed nego posse eũ facere vt ex cõtractu obligetur is qui non cõtraxit, aut vt contra formã conuentionis obligetur quis ex contractu aut pacto cõditionali sub alia conditione quàm sub qua obligare se voluit. Perinde enim est acsi quis diceret in Principis esse potestate, facere vt qui promisit Sempronio centum sub ea conditione, Si nauis ex Asia venerit, obligetur sub illa, Si Titius Cõsul factus erit. Quod vtique non minùs difficile videri debeat, quàm vt ex stipulatu obligatus intelligatur is, qui nihil omnino promisit. Verum enim est nihil omnino promissum esse sub ea conditione. Si Titius Consul factus erit licèt promissũ sit sub illa, Si nauis
13 ex Asia venerit. Similiter igitur dicendum est nimis † magnam fieri iniuriam ei qui promisit se retrouenditurum sub ea conditione, *si intra biennium venditor redimere, pretiúmque restituere volet*, si rescripto Principis conditio immutetur, & pro biennij tempore de quo conuenit, triennium subrogetur, de quo nihil fuit cogitatum. Neque sanè hoc facilius est, quàm vt rescripto Principis obligetur emptor ad retrouendendum intra certa tempora, qui emerat nulla pactione subiecta. De retrouendendo: quod tamen qui ex pragmaticis dixerit, nemo huculque tam stolidus fuit. Vtroque enim casu perinde absurdum illud inducitur vt ex contractu obligetur emptor aliter quàm ipse contraxerit, & con-
14 trà quàm obligari voluerit contrahendo. Scio placere interpretibus vulgaribus, in quæstione † illa de qua seorsum nobis tractandum erit, an Princeps ius alteri quæsitum auferre possit, distinguendum esse, vtrum ius illud quæsitum sit ex iure naturali aut gentium, an ex ciuili duntaxat, vt quod ex iure naturali aut gentium fuit acquisitum, vt puta ex contractu auferre non possit, nisi de plenitudine potestatis, & ita demùm si publica vtilitas ita fieri suadeat, hoc etiam addendo, vt indemnis omnimodo seruetur à Principe is cuius iuri derogatur. Quod verò ex iure ciuili acquisitum est, puta per vsucapionem, per sententiam aliúsve actus similes & ciuiles auferre pro arbitrio Princeps possit, tanquam qui supra ius ciuile sit constitutus. Sic enim nostri tra-
15 ctant ad *l. vltim. Codice si contra ius vel vtilit. public.* Sed † præter id quod recentioribus & politioribus interpretibus longè aliter visum est, ex quibus nonnulli non infacetè plenitudinem illam potestatis plenitudinem tempestatis dixerunt, nullam in bono Principe potestatis ordinariæ aut potiùs ordinatæ & absolutæ differentiam agnoscentes, inter quos Did. Couartu. *lib. 3. var. resolut. cap. 6. numero* 8. & Arius Pinell. ad *lege secunda Codice de rescind. vend.* Multùm in-
16 terest an quis dicat, permittendum esse Principi † vt dominium alij quæsitum pro arbitrio auferat, an verò hoc etiam Principis potestati tribuamus, vt eum qui non est obligatus, obliget tanquam ex contractu, cùm nullus contractus interpositus est, aut cùm alia contractus lex aut conditio fuit quàm sub qua Princeps obligari vult eum, qui contraxit. Prius admitti facilius potest, eo prætextu quòd omnia quæ sunt in Principis territorio, ipsius Principis esse existimantur. De quibus ideò posse eum pro libito disponere, si minùs æquum, certè possibile est. Tametsi Seneca verbum illud vulgare *Omnia sunt Cæsaris*, ita interpretatus sit, vt omnia sint Cæsaris imperio non dominio. At posterius admitti nullomodo potest, quoniam obligatio ex contractu nulla est, cùm aut nullomodo aut aliter saltem contractum fuit, quàm sub qua conditione obligationem constituere princeps velit. Siquidem prius est vt obligatio aliqua sit, quàm vt Principi licere possit de ea pro arbitrio disponere, sicut nec in Principis potestate est vt vel dominium rei alicuius auferat ei, qui non habet, vel eius rei quæ in rerum natura non sit dominium, alicui tribuat. Isque præcipuus certè Cagnoli † error fuit, quòd existimauit, Principe proro-
17 gante tempus conditionis, sub qua emptor obligatus est ad retrouendendum, nullum aliud emptori præiudicium fieri, nisi quòd irreuocabilis acquisitio dominij quam ex lapsu temporis conuentionalis emptor sperare poterat, in longius tempus differatur: quasi res quæ venditate est sub pacto de retrouendendo non priùs emptori pleno iure & irreuocabiliter acquisita videri debeat, quàm tempus illud præterierit intra quod retrouenditio peti possit. Vnde illud est, quod nec aliter huiusmodi prorogationem ex rescripto Principis admittendam esse vult, quàm si tempus conuentionale nondum elapsum sit, ne graue nimis damnum infligatur emptori, cui ex iusto contractu iam irreuocabiliter fuerit res acquisita. At nos in superioribus do-

Digitized by Google

cuimus,quod veriſſimum eſt,pactum de retrouendendo,
licet in ipſa vẽditione interpoſitũ,nihil habere commu-
18 ne cum acquiſitione dominij, nec obſtare † quominus
dominiũ rei venditæ perinde pleno iure ac irreuocabili-
ter emptori quæſitum videri debeat,acſi pactum nullum
19 interceſſiſſet. Deniq; ex pacto † de retrouendendo nihil
niſi perſonalem obligationem naſci, & quidem condi-
tionalem *Si venditor intra definitum tempus rem redime-
re preciumque reſtituere volet*, & conſequenter nullam,ſi
conditio illa numquã impleatur, venditore intra conſti-
tutum tempus precium non offerente, tametſi vel pri-
mo, ſi voles poſt vltimam diem momento offerre paratus
ſit. Quod cum ita ſit etiam ex ipſius Cagnoli confeſſio-
ne ſit conſequens, non eſſe permittendum vt dominium
quod irreuocabiliter emptori acquiſitum fuit,inuito
ei per reſcriptum Principis auferatur : Illud vero multò
minus, de quo Cagnolus non cogitauit, vt obligationis
conditio immutetur, & qui non niſi ſub hac conditio-
ne obligari voluit, *Si venditor intra biennium redimere
rem volet*, obligetur ſub illa *ſi intra triennium*. Et verò
ſi Cagnolus † fatetur, quod & veriſſimum eſt, non poſ-
20 ſe fieri prorogationem eo caſu quo tempus conuentio-
nale iam totum præterierit, quòd eo caſu nihil ſuperſi-
quod prorogari poſſit,licèt vel minimum temporis mo-
mentum ſupereſſe ſufficiat, vt poſt alios tradit Andr.
Tiraq.*De retract.conuent.* §.1.*gloſſ.* 7.in verbo *ſerent pro-
ferre*, *num.*24.& 41.ex *l.ſed ſi manentes* 5.*D.de precar.
l.cum ſponſus* 12. §.*vltim. D.de publician. in rem act.cap.
conſuluit Extr.de offic. deleg.* Æquè fatendum eſt non †
21 poſſe dici prorogationem, cum vnus ſtatuit terminum,
& alius prorogat, ſed cùm idem ſtatuit & prorogat, in-
quit Baldus ad *l.ſi à te. C.7 de pact. int.emp. & vendit.*
Eius namque eſt prorogare qui primus conſtituit, non
alterius, alioqui reformatio & deſtructio contractus di-
cenda eſt, non prorogatio vt idem Bald. loquitur ad *l.
generaliter. C.de epiſc.& cleric.* Nam & interpretes om-
nes fatentur prorogationem nullam † fieri poſſe niſi cum
22 eadem ſolennitate, vt ſupradicto loco tractat Tiraq. *nu.*
36. nec niſi prorogantibus eam, ſi qua facta ſit, nocere
ex *l.ſi cum Hermes 7.C. de locat.l. item quæritur* 13.§.*qui
impleto.D.eod.*Idem Tiraq. ibid.*num.*32. Quomodo igi-
tur fieri poteſt vt tempus ab emptore conſtitutũ,à Prin-
cipe prorogetur? Aut vt ea prorogatio ſolius Principis
imperio facta noceat emptori, non ſolum ignoranti, ſed
etiam inuito ? Accedit quod licet dici ſoleat tempus †
23 prorogatum dummodo ante finem prioris, idem tempus
eſſe cum priore,id tamen non vere & proprie dicitur,ſed
improprie abuſiue & fictè,vt ex Cyni,Bartoli,& aliorum
ſententia concludit Tiraq. *dict.glo.7.num.*30.vbi ex hoc
infert ſtatutum quod loquitur de tempore ad redimen-
dum conceſſo in ipſo contractu aut die ſequenti, debe-
re intelligi haud dubie de primo illo tempore conceſſo
eo die aut ſequenti, non de prorogato, quia in ſtatutis
verba omnia propriè, non abuſiue & fictè ſunt accipien-
da. Quis ergo patiatur conuentionem de iure redimen-
di intra certum tempus, eam recipere interpretationem,
vt perinde locum habeat in tempore, non à contrahen-
tibus, ſed ab ipſo Principe prorogato,ſi tamen ea proro-
24 gatio dicenda eſt, vt iam diximus. Dicat aliquis,† nega-
ri non poſſe, quin ex lapſu temporis intra quod vendi-
tor redimere potuit nec redemit, ius aliquod acquiratur
emptori, ius,inquam ſi non dominij,ſaltem liberationis,
cum eo tempore elapſo futurum ſit, vt nullomodo ſit
obligatus, qui in eum vſque diem obligatus fuit ſaltem
ſub conditione, ideóque minus eſſe mirandum, quod
ante ius emptori quæſitum : Princeps proroget tempus
redimendi. Id enim eſt, quod Cagnolus cæterique non
ſubtiliores pragmatici tractant, facilius reſcripto Princi-
pis tolli poſſe ius quærendum quam quæſitum.Sed reſ-
25 pondendum eſt,imò † verò ſi bene & ſubtiliter intuearis,
nihil prorſus iuris acquiri emptori ex eo temporis lap-
ſu,nec quidem liberationem:quia liberatio in neceſſarium
antecedens ſupponit obligationem : obligatio autem,
vt iam monuimus, nulla eſt eius qui nihil promiſit niſi
ſub conditione quæ poſteà deficiat. Siquidem non ſic
loquimur, vt dicamus ex defectu conditionis extingui
obligationem (quomodo enim extingui poſſet obliga-
tio, quæ nunquam fuiſſet nata? ſed euaneſcere ſtipula-
tionem conditionalem,quæ in eo fuerat vt obligationem
producere potuiſſet ſi conditio extitiſſet.Separamus ſti-
pulationem ab obligatione tanquam cauſam ab effectu.
Stipulatio conditionalis vera ſtipulatio eſt, obligatio
conditionalis nulla obligatio eſt. Conditio impedit na-
tiuitatem obligationis quandiu pendet, non impedit
vires ſtipulationis, quominus valeat, ex quo die inter-
poſita eſt: ſed ſi poſtea deficiat,facit vt euaneſcat ſtipu-
latio, id eſt, vt perinde habeatur acſi nulla vnquam in-
terpoſita fuiſſet, quo tamen caſu, id eſt nulla promiſſio-
ne facta, ſiue per ſtipulationem, ſiue per pactum in ipſa
venditione adhibitum(nihil enim hac parte refert) non
poſſet dici vllam extitiſſe vnquam obligationem, à qua
emptor per lapſum temporis videri deberet liberatus.
Amplius dico,non ſolùm nihil iuris acquiti emptori,qui
intra certum tempus retrouendere ſub conditione pro-
miſerat ſi venditor id tempus labi paſſus ſit, nec ob id
fieri emptorem, locuplenorem, ſed neque pauperiorem
† fieri venditorem,quamuis omittat occaſionem acqui- 26
tendi, *l.quod autem. 6.in princip. & verſ.unde ſi quis.D.
quæ in fraud. credit.* Nam cùm is rem ſuam vendendo
licet ſubiecto pacto, aut ſtipulatione de retrouendendo,
dominium rei ſuæ alienauerit in ſolidum & irreuocabi-
liter, vt ſuo loco probauimus, nec aliud ius ex pacto aut
ſtipulatione de retrouendendo nanciſcatur, niſi vt im-
pleta quandocumq. conditione poſſit habere ex pacto
aut ex ſtipulatu actionem, apparet ex ſubſecuto defectu
conditionis nihil aliud euenire niſi vt deſinat habere
poſſe actionem, non quam aliquando iam habuerit, ſed
quam habiturus fuiſſet ſi conditionem in poteſtate ſua
poſitam vltrò impleuiſſet. Quod cum ita ſit, quid,obſe-
cro eſt, quod Princeps reſcripto prorogare poſſit ſi tam
ex parte venditoris, quam ex parte emptoris obligatio
illa conditionalis quæ ex ſtipulatione vel pacto de retro-
uendendo inducitur,nihil prorſus eſt ? At, inquies,tantò
minor igitur fit iniuria emptori per eiuſmodi prorogati-
onẽ.Imò inquã tãtò maior,† quantò plenior eſt acqui- 27
ſitio dominij in emptorẽ trãſlati per venditionẽ.Si enim
res empta, licet ſub pacto de retrouendendo vſque adeò
pleno iure emptori acquiſita intelligitur, & irreuocabi-
liter, vt ex lapſu temporis quod ad redimendum fuerat
conſtitutum,nihil præterea iuris ei acquiratur, niſi quod
deſinit poſſe obligari de ea re nunquam retrouendenda,
an non apertiſſima & maxima ei fiat iniuria, ſi ignoro-
rans adeóque inuitus in eum ſtatum deducatur, vt per-
inde poſſit adhuc obligari ſub conditione etiam poſt
defectam conditionem, acſi conditio nunquam defe-
ciſſet? Hunc.n. reſcripti principalis effectum eſſe neceſ-
ſe eſt. aut prorſus nullum. Ergo quod pragmatici fate-
tur abſurdum & iniquum fore, vt poſt lapſa redimendi
tempora prorogatio per Principis reſcriptum fiat, per-
inde abſurdum & iniquum videri debet, etiam prius
quam venditor tempore ſit excluſus à redimendi,condi-
tioniſque implendæ facultate: cum vtroque caſu par &
æquale ſit ius emptoris cui nihil lucri ex temporis lapſu
poſſit accedere. Quanquam eo etiam admiſſo vt nihil
emptoris intereſſet, quod falſiſſimum eſt, tamen ad pra-
gmaticorum errorem refellendum ſufficeret prior illa
ratio à nobis allata, quod in propoſita ſpecie nihil ſit
quod prorogari † queat, neque obligatio conditione- 28
lis quæ hoc ipſo quod conditionalis eſt, nulla eſt, ne-
que conditio, quia nihil eſt,nec denique tempus ipſum
in conuentione adiectum,quia non obligationis ius re-
ſpicit, ſed qualitatem conditionis, cumque conditionis
pars quædã ſit,non poteſt non eodem iure cenſeri quæ
cõditio ipſa quæ tãtum abeſt vt temporis adiectione fiat,

quod

quod ita dixerim, protogabilior, vt è contrario fiat tanto magis ſpecifica, & conſequenter magis indiuidua, minúſue commutabilis. Sed quid pluribus in hanc rem
19 verbis opus eſt; Textus † eſt pro ſententia noſtra aduerſus Cagnolum & pragmaticos manifeſtiſſimus in *d. l. ſi à te 7. Cod. de pact. int. empt. & vendit.* vbi hoc ipſum quod nos defendimus tam apertè diſertéque ſcriptum eſt, vt non potuerit apertiùs. Legis enim verba hæc ſunt, *ſi à te comparauit is cuius meminiſti, & conuenit vt ſi intra certum tempus ſoluta fuerit data quantitas, ſi res inempta, remitti hanc conuentionem reſcripto noſtro non iure petis.* Sed tamen quia de illius quoque loci ſententia & lectione à nonnullis dubitari video, dicendum eſt paullo latiùs, quid nobis videatur.

ERROR II.

De ſententia & lectione l. ſi à te 7. Cod. de pact. int. empt. & vendit.

SVMMARIA.

1 *Quis ſit ſenſus l. ſi à te 7. C. de pact. int. empt. & vend. ex vulgari interpretum ſententia.*
2 *In d. l. non tractari de pacto retrouendendi, contra interpretes.*
3 *Pactum de retrouendendo vt differat à pacto de reſtituendo rem venditam pretio venditori reſtituto: & à pacto vt reſtituto intra certum tempus pretio res fiat inempta.*
4 *Quod in d. l. ſi à te ſcriptum eſt de pacto per quod res vendita inempta fiat, in pacto de retrouendendo locum quoque habere.*
5 *Lex commiſſoria in venditionibus cur olim odioſa.*
6 *Lege commiſſoria odioſius videri debere pactum, de quo agitur in d. l. 7.*
7 *Bartoli & aliorum poſt Accurſium ad d. l. 7. interpretatio probata.*
8 *Lectio d. l. 7. à quibuſdam non rectè ſollicitata: & eorundem interpretatio reiecta.*
9 *Cur in ſpecie d. l. 7. neceſſaria obſignatio.*
10 *Error Tiraquelli conſentis etiam cum agitur ex pacto de retrouendendo neceſſariam eſſe obſignationem ad conſtituendum in mora emptorem, ſaltem ad lucrandos fructus.*
11 *Sententia l. 4. §. vlt. D. de lege commiſſor.*
12 *Ex d. l. 7. colligi tempus redimendi reſcripto Principis prorogari non poſſe.*
13 *Quis ſit ſenſus l. 2. C. de precib. imp. off. ex interpretum vulgari explicatione.*
14 *Prima conciliatio Accurſiana d. l. 2. cum d. l. 7. & eiuſdem reiectio, n. 15.*
16 *Secunda eáque Bartolo probata, & eius expoſitio. 17.*
18 *Quæ ſit Accurſio longioris temporis dilatio.*
19 *Tertia conciliatio Accurſiana omnium ineptiſſima.*
20 *Saliceti probata autori conciliatio.*
21 *Saliceti error.*
22 *Baldi omnium maximè appoſita conciliatio.*
23 *Errores duo Baldi notati.*
24 *Erronea Baldi ſententia de Principis poteſtate.*

SI *à te comparauit is, cuius meminiſti, & conuenit vt ſi intra certum tempus ſoluta fuerit data quantitas, ſi res inempta, remitti hanc conuentionem reſcripto noſtro non iure petis.* Inquiunt Imp. Dioclet. & Maximianus in *l. ſi à te 7. C. de pact. int. empt. & vendit.* Vulgò accipitur † hæc lex
1 de pacto redimendi, vt & *l. 2. eod. tit.* ſenſúmque hunc habere creditur, vt ſi is, qui rem ſuam vendidit, ſub pacto de ea intra biennium retrouendenda, petat reſcripto Principis prorogari ſibi facultatem redimendi, vt quæ non niſi in biennium conceſſa fuerat, in triennium
porrigatur, non ſit audiendus. Ego quod aiunt † vtro- 2
que loco tractari de pacto retrouendendi probare non poſſum. Aliud enim pactum eſt de retrouendendo, aliud pactum de reſtituendo rem venditam pretio viciſſim venditori reſtituto, de quo in *d. l. 2.* Aliud denique pactum illud de quo in hac *l. ſi à te*, vt ſi intra certum tempus reddita fuerit data quantitas, ſit res inempta; quemadmodum latiùs à nobis diſputatum eſt *Decade* 22. Pactum † de retrouendendo neque facit rem inem- 3
ptam ipſo iure, neque habile eſt ad transferendum dominium ab emptore in venditorem, niſi ſecuta non ſolùm retrouenditione, ſed etiam retrotraditione: Pactum de reſtituendo non facit equidem rem inemptam ipſo iure, ſed tamen habile eſt ad reddendum venditori dominium per ſolam retrotraditionem, nulla etiam intercedente retrouenditione. Pactum verò de quo in *d. l. ſi à te*, id eſt quo id agitur vt reſtituto intra certum tempus pretio res fiat inempta, cæteris omnibus maius eſt & potentius, facítque vt res vendita ſit inempta ipſo iure, ſi modo intra præſcriptum tempus pretium reſtituatur. Sic enim ferunt verba conuentionis ex quibus ſemper æſtimandum eſt quid actum ſit, & conſequenter quid ratio iuris ſuadeat, quotieſcumque voluntas contrahentium iuris autoritate adiuuatur. Sed tamen quod *d. l. ſi à te*, ſcriptum eſt † de pacto per quod res vendita 4
fiat inempta, id ego facilè concedam æquè probandum eſſe in pacto de retrouendendo, vt nihil de partium conuentione reſcripto Principis remitti poſſit. Eſt enim pactum de retrouendendo tantò fauorabilius, quantò longiùs diſtat à lege commiſſoria, † quam in vendi- 5
tionibus quoque iam olim odioſam fuiſſe conſtat *l. Æmilius* 41. *D. de minor.* Non alia ratione, quàm quod conſtituendo rem inemptam quæ re vera fuit empta, faciat vt venditio iuſta, perfecta, & inita bona fide, ſola ſui pacti poteſtate reſoluatur. Imò, vt docuimus ſuo loco, longè odioſius † videri debet pactum illud, 6
de quo in *d. l. ſi à te*, quàm ſit pactum commiſſorium, de quo in *l. commiſſoria. 4. eod. titul. & in tit. de leg. commiſſ.* D. Lex enim commiſſoria vulgaris in venditionibus, afficit venditionem, perfectam quidem, ſed nondum impletam. Habet namque conditionem illam, *Si venditionis precium intra certam diem ab emptore ſolutum non erit.* Certi autem iuris eſt non priùs omni ex parte impletum dici poſſe contractum emptionis & venditionis quàm venditor rem tradiderit, adeóque dominium tranſtulerit ſi dominus ex poſtfacto factus, emptor verò precium totum perſoluerit *l. ex empto* 11. *l. ſi quis alienam* 46. *D. de action. empt.* At in ſpecie *d. l. ſi à te*, tractatur de emptione, non ſolùm perfecta, quod fit nudo conſenſu, ſtatim atque de pretio conuenit, ſed etiam impleta per traditionem rei factam ex parte venditoris, preciíque ſolutionem ex parte emptoris. Porrò ſicut difficilius, ita multò odioſius eſt reſolui ipſo iure venditionem quæ iam impleta ſit quàm ſi nondum impleta eſſet. Et tamen vtrumque fit æquè facilè ſola pacti poteſtate in ipſa venditione adhibiti, quia cùm neque legibus, neque bonis moribus aduerſetur, eámque legem venditor in rei ſuæ traditione dictam voluerit, non aliter venditurus, haud dubiè pactum ſeruandum eſt. *l. vlt. C. eod. titul. De pact. int. empt. & vendit.* Quod autem verba † legis de huiuſmo- 7
di pacto non remittendo ſic Bartolus & cæteri interpretantur poſt Accurſium, vt qui ex pacto intra certum tempus pretij reſtitutionem offerre debuit, audiri non debeat, ſi petat à Principe vt ſaluam habeat in longius tempus redimendi facultatem, ego quàm maximè probo. Ita namque prima legis verba *ſi à te comparauit*, oſtendunt apertiſſimè reſcriptum fuiſſe ab Imperatoribus ad preces venditoris, cuius porrò intereſſet non vt pactum prorſus tolleretur, per quod res inem-

pta fieri deberet in caſum pretij reſtituti, quod in perpetuum potiùs ſaluum eſſe voluiſſet, ſed vt de rigore & aſperitate illius pacti, quo reſtituendi pretij facultas anguſtiori tempore coarctabatur, nonnihil relaxaretur. Quomodo autem niſi prorogata in longius tempus ea facultate? Quod à quibuſdam † clariſſimus, licet Iureconſultis, mihíque amiciſſimis, non obſeruatum, fecit vt exiſtimauerint corruptam eſſe loci huius lectionem in ſequentibus iis verbis, *non iure petis* legendúmque *petis* pro *petis*. Vt relato verbo illo ad emptorem non ad venditorem, ſenſus ſit, audiri emptorem non debere qui reſcripto Principis aſſequi velit vt venditori eripiatur commodum pacti quo conuenerat vti reddito intra certum tempus pretio fundus inemptus conſtitueretur. Quæ interpretatio non ſolùm ridiculos facit Imperatores, qui de tam certo nullámque prorſus, dubitandi cauſam admittente iure reſponderint, tanquam ad preces emptoris cùm ab ipſo venditore conſulerentur, ſed ex ipſius etiam legis poſteriore parte conuincitur, in qua ſic ſcriptum eſt, *Sed ſi ſe ſubtrahat, vt iure dominij eandem rem retineat, denuntiationis & obſignationis depoſitioniſque remedio contra fraudem potes iuri tuo conſulere.* Inde namque conijci poteſt, nihil in ea ſpecie periiſſe emptorem, qui ſe ſcilicet per fraudem ſubtrahebat, vt non exiſtente cui pretium reddi poſſet intra tempus conſtitutum pacti vis eluderetur, atque ita dominij iure rem retineret. Ob eámque nimirum cauſam anxius venditor, & veritus ne tempus illud intra quod præcisè parendum erat conditioni vt fundus inemptus fieret, per emptoris colliditatem interim elaberetur, poſtulabat ab Imperatoribus prorogari ſibi tempus conditionis, eo potiſſimum, vt credibile eſt, colore iuſtam eſſe petitionem ſuam exiſtimans, quod æquum non eſſet prætextu pacti illius præciſi damnum ſe ſentire ex fraude & calliditate emptoris. Sed neque hoc caſu putarunt Imperatores fieri reſcripto poſſe, vt de pacti iure & conditione quicquam remittatur: Tantum abfuit vt aliud reſcripturi fuerint nullo emptoris dolo intercedente. An quod prætextu pacti fauere voluerint dolo emptoris; Minimè, ſed quoniam alio remedio conſuli venditori poteſt aduerſus eam emptoris fraudem & calliditatem: Facta ſcilicet denunciatione & obſignatione quæ ſolutionis vim habeat, vt etiam abſente aut cunctante emptore conditioni ſatisfactum eſſe videatur, perinde acſi ſolutio intra præſtitutum tempus facta fuiſſet. Neceſſaria eſt autem
9 hoc caſu † obſignatio, non ad implendam conditionem (quam in rem ſufficere per aduerſarium ſtetiſſe ne eſſet impleta, quod fieri poſſet per nudam obligationem ſine obſignatione) ſed ad inducendam liberationem, quia fieri nequit vt fundus inemptus dici poſſit quandiu pretium ex cauſa emptionis remanet penes venditorem, quemadmodum docuimus *Decade* 22. niſi conuenerit vt & fundus inemptus fiat, & ſolutam pretij partem emptor amittat *lege* 4. *de leg. commiſſ.* In quo
10 errarunt † plerique exiſtimantes, etiam cùm agitur ex pacto de retrouendendo neceſſariam eſſe obſignationem ex parte venditoris ad conſtituendum in mora emptorem, ſaltem ad lucrandos fructus, quam ſententiam ſequitur Andr. Tiraq. *De retract. conuent.* §. 4. *gloſſ.* 6. *num.* 4. motus præcipuè vt & cæteri qui eiuſdem ſunt opinionis ex *d. l. ſi à te*: Errarunt etiam illi ipſi qui ſolâ oblationem ſufficere ſcripſerunt, non habentes quid reſpondeant ad *d. l. ſi à te*. niſi quod ex abundanti facta ſit ab Imperatoribus mentio depoſitionis & obſignationis, cùm oblationem factam eſſe ſatis eſſet. Quamquam dici etiam illud poteſt, neceſſariam eſſe obſignationem quoties oblatio neceſſaria eſt, nec apparet perſona cui offerri poſſit, vt ſit obſignatio non ſolùm vice ſolutionis, ſed etiam oblationis loco, quòd alioqui non poſſit apparere an offerre potuerit aut voluerit is, qui omnimodo offerre debuit vt ſe conuentionis poteſtate liberaret, quando quidem nemini obtulit. Eiúſque rei argumentum non obſcurum præbet quod ſcriptum eſt in *l. vlt. D. de leg. commiſſ.* iis verbis. *die ſtatuto emptor teſtatus eſt ſe pecuniam omnem reliquam paratam fuiſſe ex ſoluere, & ſacculum cum pecunia ſignatorum ſigno obſignauit, defuiſſe autem venditricem.* Ex quo loco interpretandum † ſanè eſt, quod in *d. l. 4. §. vlt. eod. tit.* Vlpianus ſcripſit, ſecurum eſſe emptorem qui non offert, ſi non habeat cui offerat, vt ita demum ſit ſecurus ſi appareat per eum non ſtetiſſe quominus obtulerit, ſed per venditorem duntaxat: quod ipſum tamen vix eſt vt apparere poſſit niſi præcedente denuntiatione aut teſtatione & obſignatione. Cur enim ob id ſolum videri debeat emptor impleuiſſe conditionem quòd non habuerit cui offerret, ſi nec habuit quid offerret? Prius ſi quidem eſt vt in promptu ſit quod dandum eſt quàm vtrum accipiendo mora aliqua commiſſa eſſe intelligatur: Præſertim cùm ad impediendam poteſtatem legis commiſſoriæ non ſufficiat emptorem non eſſe in mora ſoluendi pretij, ſed illud præterea neceſſe ſit venditorem conſtituat in mora accipiendi, vt in eodem §. *vlt.* idem Vlp. ex Marcello ſcribit. Sed hoc obiter dictum ſit, ne quid ignoretur eorum quæ pertinent ad *d. l. ſi à te* cuius prior pars ſi ad venditorem vt & poſterior dirigenda eſt, non ad emptorem, quod ita eſſe probauimus, quid obſecro pro nobis † contra Cagnolum ſcribi potuit apertius? 12
Volebat venditor prorogari ſibi tempus conditionis. Allegabat fraudem & calliditatem emptoris. Nec tamen eo magis putant Imperatores ei indulgendum vt de pacti iure quicquam per reſcriptum remittatur. At obſtat, inquiunt pragmatici, *lex quoties* 2. *C. de precib. Imper. offer.* ſi non diſtinctionis fœdere conciliationis ratio aliqua teneatur. Sic. n. lex habet *quoties reſcripto noſtro moratoria præſcriptio permittitur, aditus ſupplicanti pandatur.* Quæ verba † interpretes vulgares ſic omnes accipiunt, vt cùm nihil niſi mora & dilatio petitur, facilè concedenda ſit ex Principis reſcripto, quaſi in ea re nullum aut permodicum verſetur præiudicium eius aduerſus quem reſcriptum impetratur, ex trito illo brocardico, Quod differtur non auffertur. Indéque nimirum tres illæ conciliationes & diſtinctiones ab Accurſio excogitatæ quarum prima † illa eſt, multum referre an prorogatio temporis in conuentionem deducti petatur per viam actionis, an per viam exceptionis, vt priore caſu concedi non debeat, eáque ſit ſententia *d. l. ſi à te.* Poſteriore verò indulgeri poſſit ex *d. l. quoties.* Quam diſtinctionem illud adiuuat, quod in ſpecie *d. l. ſi à te*, id agebat venditor vt rem à ſe venditam afferre poſſet emptori, eidémque poſſeſſori, ac proinde propoſita in eam rem actione, vt probant verba illa, *ſed ſi te ſubtrahat, vt iure dominij eandem rem retineat.* Contrà verò in *d. l.* 2. tractatur de præſcriptione, quæ cùm nihil niſi exceptio ſit, ſoli reo competit, non actori. Sed tamen ridicula † diſtinctio eſt quoniam non magis ei qui ex pacto conuenitur, quàm ei qui ex pacto agit permittendum eſt, vt aduerſus ea faciat, quæ pacto comprehenſa ſunt. Eadémq; vtroque caſu vrget ratio & iuris & æquitatis, vt pactum quod iuſtum neq; contra bonos mores aut leges eſt, omnino ſeruare oporteat. Secenda † Accurſij diſtinctio eſt 16
quâ Bartolus magis probat, an prorogatio in longum tẽpus: an in modicum & breue poſtuletur. Hanc concedi poſſe putat, illam non item, quod in mora modici temporis damnum nullum ſit *l. ſi debitoris* 21. *D. de iudic.* quod non ſimiliter dici poteſt ſi longioris temporis dilatio cõcedatur. At neque diſtinctio † hæc legis huius 17
aut illius verbis conuenit. Neutribi enim exprimitur an de longa an de breui dilatione hîc aut tibi tractetur. Et quemadmodum moratoria præſcriptio perinde multorum menſium eſſe poteſt atque vnius ita fatendum eſt non minùs fieri contra pactum ſi vel primo poſt elapſa reſtituendi pretij tempora momento venditor pretium reddere velit quàm ſi poſt deceonium id offerret, quandoquidem

doquidem ſemper verum eſt intra conſtituta tempora pretium redditum non fuiſſe *l. Thais* 41. §. *intra. D. de fideic. libert.* Sed & vtroque caſu eædem rationes obtinent quas ſuperiore cap. adduximus ad probandum, fieri non poſſe per Principis reſcriptum vt conditionis cõuentionalis tempora inuitis contrahentibus prorogentur. Illud tamen ex Accurſij † traditione quantumlibet falſa obſeruandum eſt longioris temporis dilationem Accurſio viſam eſſe eam quæ ſit in annum, ideóque cõcedi nec debere. Ponit enim venditorem qui ex pacto pretium venditionis intra biennium reddere debuerat petiiſſe ab Impp. vt liceret ſibi in alium annum eodem iure vti. Nam ſi anni vnius ſpatium longum eſſe creditur, cùm duntaxat biennium præceſſit, multò magis videri longum debet, ſi pacto ſeptennium aut decennium continebatur: quia quanto longius præceſſit tempus, tantò minùs dignus eſt venditor cui longioris temporis prorogatione ſuccurratur: neque ab hac ſententia Cagnolus abhorret, qui in concipienda quæſt. iſta, vtrũ redimendi tempora ex reſcripto Principis protogari poſſint, non de alio tempore quærit quàm quòd ſit duorũ, triumve menſium, ita innuens tempus anni vnius, certè longius eſſe quam vt debeat indulgeri. Nam & eo caſu quo venditor inopinato fortunæ impetu maxima clade effectus probetur, vt ex ea cauſa conditionem implere pretiumque intra conſtituta tempora reddere non potuerit, non putat Cagnolus ampliùs quàm ſex menſium ad ſummum tempus indulgendum ei eſſe, ſicque perpetuò obſeruatum ſe vidiſſe teſtatur. Tametſi nec Cagnolus nec alius quiſquam pragmaticus rationem vllam ſatis rectam poſſit reddere, cur poſt elapſa tempora quæ in conuentionem fuerant deducta permittendum ſit vẽditori, vt intra duos vel tres vel ſex menſes pretium reddere poſſit ad reſoluendam venditionem potiùs quàm poſt annum, aut cur hoc potiùs quàm illo die, denique qua demum hora ius illud finiri & coarctari debeat reſtituendi pretij, & implendæ conditionis. Sanè modicum tempus à Iureconſultis definitum videtur, quod condẽnatis datur *d. l. ſi debitor* 21. *De iudic.* quod ipſum fuit olim bimeſtre, nunc quadrimeſtre *l. 2. & vlt. C. de vſur. rei iudic.* Tertia † poſtremáque Accurſij ſolutio quam elegantiorem eſſe decebat, omnium ineptiſſima eſt. *Hîc*, inquit, *Princeps noluit indulgere, ibi voluit.* Verba enim illa legis *remitti hanc conuentionem reſcripto noſtro non iure petis*, demonſtrant apertiſſimè non tam ex iniqua Imperatorum voluntate quàm ex mera veráque iuris ratione fieri ne conuentio per reſcriptum remitti poſſit. Longè melius Salicetus † ad *d. l. quoties*, vbi poſtquàm obiecit *dictam l. ſi à te, ſolue*, inquit, *vt in gloſa.* Tũ ſubiicit, verbis quidem parum elegantibus, ſed tamen tantò ſignificationibus, *Melius dic, quòd ibi non eſt reſcriptum dilatoriæ præſcriptionis excluſiuum, ſed augmentatiuum, & ſic inepte oppoſuit gloſa ſecundum quoſdam, vel quia non poteſt eſſe argumentum ex parte venditoris vt ibi quin ſit excluſiuum ex parte emptoris. Ideò dic quod illa augmẽtatio temporis habet naturam peremptoriæ conceſſa quæ emptori abſorbet id quod poſt tempus conuentum eſſet irreuocabile, ideo nõ valet vt hic in fine.* Quibus verbis ſignificat non modò non pugnare ſecum leges illas, quæ cõtrariæ videntur, ſed conſentire. Nam in ea ipſa *l. quoties*, poſt verba illa quæ iam retulimus, & quibus potiſſimùm Cagnolus mouetur, ſequitur ſtatim, *Quod autem totius negotij cognitionem tollit, & vires principalis negotij exhaurit, ſine grani alterius partis diſpendio conuelli non poteſt, nec præſcriptionis igitur peremptoriæ relaxatio petatur.* Certum autem eſt reſcriptum Principis per quod protogatur tempus, conditionis implendæ ad extorquendam retrouenditionem ab emptore eius naturæ & conditionis eſſe, vt totius negotij cognitionem tollat, & vires principalis negotij exhauriat. Facit enim vt priuetur emptor commodo ſuæ conuentionis perindéque admittatur venditor ad implendam conditionem quæ iam defecta ſit acſi nondum defecta eſſet. Quamquam in eo perpetuus Saliceti † & aliorum error eſt, quòd exiſtimant ius emptoris quod huiuſmodi protogationis reſcripto abſorbeatur, non niſi poſt tempus conuentum eſſe irreuocabile quaſi non fuerit antea. Nam, vt docuimus in ſuperioribus, ius dominij quod emptor habet in re empta ſub pacto de retrouendendo, iam quæſitum eſt in plenum & irreuocabiliter ex die venditionis perfectæ & per traditionem impletæ, licèt habeat venditor, ius redimendi, aut potiùs implendæ conditionis ad petendam retrouenditionem, quoniam obligatio illa retrouendendi tota conditionalis eſt, & conſequenter nulla ante impletam conditionem. Et quantumuis puta eſſet, nihil tamen haberet commune cum acquiſitione dominij, ſiquidem per conditionis implementum non aliud iuris acquiritur venditori, niſi vt exinde nata ſit obligatio, cuius poteſtate liceat ei agere contra emptorem ad retrouendendum? quòd cùm fit, non tamen præcisè cogitur emptor retrouendere, ſed liberatur præſtando id quod intereſt, ac tametſi præcisè retrouendere cogeretur, aliud tamen dominium eſſet quod ab emptore in venditorem transferretur, aliáque cauſa dominij transferendi ſcilicet ex noua & ſecunda venditione: nec proinde eo minùs dominium ex prima venditione irreuocabiliter emptori acquiſitum intelligeretur. Neque ad rem pertinet, quod elapſis temporibus intra quæ conditio impleri potuit, ius illud emptori acquiritur, vt deſignat poſſe obligari vnquam ex eo pacto ad retrouendendum. Nihilomagis enim irreuocabiliter acquiritur res emptori, cui iam fuerat irreuocabiliter acquiſita. Illud verò ius per quod deſinat poſſe obligari defecta conditione, tale eſt quod ante lapſum tempus, defectámque conditionem, nullomodo emptori fuerat quæſitum, id eſt, ne irreuocabiliter quidem. Quod ipſum tamen ius cùm totum in priuatione & negatione conſiſtat, re vera nihil eſt, neque ius liberationis dici poteſt, cùm ante impletam conditionem nulla ſit emptoris obligatio à qua liberari poſſit. Et quemadmodum in *l. conditionibus* 5. *D. de cond. & demonſtr.* non ineleganter Paulus ſcribit, Pupillum etiam ſine tutoris autoritate conditionibus parere poſſe, quia quamuis expleta conditione poſſit aliquando heres eſſe neceſſarius, tamen id fit iure poteſtatis, non conditionis expletæ: cùm conditionis implementum nihil aliud inducat, niſi vt inſtitutio quæ conditionalis fuerat, pura repetiatur *l. ei qui ita* 13. *D. de condic. inſtit.* Ita ex contrario in propoſita quæſtione dici poteſt, defecta conditione, ſub qua promiſerat emptor ſe retrouenditurum, liberum quidem omnino eſſe emptorem ab onere retrouendendi, & irreuocabiliter dominum remanere, ſed id fieri non tam vi & poteſtate defectæ conditionis, quàm ex cauſa & iure emptionis, quæ pura fuit, perfecta, & impleta, licèt quandiu pependit conditio, fuerat emptor in eo, vt intra conditionis tempora res auocari ab eo poſſet, idque tamen ſi non maller indemnitatem pleniſſimam præſtare venditori. Mihi autem videtur Baldus † omnium optimè & aptiſſimè totam rem iſtam explicaſſe ad *d. l. quoties*, in quam ſic ſcribit: *Oppone ad primum d. l. antepen. C. de pact. int. empt. & vendit. qua incipit, ſi à te ſolutio aut dilatio includit in ſe negot. principale, & eſt prohibita impetratio, vt ibi Auth. non includit in ſe negotium principale, ſed ſolius dilationis, & tunc non eſt prohibita vt hic.* Subiicit, *Dices tu, quomodo hoc cognoſcam; ſi ex tempore*, inquit, *pendet exitus controuerſiæ, vt dict. l. antepen. Sed quando ex tempore non pendet abſolutio vel condemnatio, tunc apparet quòd tempus ſit quiddam accidentale, non ſubſtantiale.* Quid enim potuit magnus ille vir, & ſi quid me iudicij eſt, Bortolo longè præſtantior, ſcribere apertiùs vt doceret quantum interſit, an reſcripto Principis protogetur tempus conditionis implendæ ad petendam retrouenditionem

an

an verò moratoriæ literæ concedantur ? vulgò literas *respirationis* vocant ad quas pertinere omnes putant quod in *d.l. quoties* scriptum est de moratoria præscriptione. Nam cùm quis obligauit se ad decem soluenda intra menses tres, duo vtique promisit, scilicet si soluturum & intra id tempus soluturum. Prior pars respicit causam obligationis in fauorem creditoris, vt habeat ex promissione actionem. Posterior respicit causam solutionis in id vsque tempus dilatæ fauore debitoris, ne ante id tempus conueniri & vrgeri possit, sed tùm demùm duntaxat, cùm totum id tempus præteritum erit *l. qui hoc anno* 42. *De verb. oblig.* Itáque non potest dici tempus eo casu adiectum limitandæ & finiendæ obligationis gratia, cùm è contrario non nisi eo tempore elapso incipiat debitor posse conueniri : tantùm abest vt ex solo temporis lapsu liberetur. Proinde, vt Baldi verbis vtar, non pendet exitus controuersiæ ex tempore, sed tantò magis debitor apparet is cuius obligationis dies qui anteà tantùm celleret, tandem venit. Ita fit vt si debitori qui intra menses tres soluere debuit, Princeps indulgeat dilationem ne nisi post annum inquietetur, ea dilatio non includat in se negotium principale, quemadmodum idem Baldus loquitur, quoniam principale negotium consistit in obligatione, cum qua nihil commune habet tempus solutionis, cùm siue vlteriore, siue citeriore die soluendum sit, semper debitor maneat obligatus. At verò cùm quis promisit se retrouenditurum, si intra menses tres venditor redimere, pretiúmque restituere volet, non duæ sunt promissionis partes, sed vna est promissio, sicut & vna conditio quæ suum tempus habet, vt tantò strictiùs obliget venditorem, cuius oneri conditionis implementum incumbit, ne post id tempus eam implere possit. Verèque dici hoc casu potest ex tempore pendere exitum controuersiæ, quia finito tempore intra quod pecunia in causam redemptionis reddi debuit, nulla supereſt quæstio de retrouendendo, non tamen quasi finita obligatione quomodo illi putant qui tempus hoc casu finiendæ & limitandæ obligationis gratiâ adiectum esse arbitrantur (quandoquidem ex promissione conditionali ante conditionem impletam nulla obligatio nascitur, quæ iam finiri possit) sed quasi finita & limitata obligationis conditione, quæ perpetua esset, emptorémque perpetuò admitteret ad redimendum si non certo vllo tempore coarctaretur. Sic euenit, vt dilatio quam Princeps concedere velit ad prorogandam in longius tempus redimendi facultatem, proculdubio includat in se negotium principale, totúmque emptoris ius absorbeat, cùm efficiat vt promissio illa conditionalis quæ alioqui ex lapsu temporis propter conditionis defectum euanuisset, perinde adhuc subsistere intelligatur, acsi sub alia conditione longiorem diem habente facta fuisset. Quæ
23 quamquam ita sunt, in duobus † tamen Baldus fallitur : in eo primùm quòd moratorias illas literas, quas praxis nostra tam facilè admittit, iuri consentaneas esse arbitratur, probátque ex *d.l. quoties*, de cuius lectione & sententia ideo sequenti capite nobis dicendum erit. Deinde in eo quod notat ad *d.l. si à te.* rescriptum Principis de prorogando tempore ad redimendum dato ita demùm non valere si in forma communi impetretur, ita innuens, vt videtur, posse valere si non in forma communi & de potestate, vt loquuntur, ordinaria concedatur, sed de plenitudine potestatis & adiecta clausula quæ non nisi de plenitudine potestatis adiici potest, *non obstante lege & pacto.* Is enim constantissimus
24 † Baldi, vt & aliorum omnium veterum interpretum error fuit, quod existimauit, posse Principem, si plenissima illa potestate vti velit iuris tertij, siue ex ciuili tantùm siue etiam ex naturali & gentium iure quæsitum sit, derogare. Etsi in eo quoque ferè omnes consentiunt nullum huius plenissimæ potestatis vsum esse debere, nisi vrgente aliqua iusta causa, eáque ad publicam duntaxat, non ad priuatam huius vel illius vtilitatem pertinente. Ego verò, non modò ridiculam, & iniquam traditionem illam esse arbitror, sed etiamsi fatear veram esse, tamen à proposita quæstione alienam putarem. Nam, vt iam suprà diximus, non in eo versatur hæc dubitatio, an rem emptori acquisitam Princeps emptori auferre possit, sed an in Principis potestate sit facere vt ex promissione conditionali in casum defectæ conditionis emptor obligetur, & ex conuentione contrà quàm conuentionis verba patiantur. Quæ omnia cùm implicent contradictionem, non magis ex plenissima & absoluta, quàm ex ordinaria Principis potestate fieri possunt, sicut nec vt ex contractu obligetur is qui nullomodo contraxit.

ERROR III.

De lectione & sententia l. quoties 2. C. de precib. Imper. offer.

SVMMARIA.

1 *Litera moratoria, quas vulgo* respirationis *appellant, qua de causa conceds soleant.*
2 *Litera moratoria aut vnius anni sunt, aut quinquennij.*
3 *Ex quibus iuris textibus à pragmaticis probetur dilatio qua literis moratoriis à Principe debitori indulgetur.*
4 *Non probari ex l. vlt. C. qui bon. ced. poss. inuito creditore quinquennales inducias Principem debitori concedere posse, contra pragmaticos.*
5 *Ad quas dilationes pertineat l. vniuersa. 4. C. de precib. Imp. offer.*
6 *Vt probent pragmatici suum errorem de literis moratoriis ex l. quoties. 2. C. de precib. Imp. off.*
7 *Vera lectio d.l. restituta.*
8 *D.l. interpretatio Accursij secunda Cuiacio probata.*
9 *Præscriptionem, quæ competit ex pacto, ne intra certum tempus petatur, non esse moratoriam, sed peremptoriam, contra Cuiac. & Accurs.*
10 *Caium ICtum in l. 3. D. de except. minùs perite locutum esse.*
11 *Vera sententia d.l. quoties.*
12 *Cur rescripto Principis facilius remittatur dilatoria præscriptio, quam peremptoria.*
13 *Ex d.l quoties, Cagnolum & alios ineptè probare rescripto Principis tempora redimendi venditori sub pacto de retrouendendo, prorogari posse.*
14 *D.l. quoties, non repugnare l. si à te 7. C. de pact. int. empt. & vendit.*
15 *D.l. si à te 7. sententiam Cagnoli subuertere.*
16 *Sententiam Cagnoli publicæ vtilitati aduersari.*
17 *Etiam ex prorogatione modici temporis magnum damnum emptorem sentire contra Cagnol.*
18 *Cùm pactum de retrouendendo sit pars pretij, non potest prorogari aut minui tempus conditionis implendæ, quin pretium quoque mutetur.*
19 *Non potest rescripto Principis prorogari tempus, quin ipse contractus immutetur.*
20 *Obiectio pro pragmaticis, & eius dilutio.*
21 *Dilationem temporis ad redimendum constituti malè conferri à Cagnolo cum dilatione debitori data ad soluendum.*
22 *Dies quatenus censeatur stipulationi pro reo adiecta.*
23 *Sicut Princeps non potest coarctare & abbreuiare tempus in gratiam emptoris: ita neque prorogare in gratiam venditoris.*
24 *Princeps inuitum & ignorantem subditum non potest obligare.*

Frequentius

FRequentius in praxi nihil eſt, iis literis moratoriis, de quibus iam aliquid ſuprà diximus, & quas vulgò *literas reſpirationis* appellant. Eas concedere † Princeps ſolet egenis debitoribus, quos anguſtia rei familiaris ad dictam diem ſoluere non facilè patiatur: ac proinde non tam iuris quàm miſerationis ratione. Præſertim ſi nouus aliquis caſus ſuperuenerit, qui debitori forteſſis anteà locupleti inopinatam attulerit egeſtatem, cuius nullam haberi rationem certè inhumanum eſſet cùm dici ſoleat id quod differtur non auferri, nec magnum damnum eſſe in mora modici temporis *l. ſi debitori* 21. *D. de iudic.* Nam & medij temporis vſuras poſteà exigere creditor poteſt ne damnoſum ei ſit beneficium Principis à debitore impetratum. Solent verò huiuſmodi dilationes † apud nos aut anni vnius eſſe aut quinquennij. Quæ anni vnius ſunt, quia & minoris ſunt præiudicij, faciliùs à iudicibus admittuntur, & nulla niſi iuratoria cautione præſtita, ſi neget debitor aliter ſe cauere poſſe. Quæ autem quinquennij, ſicuti grauius damnum aut ſaltem incommodum adferunt creditori, ita non tam facile aut à Principe concedi, aut à iudicibus admitti ſolent, ſed ita demùm ſi iuſta cauſa allegetur & probetur, ac præterea idoneis fideiuſſoribus aut pignoribus, indemnitati creditorum proſpiciatur. De qua re ampliſſimus tractatus extat apud Petr. Rebuff. *de liter. dilat.* & nos etiam in Codice Sabaudico ſcribemus. Huius iuris † probationem noſtri ſumunt ex *l. vniuerſa* 4. *C. de prec. Imp. offer.* in qua diſertis verbis agitur de reſcriptis quæ in debitorum cauſis ſuper præſtandis dilationibus promulgantur, cauetúrque ne aliter valeant quam ſi fideiuſſio idonea ſuper debiti ſolutione præbeatur. Item ex *l. vlt. Cod. qui bon. ceder. poſſ.* quæ de induciis quinquennalibus tractat. Verùm ita tractat † vt innuere videatur ex creditorum voluntate magis quàm ex Principis arbitrio pendere an inducias tam longas debitoribus concedi oporteat. Sic enim Iuſtinianus eo loco loquitur, quaſi ſolitus mos eſſet, vt implorato per debitores miſerabili auxilio ceſſionis, bonorum electio daretur creditoribus, ex Principis reſcripto, an quinquennale ſpatium eis indulgere mallent, an potiùs bonorum ceſſionem accipere, vt appareret, poſſe quidem Principem admittere debitorem ad miſerabile beneficium ceſſionis etiam inuitis creditoribus, ſed non ſimiliter niſi volentibus ipſis & eligentibus debitori inducias ad ſoluendum indulgere. Neque ſanè credibile eſt, iam tum obtinuiſſe, quod nunc obtinet, vt inuito creditore, imò quod magis eſt, inuitis creditoribus omnibus quinquennales inducias debitori concedere Princeps poſſet, ſi mallent illi debitorem inuitum adigere ad ſoluendum, aut ad ceſſionis beneficium implorandum. Nimis enim longum illud tempus eſt quinquennij, & creditoribus incommodum ac oneroſum, quantumlibet iis per debitorem cautum proponatur. Neque verò vllus in toto iure locus eſt quo quis poſſit vſum probare huius modi reſcriptorum de quinquennalibus induciis, at nec de annalibus concedendis. Nam † quod in *d. l. ſi vniuerſa* ſcriptum eſt de dilationibus præſtandis, ad eas dilationes proculdubio pertinet, quæ ſunt modici temporis, de quibus in *d. l. ſi debitori* 21. *& l. interdum* 36. *D. de iudic.* aut ad quinquennales de quibus in *d. l. vlt. C. qui bon. ceder. poſſ.* Vix autem eſt vt hac parte modicum tempus dici poſſit, quod ſit vnius anni: tantum abeſt vt modicum videri debeat quod ſit biennij aut quinquennij. Mouentur † tamen pragmatici omnes, vt receptiſſimum errorem hunc tueantur, ex *l. quoties* 2. *C. eod. tit. De precib. Imper. offer.* in primis illis verbis, *quoties reſcripto noſtro moratoria præſcriptio permittitur, aditus ſupplicanti pandatur.* Quæ ſententia cùm ſit generalis, pertinere videtur ad reſcripta omnia, quibus moratoria exceptio concedatur, id eſt ad moram duntaxat ſolutioni faciendam, vt omnimodo admittenda ſint, nec de eorum vitiis dubitari oporteat. Sed non ita eſt, multóque probabilius tentari poteſt † corruptam ac vitioſam vulgatam lectionem, & pro *permittitur* legendum eſſe *remittitur*, quomodo legiſſe videtur Accurſ. in ſecunda legis interpretatione, itémque Iacob. Cujacius *lib. 2. obſerv. 4. cap.* 10. vbi & ſecundam illam Accurſij interpretationem probat, quæ † illa eſt, vt ſi debitori competat exceptio dilatoria vel moratoria, vt puta pacti conuenti, ne intra quinquennium petatur, hæc creditori ſuum perſequenti ante quinquennium remitti & relaxari poſſit: Peremptoria verò non item, vt puta pacti conuenti, ne vnquam petatur. Sequitur namque in ſecunda legis parte præſcriptionis peremptoriæ relaxationem ex reſcripto peti non poſſe, ratione illa, quoniam id quod totius negotij cognitionem tollit, & principalis negotij vires exhaurit, ſine grani alterius partis diſpendio conuelli non poſſet. Vnde apparet priorem quoque legis partem de præſcriptionis relaxatione, non conceſſione intelligi debere. Alioqui, quod Iacobus Cujacius ſubtiliter obſeruat, abſurdum illud ſequetur, vt ſic accipi legem oporteat, ac ſi ſcriptum eſſet, moratori im præſcriptionem remitti, id eſt concedi poſſe, Peremptoriam verò conuelli & relaxari, id eſt, concedi non poſſe: qua interpretatione nihil vtique eſſet abſurdius. † Quanquam nec illud probare vllomodo poſſum, quod idem vir doctiſſimus poſt Accurſium moratoriam præſcriptionem interpretatur eam quæ competat ex pacto ſic inito, ne intra certum tempus petatur. Omnes enim pactorum exceptiones peremptoriæ ſunt, cùm ex Prætoris edicto inducantur & confirmentur, non in alium finem, quàm vt actionem perimant, non ipſo quidem iure, ſed in effectu, quia vis & poteſtas actionis iure ciuili competentis per iuſti pacti exceptionem eliditur, ſi non in perpetuum, cùm pactum fuit temporale, ſaltem in id vſque tempus quod pacto comprehenſum eſt, licèt reſpectu perpetuarum dicantur etiam dilatoriæ, quia ſunt temporales. In quo videtur † mihi non ſatis partitè locutus Caius in *l. 3. C. de except.* vbi temporales exceptiones à dilatoriis non diſtinguit, nec perpetuas à peremptoriis. Nam nec iuſtius aut fortius pactum vllum eſt, quàm quod eſt De non petendo ſiue conuenerit ne vnquam petatur, ſiue ne intra hoc aut illud tempus petatur. Proinde non minor fit iniuria paciſcenti qui ex eiuſmodi pacto temporalem exceptionem habuit, ſi ea exceptio ipſi adimatur, quàm ſi exceptionem perpetuam habuiſſet. Imò tantò maior quantò facilius eſt creditori, vt à petendo abſtineat per aliquod tempus ne iuſto pacto vim faciat, quàm vt in perpetuum petere prohibeatur. Itaque, † nisi me fallo, illius loci longè alia ſententia eſt, ad eas ſoleas exceptiones pertinens, quas vulgò dilatorias appellamus: quales ſunt eæ omnes quæ non ad ipſam cauſam ſpectant, ſed perſonas eorum ſine quibus iudicium conſiſtere non poteſt, puta iudicis, actoris, procuratoris, quæque non ad conſtituti, ſed ad conſtituendi iudicij cauſam referuntur, ſicut è contrario quæ ſunt peremptoriæ ad cauſam ipſam pertinent, non ad perſonas, & ad iudicium conſtitutum non ad conſtituendum: vnde illud eſt quod exceptiones dilatorias opponi neceſſe eſt ante litem conteſtatam, peremptorias verò quandocumque ante ſententiam oppoſitas eſſe ſufficit, *l. exceptionem* 19. *Codice de probat. leg. præſcriptionem octaua, & leg. pen. Codice de except.* Adeóque etiam poſt ſententiam ſi non impugnent iudicatum, cuiuſmodi eſt exceptio ſolutionis, & quæ ab ea non longè diſtat pacti de non petendo, de qua nunc tractamus, licèt ad hanc attinet, pragmaticos pleroſque contrà ſentire non ignorem: quorum error alio loco fortaſſe à nobis refelletur. Facilè autem eſt intelligere, cur faciliùs † reſcripto Principis dilatoriam præſcriptionem remittere quàm peremptoriam, quia ſcilicet multò minoris

præiudicij

prætudicij est, si cui dilatoria, quàm si peremptoria exceptio eripiatur: cùm remissa dilatoria nihil de aduersarij iure detrahatur, sed iudicij tantùm ordinandi ratio immutetur. Quæ cùm ita sint, fatendum est parum subtiliter eos facere, qui ex *d. l. quoties*, probant vsum literarum moratoriarum: sed illos multò stolidiùs, qui
13 Cagnolum secuti, probare † volunt ex eo loco, fieri posse per rescriptum Principis, vt venditori, qui intra certum tempus ad rem redimendam implere conditionem pretiúmque reddere debuit, conditionis implendæ ius in longius tempus protogetur, nam etsi secundam illam Accursij interpretationem quam Cuiacius laudat, sequi velles, fatendum tamen esset, huiusmodi promissione retrouendendi sub ea conditione si pecunia intra biennium restituetur, includi à contrario sensu pactum de nunquam petenda retrouenditione, si intra biennium pretium non restituetur. In quo differt promissio hæc ab obligatione soluendi intra certum tempus, qua nemo dixerit includi pactum contrarium, De nunquam soluendo post id tempus, quia cùm ea emptoris adiectio, non ad legem obligationi dandam, sed tantùm ad differendam solutionem facta sit, prodesse non potest ad inducendam vllo casu liberationem. At potiùs, vt debitor qui videt se propter illam adiectionem ante conuentum tempus conueniri non posse, intelligat futurum post id tempus vt conueniri possit.
14 Quare nec quicquam causæ est, cur † *d. l. quoties* obiiciatur *lex si à te 7. C. de pact. int. empt. & vend.* de qua scripsimus cap. superiore. Nam vt Cuiac. supradicto loco non minùs apertè quàm appositè respondet, venditor qui postulat vt sibi post constitutum diem offerre pretium emptori & venditionem vt ille loquitur, resoluere liceat, iam non dilatoriam, sed peremptoriam præscriptionem remitti postulat, quandoquidem venditori post diem offerenti rectè præscribere emptor potest nullum amplius offerendi ius superesse. Illud vero multò magis mirandum est Cagnolum, † Antonium,
15 Solam, aliósque pragmaticos qui nihil habent quod pro tuenda sententia sua proferant præter *dictam l. quoties. C. de precib. Imp. offer.* nihil respondere ad *d. l. si à te.* cuius verba tam aperta sunt aduersus hunc errorem vt non possint fingi apertiora. Nisi quod Cagnol. *quæst. 35. ad l. 2. C. de pact. int. empt. & vend.* sic eam legem intelligere videtur, vt procedat cum Princeps in totum vellet derogare pacto de retrouendendo. Prorsus ridiculè. Non enim fieri potest vt venditor postulet discedi à toto eo pacto, cuius contra interesset redimendi facultatem habere perpetuam, nec certo vllo tempore coangustatam. Atqui in specie *d. l. si à te* consulebantur Imperatores à venditore non ab emptore, petebátque venditor remitti pactum vt proximo errore probauimus. Non igitur petebat in totum remitti, sed tantùm ex ea parte qua cogebatur ille pecuniam reddere intra certum tempus, quod in eo erat vt ante impletam conditionem lapsum iri videretur. Itaque cùm Cagnoli & aliorum eiusdem ponderis pragmaticorum autoritas, si qua est, non solùm euidentissimi iuris ratione, sed ipsius etiam legis autoritate conuincatur, ne Baldos, Salicetos & Cuiacios obiiciam planè non video, cur non tantus error hic à Senatu nostro hucusque explosus, ad autores fautoréque suos in perpetuum relegandus sit, tanquam reipublicæ quoque perniciosissimus. Impugnat † enim sanè publicam vtilitatem,
16 nec facilè reperientur qui velint emere sub hac lege pactoque De retrouendendo, si ius ita constituatur, vt conditionis quæ suum certúmque tempus habuit ex conuentione paciscentium, tempora præscripta ex solo Principis rescripto prorogari possint inscio adeóque inuito emptore, qui non nisi sub ea conditione obligatum se voluit ad retrouendendum. Quænam enim commerciorum & pactorum fides posthac erit, si quæ inter contrahentes iustè placuerunt iis ignorantibus & inuitis pro Principis arbitrio immutentur? Nec enim possis hoc † casu idipsum vsurpare, quod in moratoriis 17
literis vsurpari solere diximus, damnum nullum esse in mora modici temporis, cùm in actibus momentaneis qualis hic est redimendæ rei venditæ, non minùs damnum sentiat emptor ex prorogatione vel vnius horæ quàm si prorogatio fieret in mille annos, siquidem ea ipsa hora redimere venditor poterit, qui alioquin redimendi ius nullum amplius vnquam habuisset. Nam & ob eam causam solent in huiusmodi causis imputari tempora de momento in momentum, vt appareat ne vel vno quidem post præteritum tempus momento licere quod antè licebat. Et verò cùm negari non possit quod nos toties diximus, non minùs ex pragmaticorum quàm ex nostra sententia, solo Pinello excepto ad *l. 2. C. de rescind. vendit.* Pactum † de retrouendendo partem 18
esse pretij, sicut & cætera pacta omnia, quæ in venditionibus adhibentur *l. fundi partem 79. D. de contr. empt. l. si venditor 6. §. vlt. De fernis export.* Illud etiam fatendum est, non posse prorogari aut minui tempus conditionis implendæ, quin venditionis quoque pretium vel augeri vel imminui videatur, quoniam vtique vel pluris vel minoris empturus fuit emptor si tempus illud vel longius vel breuius conuentum fuisset. Atqui quantulacumque mutatio fiat pretij vel vno tantùm, si voles, denario addito vel detracto, venditionem quoque immutari & aliam fieri necesse est, quia emptionis substantia consistit ex pretio, inquit Paulus in *l. pacta conuenta 72. D. de contr. empt.* Substantia autem cuiuslibet contractus indiuidua est. Vnde illud fit vt si ex ea causa permittatur aliquando recedere à contractu, vt puta beneficio in integrum restitutionis non sit audiendus is qui non nisi pro parte recedere vult, sed vel in totum, vel nulla prorsus ex parte ab eo recedi optreat *l. tutor. 47. §. curator. D. de minor. l. si quis aliam 46. D. de solut.* Non magis ergo fieri potest per rescriptum † Principis, vt tempora conditionis conuentionalis ad ampliandã aut restringendam redimendi facultatem aut prorogentur aut minuantur, quàm vt citrà contractus rescissionem à toto contractu discedatur, &, quod difficilius est, nouus contractus ipsis quoque contrahentibus inuitis ineatur. Nec sanè vlli vnquam venit in mentem vt diceret, rescripto Principis fieri posse, vt venditor qui ex conuentione pretium reddere possit intra biennium, cogatur reddere intra biennium, nec post biennium offerens admittatur. Cur verò difficilius illud recipietur, quàm vt ex contrario venditori qui intra biennium ex conuentione pretium reddere debuit, ad triennium vsque offerendi ius superfit? Aut quid inter hæc diuersum est, nisi quod hoc casu iniuria fit emptori, illo venditori? Dices † fortasse vt pro pragmaticis subti- 20
lem agas, facilius esse vt conditionis tempora protogentur, quàm vt restringantur, quia dies in stipulationibus adiici solet pro promissore, non pro stipulatore *l. quod quis 50. D. de oblig. & action. l. eum qui Calendis 41. §. quoties. De verb. oblig. l. cùm tempus 17. De regul. iur.* Sed respondeo, hanc rationem pro nostra potiùs facere sententia, quoniam is demùm dies pro promissore & debitore adiicitur, qui differendæ tantùm exactionis & solutionis gratia adiicitur: quod euenit in omnibus in diem obligationibus, quarum diem constat non minùs statim cedere, licèt non priùs venisse intelligatur quàm totum illud tempus præterierit, quod in conuentionem deductum fuit, ex quibus proinde confestim agi posset, tanquam ex puris, non adiectione diei ius illud agendi suspenderetur *leg. cedere diem 213. De verb. signific.* Quæ res facit vt si in diem debitor ante diem soluerit etiam per errorem, non possit repetere, quia verè debitor fuit *l. in diem 10. D. de condict. indeb.* At cùm obligatio non in diem concepta fuit, sed subconditione, conditioni autè insertum est tempus ad limitandam & coangustandam

conditionis

conditionis implendæ facultatem, quemadmodum euenit in ea ſpecie quam nos tractamus, id eſt, promiſſa per emptorem retrouenditione ſub hac conditione. Si venditor intra biennium pecuniam reddet, dico adiectionem diei non pro eo eſſe qui pecuniam debet, id eſt, pro venditore, ſed omnino contra eum pro quo adpoſita conditio eſt, id eſt, qui conditionem implere poſſit, & eam implendo comparare ſibi actionem, cùm ſi dies nulla eſſet, poſſet ille quandocumque ſaltem ad triginta vſque annos implere conditionem. Ergo contra debitorem adiectio illa diei eſt, non contra emptorem, tametſi pecuniam illam quæ conditionis implendæ cauſa data eſt venditor debere videatur, non emptor. Quamquam ſi propiùs & ſubtiliùs intueare, emptor potiùs quam venditor in propoſito debitor dici debet, vt ſemper verum ſit diei adiectionem eſſe pro debitore. Eſt enim debitor retrouenditionis, nimirum ſub conditione illa. Si venditor intra biennium pecuniam reddat, ſiue ſtipulatio, ſiue pactum de retrouendendo in ipſa venditione interuenerit. Venditor autem nullomodo debitor eſt, ne quidem pecuniæ (in quo decipi omnes video quotquot hanc quæſtionem tractant) quia vt pecuniam reddat non eſt poſitum in obligatione ſiue pura, ſiue in diem, ſiue conditionali, quæ omnes ſunt omnium obligationum ſpecies, ſed in conditione duntaxat, ideóque nullo vnquam tempore, nec vllo vnquam caſu fieri poteſt vt actio competat debitori aduerſus venditorem, per quam cogatur venditor rem redimere & pretium reſtituere ſi nolit. Nec ad rem pertinet quod ſi venditor eam pecuniam emptori ſoluerit, repetere non poteſt, cuius tamen repetendæ ius videretur ſaluum ei eſſe debere ſi pecuniam nullomodo debuiſſet. Non enim repetitionis impediendæ ratio illa eſt, quòd pecunia illa ante ſolutionem aliquomodo deberetur, ſed quia licèt omnino eſſet indebita, non tamen ſoluta videri poteſt ſine cauſa quæ conditionis implendæ gratia ſoluta eſt. Itaque retineri per emptorem optimo iure poteſt non obligationis iure, ſed expletæ conditionis. Et quemadmodum dicimus, ſi legatus ſit fundus aut relicta hereditas Titio ſub conditione dando tum decem Sempronio, Sempronium ea decem capere non legati, at ne quidem teſtamenti iure, ſed tantùm conditionis impletæ cauſa *l. ſi is qui ſub conditione* 8. *D. ſi quis omiſ. cauſ. teſtam.* nec ideò tamen repetitio dati Titio debet, quia iuſtam habuit cauſam dandi, quamuis nullam Sempronius accipiendi, ſic dicendum eſt, pecuniam quam venditor emptori nullomodo debuit, ſed quam tamen implendæ conditionis cauſa pro redemptione omnimodo ſolui oportuit, ſi ſoluta ſit repeti non poſſe, nec eò minùs tamen verum eſſe antequàm ſolueretur prorſus indebitam eam fuiſſe. Ex quo apparet euidentius, quàm ineptè faciant pragmatici, qui poſt
21 Cagnolum † huiuſmodi prorogationes aſſimilant dilationibus quæ reſcripto Principis debitoribus ad ſoluendum dantur, de venditore ſic tractantes tanquam de debitore, & contrà de emptore tanquam de creditore: cùm tamen neque debitor vllomodo ille ſit, neque hic vllomodo creditor, ſed ille potiùs creditor conditionalis cui actio competitura eſt ad petendam retrouenditionem, dummodò impleta priùs conditione, hîc potiùs debitor ex promiſſione facta de retrouendendo, ſed ſub ea conditione. Si pecunia pretij per venditorem intra conſtitutum tempus reſtituetur. Et tamen etiamſi admitteremus rectam eſſe venditoris & debitoris comparationem hactenus vt venditorem qui ius redimendi haberet, debitorem emptoris dici oporteret, & diei adiectionem in propoſita ſpecie pro venditore eſſe debere potiùs quàm pro emptore: quod falſiſſimum eſt, tentari adhuc poſſet debere Principi perinde licere diem ſolutioni dictam coarctare, atque differre, cùm vtroque caſu perinde faciat aduerſus conuentionem, nec grauius aut intolerabilius damnum patiatur debitor ex repræſentatione paucorum dierum, quàm creditor ex mora modici temporis. Nam quod dicimus diei † adiectionem pro 22
reo eſſe, non pro ſtipulatore, non aliam rationem habet, quàm quia diei adiectio facit ne poſſit debitor ante diem conueniri, qui alioquin non inutiliter ſtatim conueniretur. Cæterùm vbi venit dies, nullus ſupereſt fauor debitoris, non magis quàm ſi obligatio purè concepta eſſet, ideóque protinus conuenire & vrgeri poteſt, non quòd ex eo tempore dies pro creditore & ſtipulatore adiecta videri debeat, vt quidam putant, ſed quia ſublato per aduentum diei impedimento quod exactionem remorabatur, obligatio remanet pura, incipitque creditor obligatus eſſe purè non ob adiectam, ſed ob præteritam diem. Nihil igitur cauſæ eſt cur maior eſſe debeat poteſtas Principis in prorogando quàm in repræſentando tempore ſolutionis, præſertim quando neque nouum illud eſt vt ex obligationibus in diem conceptis aliquando etiam ante diem agatur, non quidem ad ſolutionem, ſed ad præſtandam cautionem, ſcilicet ſi ex bonæ fidei iudicio debeatur, & iuſta ſit cauſa interponendæ cautionis, vt Papinianus ſcribit in *l. omnibus* 41. *De iudic.* Nam ſi id fieri poteſt per iudicem cuius officium duntaxat imploratum ſit, quidni poterit Princeps ex iuſta cauſa iubere repræſentari ſolutionem, pro modico ſaltem tempore? Eadem igitur ratione dicendum eſſet, Si liceat Principi † tempus conditionis 23
quæ ad redimendum implenda eſt, pro menſibus aliquot prorogare, æquè ipſi licere debere, vt idem tempus ſaltem pro aliquot diebus coarctet & abbreuiet in fauorem emptoris. Atqui nemo vnquam opinionem tam improbabilem aut inuexit, aut inuecturus eſt. Neque ergo illi ferendi ſunt, qui prorogandi arbitrium pro tempore quantumlibet modico Principi permittunt. Quid enim aliud faciunt, niſi vt in Principis poteſtate ſit efficere, vti pro arbitrio venditoris emptor obligetur qui alioquin nullomodo eſſet obligatus? Nam cùm illa conditio ſub qua promittitur retrouenditio, ſit ex earum genere, quas interpretes poteſtatiuas vocant (ſiquidem in venditoris poteſtate eſt, an pretium venditionis velit emptori reddere nécne) nec obligetur emptor niſi poſtquàm venditor impleuit conditionem, apparet Principem cùm tempus conditionis prorogat, hoc ipſo in manu & arbitrio venditoris ponere an emptorem ſibi obligatum velit, poſt illud etiam tempus, quo præterito ſtipulationis conditionalis tota vis ſpéſque alioquin euanuiſſet. Quid verò dici poteſt † abſurdius, quàm vt 24
ex vnius voluntate pendeat, an alius obligetur ignorans, adeóque inuitus? Tribue ſupremo Principi quantum voles poteſtatem. Separa plenitudinem poteſtatis abſolutæ à poteſtate ordinaria & bene ordinata. Fac omnia eſſe Cæſaris, non imperio duntaxat, ſed etiam dominio. Aſſequeris ſanè vt rei meæ dominium mihi eripere poſſit etiam ſine cauſa, ſed non item, vt poſſit me obligare, nunc primùm, aut iam liberatum rurſus reuocare in obſignationem (quod adhuc difficilius eſt) tanquam ex conuentione ſub ea conditione ſub qua nihil promiſerim: quia præter id quòd ea res implicat contradictionem, pendet etiam ex animi mei ſententia & voluntate, ad quam vſque non poteſt Principis quantumlibet ſupremi poteſtas ſiue iuſta, ſiue iniuſta pertingere. Denique placet digna Principe vox illa Impp. Honorij & Theodoſij in *l. omnium* 19. *C. de teſt.* Voluntates hominum, inquiunt illi, audire volumus, non iubere.

* * *

ERROR IV.

De prorogando per tutorem, aut curatorem, aut procuratorem tempore conditionis sub qua emptor promisit retrouenditionem.

SVMMARIA.

1 *An liceat tutori, aut curatori, aut procuratori, alisve administratori prorogare tempus conditionis sub qua emptor retrouendicionem promisit.*
2 *Cagnoli & sequacium sententia affirmans.*
3 *Limitatio sententiæ Cagnoli.*
4 *Error pragmaticorum.*
5 *Sententia Cagnoli refutatio. & seqq.*
6 *Quæ sit vis pacti de retrouendendo.*
7 *Reicitur limitatio num. 3. proposita.*
8 *Non est similis ratio prorogationis quæ differt tempus solutionis, & eius quæ differt tempus redemptionis.*
9 *Personæ enumeratæ num. 1 non possunt prorogare tempus solutioni dictum: contra Cagnol.*
10 *Quo casu admittenda putet autor Principis rescripta ad differendam solutionem impetrata.*
11 *Reicitur ratio Tiraquelli negantis valere prorogationem temporis ad redimendum dati factam à tutore vel curatore, propterea quòd contineat alienationem.*
12 *Vera ratio propter quam huiusmodi prorogatio valere nequit.*
13 *Quæ de re propriè quæratur, cùm disputatur an tutor pro pupillo possit prorogare tempus redimendi: & quomodo ad quæstionem respondendum.*
14 *Tutor pupillum quatenus obligare queat.*
15 *Princeps subditum inuitum aut ignorantem obligare nequit.*
16 *Redimendi ius à Principe prorogatum conuentionale dici nequit.*
17 *Curator minorem obligare nequit.*
18 *Procurator dominum an & quando obligare possit.*
19 *Quando non sit permittendum tutori, vt proroget venditori tempus redimendi.*
20 *Casus quo potest tutor tempus prorogare.*
21 *Alius casus quo tandem potestas tutori tribuitur.*
22 *Casus quo potest tutor prædium pupilli sine decreto alienare.*
23 *Quæ sit causa decreti quod in alienatione rerum minoris exigit oratio Seueri.*
24 *Si fundus non sit minoris, sed in domino alterius, licet minori obligatus, decretum nullum necessarium est.*

VI ex pragmaticis putant, rescripto Principis prorogari posse tempus conditionis per venditorem implendæ ad extorquendam retrouenditionem, iidem disputant, vtrum † tutori aut curatori, aut procuratori alitve administratori liceat similiter idem illud tempus prorogare. 1 Neque cunctantur quin † eodem Cagnolo duce, quem superioris erroris autorem habent ad *l.* 2. *Cod. de pact. inter empt. & vendit. quæstion.* 34. respondendum etiam arbitrentur, protogationem hanc omnibus tis permissam esse, qui generalem habent & liberam bonorum administrationem. Sic enim idem Cagnolus *d. l.* 2. eandem sibi fingens errandi causam in vtraque quæstione, nimirum quod prorogationem hanc similem esse putet dilationi quæ debitoribus ad soluendum detur: quam sicut ex rescripto Principis egeno & misero debitori dandam esse non dubitauit, ita & à tutore, curatore, generali procuratore, aliisque huiusmodi personis indulgeri posse contendit: quasi vrgente vtrobique eadem iuris ratione, quòd vel nullum, vel non nisi modicum damnum sit in mora modici temporis, ex *l. si debitori* 21. *D. de iudic. & ex notat.* per Bart. in *l. qui Romæ* 122. §. *Callimachus. De verb. obligat.* In quo tamen obseruandum est eo demùm casu sic sentire † Cagnolum quo huiusmodi prorogatio facta sit ante finitum tempus, quod fuerat in conuentionem deductum. Alioqui iam finito eo fatentur omnes non posse locum esse prorogationi, siue quia tempus quod nullum superest prorogari nequeat, vt Tiraquellus disputat *De retract. conuent.* §. 1. *glos.* 7. in verb. *seront preferez. numer.* 24. Siue quòd ea prorogatio post tempus iam elapsum facta, species quædam esset alienationis rei iam irreuocabiliter acquisitæ, quemadmodum idem Tiraq. ratiocinatur ad finem *dict. tit. De retract. conuent. numer.* 17. Is námque † constans & perpetuus pragmaticorum error est, quòd existimant rem venditam sub pacto de retrouendendo, non videri alienatam irreuocabiliter à venditore, nec proinde irreuocabiliter acquisitam ab emptore, quandiu tempora largiuntur vt peti retrouenditio possit. Itaque † necesse est vt se victos agnoscant, 5 statim atque probatum est à nobis pactum de retrouendendo nihil obstare, quominus dominij acquisitio irreuocabiliter facta esse videatur. Omnes siquidem admittunt non licere tutori aut curatori, vt neque procuratori liberam administrationem non habenti, vt rem domini præsertim pupilli aut minoris, & immobilem alienet sine decreto. Atqui nihil, meo iudicio, dici potest apertius, quàm quod in superioribus tam sæpe inculcauimus, & ni fallimur, probauimus. Pacti † de retrouendendo non eam vim esse, vt vel impediat alienationem, vel faciat reuocabilem, sed tantùm vt obligét emptorem ad retrouendendum sub ea conditione, Si intra præscripta tempora pretium à venditore restituatur. Cuius obligationis conditionalis effectus ille est, vt si impleta sit conditio, adigendus sit emptor ad faciendam retrouenditionem, nisi malit præstare quanti ex ea causa potest interesse venditoris, sin defecta sit conditio, nulla vnquam promissio facta esse intelligatur, mancátque res emptori purè irreuocabiliter acquisita, non propter defectam conditionem, sed propter perfectam impletámque venditionem. Nullo igitur casu permittendum est istis personis de quibus tractamus, vt prorogent tempus insertum conditioni pacti de retrouendendo. Nec † magis antequàm finitum sit 7 tempus illud, quàm si iam finitum esset, si hoc vnum inspiciendum est quod pragmatici inspici volunt, an rei dominium sit irreuocabiliter acquisitum. Quod si verum est prorogationem hanc temporis in retrouendendi pacto expressi, meram continere alienationem si post præteritum tempus fiat, consequens est vt æquè contineat illa quæ fit ante id tempus finitum. Qua ratione non insubtiliter mouetur Tiraquellus vbi supr. *num.* 18. vt contra Cagnolum sentiat, nec patiatur similem constitui rationem prorogationis, quæ duntaxat differat tempus solutionis, & istius de qua disputamus, *per quam*, inquit, *immobilia alienantur*. Nam † in 8 simplici prorogatione temporis soluendi multò faciliùs admitti illud potest, vt tempus protogare tutor possit, quòd adferat modicum præiudicij, quia quod differtur non auffertur, §. *libertas. Instit. de singul. reb. per fideicommiss. relict.* At proprietaris & dominij alienatio non potest non magni esse præiudicij, si quid aliud in hominum commercio tale est. Neque tamen † 9 admittere Tiraq. potest, quod pro certo Cagnolus potuit vsque adeò tribuendum esse autoritati tutoris vel curatoris, vel procuratoris generalis, vt tempus solutioni dictum prorogare possint. Etsi enim ita sensisse videtur Bar. ad *d.* §. *Callimachus*, distinguens procuratorem, qui ad vniuersalem solutionem deputatus est ab eo qui ad vnicam duntaxat, contraria tamen sententia magis communiter recepta est, quæ & probatur ex *d.* §. *Callimachus*,

lima hui eóque iure nos vti teſtatur Carolus Molin. in *Conſuet. Pariſ. tit.* 1. §. 27 *qu.* 2. *num.* 4. Et rectè. Nam quemadmodum plus ſoluere intelligitur qui ante diẽ ſoluit *l. Iauolenus* 15. *alias l. eum qui de annuis legat.* ita & minùs qui ſoluit poſt diem, vnde illud induci neceſſe fuit vt ex eo die ſi quid inter ſit ſtipulatoris totum id à promiſſore præſtari debeat, itémque fructus, & vſuræ *l. ſi Calendis* 11. *D. de re iudic. l. ſi fundum certo die* 114. *D. verb. obligat.* non tanquam ex mora, vt vulgò creditur, (cuius ſcilicet nullam in ſtricti iuris iudicio rationem haberi oporteret) ſed tanquam ex principali obligatione, cuius pars quædam dies eſt, non aliam ob cauſam adiecta quàm vt intelligeretur promiſſor futurum vt non aliter ſatisfacere poſſet conuentioni, quàm ſi ſatisfaceret intra præſcriptam diem. Itaque non poteſt concedi dilatio illa ad ſoluendum in longiorem diem, quin diminutio quædam debiti fiat, quantulumcunque tempus illud ſit in quod ſolutio differatur. Atqui nihil omnino ne tantillum quidem ex bonis pupilli diminuere tutor poteſt, aut ex adulti bonis curator: quia domini loco non habentur niſi quantum neceſſe eſt ad tuendum conſeruandúmque patrimonium non ad diminuendum, *l. qui fundum* 7. §. *ſi tutor. D. pro emptor.* Non ergo permittendum iis eſt, qui alieni patrimonij diminuendi ius non habent, vt huiuſmodi dilationem concedant. Ergo nec principi, ſaltem de poteſtate, vt loquuntur, & ordinaria, & ordinata. Qua ratione magis moueor, vt verum eſſe putem, quod in ſuperioribus diſputaui, non
10 alio † caſu admittenda eſſe principis reſcripta ad differendam ſolutionem impetrata, quàm quo nolit creditor annales, aut quinquennales ad ſummum inducias indulgere debitori, quem Princeps ex reſcripto ad miſerabilem bonorum ceſſionem faciendam admiſerit, *leg. vlt. C. qui bon. ceder. poſſ.* atque ita eſſe interpretandum, quod de huiuſmodi reſcriptis proditum eſt in *l. vniuerſa* 4. *C. de precib. Imper. offer.* Quòd ſi in ea quoque dilatione & prorogatione quæ ad ſolutionem tantùm pertinet, falſa ex ſententia Cagnoli & aliorum exiſtimantium poſſe eam fieri per tutorem, aut curatorem, aut Principem, quantò magis falſa erit, ex qua parte volunt redimendi tempora per has perſonas poſſe pro-
11 rogari? Quamquam non placet mihi ratio † illa Tiraquelli, negantis valere huiuſmodi prorogationem, quæ à tutore vel curatore facta ſit, propterea quod contineat alienationem. Nam ſi pactum ipſum de retrouendendo alienatio non eſt, multò minùs alienare videri debet is, qui redimendi tempus prorogat, ſiue antequàm finitum ſit, ſiue poſteà. Quid igitur? Alienandi cauſam duntaxat præbet qui ſe obligat ad retrouendendum, quoniam ita facit vt ex obligatione quæ tum demum ſub conditione poteſtatiua contrahitur, cogi poſſit ad rem retrouendendam, & retrotradendam venditori intra præſcriptum tempus ſiue ab initio conſtitutum ſiue ex poſtfacto prorogatum conditionem adimpleuti, precique reſtitutionem offerenti, niſi malit præſtare quanti ex ea cauſa poteſt intereſſe venditoris, hanc enim electionem emptori dandam eſſe iam ſæpiùs diximus. Ex quo apparet, per pactum de retrouendendo, & conſequenter per prorogationem temporis ad redimendum dati, non ſolùm alienationem nullam fieri, ſed neque alienandi cauſam præciſe præberi, ſed alternatiuè tantùm. Quod ſi ita eſt, non poteſt ea ratio impedire prorogationem quam tutor vel curator fecerit, quòd neque tutori liceat alienare prædium pupillare, neque curatori prædium minoris. Non enim prohibentur hæ perſonæ pupillum aut adultum obligare, licèt ea obligatio cauſam alienationis præbere aliquando poſſit. Tum verò, quid ſi non de prædio agatur, ſed de re mobili, cuius alienatio neque tutori interdicta ſit, neque curatori? An eò magis admittemus valere factam ab iis prorogationem temporis intra quod venditor redimere debuerat? Minimè verò: vt ego quidem exiſtimo. Illa igitur ratio † & generalior & accommodatior à Tiraquello adferri debuit, quòd huiuſmodi prorogatio fieri nunquam poſſit quin obligationis conditio immutetur, ac proinde quin obligatio noua contrahatur, cùm venditore intra priora tempora non offerente prior illa promiſſio euaneſcat ob defectam conditionem, atque ita euenire neceſſe ſit, vt prorogetur id quod non eſt, ſi non niſi prorogationis iure hæc conuentio cenſeatur. Vnde illud etiam fieri conſequens eſt, vt non alius prorogare poſſit, quàm qui ipſe primùm ſe ſub ea conditione obligauit, aut qui emptorem emptoriſve heredem ſub eadem conditionis ſpecie obligare nunc primùm poſſet. Hoc ego contendo, non eſſe difficilius, vt rem à pupilli patre emptam ſine onere retrouendendi, tutor pupilli nomine promittat retrouendere ſub ea conditione, ſi intra certum tempus pecunia à venditore reſtituetur, quàm vt tempus quod pater conſtituerat, & poſuerat in conditione & promiſſione retrouendi tionis faciendæ, proroget venditori. Itaque cùm quærimus, 13
† an tutor pro pupillo poſſit prorogare tempus redimendi, non de illo diſputamus, an rem pupilli ſiue mobilem ſiue immobilem alienare poſſit, ſed an pupillum obligare ſub conditione, quæ in ſtipulatoris poteſtate futura ſit, vt rem ſuam vendat: rem, inquam, quæ à patre pupilli empta fuerit ſine vllo pacto de retrouendendo. Etſi enim ponimus eiuſmodi pactum in emptione per patrem facta interuenille, non tamen maiorem illius rationem habere poſſumus quod attinet ad prorogandi licentiam tutori indulgendam, quàm ſi nullum interueniſſet, cùm prorogatio facere non poſſit vt eo minùs euaneſcat conditionalis illa ſtipulatio quæ cum pupilli patre interpoſita fuerat, quia non primam conditionem extendit (quod per pactum non magis fieri poteſt quàm vt longius tempus in breuiore contineatur) ſed nouam inducit, & per conſequentias nouam obligationem conditionalem, cum obligationis conditionalis ſubſtantia, ſi qua eſt, & vt ita dicam identitas, tota ex conditione æſtimetur. Iiſdem ergo diſtinctionibus expedienda res eſt, quibus vtendum eſſet ſi quæreretur an tutori pupillum obligare liceat: nimirum † valere obli- 14
gationem, dicendum eſt, ſi pupillo vtilis proponatur, qui forteſſe ob eam cauſam maius quidpiam aliud fuerit conſecutus, ſi minùs, non valere. Solemus enim ex pupilli vtilitate æſtimare omnia quæ in re pupilli tutor geſſerit. Quæ tamen diſtinctio non ſimiliter cadere poteſt in eam prorogationem, quam Princeps venditori liberaliter indulſerit, neſcio vel inuito emptore. Nũquam enim in Principis poteſtate † eſt vt ſubditum ſuum ig- 15
norantem aut inuitum obliget, ſaltem quaſi ex conuentione, ne quidem de plenitudine poteſtatis, quia non ſicut tutor pupilli perſonam repræſentat, ita & Princeps ſubditi ſui, vt eadem cum ipſo perſona eſſe exiſtimetur: prorſuſque implicat contradictionem vt redimendi ius tanquam ex conuentione & contractu competat intra tempus prorogatum aduerſus eum qui neque ipſe prorogauit neque prorogationi à Principe factæ vnquam conſenſit. Quod ſi conuentionale non eſt, quæro à prægmaticis, an municipale dicendum erit an principale, aut quo alio nouo nomine donandum? Reſpondebunt † omnes, eſſe conuentionale. Sed qua ratione poſſit dici 16
conuentionale, quod ex mera Principis voluntate non ſolùm citra, ſed etiam contra expreſſam conuentionem inducitur: numquam certè explicabunt. Vellem vt ſaltem erubeſcerent, cùm obmutescunt. Quod de tutore diximus, non ſimiliter de curatore dici poteſt. Cùm enim curator † etiam generalis non perſonæ detur, ſed 17
rebus, indéque fiat vt curator nunquam adulti perſonam repræſentet ſi eum excipias qui furioſo aut prodigo datur (hic enim datur etiam perſonæ) nunquam permittimus curatori vt minorem obliget ignorantem aut inuitum, ne tum quidem cùm obligatio illa

minori vtilis esse potest, sed tantùm vt minori seipsum
18 obliganti autoritatem præstet. Plus iuris habet † procurator generalis. Hic enim in iis omnibus de quibus mandatum habet, domini vice fungitur eiúsque personam repræsentat, vt quicquid à procuratore fit, ab ipso domino, qui mandatum dedit factum esse videatur. Quare nec de eo quisquam dubitat quin huic procuratori liceat dominum obligare, bona ipsius alienare, denique patrimonium eius diminuere, præsertim si ex mandato plenissimam & liberam habeat bonorum domini administrationem. Solent enim nostri distinguere an procurator quis constitutus sit cum libera, vt loquuntur, an simpliciter. De qua tamen distinctione alio loco fusiùs tractandum nobis erit. Illud hìc monuisse sufficiet, quoties de procuratore, siue generali, siue speciali tractatur, id vnum inspici debere, quid mandato expressim contineatur, quid etiam tacitè & verisimiliter contineri, aut non contineri videatur. Apparet autem
19 ex superioribus non semper † verum esse quod dicimus, tutori permittendum non esse vt proroget venditori tempus redimendi, sed eo duntaxat casu quo prorogatio illa fieri non possit, quin noua obligatio conditionalis sub noua conditione contrahatur. Quid enim
20 si contractus † emptionis à pupilli patre initus fuit simulatus & pignoratitius? Finge cum pacto de retrouendendo interuenisse immodicam læsionem in pretio, ac præterea, ne quid desit ex iis quæ interpretes & pragmatici requirunt, consuetudinem fœnerandi. Placet omnibus non tam emptionem quam simulatè sub emptionis nomine pignus fœnúsque improbum contractum esse: vt scripsimus in *Error. 9. Decad. 9.* qui consequenter admittunt, quod & verissimum est, luendi pignoris ius perpetuum hoc casu venditori superesse haud secùs ac si pignus aperta, expressaque conuentione contractum fuisset. Ne alioqui prosit callido fœneratori, quòd subdolè ac simulatè contraxerit in fraudem legitimarum vsurarum. Neque enim lapsus temporis intra quod retrouenditio peti ex pacto potuit, efficere vnquam potest vt dominium rei venditæ quæ re vera obligata tantùm est, transeat in emptorem si non ipso venditionis & traditionis instanti transferri potuerit, quia vt in præcedentibus docuimus, nihil aliud adfert lapsus temporis præter defectum conditionis sub qua emptor se obligauerat de retrouendendo, vt euanescat, non tam obligatio ipsa conditionalis, quæ post defectam conditionem nulla vnquam fuisse intelligitur, quàm stipulatio aut pactum cui conditio illa inserta fuit. Denique pignus quod ab initio re vera pignus fuit, semper pignus manet, nec potest euadere in emptionem, tametsi millies ponas defecisse conditionem promissæ retrouenditionis, quoniam absurdum esset & contradictorium, pignus in emptionem conuerti sola potestate conuentionis, per quam ex contrario appareat id egisse contrahentes vt pignus non emptio contraheretur: Et quemadmodum tota emptio eo casu simulata est, ita in necessariam consequentiam pactum de retrouendendo simulatum esse necesse est, cùm sit pars conuentionis simulatæ: neque verò vlla conuentione fieri potest vt non liceat creditori post hoc aut illud tempus luere pignus quandiu pignus manet, solúmque remedium illud supereſt creditori qui se emptorem dixit, si luendi ius debitori voluit eripere, vt vel pignus distrahat siue iure creditoris, siue ex persona debitoris sub hasta publica, vel dominij ius impetret ex Iustiniani constitutione in *lege vltim. Codic. de iur. domin. imper.* Proinde si emptor hic falsus & simulatus decesserit relicto herede pupillo, cuius tutor (siue ante siue post finita tempora intra quæ redemptio fieri ex pacto debuisset si vera emptio fuisset) prorogauerit venditori eidémque vero debitori tempus redemptionis, quidni valebit prorogatio, cùm & citra prorogationem debitor ille non solùm redimendi, sed quod amplius est, luendi pignoris ius perpetuum habiturus fuisset? Nam ius redimendi supponit translationem dominij factam ex causa præcedentis veræ emptionis, ius verò luendi demonstrat retentam esse proprietatem. Itaque nihil est quod talem prorogationem inutilem facere possit, nisi hoc ipsum, quòd cùm non esset necessaria, effectum nullum habere potest, nec quicquam addere ei iuri quod haberet falsus venditor idémque verus debitor, etiamsi prorogatio nulla facta esset. Nec ad rem pertinet quòd pupillus sit is, qui falso emptori successit. Tritum enim est ex persona heredis non immutari conditionem obligationis *lege 2. §. exhis, D. de verb. obligat.* neque eo minùs fundum intelligi pignoratum quod fœneratori qui pignus acceperat, pupillus heres extiterit. Quare & eum fundum vendere etiam sine decreto tutor pote[illegible] si velit, & pupillo ita expedire arbitretur, quandiu pupilli nomine ius dominij impetratum non est, quia non pupillaris fundus est, sed alienus qui tantùm pigneratus est, *lege magis puto 5. §. si fundus pupillo. D. de reb. eor. qui sub tutel.* Sed etsi
21 ponas, † emptionem factam sub pacto de retrouendendo accedente immodica læsione non vsque adeò simulatam esse, vt nudi pignoris iure censeri debeat, sed tamen tantam læsionem interuenisse, vt conditio pacti de retrouendendo, quæ ex conuentione temporalis fuit, perpetua videri possit (quomodo perpetua esse creditur quoties læsio in pretio excedit bellem, idque sacrosanctis Senatus nostri decretis innumeris comprobatum est) quis neget debere tutori licere, vt non solùm ante præteritum tempus intra quod redimi res potuit, sed etiam post id elapsum & finitum, proroget venditori facultatem redimendi? Eadem enim hoc casu ratio obtinet, quæ & in superiore à nobis vsurpata est, quòd etiam citra prorogationem ius illud redimendi tanquam perpetuum competeret venditori, adeoque imputarentur emptori eiúsque heredi licèt impuberi fructus quos ille ex re empta percepisset, quasi nullo iure & sine titulo perceptos, in eo saltem quòd quincuncium vsurarum modum excederent. Nam si ex interpretum & pragmaticorum sententia ius illud venditori semel quæsitum fuit vt nil obstante limitata conditione pacti de retrouendendo emptorem quandocunque vrgere posset ad retrouendendum, saltem in annum vsque trigesimum, atque adeo ad fructus omnes superfluos aut restituendos, aut quod effectu idem est in pretij restituendi causam imputandos. Cur dicamus alio iure emptorem censeri debere, alio heredem emptoris impuberem? Aut deteriorem fieri conditionem venditoris ex superueniente persona pupilli cum quo nihil contraxerit? Nec proinde dubitandum puto, quin tutori † li-
22 ceat si velit rem ita venditam quamuis immobilem retrouendere sine decreto, etiam post elapsa tempora quæ per conuentionem præstituta fuerant petendæ retrouenditioni. Est enim casus hic ex eorũ numero in quibus decreto nullo opus est ad alienandum prædium pupillare *l. 1. C. quand. decret. opus non est.* Nam quid, obsecro, interest, an tempus quod conuentione præstiturum fuerat nondum præterierit, an verò ita præterierit, vt non eo minùs redimendi facultas supersit ex iuris potestate? Aut quænam iniuria fit pupillo, quidue ipsius interest, si tutor nomine pupilli retrouendat rem, quam vt retrouenderet inuitus cogi potuit, siue ex conuentione, nondum scilicet transacto tempore intra quod retrouenditio fieri debuit, siue ex lege, quæ conditionem temporalem in perpetuũ tempus extendat? Finge ex pupilli vtilitate negotium transactum esse, tutorémque cùm videret in eo esse rem, vt si iudicio experiendum esset, condemnari pupillum oporteret non solùm ad retrouenditionem faciendam, sed etiam ad fructus tam perceptos ac forsassis malè consumptos aut restituẽdos, aut in sortem imputandos

imputandos saltem pro ea quantitate quæ vsurarum quincuncium modum excederet, si trãsegisset cum venditore vt integro pretio recepto fundum retronenderet, cur non boni consulere pupillus debeat quod bona fide tutor gesserit? Aut cur ei permittatur vt impugnet retrouenditionem illam quasi contra leges factam, ob id solùm quòd sine decreto facta sit, quam tamen si tunc à tutore facta non esset, nunc saltem à minore etiam inuito fieri oporteret, & quidem cum damno & restitutione fructuum quos ex pacto & transactione tutoris salvos habeat? An eo iure quod in pupillorum minorúmque omnium fauorem & vtilitatem constitutum est, in ipsorum necem abutemur? Dices fortasse, vel eo saltem nomine decretum esse necessarium & causæ cognitionem vt sciatur an emptionis contractus verus sit, an simulatus & fœneratitius. Ego verò hoc nego. Decretum
23 † enim illud quod Seueri oratio exigit in alienatione rerum minoris, eam duntaxat causam habet ne bona minoris immobilia quæ ipsi salua conseruari quàm maximè interest, sine causa alienentur, eáque prorsus necessaria, id est, ad alienum æs exsoluendum. Cui conse-
24 quens est, vt si fundus † non sit minoris, sed in dominio alterius licèt minori obligatus, decretum nullum necessarium sit, quia nec quicquam est quod impediat, vel remoretur retrouenditionem; quæ cùm sit rei alienæ, nullam prorsus alienationem inducit. Fateor non posse sine causæ cognitione discerni, an emptio fuerit an pignus, & an simulatio aliqua interuenerit necne. Sed eam cognitionem dico posse quandocunque adhiberi, id est, longo etiam post factam retrouenditionem interuallo, qui necesse non est præcedat, cùm non ob eam causam fiat vt retrouenditio valeat, sed vt ex postfacto appareat iam ab initio valuisse. Non enim quod post decennium pronuntiatur contractum esse pignoratitium, facit eum talem ex die tantùm sententiæ, sed qualis iam inde ab initio fuerit declarat: sicut generaliter in sententiis omnibus vsuuenit, vt non ius nouum tribuant, sed id quod iam est demonstrent & probent. Denique sufficit id à tutore factum esse, quod si factum non esset nunc à minore ipso vel inuito fieri oporteret, sicque rem gestam esse, vt ex tutoris facto plus lucri pupillus senserit, quàm ex suo proprio sperare ex iuris ratione debuisset. Hoc enim casu, etiam cum ipso pupillo contractum videtur *l. apud Iulianum 3. §. contractum, in fin. D. quib. ex caus. in poss. eat.*

10 *Actiones quadam cur temporales dicta.*
11 *Prætor quatenus restituere possit aduersus lapsa tempora conditionis.*
12 *Baldi distinctio num. 7. proposita ex qua parte reprehendenda, & num. 14.*
13 *Interpolatam esse legem, si fundus 4. §. sed quod. D. de leg. commiss.*
15 *Distinctio pragmaticorum absurda.*

ERROR V.

De in integrum restitutione pupillo vel minori concedenda aduersus lapsum temporis conuentionalis.

SVMMARIA.

1 *An pupillo vel minori concedenda sit in integrum restitutio aduersus lapsum temporis ad redimendum defuncto parenti dati.*
2 *Species l. Æmilius 38. D. de minorib. vbi similis quæstio proponitur.*
3 *Pauli in d. l. decisio.*
4 *Sententia Bartoli & aliorum de restitutione pupillæ & causa restitutionis in d. l. Æmilius.*
5 *Contraria sententia Francisci Curtij senioris.*
6 *Prima ratio contra sententiam Bartoli.*
7 *Baldi distinctio in quæstione de restitutione pupillæ.*
8 *Accommodatio rationis & distinctionis Baldi ad quæstionem num. 1. propositam.*
9 *Cur aduersus legalem temporis præscriptionem minori restitutio detur, non etiam aduersus conuentionalem.*

IVm is qui rem vendiderat ea lege, vt si intra biennium restitueret pretium emptori, vicissim emptor eam rem retrouendere cogeretur, decessit ante finitum biennium relicto herede impubere aut minore, euenit plerumque vt redimendi tempus elabatur, siue ignoratione pacti à defuncto interpositi, siue vitio ætatis quæ rebus suis commodè & diligenter prospicere non satis potest. Inde verò emergit quæstio ab interpretibus & pragmaticis frequentissimè tractata, an pupillo † vel minori 1
concedenda sit in integrum restitutio aduersus lapsum temporis, siue ex capite edicti de minoribus, siue ex generali clausula edicti, si qua mihi iusta causa esse videbitur, vt perinde admittendus sit pupillus aut minor ad petendam retrouenditionem, acsi tempus illud quod conuentione præscriptum fuerat, nondum elapsum esset. Quæ quæstio à Iulio Paulo Iureconsulto primùm tractata est, licèt in specie non prorsus simile in † *l. Æmilius Larianus 38. D. de minor.* Æmilius Latianus ab 2
Obinio fundum Rutilianum lege commissoria emerat data parte pecuniæ, ita vt si intra duos menses ab emptione reliqui pretij partem dimidiam non soluisset, fundus inemptus esset, item si intra alios duos menses reliquum pretium non numerasset, similiter esset inemptus. Intra priores duos menses Lariano defuncto, Rutiliana pupillaris ætatis successerat, cuius tutores in solutione cessauerant. Venditor denuntiationibus tutoribus sæpe datis post annum eãdem possessionem Claudio Telemacho vendiderat. Pupilla in integrum restitui desiderabat. Victa tam apud Prætorem quàm apud Præfectum vrbi pronocauerat. *Putabam*, † inquit Pau- 3
lus, *bene iudicatum quod pater eius, non ipsa contraxerat.* Neque tamen diffitetur aliter visum esse Imperatori, ea potissimùm ratione, *quòd dies committendi in tempus pupillæ incidisset, eáque res fecisset ne pareretur legi venditionis.* Sed rationem hanc subinde impugnat Paulus iis verbis, *non me moueri, quòd dies postea transisset, non magis quam si creditor pignus distraxisset post mortem debitoris die solutionis finita.* Quare nec dubitant interpretes in hoc opinionum conflictu quin Pauli sententia verior sit, & iuris rationi magis consentanea, quod ad thesim illam attinet, an pupillo succurrendum sit per in integrum restitutionem aduersus lapsum temporis conuentionalis, licèt in ea hypothesi sententiam Imperatoris ipse quoque Paulus fere probet, sed alia ratione quàm qua mouebatur Imperator. *Dicebam*, inquit, *posse magis ea ratione restitui eam, quòd venditor denuntiando post diem quo placuerat esse commissum, & pretium petendo recessisse à lege sua videretur.* Sed & alias rationes duas subiungit, quæ Imperatorem in eam mouerunt sententiam, vt pronuntiaret pupillam in integrum restituendam, quarum prior hæc fuit, quòd lex commissoria ei displicebat. Altera illa, *quòd priores tutores, qui non restitui desiderassent, suspecti pronuntiari erant.* Ex quibus rationibus apparet extra illum casum, id est, si neque de lege commissoria tractatum esset, neque tutores suspecti pronuntiati fuissent, aliud sanè decreturum fuisse Imperatorem, & restitutionem in integrum pupillæ denegaturum. Sed tamen interpretes † & pragmatici fere omnes, duce Bartolo, 4
id ita intelligunt, vt cùm restituenda non fuerit pupilla tanquam minor & solo fauore ætatis ex edicto De minoribus, restitui tamen debuerit ex generali illa

illa clauſula *ſi qua mihi iuſta cauſa eſſe videbitur*, de qua in *l. 1. D. ex quib. cauſ. maior.* ac proinde tanquam maior, & propter iuſtam illam ignorantiam quam obtendere probabiliter poteſt, quiſquis in alterius locum & ius ſuccedit *vulg. l. qui in alterius 49. De regul. iur. l vlt. D. pro ſuo*, maximè verò pupillus, cuius ætas, illa etiam omnia, quæ videt, ignorat, vt ait *l. vnic. C. de falſ. monet.* Eáque ſententia vſque adeò in tribunalibus omnibus recepta eſt, vt non deſint qui ſcribant eam eſſe canonizatam, admirantes ſubtilitatem Bartoli, cui primùm in mentem venerit vt induceret tam probabilem & æquam diſtinctionem. Contra quam tamen inuenio reſponſum † & diſputatum fuiſſe per Franciſcum Curtium ſeniorem *conſ.* 58. aliàs 59. incip. *Chriſti.* Tam copiosè & ſubtiliter ſanè, vt ad eas rationes quas adducit, non putem fieri poſſe vt quiſquam pro Bartolo bene reſpondeat. Illa † autem potiſſima eſt, qua & Paulus mouetur in *d. l. Æmilius* quòd nihil cauſæ ſit cur pupillo ſuccurri debeat in ea re de qua pater eius non ipſe contraxerit. Quid enim abſurdius aut iniquius dici poteſt quàm vt is qui cum pupillo nullum geſſit negotium, cogatur expectare pupilli pubertatem? quemadmodum ex Marcello Vlp. ſcribit in *l. apud Iulianum 3. D. ex quib. cauſ. in poſſ. eat.* vbi per hanc rationem infert ille in hæc verba, *ideóque cùm ex perſona patris contractus deſcendat, dicendum erit non eſſe expectandam pupilli pubertatem.* Quoties enim pupillus aut minor in integrum reſtitui vult ob ætatem, neceſſe eſt vt probet ſe læſum, nec ſufficit probari ætatem *leg. nam poſteaquam 9. §. ſi minor. D. de iureiur. l. quòd ſi minor 24. §. non ſemper D. de minor.* Fieri autem non poteſt vt propter lubricum ætatis minor læſus ſit, ſi nihil ipſe contraxerit, ſed pater eius, tametſi patris heres ipſe proponatur. Qua de cauſa ſic concepta ſunt verba edicti *De minoribus. Quod cum minore quam 25 annis natu geſtum eſſe dicetur, vti quæque res erit, animaduertam. l. 1. §. 1 l. ait Prætor 7. eod.* vt intelligamus ſi nihil omnino geſtum ſit cum minore, ſiue pupillus, ſiue adultus ille ſit, (neque enim Prætor diſtinguit) nullam ſubeſſe cauſam indulgendæ reſtitutionis. Nimirum ſi, quomodo in propoſita ſpecie, contractus cum defuncto initus ſic perfectus fuit & impletus eo adhuc viuo, vt nihil omnino ſuperfuerit, gerendum cum pupillo. Fateor non inuitus, ſi is contractus fuit cuius implendi gratia pupillum aliúmve minorem maiori, qui contraxerat ſuccedentem aliquid facere neceſſe ſit, poſſe pupillum, & minorem quemlibet in integrum reſtitui ſi damnum ſenſerit ob non factum id quod facere debuit: quaſi hoc ipſo aliquid facere videatur, & quidem id quod non debet, quod ea non faciat, quæ facere deberet. Sed ſi in maiori perſona contractus omnino impletus fuit, nego ſuccurrendum eſſe minori contra lapſum temporis ob hoc ſolùm, quòd tempus elabi paſſus ſit ex eóque damnum ſenſerit. Quæ fuit Baldi ſententia & diſtinctio † ad *d. l. Æmilius, & ad l. 2. Cod. ſi aduerſ. vendit. pignor.* Diſtinguit enim, an damnum illud emergat pupillo ex ſolo lapſu temporis, vt eo caſu poſſit reſtitui aduerſus præſcriptionem quam vocat conuentionalem licèt cœperit in perſona maioris, an verò damnum pupillus ſentiat ex contractu inito cum maiore, licet ob lapſum temporis in conuentione adhibiti, vt nulla tunc ſubſit cauſa concedendæ reſtitutionis ex capite minoris ætatis aduerſus lapſum temporis, non magis quàm aduerſus contractum ipſum, cuius pars quædam tempus eſt, quia non poteſt hoc caſu pupillus conqueri de lapſu temporis, quin de contractu ipſo conqueratur. De quo tamen conquerendi ius nullum habere poteſt, cùm non ipſe, ſed maior contraxerit. Quanquam idem Baldus ſubdiſtinguit, an quod intra conuentum tempus factum non fuit, tenderet ad obſeruantiam & approbationem contractus à maiore initi, an verò ad eius deſtructionem & reſolutionem, aut vt loquuntur, annullationem. Poſteriore hoc caſu admittit in integrum reſtitui poſſe minorem, veluti, inquit, ſi ob non ſolutum canonem annuum heres emphyteutæ pupillus aut minor à ſuo iure cecidiſſe dicatur, quoniam licèt ius domini directi ex eo contractu totum pendeat, qui fuit geſtus cum emphyteuta maiore, nec aliud interuenire neceſſe ſit ex parte pupilli, quàm vt non fecerit, quod intra præſtitutum tempus facere debuit, tamen ceſſatio illa in ſolutione canonis annui eò pertinet, vt contractus emphyteuticarius reſoluatur, & pro non facto habeatur. Priore verò caſu non dubitat Baldus, quin omnino deneganda ſit minori reſtitutio, quia ex lapſu temporis non alius effectus inducitur, quàm confirmatio contractus, qui non ſolùm à maiore factus fuit, ſed etiam in maioris perſona impletus & perfectus. Itaque licèt lapſus temporis, ex quo effectus ille inducitur, incidat in tempus pupillaris aut minoris ætatis, nihil tamen ea res pupillo prodeſt, quia nihil noui ex eo inducitur, ſed contractus duntaxat iam alioqui perfectus, viuo maiore, cui pupillus ſucceſſit, tantò magis confirmatur. Eiuſmodi verò eſt † contractus ille de quo diſputauimus, cùm inter maiores facta venditio eſt ſub hac lege, vt ſi intra biennium venditor emptori pecuniam reſtituet, emptor viciſſim retrouendere teneatur. Nam, vt in ſuperioribus tam ſæpe à nobis diſputatum eſt, venditio hæc perinde abſoluta & perfecta eſt, etiam priuſquàm biennium præterierit, niſi pactum de retrouendendo nullum ſubiectum eſſet: & æquè dominium transfertur in emptorem ſecuta traditione, adeóque irreuocabiliter, quamuis non inalienabiliter. Nec ad aliud prodeſt pactum additum de retrouendendo niſi ad inducendam obligationem retrouendendi ſub conditione ſi venditionis pretium reſtituetur. Et conſequenter ex lapſu biennij nullum acquiritur ius emptori, vt eò magis aut irreuocabiliùs fiat dominus poſt biennium, qui iam ante biennium vero ac pleno iure dominus fuit, nec rurſus vt liberetur ab obligatione conditionali, quæ quandiu conditio pependit, nulla fuit, defecta verò conditione prorſus euanuit. Sed tantùm vt deſinat poſſe vnquam ne ſub conditione quidem obligari ex ea cauſa, acſi nullum de retrouendendo pactum, nulla ſtipulatio vnquam interueniſſet. Venditor autem vel pupillus qui in venditoris iura ſucceſſerit, non aliud amittit ex lapſu vllo temporis, niſi ſpem illam obligationis perſonalis quam in eum vſque diem habere potuerat ex pacto vel ſtipulatione conuentionali ad extorquendam ab inuito emptore retrouenditionem, aut quanti ob eam cauſam ſua intereſſet. Cuius tamen ſpei ne ratio vlla haberi poſſit, illud facit, quòd defecta tandem pacti conditione propter lapſum temporis in conditione poſiti, ſicuti nullum pactum nullaque promiſſio retrouendendi vnquam præceſſiſſe intelligitur, ita neque ſpes vlla ex eo pacto vnquam competiiſſe videri poteſt, non magis quàm ex eo pacto quod nunquam fuiſſet, quia actus conditionalis licèt pendente conditione non omnino nullus ſit propter ſpem exituræ quandoque conditionis, tamen defecta quandocunque conditione non tam nullus, quam prorſus nihil eſt, & tale quid quod ſemper nihil fuit. Itaque ſi pupillo, & minori ex hac cauſa prætor per in integrum reſtitutionem ſuccurreret, vt etiam poſt lapſa conditionis implendæ tempora cum admitteret ad conditionem implendam, petendamque retrouenditionem, faceret reſtitutio vt non ſolùm plus iuris haberet pupillus aut minor quàm anteà habuiſſet, ſed etiam vt aliquid iuris nunc haberet ille, qui nihil prorſus anteà habuiſſe videri poſſet. Plus enim iuris habet qui intra triennium poteſt implere conditionem, quàm qui intra biennium, nec præterito biennio dici poteſt ius aliquod vnquam habuiſſe ex actu conditionali eum qui intra biennium implere quidem potuit conditionem, ſed non impleuit. Atqui abhorret hoc à natura reſtitutionis

ſtitutionis in integrum vt plus iuris tribuatei qui in integrum reſtituitur quàm habuerit anteà. Satis enim eſt vt tribuat tantundem, nec plus nec minùs vt omnia in integrum, id eſt, in priſtinum ſtatum reſtituantur. Ergo quemadmodum prætor facere non poteſt, vt biennium quod effluxit, non effluxerit, aut vt in biennio triennium contineatur. Itaque neque aduerſus lapſum biennij concedere reſtitutionem ad hoc vt conditio quæ intra biennium impleri debuit, ad triennium vſque impleri poſſit. Præſertim cùm vel minima in tempore conditionis mutatio conditionem muret, aliamque faciat quàm ſub qua emptor promiſerat retrouenditionem. Proinde prætor ſi huiuſmodi reſtitutionem indulgeret, non ſolum nouam conditionem induceret ſed etiam nouam obligationem, & quæ nunquã fuiſſet, quod ſanè non magis facere poteſt quam Princeps, de cuius in hanc rem poteſtate tam fusè à nobis ſuprà diſputatum eſt. Prætor enim cùm aduerſus extinctam obligationem in integrum reſtituit, id tantum agit vt veterem obligationem reſtituat, & conſequenter ſub iiſdem qualitatibus & conditionibus, non etiam vt nouam inducat. Dices, ſecundum hanc rationem ſi recta eſſet, dicendum fore, nunquam prætorem poſſe minori dare reſtitutionem in integrum aduerſus lapſum temporis, ne quidem legalis, quia non magis in legali quàm in conuentionali biennio triennium contineri poteſt. Et tamen nemo dubitat quin aduerſus legalem temporis præſcriptionem reſtitutio minoti danda ſit à prætore *l. ſicut 3. C de præſcr. 30. vel 40. annor. l. vlt. C. in quib. cauſ. reſtit. in integr. non eſt neceſſ.* Reſpondeo † multum differre hac parte tempus quod à lege præſcribitur, ab eo quod ex contrahentium voluntate expreſsàque conuẽtione: quia lex nihil niſi quantitatẽ temporis intuetur, non hanc aut illam præcisè diem à qua incipere præſcriptionem velit, aut qua finiri. Exempli cauſa ſi de annali aut biennali præſcriptione quæratur, non curat lex an incipiat annus ex Cal. Septembr. an ex Octobribus. Et quamuis eadem lex conſtituat annum incipere ex quo die hoc vel illud factum fuerit non tamen curat an hoc vel illud fiat Calend. Septembribus an Octobribus. Itaque facilè prætor in huiuſmodi cauſis reſtitutionem concedere poteſt tanquam interpres legis, non vt pro biennio ſubſtituat triennium, ſed vt pro die diem, pro menſe menſem, pro anno annum, *l. ſed etſi 26 §. quoties D. ex quib. cauſ. maior.* vt tantundem reddat reſtitutio quantum abſtulit læſio. Neque in eo cuiquam facit prætor iniuriam, ne legibus quidem, quarum ſcilicet ex æquitate temperandarum adeóque corrigendarum ius habet. At cùm ab ipſis contrahentibus ſtatutum tempus eſt, intra quod aliquid fieri, præſertim verò conditionem impleri oportuerit, non poteſt Prætor aduerſus lapſum temporis concedere in integrum reſtitutionem, quin faciat iniuriam ei qui eo tempore conuenerat, non alias neque ſub alia conditione contracturus. Hoc ipſo enim quod aduerſus lapſum temporis in conditione poſiti reſtitutio daretur, noua quoque conditio induceretur, & quidem conuentionalis, quæ tamen à prætore ſolo formam acciperet, nec ſolùm citra, ſed etiam contra ipſam conuentionem quæ à contrahentibus facta eſſet. Quod vtique nemo dixerit debere in prætoris eſſe poteſtate, niſi qui & ſtipulationes prætorias eaſdem cum conuentionalibus eſſe dixerit. Multóque facilius eſt vt poſſit in integrum reſtituere aduerſus elapſa tempora proponendæ actionis quæ iam aliquando competierit, quàm vt nouam ipſe actionem inducat, adeóque quod magis eſt, nouam obligationem, qualis proculdubio illa eſſet, quam induceret noua inducta conditione. Actio enim quæ ſemel competiit, nunquam tempore finiri poteſt ipſo iure, cùm tempus non ſit modus tollendæ, ſicut nec inducendæ obligationis *vulg. l. obligationum ferè 44. §. placet. D. de obligat. & action.* Et cùm dicimus actiones † quaſdam eſſe temporales ad earum differẽtiam quæ ſunt perpetuæ, *tit. Inſtit. de perpet. & tempor. action.* non ad ius ipſum actionis reſpicimus, quaſi tempore vllo finiatur, ſed ad ius exceptionis quæ ex tempore inducitur, quam & temporis præſcriptionem dicere ſolemus, vnde & *tit.* ille in *Pand. de diuerſ. tempor. præſcript.* pro quo extant in Codice tot alij. *De long. temp. præſcript. de quadr. præſcript. De præſcript. 30. vlt. 40. annor.* Præſcriptio enim prudentibus noſtris nihil niſi exceptio eſt, quæ omnimodo ſupponit præcedentem actionem, cùm nihil aliud exceptio ſit, quàm actionis excluſio, *l. 1. 2. & paſſ. D. de exception.* Itaque Prætor cùm in integrum reſtituit actorem aduerſus elapſa tempora actionis temporalis, nihil efficit niſi vt erepto exceptionis commodo ei qui conuenitur, ſaluam det actori facultatem agendi, perinde acſi tempora nondum elapſa eſſent. Sed etſi actio ipſa per lapſum temporis non modò excluſa, ſed prorſus etiam extincta proponeretur, facilius tamen eſt prætori per in integrum reſtitutionem, facere vt vetus actio qualis fuit reſtituatur, quàm vt noua inducatur. Maximè cùm fieri nequeat vt noua illa veteri perſimilis ſit, quandoquidem naſcitur ex noua obligatione, quam nouam facit noua conditio propter innouatam conuenti temporis quantitatem. Obiicies forteſſe, nec illud nouum eſſe, vt Prætor in integrum reſtituat aduerſus lapſa tempora conditionis, ſicut & aduerſus lapſum temporis intra quod actio proponi debuit. Nam ſi minor quis fuerit heres inſtitutus aut legatum acceperit ſub ea conditione, *ſi intra centum dies fuerit à patre emancipatus*, nec intra id tempus ſit emancipatus, ob id ſolùm quòd non certiorauerit patrem qui eum fuerat emancipaturus, ſi conditionem ſciuiſſet, conſtat poſſe minorem in integrum reſtitui aduerſus lapſa tempora conditionis, etiam ad lucrum ex teſtamento captandum, ſi modò paratus ſit patet eum emancipare, *l. 3. §. & ſi heres. D. de minor.* Nam ſi ad lucrum captandum hæc reſtitutio minori datur, quantò magis dabitur ad damnum vitandum? Reſpondeo, multùm † etiam hac parte differre temporalem conditionem teſtamentariam à conuentionali, quia teſtator qui inſtitutioni aut legato conditionem illam adſcripſit, *ſi intra dies centum à patre fuerit emancipatus*, licèt tempus certum adiiciat, non tamen præcisè rationem habuit huius vel illius diei, id eſt an intra Calendas Septembres an Octobres ea conditio impleri omnimodo deberet, quia neque ſcire illud potuerit quo demùm tẽpore centeſimus ille dies futurus eſſet, non magis quàm quo die eſſet ipſe morituru, cùm certi iuris ſit, eos centum dies incipere currere ex tempore mortis teſtatoris, adeóque ex quo aditi poſſit hereditas, *l. ſi Titio 23. §. 1. D. quand. dies legat. ced.* Proinde nihil fit contra voluntatem teſtatoris, neque noua conditio per prætorem inducitur, cùm poſt elapſos centum dies minor reſtituitur ad hereditatem adeundam petendúmve legatum, parato patre eum emancipare. Præciſa enim dies illa eſt, quæ facit vt quantulacumque temporis immutatione, ipſa quoque conditio immutetur. Imò tantò magis defuncti voluntas conſeruatur, quam credibile non eſt eam fuiſſe, vt ſolo lapſu temporis inſtitutio intercideret ante declaratam à patre voluntatem, in cuius poteſtate eſſet implere conditionem, quamuis ſi filius ille maior eſſet, nullo iure ſe reſtitui poſtularet, præſertim aduerſus amiſſam lucri conſequendi occaſionem. Minorum enim priuilegium illud eſt vt iis etiam in lucro ſuccurratur. Aut minori irrogatam, quàm ſi à maiore cui minor ſucceſſiſſet ea conditio impleri iam potuiſſet, quoniam, vt in ſuperioribus diſputauimus, numquam ex perſona heredis obligationis ſubſtantia & conditio, aut ipſius conditionis forma immutatur. In eóque forteſſe reprehendenda † eſt ſupradicta Baldi diſtinctio, ex ea parte quæ habet concedendam minori reſtitutionem aduerſus lapſum tẽporis conuentionalis, quoties ob non factum id quod fieri debuit, contractus à maiore initus reſoluitur, &

annullatur, non etiam ſi tantò magis confirmetur, & impleatur. Nam & in ſpecie *d.l. Æmilius* proponebatur ea conuentio facta inter maiores, vt fundus qui emptus fuerat, inemptus fieret, ſi pretium intra certa tempora ſolutum non eſſet: quæ poteſtas eſt legis commiſſoriæ vt ipſo iure reſoluat venditionem, nec eo magis tamen Paulus credidit extra ordinem iuuari debuiſſe pupillam per in integrum reſtitutionem, tametſi lex illa commiſſoria in venditionibus odioſa putaretur: non illa tantùm ratione, quam attulimus *Decade* 21. quòd bona fide initam venditionem reſoluat, ſed etiam in pleriſque credimus, quòd emptori, qui partem pretij ſoluit, damnum inferat vt eam quantitatem quæ ſoluta eſt amittat, *l. ſi fundus* 4. §. *ſed quod ait Neratius, D. de leg. commiſſ.* vbi Neratij ſententia laudatur exiſtimantis emptorem hoc caſu lucrari debere fructus quos ex re empta inemptáque perceperit, quos alioqui actione ex vendito reſtituere deberet quaſi nullo iure perceptos. Niſi quis dicat, quod ego probabilius arbitror, eo demùm caſu pretium amitti quo idipſum conuenerit inter emptorem & venditorem. Nam & de arris quarum amiſſio facilior & tolerabilior eſt, conſtat frequentem fuiſſe conuentionem, vt eas emptor amitteret ſi pretium non ſolueret intra tempus præſtitutum, *l. vlt. D. eod. l.* 1 *C. de pact. int. empt. & vendit.* Cur verò ea conuentio adhiberetur, ſi etiam nulla adhibita ius ita eſſet vt arras perdere emptor deberet? Aut ſi nequidem arras perdit, cur amittet pretium? Quod enim legis commiſſoriæ poteſtate venditio reſoluitur, fundúſque inemptus ſit, ſuadet potiùs vt venditor qui contractus legem exercet, pretium à ſe acceptum reddere debeat, quaſi quod ſine cauſa penes eum eſſe inciplat, quod ex cauſa emptionis amplius eſſe non poteſt.
13 Quod ſi ita eſt, vereor † ne ſit interpretis tota illa clauſula & illatio quæ eſt in *d. §. ſed quod ait, Igitur ſententia Neratij tunc habet locum quæ eſt humana quando emptor aliquam partem pretij dedit.* Non enim ſic Neratius locutus fuerat aut Vlpianus ex Neratio *cum pretium emptor dedit*, ſed longè aliter, *cùm pretium quod numeranit, perdidit.* Ita potiùs innuens, non omne quod numeratum eſt perditum etiam eſſe, ſed certo duntaxat caſu, puta ſi ita conuenerit. Et verò ſecundùm hanc clauſulam dicendum eſſet, ſoluta quoque per commiſſoriam legem venditione, non alio tamen caſu emptorem fructus à ſe perceptos reſtituere debere, quàm quo nullam pretij partem ſoluiſſet, ſiquidem ſoluto integro pretio, de lege commiſſoria quæri non oporteret, cuius ea conditio eſt. Si intra certum tempus pretium totum non fuerit exſolutum. Atqui etiam ceſſante legis commiſſoriæ poteſtate, non deberet emptor fructus vllos lucrari, qui nullam omnino pretij partem ſoluiſſet, quemadmodum ex contrario dicimus, iniquum eſſe vſuras ab eo exigi, qui fructus non perceperit *l. liberalitatis* §. 1. *D. de vſur.* Ergo cùm ob non ſolutum pretium fundus inemptus factus eſt, debet emptor fructus omnes reddere, tametſi partem pretij intulerit, non tam ratione non ſoluti pretij, quàm poteſtate pacti per quod reſoluta venditio eſt, alioqui euenirет vt qui vel vnum ſoluiſſet nummum, fructus integros retinendi ius haberet, quod tam abſurdum eſt, vt nec aliter Neratij ſententiæ locum eſſe putem interpoſita etiam pactione *De ſoluto pretio perdendo*, quàm ſi ea pars pretij quæ ſoluta eſt, fructuum quantitati & æſtimationi reſpondeat. Quo demùm caſu æquum videtur emptorem lucrari fructus, & quidem omnes & totos, id eſt non ad ratam vſque ſoluti pretij duntaxat, quia non in vicem vſurarũ eos lucratur, ſed in vicem ſortis pretij, quæ tota emptori ex pacto amiſſa remanet penes venditorem. Sed hoc obiter. Ad id enim redeundum eſt, quod
14 † contra Baldum diſputabamus, non eò magis eſſe ſuccurrendum pupillæ aduerſus lapſum temporis conuentionalis, quòd ex non facto pupillæ deſtruatur, & annulletur contractus qui fuerat initus cum maiore, ne tum quidem cum pactio inter maiores facta odioſa eſt. Sic enim Paulus in quæſtione *De lege commiſſoria* reſpõdit. *d. l. Æmilius*, niſi fortè quis putet malè Paulum reſpondiſſe, ac meliùs Imperatorem decreuiſſe: quod tamen ex interpretibus nemo putat, præſertim ſi ponas ceſſare rationes cæteras præter odium legis commiſſoriæ quibus motus eſt Imperator vt in ea ſpecie reſtitutionem in integrum pupillæ indulgeret. Id eſt, quod & venditor pretium petendo poſt diem legi commiſſoriæ renuntiaſſe videbatur, & tutores qui in ſolutione ceſſauerãt, ſuſpecti pronunciati erant. Quantò minùs igitur danda erit minori reſtitutio aduerſus lapſa tempora pacti de retrouendendo, quod non ſicut pactum commiſſorium odioſum eſt, ſed fauorabile? Atqui, inquit Baldus, ſi emphyteutæ heres minor ceſſauerit in canonis annui ſolutione, dubitandum non eſt, quin aduerſus commiſſam legem cõtractus reſtitui in integrum poſſit, & debeat. Fateor. Sed nego id fieri ob eam cauſam, vt Baldus putat, quòd ea ceſſatio tendat ad reſolutionem & annullationem contractus. At quia inter dominum directum & emphyteutam non id agitur, vt ſi ſua præcisè die penſio nõ ſoluetur, contractus pro infecto habeatur, ſed potiùs vt quandiu penſio ſoluetur, expelli emphyteuta non poſſit *l. 1. D. ſi ager veſtigal.* id eſt *emphyt. eſſ. dicet.* Eſt enim ex conuentionis interpretatione à contratio ſenſu, potiùs quàm ex conuentione expreſſa, vt ſi penſio non ſoluetur, emphyteuta expellatur. Quod ipſum tamen, id eſt emphyteutam expelli, longè minùs eſt quàm ſi emphyteuſis pro non facta haberetur. Sicut & conuentio illa, vt ſi pretium emptionis intra dictam diem ſolutum non erit, fundus ad venditorem reuertatur, multo minoris eſt poteſtatis & efficaciæ, quàm ſi lex commiſſoria, quæ in eum ipſum caſum facit fundum inemptum, vt ex eo apparet, quod illo caſu etiam impleta conditione non habet venditor rei vindicationem, ſi modò iam anteà tranſtulerit poſſeſſionem non precariam in emptorem, ſed agere tantùm poteſt ex vendito, *l. 3. C. de pact. inter empt. & vend.* Cùm verò legis commiſſoriæ poteſtas exercetur, nihil eſt quod venditori obſtet quominùs fundum à ſe venditum traditúmque vendicare poſſit, haud ſecus acſi eum nulla tradendi cauſa præcedẽte tradidiſſet, cùm ex ea lege inemptus fiat, proindéque remaneat nuda traditio, ex qua dominium neque transferri poteſt, neque videri vnquam fuiſſe tranſlatum, vt abundè à nobis diſputatum eſt Decade 22. Quid enim refert an conuenerit vt fundus inemptus fiat, an vt dominium pertineat ad venditorem, quemadmodum in ſpecie *l. 1. eod.* quo caſu vtique nemo negauerit dandam venditori tanquam domino vindicationem, alioqui lex contractus non omnimodo ſeruatur, quam ſeruandam eſſe conſtat *l. vlt. eod. tit.* licèt non ignorem ei qui ſub commiſſoria lege vendidit dandam quoque actionem ex vendito, ex reſcriptis Imperatorum Antonini & Seueri, de quibus in *leg. 4. de leg. commiſſ.* quòd ea actio ſit commodior, & expeditior quàm vindicatio, ſiue quòd dominij probario difficilior eſſe ſoleat, ſiue quòd fieri poſſit vt venditor non ſit dominus, cui proinde vindicatio dari nequeat, quem tamen non eo minùs æquum ſit frui commodo iuſtæ conuentionis, poſteaquàm placuit etiam alienam rem vendi poſſe. Similiter qui fundum dedit in emphyteuſim, ſi penſio ad diem non ſoluatur, habet actionem ex contractu ad expellendum emphyteutam, & præterea vindicationem iure dominij directi: ſed non ideò poteſt dicere contractum ipſo iure reſolutum, & pro infecto habendum eſſe, ſi non expreſſim ea lex contractui dicta proponatur, quia ceſſatio illa in ſolutione canonis annui non tam reſolutionem inducit, quàm moram, quæ ipſa etiam purgari poteſt adeóque inter maiores, vt vulgò, & rectè ab interpretibus traditum eſt *l. vlt. C. de iur. emphyt.* quanto magis igitur permittendum erit minori vt ex hac cauſa impetret in integrum reſtitutionem, ſi fortè negligens fuerit non ſolùm in ſoluendo canone, ſed etiam in purganda mora? Nam nec penſio illa annua

pretij

pretij loco eſt, at ne quidem mercedis, niſi tanta ſit, vt appareat habitum fuiſſe reſpectum ad quantitatem fructuum, ſed tantùm in recognitionem dominij directi debetur: quam in rem ſola debiti profeſſio ſufficere poteſt citra ſolutionem, non ad liberandum emphyteutam, eundémque debitorem, ſed vt appareat nihil cauſæ eſſe, cur ideò contractum ipſo iure reſolui, aut pro reſoluto haberi oporteat. Ergo, vt concludamus, non debuit Bald. diſtinguere, an ob non factum à minore id quod fieri debuit intra certam diem, contractus à maiore initus confirmetur, an verò annulletur, ſed omnimodò & indiſtinctè debuit dicere, quod nos contendimus, lapſum temporis poſiti in conditione conuentionis inter maiores factæ, perinde minori nocere, adeóque pupillo, atque noceret maiori vt conuentio effectum ſuum ſortiatur ex *d. l. Æmilius*. Illud verò multo abſurdius † eſt, 15
quod per Bart. pragmatici tam obſtinatè defendunt, ita denegandam reſtitutionem minori ex capite minoris ætatis, vt tamen eam concedant tanquam maiori ex capite iuſtæ ignorantiæ, & ex clauſula illa edicti, *ſi qua mihi iuſta cauſa eſſe videbitur*. Etſi enim fatentur, quod & verum eſt, multum intereſſe an minori reſtitutio detur tanquam minori, an verò tanquam maiori, vt ex iis apparebit quæ ſequenti cap. dicturi ſumus, effectu tamen ipſo æquè accidit vtroque caſu, vt conuentionis ſuæ fructu, & emolumento propter perſonam minoris priuetur is qui cum maiore non cum minore contraxerat. Siue enim reſtituatur minor tanquam minor, ſiue tanquam maior, illud conſequitur vt perinde audiendus ſit poſt lapſa tempora, acſi lapſa non eſſent, qui tamen ſi maior eſſet nullomodo audiretur: atque ita ſemper fit, vt noceat ei ætas illius cum quo non contraxerit, & de quo non potuerit contractus tempore cogitare. An enim cum maiore contrahens diuinare debuit futurum, vt maior ille ante lapſa conuentionis tempora moriturus eſſet, pupillúmque aut maiorem heredem relicturus? Imò verò ſicut ignorantia heredis vita defuncti non excludit, vt Iuriſc. ſcribit in *l. cùm heredes* 11. *D. de diuerſ. temp. præſcrip.* Ita dicendum eſt magis debere heredi etiam pupillo nocere ſcientiam defuncti, quàm ignorationem propriam prodeſſe, ne ex capite ignorantiæ reſtituatur aduerſus conuentionem à maiori factam. Nec ſanè vllo iuris loco reperias plus fauori ignorantiæ quàm pupillaritati, vt qui tanquam minor reſtitui non poteſt, cùm ſit minor, reſtitui poſſit tanquam maior ex iuſta ignorantia. Quænam enim poteſt iuſta cauſa eſſe indulgendæ reſtitutionis pupillo, ſi pupillaritas iuſta non eſt? Aut cur, obſecro, propoſitum fuit edictum à Prætore *Ex quibus cauſis maior*, niſi vt maioribus ſuccurreret ex iis ipſis cauſis, ex quibus multò magis ſuccurſurus eſſet minoribus tanquam minoribus, ſi minor ætas interueniret? Nam quemadmodum ſi minor furioſus ſit, aut prodigus, dat ei Prætor curatorem non tanquam furiolo aut prodigo, quomodo maiori daret, ſed tanquam minori, quaſi ætatis vitium illud ſit non hominis, *l. 3. §. quia autem. D. de tutel.* Ita ſi minori danda ſit reſtitutio ex ea cauſa, ex qua etiam maiori ſuccurreretur, reſtituere eum Prætor debet, tanquam minorem, non tanquam maiorem. Ergo ſi verum eſt quod nec Bartolus ipſe negat, tempus præſcriptum ex conuentione inter maiores facta currere minori, & quidem cum effectu, id eſt ſine ſpe reſtitutionis ex edicto *De minoribus*. Illud quoque admittendum eſt, non poſſe reſtitui eum quaſi maiorem, alioqui non curreret tempus minori cum effectu: implicatque contradictionem, vt tempus currat minori cum effectu, & vt reſtitui poſſit tanquam maior.

ERROR VI.

De ſententia §. illud l. ſi creditor 7. D. de diſtr. pignor. & de lectione l. Æmilius 38. D. de minor.

SVMMARIA.

1 *Proponitur excutienda ſententia l. ſi creditor. 7. §. illud D. de diſtr. pignor.*
2 *d. §. Triboniani eſſe, non Marciani.*
3 *Sententia l. 1. C. ſi aduerſ. vendit.*
4 *In l. Æmilius 38. D. de minor. mendum ſubeſſe.*
5 *Ex d. l. Æmilius colligi non eſſe in Principis poteſtate, vt tempus conditionis à contrahentibus præſcriptum proroget, ne quidem ex cauſa pupillaris ætatis.*

VNus tantùm iuris locus eſt, qui pro minoribus facere videatur. Is eſt in *l. ſi creditor, 7. §. illud inſpiciendum eſt. D. de diſtract. pign.* vbi † quæritur, an liceat debitori, ſi hypotheca vænierit, ſoluta pecuniâ eam recuperare. Reſpondetur autem cum diſtinctione, vt ſiquidem ita vænierit, vt ſi intra certum tempus à debitore pecunia ſoluta fuerit, emptio reſcindatur, intra illud tempus pecuniâ ſoluta recipiat hypothecam: ſi verò tempus præterierit, aut ſi non eo pacto res vænierit, non poſſit reſcindi venditio, *niſi*, inquit, *minor ſit annis viginti quinque debitor, aut pupillus, aut reipublicæ cauſa abſens, vel in aliqua earum cauſarum erit, ex quibus edicto ſuccurritur*. Sed iam præmonui † in 2
ſuperioribus, cùm tractaui de ſententia & lectione *l. ſi cum venderet* 13. *D. de pign. act.* locum illum mihi ſuſpectum eſſe, & Triboniano dignorem videri quàm Iurecõſulto, ſiue quæſtionem ipſam conſidero, ſiue reſponſionem. Quæſtio enim ridicula eſt, & quam nemo ex prudẽtibus vnquam propoſuiſſet, an ſi pignus diſtractum ſit vel hypotheca, liceat debitori ſoluta pecunia eam recuperare. Nam prudentibus omnibus certiſſimi iuris ſemper fuit, rectè & legitimè diſtracto pignore nullum debitori ſupereſſe ius offerendi, ſiue emptori offerre velit, ſiue creditori, *l. 2. C. ſi antiq. credit. pign. vend.* & ſexcentis aliis iuris locis. Sed & ita concipi quæſtio debuerat, an debitori liceret offerendo pecuniam emptori aut creditori pignus recuperare, non autem an recuperare poſſit *ſolutâ* vt textus habet, *pecuniâ*. Non enim ponere poſſis ſolutam à debitore pecuniam quin ponas acceptam ab emptore: quin tamen conſtat hoc ipſo quo pecuniam accipit à debitore, obligare ſe vt pignus reddat, etiamſi millies præterierit tempus intra quod ſolui pecunia debuerat. Sed Triboniano familiare fuit, ablatiuis iſtis abſolutis vti ſæpiſſimè, quaſi pro genitiuis græcis, itémque ſolutionis & oblationis nomina & iura, vt cæteta ferè omnia confundere. Reſponſio autem & diſtinctio ſupradicta prorſus inepta eſt. Nam & ratione iuris illud abhorret, vt ex pacto, quod creditor adhibuerit in pignoris venditione, actio perſonalis debitori detur cõtra emptorem, niſi impetrata priùs ceſſione per debitorem, cui nimirum in eam rem pignoratitia actio accommodari ſolet & debet, quemadmodum ab Vlpiano reſponſum eſt in *d. l. ſi cùm venderet*. Deinde quod exceptionis loco ſubiicitur, *niſi minor ſit annis viginti quinque debitor aut pupillus*, prorſus abſurdum eſt. Quid enim attinebat verba illa addere *aut pupillus* cùm iam de minore annis viginti quinque dictum eſſet? An verebatur Tribon. ne quis fortè dubitaret verum pupilli deterior quàm adoleſcentis conditio eſſe deberet, vel, an minor eſſet annis viginti quinque qui eſſet pupillus? Tum verò quis vnquã dixit minorem aut abſentem reipublicæ cauſa reſtitui poſſe ex edicto ob id tantùm quod non egerit ex aliena conuentione? Prius namque erat vt diceret Tribonianus

&

& probaret ex pacto creditoris pignus distrahentis competere actionem debitori quàm vt de ea ex edicto restituenda tractaret. Non enim alia edicti potestas est, nisi vt amissa actio restituatur. Amissa porrò esse non potest, quæ nunquam competit. Sed etsi admitterem quod semper negabo, ex pacto creditoris pignus distrahentis dandam esse actionem debitori intra id tempus quod in conuentionem deductum sit, non tamen æquè admittere illud possem, dandam ei aduersus lapsum temporis in integrum restitutionem, siue ex capite pupillaris aut minoris ætatis, siue ob absentiam, quæ reipublicæ causa contigerit. Cur enim hac parte plus iuris habeat is qui non contraxit, quique ex alterius persona ius nanciscitur, quàm is ipse qui contraxit? Atqui non posset in integrum restitui creditor, non solùm quòd neque minor esset, neque absens fuisset, verùm etiam quia nihil omnino ipsius interesset. Non enim ad aliud teneri potest pignoratitia actione, nisi vt quas ex vendito actiones aduersus emptorem habet, eas præstet, credátque debitori *d.l. si cùm venderet*. Nullas autē habet post elapsum tempus, quod fuerat conuentione præfinitum. Neque verò ratio vlla est cur emptor qui ea lege accessit ad emptionem pignoris vt si intra certum tempus pecuniam debitor redderet, emptio rescinderetur, post tempus illud cogatur rem restituere, siue vi & potestate restitutionis in integrum, siue quo alio iure, cùm non alia lege fuerit empturus, eáque temporis immutatio quantulacumque sit & vndecumque tandem emergat, pretij quoque diuersitatem inducat (siquidem pactum illud pars pretij est, vt toties diximus.) Pretij verò diuersitas post perfectam exceptionem induci nunquam potest, quin alia quoque venditio fieri videatur *l. pacta conuenta 72. D. de contr. empt.* Quid autem absurdius, quàm vt venditio per creditorem facta immutetur, & alia fiat ex persona & conditione minoris aut absentis reipublicæ causa, qui nihil contraxerit? Nam & si pignus à maiore datum proponeretur ea lege vt non aliter pignus distrahere creditor posset quàm si intra certum tempus soluta pecunia non esset, mortuo interim debitore cui pupillus successerit, constat non eò minùs posse creditorem pignus vendere suo iure post diem, acsi debitor adhuc viueret, aliúsve maior annis viginti quinque debitori heres extitisset, vt apertissimè Paulus tractat, & tanquam de iure indubitato in *d. l. Æmilius*, vers. *Non me moueri*, tametsi verum sit ante distractionem factum esse pupillare prædium quod anteà pupillare non erat, in eámque proinde causam deuenisse, vt alienari posse desierit, si vel minimo pupilli facto aut consensu ad faciendam alienationem opus esset. Quænam igitur ratio afferri potest, ob quam restitui pupillus debeat aduersus lapsum temporis adhibiti in conuentione, quam non ipse pupillus, nec alius in cuius locum successerit, sed creditor ipse fecerit & quam pro arbitrio facere potuit, & suo iure? Quamquam etsi Marciani quis esse volet textum illum quem nos Triboniano adscribimus in *d.§. illud*. facilis responsio est ne aduersus sententiā nostram Marcianus respondisse videatur. Tractat enim locus ille de minore, qui sit ipse debitor, non qui successerit debitori, & consequenter de pignore quod ab ipso minore constitutum sit aut etiam à iudice in odium minoris, fortasse ex causa iudicati, vt in *l. si ex causa 9. D de minor.* quo casu constat succurrendum esse minori aduersus venditionem pignoris, quantumlibet ritè ac legitimè factam, non quidem facilè & indistinctè sed ita demum si grande damnum sit minoris, vt Vlpianus loquitur in *d.l. si ex causa*. Cui conuenit quod ab Impp. Diocletiano
3 & Maximiano rescriptum † est in *l. 1. C. si aduers. vendit. pignor.* etiam aduersus venditiones pignorum quæ à creditoribus fiunt minoribus subueniri, si tamen, inquit lex magno detrimento afficiantur, Nimirum si pignora de quorum venditione rescindenda agitur ab ipsis minoribus aut contra eos à iudicibus constituta propo-nantur. Nam si ab eo cui minor successit pignus datum fuerit, siue pater is fuit, siue extraneus quilibet, non habet rationem desiderium minoris si ob ætatem suam velit rescindi venditionem quam creditor fecerit rei ab alio sibi obligatæ, quemadmodum iidem Impp. rescripserunt in *l. 2. eo tit.* quæ nisi hac adhibita distinctione cum præcedente conciliari nullo modo potest: & in qua notatu dignum illud est, quod ne tum quidem cùm creditor dolosè versatus est in distractione pignoris ab alio quàm à minore accepti, minori tamen succurri patitur aduersus emptorem, sed tantùm aduersus creditorem ipsum, qui dolum admisit, aut aduersus minoris tutores vel curatores qui venditionem quam impedire poterant permiserint, si modò ritè distractæ sint. Si quid enim minus ritè factum sit, non potest securus esse emptor cuius titulus iuris solennitate destituatur, vt Paulus docet *lib. 1. Sentent. tit. 9. §. vlt.* Eundémque sensum habet quod in *d. §. illud* scriptum est de absente reipubl. causa, vt scilicet restitui possit aduersus venditionem pignoris, quod ipse dederit, non quod ab alio datum sit cui ipse successerit. Quod veteor ne non satis bene perceptum sit à nostris interpretibus, vt nec ab Andr. Tiraq. *de retr. conuent. §. 1. gloss. 2. num. 59.* Quod autem in hoc loco Triboniani manum indicamus, fiet probabilius, si ea coniungantur quæ scripsimus in superioribus *De sententia §. vlt. eiusdem legis*, quem §. Triboniani etiam esse probauimus, & à iuris ratione omnino abhorret. Illud † etiam à nobis docendum superest quod pertinet ad *d. l. Æmilius 38. D. de minor.* subesse in ea mendum à nemine, quod miror, adhuc animaduersum, sed quod tamē imperito interpreti malim tribuere quàm Triboniano, mēdum est in illa postrema clausula, *Mouit etiā Imperatorē quod priores tutores, qui nō restitui desideraſſent, suspecti pronunciati erant*. Dico ea verba delenda esse *qui non restitui desideraſſent*. Non enim illa Imperatoris sententia fuit, vt prioribus tutoribus imputandum putaret, cur non petiissent in integrum restitutionem nomine pupillæ, cùm de hoc ipso apud Imperatorē quæreretur, an restitui pupilla posset nēne, sed potiùs cur venditori post diē denuncianti vt solueret, nō soluissent: quo facto legis cōmissoriæ potestatē effugissent, pupillæque redhibendi fundi iura integra conseruassent. Quod ab iis factum non esse credibile erat mala mente, & dolo malo, cùm aliunde suspecti posteà pronunciati essent: Ex dolo autem ipsarum emergere damnum pupillæ durum certè videbatur. Etsi neque ratio hæc Paulum mouere potuisset. Si enim tutoris dolus prodesse pupillo non potest ad rescindendam venditionem pignoris eo tempore distracti quo fundus cœperat esse pupillaris, si pignus fuerat datum à maiore, præsertim quandiu creditor ipse aut tutor est soluendo, *d. l. 1. C. si aduers. vendit. pignor.* (hoc enim casu nunquam emptor inquietandus est, ne tum quidem cum fraudem participauit *l. 1. & pen. C. si vendit. pign. agat.*) Cur proderit pupillo ad impediendam potestatem legis commissoriæ sub qua non pupillus ipse, sed pater eius emerat? Nam & fieri facile potest vt suspectus tutor fuerit dolóque malo cessauerit in pretij solutione, vt in necem pupilli lex venditionis committeretur, neque tamen venditor fraudem & dolum participauerit. Cæterùm ex eo quod † Paulus in *d. l. Æmilius*, tam diligenter hac de re disputat an pupilla aduersus lapsum temporis conuentionalis in integrum restitui deberet, déque eo tam accuratè apud ipsum quoque Imperatorem, & tantis conuentionibus disputatum fuisse refert, apparet manifestè quàm verum sit, quod tota hac Decade disputauimus, non esse in supremi Principis arbitrio & potestate, vt tempus conditionis à contrahentibus præscriptum proroget, ne quidem ex causa pupillaris ætatis si non aduersarius consentiat. Cur enim de restitutione in integrum quærendum fuisset, si ea prorogatio ab Imperatore concedi potuisset?

tuiſſet? Aut quo vnquam caſu concedenda erit prorogatio, ſi non illo concedi debuit, quo tot rationibus Imperator vt pupillæ ſuccurreret, mouebatur; maximè verò propter denunciationes etiam poſt diem à venditore factas quarum poteſtate ab ipſo penè venditore prorogatio facta videri debuiſſet. Et verò longè expedicius futurum eſſet remedium illud prorogationis quàm reſtitutionis ſi iuſtum eſſet: quia quotieſcunque iuſta prorogatio eſt, idem numero contractus qui anteà fuit, manere intelligitur, propterea quòd tempus prorogatum idem cum priore, ſaltem iuris fictione eſſe exiſtimetur, vt ſuprà diximus ex Tiraquello. Reſtitutionis verò in integrum remedium eſt omnino extraordinarium, ideóque odioſum, nec vnquam concedendum quandiu aliud ſupereſt quod vel ordinarium ſit, vel minùs ſaltem extraordinarium *l. in cauſa* 16. *D. de minor.* Ergo cùm reſtituendam eſſe pupillam Imperator ſiue iuſtè ſiue iniuſtè pronunciauerit, ſatis hoc ipſo declarauit, ſi tamen de tam improbabili & inſulſa quæſtione cogitare potuit, alio illo prorogationis remedio indemnitati pupillæ conſuli nunquam poſſe inuito & contradicente eo, qui ius habet contradicendi: Magiſque extraordinarium & à iuris ratione alienum eſſe auxilium prorogationis (quamuis & prudentibus & Imperatoribus incognitum) quàm in integrum reſtitutionis: Ac proinde in hac ſpecie ſi quando vnquam aliàs locum habere debet quod Titus Antonius reſcripſiſſe dicitur in *l. ſed cùm ab herede* 12. *D. ad SC. Trebell.* pupillum extra ordinem non eſſe iuuandum ſi nouum beneficium cum alterius iniuria poſtuletur.

ERROR VII.

Si pupillus reſtitui poſtulans tanquam maior ex capite ignorantiæ, agat, non conueniatur, & habuerit tutorem aut procuratorem.

SVMMARIA.

1 *Error pragmaticorum impugnandus.*
2 *Interpretum diſtinctio aduerſus errorem pragmaticorum inducta.*
3 *l. Qui in alterius* 42. *D. de reg. Iur. Tribonianiſmum ſapere.*
4 *Quæ ſit germana ratio regulæ l.* 42. *D. de reg. Iur.*
5 *Quæ ſit ſententia l. cùm filiusfam. §. in hac D. de verb. oblig.*
6 *Reiicitur iactatum apud pragmaticos effatum, Reſtitutionem in integrum ſi à reo imploretur per viam exceptionis impetrari poſſe ex capite ignorantiæ, etiam poſt tempora reſtitutioni præſtituta.*
7 *Error multiplex eorum qui pupillum tanquam maiorem reſtitui volunt, ex capite iuſtæ ignorantiæ.*
8 *Quàm ineptè quidam Imperatoris & Pauli ſententias repugnantes in l. Æmilius* 38. *D. de minorib. concilient.*
9 *Error pragmaticorum de electione quam pupillo dant, an reſtitui malit, an agere contra tutorem, & eius refutatio.*
10 *Ex ſententia interpretum tutoris ſententia ſufficere poteſt, vt impediat ne pupillus ex capite iuſtæ ignorantiæ & tanquam maior reſtituatur.*
11 *Num idem dici debeat vbi mater quaſi tutrix negotia pupilli adminiſtrauit, & n.* 13.
12 *Quid ſi fuerit falſus tutor.*
13 *Quomodo accipiendum illud, in his quæ tutores vel curatores malè geſſere, licet perſonali actione minores ius ſuum ab illis conſequi poſſint, in integrum tamen reſtitutionem minoribus dandam.*
15 *Quando pupillus neque tutorem habet, neque alium qui pro tutore negotia gerat, an ſit reſtituendus aduerſus lapſum temporis conuentionalis.*

INterpretum eſt magis quàm pragmaticorum error ille quem nunc refutauimus De pupillo aduerſus lapſum temporis conuentionalis in integrum reſtituendo, ex capite ignorantiæ ac tanquam maiore. Sed pragmaticorum noſtrorum proprius hic erit quem nunc refutabimus, à quibus error ille interpretum potius certè quàm debuit acceptus fuit. Putant enim generaliter † & indiſtinctè verum hoc eſſe, vt iuſta pupilli & alterius 1
minoris cuiuſlibet ignorantia iuſtam præbeat materiam reſtitutionis ex generali clauſula *ſi qua mihi iuſta cauſa eſſe videbitur.* Nec rurſus dubitant, quin pupillo aut minori electio danda ſit, an contra tutorem vel curatorem agere malit, an in integrum reſtitutionem aduerſus eum cum quo non contraxerit poſtulare. In vtroque autem euidenter falluntur non ſolùm ſi Iureconſultos, rectámque iuris rationem, ſed & ſi interpretes ipſos conſulamus. Nam quod † ad primum attinet, ſolent interpretes diſtinguere, an 2
pupillus minórve qui in integrum reſtitui vult, ex capite iuſtæ ignorantiæ & tanquam maior conueniatur ab alio, an ipſe agat: nec niſi priore caſu admittunt dandam ei reſtitutionem, id eſt cùm ab alio conueniatur vt in *l. Æmilius* 38. *D. de minor.* non etiam ſi agat: quoniam prorſus nouum & inauditum eſt vt quis ex propria ignorantia ſibi comparet actionem: faciſque ac plus quàm ſatis fauetur ignorantiæ in eo, quòd creditur iuſtam præbere exculationem, quæ conuento reo auxilium adferre poſſit quaſi per viam exceptionis, vt non inſubtiliter Caſtrenſis diſputat ad *l. cùm filiusfamilias* 49. *§. in hac De verb. obligat. ex l. qui in alterius* 42. *De regul. iur.* vbi Caius ſcribit, eos quidem qui in alterius locum ſuccedunt iuſtam habere cauſam ignorantiæ vtrum id quod petitur debeatur, ſed ita demum in herede id obtinere ſi cum eo agatur, non etiam ſi agat. Nam planè, inquit, qui agit certus eſſe debet, cùm ſit in poteſtate eius quando velit, experiri: ex quo illud etiam euenit, licèt à tractatu noſtro alienius ſit vt temporalia ſint ad agendum quæ perpetua ſunt ad excipiendum *l. purè* 5. *§. vlt. D. de del. mal. except.* Quamquam quod † ſequitur in *d. l. qui in alterius & anteà debet rem diligenter explorare, & tunc ad agendum procedere*, vereor ne Triboniani ſit potiùs quàm Iureconſulti, ſi bene ſtylum agnoſco, imò & totam illam poſtremam clauſulam, *Hæc ita de herede dicta ſunt* ad finem vſque legis. Non enim niſi valdè ineptè ſubiici poterat à Caio ea clauſula & diſtinctio, cùm iam ex præcedentibus appareat non de aliis heredibus conceptam eſſe regulam quàm qui conuenirentur. Sic namque concepta eſt regula, *Qui in alterius locum ſuccedunt iuſtam habent cauſam ignorantiæ an id quod peteretur, deberetur.* Ergo de reis non de actoribus. Siquidem actores petunt, non rei. Petitur autem à reis non ab actoribus. Quid verò ſtultius quam ſi quis moneat regulam quæ manifeſtiſſimis verbis de reo tantum concepta ſit, ita demum obtinere ſi is conueniatur, non item ſi agat? Sed & in actore locum habere poteſt ſi quis fortè ex chirographo hereditario & in hereditate reperto agat, ignorans apocham quam defunctus conſcripſerat. Iuſtâ. n.

habet

habet ignorantiæ cauſam heres hic quia in ius alterius ſuccedit, licèt idem actor ſit, ideóque nec in expenſas vllas condemnandus eſt ſi poſt viſam apocham liti ſtatim cedat. Quo etiam iure Senatus noſter vtitur. Indéque apparet regulam illam generalem eſſe & cum ad heredes & ſucceſſores omnes pertineat, ſiue actores ſint, ſiue rei, male Tribonianum ad reos illam coangustaſſe. Sed & Triboniani inſcitiam detegunt verba illa *Hæc de herede*. Vnica enim præcedebat clauſula & ſententia, non plures, de heredibus verò, & ſucceſſoribus, non de herede. Itaque ſcribendum potius erat ſi vtrum amamus, *Hæc de heredibus*, quomodo Iuriſconſultus vtique ſcripſiſſet. Neque verò germaná † huius 4 regulæ ratio illa eſſet, propter quam in reo locum habere deberet, non in actore, quod non ſit in poteſtate rei quando conueniatur, quomodo in actoris poteſtate eſt vt agat quando velit, de cóque certus hic eſſe debeat de iure ſuo non etiam reus (pertinet enim hæc ratio tantùm ad ſumptus litis, de quibus ſi quæratur, illud vnum inſpici ſolet an temerè actor litem inſtituiſſe aut reus ſuſcepiſſe videatur) ſed quia, vt diximus, ignorantia quantumlibet iuſta actionem producere nunquam poteſt, parit enim duntaxat probabilem excuſationem excuſatio autem præbet exceptionem tantum, non actionem, exceptionem in quam, ad effugiendam condemnationem ſumptuum litis, vt dixi, ſed non ad faciendum, quominus id quod petitur, reuera debeatur, vt conſtat ex *d.* §. *in* 5 *hac. l. cùm filiusfamilias*, vbi Paulus † ſcribit, in hac ſtipulatione, *Neque per te neque per heredem tuum fieri* per heredem videri fieri non faciat quod ex ſtipulatu fieri oportet, quamuis abſit & ignoret. Eſt enim locus ille, vt apparet, de promiſſoris herede qui conuenitur ex ſtipulatione, nec tamen eo minùs illum teneri vult Paulus, quod ignoret quid ſtipulatione contineatur. Quod proculdubio ſic accipiendum eſt vt cùm effectu teneatur, i. non ſolum mero iure ſed etiam ex æquitate, & ita vt aduerſus commiſſam ſtipulationem reſtitutio nulla dari poſſit. Etſi non ignoro interpretes vulgò contrà putare, quibus videtur nimis durum vt conueniatur quis ob id quod non fecerit ea quę facere debuit ex ſtipulatione quam ignorauit *arg. d. l. qui in alterius*. Cùm tamen nihil in eo abſurdi ſit aut iniqui, quoties ſtipulationis initium & poteſtas ex eius perſona vires accipit, cui heres hic ſucceſſerit. Sed illud magis mirum videri debet, quod in *d.* §. *in hac*, idem Paulus ſubiicit, *non videri per pupillum ſtetiſſe ex ſupraſcripta ſtipulatione, ſi pupillus heres erit*. Quid enim amplius facere poteſt pupillaritas, niſi vt pupillus & abſens & ignorans habeatur? Atqui heredes cæteri etiam abſentes, & ignorantes tenentur. Quidni ergo pupillus tenebitur? Verum reſponderi poteſt fauorabiliorem hac parte cauſam pupilli eſſe, quam alterius heredis cuiuſlibet, etiam abſentis & ignorantis, quia pupillus ſic abeſt, vt nunquam poſſit adeſſe, ita ignorat vt nunquam ſcire. Nimirum etiam cùm adeſt, abeſt, quæ ſcit & videt ignorat: quod in cæteris heredibus diuerſum eſt etiam minoribus annis 25. dum ne pupillis (alioqui cur de pupillo lex loqueretur?) qui licet ſemper adfuerint, & ignorauerint, tamen & adeſſe & ſcire potuerunt, ideóque per eos factum videri poteſt quominus ſtipulationi paruerint, tum etiam cùm ſtipulationem ignorarunt. Ex eóque maximè loco refellendi ſunt interpretes & pragmatici noſtri, qui in propoſita quæſtione non ſeparant pupillum à minore. Potrò ſi debitoris ignorantia facere non poteſt, quominus id quod petitur re vera debeatur, multo magis admittendum eſt, ignorantiam actoris facere non debere vt habeat actionem quam alioqui non eſſet habiturus. Quare nec facilè 6 poſſum concoquere † quod pragmatici paſſim iactant, reſtitutionem in integrum ſi à reo imploretur per viam, vt loquuntur, exceptionis impetrari quandocumque poſſe, præſertim ex capite ignorantiæ, etiam poſt tempora concedendæ reſtitutioni à lege præſtituta. Omnis enim reſtitutio in integrum actio eſt, licet ab eo petatur, qui conuenitur. Et à Paulo in ſententiis definitur, *redintegranda rei, vel cauſa actio*. nec ſanè fieri poteſt, vt per viam exceptionis vnquam petatur, ne quidem à reo: quia nullam exceptionem habere videri poteſt, qui reſtitutione indiget, vt aliquo iure niti videatur, & vt Paulus loquitur in *d. leg. exceptiones 7. in fin. De excep.* nullum ipſe habet auxilium, antequam fuerit reſtitutus. Fateor poſſe fieri, vt petendæ reſtitutionis cauſam det reo inſtrumentum aliquod ab actore editum, quod in illum vſque diem reus ignorauerit. Sed dico non eo minus actionis iure cenſeri debere reſtitutionem in integrum, quam hoc caſu reus impetrat, nec proinde permittendum ei eſſe vt impetret poſt elapſa tempora intra quæ reſtitutionem peti neceſſe eſt: nec ad rem pertinebit, ſi obiiciat non potuiſſe ſe citius petere reſtitutionem, ob id quod in ſua poteſtate non fuerit, quando conueniretur. Neque enim expectare debuerat vt conueniretur, ſi conuentus nihil iuris habiturus erat niſi petita prius reſtitutione: Quam ſi non prius petere potuit, propterea quòd futuri aduerſarij ius ignoraret, nihilo plus iuris habere debet, quia non poteſt imputari actori, cur non citius egerit, & intra tempora, intra quæ reus in integrum reſtitutionem petere potuiſſet. An enim diuinare potuit aut debuit futurum vt aduerſarius vellet reſtitui? Aut an non ſatis ei fuit habere ius quæſitum, quod non niſi in caſum & in certum euentum petendæ in integrum reſtitutionis poſſet amittere? Quare nec aliud dicendum arbitror, tametſi diſtulerit editionem inſtrumenti, ea mente vt interim petendæ reſtitutionis tempora laberentur. Quanquam enim ita ius eſſe ſcio, vt is etiam, qui iuſtam habet exceptionem, ſi eam opponat tardius vt tanto maioribus litis ſumptibus actorem onerat, condemnari debeat in ſumptus omnes quos actor fecerit in illum vſque diem. Ex cap. *exceptionem*, vbi Felin. not. *Extr. de probat.* meliorem tamen puto eſſe debere conditionem actoris tardius agentis, quia non ſicuti actionem excipere & ſi quas exceptiones habet reus proponere cogitur, vt ſcire poſſit actor an pertinacius contendere debeat, an cedere: ſimiliter dici poteſt cogendum eum, qui agere poteſt vt ſtatim agat, & citius quam velit, ob hoc ſolùm vt ſcire poſſit reus an in integrum reſtitutionem impetrare debeat, necne: quoniam vt reſtitutio impetretur poſt actionem propoſitam, & exhibita actoris inſtrumenta, fit per occaſionem potiùs, quàm ex cauſa, vel in conſequentiam propoſitæ actionis: Vnde illud eſt quod *incertum reſtitutionis* dixit Papinianus in *l. ſi Titius* 48. §. 1. *De fideiuſſ.* propterea quòd ante impetratam reſtitutionem duplex incertitudo ſemper eſt, vna facti, an qui reſtitui poteſt eam impetraturus ſit, cũ multa poſſint cõtingere quæ faciant ne impetrare velit aut poſſit. Altera iuris, an ea reſtitutio ſi petita fuerit concedenda ſit ea iuris æquitate. Quę omnia 7 eò pertinent, vt appareat duplicem † illorum errorem eſſe, qui pupillum tanquam maiorem reſtitui volunt ex capite ignorantiæ, non ſolùm ad excipiendum ſi conueniatur, ſed etiam ad agendum. Errant enim primùm in eo quòd cum interpretibus non diſtinunt, an pupillo agat an conueniatur, cùm tamen ei ſoli, qui conuenitur, putent interpretes ſuccurri ex hac cauſa oportere. Sed errant rurſum in eo quòd cum interpretibus dant reſtitutionem pupillos tanquam

quam maiori,quam tamen dare non deberent, ne quidem eo casu quo pupillus conueniatur: cùm hoc ipso ex reo actor fiat quisquis petit restitutionem vt diximus. Sed & quod magis est,ac obseruatione dignius in proposita quæstione cùm disputamus an pupillus restitui possit in integrum aduersus lapsa tempora retrouenditionis,non de illo tantùm quærimus,an ignorantia pupilli actionem ei parare possit,sed de illo potissimùm, an ea pupilli ignorantia facere debeat, vt emptor citra conuentionem vllam obligetur ad retrouendendum. Secundum id quod in superioribus probauimus, promissionem retrouendendi nihil aliud inducere, nisi vt emptor ad retrouenditionem obligetur sub ea conditione,si intra certum tempus venditor ei pecuniam restituet,quo tẽpore elapso,sicut omnino deficit conditio, quam certum esse incipit numquam extituram, ita & promissio euanescit, nec vlla vnquam facta esse intelligitur. Itaque siue per decretum Principis prorogetur tẽpus conditionis,siue per in integrum restitutionem ea prorogatio fiat, fatendum est nouam obligationem contrahi sub noua conditione. Proinde qui dicunt pupillum hoc casu restitui debere tanquam maiorẽ ex capite ignorantiæ,effectu ipso dicunt,posse ignorantiam pupilli facere vt & ignorans & inuitus obligetur emptor ad retrouẽdendum qui alioquin non obligaretur. Quod tamen quis vnquam dicere vel sentire sciens prudẽsque ausus est? Nam si absurdum est quemadmodum esse iam diximus, vt qui ex ignorantia sua sibi comparet actionem,an non multò difficilius est vt ex vnius ignorantia ignorans alius obligetur? In eóque certè differt species hæc quam tractamus,ab illa de qua Paulus in *d.l Æmilius*,ibi enim ignorantia pupilli etiamsi,quod interpretes volunt & nos negamus, sufficere posset ad inducendam in integrum restitutionẽ, non idcirco tamen pupillo prodesset ad inducendã obligationem vel actionẽ, sed tantùm ad impediendam resolutionem vẽditionis,ne fundus qui re vera emptus fuit, inemptus fieret ex legis commissoriæ potestate. Hoc verò multò facilius est, quàm vt ex pupilli ignorantia emptor obligetur ad retrouendendum, sicut & fauorabilius est vt contractus semel perfectus ex bona fide initus teneat & subsistat quàm vt resoluatur. Itaq; faciunt valdè meo iudicio imperitè,qui ex eo quod Imperat.in illâ specie pronunciauit pupillam in integrum restituendam esse,inferunt, similiter in proposita quæstione restitutioni locum esse oportere: quasi nihil interſit, an per restitutionem venditionis resolutio impediatur. An noua obligatio ad venditionem nouam
8 faciendam inducatur. Sed illi multò imperitiùs † qui pugnantes Imperatoris & Pauli sentẽtias sic conciliant vt pupillus tanquam pupillus & minor restitui non possit,tanquã maior possit. Nam quod Imperator pronunciauit pupillam in integrum restituendam,sic haud dubiè accipiendum est, vt restituendam putauerit ex edicto *De minoribus*. Mouebatur.n.illa potissimum ratione,*quòd dies committendi in tempus pupilla incidisset, eáque res effecisset ne pareretur legi venditionis.* Idque manifestiùs apparet ex Pauli disputatione,qui vt cõtrà sentiat non ex alio mouetur quàm *quod pater pupilla non ipsa contraxerat*. Quæ ratio prorsus ridicula esset si de eo quæreretur an pupilla non tanquam minor posset restitui,sed tanquã maior.Quod verò iidem pragmatici
9 nostri pupillo non solum restitutionem † dandam esse putant tanquam maiori,sed etiam electionẽ an restitui malit contra emprorem ob elapsa in pupillaritate tempora conuentionalis cõditionis, an agere contra tutorem qui intra tẽpora non paruerit conditioni. Abhorret sanè non tantùm à iuris ratione, sed ab ipsis quoque interpretum traditionibus. Sic enim vulgò sentiunt,& rectè,restitutionẽ hanc quam pupillo dari,volunt tanquam maiori, cùm detur aduersus eum qui nihil cum pupillo contraxit, nec nisi ex æquitate *illa* generali,ne pupillus ex ignorantia sua cui sola ætas cautam dedecet,periclitetur,non aliter dandam esse quam si ab ipso tutore qui intra tempus emptori offerre debuerat indemnis seruari pupillus nequeat. Nam cùm hoc ipsum imputari possit tutori cur tempus cõditionis elabi passus sit,nemo dubitat quin tutor ex hac causa condemnari possit & debeat vt indemnitatem pupillo præstet, nec proinde æquitatis ratio vlla est, quæ suadeat, vt secuto pupillo, nec damnum vllum metuenti succurri oporteat non modò contra bonæ fidei emptorem cui nihil possis imputare, quique cum pupilli patre non cum pupillo ipso contraxerit,sed etiam aduersus manifestissimam iuris certissimi rationem. Denique volunt interpretes restitutionem hanc quæ pupillo tanquam maiori datur ob iustam ignorantiam ex generali clausula *si qua mihi iusta causa esse videbitur*, non nisi subsidiariam esse, id est ita demum accommodari debere, si aliter indemnitatem consequi pupillus nequeat, fortè quia tutores nullos habuit, aut eos habuit qui nõ sunt soluendo: vt tradit Francisc. Turzan. in *communibus opinionib. q.*125. incip. *præscriptio.* ex Paulo Castr. in *l. properãdum §.vlt.C.de iudic.*& Francisc.Bald.in 1 *parte quintæ partis princip.n.*4.*in 6.quæst.*Adde Carolum Ruinum *col.*119.*cons. penult.vol.*5.& Roland. à Valle *cons.* 10.*n.*8.*vers. verum quia opinio vol.*2. Imò & quod amplius est,fatentur interpretes,quod pragmatici ignorãt, tutori † scientiam sufficere posse, vt impediat ne pu- 10
pillus quandoque ex capite iustæ ignorantiæ & tanquam maior restituatur.Sic enim eleganter & verè Paulus Castrensis ad *d. §. in hac l.*4. *De verb.obligat.* Quod proculdubio ita accipiendum est etiamsi tutor non sit soluendo.Tutor enim domini loco est, pupillique personam repræsentat,adeò vt etiam de dolo tutoris exceptio pupillo experienti nocere debeat,*l.apud Celsum* 4. *§.illa etiam quæst.D.de dol.mal.except.* Vbi addit Vlpianus generaliter id verum esse, neque distinguendũ esse an pupillo cautum sit,an non, tutórne soluendo sit,an non. Denique pupillus tutorem habens neque pro absente haberi potest, cùm tutor adest, neque pro ignorante, cùm tutor scit id quod pupillus ipse scire non
potest. Quid ergo † si tutor verus & legitimus non sit, 11
sed is tamen,qui pro tutore omnia pupilli negotia gerat,neque ex mala fide,sed fideliter & diligenter.Finge matrem,quæ cùm tutorem pupillo intra annum petere deberet, nullum petiit, sed tamen vniuersum pupilli patrimonium haud aliter, quàm si tutrix fuisset administrauit.Non puto posse aut debere scientiam eius nocere pupillo quia cùm reuera tutrix nõ sit quod neque à patre data fuerit,neque à iudice,non habet legitimam personã quæ pupillum vsque adeò repræsentare possit, vt eadem cum pupillo persona esse existimetur. Itaque si verum crederem,quod interpretes somniant,restitui debere pupillum ex causa iustæ ignorantiæ tanquã maiorem,minimè dubitarem, quin hic pupillus qui matrẽ duntaxat habuisset restitui deberet, tametsi mater pro tutrice omnia gessisset, totámque rem sciuisset, sed ita tamen si soluendo non esse proponeretur. Nam quod proximè diximus ex eorundem interpretum sententia, hanc in integrum restitutionem non nisi subsidiariam esse ne pupillus damnum sentiat, ideóque denegãdam esse si pupillus indemnitatem consequi possit à tutore, qui sit soluendo,æquè hoc casu locum habere arbitror, id est cùm quis pro tutore gessit & soluendo est ad indemnitatem pupillo præstandam non minùs quàm si tutor verè fuisset. Nihil enim prorsus interest pupilli quod ad hoc vt indemnitatem consequatur, cùm eius qui pro tutore gerit bona omnia perinde sint tacitè obligata pupillo pro administratis & neglectis, atque ipsius tutoris: ex Accursij sententia receptissima ad *l. pro officio* 20. *Cod. de administ. tutor.* Quæ sententia si

quo vnquam casu vera est, tunc maximè obtinere debet, cùm mater ipsa est, quæ pro tutrice gessit, quoniam ad eius officium pertinebat vt tutorem pupillo peteret intra annum si tutrix esse nollet: nihilque probabilius est, quàm vt vulgò tutrix existimetur mater quæ pupilli negotia gerit, alio tutore nullo existente. Separandúsque est hac parte is, qui pro tutore gerit
12 cùm tutor non sit, à falso tutore. Falsum † enim tutorem intelligo, eum qui prudens sciénsque mentitur se tutorem vt grassetur in re pupillari, cuius bona cùm nullomodo sint obligata pupillo, quia non tam ex quasi contractu obligatur, id est ex causa tutelæ, quàm ex edicto tanquam fur & prædo, consequens est, vt quantumlibet soluendo sit, non debeat ea res nocere pupillo, quominùs ex capite ignorantiæ restitui possit, acsi neque verum, neque falsum tutorem vllum habuisset, quia nec vllum habere intelligitur, qui non nisi falsum habet. Et in eo sanè pragmatici passim errãt, non distinguentes falsum tutorem ab illegitimo aut ab eo qui pro tutore negotia pupilli gerit ex bona fide: cùm tamen separatam esse huius & illius rationem, vel ex eo appareat quòd in Pandectis separati sunt tituli *De eo qui pro tutor. &, quod falsi tutor. autor.* Etsi enim pro tutore negotia gerere dicitur, qui munere tutoris fungitur in re impuberis, siue se putet tutorem, siue sciat non esse, fingat tamen esse, *lege* 1.§. *pro tutore. D. de eo qui pro tutor.* Attamen falsus tutor magis proprie dicitur, quod ad edictum prætoris attinet, qui dolo malo & decipiendi animo mentitur se tutorem, id est qui & mala fide & malo animo tutelam sibi adrogat, *l. falsus tutor* 11. *in princ. & §.1. D. quod falsi tutor.* Qui autem pro tutore negotia gerit, eandem fidem & diligentiam præstat, quam tutor præstaret, *l.*
13 *penult. D. de eo qui pro tutor.* Ergo si quis, † præsertim verò si mater pro tutore negotia gesserit, & soluendo sit, eadem ipsius ratio in omnibus constitui debet quæ veri tutoris constitueretur vt tam personali pro tutelæ actione quàm hypothecaria teneatur, ad hoc vt pupillus omnino indemnis seruetur, & consequenter non magis hoc casu permittendum est pupillo, vt tanquam maior ex capite iustæ ignorantiæ restituatur in integrum aduersus emptorem ad petendam post tempora retrouenditionem, quàm si matrem verè tutricem, aliúmve tutorem verum habuisset, vrgente nimirum vtroque casu eadem æquitatis & iuris ratione, vt pupillus indemnis quidem seruetur, ne ex ignorantia sua damnum sentiat, sed eam indemnitatem à tutore vel pro tutore consequatur, quem habet ex quasi contractu obligatum, potiùs quàm ab eo cum quo neque contraxerit, neque quasi contraxerit, quique nec fecit quicquã nec nõ fecit. Pragmaticos nostros illud fallit,
14 quod dici solet, etiam in his † quæ minorum tutores vel curatores malè gessisse probari possunt, licèt personali actione à tutore vel curatore ius suum consequi possint, in integrum tamen restitutionis auxilium minoribus dãdum esse *l. etiam 3. & tot. tit. C. si tutor vel curat. interuen.* Sed animaduertere deberent, id verè tum dici cùm pupillus in integrum restitui potest tanquam pupillus, aut minor tanquam minor, ex edicto *De minoribus*, non autem cùm restituitur ex edicto *De minoribus*: quomodo eam restitui volunt interpretes ob instam ignorantiam. Et dissimilitudinis ratio euidens illa est quòd ex edicto *De minoribus*, nunquam succurritur pupillo aut minori per in integrum restitutionem, nisi aduersus eum cum quo negotium aliquod gestum sit, vt probauimus in superioribus ex verbis illis edicti, de quibus in *l. 1. §. 1. & l. ait Prætor 7. in princip. D. de minor.* Proinde nulla fit iniuria ei contra quem pupillus, aut minor restituitur, si prior ipse inquietetur, licèt tutor aut curator sit soluendo, quia est quod imputari possit ei cur cum pupillo aut minore contraxerit. At cùm aduersus lapsum temporis appositi in conuentione facta inter maiores pupillus minórve alius restituitur tanquam maior, & ex edicto *De maioribus* vult sibi subueniri pro sua indemnitate aduersus eum qui nullum prorsus secum gessit negotium, & cui nihil imputare possis, siquidem non incidit in eum pupillus, sed ipse in pupillum. Quidni ergo æquum sit priorem conueniri tutorem aut curatorem, qui & ex quasi contractu obligatus est, & eam indemnitatem quæ pupillo, aut minori præstanda est, æquè commodè præstare potest? Quid igitur si pupillus † neque tutorem habeat, neque alium qui pro tutore negotia gerat? 15
Hoc nimirum casu clamabunt pragmatici post Bartolum concedendam restitutionem pupillo, non tanquam pupillo, sed tanquam maiori, vt admitti possit etiam post lapsa tempora ad offerendum emptori pretium quod intra præscriptum tempus offerri debuerat ad extorquendam retrouenditionem. Ego contra negabo, nec vnquam patiar vt deterior fiat conditio emptoris qui sibi diligenter prospexerat, ob hoc solùm quòd venditori pupillus successerit, cùm si, quod magis est, sine vllo herede venditor decessisset, non eo minùs conditionis tempora elaberentur sine spe restitutionis, quomodo dicimus, Pecunia ad diem promissa sub pœna, & ante diem mortuo promissore committi pœnam licèt hereditas eius adita non sit, *l. ad diem 77. de verb. oblig.* & quidem ita committi vt restitutio in integrum hic dari nulla possit. Nam contra pœnã conuentionalem nunquam datur restitutio, licèt contra legalem detur, vt tractat Tiraq. *De retract. conuent. §. 1. glos. 1. num. 58.* Atqui nemo dixerit maiorem esse rationem, vt conditionis tempora currant cum effectu & sine spe restitutionis iacente hereditate, quàm cùm pupillus heres est, quia iacente hereditate nullus heres est, pupillus autem non potest quid minus esse, quam si omnino nullus esset. Quòd si hereditate iacente tempus currit, sine spe restitutionis, quia hereditas personam defuncti repræsentat: cur non idem admittemus pupillo herede existente? Nã & pupillus ex quo heres est, personã defuncti sustinet, vt & alius heres quilibet: proindéque non magis venire potest quàm si maior esset, contra factum defuncti, & aduersus contractum, qui ante mortem defuncti nõ solùm perfectionem habuerit, sed etiam suam executionem. Quid enim exequendũ supersit emptori qui rem sibi traditam ex causa emptionis accepit, nec sub alia conditione se obligauit ad retrouendendum, nisi si intra biennium sibi pretium à venditore restitueretur? Aut quid ipsius interesse potest an pupillus tutorem habeat, nécne? Alioqui dicendum erit, emptorem hoc casu obligatum esse, vt quasi pupilli procurator postulet ei tutorem dari. Quod fuerit profectò ridiculum, quandoquidem non solùm nihil cum pupillo vnquam gessit, sed neque gerendũ habet, aut aliud quicquã curãdum, nisi vt perfecti impletique contractus sui ius saluum & integrũ tueatur. Cur enim curet, an quisquam sit, qui redimere aut possit, aut velit? aut an venditoris heres impubes sit an pubes? aut an tutorẽ aliquem habeat, an non? aut denique an omnino heres aliquis sit, nécne? nempe his omnibus casib. idem iuris est, vt perinde conditionis implendæ tempora elabantur cum effectu & sine spe restitutionis. Hac sola differentia quòd si pupillus tutorẽ non habuit, nullam pro indemnitate sua actionem habet, neque auxilio restitutionis in integrum, neque alio vllo iure: nisi forte contra matrẽ, quæ tutorem petere debuit neque petiit, licèt alia ei pœna ex hac causa legibus sit constituta. Si verò tutorem habuit, agere contra eum potest pro cõsequenda indemnitate, quia debet tutor præstare periculum conditionis non impletæ quam implere debuit, vt actio pupillo quæreretur *l. pupillorum 21. C. de admin. tut.* qui textus ad propositam quæstionem pro sententia nostra omnium maximè videtur accõmodatus. Sic enim habet, Pupillorum seu minorum defensores si per eos donationum

Digitized by Google

donationum conditio neglecta ſit, rei amiſſæ periculum præſtare, vt intelligamus, etiamſi per tutoris negligentiam vel dolum factum ſit quominùs impleta fuerit conditio donationis, non eo minùs amitti donationem pupillo, quam luctaturus erat ſi conditio illa per tutorem impleta fuiſſet. Porrò nihil prorſus refert vtrum donationis aut venditionis conditio illa ſit, quæ per tutorem pupilli nomine debuit impleri: & omni caſu res amittitur ſi conditio non impleatur, quæ tamen ſi intra tempus conſtitutum impleta non ſit, poſtea impleri nunquam poteſt, quandoquidem mutatione temporis in conditione appoſiti conditio ipſa tota immutaretur, planéque alia ſpecie ac numero differens efficeretur.

ERROR VIII.

Si reſcripto Principis prorogetur venditori conditionis implendæ tempus ad petendam retrouenditionem, quod iam ſemel ab emptore fuerat prorogatum, & de vario petendæ prorogationis prætextu.

SVMMARIA.

1 *Error pragmaticorum putantium reſcripto Principis in annum prorogari poſſe venditori conditionis implendæ tempus ad petendam retrouenditionem, quod iam ſemel ab emptore liberaliter fuerat prorogatum.*
2 *Refutatio propoſiti erroris ex Cagnolo.*
3 *Prorogationis à Principe concedendæ modus minus iniurioſus à Cagnolo relatus.*
4 *Emptor qui promiſit prorogare tempus retrouenditionis, ſemel tantùm prorogare tenetur.*
5 *Ratio propter quam tempus iam ab emptore prorogatum non poſſit iterum à Principe prorogari.*
6 *Impropriè dici tempus prorogari, ac tempus prorogatum pro eodem tempore haberi non poſſe, quod primùm fuerat conſtitutum.*
7 *Alia ratio cur tempus redimendi iterum à Principe prorogari nequeat.*
8 *Retrouenditio facta in conſequentiam pactionis in vendendo interpoſita, nulla parit laudimia, ſecus ſi retrouenditio ſecuta ſit ex cauſa factæ prorogationis.*
9 *Si compromiſſum factum ſit in diem & ſub pœna dato etiam fideiuſſore, & compromiſſum prorogatum ſit à partibus inſcio fideiuſſore, pœna prioris compromiſſi ab hoc exigi nequit, ſi qui fideiuſſorem dederat ſententiæ arbitri ſtare nolit.*
10 *Pro penſionibus temporis conductionis prorogati fideiuſſor non tenetur ſi prorogationi non expreſſim conſenſerit.*
11 *Quo caſu fideiuſſor maneat obligatus poſt factam prorogationem temporis.*
12 *Cùm fundus venditus eſt ſubiecto pacto de retrouendendo ſub ea conditione, ſi intra biennium pretium reſtituatur, tempus certum conditioni cur cenſeatur adiectum.*
13 *Nequidem pupillo ſine minori prorogari poſſe à Principe tempus retrouenditionis quod iam ab ipſo emptore prorogatum eſt, an verò reſtitui poterit pupillus?*
14 *Reſtitutionis auxilium multo fauorabilius eſt, quàm prorogationis.*
15 *Facultatibus lapſum eſſe non eſt ſufficiens cauſa ad impetrandum prorogationis beneficium.*
16 *Alia prorogationis cauſa ſpuria.*
17 *Alia eiuſdem cauſæ improbabilis.*
18 *Quòd Princeps pecuniam venditori debeat, nec velit, aut poſſit commode ſoluere, non eſt iuſta concedendæ prorogationis cauſa.*
19 *Alius prorogationis irritus prætextus.*
20 *Alia cauſa prorogationis reiicienda.*

DIſputauimus hucuſque contra Hieronymum Cagnolum inter pragmaticorũ Principes non ignobilem Doctoré, de eo quod primus ille auſus eſt ſcribere, permittendum eſſe ſupremo Principi vt proroget tempus conditionis appoſitæ in promiſſione quam emptor venditori fecerit de retrouendendo. Nunc ex Cagnolo ipſo contra pragmaticos noſtros diſputandum nobis eſt, qui magiſtri errorem dilatant quantum poſſunt, vt faciant ampliorem. Nam † ſi is qui fundum à te emerat ſub 1
pacto de retrouendendo, ſi intra biennium ſibi pretium reſtitueretur, ante finitum biennium prorogauerit tempus conditionis, tibique pro biennio triennium indulſerit liberaliter, nullaque alia de cauſa quàm vt beneficium in te conferret, non deſunt ex pragmaticis noſtris, qui putent perinde permittendum eſſe Principi vt tempus iam prorogatum rurſus proroget, atque ſi nulladum prorogatio præceſſiſſet. Quam in ſententiam ex eo tantùm mouentur quòd vtroque caſu par ſit ſupremi Principis poteſtas, nec magno incommodo afficiatur emptor contra quem eiuſmodi prorogatio in alium ſaltem annum indulgetur. Contra quos, † ſi pro me vel vnus Cagnolus certare velit, is 2
non tantùm autoritate, ſed etiam ratione ſtatim vicerit. Nam & cùm quæſtionem ipſam proponit, an Principi liceat huiuſmodi tempus prorogare, ne nimis abſurdam quæſtionem mouere videatur, quam nemo anteà mouerat, non de longiori tempore quærere auſus eſt, quàm quòd ſit duorum vel trium menſium. Sic enim quæſtionem concipit ad *l. 2. C. de pact. inter emptor & vendit. quæſt.* 34. An Princeps redimendi tempus prorogare poſſit per duos aut tres menſes: vt appareret nec dubitare illum quin ſi in annum prorogare princeps vellet, id ei licere non deberet. Quod apertiùs ſignificat in ſequentibus, cùm quærit, An fieri poſſit ea prorogatio poſt iam elapſum tempus intra quod debuerat conditio impleri, pretiúmque reſtitui ad retrouenditionem poſtulandam: negat autem poſſe, niſi, inquit, magnam & inſignem cladem fortunis venditoris contigiſſe probetur, quæ fecerit ne tam citò & intra præſcriptum tempus potuerit parére conditioni: quo caſu vult quidem ei ſubueniendum eſſe commiſerationis potiùs quàm iuris aliqua ratione: ſed ita tamen vt prorogatio illa non niſi ſex ad ſummum ſit menſium: ita innuens nullo caſu ſe admittere, vt prorogatio ſit anni vnius, ne tum quidem cùm ab emptore ipſo nulla prorogatio facta eſt. Quis ergo ferat vt prorogatio per Principem fiat in annum, ſi iam conuentionalis alia prorogatio anni vnius, aut fortaſſis etiam biennij præceſſerat? Præſertim verò ſi præcedentem illam prorogationem ignorauit Princeps eo tempore quo nouam indulſit, calliditate ſcilicet impetrantis, qui nullam in precibus mentionem fecerit prorogationis illius conuentionalis, vt Principis religionem circumueniret, tantóque facilius iniquam prorogationem alteram extorqueret. Neque enim negari poteſt quin ex tacita illa veritate obreptum fuerit Principi, qui ſi rem geſtam, & liberalem emptoris vrbanitatem ſciuiſſet, vtique non tam facilè in eius iniuriam, nouum iniuſtúmque beneficium venditori conceſſiſſet. Nam quod pragmaticos iam replicare audio, nõ eo minùs licere Principi ſaltem de plenitudine poteſtatis, vt loquũtur, prorogationem aliam dare inuito etiam emptore, quòd iam vna præceſſerit ab ipſo emptore liberaliter data, prorſus ad rem

non pertinet. Ita enim esto: quod tamen mox negaturi sumus. Nihilominus vitiũ obreptionis subest, quoties tacitum illud est, quod si expressum fuisset difficiliorem potuit reddere impetrationem, licèt æquè fuerit tandem Princeps concessurus, dum æquè facilè. Nemo autem dixerit, non difficiliorem esse debere Principem in secunda prorogatione indulgenda, maximè verò inuito emptore, quàm si nullam dum emptor liberaliter concessisset. Nam & Cagnolus † ipse fatetur ita solitum hac in re obseruari à Principe quoties huiusmodi prorogatio postulatur, vt ante omnia Princeps ad emptorem scribat, rogétque vt liberaliter & humaniter peritam prorogationẽ indulgeat, vt si fieri poterit nihil nisi volente & consentiente emptore decernatur, sin preces iussáve Principis vsque adeò emptor negligat, vt de iure suo nihil omnino velit remittere, tum demũ quasi in pœnam pertinacioris contumaciæ Princeps autoritatem suam interponat. Qui sanè multò ciuilior est prorogationis à Principe cõcedendæ modus, quàm si rectà, & inaudito emptore venditori faueretur. Nam quemadmodum esset iniuriosius ignoranti quàm pertinaci emptori damnum inflígere, ita vix de alio quàm de se quæri emptor potest qui à Principe suo rogatus, cui omnia debeat, noluerit ei complacere, vt Cagnolus loquitur, nec eas tamen rationes æquitatis adferre potuerit, quæ Principem monere debuerint, ne concederet eiusmodi prorogationem. At si emptor ad Principis literas rescriberet, semel iam à se prorogatum liberaliter tempus conditionis conuentionalis, nec per vnum aut alterum diem vel mensem, sed annum vel biennium, eáque de causa supplex peteret à Principe, ne quam sibi alterius prorogationis indulgendæ necessitatem imperaret, credibile est bonum Principem non tam facilè iussurum emptori vt iterum proroget, nec proinde reluctante eo prorogaturum. Nam etsi in pacto † ipso de retrouẽdendo intra certa tempora conueniller, vt tempus illud venditori prorogare emptor cogeretur non ad aliud teneri emptor posset, quàm vt semel non etiã vt bis aut sæpius prorogaret. Verificatur enim promissio, vt nostri loquuntur, in primo actu, quod in proposito *De prorogatione*, nominatim tradit Andr. Tiraq. ad *l. hanes § hoc sermone de verb. signific.* Cur non ergo vnica prorogatione contentus esse cogatur venditor aut vẽditoris heres quisquis ille sit, cui nulla prorsus ex contractu debebatur? An emptoris vrbanitas ei nocere debebit, vt ob id solum quòd prorogationem vnam libenter & liberaliter indulserit, aliam quoque concedere debeat, aut æquo animo ferre, vt se ignoráte aut inuito à Principe concedatur? Itaque, vt iam dixi, pro nobis contra pragmaticos pugnabit haud dubiè Cagnolus si in auxilium aduocetur. Sed adsit ille, si volet, suis pragmaticis: Ausim ego dicere, etiamsi maximè verum esset quod Cagnolus induxit vt huiusmodi prorogatio rescripto Principis concedi queat, non tamen similiter illud admittendum fore, vt tempus iam ab emptore prorogatum iterum à Principe prorogari possit: non illa solùm ratione quam artigi, quòd non debeat Princeps duriorem facere emptoris conditionem in prorogandi temporis necessitate ipsi imponenda, quàm si expressa conuentione esset emptor ad id obligatus: quo casu vnica prorogatione, vt diximus, promissioni abundè satisfeciſſet. Verùm etiam, quia † plus iuris aut æquitatis præ se ferre videtur prorogatio temporis, quod in ipsa venditione adhibitum sit, quàm eius quod iam semel fuerit prorogatum: quoniam tempus illud de quo conuenit inter cõtrahentes in ipso contractu pars quædam pretij & contractus est, nec minùs ex parte venditoris, quàm ex parte emptoris, idcóque quandiu tẽpus durat, neque omnino elapsum est, potest venditor aut eius heres dicere se non alia lege fuisse alienaturum, quàm sub pacto de retrouendendo, & consequenter petere vt sibi saluum sit, & integrum: Quamquam non aliud hæc ratio concludit, nisi vt intra constituta tempora redimendi ius venditori eripi non debeat, non etiam vt post ea tempora idem iuris habere illum oporteat inuito emptore, qui similiter dicere potest non aliter se empturum fuisse quàm si præscripto illo tẽpore, ius redimendi, quod venditor sibi exceperat, restrictum fuisset. At cùm eius temporis in conuentionem deducti prorogatio iam vna facta est, & quidem vltrò & liberalitate emptoris, nullus omnino ex parte venditoris subest color petendæ prorogationis, quia tempus hoc de quo nunc prorogando agitur, non illud est quod dici possit vnquam fuisse pars pretij aut contractus, sed tempus aliud & nouum quia prorogatum: de quo nec à contrahentibus fuerat contractus tempore cogitatum, imò verò, quod alterius temporis expressione omnino fuerat excluſum. Qui enim paciscitur de retrouendendo sub ea conditione, si intra Calendas Quintiles pretiũ restituetur, hoc ipso certè paciscitur ne post Quintiles retrouendere teneatur, ne quidem intra Sextiles. Tantum abest, vt quo longior est dilatio quæ confertur in Calendas Sextiles quàm quæ in Quintiles, eo pluris vel minoris venditor vendidisse, aut emptor comparasse dici possit. Neque est quod quis dicat tempus prorogatum vnum & idem tempus esse videri cum priore, *l. sed si manente 5. D. de precar.* Nam, vt iam ex Tiraquello monuimus alio huius Decadis loco, non propriè id dicitur & verè, sed fictè & abusiuè, quandoquidem aliud tempus est quod prorogatur, quàm quod ab initio præscriptum fuit. Neque verò Pomponius in *d. l. si manente* sic loquitur, vt dicat idem tempus esse, quod vtique non modò absurdum esset, verùm etiam impossibile, sed idem precarium eandémque causam precarij. Et sanè † impropriè loquitur quisquis dicit tempus prorogari. Non enim tempus, sed actus ipse qui intra certum tempus fieri debuit, in longius tempus prorogatur. Sed etsi idem tempus dici posset fictitiè & absolutè, quomodo loquitur Tiraquellus, nihilo magis tamen fieri posset vt ea prorogatio aliam admitteret prorogationem, quia non potest vna fictio aliam recipere actionem, quandoquidem fictio ipsa cùm nihil sit, nequit esse subiectum accidentis. Ergo cùm non alio colore prorogationem ex rescripto Principis admitti velint pragmatici, quàm quia tempus prorogatum pro eodem tempore habeant, quod primum fuerat præsturum, consequens vt fateri eos necesse sit, id tempus quod iam prorogatum sit, vt loquuntur, iterum prorogari nullomodo posse, maximè verò ignorante eo, qui iam semel prorogauerit, idque, vt diximus, liberaliter, & sine vlla noua causa. Nihil enim iuris habere potest vẽditor ratione temporis prorogati, nisi quãtum voluit is ipse qui prorogauit, cúmque in eo tempore, de quo in ipsa venditione conuenerat vtriusque contrahentium voluntas spectanda sit, quoniam in eo præscribendo vtriusque consensus interuenit, in hoc tamen quod prorogatum est, solam prorogantis voluntatem intueri possumus, ex cuius sola profectum est liberalitate. Quis enim ferat vt in re mea sit alius me ipso liberalior? Fateor donationes largissimam recipere interpretationem aduersus donatorem: sed id tamen ita intelligendum esse constat, si modò nihil fiat contra donatoris voluntatem, & contrà quàm verbis donationis disertè expressum sit. Neque enim eum qui non nisi centum donauerit, ducenta debere quisquam dixerit. Cur ergo eum qui redimendi ius in annum prorogauerit liberaliter, & animo donandi, obligatum dicemus vt nouam in longius tempus prorogationem etiam ab alio fieri inuitus patiatur? Sed & vulgaris † nostrorum traditio est, actus merè voluntarios nunquam extendi, ne quidem per interpretationem, nisi quatenus infertur ex necessitate.

Quid

Quid autem magis voluntarium quàm quod ex mera liberalitate fit, & animo donandi? Igitur nulla ratio reddi potest cur emptor, qui vt in venditorem esset munificus, prorogauit in Calendas vsque Sextiles ius redimendi quod intra Quintiles exercerí ex mutua conuentione debuerat nouam prorogationem inuitus facere, aut ab alio factam pati cogatur. Non enim ea secunda prorogatio inferri vllo modo potest ex necessitate præcedentis, sed tota quanta est, & siue iusta, siue iniusta, pendet ex voluntate secundi prorogantis. Neque est quod quis dicat, huiusmodi prorogationes tum etiam cùm liberaliter & gratis ab emptoribus fiunt, eam vtplurimùm habere causam solere, ne venditor tam citò redimat, qui fortè eo ipso die alioqui redempturus erat, pecuniam habens in numerato: atque ita non esse id accepto ferendum meræ liberalitati emptoris, qui ex prorogatione lucrum fructuum sperauerit, & sibi compararit. Nam præter id quod è contrario fieri etiam potest vt mera fuerit emptoris liberalitas, non habente venditore vnde pecuniam explicaret ad offerendum venditori intra tempus præfixum, dico, tum etiam cùm proximæ redemptionis metu prorogatio ab emptore facta est, non eo minùs prorogationem prorsus voluntariam censeri debere, vt defendit Carolus Molinæus in Consuet. Paris. tit. 1. §. 23. quæst. 14. num. 47. vbi & ex hac ratione infert, Si ex causa huiusmodi prorogationis secuta sit retrouenditio, deberi noua laudimia à venditore qui ex retrouenditione nouus emptor fit, nouúsque dominus, qui tamen nulla deberet si ex vi & potestate pacti de retrouendendo in ipsa venditione adhibiti, id est, si intra tempora eo pacto præstituta retrouenditio facta fuisset. Etsi enim omni casu retrouenditio noua alienatio est, nouámque dominij translationem inducit, ex qua laudimij præstandi obligatio nasci solet, tamen cùm fit † 8
in consequentiam pactionis in vendendo interpositæ, nulla parit laudimia, quasi pars tantùm & executio quædam sit prioris contractus, pro quo iam semel laudimium solutum fuit, quod non perinde dici potest, cùm retrouenditio secuta est ex causa factæ prorogationis. Nouus enim contractus re vera ille est, qui à priore illo cuius tempora breuiora fuerunt, nullam dependentiam, vt ita loquar, habet, si non priore illo contractu id expressim actum erat, vt emptor ius redimendi in longius aliquod tempus prorogare teneretur: quemadmodum supradicto loco Molinæus tractat. Cui non dissimile illud est, quod vulgò interpretibus 9
nostris placere video, & rectè, si † compromissum factum sit vt fieri necesse est in diem & sub pœna dato præterea fideiussore, nec intra illam diem pronuntiauerit arbiter, sed compromissi prorogatio in longius tempus facta sit mutua contrahentium voluntate, inscio tamen & absente fideiussore, non posse pœnam prioris compromissi à fideiussore exigi si fortè is qui fideiussorem dederat sententiæ arbitri stare nolit, quia non pro hoc compromisso quod per prorogationem nouum aliúdque factum esse intelligitur, fideiussor acceptus fuerat, sed pro primo illo quod finito tempore intra quod sententia ferri debuerat finitum etiam fuit, cùm non alia de causa tempus certum præfixúmque compromisso adiectum fuisse videri possit, quàm vt iis veluti finibus obligatio compromissi tam principalis quàm accessoria terminaretur & limitaretur. Sed etsi is 10
qui in triennium † conduxerat fundum, & conductionis fideiussorem dederat, postea impetrauerit à locatore vt conductionis tempus sibi in longius tempus prorogaretur, non dubitant interpretes quin pro pensionibus temporis prorogati fideiussor nullomodo teneatur si prorogationi non expressim consenserit, quia hoc etiam casu tempus conductioni insertum fuerat limitandæ & finiendæ obligationis gratia, idcóque non debet ignoranti fideiussori nocere prorogatio inter alios facta, quæ tempus immutando, substantiam quoque obligationis quæ ex ipso partim tempore æstimabatur immutasse, aliúmque contractum fecisse credenda est. Sic enim ex communi aliorum sententia disputat Didacus Couarr. in *init. 2. part. elect. cap. quamuis pactum. de pact. in 6. num. 6. per tot.* distinguens hoc vnum duntaxat, an tempus inferrum obligationi pro qua fideiussor interuenit adiectum sit ad finiendam & limitandam obligationem, vt in superioribus duobus casibus, an ad solutionem tantùm & exactionem differendam: quod euenit cùm quis se hoc aut illo anno soluturum promisit: in eámque rem fideiussorem dedit. Quo demùm casu † admittit ille, & verum est, perinde 11
obligatum manere fideiussorẽ post factã, le licèt inicio, prorogationẽ, atque si prorogationi consensisset, nimirũ quia prorogatio hæc ei prodest potiùs quàm nocet, cùm non alium effectum habeat, nisi vt debiti exactio quæ statim fieri poterat, in longius tempus differatur. Neque enim videri potest obligari, aut obligatus manere fideiussor ob id tantùm quod prorogatio ista facta sit, sed quia prior obligatio pro qua intercessit adhuc subsistit, subsistétque etiam post finitum tempus prorogationis, quandiu per solutionem aut quem alium legitimum modum non fuerit dissoluta. In proposita verò quæstione, cùm fundus † venditus 12
est subiecto pacto *De retrouendendo* sub ea conditione, Si intra biennium pretium restituetur, certissimum est quod nos sæpiùs repetere coacti sumus, non aliam ob causam tempus certum huic conditioni adiectum esse, quàm vt eo tempore finiretur, non quidem obligatio ipsa, quæ ex promissione conditionali ante conditionis euentum prorsus nulla est, sed conditio obligationis, ne qua post id tempus futuræ obligationis spes aut præteritæ stipulationis memoria superesset non magis quàm si nulla vnquam interposita fuisset. Inde igitur fieri fatendum est, admisso etiam eo, quod nos prorsus impossibile esse contendimus, vt non entis, id est conditionis prorogatio aliqua fieri possit in longius tempus, si ea prorogatio facta sit à cõtrahentibus ipsis (quo casu innouata & immutata potiùs quàm prorogata conditio dici, meo iudicio, deberet.) Nouum contractum esse, nouámque promissionem illam, quæ per eiusmodi prorogationem inducitur, ideóque nullam omnino videri debet habere dependentiam à primo illo pacto de retrouendendo, quod mutuo contrahentium consensu initum fuerat, cùm posterius hoc merè gratuitum sit, & ex mera prorogantis emptoris liberalitate profectum. Proinde nec fieri potest, vt tempus prorogationis re vera sit id ipsum tempus, quod priore pacto continebatur, nec consequenter eo colore admitti prorogatio facta per Principem, quasi non sit tam inhumaniter agendum cum venditore, vt tam facilè & ex solo lapsu temporis conuenti, priuandus sit commodo pacti *De retrouendendo*, sine quo non fuerat venditurus, nec aliud esse existimandum est, etiamsi venditoris heres pupillus proponatur. Iã enim suprà diximus, & probauimus pupillarem ætatem nihil hîc facere, & rationes omnes quas proximè attulimus, vt appareat † tempus redi- 13
mendi, præsertim quod iam prorogatum sit ab emptore, posteà inuito eo iterum prorogari non posse, æquè locum habent in pupillo atque in maiore: & æquè in herede venditoris quolibet, atque in ipso venditore. Quòd si quis dicat, meliorem esse debere hac parte conditionem pupilli aut minoris quàm aliorum, propterea quòd ea ætas faciat, vt restitui minor debeat contra lapsum temporis tanquam maior, & ex capite iustæ ignorantiæ, secundùm eam Bartoli & interpretum traditionem, quam nos iam refutauimus, tanquam nihil interesset emptoris vtromodo minori vendi-

Digitized by Google

toris heredi ſuccurratur, an per in integrum reſtitutionem, an per prorogationem is proculdubio errauerit. Nam neque admitto poſſe pupillum reſtitui in integrum aduerſus lapſum temporis prorogati liberaliter, tametſi admitterem quod ſemper negabo, ſententiam Bartoli in tempore conuentionali veram eſſe: & quamuis in vtroque tempore vera eſſet, non tamen placeret argumentum à reſtitutione ad prorogationem, cùm longè alius effectus ſit reſtitutionis, alius prorogationis. Prorogatio enim ſi valeret, liberam daret pupillo facultatem redimendi in vltimum vſque inſtans temporis prorogati, reſtitutio verò in integrum etiamſi concedenda eſſet, non tamen eum effectum habere deberet, vt pupillo dandum eſſet exinde tantum temporis ad implendam venditionem, quantum per ignorantiam fruſtra tranſactum fuiſſet: alioqui eueniret, vt defuncto venditore altero poſt contractum die relicto anniculo, qui ex conuentione intra decennium redimere rem debuiſſet: & impetrata per minorem reſtitutione vltimo vigeſimiquinti anni die, decennium adhuc penè integrum ei dari oporteret ad implendam conditionem, petendámque retrouenditionem: quod quam abſurdum ſit, nemo non videt. Imò etiam poſt triennium ab impleto anno vigeſimo quinto computandum, eam reſtitutionem adhuc competere dicendum eſſet ſi quando ex capite ignorantiæ competiiſſet, quia quadriennium illud Iuſtinianeum quod in locum anni vtilis in petendis reſtitutionibus ſubſtitutum eſt, *l. vlt. C. de tempor. in integr. reſtit.* licèt ex poſt facto continuum ſit, tamen ab initio vtile eſt, nec currit ignoranti, ſed tantùm ex die ſcientiæ, ſi verum eſt, quod in eam legem hac de re interpretes tractant. Neque enim ex eo quod pupillus, minórque annis vigintiquinque poſteà maior effectus ſit, conſequens eſt vt ex primo anni vigeſimiſexti die cœperit ea ſcire quæ pupillus ignorabat, ſi non probetur ſuperueniſſe ſcientia. Nam etſi iam tum cùm venditor moreretur, qui intra decennium redimendi facultatem ſibi exceperat, heres hic maior fuiſſet annis vigintiquinque, tamen iuſtam alieni facti ignorantiam poſſet obtendere tanquam heres, *l. qui in alterius 49. De reg. iur.* Cùm igitur etiam poſt vigeſimum quintum annum heres maneat, eademque proinde ſubſit ignorantiæ cauſa, non eſt quod eum pro ſciente habeamus, aut eò minùs reſtitutionem in integrum ex capite ignorantiæ ipſi denegemus. Aliáque cauſa eſt mora, vt vocant, irregularis, quæ ſolo minoris ætatis fauore & priuilegio contracta finitur cùm ætate, *l. Titia Seio 87. §. vſuras de leg. 2.* Hîc enim etiam poſt finitam ætatem ſupereſt qualitas heredis quæ præteriti temporis ignorantiam ſemper retinet fouétque. Proinde admiſſo illo abſurdo, vt hoc caſu poſſit pupillus aliúſve minor quilibet reſtitui tanquam maior ob iuſtam ignorantiam, illud omnino conſequi neceſſe eſt, vt etiam poſt centum annos ſi tam longo tempore poſſit viuere, admitti deberet, niſi medio tempore pactum de retrouendendo ab ipſo venditore interpoſitum reſciuiſſe probaretur. Sed & eadem prorſus ratione dicendum eſſet maiori quoque dandam reſtitutionem ex eadem cauſa iuſtæ ignorantiæ quam prætendere poteſt tanquam heres, ſi quælibet ignorantia locum facere poſſet reſtitutioni, ac non potiùs ea tantùm quæ ex iuſta abſentia pura reipublicæ aut ſtudiorum cauſa induceretur *tot. tit. Ex quib. cauſ. maior.* Cæterùm vtcumque ſit, fieri non poteſt vt venditoris heres idémque pupillus reſtituatur in integrum aduerſus lapſum temporis conuẽtionalis ex cauſa ſola iuſtæ ignorantiæ quin eo ipſo ſe obliget ad pecuniam, quæ faciendæ redemptioni neceſſaria eſt, ſtatim offerendam, cùm petendo reſtitutionem ſe ius ſuum ſcire fateatur. Alioqui quòd intra dictam diem non ſoluerit, ex eo potiùs profectum videri debet quòd pecuniam non haberet ad ſoluendum, quàm quòd ius ſuum ignoraret, ſi ne quidem nunc offert cùm petit reſtitutionem. Qui enim reſtitui vult propter iuſtam ignorantiam, hoc vnum contendit ſe ex ignorantia læſum fuiſſe, quia ſi ſciuiſſet, ius ſuum exequi potuiſſet, ob idque probare debet ſe habuiſſe otioſam pecuniam in numerato, aut ſaltem eius explicandæ rationem aliquam ad offerendum emptori, ſi ius ſuum non ignoraſſet, vt appareat ex ſola ignorantia, non etiam ex inopia damnum contigiſſe. Multò igitur magis cogendus eſt cùm petit reſtitutionem vt tunc ſaltem pecuniam offerat, quàm ſi neget ſe in promptu habere, fatetur vtique hoc ipſo aduerſus nummorum pecuniam, non aduerſus ignorantiam reſtitui ſe debuiſſe. Ex quo inferri poteſt, ſi prorogationem Princeps conceſſerit ex iis cauſis quæ reſtitutionem pupilli ex capite ignorantiæ excludere potiùs quàm inducere deberent, tantò minùs admittendum eſſe vt ea prorogatio fiat inuito emptore. Finge petendæ prorogationis cauſam illam allegari, quòd non habuerit pupillus, nec etiamnum habeat quantum ſatis eſt pecuniarum ad extorquendam retrouenditionẽ. Nõ eſſet cauſa illa iuſta petẽdæ reſtitutionis ex capite ignorantiæ, quin potiùs excluderet beneficium reſtitutionis, quam fatentur omnes in propoſita ſpecie non ex alia quàm iuſtæ ignorantiæ cauſa etiam pupillo cõcedi oportere. Excludere igitur debet eadem ratione auxilium prorogationis, quæ ſi vllo vnquam caſu, illo certè vno & ſolo concedi deberet, quo reſtitutionis beneficium concedi poſſet: quamquam illud etiam verum eſt, quod iam dixi, reſtitutionis auxilium † multò fauorabilius eſſe, minúſque odioſum, quàm prorogationis, quoniam reſtitutionis iudicium vt & aliud quodlibet etiam in inuitum exerceatur *l. inter ſtipulantem 83. §. 1. De verb. oblig.* Prorogatio autem non fit niſi inter conſentientes, nec aliis nocet quàm qui prorogationi cõſenſerunt. Vt proinde dici verè poſſit nullomodo nullóque vnquam caſu admittendas eſſe huiuſmodi prorogationes: ſiue reſtitutio competat, ſiue non. Sed & finge, Principem vt prorogationis † beneficium indulgeret, ex eo præcipuè motũ fuiſſe, quòd venditor eiúſve heres facultatibus lapſus proponeretur. Emptoré verò cõtra quem beneficium illud impetratum ſit, æquè miſerum & afflictum eſſe, dignúmque cuius perinde miſereri æquum ſit, quis admittat ſuccurri venditori aut heredi venditoris aduerſus emptorem? Nam nec locus eſſe poſſet hoc caſu literis illis moratoriis, quas *reſpirationis* vocant, quæ tamen facilè & ſine cauſæ cognitione concedi ſolent, tanquam quæ vel nullius vel permodici ſint præiudicij. Rebuff. *De lit. dilat. art. 1. gloſ. 1. n. 25.* poſt Matth. de Affict. *q.* 377. Finge impetratam prorogationem in annum vnum quod tempus longius eſſe nec Cagnolus ipſe diffiteatur. Non debet valere prorogatio, ne quidẽ pro vno aut altero mẽſe, poſito etiam ita iure, vt in duos vel tres vſque menſes ea prorogatio cõcedi potuiſſet, exemplo eius quod dicimus, Moratorias literas ſi in decennium differant, exactionẽ ne quidem pro quinquennio valere, quamuis pro quinquennio tantùm impetratæ valituræ eſſent. Sic enim idem Rebuff. *dict gloſ. 1. n. 6. arg. cap. cui de non ſacerdotali. De preb. in 6. l. ſi ſponſus, §. generaliter. de donat. inter vir. & vxor.* Finge expoſitum † fuiſſe Principi per venditorem eiúſve heredes quod prorogati tẽporis redimendi nihil intereſſet emptoris, quippe qui receptis quandoque numis ſuis nullam poſſit videri paſſus iniuriam *arg. l. cùm te fundum 6. in fin. C. de pact. int. empt. & vendit.* Aperta obreptio & ſubreptio eſt. An non enim emptoris intereſt ne inſcius ignoránſque obligetur ab alio per prorogationem, quæ ſi nulla fieret nullomodo eſſet ille obligatus finito quandocumque tempore, ne quidem ſub conditione? An non etiam intereſt illius vt

14

15

16

rem

rem à se emptam sibique pleno iure & irrenocabiliter acquisitam retinere possit, potiùs quàm datam à se pro pretio pecuniam recipere, si fortè quod semper euenit longè pluris res sit quàm quanti fuit vendita sub pacto de retrouendendo? Cur ergo pecuniam pro re accipere cogetur, præsertim si non ei pleniſſima indemnitas offeratur. Nam & moratoriis tantùm literis impetratis omnimodo hanc præstari oporteret. Alioqui facile erit venditori fraudem comminisci,& petere prorogationem eo fortassis tempore quo fructus nullos sperare possit ex re vendita, puta hostibus occupata,malítque pecuniam retinere quæ necessaria esset ad redimendum, oblaturus eam posteà cùm liberata res erit,& fructuosa, vt toties medij temporis & fructuum & vsurarum commodum ita emptori auferat, quem vtique æquum est pro eo damno quod sentit ex amissis rei fructibus omne sibi lucrum retinere quod ex iusto contractu iuréque gentium sibi quæsierit. Quid
17 tursum si prorogationis † concessio causam illam habeat quòd non potuerit venditor eiúsve heres exigere à suis debitoribus, atque inde pecunias comparare ad offerendum intra tempus præstitutum? Non est causa probabilis. Neque enim fraudi esse debet ea res emptori, cui non potest imputari, quòd venditori debitores inopes sint & egeni. Multò minùs, quòd non possint tam citò conueniri ob impetratas per eos à Principe literas moratorias,& annalis dilationis. Nam si iure impetratæ sint, non habet venditor idémque creditor quod conqueratur,nisi proponas ab ipso emptore, qui idem debitor sit fuisse impetratas. Tunc enim per emptorem factum videretur, quominùs intra præfixum tempus conditio impleri per venditorem potuisset,idcóque proprium factum ei nocere deberet. Sin per iniuriam & sine causa impetratæ dicantur, non debet iniuria quæ fit venditori emptorem contingere *l. si per imprudentiam* 51. §. *D. de euict.* Præsertim cùm difficultas soluendi nihil commune habeat cum iure obligationis, nec excusetur debitor à mora ob non impletam conditionem quæ in dando erat, tametsi per egestatem suam dare non potuerit,quia causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet, vt Venuleius loquitur in *l. continuus* 137. §. *illud De verb. oblig.* Sed etsi non tam difficultas quàm impossibilitas in huiusmodi conditione implenda versaretur, cùm tamen ex alterius quàm emptoris facto ea impossibilitas proficisceretur, non posset facere vt conditio haberi deberet pro impleta in præiudicium emptoris, per quem non staret quominùs verè impleretur,siue conditio in dando consisteret, siue in faciendo. Nec aliud remedium impedito competere potest, quàm vt de indemnitate sua agat aduersus eum qui impedimentum attulit,maximè verò si sit ille soluendo,vt tractat Bart ad *l. in testamento ita erat scriptum* 31. *D. de condic.& demonstr.*
18 Quid item si Princeps † ipse pecuniam debeat venditori nec velit aut commodè possit soluere? An iusta illa causa erit concedendæ prorogationis? Minimè. Princeps enim quatenus priuatus priuatique debitor est cæterorum priuatorum iure vtitur,nec proprij lucri occasionem captare solet ex alieno damno. Idémque dilemma locum hic habere potest, quod in cæteris debitoribus venditoribus qui annalis dilationis literas impetrarint. Aut enim iustè fit vt Princeps differat solutionem eius quantitatis quam debet venditori, aut iniustè. Si iustè, nullam querelæ occasionem habet venditor, nec eo magis tamen potest intendere prorogandum sibi tempus redemptionis in necem emptoris, cui non æquè iustè suum ius auferri possit. Si iniustè, non debet iniuria quæ fit venditori emptorem afficere. Quid si Princeps ideò differat solutionem à se debitæ quantitatis quòd in causam belli publici erogandum sit quicquid pecuniarum vndequaque congerere possit? Nam hoc casu receptum est vt propter publicam vtilitatem liceat Principi de plenitudine potestatis dominium auferre quod alteri etiam ex iure gentium iam quæsitum sit. Sed siue ius dicendum illud est siue iniuria, non debet egredi personam venditoris, de cuius iure, & patrimonio disputatur, alioqui abibit res in infinitum,si eo publicæ vtilitatis prætexto iniuria venditori facta ad emptoris incommodum trahatur, ísque emptor habeat etiam creditores aduersus quos idem auxilium postulet prorogationis. Quid enim si creditores illi alios quoque creditores habeant? Cur feramus vt non iis æquè noceat iniuria, quæ publicæ vtilitatis causam pro iure habet, atque noceret emptori,si à venditore progredi posset ad emptorem vsque? Atqui nemo dixerit debere eam rem nocere creditoribus creditorum emptoris. Ergo nec
emptori ipsi nocere debebit. Quod item si venditor, † 19
qui postulat prorogationem, causetur, non potuisse se tam facilè & intra redimendi tempora repetere emptorem hyperochæ, & vt loquuntur, plurisualentiæ, fortassis propter belli in eo loco grassantis incommoda? Non est audiendus. Nec enim arctari debet emptor vt quærat alium qui velit hyperocham emere eius rei quam ille sibi iam acquisitam habeat pleno iure. Præter id quod non satis certi apud me iuris est, quod interpretibus & pragmaticis placet, ius implendæ conditionis cedi posse, cùm omnium conditionum ea natura sit,vt in forma, quod aiunt, specifica debeant impleri. De quo tamen alibi dicemus. Quid denique si † 20
venditor aut venditoris heres fortassis etiam pupillus redimendi ius sibi prorogari postulet ex ea causa quòd viliore pretio res vendita fuerit, atque ita futurum sit vt grandi damno afficiatur pupillus si à redimendi iure tam breuis temporis præscriptione excludatur? Ne quidem hæc iusta petendæ prorogationis causa est, quia licuit emptori cùm emeret decipere in pretio venditorem *l. in causa* 16. §. *idem Pomponius. D. de minor.* nec remedium aliud vllum supereſt venditori læso, nisi vt imploret beneficium *l.* 2. *C. de rescind. vendit.* si vltra dimidiam iusti pretij læsum se conqueratur. Quo casu siue condictionis ex lege, siue vt vulgò pragmatici putant,in integrum restitutionis nomine actio illa donanda sit, nihil causæ est cur contra tam manifestas iuris regulas prorogatio temporis conuentionalis ei dari debeat, cui alio commodiore & ciuiliore remedio succurri potest. Idémque obtinet, etiamsi læsio non enormis tantùm, sed etiam enormissima, vt vocant, id est, vltra pretij bessem interuenerit in venditione. Quod enim pragmatici post interpretes tradunt fieri ex hac causa perpetuum ius redimendi quod ex conuentione fuerat temporale, tantò magis suadet, ne prorogationibus istis locus aliquis relinqui debeat, cùm etiam post finitum tempus & citra prorogationem futurum sit vt liceat venditori suo iure vrgere retrouenditionem. Nec in hoc casu,id est,cùm læsio in pretio allegatur, ad impetrandam prorogationem aut restitutionem in integrum aduersus laptum temporis conuentionalis, separandus est pupillus à maiore. Quandoquidem placet interpretibus non esse illum adiuuandum, nisi tanquam maiorem: nec ad aliud ei prodesse pupillaritatem, nisi vt pro ignorante habeatur, ex eóque capite iustæ ignorantiæ restitui possit quasi maior. Inde namque fit vt non alterius læsionis allegatio ei prodesse debeat, quàm quæ possit maiori prodesse, id est, quæ sit vltra dimidium, licèt in cæteris causis, hoc est, cùm restitutio imploratur ex edicto *De minoribus*, qualitcunque læsio dum ne prorsus minima sufficere possit ad inducendam restitutionem *l. nam posteaquam* 9. §. *si minor. D. de iureiur. & pass. eo. tit. De minor.* Ex iis igitur quæ toto hoc capite tam

multa diximus,concludere licet,ni fallimur,nullam satis iustam causam excogitari posse ob quam permittendum sit venditori aut eius heredi quisquis ille sit, impetrare à Principe, vt redimendi ius quod iusta conuentione intra certum præfixumque tempus exerceri debuit,in longiorem diem prorogetur.

ERROR IX.

Si tutoribus pupilli ius redimendi habentis denuntiatum ab emptore intra tempora petenda retrouenditionis.

SVMMARIA.

1 *Exceptio qua ab interpretibus & pragmaticis affertur ad propositionem quam inuexere, Restitui potest pupillus siue minor aduersus lapsum temporis conuentionalis non tanquam pupillus, sed tanquam maior.*
2 *Bartoli distinctio communiter probata.*
3 *Exceptio interpp. quàm improbabilis.*
4 *Vera sententia l. Æmilius. 36. de minor aduersus Bartol. & alios defensa.*
5 *Expenditur ratio Pauli Iurisconsulti in d. l. Æmilius.*
6 *Minor non restituitur aduersus lapsum temporis legalis aut municipalis,cùm de retractu agitur.*
7 *Nec restituendus est aduersus lapsum temporis conuentionalis.*
8 *Paponij sententia de restitutione pupilli aduersus retractum conuentionalem exposita.*
9 *Quando pupillus restituatur aduersus lapsum temporis conuentionalis.*
10 *Non potest restitui pupillus aduersus lapsa redimendi tempora, si pactum de retrouendendo à patre initum sit, & num. 14.*
11 *Ampliatio conclusionis, qua pupillo denegat beneficium restitutionis.*
12 *In acquirendis tutor potest præiudicare pupillis, sicut & prælatus Ecclesiæ.*
13 *Si censuarius sit pupillus etiam omnino indefensus, nihilominus potest aduersus ipsum fieri executio.*

VVlgates interpretes & pragmatici qui Bartolum ducem secuti,vt iam diximus,volunt restitui posse pupillum, aliúmve minorem quemlibet aduersus lapsum temporis conuentionalis non tanquam pupillum, sed quasi maio-
1 rem, solent subiicere exceptionem, † si modo nihil prorsus cum eo gestum sit: Alioqui si vel minimum quid gestum proponatur, clamant omnes fieri locum restitutioni ex edicto *De minoribus*. In eámque sententiam potissimùm mouentur ex Pauli responso illo de quo tam multa iam scripsimus in superioribus in *lege Æmilius*. 8. *D. de minorib.* vbi Iureconsl. quamuis neget debuisse pupillam ab Imperatore restitui,propterea quòd pater eius non ipsa contraxerat, innuit tamen potuisse Imperatorem non improbabiliter moueri ad concedendam restitutionem ex eo,quòd tutoribus pupillæ in pretij solutione cessantibus emptor denuntiauerat vt solueret,ideóque cum pupilla ipsa aliquid gessisse videbatur. Estque id consequens ei quod suprà docuimus non posse in proposita specie tractari de in integrum restitutione ex edicto *De minoribus*, quia edictum ad ea tantùm rescindenda pertinet, quæ gesta sunt cum minore, nihil autem gestum dici potest cum herede venditoris, siue pupillus, siue alius heres ille sit, licèt redimendi tempus inciderit in ætatem pupillarem. Inde siquidem videtur inferri posse à contrario sensu, si quid igitur cum pupillo vel alio minore gestum sit, dandam esse ex minoris ætatis causa in integrum restitutionem. Hinc illa Bartoli † 2
distinctio ad *d. l. Æmilius*,communiter probata,vtrum denuntiatio illa tutori facta sit ad pupillum interpellandum, & in mora constituendum, an verò iure protestationis, vt vocat, certificatoriæ, vt priore calu noceat emptori denuntiatio, prosítque pupillo ad obtinendam restitutionem,posteriore verò non noceat emptori, sed prosit potiùs, ad hoc ne pupillus quandoque possit dicere ignoratum à se fuisse id quod tutor suus sciuerit. Mihi verò traditio † hæc probari nullo- 5
modo potest, non enim si quid gestum sit cum minore, facere potest vt minori concedenda sit in integrum restitutio nisi hactenus vt id ipsum duntaxat rescindatur,quod gestum est, nec præterea quicquam: vt quod in nostrorum brocardico est, Limitata causa limitatum producat effectum. Cur enim prætextu minimi fortasse negotij quod cum pupillo gestum sit, patiamur restitui pupillum aduersus illa etiam, quæ non pupillus ipse, sed pater eius gesserit? Itaque si ponas interpellatos fuisse ab emptore tutores pupilli vt in mora pupillus constitueretur, fatebor equidem posse restitui pupillum aduersus eam moram contractam per interpellationem si quid ex ea iuris sibi adrogare emptor velit: quia verum est hac parte aliquid gestum esse cum pupillo, sed non feram vt eo magis restituendum dicas pupillum aduersus lapsum temporis in eam conuentionem deducti, quam pater fecerat, & qua continebatur vt si intra biennium restitueret pretium venditionis, fundus sibi ab emptore retrouenderetur: quoniam interpellatio illa facere nequit, vt conuentio hæc cum pupillo inita esse videatur. Cùm igitur neque interpellatio, neque mora vlla necessaria sit ad hoc vt redimendi ius quod non nisi conditionale, & temporale fuit, intercidat, solúsque temporis lapsus in hanc rem sufficiat, dico rescisla etiam interpellatione, saluam tamen superesse conuentionem cum pupilli parte initam, quæ facere debeat vt pupillus nulla ratione restitui possit, neque tanquam pupillus, neque tanquam maior, sicut nec pater eius si viueret restitui vnquam posset. Exemplo eius quòd licèt in dissimili specie Iulianus scribit in *leg. cùm is* 32. §. *mulier. de condict. indeb.* mulierem quæ in ea opinione sit vt credat se pro dote obligatam, si quid dotis nomine dederit, repetere non posse, *quia*, inquit, *sublata falsa opinione relinquitur pietatis causa ex qua solutum repeti non potest*. Sic enim & in proposita quæstione dici potest, sublato per in integrum restitutionem omni eo quod gestum est cum minore, superesse conuentionem factam à maiore contra quam nullus subsit color dandæ restitutionis. Rescinde enim quantum voles interpellationem quæ pupilli tutoribus facta fuit ab emptore: Numquam tamen assequeris vt peior esse debeat conditio emptoris quàm si nulla interpellatio facta esset: quo casu haud dubiè conditionis implendæ tempus pupillo cucurrisset, & quidem cum effectu ac sine spe restitutionis non quasi mora per lapsum temporis contracta, quemadmodum vulgò creditur, (quia, vt suo loco disputauimus, non potest mora contrahi sine obligatione *l. si pupillus* 27. *De verb. obligat.* obligatio autem hîc nulla est offerendæ pecuniæ ex parte venditoris, cum nihil omnino emptori debeat, neque purè, neque in diem, neque sub conditione) sed propter defectam conditionem, quæ post elapsa tempora intra quæ oblatio posita in conditione fieri debuerat, impleri amplius numquam potest. Itaque denegabimus pupillo beneficium restitutionis non quasi interpellato & in mora constituto, sed

tanquam

tanquam ei qui citra interpellationem & moram ſolo lapſu temporis excluſus ſit à iure redimendi ex verbis & ſententia conuentionis factæ inter maiores. Neque
4 vera alia † Pauli ſententia eſt in *d. l. Æmilius*. Nam quod ait de repetitis denuntiationibus per emptorem factis ad extorquendam ſolutionem, non eò pertinet, vt ob eam cauſam facilius reſtitui pupillam debere exiſtimet, ſed vt habent verba ipſa legis, quòd venditor denuntiando poſt diem quo placuerat eſſe commiſſum, & pretium petendo, receſſiſſe à lege ſua videretur. Id enim generaliter verum eſt in tractatu *De lege commiſſoria*, vt poſt diem commiſſoriæ legi præſtitutum ſi venditor pretium petat legi commiſſoriæ renuntiaſſe videatur, nec poſtea variare & ad hanc redire poſſit *l. poſt diem 7. & §. vlt. leg. præced. De leg. commiſſ. l. commiſſoria 4. C. de pact. int. empt. & vendit.* Et certè magna valdéque efficax hæc ratio eſt, & ad quam vix ſcio quid pro emptore reſponderi commodè poſſit. Etſi enim conſtat, ita demum nocere venditori quòd poſt diem pretium petat, ſi pretium ſoluere emptor velit, non etiam ſi in mora perſeueret: tamen cùm ea mora non niſi per tutores contracta eſſet, quibus denuntiatum fuerat vt ſoluerent, quique poſtmodum ſuſpecti pronuntiati erant, præbebat ea res materiam in integrum reſtitutionis, ne ſublata extinctáque per denuntiationes illas poſt diem factas legis commiſſoriæ poteſtate, damnum pupilla ſentiat ex facto tutorum magis quàm ex facto patris, qui contraxerat. Neque eſt quod poſt Bartolum quis dicat, non potuiſſe denuntiationes illas venditori nocere tanquam factas extra iudicium & ante litem conteſtatam. Nam cùm lex commiſſoria proculdubio ſit odioſa, vt & aliæ pactiones omnes quæ bonæ fidei contractum iam perfectum reſoluunt ipſo iure, non eſt dubitandum quin ei renuntiaſſe videri debeat venditor, ſibique variandi facultatem ademiſſe ex quo pretium periit, licèt extra iudicium, & ante litem conteſtatam, quia hoc ipſo ſatis voluntatem ſuam declarauit, ſi modò tunc ſaltem cùm de illo quæritur, an poſſit variare, offerat emptor pretium, nec diutiùs cunctetur. Abſurdum namque fuerit eam pro emptore interpretationem capere, quæ tueatur venditionem, cui etiamnum parere emptor nolit. Ex qua ratione apparet, quod ab Imperat. decretum eſt in *d. l. Æmilius*, dandam pupillæ reſtitutionem ſic accipi oportere, ſi pupilla ſtatim offerat pretium emptionis, nec aliud tempus ei dandum eſſe intra quod ſoluat, cùm iam præterierit dies intra quem ſolui omnino debuerat, ſi venditor à lege ſua non receſſiſſet.
5 Neque tamen ratio † iſta Paulo probari poteſt, ideò fortaſſe (neque enim aperit quid ad eam reſponderi poſſit) quod in tutorum poteſtate fuerit, quandiu ſuſpecti pronuntiati non fuerunt, deteriorem facere conditionem pupillæ in acquirendis, licèt non ſimiliter in acquiſitis, vt tractat Molin. in *conſuet. Pariſ. §. 13. gloſ. 2. num. 2.* In acquirendorum autem numero hoc ius eſt, quòd emptori poſt commiſſam venditionis legem ex pretij petitione acquiritur, vt à lege commiſſoria receſſum eſſe videatur. Tunc enim per huiuſmodi petitionem ius acquiritur emptori cùm ſatisfacere venditioni, pretiúmque ſtatim ſoluere emptor paratus eſt, aut is qui emptoris perſonam ſuſtinet, qualis tutor eſt, ex cuius perſona ſicuti lucrum ſentire vult pupillus ob denuntiationes ipſi tutori factas, ita factum & contumaciam eius præſtare debet, aut potiùs ſibi imputare, vt mora quæ per tutorem, in ſoluendo contracta eſt, per ipſum pupillum contracta exiſtimetur. Fieri enim nequit vt eundem actum, qui cum tutore geſtus ſit, pupillus pro parte probet, pro parte improbet, ſed aut in totum agnoſcere debet, aut à toto recedere *l. cùm quæritur 16. D. de adminiſtr. tutor.* Præſertim cùm in hac ſpecie ius venditoris aut eius qui à venditore ſecundus emerat, non ex tutoris facto & contumacia proficiſceretur, ſed ex conuentione facta inter maiores. Illa namque tutoris in ſoluendo negligentia, & contumacia non ad fundandam venditoris intentionem alleganda eſt, ſed potiùs ad fundandam replicationem, eliendámque exceptionem illam *ſi non à lege commiſſoria venditor petendo pretium receſſiſſet.* Itaque ſublata per iuſtam replicationem exceptione, quæ in venditoris facto poterat obiici aduerſus conuentionem, quam pupillæ patet fieri, ſola remanet conuentio, quæ haud dubie ſi rectam veramque iuris rationem & æquitatem reſpicias, periculo reſtitutionis obnoxia eſſe non poteſt: quemadmodum dicimus iudicium bonæ fidei quod per exceptionem pacti deſtruebatur, reſtitui per doli replicationem per quam exceptio ipſa perimatur *l. 3. C. de except.* Sublata enim exceptione per replicationem, ſola ſupereſt actio qualis primùm & ſui natura fuit, & conſequenter bonæ fidei ſi talis antea erat, vt explicauimus *lib. 4. Coniectur. cap. 18. & 19.* Cæterùm, ratio illa vel potiùs dubitatio Iureconſulti *quod venditor denuntiando poſt diem, quo placuerat eſſe commiſſum, & pretium petendo à lege ſua receſſiſſe videretur*, oſtendit manifeſtè non eandem dubitandi rationem futuram Paulo fuiſſe ſi ante diem commiſſoriæ legi præſtitutum denuntiationes illæ centies factæ fuiſſent, etiamſi ad tutores interpellandos pupillúmque in mora conſtituendum. Quid enim poſſis imputare venditori, quaſi negotium aliquod cum pupillo gerere velit, ob id ſolùm quòd tutoribus denuntiauerit, vt ſatisfacerent conuentioni iam factæ cum maiore? Fateor non fuiſſe neceſſariam denuntiationem ad hoc vt legi commiſſoriæ locus fieri poſſet, cùm totam vim ſuam & poteſtatem capiat ex venditione, quæ facta fuit inter maiores, neque ad reſoluendam ipſo iure venditionem ob pretium non ſolutum mortuo intra diem emptore neceſſarium eſt pupillo tutorem dari vt per denuntiationem tutori faciendam poſſit pupillus ſcire ea quæ geſta ſunt cum minore, quia nec illud neceſſe eſt vt pupillus ſciat, imò ne quidem vt pupillus alíúſve vllus heres ſit emptori, qui ſub lege commiſſoria contraxit, quemadmodum in ſuperioribus à nobis diſputatum eſt. Sed tamen ſi denuntiatio ad abundantem, vt loquuntur, cautelam facta ſit ne pupillus ignorantiam ſuam, licèt fruſtrà & iniuſtè poſſet quandoque prætendere, dico non debere id nocere venditori, vt ob eam duntaxat cauſam reſtitui pupillus poſſit tanquam pupillus, quòd deſinat poſſe reſtitui tanquam maior, cùm non aliam cauſam adferre interpretes poſſint, cur eum reſtituendum putent tanquam maiorem, quàm quòd non poſſit reſtitui tanquam pupillus. Denique hoc contendo, nullo prorſus caſu fieri poſſe vt pupillus ſiue tanquam pupillus, ſiue tanquam maior in integrum reſtitui debeat aduerſus lapſum temporis conuentionalis intra quod agi potuerat ex pacto ad retrouendendum. Nam neque reſtituendus † vllo- 6
modo eſſet aduerſus lapſum temporis legalis aut municipalis ſi de retractu legali aut municipali ageretur, vt pragmatici Galli atteſtantur, præſertim Molinæus *ſupra d. §. 13. gloſ. 2. num. 3.* Lucius in Placitis, Cur. Pariſ. *Tit. De gentilit. redhib.* Ioannes Paponius in ſyntagmate *ead. tit.* Et ratio punctualis, quomodo Molinæus loquitur, & quam ille ſupradicto loco adfert, illa eſt quòd facultas retrahendi non fuit adinuenta, nec conceſſa per legem aut conſuetudinem, niſi ad limites modi & temporis in ea expreſſi. Vnde hi limites pariter reſpiciunt, & afficiunt minores & abſentes, & quoſcunque alios. Nec poteſt quis vti ea lege & conſuetudine niſi ad eius limites, & ſtatutis modis & temporibus ab ea requiſitis. Verba ſunt Molinæi ſupradicto loco, niſi quòd de conſuetudine nominatim loquitur non de lege, cuius tamen quin eadem ratio ſit dubitari non poteſt cùm nihil aliud conſuetudo, quàm lex non ſcripta, ſiue in ſcriptum redacta fuerit, ſiue non. Multò magis autem in retractu † conuentionali eadem ratio locum 7
habere debet, quia difficilius prætor ſe interponit vt

aduerſus

aduerſus iuſtam conuentionem inter maiores factam reſtituat in integrum, quàm vt aduerſus legis ſcriptæ vel non ſcriptæ alperitatem, quia nec potentior aut fauorabilior lex vlla eſt quàm quæ à contrahentibus ipſis dicta fuit & conſtituta. Idque & Molinæus quoque ſupradicto loco inſinuat non obſcure, *num.* 1. *ad fin.* in verſ. *Etſi viterius obiiciatur*, quamuis in eo erret cum cæteris quòd putat ſi quid vel minimum geſtum ſit cum minore dandam ei reſtitutionem aduerſus lapſum temporis conuentionalis inter ipſos etiam maiores conſtituti, ex *d.l. Æmilius* perperam ab omnibus, vt nunc omnes fatebuntur, intellecta. Nec eſt contra-
8 rium quod Paponius † eo ipſo loco quem citauimus diſtinguit apertiſſimè retractum legalem aut municipalem à conuentionali, atque denegandam pupillo reſtitutionem aduerſus retractum illum legalem aut municipalem, ſed concedendam aduerſus conuentionalem ex *cap. conſtitutus Extr. de in integr. reſtit.* Indéque ex pragmaticis noſtris pleroſque errandi occaſionem ſumpſiſſe ſcio, vt putent aduerſus lapſum temporis conuentionalis reſtitui pupillum oportere. Omnino impenté. Non enim de eo retractu Paponius intelligit, qui deſcendat ex conuentione à pupilli aut alterius cuiuſlibet minoris parte vel alio ipſius tutore facta, ſed de illo cui cauſam dederit contractus à pupilli tutore aut ab ipſo minore initus. De quo & in *dict. cap. conſtitu-*
9 *tus.* Quo caſu nemo dubitat quin pupillo † & minori cuilibet danda ſit reſtitutio, vt & aliis omnibus in caſibus quibus aliquid geſtum ſit à tutore vel minore, quod pupillo aut minori damnum adferat. Sed obſeruandum tamen illud eſt quod pauci obſeruant, reſtitutionem hoc caſu dari non contra lapſum temporis conuentionalis, quod fieri per ipſam quoque rerum naturam impoſſibile eſt. ſed contra propriam conuentionem, cuius pars quædam fuit adiectio illa certi temporis & limitati. Ex quo fit tanto clarius, quod nos volumus, ſi pa-
10 ctum † de retrouendendo ſub conditione illa reſtituendi intra certum tempus pretij inter maiores factum ſit, non magis admitti poſſe vt pupillus ſiue tutorem habens, ſiue non habens reſtituatur aduerſus lapſa redimendi tempora, ſiue tanquam minor, ſiue tanquam maior, quàm vt contra ipſam conuentionem à patre factam reſtituatur, contra quam tamen qui eum ob pupillaritatem reſtituendum putarit, ſiue tanquam pupillum ex edicto *De minoribus*, ſiue tanquam ignorantem ex edicto *De maioribus*, nemo hucuſque tam ignorans, ignarúſve fuit. Sed & illud ſummopere à pragmaticis noſtris obſeruari velim quod ſupradicto loco Molinæus
11 ſuam illam, noſtramque concluſionem, † quæ pupillo denegat beneficium reſtitutionis etiam aduerſus retractum legalem & municipalem, ampliat indubitanter vt procedat etiamſi pupillus non poſſit habere efficacem regreſſum ad intereſſe contra tutorem qui non eſt ſoluendo. Quid enim referre poteſt eius qui non cum pupillo aut eius tutore, ſed cum patre contraxit, an pupilli tutor de quo tum nec cogitabat adhuc nec cogitare poterat, futurus eſſet ſoluendo nécne. Nam etſi cum ipſo tutore contractum ſit, & dolo quid tutor fecerit, non ſemper diſtinguimus an cautum ſit pupillo an non, & an tutor ſoluendo ſit an non, dummodò rem adminiſtret, inquit Vlpianus in *l. apud Celſum* 4. §. *illa etiam quæſtio. De dol. except. Vnde enim*, inquit, *diuinat is qui cum tutore contrahit?* Quam verò difficilius diuinare is potuit, qui non cum tutore contraxit, ſed cum patre?
12 Placet etiam ratio illa Molinæi, quòd in acquirendis † tutor prælatus, & ſimiles poſſunt præiudicare minoribus, vel Eccleſiæ. Hîc autem tractari de iure acquirendo impuberi non etiam de iure iam quæſito, ex eo apparet, quòd pupillus, ſiue prorogationem iuris redimendi poſtulet in longius tempus, ſiue in integrum reſtitutionem poſt elapſum tempus, non aliud agit, niſi vt acquirat ſibi obligationem & actionem aduerſus emptorem, id eſt, vt emptorem ſibi obliget ad retrotrahendendum ſub conditione, & quidem ſub alia conditione, quàm quæ deducta fuerat in conuentionem: quod ſine noua conditione quæ veterem reformet aut potiùs deſtituat, certè fieri nullomodo poteſt. Neque valdè diſſimile eſt quod idem Molinæus tractat in *lib.* 2. *Conſuet. Pariſ.* §. 52. *gloſ.* 1. *num.* 76. Si cenſuarius † ſit pupil- 13
lus etiam tutore carens, & omnino indefenſus, qui proinde neque interpellari, neque in mora conſtitui vlla ratione poſſit, non eo minùs contra eum fieri impedimentum & executionem, de qua ibi agitur, *quia*, inquit, *huiuſmodi impedimentum ſit propter onus reale in rem non in perſonam & eſt quædam manus iniectio non lucratoria, ſed impeditiua duntaxat in conceſſione rei retenta, nec cenſetur aliquod negotium cum perſona geri*, &c. Quantò magis igitur dicendum eſt, pupillo † ſuccurri 14
nullomodo debere vt poſt tempus ex patris conuentione præſtitutum admittatur ad petendam retrouenditionem? Hîc enim plus eſt quàm in caſu illo Molinæi, quod nihil ſit, neque in rem, neque in perſonam pupilli, neque hic lapſus temporis lucratorius eſt, vt cum Molinæo loquar, ſed impeditiuus duntaxat, & in ipſa rei acquiſitione retentus ne amplius vnquam poſſit exiſtere conditio, ſub qua fuerat retrouenditio promiſſa: neque rurſum aliquod negotium cum perſona geri intelligitur, ſed tantùm finitur ex vtraque parte tempus elabi, quod retinere, & ne elaberetur prohibere, etiamſi maxime vellent, quibus tamen machinis poſſent? Sed & in caſu Molinæi, requiritur interpellatio aut ſaltem notificatio facienda cenſuario ad efficaciam illius impedimenti vt idem ille diſputat ibi *num.* 74. quæ porrò fieri nulla poteſt pupillo tutorem non habenti & indefenſo. In propoſito autem nulla denuntiatione aut interpellatione opus eſt, ad hoc vt poſt tempus paterna conuentione præſtitutum euaneſcat ſtipulatio aliáve promiſſio de retrouendendo facta ſub conditione quæ intra tempus illud impleri debuerat, quæque iam impleri nunquam poſſit. Id enim fit ex vi & poteſtate ſola conuentionis iuſtæ quæ in perſona maioris, non modò initium ſumpſit, ſed etiam pleniſſimam perfectionem habuit, licèt non niſi ſuo deſtinatóque tempore effectum habere potuerit. Sed de tota quæſtione iſta iam nimis multa. Subiicianus aliam diſputationem primámque Decadum noſtrarum partem cum hac Decade feliciter Deo fauente abſoluamus.

ERROR X.

De pupillo, vel minore, cui tanquam tutoris aut curatoris procuratori ſolutum eſt pretium rei immobilis, quam tutor vel curator vendiderat, aut retrouendiderat ſine decreto.

SVMMARIA.

1 *Species facti controuerſi inter tutorem & minorem cui tanquam matris adminiſtratricis procuratori ſolutum eſt pretium fundi quem mater retrouendiderat autori ſine decreto.*

2 *Competieritne minori iam minori facto ius vindicandi fundum autori à matre retrouenditum.*

3 *Ratio prima pragmaticorum affirmantium, quòd irrenocabiliter pupillo fundus eſſet quæſitus, ideóque nec alienandus ſine decreto.*

4 *Secunda ratio, quòd mater legitima tutrix non fuiſſet.*

5 *Tertia, quod profeſſio pretij accepti, non ſecuta vera numeratione autorem non liberaret.*

6 *Reſponſio autoris ad primam aduerſariorum rationem,*

quæ

qua docetur actorem fundi dominium sibi iniustè vindicare, quod nec Sempronij eius parentis unquam fuerit.

7 *Simulatio venditionis ex quibus arguatur.*

8 *Oratio Seueri de prædiis minorum, sine decreto non alienandis non habet locum in fundo qui pupillo, aut eius patri fuerat pignoratus.*

9 *Traditio non transfert dominium sine iusta & legitima tradendi causa.*

10 *Actio pupillo integra manet si prædij pupillaris, aut quasi pupillaris venditio per tutorem facta sit sine decreto.*

11 *Ex pacto de retrouendendo non potest absolutè inferri dominium à venditore in emptorem translatum esse.*

12 *In proposito casu non fuisse necessarium decretum iudicis ad retrouendendum.*

13 *In proposita specie enormissimam læsionem reddere ipsam venditionem nullam.*

14 *Ex venditione nulla nec dominium transfertur, nec debentur laudemia.*

15 *Etiam doli exceptione actorem repelli posse.*

16 *In proposito redimendi ius quod ex conuentione erat temporale factum fuisse perpetuum propter immodicam læsionem.*

17 *Nec fuisse necesse vt ob id præcederet declaratoria sententia.*

18 *Responsio autoris ad secundam aduersarij rationem supra nu. 4. propositam. & seqq.*

19 *Mater qua testamento tutrix data est, iudicis confirmatione non indiget: hæc satisdationem præstare tenetur.*

20 *Vt iurare debeat.*

21 *Si inuentarij confectionem omittat nunquid pro tutrice habenda sit.*

22 *Responsio ad tertiam aduersarij rationem: & seq.*

23 *Neque pupillo, neque minori bene soluitur sine tutoris aut curatoris autoritate.*

24 *Imberti distinctio reiecta.*

25 *Solutionem factam minori ad pleniſſimam liberationem autori prodesse, primò quòd ei soluerit tanquam matris procuratori.*

26 *Minor tanquam procurator maioris negotium alienum gessit in quo aliqua læsio intruenit, in integrum restitui nequit.*

27 *Impubes ad negotia, non item ad lites procurator constitui potest.*

28 *Solutio tutori facta pupilli nomine parit soluenti liberationem sine pecunia in rem pupilli versa sit, sine non.*

29 *Solutio facta falso tutori quando pariat liberationem.*

30 *Solutionem controuersam eo ipso rectè factam esse, quòd acceſſerit iusiurandum minoris de nunquam petendo.*

31 *Qui rei sua ab alio vendita pretium petit, licet tanquam procurator venditoris, hoc ipso ratam habet venditionem, nec eam postea impugnare potest.*

32 *Venditio prædij pupillaris ab initio malè facta ob omissam decreti solennitatem, potest à maiore rata haberi, ac irrenocabiliter confirmari.*

33 *Iniquè rem petit minor, qui pretij quod accepit restitutionem non offert.*

34 *Minor qui curatorem habet quatenus pupillo comparandus.*

35 *Mater qua pupilli tutrix fuit, quandiu periculo administrationis obnoxia remaneat.*

36 *In proposita specie non esse quærendum, an pecunia in rem minoris versa sit, nécne: sed de pretio retrouenditionis soluto.*

37 *Minori denegatur in integrum restitutio quando id facit valens, quod & maior & inuitus facere cogeretur, si tanquam minor restitui velit*

38 *Sententia l. in pupillo 47. D. de solut.*

39 *Locupletior intelligitur factus pupillus qui rem vam retrouendidit, quam pater si viueret retrouendere omnimodo deberet.*

40 *Qui rem sub pacto de retrouendendo patri pupilli vendidit etiamsi pupillo tanquam perditurè pecuniam soluat, secutus est, & cur.*

41 *Obsignato pretio ac postea vi maiore deperdito actio salua est venditori sub pacto de retrouendendo, etiamsi nullusdum heres temporis obsignationis appareat.*

42 *Etiam in pupilli & serui persona conditio vtiliter impleri potest etiam sine domini vel tutoris autoritate.*

43 *In conditionibus implendis factum duntaxat, non etiam ius consideratur.*

44 *Licet pupillo implere conditionem etiam sine tutoris autoritate.*

45 *Emptor quando teneatur facere pretium accipientis.*

46 *Quando sit in electione pupilli an contra tutorem agere velit, an contra eum potiùs cum quo tutore autore contraxit.*

47 *Nihil esse cur minori in casu ab initio proposito succurri debeat.*

48 *Pretio retrouenditionis in aduersarij vtilitatem conuerso, non esse cur debeat illi succurri.*

49 *Vltima ratio aduersarij, & eius refutatio.*

Itius fundum Tusculanum quadringentis dignum vendiderat Sempronio aureis centum, interposito pacto de retrouendendo sub ea conditione, si intra triennium ea pecunia cum legitimis accessionibus Sempronio restitueretur. Cum Titio absente causa Reipublicæ non modò triennium illud effluxisset, sed etiam decennium penè integrum, atque interim Sempronius decessisset instituto hærede filio impubere, eiúsque tutela & bonorum omnium administratione matri patruóque simul mandata, reuersus postmodum Titius eundem fundum mihi vendiderat, quasi redimendi ius saluum haberet, ex causa tam immodicæ læsionis, petita saltem in integrum restitutione aduersus damnum quod ex lapsu temporis per absentiam suam passus fuisset, in eámque rem iuribus suis omnibus mihi cesserat, adeóque auxilio competentis in integrum restitutionis, aut obiiciendæ simulationis, si ea mihi via magis placeret vt Sempronij hæres fructus omnes, quos & ipse, & pater eius percepisset, tanquam ex pignore potiùs quàm iustæ emptionis titulo perceptos aut restituere aut in sortem imputare cogeretur. Ego cum pupilli Semproniani † matre tanquam cum tutrice (quòd sola rem administraret, absente scilicet contutore testamentario qui in alia degebat prouincia) intervenientibus tamen adfinibus & agnatis plerisque bona fide transegeram nulladum mota lite: conuenerátque vt fundus ille Tusculanus eo ipso pretio restituto quod Sempronius dederat, mihi retrouenderetur, subsecuta statim non solùm retrouenditione, sed etiam retrotraditione. Mater quæ se tutricem & testamento datam à patre, & à iudice confirmatam affirmabat, fide habita de pretio totum sibi persolutum fuisse professa erat, accepto tamen à me chirographo, & in publici instrumenti fidem translato de pecunia illa sub vsuris certo die soluenda. Subinde solueram heredi, pupillares quidem annos egresso, sed minori tamen annis vigintiquinque, quem mater nullisdum redditis tutelæ rationibus, retentáque vniuersorum bonorum administratione, procuratorem fecerat ad petendam accipiendámque solutionem. Is procuratorio nomine solutionem & petierat, & acceperat, adhibito quoque iureiurando pactóque de nunquam contrauéniendo

niendo. Post annos aliquot maior factus, & intra tempora quidem petendæ restitutionis ex capite minoris ætatis, sed nulla tamen postulata, vindicabat fundum tanquam suum, vrgebatque fructuum condemnationem ex die occupationis indebitæ, vt pragmatici loquuntur, nec pretij à se accepti restitutionem vllam offerebat, propterea quod contenderet nulla id ex parte in
2 rem suam versum fuisse. Quærebatur † apud Senatum nostrum, an iure id ageret. Non deerant ex pragmaticis nostris, qui iustam putarent, ritéque institutam actionem. Rationes quibus potissimùm moueri se dicerent,
3 hæ adferebantur: quod † is fundus ex causa hereditatia pupillo acquisitus irreuocabiliter per elapsa tempora intra quæ retrouenditio peti potuerat, alienari à matre alióve tutore sine decreto iudicis non potuisset, obstante oratione Seueri de qua in *l. 1. & tot. tit. de reb. eor. qui sub tutel. vel curat. sunt, sine decret. non alien.* non magis, quàm si pater eam rem sine retrouendendi pacto & onere comparasset. Nam si neque tutori neque curatori permittendum est vt redimendi tempus à pupilli patre præstitutum proroget, quòd ea prorogatio quædam veluti alienatio sit, vt ex Tiraq. diximus in quartum huius Decadis errorem, quantò minùs ferendum est vt huiusmodi pactionis prætextu elapsis iam temporibus petendæ retrouenditionis, liceat tutori vel curatori retrouendere nulla causæ cognitione, nullóque decreto præcedente? Nec quòd transactionis colot quæsitus ellet ad rem facere videbatur: quandoquidem vlque adeò interdicta est prædiorum pupillarium alienatio, vt non facilius per transactionem permitti possit quàm si alia quælibet contractus species proponeretur *leg. non solum 4. C. de prad. minor.* Hactenus enim tutoribus & curatoribus concessum est vt de pupillorum vel adultorum suorum rebus bona fide transigant, si earum rerum possessionem quam iam habent retineant, aut quam habent omittant, non etiam si quam habent amittant, & in alium transferant. Cui consequens erat vt heredi Sempronij eadem actio maneret, quæ mansura erat si retrouenditio nulla facta fuisset, *dict. l. 1. §. 1. leg. magis puto 5. §. penultim. de rebus eorum qui sub tutel.* Ergo etiam vindicatio, & in rem ipsam, non solùm in perso-
4 nam, vt scriptum est in *d. §. pen.* Secunda † ratio erat, quòd mater quæ se tutricem dixerat, neque tutelam apud iudicem suscepisse, neque iurasse, aut Velleiano, & secundis nuptiis renuntiasse, neque satisdedisse, nec denique sollenne inuentarium fecisse probabatur. Quæ omnia matri tutelam gerere volenti ex officio incumbere constat ex Iustiniani *Nouell. 118. de hered. ab intest. venient. cap. 5. §. ex his autem.* Capic. *decis. 50. incip. in causa Iacobi.* Dec. in *l. fœmine. num. 18. de reg. iur.* Ac proinde omissis & neglectis iis, cum non posset videri mater legitima tutrix fuisse, consentaneum relinquebatur, vt quæ per eam gesta essent nullo iure consisterent, præsertim quòd ad damnum & incommodum pupilli, quamuis eius commodo & fauore si vellet ille, defendi possent, vt tractat Afflict. *Decis. 262. post. Alex. conf. 129. ponderatis, vol. 1.* Tertiam rationem †
5 aduersarius afferebat, quòd etiamsi mater re vera tutrix fuisset, professio tamen illa pretij accepti sufficere non posset ad acquirendam mihi liberationem non secura vera numeratione, vt ex communi interpretum traditione defendit Andr. Tiraq. *De retract. conuent. §. 4. glos. num. 32. & seq.* Secuta autem numeratio, quæ non tutrici facta esset, sed minori ipsi quem & eo tempore pupillum fuisse aduersarius contendebat, multò minùs potuerat parere liberationem, cùm neque tutoris vel curatoris autoritas in ipso negotio & actu numerationis interuenisset (quomodo interuenire debuerat vt vtiliter interposita videretur, *l. obligari 9. §. tutor statim. D. de autor. & conf. tutor. l. si quis mihi 25. §. insfum D. de acquir. hered.*) neque pecunia in rem minoris versa probaretur §. *vltim. Institut. quib. alienat. licet vel non, leg. contra 28. D. de pact. leg. pupillo solui 15. D. de solut.* iunct. *leg. sancimus 25. Cod. de administr. tutor.* Mihi tamen & doctioribus plerisque quibuscum de iure meo contuleram, longè aliter videbatur. Nam primùm, † quòd ad institutæ actionis ius pertineret, 6
dicebam, quod iuris est notissimi, vindicationem dominij de qua tractabamus (est enim pignoris quoque vindicatio, sed quæ tamen absolutè vindicatio dicenda non est *leg. si fundus decimæ sexta, paragrapho, in vindicatione. D. de pignor.*) non alij posse vnquam dari, quàm qui sit dominus iure gentium aut ciuili *leg. in rem 23. D. de rei vindic.* In proposito autem non poterat actor se dominum dicere, non tam propter factam à matre eademque tutrice retrouenditionem, secuta etiam traditione, quàm illa potissimùm ratione, quòd eius pater Sempronius numquam huius fundi dominus extitisset. Contractum enim illum, licèt venditionis titulo donatum, tamen simulatum & pignoratitium fuisse apparebat ex eo quòd omnia illa concurrebant ex quibus interpretes pragmaticique omnes vno ore arguendam existimant † simulationem venditionis, pa- 7
ctum scilicet de retrouendendo, modicitas pretij, & in persona emptoris consuetudo fœnerandi sub eo vsurarum modo, cui fructuum ex fundo perceptorum modus & quantitas respondeat. Sic enim ex alijs quos penè innumeros congerit Andr. Tiraq. *in praf. de retr. conuent. numer. 5.* Ac de pacto quidem retrouendendi ex scripto & instrumento constabat, de modicitate verò pretij ex locationum tabulis, quæ probabant eo ipso tempore quo facta venditio fuerat, pensionis pro fructibus debitæ modum illum fuisse, vt ad decunces etiam vsuras ascenderet, cùm tamen fundus nobilissimus & dignitatis non mediocris titulo insignitus ex vsuratum duntaxat sextantium comparatione æstimari iustè debuisset. Ea namque ferè certior & expeditior probandæ æstimationis ratio esse solet ex fructuum quantitate & valore *l. si fundus 13. in princ. D. de reb. eor. qui sub tutel. l. si fundum per fideicommissum 92. de leg. 1.* Fructuum autem quantitas pro fundi aut regionis dignitate maiorem facere solet æstimationem. Fœnerandi verò consuetudo (cuius tamen probationem hac parte necessariam non esse multi defenderunt) partim per testes, partim per instrumenta probari tam apertè poterat vt de ea dubitari non oporteret. Hoc verò ita constituto vt pignoris potiùs quàm emptionis contractus initus videretur, apparebat ex contractu pignoratitio dominium neque translatum fuisse in Sempronium, neque transferri vnquam potuisse *l. cùm & fortis 35. §. vlt. D. de pign. act.* Proinde nec factum esse hereditarium defuncto Sempronio, nec pupillarem: quia & hereditarius & pupillaris ille est qui mortis tempore in defuncti hereditate, id est, dominio reperitur, hereditatem enim dixerunt veteres pro dominio, sicut & heredem pro domino §. *vlt. Inst. de hered. qualit. & differ. l. 3. §. idem Pomponius. D. de minor. l. de hereditate 19. §. pater.* vers. *non tamen. D. de castr. pecul.* Alioqui plus iuris à defuncto in heredem translatum esset, quàm defunctus habuisset, quod iuris regulæ non patiuntur, nec consequenter ad hunc casum pertinere potest oratio Seueri † De prædijs minorum ne decreto non alienan- 8
dis, quam constat non habere locum in fundo, qui vel pupillo, vel quod idem est, eius patri fuerit pignoratus, nisi eo demum casu quo rei pignoratæ dominium iam fuerit à defuncto, aut à tutore pupilli nomine impetratum *d. l. magis puto 5. §. si fundus pupillo pignoratus, ll. tit. D. de reb. eor. qui sub tutel.* Nec quod is fundus re vera Sempronio traditus fuerat, ad rem facit. Non enim sola † nudáque traditio dominium transfert si tradendi cau- 9
sa nulla sit, quam nec aliquam subesse sufficit, si non sit iusta & legitima, id est, quæ iure nostro habilis existimetur ad dominium transferendum, *l. numquam nuda. 31. D. de acq. rer. dom. l. 3. D. si vsufr. pet.* qualis proculdubio

est

eſt cauſa emptionis veræ & iuſtæ *l.ex empto* 11. *D.de act. empt.* Pignoris non item, *l.pignoris* 13. *D.de vſur.* Ex quo facilè eſt intelligere quàm parum aptè obiiceret aduerſarius quod ſuprà diximus manere † actionem pupillo integrã quoties prædij venditio per tutorẽ facta eſt ſine decreto ex *d.l.1.& d.l.magis puto.§.pen.de reb.eor.* Id enim tum verè dicitur cum pupillaris fundus diſtractus fuit: Fundus autem pupillaris vt iam diximus, hic eſſe nõ poteſt, qui nũquam fuit in dominio pupilli. Fateor ſufficere vt ſit quaſi pupillaris ad hoc vt non magis ſine decreto diſtrahi poſſit quã ſi eſſet pupillaris, vt putà ſi eũ pupilli pater aut tutor emerat bona fide quaſi eſſet vẽditoris, cũ tamen re vera eſſet alienus. *d.l.magis puto* §.1. Nam & pro huiuſmodi fundo publicianam habere pupillus poſſet aduerſus omnes præterquam aduerſus dominum, tanquam ſi iam eſſet vſucaptus *l.1.& tot.ti.D.de public. in rẽ act.§.namque.Inſtit.de act.* Sed nego pupillarem aut quaſi pupillarem dici debere eũ quem pupilli pater ſub emptionis titulo ficto & ſimulato reuera in pignus acceperit, de quo retrouendendo, nec agi poteſt, cũ retrouenditio ſupponat præcedentẽ actionẽ, ſed de pignoris tantũ iure luendo. quod ne fieri quandocũque poſſit, ſaltem ad trigeſimum vſque annũ, nemo vnquã dubitauit, *d.l.pignoris*, vbi Bart. & alij tractant. Atqui, inquies, pactũ interceſſit de retrouendendo vt appareat neceſſariã fore retrouenditionem, & quod eſt antecedens, tranſlatum fuiſſe dominiũ à venditore in emptorẽ, *arg.l.ab emptione* 58. *D.de pact.* Ego verò conſecutionẽ nego † cum pactum ipſum de retrouendendo ſit etiam ſimulatũ, quippe quod pars quædã ſit vẽditionis, quæ ipſa, vt diximus, tota eſt ſimulata. Imò vel ob hoc maximè ſimulatũ videri debet pactum hoc de retrouendendo, quod in cauſa præcipuè ſit, vt vẽditionem dicamus ſimulatã: nec enim ſola modicitas pretij licèt fœnerandi conſuetudine accedente induceret ſimulationis præſumptionem ſi pactum de retrouendendo nullum interceſſiſſet. Philoſophorũ auté catholicũ illud eſt, nec prudẽtibus ipſis incognitũ propter quod vnum quodq; tale eſt, & illud eſſe magis tale, Quemadmodum nec quiquã dubitat quin plus valeat ſemper quod agitur quam quod ſimulatè cõcipitur, vt eſt in *rubr.C.* parumque prodeſt ſuppoſititiũ nomen emptionis ſi re vera pignus cõtrahatur, *l.emptione* 3. *ill.tit l.ſi ex pretio* 6. *C. ſi cert. pet.* Inſtabis fortaſſe, neceſſarium fuiſſe decretũ iudicis, & plenſſimã cauſæ cognitionem adhiberi debuiſſe antequàm hic fundus à tutrice retrouenderetur, vel ob hoc ipſum vt ſciri poſſet an contractus emptionis in Sempronij perſona verus fuiſſet, an ſimulatus. Sed iam ſupra diximus † in quartum huius Decad. erroré, nihil id commune habere cum decreto quod ex oratione Seueri exigitur ad prædia minorum vtiliter diſtrahenda. In eo namque verſatur interpoſitio illius decreti, & cauſæ cognitio, vt ſciatur, an vrgeat æs alienum, cuius exſoluendi neceſſitate, tandem eò veniendum ſit vt prædium diſtrahi oporteat, *d.l.magis puto.§.non paſſim.* Cæterùm ſi prædium neque reuera pupillare fuit, neque quaſi pupillare; ſufficit quandocũque cognoſci & apparere de ſimulatione, quia non ex eo demum tempore incipit emptio eſſe ſimulata quo ſimulata pronunciatur, ſed per ſententiã quandocunque ſecutam, qualis ab initio fuerit emptio, declaratur: ac proinde nihil eſt quod obſtet quominùs ab initio etiam ſine decreto facta valuerit ſemper venditio eius prædij quod nunquam fuerit pupillare. Accedebat in propoſita ſpecie, quod etiamſi emptio illa ſimulata non fuiſſet, id eſt quãuis neque pactum de retrouendendo, neque fœnerandi conſuetudo interueniſſet, tamen ex enormiſſima † illa læſione quæ iuſti pretij non modò beſſem ſed etiam dodrantem excedebat nulla prorſus & iniuſta videri debebat venditio, quaſi quæ contineret dolum in re ipſa dolo ex propoſito cõparandum, iuxta eã interpretũ receptiſſimam ſententiam quæ tradi ſolet ad *l.ſi quis cùm aliter* 36. *de verb.obl.* & quam Senatus noſtri decretis innumeris confirmatam fuiſſe certiſſimum eſt. Sic enim vulgò exiſtimant, ex cauſa huius doli qui in re ipſa eſſe creditur, non ſolùm reſcindendam eſſe venditionem, ſed pro nulla prorſus habendam reducto titulo ad non titulum, adeò vt ad fructuum omnium quaſi nullo iure perceptorum reſtitutionem condemnari emptorem debere non dubitent; ſalua ei vſurarum quincuncium pro rata ſoluti pretij vel petitione vel imputatione. Atqui ex venditione † nulla dominium non transfertur *d.l.numquam nuda*, quoniam emptio quæ nulla eſt, emptionis nomen non meretur. *l.cùm vir.* 42. *D. de vſucap.l.cum lex* 46. *D. de fideiuſſ.* vnde illud eſt quod neque laudimium ex ea vllum debetur, cùm laudimij obligatio inducitur ex tranſlatione illa dominij quæ fit per alienationem *l. vlt. vbi not. C. de ſur. emph.* nec niſi de poſſeſſione inter noſtros hoc caſu controuerti ſolet quàm quia facti magis eſt, quàm iuris, facilius eſt etiam ex nullo contractu transferri in accipientem, de quo noſtri tractant ad *l.1.§.ſi vir vxori. D. de acq. poſſ.* Verum igitur eſt hoc caſu nunquam competiſſe Sempronio vindicationem, nec proinde ipſius heredi competere poſſe qui vtique plus iuris habere ex cauſa hereditaria nec poteſt nec deber, cùm ſuccedat in vitia defuncti, etiam ignorans, *l.cum heres* 11. *De diuerſ. temp. præſcr.* ac multò magis ipſi nocere debeat vitium contractus, quod non tantùm contrahentis perſonam afficit, ſed ipſum etiam contractum. Obſtabat † quoque vindicanti aduerſario, vt ſaltem doli exceptione repelli deberet, quamuis ſine decreto adeóque ſine cauſa fundus pupillaris contra leges diſtractus proponeretur, quod pretij reſtitutionem nullam omnino afferebat, cùm tamen non modò aliqua ex parte, ſed totum etiam pretium in rem pupilli verſum eſſe probaretur, *d.l.ſi fundus* 13.*§.quamquã autem. D. de reb.eor.qui ſub.tut.* vbi exceptionis huius concedendæ rationem æquiſſimã Paulus illam adfert quòd non ſit permittendum pupillo vt lucrũ captet ex alieno damno. Plus dicebã, tametſi emptio illa neq; ſimulata neque prorſus nulla fuiſſet, tamẽ læſionis † tam immodicæ effectum futurum illum fuiſſe vt redimendi ius quod ex conuentione temporale erat concluſúmque triennio, perpetuum fieri debuiſſet hactenus ſaltẽ vt in trigeſimum vſque annum extenderetur. Nam & hæc receptiſſima noſtrorum traditio eſt à Senatu quoq; noſtro ſæpiùs ac ſæpius approbata, quam & Pariſ. Curiæ placuiſſe maximè in contractibus ſuſpectis refert And. Tiraq. *de retr. conuent.§.1.gl. 2.n.55.* referens etiam, probànſque Batt. Challan. qui in *Conſuet. Burgũd.* ita ſcripſit *Ti. De rentes venduës à r'achapt.§.1.col.4.n.2.* itémque in *Tit. de retraicts* §.10. in verbo *a fait diligence, in fi.* vt in hoc ſaltem, inquit Tiraq. rationem quandã habeamus opinionis illorum, qui ex modicitate pretij & pacto de retrouendendo reprobant contractum. Satis.n. ſupérque fauemus emptori, ſi dicamus, ex his duobus non probari quidem contractum, ſed tamen reſcindi, vt ille loquitur, reſtituto quandocunque pretio ſine vlla fructuum deductione. Et verò parum intereſt emptoris an emptio reſcindatur ex cauſa enormis & immodicæ læſionis, beneficio *l.2.C. de reſcind. vend.* an potiùs redimendi ius alioqui temporale perpetuetur, cum vtroque caſu idem eueniat, vt res empton auferatur, & pretium ei reſtituatur, niſi quòd fauorabilior & expeditior videtur ratio illa perpetuandi iuris ad redimendum competentis, per quam ſc. venditio, tota conſeruatur integra, cuius reſciſſio non poteſt eſſe non odioſa: quamuis Tiraq. reſcindi eam dicat hoc ipſo quòd ius redimendi perpetuatur contrà quàm in vendendo conueniſſet. Ergo quemadmodum ſi retrouenditio facta eſſet intra triennium quod venditionis lege fuerat præſtitutum, dubitari non poſſet, quin liceret tutori fundum illum quantumlibet pupillarem retrouendere etiam ſine decreto, quia hic caſus ex eorum numero eſt in quibus decreto nullo eſt opus, *l.2. Cod.quand.decr.opus non eſt.*

11 58

12

13

14

15

16

ita & fateri cogimur nullum hîc fuiſſe neceſſarium decretum: non magis, quàm ſi pupillus ipſe vellet ſine decreto fundum reddere quem pater ſtipulanti ſpopondiſſet, aut inconſulto prætore peragere cætera venditionis, quam pater feciſſet *d. l. magis puto* 5. §. *ſi pupillus. & ſeq. de reb. eor. qui ſub tutel.* Nam ſi quis tentare velit debuiſſe præcedere declaratoriam, vt pragmatici loquuntur, de perpetuando iure redimendi, antequam tutor id pro perpetuo aut perpetuato habere potuiſſet, is proculdubio errauerit. Si. n. tutor ſibi conſcius ſit, & iuris & facti. i. ſi tam enormem & immodicam læſionem eſſe ſciat vt in dubium eam reuocare non poſſit, ſciat etiam ex peritiorum conſilio ita iudicari à Senatu ſolitum eſſe, vt ex cauſa redimendi ius fiat perpetuum, aut vt aduerſus damnum, quod ex lapſu temporis contigit, reſtitutio in integrum dari poſſit ei qui abfuit Reip. cauſa, *l.* 1. & *tot. ti. ex quib. cauſ. maior.* Rogo cur iniuſtam pupilli nomine litem ſuſcipere, & inanibus ſumptibus pupillum diuexari patiatur: Neque enim bonam fidem etiam extra iudicium agnoſcere tutor prohibetur *l. quoties tutor* 9. §. *ſicut autem*, vbi eſt textus perelegans. *D. de admin. tuto.* Præſertim verò ſi ex litis euentu maius damnum pupillo timere debuit: quod hic euenit. Nam ſi hoc caſu pupillus ſententiam iudicis expectaret, haud dubiè probata tam enormi læſione condemnandus eſſet non tantùm ad retrouenditionem faciendam, ſed etiam ad fructus omnes quos & ipſe & pater eius percepiſſet aut percipere potuiſſet, quaſi nullo iure perceptos omnimodo reſtituendos, aut, quod effectu idem futurum erat, in ſortem imputandos, atque ita euenire vt pro centum aureis, quos Sempronius Titio numeraſſet non niſi quinquaginta pupillo reſtituerentur, qui ex fundo illo per decennium integrum centum aureorum fructus percepiſſet: iuxta eam ſententiam quam & à pragmaticis inductam, & in tribunalibus receptam eſſe diximus *Decade 9. Error.* 9. Neque enim eſt quod quis negetur, pupillum ſuccurrendum eſſe propter ætatem vt cum eo mitiùs agatur ne cogendus ſit pati reſtitutionẽ illam fructuum aut immutationem. Nam cùm hæc ſiue reſtitutio, ſiue imputatio proficiſcatur ex vitio contractus, cui dolus defuncti ſiue verus, ſiue præſumptus, ſiue ex propoſito, ſiue in re ipſa, cauſam dederit, vt contra pragmaticos ex ipſorum pragmaticorum traditionibus diſputemus, quis admittat fieri poſſe, vt pupilli ætas & fauor qualitatem contractus immutet? Non magis vtique quàm vt alterius cuiuſlibet heredis ignoratio vitia defuncti excludat *d. l. cùm heres* 11. *D. de diuerſ. tempor. præſcript.* Itaque negari non poteſt quin pupilli negotium vtiliter geſſerit mater quæ fundum hunc mihi retrouendidit eodem pretio quod pater pupilli numerauerat, centum aureorum, nulla fructuum aut reſtitutione aut imputatione diminuto. Et verò quid intereſt an redimendi ius perpetuum fuerit ex conuentione, an ex legis poteſtate, vt mater, quæ retrouendidit maximè bono illo conſilio, vt à fructuum reſtitutione vel imputatione pupillum ſuum liberaret, nihil contra filij vtilitatem, nihil etiam contra leges feciſſe videatur; Hinc
18 autem † inferri etiam poterat, quàm inanis & futilis eſſet ratio illa, quæ contra me afferebatur, quòd mater tutrix non fuiſſet, propterea quòd neque confirmata eſſet à iudice, neque iuraſſet, neque ſollenne inuentarium feciſſet, nec denique ſatisdediſſet. Nam etiamſi ea omnia maximè vera fuiſſent quæ ex facto potiùs falſa probabantur, mihi tamen nocere minimè debuiſſent, quia quod dici ſoler, non poſſe tutorem adminiſtrare, aut in re pupilli quicquam facere priuſquàm ea omnia peregerit, quæ ad tutelam ritè ſuſcipiendam pertinent, niſi ſi quid ſit quod dilationem nec modicam expectare poſſit, vt Vlp. ſcribit in *l. tutor qui repertorium* 7. *D. de adminiſtr. & peric. tut.* tunc locum non habet cùm in pupilli commodum & vtilitatem negotium à tutore geſtum eſt, ne aliter poſito iure euenial vt quod fauore pupilli conſtitutum eſt, in eius odium retorqueatur. Boer. *queſt.* 62. *in fin. & queſt.* 124. Aufrer. ad *Deciſ. Capell. Tholoſ.* 92. Guid Pap. *queſt.* 330. Idémque eſt etiamſi nullum pupillus ex eo tutoris facto lucrum ſentiat, dum ne quid aliud tutor fecerit, quàm quod vt vel inuitus facere ex iuris ratione cogi potuiſſet. Quid enim eſt quod huic tutori poſſis imputare, aut in quo pupillus læſus eſſe videatur? Nam etſi pupillus ipſe non ſolùm ſine prætore, ſed etiam ſine tutore quid feciſſet in executionem contractus paterni, & quod pater ipſe ſi viueret facere deberet, non eò minùs ex facto ſuo teneretur, *d. l. magis puto.* §. *ſi pupillus & ſeq. De reb. eor. qui ſub tutel.* Sed neque verum eſt
19 matrem quæ † teſtamento tutrix data ſit, confirmatione vlla indigere, qua nec alius tutor vllus, qui modo bene ritéque datus eſſet, indigeret, vt probauimus in *Decad.* 3. *Error. vlt.* Sicut nec ſatisdare tenetur, cùm habeat pro ſe iudicium defuncti, quod decreti vice & loco eſſe poteſt, *l. teſtamento* 17. *D. de teſtam. tutel.* §. 1 *Inſtit. de ſatisd. tutor.* Neque rurſum † cogitur mater iuſiuran-
20 dum illud interponere, de quo Iuſtinianus in *Nouell.* 110. *De hered. ab inteſt. venient. c.* incip. *ex his autem*, quoniam ea ſolennitas receſſit ab aula, vt interpretes & pragmatici omnes fatentur. Cogitur ſanè iurare vt & alius tutor quilibet ſe rem pupilli bene & ex eius vtilitate adminiſtraturum, ſed non facit illa omiſſio vt ſi benè & vtiliter adminiſtrauerit, ob id minùs valere debeant quæ ab eo geſta ſunt, quòd non iurauerit. Plus enim præſtat qui facit, quàm qui iurat ſe facturum. Inuentarium † autem conficere etſi tutores omnes debent, nec
21 priùs quicquam attingere, ne dolo in litem contra eos iurari poſſit, *d. l. tutor*, tamen qui non fecit, remouendus ex ea cauſa potiùs eſt tanquam ſuſpectus, quàm vt reſcindi debeant ea omnia quæ circa pupilli perſonam aut patrimonium fideliter vtilitérque geſſerit, *vt ſupradicta queſt.* 124. Boërius tractat. Tum verò quid ſi pater inuentarij confectionem, vt fieri ſolet, adeóque, rationũ redditionem matri de qua confidebat, remiſerit? Fateor non ex eo fieri vt nullum prorſus inuentarium conficere nullâſque rationes reddere mater debeat, ſed tantùm vt à ſcrupuloſa redditione liberata intelligatur, ſi non præterea matri legatum ſit quicquid ex tutelæ cauſa debere poterit, *l. ita autem* 5. §. *Iulianus*, *alias l. quidam decedens. D. eod. l. ſi quis* 9. *l. Aurelio* 20. §. 1. *l. Aurelius* 28. §. *Titius D. de liber. legat.* Sed tamen dico in hoc caſu matrem quæ patris voluntatem & iudicium ſecuta ſit, non ob id minùs tutricem fuiſſe videri debere quòd inuentarium nullum fecerit. Quanquam in ea ſpecie de qua tractamus proponebatur mater defuncto marito iudicem adiiſſe, & narrato per ſupplicem libellum teſtamento quo pater matri patruóque ſimul, vt diximus, tutelam mandauerat, petiiſſe vt dum patrui in alia prouincia degentis reditus expectabatur, inuentarium conſcriberetur, ne quid ſibi poſſet imputari, & impetrato in eam rem iudicis reſponſo inuentarium illud fieri curauerat. Denique ſufficiebat quòd mariti teſtamento tutrix communium liberorum effecta ſupremam defuncti voluntatem precibus iudici oblatis agnouiſſet, omniáque tanquam tutrix geſſiſſet, ex bona fide pupillorúmque vtilitate, nec ſolùm extra iudicium, ſed in iudicio quoque ſiue ageret pupillorum nomine, ſiue conueniretur. Sola itaque ſupereſſe videbatur † 22
illa quæſtio, an pretium retrouenditionis, ſiue matri, ſiue filio ipſi ſolutum quod in rem eius verſum non probaretur, bene rectéque ſolutum videri oporteret, ex eáque ſolutione mihi liberatio contigiſſet. In qua quæſtione illud quidem ſtatim occurrebat quod aduerſarij obiiciebant, neque pupillo, † neque minori bene 23
ſolui ſine tutoris aut curatoris auctoritate, nec liberationem ex ea ſolutione contingere, niſi quatenus locupletior pupillus minórve factus eſſe proponatur §. *xũc admonẽdi. Inſt. quib. alien. licet vel non. l. sãcimus.* 25. *l.*

conſtitutionem

conſtitutionem 27.*C.de adminiſtr. tut.* Tutoris porrò autoritatem in ipſo negotio & actu interponi neceſſe eſt, *l.obligari* 9.§.*tutor ſtatim.D.de autor. & conſenſ. tutor.l. ſi quis mihi bona* 25.§. *ſuſſum. D. de acq. her.* Etſi autem ius hoc diſtinctiones quaſdam recipit in minore, ſi Io.
24 Imberto credimus aliam rationem conſtituenti † eius, qui decimum octauum ætatis annum iam exceſſerit, aliam eius qui nondum attigerit, vt prælumendus hic ſit pecuniam ab alio acceptam male conſumpſiſſe ille contrà vtiliter & in rem ſuam impendiſſe (quæ tamen diſtinctio ſicuti prudentibus omnibus fuit incognita, ſic nec vllam habet rationem,) in pupillo tamen generaliter & indiſtinctè verum videtur non poſſe ei ſolui ſine tutoris autoritate, videríque perdituro dari pecuniam, quæ pupillo datur, vt proinde ex eiuſmodi ſolutione vix vlla poſſit vnquam liberatio contingere. ſi non probetur
25 pecunia in rem pupilli verſa. Sed reſpondebam, † concurrere hic quàm plura, quæ facerent ne dubitari poſſet, quin ſolutio ſiue minori, ſiue etiam pupillo facta prodeſſe mihi deberet ad pleniſſimam liberationem. Prima illa erat, & præcipua, quod ego minori ſolueram tanquã matris ſuæ eiuſdémque tutricis & adminiſtratricis procuratori. Inde namque fiebat vt perinde habenda eſſet ſolutio illa ipſi matrici acſi facta fuiſſet. Quo caſu ſi mater poſteà numos filio impuberi perdédos dediſſet, nihil tamen eſſet quod mihi imputari oporteret, ſed matri potiùs quæ minorem, adeóque ſi voles impuberem filium procuratorem conſtituiſſet ad pecuniam exigendam. Factum denique & periculum hac in re matris eſt, nõ pupilli, & conſequenter non magis quærendum erat, an in rem pupilli verſa eſſet pecunia, quàm ſi mater ſolutionem accepiſſet. Vnde illud etiam eſt quod dicimus, mi-
26 norem qui † tanquam procurator maioris negotium alienum geſſerit, in quo aliqua læſio interuenerit, reſtitui in integrum non poſſe quoniam ea ratione non minori, ſed maiori contra prætoris mentẽ edictique verba ſuccurreretur, cuius damno res ceſſura ſit, præterquam vno illo caſu, ſi euentu damnum minor paſſurus fuerit, quia quod præſtiterit ſeruare ab alio non poſſit, qui forte non ſit ſoluendo, *l.* 3.§.*vlt.& l.*4.*l.cum mandatu* 23.*C. de minor.* Scio equidem non poſſe impuberem † conſti-
27 tui procuratorem ad lites tractandas: ad negotia verò nõ facilè ſi obtentu ætatis nihil cum eo gerere velit is, ad quem mittitur procurator: quia iudicio caret illa ætas, & ea etiam quæ videt, ignorat. Verùm ſi is qui cũ maiore gerendam rem habeat, pupillum velit admittere procuratorem, præſertim ea in re, in qua ſolo facto, nudóque tradendi aut accipiendi miniſterio magis quàm certo iudicio opus ſit, nihil eſt vtique quod prohibeat quominùs & procurator eſſe ad negotia & ſolutionem accipere poſſit, eritque potiùs quod ei imputetur qui pupillo mandatum dedit, quàm ei qui pupillum procuratorem admiſit, in eamque rem apertiſſimus & accommodatiſſimus textus eſt in *d.*§. *vlt. tutor. l.* 3. *De minor.* iunct. *l.* 1.§.*pupillus.* 13.*D.de acquir.poſſeſſ.* Atqui conſtat
28 ſolutionem † tutori factam pupilli nomine parere ſoluenti liberationem, & quidem omnimodo, id eſt, ſiue pecunia illa in rem pupilli verſa ſit, ſiue non, & ipſo iure, vt ait Paul. in *l. Lucius* 46.§.*tutela. de adminiſt. & peric. tutor.* Neque enim male contrahitur cum tutoribus, etiamſi non ſint ſoluendo, inquit, Vlpianus in *l.* 4. *in fin. de euict. l. cùm plures*, 12.§. 1. *D. de admin. tutor.* Quid. n. diuinare poſſit is qui contrahit cum bona fide cum tutore? *l. apud Celſum* 4.§. *illa etiam quæſtio* 23. *D. de doli mal. except.* Aut cur debeat curioſus eſſe vel anxius quam in rem tutor acceptam pecuniam ſit impenſurus? *arg. l. doli exceptio* 19.§. *vlt de nouat* Curioſus & anxius is tantùm eſſe debet, qui contrahit cum perſona ſuſpecta, vt putà cum muliere quam ſcit aut ſcire debet non poſſe ita contrahere vt alienam in ſe ſuſcipiat obligationem *l. vir vxori.* 17. *in fine princ. D. ad S.C. Vell.* At tutoris perſona ſuſpecta numquam eſſe poteſt ei qui cum pupillo aliquid gerendum habet, imò nec eius qui pro tutore gerat. Sufficit enim vt rem adminiſtret, *d.*§. *illa etiam*, eandémque fidem & diligentiam præſtet quam tutor verus præſtaret, vt Pompon loquitur in *l. pen. D. de eo qui pro tutor.* Dicam amplius, etiamſi falſo † tutori facta 29
ſolutio ſit, adhuc idẽ eſſe, perindéque liberationem contingere eo nimirum caſu quo illi ipſi falſo tutori nõ alij obligatus debitor fuit. Affl. *Deciſ.* 147. quicã gerebat ex Bar. in *l. filius. C. de pact.* & in *l. cum qui* §. 1. *nu.* 2. *de verb. obl.* Cùm verò in propoſita ſpecie Sempronij filium, non pupillum, ſed puberem, licet minorem ſolutionis tempore fuiſſe contenderem, apparebat minùs dubitandum eſſe de ſolutionis poteſtate, maximè † quod iuſiurandũ 30
interueniſſet *nunquam petendo.* Conſtat enim ex eiuſmodi iureiurando non ſolùm obligari puberem, qui iurauit, ſed etiã confirmari validúmq; fieri contractum qui alioquin propter legis prohibitionem ipſo iure nullus eſſet *vulg. Aut ſacramenta puberum. C. ſi aduerſ. vẽd.* Hactenus ſaltem vt citra auxilium reſtitutionis in integrum audiri non deberet, quátacũq; læſio interueniſſet. Porrò quæſtio illa, an pretium in rẽ minoris verſum eſſet nécne, ad læſionis probandæ vel excludendæ cauſam duntaxat pertinebat, non ad contractus validitatem aut nullitatem inducendam. Id enim eſt quod interpretes tractant ad *l. prædiorum. C. de præd. minor.* in venditione rerum minoris aliquando læſionem interuenire in eo ipſo quòd minor vendiderit rem quam vendere non expedichat, aliquãdo in eo quòd pretium male conſumpſerit. Ergo ad illum caſum pertinet ea quæſtio quo de iure in integrum reſtitutionis agi oporteat: quæ tamen cùm nulla hic petita eſſet, neque verò peti poſſet, quia, vt diximus, minor pro matre maiore contraxerat, nihil aliud dicendum ſupererat, niſi vt vindicanti minori ſaltem doli exceptio obiici deberet. Numquam enim præſumptio eſt pro minore, quod pecuniam acceptam perdiderit ad transferendam in aduerſarium probationem vtilis in minoris rem verſionis, niſi cùm ſolutio facta eſt minori ex cauſa contractus inutilis & legibus improbati, *l. patri* 27. *ſi pecuniam & ſeq. D. de minor.* Hic autem ſolutio bene rectéque facta fuerat, ſaltem ob accedentem interuenientis iuriſiurandi autoritatem. Nam ſi iuſiurandum in vẽditione adhibitum confirmat venditionem, quantò magis confirmabit ſolutionis perceptionem? Minori ſiquidem prohibitum eſt oratione Seueri & Senatuſconſulto quod ad eam factum eſt ne prædia ſua diſtrahat, ne verò ſolutionem accipiat prohibitum non eſt. Idque verum eſt admiſſo etiam eo quod aduerſarius meus vindicandi fundi à tutrice retrouendiri ius habere. Quanquam neq; fieri poterat, vt vindicandi ius ei ſupereſſet qui pretium accepiſſet ſubiecta inratáque pactione de non petendo, cùm ipſam quoque venditionem ratam habuiſſe videretur, non ſecus ac ſi ille ipſe cum iureiurando vendidiſſet. Illud enim conſtat eum, qui † rei ſuæ 31
ab alio venditæ pretium petit, licèt tanquam procurator venditoris, hoc ipſo ratam habere venditionem, nec eam poſteà impugnare poſſe *l. ſeruum Titij* 49. *vbi Bart. notat. D. mendat.* Quid ergo intereſt, an iuſiurandum in apocha & accepti pretij profeſſione adhibitum ſit an in ipſa venditione? Nam ſi non cauillamur, an non magis periurus eſt qui vindicat rem cuius pretium accepit, quod numquam petiturum ſe promiſerat, quàm ſi pretium peteret? Maiorem enim facit iniuriam emptori, qui mallet vtique bis pretium ſoluere quàm ſoluto iam pretio præterea re carere, atque ita & rem & pretium amittere. Rurſum nihil vetat venditionem † prædij pupillaris quæ ab initio male facta ſit ob omiſſam 32
decreti ſollennitatem, poſteà ratam haberi à maiore atque ita irreuocabiliter confirmari *tot. titul. Codice ſi maior. fact. rat. habuer.* Et *titul. ſi maior. factus alien. ſine decret. fact. rat. hab.* Accedebat, quod accepti † pre- 33
tij reſtitutionem nullam minor hic offerebat, ne pro ea quidem parte quæ in rem eius verſa probaretur. Dices,

non esse cogendum minorem proprio nomine vindicantem, vt eam pecuniam restituat, quam non proprio sed procuratorio nomine acceperit. Respondeo, imò verò cogendum esse non solùm quòd pretium accipiendo venditionem ipsam, vt iam dictum est, ratam fecerit (quæ res eum obligat ad illa omnia ad quæ obligatus esset si ipse vendidisset, quia ratihabitio facit & constituit eius negotium, *l. si pupilli 6. §. item quæritur. 9. D. de neg. gest.*) sed etiam quia non extranei procurator fuerat, sed matris etiamdùmque tutricis, & administratricis, quæ si ipsa pretiũ accepisset, filium vtiq; siue impuberem, siue puberẽ, sed minorem obligasset ad pretij restitutionem in casum petitæ in integrum restitutionis: quia mater quæ filij tutelam aut curam gerit, personam ipsius sustinet ac repræsentat, perindéque ab ipso minore gestum videri debet quod à matre aut ab alio quolibet matris nomine gestum est, atque à matre ipsa, quod eius nomine filius minor tanquam procurator fecerit. Et, vt dicam apertiùs, eadem prorsus ratio constituenda est minoris, qui venditionis per matrem factæ pretium accepit procuratorio nomine, iurauitque numquam se conuenturum, quæ constituenda esset, si is præsente matre curatrice cum iureiurando vendidisset, nisi quod priore casu tutiùs contrahitur cum minore, ne possit ille vnquam in integrum restitui, nec si læsio, vt dixi, quantacunque interuenerit, si modò indemnitatem consequi possit ab eo cuius fuerit procurator, qui tamen si proprio nomine præsente curatore etiam cum iureiurando vendidisset, nihilominùs restitueretur, etiamsi mater quam maximè soluendo esset *l. 2. vlt. & pass. C. si tut. vel curat. interuen.* Replicabis, Minorem qui curatorem habeat comparari pupillo ex *l. si curatorem 3. C. de in integr. restit. minor.* Itaque minorem hoc ipso quod se tutricis suæ procuratorem dicit, fateri se quodammodo pupillum, nec proinde ex iureiurando suo efficaciter obligari, cùm noua Friderici constitutio ad puberum duntaxat, non etiam ad impuberum pertineat
34 sacramenta. Sed iam † probaui non aliam rationem esse pupilli, quàm minoris cuiuslibet, adeóque maioris cùm contrahit tanquam procurator, vt nimium nullo casu restitui possit, si non effectu ipso damnum sensurus sit, licet iusiurandum nullum interuenerit *ex d. l. 3. §. vlt. cum seq. & l. cùm mandatu 23. D. de minor.* Deinde pragmaticorum nostrorum error ille est, quòd putant, minorem qui habet curatorem vsque adeò comparandum pupillo, vt non magis ex iureiurando proprio obligetur, quàm si reuera pupillus proponeretur, quem nos refutauimus *Decad. 6. Err. 9.* Non enim quòd curatorem habet, facit eum pupillum, sed tantùm vt pupillo comparetur, & quidem in quibusdam, id est in alienatione rerum suarum, de qua in *d. l. si curatorem* non etiam in omnibus, vt ex eo constat quod puberes tametsi curatores habeant sine curatoribus suis rectè obligantur, & *puberes 101. De verb. obligat.* Impuberes verò sine tutoribus non item *l. obligari. 9. D. de autor. tutor.* Quòdsi rursum obiicias, matrem † quæ pupilli tu-
35 trix fuit desinere tutricem esse filij pubertate, dicam matrem cui pater non solùm tutelam, sed etiam vt in proposito administrationem totam mandauerit, curam quoque mandasse videri post finitam pupillarem ætatem præsertim quandiu tutela per matrem non esset reddita, matérque in administratione consentiente filio perseueraret. Nam & in cæteris tutoribus omnibus etiam datis à iudice ad tempora vsque pubertatis, idem vsuuenit, vt quandiu tutelæ rationes non reddiderunt, periculo administrationis obnoxij remaneant tã de neglectis, quàm de administratis, perinde acsi tutores adhuc essent, licèt curatores esse nequeant, etiamsi maximè velint. Id enim est quod Callistr. scribit in *l. à tutoribus 35. §. 1. D. de admin. tutor* officium tutorum curatoribus demùm constitutis finem accipere, ex eóque tempore omnia negotia quæ à tutoribus inita sunt ad fidem curatorum pertinere: vt intelligamus quandiu curatores nulli constituti sunt, tutoris & officium & periculum durare: & consequenter multò magis ex tutore curatorem fieri eum, cui eodem testamento & tutela & cura verbis expressis mandata fuit, aut quod effectu idem est, administratio (quo vno nomine non minùs cura quàm tutela continentur) cùm neque minoris, neque eius qui tutor fuit, interest an quasi tutor conueniatur, an quasi curator, vtraque actione eadem præstationes idémque tacitæ hypothecæ priuilegium habente vt tractant nostri
ad. *d. l. pro officio 20. C. eod.* Sed & in proposita † specie di- 36
cebam non esse quærendum an in rem minoris versa esset pecunia nécne, quoniam non de pecunia credita tractabatur, in qua solet contra creditorem in dubio responderi propter odium creditoris, maxime si fœnerator fuit *l. 1. C. si aduers. cred.* (de cuius tamen sententia dicemus aliquando, si Deus volet) sed de pretio retrouenditionis soluto, in quo parciùs & difficiliùs succurrendum est minori, quia pecuniam minori credere non est necesse, at pretium emptionis soluere postquam emeris, necesse est, inquit eleganter Paul. in *l. quòd si minor. 24. §. restitutio. D. de minor.* Quòd si in pura primaque venditione id obtinet, quantò fortiùs obtinere debet si non de venditionis, sed de retrouenditionis pretio disputetur? Etsi enim pretium emptionis soluere vbi emeris necesse est, tamen nec emptori emere, nec minori necesse est vendere, *l. nec emere 16. C. de iur. delib.* Potéstque imputari ei qui à minori comparauit, cur à minore comparauerit & cum eo contraxerit. At facta retrouenditione non solùm imputari non potest venditori eidémque redimenti cur pretium soluerit, quod necessariò soluendum habuit vt redimendi iure sibi iam quæsito vti posset, sed neque minore succensendum est quòd vendiderit eam rem quam retrouendere omnimodo debuit, siue retrouendendi necessitatem legis potestas induxerit, siue æquitas conuentionis quæ de ea re non cum ipso minore, sed cum eius patre interposita fuerit: quámque retrouendere emptoris heres quilibet etiam maior omnimodo debuisset. Vetitur enim minor iure communi, quoties id facit etiam † volens, quod 37
& maior & inuitus facere cogeretur: cóque casu tritum est denegandam ei in integrum restitutionem si tanquam minor restitui velit *l. vlt. Codice de in integr. restit. minor. l. verum 12. §. sciendum, & seq. l. inter eos 51. §. cùm inter. D. de fideiuss.* quia vt est in iuris regula, non capitur, qui ius publicum sequitur *l. nihil consensui 116. §. 1. De regul. iur.* Atque in hanc rem textus † omnium accommodatissimus est in *l. in pupillo* 38
47. D. de solut. vbi Marcianus postquàm scripsit, in pupillo cui sine tutoris autoritate solutum est, si quæratur quo tempore sit locupletior, tempus quo agitur inspici oportere, subiicit ex Scæuola, planè interdum quasi locupletiorem factum intelligi pupillum, etiamsi res perierit ante litem contestatam, id est, inquit, si necessariam sibi rem emit, quam necessariò de suo erat empturus: nam hoc ipso, ait, quo non est pauperior factus, locupletior est. Quo exemplo idem quoque in filiofamilias probandum esse vult vt Macedonianum cesset si in necessarias causas filius mutuam pecuniam acceperit, quam postea perdiderit. Similiter igitur dicendum
est, in proposito locupletiorem † intelligi factum pupil- 39
lum qui rem eam retrouendidit, quam pater si viueret retrouendere omnimodo deberet, hoc ipso quo pauperior factus non est, cùm necessariò vendiderit, quia liberauit se ab obligatione illa retrouendendi, à qua si non esset liberatus, condemnari nunc deberet vt de suo præstaret quanti ex ea causa venditoris interesset. Vt taceam quod iam sæpiùs repetij locupletiorem pupillum factum esse in eo quoque quod venditionis pretium integrum ei restitutum est, sine vlla imputatione fructuum quam alioqui nunc, & re adhuc integra pati cogeretur. Itaque cùm causa retrouendendi

prorsus

Digitized by

prorſus neceſſaria fuerit, vt probauimus, nec negari poſſit quin is qui retrouendidit ſiue impubes, ſiue pubes, ſiue maior fuerit, hoc ipſo locupletior factus ſit inſpecto tempore retrouenditionis, conſequens eſt vt quamuis ex poſtfacto pecuniam perdiderit, nihil tamen debeat euentus ille nocere venditori qui in redimendo & ſuo & communi iure vſus eſt, eique cum quo contraxit, lucri tantùm non etiam damni occaſionem præ-
40 buit. Plus dico, etiamſi is qui † rem ſuam vendiderat patri pupilli ſub pacto de retrouendendo poſtmodum pecuniam illam pupillo obtuliſſet, ſoluuſſetque, non modò tanquam procuratori (qui caſus nullam ſanè dubitationem admittere ex ſuperioribus poteſt) ſed etiam tanquam perdituro, non eò minùs tamen lecurum ipſum fore: quia non debuit pretium pupillo iure obligationis à qua liberationem conſequi debeat, ſed tantùm, quod ſummopere notandum eſt, ſi pragmatici percipere poterunt, iure implendæ conditionis: quia ſolutio illa pretij hoc caſu nonniſi in conditione poſita eſt. Tota enim obligatio verſatur ex parte emptoris, qui retrouenditionem promiſit ſub ea conditione ſi pretium ſibi reſtituetur: vt pleriſque huius Decadis locis à nobis tractatum probatumque eſt. Quæ conditio pro impleta habetur, non ſolùm ſi pretium re vera numeratum ſit, & in rem emptoris, aut eius qui emptori ſucceſſerit vtiliter impenſum, ſed & ſi oblatum duntaxat fuerit, & per emptorem ſteterit, quominùs acciperet. *ex l. iure ciuili 24. D. de condic. & demonſtr. l. Labeo ſcribit 50. D. de contr. empt. l. in illa ſtipulatione 50. l. in executione 8. §. vlt De verb. oblig. & aliis ſexcentis vulgaribus.* Itaque finge oblatum fuiſſe emptori pretium ſed ab emptore recuſatum. Perinde tenebitur emptor ad retrouendendum, quaſi impleta iam conditione. Finge cùm
41 † heres nulluſdum appareret obſignatum fuiſſe pretium, vt in *l. vlt. D. de leg. commiſſ.* poſteà verò caſu aliquo, aut vi maiore deperditum. Saluta nihilominus erit actio venditori. An quòd obſignatio hoc caſu ſolutionis loco ſit, vt quidam putant? Minimè. Neque enim potuit ſolui, ſi non erat cui ſolueretur: nec poteſt fictio locum habere in eo caſu quo nec ipſa rei veritas locum habere poſſet ſed quoniam ad implendam conditionem ſufficit non ſtare per venditorem quominùs eam impleat: quomodo vtique non ſtat per eum, qui nemine exiſtente cui offerre poſſit, obſignat, qui ſi haberet cui offerret, obſignare non cogeretur. Nec quòd emptor aut emptoris heres pupillus ſit, ad rem facit: quia conditiones omnes facti ſunt, non iuris, eorum autem quæ facti ſunt perinde capax eſt pupillus adeóque ſeruus, alioqui iure ciuili incog-
42 nitus, atque alius quilibet: vnde illud eſt quod in † pupilli quoque & ſerui perſona conditio impleri vtiliter poteſt, etiam ſine domini vel tutoris autoritate *l. Stichum 95. §. vſumfructum* Vbi DD. notant *D. de ſolut.* Bart. ad *l. Lucius 46. §. tutela. D. de admin. & peric. tutor. l. qui heredi 44. D. de condic. & demonſtr. l. Mæuius 55. eod.* vbi Iauolenus eleganter & ad rem noſtram accommodatè ſcribit, eum cui fundus legatus erat, ſi Callimacho, cum quo teſtamenti factionem non habebat, ducenta dediſſet, conditioni parere debere & ducenta Callimacho dare vt legatum fundum conſequatur, licet numinos non faciat accipientis. *Quid enim intereſt*, inquit, *vtrum talis perſonæ dare iubeatur, an aliquo loco ponere, vel in mare deiicere?* Cui nō abſimile eſt, quod Scæuola reſpondit in *l. heredibus 77. §. Titius D. ad. S. C. Trebell.* filiam ſuſceptam ex matrimonio cum furioſa contracto perinde facere vt deficiat conditio fideicommiſſi ſub ea conditione relicti, ſi ſine liberis furioſa moreretur, atque ſi legitimum matrimonium contraxiſſet. Rationem Claudius reddit, qui ad Scæuolam notas ſcripſit, *nam etſi matrimonium cum furioſa non fuit, ſatis tamen factum eſt eiuſmodi conditioni.* Vt intelligamus in
43 conditionibus † implendis factum duntaxat non etiam ius conſiderari, indéque fieri vt in furioſi & pupilli, æquè ac cuiuſlibet alterius perſonæ conditio impleri poſſit. Nam & ſi pactum de retrouendendo conceptum eſſet ſub ea conditione *ſi intra triennium venditor pretium venditionis quod ab emptore acceperat in mare proiiceret*, dubitari non oporteret, quin defuncto interea emptore qui pupillum heredem reliquiſſet, conditioni paruiſſe venditor videretur, qui pretium illud in mare proiecciſſet: neque pupilli perſona eſſet impedimento, cum qua neque geſtum fuiſſet quicquam, neque geri debuiſſet, ta netſi impleta cond tio faceret, vt maneret ille obligatus pure ad retrouendendum, nulla etiam accepta pecunia. Cur enim al ud pretium reſtituere venditor teneretur, qui iam quod reddere debuerat, in mare proiecciſſet, ex ipſa venditionis l:ge, & emptore ipſo ita volente & iubente? Eadémque ratio facit vt è contrario liceat pupillo † implere conditio- 44
nem ſine tutoris autoritate, tum etiam cùm impleta conditione reperitur ille obligatus, qui alioquin non eſſet, *l. conditionibus 5. D. de condic. & demonſtr. l. ſi pupillus 26. D. de condic. inſtit.* Cur non ergo multò magis licebit ei, qui non cum pupillo ſed cum pupilli patre contraxerat, vt in eius perſona impleat conditionem, quamuis ea impleta futurum ſit vt pupillus purè obligatus appareat ad retrouendendum, præſertim verò ſi vt in propoſito lucrum ille ſenſerit ex impſemento conditionis? Quare nec ad rem pertinet, ſi quis dicat obligari emptorem † vt non modò tradat pretium, 45
ſed etiam tradendo faciat accipientis, in eóque duriorem eſſe emptoris cauſam quàm venditoris qui rem tradere duntaxat tenetur, non tiam dare, *l. ex empto 11. in princip. & §. 1. D. de actionem empt.* Id enim tunc verè dicitur, cùm quis emit, non cùm redimit, quia hoc caſu rei quæ retrouenditur dominium ad venditorem primum recurrit, non tanquam ad emptorem, ſed tanquam ad venditorem, neque tam ex cauſa ſolum pretij quàm ob legem venditionis, quæ ab initio talis dicta fuit. Adeò vt neque de pretij reſtitutione hoc caſu tractandum vllomodo eſſet, ſi non poſita eſſet in conditione, qua omnimodo & ante omnia impleri neceſſe eſt: denique pretij ſolutio cùm venditio ſit tota eſt in obligatione, emptórque tanquam emptor ad ſoluendum pretium obligatur: pretij reſtitutio cùm retrouendicio ſit non niſi in conditione eſt, quæ portò non eò minùs impleta intelligitur, quòd ſolutæ pecuniæ dominium non potuerit transferri in accipientem, *d. l. Mæuius 55. De condic. & demonſtr.* Tantum abeſt vt ſemel impleta bene conditio adeóque tranſlato in pupillum dominio pecuniæ ſolutæ, ob id ſolùm deſinat haberi pro impleta, aut potiùs incipiat haberi non impleta, quod eam pecuniam ſine tutoris autoritate acceptam pupillus perdiderit maléque conſumpſerit: verúmque eſſe quod diximus venditorem hoc caſu pretium reſtituere non tanquam emptorem, ſed tanquam venditorem, ex eo apparet quòd neq; fieri poteſt etiamſi maximè velit vt emptor ſit ante factam retrouenditionem, quæ portò neque fieri neque peti poteſt niſi pretio priùs reſtituto conditionis implendæ cauſa. Hæc verò quæ nos hactenus contra pupillum diſputauimus, cùm omni caſu procedunt, tum eo maximè quo pupillus efficacem regreſſum habere poſſit contra tutricem quæ ſit ſoluendo, ad quam proculdubio periculum pertinet pretij quod implendæ cōditionis cauſa pupillo numeratum eſt ea ſciente & iubente, cùm ad eā ſpectaret vt prouideret ne pretiū perderetur. Sicut ex cōtrario dicimus cogēdos tutores præſtare periculum neglectæ conditionis, quam pupilli nomine ad actionem aut rem aliam conſequendam implere debuerunt, *l. pupillorum, 21. C. de adm. tutor.* Et quamuis † dici ſoleat in arbitrio & electione pupilli eſſe an 46
cōtra tutoré agere velit, an cōtra eū potiùs cū quo contraxit tutore autore, *l. 2. vlt. & paſſ. C. ſi tutor, vel curat. interuen.* Tamēid tunc obtinet, cū pupillus aut minor agit

aduerſus eum cui poteſt imputari cur cum pupillo aut minore contraxerit, non etiam cùm alia ratio ſuccurrendi pupillo vel minori nulla eſt, quam ne pupillus aut minor in damno moretur, vt euenit quoties non incidit pupillus aut minor in eum cum quo agit, ſed is cum quo agit in pupillum aut minorem vt in propoſita ſpecie euenerat. Æquè enim indemnis ſeruatur vtroque caſu minor, nec tanta fit iniuria ei cui nihil imputari poteſt ſi non niſi in ſubſidium conueniatur, vt alio huius Decadis loco docuimus ex Ruino *conſ.* 119. *col.pen. vol.5. & Roland. à Vall. conſ.* 10. *n.* 18. *& ſeq. verſ. verùm quia opinio vol.* 2. Atqui in ea ſpecie quæ tractabatur, defendebam tutricem eſſe ſoluendo: quæ etiamſi non eſſet, priùs tamen patruum eundémque contutorem conueniendum eſſe dicebam, qui proculdubio ex contutricis adminiſtratione ſaltem in ſubſidium tenebatur, quamuis nihil ipſe geſſiſſet, *l.*2 *C. de dimid. tutel. l.*2. *C. ſi tut. vel curat. geſſ. l. cùm interdicta,* 6. *C. arbitr. tutel.* Indéque inferebam, nihil prorſus
47 eſſe, propter quod aduerſario meo † ſuccurri deberet, tametſi mater ſoluendo non eſſet, quia nimirum contutori huic, quem locupletiſſimum fuiſſe conſtabat ipſe hæres extiterat, atque ita ſibi ipſi ſoluiſſe videbatur quicquid ex cauſa tutelæ ſiue à matre, ſiue à contutore ipſo, alióve contutoris herede petere ipſe potuiſſet. Creditor enim adeundo hereditatem debitoris intelligetur ſecum penſaſſe, tum quoque cum ſoluendo non eſt hereditas, quando cæteris etiam creditoribus teneatur, *l. quæ dotis* 33. *D. ſolut. matr.* Soluendo enim eſt omnis hereditas quæ inuenit heredem, *l.* 3. *D. ad leg. Falcid. l. libertus,* 36. *D. de bon. libert.* Dices, ſemper in damno morari minorem hunc, qui, ſi mater ſoluendo eſſet, tantum locupletiorem haberet patrui hereditatem, quæ illo caſu ex ære alieno matris non minueretur. Reſpondeo ad rem hoc non pertinere. Vt enim reſtitutio minori denegetur, præſertim qui tanquam procurator contraxit, aut qui tanquam pupillus agere velit aduerſus eum cui nihil imputare poſſis ſufficit poſſe eum ſeruari indemnem ratione tutelæ aut ſuſcepti mandati, id eſt vt nullo damno afficiatur ob id quod vel in tutela fuerit, vel mandatum ſuſceperit *d. l. cum mandatũ* 23. *D. de minor.* Quod enim poſteà tantò minorem conſequitur hereditatem eius ex cuius bonis indemnitatem nanciſcitur, extra damni cauſam eſt, nec niſi ad lucrum amiſſum pertinet, cuius amittendi nec alia cauſa eſt quàm quòd ab eo indemnis ſeruari debuerit, cuius nunc habet hereditatem: quam portò ſibi acquirere nullomodo potuit niſi cum ſua cauſa. Nemo autem neſcit longè aliud eſſe ſi quis lucrum amittat, aliud verò ſi damnum ſentiat *l. quod autem* 6. *in*
48 *princip. & §.*1. *D. quæ in fraud. credit.* Sed & me † omnium maximè illud mouebat, quod totum hoc retrouenditionis pretium in aduerſarij mei vtilitatem verſum eſſe conſtabat, impenſúmque iis dimittendis creditoribus quibus fuerat ille iuſtiſſimis & hereditariis de cauſis obligatus, & contra quos nullam ipſe petierat in integrũ reſtitutionem: quam & ſi non modò petiiſſet, verùm etiam impetraſſet non tamen contra me ex cuius pecunia dimiſſi erant, ſed contra eos potiùs agere debuiſſet, ſi pecuniam illam fuiſſe indebitam probare vellet. Qui enim creditori pupilli ſoluit, non eo minùs pupilli negotium vtiliter geſſiſſe videri debet, quòd aduerſus eum creditorem potuerit pupillus impetrare reſtitutionem, præſertim ſi nondum eam impetrauit. Verum enim eſt quod Paulus ſcribit in *l. exceptiones quæ perſonæ.* 7. *in fi. De excepr.* Tùm etiam cùm minor annis vigintiquinque in re ipſa circumſcriptus eſt, nullum ei dandum eſſe auxilium antequàm fuerit reſtiturus. Ideóque negari non poteſt quin tantiſper ſaltem pupillus factus ſit locupletior, qui à ſuis creditoribus ex pecunia mea fuerit liberatus, & conſequenter quin doli exceptione repelli debeat ſi lucrum captet ex damno meo, nullâque pretij reſtitutione oblata pergat vindicare fundum etiam ſine decreto, inutiliter alioquin, & contra orationem Seueri alienatum *d. l. ſi fundus,* 13. §.1. *D. de reb. cor. qui ſub tutel.* Nam & ſi minor qui à me pecuniam mutuam accepit eandam poſtmodum alij egeno debitori crediderit, poteſt quidem contra me reſtitui tanquam læſus propter egeſtatem ſui debitoris, (ſine qua certè neque læſus neque reſtituendus eſſet) ſed ita tamen vt quas habet contra debitorem ſuum actiones præſtare teneatur. *d. l. patri* 27. §. *ſi pecuniam. D. de minor.* Quam verò actionem præſtare mihi poſſet is, qui à ſuis creditoribus ex mea pecunia liberatus eſſet? Nullam prorſus, ne quidem in integrum reſtitutionem, tametſi ante factam à me ſolutionem aduerſus eos reſtitui minor potuiſſet, quia ſicuti ſolutione ſublata eſt omnis obligatio, ita & omnis ſpes & materies reſtitutionis in integrum, cùm obligationem aliquam ſubeſſe neceſſe ſit aduerſus quã reſtitutio peti poſſit, *arg. l qui contra* 11. *D. de fideiuſſ. l. Stichum aut Pamphilum* 95. §. *quod vulgo. de ſolut.* de cuius ſententia & lectione ſcripſimus. *lib.*7. *Coniect.* Neque hic qui minoris creditori ſoluit mandante minore ſimilis eſt ei qui debitorem ſuum minorem circumſcriptum delegat ſuo creditori, de quo in *l. dolo* 19. §. *diuerſum. D. de nouat.* Minor enim illo caſu reſtitui poteſt aduerſus delegationem perinde ac poterat reſtitui contra me, quia in delegatione ipſa rurſum circumuenitur, vt eo loco Paul. ſcribit. At non circumuenitur minor à me cum ex pecunia mea liberatur ab alio creditore cui efficaciter erat obligatus, ita vt ab eo conueniri poſſet, quamuis potuiſſet minor aduerſus eam obligationem petere in integrum reſtitutionem, quia ſufficit quod non fuerit petita reſtitutio ante ſolutionem, vt appareat ſolutum fuiſſe vero creditori *d. l. exceptiones.* Eſtque hic caſus ex eorum numero in quibus minori per in integrum reſtitutionem ſubuenire impoſſibile eſt quòd res integra eſſe deſierit, deficiátque materia reſtitutionis, cùm nulla ſupereſt obligatio quæ per reſtitutionem reſcindi queat, *l. verum* 11. §.1. *l. quòd ſi minor* 24. §. *Scæuola. D. de min.* Nam neque obligati erant creditores quos pecunia mea dimiſerim, cùm non niſi ſuum accepiſſent: neque ego qui mandante minore eiúſve tutrice aut curatrice ipſius ſolueram. Nemo enim pro alio ſoluendo ſe obligat, ne tum quidem cùm ſolutio nullam parere poteſt liberationem, ſed acquirit ea res ſoluendi condictionem, *l. cum quis* 38. §. 1. *& §. quis hominem. D. de ſolut. l. Neratius* 63. *D. de cond. indeb.* Planè ſi pecuniam illam quam pupilli minoriſve creditoribus ſoluiſſem ab eo repoſcere vellem, poſſet fortaſſe quæſtio illa ſupereſſe, an pupillo contra me reſtituio in integrum dari deberet, ne condemnaretur. Sed cùm neque aduerſario eſſem obligatus, neque ille mihi facta iam retrouenditione pro qua extorquenda pecuniam numerauerat; apparebat nullam ſubeſſe obligationem, quæ aut petendæ reſtitutioni; aut proponendæ quæſtioni de in rem verſa pecunia locũ relinquere poſſet. Obiiciebat † poſtre- 49
mo loco aduerſarius inutilem fuiſſe retrouenditionem quam mater tutrix feciſſet inſcio & abſente contutore. Sed leuior erat hæc obiectio quàm vt reſponſionem mereretur. Conſtat enim pluribus tutoribus ſimul datis, ſiue à teſtatore, ſiue à iudice, ſingulos in ſolidum & agere & conueniri poſſe, omniáque gerere quæ ad tutorem pertinent, ſi non diuiſa ſit ab ipſo teſtatore, vel à iudice adminiſtratio, *d. l.* 2. *Codice de diui. tutel. l. inter tutores* 36. vbi eſt Papin. textus perelegans. *De admin. & peric. tuto.* Denique aduerſarium meum ea ſemper ratio repellebat, quod retrouenditionem ſi à matre facta non eſſet, ab ipſo nunc fieri oporteret ex neceſſitate obligationis à contractu paterno iuncta legis poteſtate & interpretatione propter læſionem enormiſſimam deſcendentis: quódque ipſius negotium vtiliter geſtum fuerat ob remiſſam à me fructuum reſtituendorum imputationem,

impurationem, quàm ſi res adhuc integra eſſet, etiamnum pati aduerſarius cogeretur. Quid Senatus noſter pronunciaturus ſit, neſcio. Sed tamen dubitare nec poſſum, nec debeo quin pro ſua ſolita grauitate & prudentia æſtimaturus ſit omnia ſuo more, ex vera rectáque certiſſimi iuris ratione: plúſue autoritate prudentum noſtrorum reſponſis, quàm pragmaticorum imperitiæ daturus.

ANTONII FABRI IC.

Decas Vigeſimaſexta.

ERROR PRIMVS.

De liberis poſitis in conditione.

SVMMARIA.

1 Ἔριδος pernulgatæ quæſtionis, *An liberi poſiti in conditione cenſeantur etiam in diſpoſitione poſiti.*
2 *Conditio, vtpote priuatio puritatis, ac proinde nihil, diſpoſitionem inducere nequit.*
3 *Fideicommiſſum eſt onus & grauamen; atque ideò in legitima, aut alio patrimonio, quàm quod proprium fuerit fideicommittentis imponi non poteſt.*
4 *Fideicommiſſum eo ipſo odioſum eſt, quòd in dubio non credatur quiſquam eum onerare velle quem honorat.*
5 *In obſcuro pro herede præſumendum eſt.*
6 *Quamuis vltima voluntas fauorabilis, quatenus ſi nihil repugnet omnino ſeruanda eſt.*
7 *Fideicommiſſa non facile inducenda, vbi nullis fideicommiſſorum verbis teſtator vſus eſt.*
8 *Fideicommiſſorum verba olim ſolennia fuere, quibus deficientibus ad ea inducenda non ſufficiebat prudentum interpretatio.*
9 *In fideicommiſſis ſola teſtatoris voluntas ſpectatur, quum de iis interpretandis, non inducendis agitur.*
10 *Nutu fideicommiſſum relinqui dicitur, quando prolatis fideicommiſſi verbis ideneis teſtator nutu reſponderit.*
11 *Error 1. interpretum exiſtimantium etiam ſine fideicommiſſi verbis ex ſola coniecturâ voluntatis fideicommiſſum induci poſſe.*
12 *Error 2. interpretum ſtatuentium propter coniecturatam teſtatoris voluntatem liberos in conditione poſitos ex fideicommiſſo vocatos eſſe.*
13 *Ex Mantica ſententiâ verba illa*, Si ſine liberis Titius deceſſerit, *fideicommiſſum non inducunt.*
14 *Qui vnum tantùm fideicommiſſum adſcripſit, ex erroneâ interpp. ſententiâ, de duobus cogitaſſe ponitur.*
15 *Conditio inſerta fideicommiſſo ne heres omnimodo fideicommiſſo obſtringeretur, ex interpp. erroneo dogmate, efficit vt duplici fideicommiſſo oneratus ſit.*
16 *Conditio in ſolius heredis gratiam adſcripta contra ipſum poſita cenſetur ex interpretatione DD.*
17 *Reſponſio interpretum refertur & refellitur ex eo quòd inducto 2. fideicommiſſo, & heredi & teſtatori iniuria inferatur.*
18 *Cur grane parenti hereditatis fideicommiſſum, quàm propriis liberis reſtituere iubetur.*
19 *Modus quo efficere poteſt teſtator, vt liberi heredis quos poſuit in conditione, non cenſeantur ſubſtituti, explodituv.*
20 *Ex eo quod liberi in conditione poſiti præferuntur ſubſtituto ex voluntate teſtatoris, perperam infertur, eos igitur eſſe ſubſtitutos.*
21 *Quas coniecturas requirat Tib. Decianus vt liberi poſiti in conditione cenſeantur ſubſtituti.*
22 *Accurſius rectè obſeruauit liberos poſitos in conditione præferri ſubſtituto ab inteſtato non fideicommiſſi iure.*

NOn id nunc agemus, vt in quæſtione tam trita, & apud omnes vtriuſque iuris interpretes toties, tantiſque contentionibus agitata, noua multa afferamus, ſed errorem non modo ineptiſſimum, verùm etiam pernicioſiſſimum, qui iam ferè vbique inualuit, ſi facere poterimus, explodemus. † Quæſtio de illo eſt, An liberi 1
poſiti in conditione, ſint etiam in diſpoſitione, id eſt, an vocati & ſubſtituti videantur, eo nimirum caſu quo quis fideicommiſſo grauatus eſt ſub ea conditione, *Si ſine liberis deceſſerit*, quæ frequentiſſima fideicommiſſorum ferè omnium, quibus hodie vtimur, conditio eſt, ſiue ab aſcendentibus aut deſcendentibus, ſiue ab extraneis relinquantur. Vetus certè quæſtio eſt apud interpretes, ſed quæ tamen prudentibus ipſis prorſus incognita fuit, & inaudita. In quorum reſponſis cùm nihil ſit frequentius, quàm vt tractent de fideicommiſſis ſub huiuſmodi conditione relictis, nuſquam tamen dubitant, vtrum ex eo quòd liberos in conditione poſuit teſtator, de iis ipſis vocandis & ſubſtituendis ſenſiſſe intelligatur. Neque verò dubitandi cauſa vlla vel minima eſſe potuit magnis illis viris, qui, quid conditio, quid diſpoſitio & fideicommiſſum eſſet, tam bene intelligebant, quàm malè percipere ij videntur, qui rem adeò certi & explorati iuris in dubium deducunt. Nam ſiue quid † conditio ſit, inſpiciamus, conſtat nihil 2
aliud eam eſſe, quàm priuationem, vt ita dicam, puritatis, hoc eſt, ſuſpenſionem actus, qui alioquin purus eſſet, ac proinde nihil, quia & priuatio ipſa qualibet nihil eſt, licèt tale nihil ſit, quod efficit vt actus conditionalis, quandiu conditio pendet, pro nulla ſit. Conditione autem quandoque exiſtente, pro eo habeatur, acſi ab initio purus fuiſſet, vt explicauimus pluribus lib. 15. Coniectur. c. 6. & 7. ex l. *cedere diem.* 213. *D. de verb. ſign. l. grege.* 13. §. *ſi ſub condition. ff. de pig. l. potior.* 11. §. 1. *verſ. cum enim. D. qui potior. in pignor. hab.* Porrò quod nihil eſt, quomodo diſpoſitionem inducere, aut effectum aliquem producere poteſt? Siue quid fideicommiſſum ſit, attendamus, nemo noſcit † fideicommiſſum eſſe onus & grauamen, obidque nec in legitima imponi poſſe. l. *quoniam in prioribus* 32. *Cod. de inoff. teſtam. iunct. l. ſi adrogator.* 22. §. *ſed an impuberi. D de adopt.* neque in alio patrimonio, quàm quod proprium fuerit ipſius fideicommittentis, l. *coheredi.* 41. §. *cùm filia. D. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. ſequens quæſtio* 68. *de legat.* 2. ſed & hoc ipſo † eſſe odioſum, quia non 4
facilè & in dubio quiſquam credendus eſt onerare velle eum quem honorat, præſertim heredem, pro † quo 5

in obſcuro ſemper præſumendum eſt, eique parcendum, vt Proculus loquitur in *l. Sempronius. 47. eod. titul. facit l. vnum ex familia. 67. §. ſi rem eadem.* Etſi enim fideicommiſſa, quæ à defuncto relicta ſunt, fauorabilia
6 creduntur, vt & † cæteræ omnes defuncti hominis voluntates, quas effectum habere publicè intereſt, *l. vel negare. 6. D. teſtam. quemadmod. aper. iurit. §. noſtra Inſt. de legat. & tit. de fideicom. hered. in princip.* nec minùs ſi extraneis, quàm ſi deſcendentibus relicta ſint, quandoquidem vtroque caſu voluntas teſtatoris, ſi nihil repu-
7 gnet, omnimodo ſeruanda eſt, tamen non † vſque adeò fauorabilia videri debent, vt facilè & temerè induci poſſint, id eſt, tametſi nullis fideicommiſſi verbis teſtator vſus ſit, & ad inducendum fideicommiſſum accommo-
8 datis. Fuerunt enim ſemper † fideicommiſſorum verba quædam ſolennia, quæ ſi deeſſent eo caſu, quo tamen manifeſta æquitatis ratio ſuadere deberet vt fideicommiſſum induceretur, opus fuit Imperatorum Conſtitutionibus, aut Senatus authoritate, non ſatis in eam rem ſufficiente prudentũ interpretatione, vt ſcripſimus lib. 14. Coniect. capit. 2. & ſeqq. ex l. *filiusfamilias. 114. §. vt quis heredem. de legat. 1. iuncta l. ex facto. 17. in princip. ad S. C. Trebellia. d. l. vnum ex familia. 67. §. vlt. de legat. 2. aliiſque eiuſmodi quam plurimis locis.*
9 Et quod toties à Iureconſultis noſtris proditum eſt, † in fideicommiſſis ſolam teſtatoris voluntatem ſpectari oportere, *l. penult. de leg. 1. l. cùm proponebatur. 64. de leg. 2. l. heredes mei. 57. §. cùm ita. D. ad S. C. Trebel. l. cùm virum 16. C. de fideicom.* non eum ſenſum habet, quem vulgò interpretes putant, vt ex nuda voluntate fideicommiſſum induci poſſit ſine verbis, ſed ad fideicommiſſorum interpretationem pertinet, vt cùm dubitari non poteſt, quin relicta ſint, tantùm de iis interpretandis controuertitur, id vnum ſpectare potiſſimum debeamus quid teſtator ſenſerit, non quid ſcri-
10 pſerit. Quemadmodum & quod dici ſolet, Etiam † nutu fideicommiſſum relinqui poſſe *l. nutu. 21. de legat. 3. l. & in epiſtola 22. C. de fideicom.* neceſſariò ſic accipiendum eſt, ſi quis cum teſtatore collocutus, fideicommiſſi verba idonea vel dixerit, vel ſcripſerit, ad quæ poſtea nutu teſtator reſponderit. Alioqui fideicommiſſis plenæ erunt omnes omnium hereditates, ſi teſtatoris nutus quilibet pro fideicommiſſo habeatur. Hicque
11 proculdubio primus † interpretum noſtrorum error fuit, qui tam abſurdæ & improbabili quæſtioni cauſam dedit quòd exiſtimarunt, nullis quoque fideicommiſſi verbis intetuenientibus, fideicommiſſum ex ſola coniectura voluntatis induci poſſe: quod tamen non magis vllo vel vno iuris loco, quàm ratione aliqua probare poſſint. Inde namque inferunt, In propoſita ſpecie, cùm Titius heres inſtitutus eſt, &, ſi ſine liberis decederet hereditatem reſtituere rogatus, Titij liberos in conditione fideicommiſſi poſitos, per fideicommiſſum quoque cenſeri vocatos propter voluntatem teſtatoris, quæ illa planè fuit, vt fideicommiſſario non ſolùm Ti-
12 tius, ſed etiam Titij liberi præferrentur: *l. Lucius 85. ad finem. D. de hered. inſtit. l. cùm pater. 77. §. volo. de legat. 2.* ac proinde, inquiunt illi, vt non minùs iuris haberent quàm fideicommiſſarius, quod tamen non aliter euenire poteſt, quàm ſi ſint & ipſi ſubſtituti: ne alioqui in Titij eorum patris poteſtate ſit, bona hereditaria alienando ipſos decipere & eludere, qui tamen fideicommiſſarium ſuo iure ſubnixum, neque per alienationem, neque alia vlla arte decipere potuiſſet. Sic enim ſua, aliorúmque omnium qui hanc ſententiam defendunt opinione, ratiocinatur Franciſc. Mantic. lib. 2. *De coniect. vltim. volunt. cap. 2. num. 8. verſ. vnde ego ſecundo loco.* Non negat ille (vir ſanè magnus, & primi inter doctores Italos nominis, nunc inter celebriores Cardinales, & eruditionis, & meritorum fama celeberrimus) vt nec alius quiſquam ex
13 eiuſdem opinionis aſſertoribus, verba illa, † *Si ſine liberis Titius deceſſerit*, non eſſe verba fideicommiſſi ad Titij liberos vocandos ſatis accommodata (ſunt enim duntaxat verba conditionis, ſub qua Titius fideicommiſſo grauatus eſt) ſed hoc contendunt ij omnes, fideicommiſſum hoc caſu relictum videri Titij liberis ex tacita, & vt loquuntur, coniecturata voluntate teſtantis, quaſi non aliter fieri poſſit, vt fideicommiſſario non ſolùm Titius, ſed ipſius etiam liberi à teſtatore præfati intelligantur. Ita fit, † non modò vt teſtatorem, qui 14
vnicum duntaxat fideicommiſſum adſcripſit, de duplici fideicommiſſo cogitaſſe velint, ſed etiam quod eſt multò abſurdius, vt quæ conditio à teſtatore adſcripta eſt, & incerta fideicommiſſo, † ne heres omnimodò fidei- 15
commiſſo illo vnico obſtringeretur, ea ipſa faciat, vt in omnem caſum, duplicique onere fideicommiſſi heres teneatur. Quo quid obſecro dici poteſt abſurdius, & à teſtatoris cuiuſlibet mente alienius? Sic enim euenit non ſolùm vt ex conditione inducatur diſpoſitio, contrà quam diſertè ſcriptum eſt in l. *Si quis ſub conditione 8. D. Si quis omiſſa cauſa teſtam.* verùm etiam † vt 16
conditio & oratio in ſolius heredis grauati commodum & fauorem adſcripta, contra ipſum poſita videatur, improbabili prorſus interpretatione, *l. in ratione, 30. §. tametſi. in fin. D. ad leg. Falcid. legata inutiliter. 4. de adim. legat.* Nam quod reſpondent, † nihil fieri con- 17
tra voluntatem teſtatoris, cùm heres fideicommiſſo grauatus ſub ea conditione, *Si deceſſerit ſine liberis*, altero fideicommiſſo obſtringitur in caſum ſuſceptorum liberorum, dum ne in fauorem eiuſdem ſubſtituti fideicommiſſum hoc ſecundum inducatur, ſed tantùm in fauorem ipſorum liberorum, ego quale ſit, intelligere nullo modo poſſum. Annon enim perinde fit iniuria Titio, cùm ei in vtrumque caſum datur ſubſtitutus ex cauſa vnius fideicommiſſi ſub vna tantùm conditione, & in vnum caſum duntaxat relicti? Annon ſit contra voluntatem teſtatoris, qui, ne heredem ſuum omnimodò grauatum eſſe dici poſſet, conditionem fideicommiſſo inſeruit, ſi ob eam conditionem adſcriptam nouum fideicommiſſum in contrarium caſum inducatur; Inde enim conſequens videtur, vt non ſit iam in poteſtate teſtatoris fideicommiſſum ab herede ſuo relinquere in caſum deficientium aut non exiſtentium liberorum, quin hoc ipſo vel inuitus eundem obliget nouo fideicommiſſo, & quod heredi forſitan multò grauius futurum ſit quàm ſi non proprus liberis, ſed extraneo cuilibet hereditatem reſtituere iuſſus eſſet. † Etſi namque parentum om- 18
nium commune & naturale votum eſt, vt liberis ſuis omnia parent, *l. nam etſi. 15. D. de inoff. teſtamen. l. nihil intereſt. 50. ſed nunquid. D. de bonis libert. l. ſcripto. 7. in fin. D. vnde liberi. l. de emancipatis 13. verſ. cum enim. C. de legit. hered.* nemo tamen neſcit quantum interſit parentum, non vſque adeo liberos ſibi debitam eorum hereditatem credere, vt non continuis obſequiis putent ſibi eſſe eam promendam: nec ſanè poteſt negari, quin multùm de reuerentia illa quam parentibus liberi debent, poſſit decedere, ſi filius intelligat futurum vt vel inuito patre habiturus ſit ex fideicommiſſo hereditatem, quam pater rogatus erat alteri reſtituere ſub ea conditione, ſi ſine liberis moreretur. Vnde fieri neceſſe eſt, vt patri, præſertim qui aliquantulum ſuſpectos filij mores haberet, longè durius & intolerabilius onus illud videri debeat, ſi proprio filio, quàm ſi extraneo hereditatem reſtituere iubeatur exemplo eius, quod Iuſtinianus ſcribit in *l. cùm oportet. 6. circa princ. C. de bon. quæ liber.* multis eſſe grauius, ſi bona propriis laboribus per ſe quæſita, poſtmodum ex perſona patris † videant ad fratres 19
ſuos peruenire, quàm ſi ad extraneos peruenirent. Quanam verò arte, obſecro, prudens teſtator huic malo mederi poſſit, ſi forte (quod ſaltem ex hypotheſi admitti & euenire poteſt) liberos Titij quos poſuit in conditione, nolit eſſe ſubſtitutos? Nulla prorſus. Niſi vt hoc ipſum expreſſim caueat teſtamento, Nolo ſe liberos Ti-

Titij

tij ob id ſolùm quòd eos in conditione poſuerit, videri poſitos in diſpoſitione. At cur à teſtatore hoc exigamus, vt cogatur declarare non eſſe ſe ea voluntate, quam teſtamenti verbis nullo modo expreſſerit? Aut quomodo eam cautionem ſibi neceſſariò adhibendam putabit teſtator, qui ponendo liberos Titij in conditione, de iis vocandis, patrique ſubſtituendis, nec per ſomnium quidem cogitauit? Sed & eo ipſo caſu, quo noluerit ille liberos in conditione poſitos cenſeri per fideicommiſſum ſubſtitutos, idque expreſſim declarauerit, an non peræquè verum erit dicere, voluntatem nihilominus teſtatoris eam fuiſſe, vt ſubſtituto non ſolùm Titius, ſed ipſius quoque liberi præferrentur? Vtique. Nec enim eò minus excludent illi ſubſtitutum, & quidem ex voluntate teſtatoris, vt Papinianus loquitur
20 in *d.l.cùm pater.§.volo de legat.2.*† Cur ergo ex eo quod dicimus liberos in conditione poſitos præferri ſubſtituto ex voluntate & iudicio teſtantis, patiemur inferri quod iſti inferunt, eſſe igitur illos ſubſtitutos? Nam & ex iis ipſis, qui volunt poſſe coniecturas ſufficere, vt liberi in conditione poſiti cenſeantur vocati, plerique ſic
21 exiſtimant, † & rectè, debere eas ſaltem neceſſarias eſſe & concludentes, aut valdè probabiles, quod diſertè ſcripſit Tiber.Decianus conſ.26.num.87.vol.1.& conſ.86. num.12.& 13.vol.3. relatus à Mantica d. cap.2. ad fin. lib.11. Quis autem dicat concludentes eſſe coniecturas, & neceſſarias, aut admodum probabiles ad inducendum fideicommiſſum eas, quæ perinde locum habeant, illo etiam caſu, quo fideicommiſſum tamen induci teſtator expreſſim prohibuerit? Vulgatum ſiquidem illud eſt noſtrorum brocardicum, *Non probat hoc eſſe quod ab hoc contingit abeſſe, ex l. neque natales 10.C.de probat. l. non hoc 4. C. vnde legit.* Videamus iam quibus legibus in vtramque huius quæſtionis partem diſputari poſſit. Qui Accurſij ſententiam ſequuntur, quam nos probamus, & quæ ad hæc vſque tempora, non ſolùm à Bartolo, veteribúſque interpretibus probata fuit, ſed frequentiſſimis omnium ſuffragiis receptiſſima: (primus
22 † enim Accurſius fuit, qui in d.l. *Lucius in verb. prætulit.* obſeruauit liberos in conditione poſitos prælatos equidem videri ſubſtituto à teſtatore, ſed tamen ab inteſtato, non ex teſtamento & fideicommiſſi iure) ij quàmplurimis & legibus & rationibus optimis mouentur, ſed quæ tamen indigent aſſertore vt contrariæ partis reſponſionibus & obiectionibus vindicentur. Itaque de ſingulis videndum nobis eſt, & ne caput hoc in tot paginas excreſcat, ſeparatim de cuiuſque loci interpretatione tractandum.

ERROR II.

De diſpoſitione ex verbis merè conditionalibus aliquando inducenda.

SVMMARIA.

1 *Ex naturâ conditionis efficit liberos poſitos in conditione non eſſe poſitos in diſpoſitione.*
2 *Verba conditionalia non diſponere, per l. ſi quis 8.D. ſi quis omiſſa cauſ.teſt.*
3 *An ei ſubueniatur in cuius perſona collata eſt conditio, vbi heres inſtitutus omiſſâ cauſâ teſtamenti ab inteſtato poſſidet hereditatem.*
4 *Deciſio Vlpiani d.l.ſi quis deciſionis ratio, & rationis expoſitio.*
5 *Quæ conditionis implendæ cauſâ dantur, in Falcidiam cur non imputentur.*
6 *Prima reſponſio Mantica ad d.l.ſi quis refertur & refellitur.*
7 *Duo ſingularia duáſve fictiones circa idem concurrere non poſſe falſum Dd.Brocardicum.*
8 *Quo iure receptum ſit, vt quum ab inteſtato poſſideatur hereditas, voluntas defuncti conſeruetur.*
9 *Secunda reſponſio Mantica, Vlpianum loqui in extraneo, expenditur.*
10 *Vbi textus non diſtinguit, nec nos diſtinguere debemus, præſertim ſi generalis ſubiecta ſit ratio.*
11 *Tertia Mantica reſponſio, loqui tantùm Vlpianum in terminis ſimplicibus, refellitur.*
12 *Qui pecuniam accepit à ſubſtituto ad omittendam hereditatem, an poſſit conueniri à creditoribus hereditariis.*
13 *Non ſuccurritur ei in cuius perſonam collata eſt conditio, etiam ſi fuerit filius aut nepos teſtatoris, herè vero extraneus.*
14 *Ex coniunctione perſonarum plenior voluntatis interpretatio quando fiat.*
15 *Reſpondetur ad l.3.§.vlt. D. de cond.cauſ.dat. ex quâ colligunt interpp. quod implendæ conditionis cauſâ datum eſt, ex voluntate teſtatoris deberi.*
16 *Conditionum verba nunquam diſponere contra Bartol. & alios.*
17 *L. fideicommiſſa 11.§. cùm eſſet. D. de legat.3. & l. in ratione.30 §. tametſi D. ad l.Falcid. nulla conditionalia verba continere.*
18 *Conditionis figurâ expreſſam locutionem differre ab oratione per ablatiuos abſolutos conceptâ.*
19 *Interpretatio & emendatio d. l.30.§. tametſi D.ad l. Falcid.*
20 *Leges à Bartolo & cæteris allatæ remiſſiuè expenſæ.*

PRimum & maximè vrget pro nobis ratio illa, quam proximo capite attulimus, † quod à conditionis natura & poteſtate prorſus abhorreat, vt vnquam diſponat; cùm nihil ſit niſi priuatio, id eſt nihil. Hoc enim admiſſo, vel probato, fit neceſſariò conſequens quod volumus, liberos in conditione poſitos, non poſſe ex eo videri poſitos in diſpoſitione. In eam verò rem adferri vulgò ſolet textus, † qui omnium ſanè 2
apertiſſimus & elegantiſſimus eſt, *l.ſi quis ſub conditione 8.D.ſi quis omiſſ.cauſ.teſtam.* vbi Vlpianus quærit, ſi quis ſub conditione dandorum decem, vel qua alia quæ in dando vel faciendo conſiſtat, heres inſtitutus omiſſa cauſa teſtamenti ab inteſtato poſſideat hereditatem: An huic, † in cuius perſonam collata conditio eſt, ſubue- 3
niri debeat, illo ſcilicet prætoris edicto, quod id agit prætor vt voluntates defunctorum tueatur, & eorum calliditati occurrat, qui omiſſa cauſa teſtamenti, ab inteſtato hereditatem partémve eius poſſident, ad hoc vt eos circumueniant, quibus aliquid ex iudicio defuncti deberi potuit, ſi non ab inteſtato hereditas poſſideretur, vt Vlp.tractat in *l.1.in princ.D.eod.tit.* Reſpondet † ve- 4
rò Vlpianus, magis eſſe vt huic non ſubueniatur, ſubindéque rationem reddit, *neque enim hic legatarius eſt.* Cuius rationis vtique ſenſus ille eſt, hunc, in cuius perſonam collata conditio fuit, non accipere ex iudicio defuncti quod implendæ conditionis cauſa ei dandum eſt, neque ex teſtamento, licet accipiat ob teſtamentum, ideóque non eſſe legatarij, aut fideicommiſſarij loco habendum, vt ei debeat Prætor ſubuenire, quomodo proculdubio ſubueniret, ſi ex voluntate teſtatoris deberi intelligeretur quod conditionis implendæ cauſa dandum eſt. Vnde illud etiam fit, vt huiuſmodi, † quæ 5
conditionis implendæ cauſa dantur, ſiue à coherede, ſiue à legatario, ſiue à ſtatu libero in Falcidiam non imputentur, quia mortis cauſa capiuntur, potiùs quàm ex iudicio defuncti, *l.id autem 76.D.ad l. Falcid.* At ij qui contra nos defendunt, liberos in conditione poſitos cenſeri vocatos: reſpondent † textum illum Vlpiani 6
ſpecialem habere rationem, illam nimirum, inquiunt, quòd duo ſpecialia non poſſunt circa idem concurrere, niſi cùm nominatim id legibus expreſſum eſt, ex notat.

in

in *l.1.C.de dot. promiss.* Hic autem duo specialia concurrerent: Vnum illud, vt destituto testamento, sibique locum vindicante successione intestati, voluntas nihilominus defuncti conseruaretur contra meram iuris ciuilis rationem, *l.ea quam.14.C.de fideicom.l.si nemo.9. D. de testam. tutel.* Alterum illud, vt conditio disponeret, contrà quàm soleat regulariter. Quod responsio est illustrissimi Franciſci Manticæ lib. 11. *De coniect. vlt. volunt. cap.2. num.4.* sed aliena prorsus, vt videre facilè est (quod cum bona tanti viri venia dictum sit) à verbis & mente Iurisconsulti, qui non hanc suæ sententiæ rationem reddit, sed longè aliam, quæ non minùs ex testatoris voluntate, quàm ex iure sumitur, *quòd hic*, cui conditionis implendæ causa dandum fuit, *non sit legatarius*: id est, quòd nihil ei ex testatoris iudicio & voluntate debeatur. Et verò, quemadmodum falsa est illa
7 nostrorum traditio quæ habet, † Duo singularia, duásve fictiones circa idem concurrere non posse, vt alio loco scribemus, quia neque fictiones, neque singularia vnquam inducuntur, nisi manifesta vrgente vel necessitate, vel æquitate, qua porrò interueniente, & mille singularium, aut fictionum inductionem suadente, totidem vtique induci necesse, aut æquum esset: ita nec il-
8 lud probari potest, † iure singulari receptum esse, vt quum ab intestato possideatur hereditas, defuncti voluntas conseruetur: quandoquidem id, licet à iuris ciuilis ratione abhorreat, in quantum ius ciuile à prætorio separamus, tamen obtinet iure communi prætorio temperante rigorem iuris ciuilis æquissimè pro conseruanda voluntate defuncti, coërcendáque heredis aliari fraude. Vt proinde verendum non esset, ne duo singularia concurrerent, tametsi admitteremus ex verbis conditionalibus dispositionem induci, si voluntas testatoris hoc ipsum pati posset, quomodo alia pleraque in edicti illius interpretatione singulari iure recepta sunt, ad tuendas defunctorum supremas voluntates, ex sententia Prætoris magis, quàm ex verbis edicti, vt in specie *l.2.l.4.in princip.& §.1.& §.quamquam l.quia autem 6.§. penult.l.si non solus* 10. *in princip.l.Iulianus 26.cum l.seq. §.vlt. D.ill.ait. Si quis omissa causa testam.* Quare nec sibi satisfacit vir doctissimus Mantica in hac responsione,
9 qui ad aliam confugiens † ait Vlpianum in d.l. *Si quis sub conditione*, loqui in extraneo, nos autem loqui in coniunctis maxima sanguinis coniunctione: quod tamen apertè commentitium est. Ponit enim Vlpianus simpliciter institutum, quem heredem sub conditione dandorum decem, non addito etiam eo cui decem illa dari debuerint, an coniunctæ personæ, an extraneæ, concipitque generaliter quæstionem, *An huic, in cuius personam collata conditio est, subueniri debeat*, vt intelli-
10 gamus nihil prorsus refetre quisnam ille sit, † nec proinde vbi lex non distinguit distinguere nos oportere arg. l. *de pretio* 8. *D. de public. in rem action.* præsertim cùm generalis quoque sit subiecta ratio, nec tam desumpta ex persona eius cui decem danda sunt, quàm ex natura conditionis, & voluntate testantis: *Neque enim*, inquit, *legatarius est.* Nec valdè dissimiliter confutari potest alia postremáque eiusdem viri illustrissimi res-
11 ponsio, dicentis † loqui Vlpianum in terminis simplicibus, non autem in duplicibus seu compositis, in quibus ex comparatione substituti extranei, & liberorum qui sunt positi in conditione, vehemens oritur coniectura pietatis, quia, inquit, ex charitate & coniunctione personarum pleniorem interpretationem accipere voluntas testatoris solet ex *l.si seruus plurium* 50.§. *vlt. de legat.* 1. *l. cùm alienam* 10. *C. de legat.* Nam imò verò Vlpianus ea sola ratione mouetur, quòd decem danda conditionis implendæ causa nullo modo debeantur ex iudicio testatoris, sed mortis potiùs causa capiantur: quæ ratio generalis est, vt diximus, & ex intimis iurisprudentiæ medullis deprompta, cui proinde locus vtique futurus est, etiamsi in terminis duplicibus & compositis quæstio concipiatur. Finge heredem vel ex asse, vel ex parte institutum extraneum, sub conditione dandorum decem vni ex liberis, aut nepoti ex filio testatoris: eique datum substitutum, à quo pecuniam ille acceperit ad prætermittendam hereditatem, substitutum verò postmodum hereditatem dilapidare, aut vendere, acceptúmque pretium perdere, vt desierit esse soluendo, qui iam fortasse pleroſque habebat alios creditores. Constat hoc casu locum esse edicto, *Si quis omiss.caus.testament.* non quidem ex verbis edicti, sed ex
12 mente & sententia Prætoris, † ita vt is qui pecuniam accepit à substituto ad omittendam hereditatem, perinde conueniri possit à creditoribus & legatariis saltem in subsidium, & post substitutum excussum, ac si hereditatem ipse possideret, *l.2. & l.4. in princip. D. Si quis*
13 *omiss. caus. testam.* † An verò hinc filio, aut nepoti, cui decem dari debuerunt conditionis implenda causa idcò magis succurremus, quòd filius ille sit & nepos testatoris, quódque res ei sit cum herede extraneo, cuius præterea non potest non nisi valdè odiosa esse causa, propter fraudem quam voluit comminisci ad euertenda iudicia sui testatoris? Id sanè consequens esset sententiæ & responsioni supradictæ, quia hoc casu termini, vt ille loquitur essent duplices, & compositi in quibus proinde ex comparatione heredis extranei, & filij, aut nepotis, vehemens coniectura capi posset pro filio aut nepote, vt hoc saltem videretur habere ex iudicio patris, quod ei cõditionis implendæ causa dari pater voluisset, *arg.l.dotem 6. D.de collat.bonor.* Et tamen in Vlpiani responso illo quod extat in d.l. *Si quis sub conditione*, nihil penitus est, ne verbum quidem, quod facere possit quominus ad hunc quoque casum id responsum accommodari possit, neque cur non de casu isto æquè ac de alio vllo videri debeat Vlpianus respondisse. Cur ergo diuersitatem iuris sine lege ac sine ratione inducemus? Nam
14 quod subiungit Mantica † ex coniunctione personarum pleniorem interpretationem fieri oportere, cò pertinet, vt vel amplietur legatum, vt in *d. l. si seruus §. vlt. de legat.* 1. vel defendatur, quod alioqui esset inutile, vt in d. l. *cum alienam*, non etiam, vt quod testator non voluit, voluisse existimetur. Vnus tantùm iuris locus est, quo maximè nititur ille, & qui certè pro interpretum
15 errore tuendo parum vrgere videatur. † Is est in l.3. §.vlt. *D de condit.caus.dat.* vbi ex Vlpiano proponitur, quamuis permissum sit statu libero, etiam de peculio dare implendæ conditionis causa, tamen si vult heres nummos saluos facere, posse eum vetare dare: sic enim fieri, vt & statu liber perueniat ad libertatem, quasi impleta conditione, cui parere prohibitus est, & nummi non pereant. Tum subiicitur, *Sed is quem testator accipere voluit aduersus heredem in factum actione agere potest, vt testatori pareatur.* Quod si ita est, consequens sit, vt quod implendæ conditionis causa dandum est, ex voluntate testatoris debitum intelligatur, adeóque quod magis est, proposita in factum actione peti possit. Sed memini iampridem à me obseruatum esse, totam illam additionem Triboniano magis quàm Vlpiano adscribendam videri, quippe quæ non tantùm à manifesta iuris ratione dissentiat, sed ipsam quoque Vlpiani sententiam, cui subiecta est, euertat. Idque docui pluribus lib. 8. Coniecturarum iuris ciuilis, cap.7. Alioqui cùm locus ille non distinguat quænam persona sit in quam collata fuit conditio dandæ pecuniæ statu libero adscripta, futurum est, vt perinde possis ex eo inferre generaliter & indistinctè inducendam ex verbis conditionalibus dispositionem. Quod tamen falsum esse nec illi ipsi
8 negant, qui eo loco abutuntur distinguentes terminos simplices à duplicibus & compositis, & coniunctas personas ab extraneis. Illud vnum duntaxat diluendum superest, quod iidem obiiciunt, interdum etiam † condi-
16 tionum verba disponere, quando ex voluntate eius qui disponendi habuit potestatem, id cõcipi potest. Sic enim illi

Digitized by Google

illi poſt Bartolum, cuius iſta traditio eſt, *ad l. 2. §. videndum*, qui eſt vlt. D. ad SC. Tertyl. per tex in l. *fideicommiſſa. 11. §. cùm eſſet de legat. 3. l. in ratione. 30. §. tametſi D. ad leg. Falcid. l. penult. D. de collat. dot. l. denique 8. §. interdum D. de pecul. legat.* At videamus ne non ex iſtis locis, neque ex alio vllo tam improbabilis ſententia
17 comprobetur. Nam quod attinet ad † §. *cùm eſſet & ad §. tametſi*, nulla ibi conditionalia verba proponuntur, ſed præciſa & illa abſoluta, *Acceptis centum aureis à coherede tuo portionem tuam ei reſtituito*, quæ verba à teſtatore prolata inter coheredes ſuos in quos par & æquale ius ac imperium habuit, vt æquè poſſet cogere vnum dare, atque alterum accipere, apta procul dubio ſunt ad inducendum duplex fideicommiſſum, ad quod eſſent vtique inepta, ſi per expreſſam figuram conditionis concepta eſſent, vt Mætianus loquitur in *d. §. tametſi*. Senſus eſt, Huiuſmodi quidem ablatiuis abſolutis vi ipſa & poteſtate verborum conditionem quandam contineri, *l. à teſtatore. 109.* vbi noſtri tractant *D. de condit.*
18 *& demonſtr.* ſed tantum multùm referre † an conditionis figura expreſſa ſit, an non. Si expreſſa ſit, quod fit hoc modo, *Rogo te Titi, vt ſi Sempronius coheres tuus dabit tibi centum, tu ei portionem tuam reſtituas*, certum eſt, neque actionem vllam Titio competituram aduerſus Sempronium, vt det illa centum, neque ſi Sempronius ea centum dederit Titio alio iure videri ea peruenisſe ad Titium, quàm implendæ conditionis cauſa: ob idque nec in Falcidiam legatorum imputari, in quam ſcilicet non imputantur niſi quæ hereditario iure capiuntur. Cùm verò figura conditionis expreſſa non eſt, iuſſo nimirum Titio, acceptis centum à Sempronio coherede portionem ſuam ei reſtituere, non tam conditionis implendæ cauſa, quàm quodammodo pro ſuæ portionis pretio ea centum Titius à Sempronio accepiſſe intelligitur, haud ſecus acſi eo pretio portionem ſuam vendere iuſſus eſſet, ideóque nec dubitant Iuriſconſulti, quin hoc caſu ea pecunia in quartam ſit imputanda. De
19 illa tantùm dubitant, † an duplex hoc caſu fideicommiſſum ſit, an vnicum: magiſque putat Mætianus ne duplex ſit, ſed vnicum duntaxat in fauorem Titij, quòd oratio illa magis pro ipſo, quàm contra ipſum poſita eſſe videatur. Quod tamen vel ita accipiendum eſt, ſi dandæ pecuniæ conditio, in extranei, non in coheredis perſonam collata ſit: ne alioqui fatendum ſit Mætianum ab Vlpiano in quæſtione ita diſſentiſſe, vel Triboniano arbitrum ſuo more agenti adſcribenda eſt tota illa clauſula, *Sed id veriſimile non eſt, cum talis oratio magis ipſius cauſa, quàm contra ipſum poſita videatur.* Verùm hoc obiter, & pene extra rem dictum ſit. Cætera enim omnia, quæ pertinent ad interpretationem & emendationem d. §. *tametſi*, fuſiùs explicauimus lib. 6. Coniecturarum. Sufficiat nunc probaſſe, non eam Iureconſultorum ſententiam iis locis fuiſſe, vt verba vnquam conditionalia quicquam diſponant, præſertim ſi expreſſa ſit figura conditionis, quomodo exprimitur, quoties heredi ſub ea conditione, *Si ſine liberis deceſſerit*, fideicommiſſarius
20 ſubſtitutus datur. † Quod verò pertinet ad l. penult. *D. de collat. dot. l. denique §. ſi interdum D. de peculio*, quàm parum ij loci ad rem faciant, docuimus lib. 17. Coniecturarum, cap. 27. nec hîc repetemus.

ERROR III.

De ſententia l. vel ſingulis 37. D. vulg. & pupill. ſubſtit. & l. cùm proponebatur 64. D. de legat. 2.

SVMMARIA.

1 *Plures ll. ad diſputationem, An liberi poſiti & c. remiſſiùs perpenſa.*

2 *Collectio negantium liberos ſubſtitutos petitâ ex l. vel ſingulis 37. D. de vulg. & pup. ſubſtit.*

3 *Reſponſio Ripæ diſtinguentis inter ſubſtitutionem directam & fideicommiſſariam.*

4 *Collectionis & reſponſionis reprehenſio ab aliis allata.*

5 *Autoris ſententia de tota controuerſia, non tacitè, ſed*

6 *Expreſſa conditio intelligenda eſt in quæſtione de liberis poſitis in conditione.*

7 *Non ſemper æqua eſt vis taciti & expreſſi 8. & 10.* 15
Differentia inter liberos poſitos in conditione ſubſtitutionis pupillaris, & poſitos in conditione fideicommiſſi.

9 *Liberi poſiti in conditione fideicomm. cuius reſpectu cenſeantur poſiti in diſpoſitione ex ſententia interpretum.*

11 *Diſtinctio Ripæ inter ſubſtitutionem directam & fideicommiſſariam refellitur.*

12 *In fideicommiſſorum verbis interpretandis ſola ſpectanda eſt voluntas teſtatoris.*

13 *In fideicommiſſis inducendis coniecturata teſtatoris voluntas non ſufficit, niſi expreſſa voluntas aliter ſeruari non poſſit.*

14 *Pupillaris ſubſtitutio ex ſolis coniecturis non inducitur.*

15 *Tacitum illud eſt quod in expreſſo vi ipſa continetur.*

16. & 29. *I. C. munus non eſt vt ſuppleant, ſed tantùm vt interpretentur.*

17 *Ex reſcriptis Impp. certis caſib. fideicommiſſa induci ex ſola coniecturata teſtatoris voluntate.*

18. & 29. *Legiſlatoris & I. Cti diſcrimen.*

19 *Ex quibus legibus colligant interpp. poſſe fideicommiſſum induci ex coniecturis.*

20 *Reſcripta omnia ſuis finib. coarctanda ſunt, nec niſi ad caſus ſuos aut ſæpiùs perſimiles referenda.*

21 *Extra caſus de quibus Impp. reſcripſerunt, aut per ſimiles, non licet ICtis inducere fideicommiſſa ex ſolis coniecturis.*

22 *Quam pernicioſum ſit Reip. dogma interpp. de inducendis fideicommiſſis ex ſolis coniecturis.*

23 *Vera ſententia l. cùm proponebatur 64. D. de legat. 2. aduerſus interpp. defenſa.*

24 & 25. *Differentia inter ſpeciem tractatam à Papiniano in d. l. 64. & caſum quo teſtator liberos heredis ponit in conditione fideicommiſſi.*

26 *Cur Papinianus dixerit*, Coniectura potuit admitti.

27 *Errare eos qui volunt ſubſtitutionem directam & pupillarem, necnon fideicommiſſariam per coniecturas induci poſſe.*

28 *Non tantum nouam ſubſtitutionem, ſed etiam inſtitutionem Imp. inducere poteſt, etiamſi nulla adſint coniecturæ voluntatis.*

DEcimus Iuris loci ſunt, de quorum ſententia & interpretatione tractant noſtri, quum diſputant, vtrum liberi poſiti in conditione ſint in diſpoſitione. † Præcipui ſunt in l. *ex facto* 1
17. §. ex facto. D. ad Senatuſconſult. Trebellian. l. generaliter. 6. Codice de inſtitut. & ſubſtitut. l. Lucius 85. D. de heredibus inſtituend. De quibus iam ſatis multa ſcripſimus lib. 17. Coniectur. c. 18. 19. 20. Sed ſunt alij, de quibus in hac Decade tractandum ſupereſt. Ac primùm de ſententia l. *vel ſingulis 37. D. de vulgar. & pupillar. ſubſtitut.* Non quòd valdè neceſſe ſit (iam enim plura ſcripſimus lib. 14. Coniectur. cap. 11 neque verò mihi vnquam viſus eſt hic locus ad inſtitutam diſputationem valde pertinere) ſed vt nequid prætermittamus eorum quæ interpretes adferunt, vt probent liberos in conditione poſitos, vocatos vel eſſe, vel non eſſe. Qui nobiſcum negant vocatos eſſe, moueri etiam ſolent ex eo,

† quod

2 † quod in hac lege Florentinus ſcribit, vel ſingulis liberis, vel ei qui nouiſſimus eorum morietur, ſubſtituere patrem poſſe, ſingulis quidem, ſi neminem eorum inteſtatum decedere velit: nouiſſimo verò ſi ius legitimatum hereditatum integrùm inter eos conſeruari velit. Ex eo namque inferunt, teſtatorem, qui liberos poſuit in conditione fideicommiſſi, credendum eſſe iis reſeruatum voluiſſe ius ſuccedendi ab inteſtato, non etiam acquiſitum ius fideicommiſſi in portionibus patentum.
3 Sed qui contra ſentiunt, reſpondent † cum Ripa in l. *centurio. num.* 159. *eod.* tractari eo loco de ſubſtitutione directa, quæ non inducitur ex tacita voluntate l. *iubemus* 29. *C. de teſtam.* Aliam verò rationem eſſe fideicommiſſariæ, de qua nos tractamus quòd ea per ſolas coniecturas facilè inducatur ex l. *cùm proponebatur* 64. *de legat.* 2. l. *heredes mei* 57. §. *cum ita D. ad SC. Trebell.* Alij verò
4 ſicut † obiectionem non probant, ita neque reſponſionem: propterea quòd, inquiunt, etiam pupillaris ſubſtitutio inducatur ex veriſimili voluntate, & contra verborum ſignificationem ex l. *iam hoc iure* 4. *de vul. & pupill. ſubſtit.* Itaque reſpondent differentiam quæ inter pupillarem & fideicommiſſoriam ſubſtitutionem hac parte verſatur, in eo conſiſtere, quòd ad conſeruandam defuncti patris voluntatem, qui bona ſua omnia ad pupillum nouiſſimum voluerit peruenire nil neceſſe eſt inducere tacitam pupillarem, cùm qui priores moriuntur impuberes, neque teſtando, neque alienando facere quicquam poſſint, quominus perinde omnia perueniant ad nouiſſimum ex ordine ſucceſſionis inteſtati, atque peruenirent ex teſtamento ſi ſinguli ſingulis eſſent pupillariter ſubſtituti. Aliud verò eſſe in liberis poſitis in conditione fideicommiſſi, quia certum eſſe non poteſt ſucceſſuros eos patri ab inteſtato, cùm in patris arbitrio & poteſtate ſit, ſiue teſtando, ſiue alienando inter viuos omnia bona, quæ paterfamilias voluit ad liberos in conditione poſitos peruenire, teſtatoris voluntatem eludere, niſi aduerſus commentum huiuſmodi fraudis vnico illo remedio conſulatur, vt qui nonniſi in conditione poſiti ſunt, vocati nihilominus exiſtimen-
5 tur. Ego † neque qualis hæc obiectio ſit, intelligo, neque reprehenſionem hanc magis quàm Ripæ reſponſionem probo. Primùm enim non video qua ratione dici poſſit in ſpecie *l. vel ſingulis*, poſitos eſſe impuberes, in conditione pupillaris ſubſtitutionis, vt quærendum habeamus. An idcircò videantur inuicem ſubſtituti, nécne. Nam vel ponimus ſingulis impuberibus factam eſſe ſubſtitutionem pupillarẽ, vel ſoli nouiſſimo. Si ſingulis, dubitationem res non habet, neque locus quæſtioni relinquitur, quin vocati ſint, qui ſunt expreſſim ſubſtituti: ſin nouiſſimo, apparet priores defunctos impuberes non magis in conditione poſitos fuiſſe, quàm in diſpoſitione: niſi fortaſſis de conditione illa tacita ſentire velis, quæ in neceſſarium antecedens ſubintelligitur & inducitur ex facta nouiſſimi morientis mentione, cùm fieri nequeat, vt nouiſſimus quiſquam ex liberis moriatur, quin cæteri omnes prædeceſſerint. Itaque effectu ipſo perinde certè eſt dicere, *Ei qui ex liberis meis nouiſſimus impubes moriatur, ſubſtituo Sempronium*, acſi pluribus ſcriptum eſſet, *Si liberi mei omnes impuberes deceſſerint, nouiſſimo Sempronium ſubſtituo.* Sed tamen multum intereſt, cùm de inducenda ex vi conditionis ſubſtitutione, ſiue directa, ſiue precaria diſputamus, an
6 conditio † expreſſa ſit, an tacite tantùm ſubintellecta: quoniam illi ipſi qui volunt liberos in fideicommiſſi conditione poſitos vocatos cenſeri, non de aliis intelligunt, quàm qui poſiti ſint in expreſſa fideicommiſſi conditione. Nec quiſquam adhuc dixit liberos nonniſi tacitè poſitos in conditione ex coniectura illa pietatis, de qua Papin. in l. *cùm auus* 102. *D. de cond. & demonſtr.*
7 cenſeri debere vocatos: ſiue quòd non ſemper † par & æqua ſit vis taciti & expreſſi: ſiue quòd non tam facilè audeant inducere ſubſtitutionẽ, ſiue directam, ſiue fideicommiſſariam, ex coniecturis, niſi tales illæ ſint quæ ex verbis concipi poſſint, arg. l. *Gallus* 29. §. *quidam rectè D. de lib. & poſth.* Quare non tam ex poteſtate, quàm ex figura, verbiſque conditionis, in qua poſiti ſunt expreſſim liberi heredis rogati, inducunt illi ſubſtitutionem fideicommiſſariam fauore liberorum, non inducturi proculdubio, ſi cõditio nulla expreſſa eſſet. † Neque verò nouũ 8
eſt, aliam, maioremque eſſe poteſtatem conditionis, cuius figura expreſſa ſit, quàm ſit alterius, quæ figurã conditionis non habeat, ſicet ex teſtamenti verbis colligatur vt cõſtat ex l. *in ratione* 30. §. *tametſi D. ad leg. Falcid.* Sed etſi poneres nouiſſimo impuberi ſic datum pupillarem ſubſtitutum, vt tamen conditio illa expreſſa eſſet, *ſi reliqui omnes impuberes præmorerentur*, non tamen eſſet hæc conditio eiuſmodi, quæ coniecturam vllam præbere poſſet voluntatis defuncti ad inducendam ſubſtitutionem. Non ob id tantùm quòd eſſet conditio neceſſaria, & quæ neceſſariò ineſt, cuius expreſſio nihil ſolet operari, quoties ineſt eo prorſus modo quo exprimitur, l. *ſeruo* 47. *D. de condic. & demonſt.* Sed ob id etiam, quòd in propoſita ſpecie ponuntur liberi in conditione tanquam mortui, non tanquam ſuperſtites, ac proinde in eum caſum quo non poſſunt vocari, l. *quidam referunt* 14. *D. de iure codicill.* Et quemadmodum † ij qui liberos 9
in conditione poſitos volunt eſſe vocatos, non in alia portione fideicommiſſum iſtud tacitum inducũt, quam in ea quæ fuit patris, ratione illa, quod poſiti ſint in cõditione tanquam liberi, & conſequenter reſpectu eius ſolius, cuius ſunt liberi, non etiam reſpectu patrui, aut alterius qui patri coheres datus fuerit. Ita dicendum eſt, conditionem in quo poſiti ſunt liberi tanquam mortui, non poſſe inducere diſpoſitionem ex qua vocari videãtur, niſi tanquam mortui. Nullam igitur, quandoquidem tanquàm mortui vocari non potuerunt. Niſi fortè quis velit dicere vocatos eos in neceſſarium antecedens facta ſubſtitutione nouiſſimo impuberi decedenti, ſicut dici ſolet in fideicommiſſaria ſubſtitutione, l. *Titia Seio* 87. §. *Seia libertis de legat.* 2. ſed hoc falſum eſt, pugnátque cum d. l. *vel ſingulis*, quæ oſtendit ſanè pupillarem ſubſtitutionem hac parte à fideicõmiſſaria differre, propter eas rationes, quas nos in hanc rem protulimus lib. 14. Coniecturarum. Ergo quod Florentinus ſcribit in *d. l. vel ſingulis*, de iure legitimarum hereditatum inter fratres cõſeruato, nihil commune habet cum quæſtione noſtra. De liberis poſitis in conditione. Neque dubitari poteſt, quin multum interſit, † an liberi poſiti ſint in 10
conditione tanquam mortui, vt in d. l. *vel ſingulis*: an verò in caſum quo ſupereſſent patri, vt in ea ſpecie, de qua diſputamus, cùm heres inſtitutus hereditatem reſtituere iuſſus eſt ſub ea conditione *ſi ſine liberis moreretur*. Quod verò Ripa ad obiectionem reſpondet, diſtinguẽdam eſſe † ſubſtitutionem directam, de qua in d l. *vel ſin-* 11
gulis, à fideicommiſſaria, quaſi hæc facilius ex coniecturis ſolis inducatur quàm illa, mihi videtur prorſus alienum à iuris ratione. Etſi enim in fideicõmiſſis, aut quod idem eſt, in fideicommiſſorum † verbis & conditionibus 12
interpretandis ſola ſpectanda eſt voluntas teſtatoris, tametſi nonniſi ex coniecturis colligatur, l. penult. *de legat. 2. l. heredes mei* 57. §. *cum ita D. ad SC. Treb.* tamen ſi de fideicommiſſo inducẽdo quæratur, † non magis ſola 13
voluntas, vt loquuntur, coniecturata ſufficit, quàm ſi de ſubſtitutione directa quæreretur: niſi cùm vel aliter fieri non poteſt, vt ea teſtatoris voluntas, quæ expreſſa eſt, ſeruetur, ſi non in neceſſarium antecedens fideicommiſſaria ſubſtitutio inducatur, vt in d. §. *Seia libertis*, vel fideicommiſſaria ſubſtitutio per errorem omiſſa dicitur, probatúrque ex alia teſtamenti parte, in qua iidẽ pupillo heredes dati, non tantùm pupillo, ſed inuicem etiã fuerint ſubſtituti, vt in ſingulari ſpecie l. *cum proponebatur* 62. *de legat.* 2. Rurſum, quod contra Ripã diſputant alij † pupillarem quoque ſubſtitutionem ex coniecturis in- 14
duci poſſe, ex d. l. *iam hoc iure* 4. *D. de vulg. & pupill. ſubſt.*

multò

multò improbabilius est. Nam constitutio Diui Marci, quæ ius illud primum induxit vt substitutio directè pupillo facta in vnum casum trahatur ad alterum, non ad tacitam & coniecturatam patris mentem respexit, sed ad fauorem pupilli, cuius certè interest testamentarium heredem habere magis quàm legitimũ. *l.Iulian.2. aliàs. l.si pupillus.D.de acquir.hered.* Qua de causa non in subtilitet Antonius Goueanus, vt & alia pleraque, obseruauit substitutionem hanc malè ab interpretibus vulgò dici taciram, quàm potiùs à lege subintellectam dicere
15 debuerunt. † Tacitum enim illud demum est quod in expresso vi ipsa continetur, *l.cum quid.3. D.de reb.cred. l.si ita legatum 65 §.illi si volet.D.de leg.1.l.seruo libertatem.47.D.de condit.& demonstr.* Nemo autem dixerit illis verbis, *si heres filius non erit*, tacitè contineri casum prorsus contrarium, *si heres erit & in pupillari ætate decesserit*. Sunt enim casus isti prorsus contrarij, ac proinde quorum expresso vno, alter non modò nõ tacitè significatus, sed potius apertè exclusus videri deberet, ex regula quæ inclusionem vnius vult esse exclusionem alterius, si Marci constitutio testamentorum fauore non interuenisset: nec si tota Iurisprudentia in eam rem conspirasset, id tamen assequi vnquam potuisset. Rescripti Imperatorij autoritate opus fuit vt ius illud induceretur, quia supplendũ necessariò fuit, quod ex verbis con-
16 iici nullo modo poterat. Iurisconsultorum † autem non illud munus est vt suppleant, sed tantum vt interpretentur: vt proinde dubitandum non sit iis etiam casibus de quibus extent Imperatorum rescripta ab ipsis prudentibus approbata, & laudata, nihilominus in contrarium responturos fuisse prudentes, si rescripta non habuissent. quoniam aliud est, si quis ex se supplere velit, quod supplere nequeat: aliud verò si supplectionem ab eo factam, qui supplendi ius habeat, laudare velit, & probare. Idque non obscurè ostendit Modestinus in d.l.4. *de vulg.& pupill.substit.* in primis illis verbis, *Iam hoc iure vtimur ex Diui Marci & Veri constitutione*. Quid enim aliud id est, quàm dicere ante eam constitutionem aliud ius obtinuisse, & etiamnum si constitutio illa non esset alio iure vsuros nos fuisse: Sic in specie *l.commodissimè. 10. D.de lib.& posth* institutionem posthumi factam in vnum casum, nec voluit, nec potuit Pomponius trahere ad casum contrarium, ne quidem fauore tuendi testamẽti, quod tamen à Iustiniano postea nec iniquè factum est in l.vlt. *C.de post.hered.inst.* Sic quod ad rem nostram
17 magis pertinet placuit † Imperatorib. induci fideicommissa pleriſq. casibus, in quibus fideicõmissorum verba deficiebant. Idque vt hoc etiam largiar, ex verisimili & coniecturata mente testantis, nec displicuerunt rescripta illa prudẽtibus, quibus tamẽ displicuisset proculdubio audacia Iurisconsulti, si quis fuisset tã ineptus, sibiq; tam arrogans, vt quod nõnisi Imperatoris rescripto inducẽdũ erat, propter necessariã supplectionẽ idipsũ voluisset
18 ille inducere propria authoritate. † Nec enim quicquã vetat plus licere Imperatori quàm Iurisconsulto stultúmque videri debere Iurisconsultum, qui sine vllius rescripti aut alterius legis authoritate id velit respondere quod solus Imperator, aut alius, qui legis cõdendæ ius habeat, possit constituere, tametsi constitutio illa imperatoria summam habitura sit æquitatem, siue quod tacita volũtas testatoris eiusmodi rescriptum exigat, siue qua alia ratio interueniat, quæ iustum prudentémque Imperatorem mouere possit, l.1. *C.de legib.l.prospexit.12. qui, &*
19 *à quibus manum*. Eóque pertinent † leges illæ omnes, quas nostri congerunt vt probent, posse fideicommissum induci ex coniecturis, tum etiam cùm fideicommissi verba omnino deficiunt. *l.filiusfam.114.§. vt quis heredem.de legat.1. l.cum proponebatur.64. l.vnũ ex familia. 67.§.vlt.l.peto.69.in prin.de legat.2.l.ex facto 17.in princ. l.qui filium.74.in princ.D. ad S.C.Trebel.facit l.Imperator 50.D.eod.l. post humus.12.D.de iniust.rupt.test* & aliæ huiusmodi sexcentæ. Quemadmodum autem vnum vel alterũ rescriptũ Imperatoris fideicõmissi verba supplẽtis ad inducendũ fideicõmissum, non potuit facere quominus alia rescripta essent necessaria quoties nouus casus contingeret qui cum iis de quibus antea rescriptum esset, commune nihil haberet (quoniã rescripta † omnia 20
suis finibus coarctanda sunt, nec nisi ad casus suos, aut saltem ad persimiles referẽda *l.Pannonius, 86. iuncta l cũ quidã 30.in princ. De acquir.hered.d.l.vnũ ex familia 67 §.vlt.de leg.2.iuncta l.Pamphilo, 39.in princ. de legat.3.*) ita & fatendũ est quotquot extãt in libris nostris rescripta Imperatorum, & respõsa prudentũ eiusmodi rescriptorũ authoritate suffulta, facere nullo modo posse, vt extra eos casus, † de quibus Imperatores rescripserunt, aut 21
si qui sint persimiles, liceat nobis leguleiis, & vt hodie passim fit, imperitiori cuilibet inducere fideicommissum ex nudis coniecturis quocunque casu, nullis licèt verbis idoneis in cã rem interueniẽtibus. Nec quicquã induci potuit toti reipub. † perniciosius, quàm quod ineptis- 22
simo isto interpretum omnium errore inductum est, vt ex solis coniecturis fideicommissa induci possint. Inde namque tot hodie, tantæque toto terrarum orbe de fideicommissis lites, quibus redundant & æstuant tribunalia non sine maximo amplissimorum patrimoniorum detrimento, & quas aut planè nullas, aut certè multò pauciores, adeóque faciliores haberemus, si iuris scripti rationem interpretum traditionibus præferre didicissemus. Quare non illud æquè improbo, quod interpretes plerique iactitant, Cæsarea constitutione indigere hanc disputationem. *De liberis in conditione positis*, non equidem quomodo illi putant, difficultatis tollendæ gratia, quæ meo iudicio nulla prorsus est apud eos, qui vel minimum in iure sint versati, sed ad faciendam Iurisconsultis nostri temporis potestatem, vt ex coniecturata illa testãtis mente, quam sibi vltrò cõminiscuntur, possint impunè tutàq; cõscientia cõtra manifestissimã iuris rationẽ pro liberis in cõditione positis respondere, vt hoc ipso ex fideicõmisso vocati & substituti intelligãtur. Fefellit omnes interpretes Papinian. vt fuit ille omnibus nõ modò interpretibus, sed etiam iuris autoribus cæteris subtilior, † in d. l. *cùm proponebatur*, vbi post- 23
relatum rescriptum Imperatorũ Marci & Commodi de supplenda in fideicommisso mutua substitutione, tanquam omissa per errorem, quæ in secundis tabulis inter eosdem fuerat expressa, rationem subiicit, vt videtur, generalem: *etenim in causa fideicommissi vtcunque precaria voluntas quæreretur, coniectura potuit admitti*. Inde namque inferunt, parum referre quòd rescriptum sit singulare, cùm rationem habeat generalem: siquidem ratio illa præcipuè est, quæ spectari semper debet ad ampliandam aut restringendam dispositionem. l. *cùm pater 77.§.dulcissimis. eodem titul.* Nam animaduertunt Papiniani sententiam illam esse, vt potuerit coniectura admitti ab Imperatoribus ipsis, qui sic rescripserunt, & qui ex coniectura supplere, quod testamenti verbis deerat, potuerunt: non etiam vt coniectura quælibet possit admitti à Iureconsulto, vel potiùs leguleio quolibet ad inducendum pro arbitrio fideicommissum, tum etiam cùm causa nulla subest quærendæ precariæ voluntatis. Nam in ea specie, † quam Papinianus ex Impe- 24
ratorum rescripto tractat, dicebatur omissa per errorem substitutio in scriptura fideicommissi pluribus sub conditione relicti. Eiúsque erroris apertissima probatio, & ex eo sumebatur, quód iidem illi quibus fideicõmissum sub conditione datũ fuerat, cum in secundis tabulis pupillo heredes dati essent fuerant etiã in ea pupillari substitutione inuicẽ substituti. Proinde quærebatur volũtas vt reperiretur quod omissum dicebatur. Nam nec solemus quærere nisi quod vel amissum sit, vel omissum † At cùm testator ita simpliciter scripsit, *Si filius meus* 25
sine liberis decesserit, restituat hereditatem meam Sempronio: quid obsecro est quod facere debeat, vt in verbis tam apertis quæras nouam voluntatem tanquam obscuram

& latentem, vt ex commentitiis coniecturis inducas fideicommissum de quo testator nullo modo ne per somnium quidem cogitarit? An credendus est testator per errorem omisisse substitutionem istam fideicommissariam, quam interpretes inducunt fauore liberorum? Vnde verò errorem hunc coniicimus? An ex eo quòd liberos tantùm posuit in conditione? At quid aliud facere potuit, aut debuit prudens suus, qui ne filium suum proprio erga nepotes fideicommisso, obstringeret, noluit positos esse illos in dispositione? Cur non ei licuit à filio fideicommissum vnum relinquere sub ea conditione, *si sine liberis decederet?* nec idcircò tamen eum duplici fideicommisso in vtrumque euentum onerare? Quòd si in verbis nihil obscurum, nihil omissum dici potest, quænam rogo causa subest quærendæ precariæ voluntatis, vt coniectura possit admitti? Quan-
16 quam non † sic Papinianus loquitur, *Coniectura potest admitti*, sed *potuit*, vt intelligamus velle eum rationem reddere, propter quam videri debeant Imperatores tam nouum ius non iniquè induxisse, non etiam propter quam citra authoritatem vllius rescripti debeat quis pari audacia coniecturam admittere ad inducendam precariam voluntatem, præsertim quæ sine causa ibi quæratur, vbi nec eius quærendæ locus, aut color vllus est. Er-
17 rant igitur † egregiè, qui substitutionem, siue directam, siue fideicommissariam induci posse volunt per coniecturas, sed illi magis qui directam & pupillarem æquè ac fideicommissariam. Quod enim Papinianus de precaria voluntate loquitur, in ea ipsa ratione, quam nunc explicauimus, non alium sensum habere potest, quàm hunc, vt si de directa, non de precaria substitutione tractetur, coniectura admitti non debeat, ne quidem ab Im-
18 peratore: tametsi possit † Imperator cessante omni coniectura voluntatis nouam substitutionem inducere & supplere, adeóque, quod magis mirum est, institutionem, si fortè alia iusta causa sit, propter quam id fieri debeat, vt puta fauor conseruandi testamenti, vt in specie *d. l. iam hoc iure, & dict. l. vlt. C. de posth. hered. inst.* Dummodo tamen voluntas testatoris non repugnet, inquit, Modestinus in dicta *l. iam hoc iure.* Id enim non esset supplere, sed euertere voluntatem, quod non magis Imperator bonus facere potest, quàm prudens Iureconsultus mancam supplere. † Interpretari quilibet Iureconsultus potest, in eámque rem coniecturas probabiles ad-
19 mittere, præsertim si de fideicommisso quæratur: supplere nunquam potest, nec si mille concurrant coniecturæ. Imperator non modò interpretari potest legem primam & vltimam *Cod. de legib.* sed etiam supplere, nec tantùm si adsint coniecturæ voluntatis, sed etiamsi nullæ sint, dummodò non desit iusta alia causa. At euertere voluntatem defuncti nec Iureconsultus nec Imperator potest. Solennis enim, & bono quolibet Principe digna vox illa est Honorij & Theodosij in *l. omnium. 19. C. de test. voluntates hominum audire volumus, non iubere.*

ERROR IV.

De sententia l. filiusfamilias 114. §. cùm erit. 13. ff. de leg. 1.

SVMMARIA.

1 *Colligi ex l. filiusfam. 114. §. cùm erit. 13. D. de legat. 1. liberos in conditione fideic. positos, ex fideic. vocatos non esse.*
2 *Mæviani decisio in d. §. cum erit.*
3 *Disputatio de ratione dubitandi d. §.*
4 *Omnes conditiones sunt implendæ in forma specifica.*
5 *Semel defecta conditione dispositio conditionalis corruit.*
6 *Genuina ratio dubitandi petita ex eo quod liberi positi in conditione, videantur ex fideicommisso vocati.*
7 *Limitatio quorundam existimantium liberos positos in conditione intelligi vocatos, si non sint exheredati à patre, exploditur.*
8 *Exheredatio quibus bonis priuet exheredatum.*
9 *Bona fideicommissi sub conditione* Si sine liberis decesserit *relicti, ad liberos non aliter perueniunt, quam si sint heredes patris.*
10 *Ratio decidendi deprompta ex eo quod liberi in conditione positi sint non tam propter seipsos, quàm propter grauatum patrem, vt eis fideicommissi onere liberarent.*
11 *Grauati sub hac conditione, si sine liberis decederet collatio cum onerato sub ea. Si nauis ex Asia non venerit.*
12 *Socini senioris & sequacium responsio ad d. §. cùm erit, explodituv.*
13 *Alia aliorum responsio refertur & refellitur.*

MIrum est, quàm bene conueniant & conspirent omnia ad tuendam veritatem, eámque à mendaciis ac erroribus vindicandam. Hic † alius locus est, quo probatur apertissim. è liberos in conditione fideicommissi positos, ex 1
fideicommisso vocatos non esse. Et tamen adhuc nugantur interpretes, ac quasi non videant obiectionem, quam videre nolunt, sibi placent in quibusdam responsionibus, quibus nihil futilius & inanius fingi potest. Scribit † Mætianus, cùm quis rogatus est, si sine liberis 2
decesserit, per fideicommissum hereditatem restituere, conditionem defecisse videri, si patri superuixerint liberi, nec esse quærendum an heredes extiterint patri. Quænam verò poterat esse ratio dubitandi? † Annon illa con- 3
ditio *si sine liberis decesserit*, ad tempus mortis grauati relata fuit? Proinde an vltra tempus illud extendi & porrigi potuit? Minimè verò. † Sunt enim conditiones 4
omnes implendæ in forma, vt loquuntur, specifica, & eo prorsus modo quo testator voluit, *vulg. l. qui heredi 44. l. Mœuius. 55. de condit. & demonstr.* Et quemadmodum si conditio ita esset concepta, *si liberos nullos educauerit*, sufficeret ad excludendum fideicommissarium susceptos fuisse liberos, & educatos, licèt postmodum prædefunctos, quoniam nihil aliud requirerent verba conditionis, *l. heredibus. 77. in princip. ff. ad S. C. Trebell.* ita & collata conditione liberorum in tempus mortis, si quæratur an conditio exiterit ad fideicommissarium excludendum (id enim sufficit, cùm non fuerit vocatus nisi sub conditione) non aliud inspicere possumus, aut debemus, quàm vtrum liberi aliqui supernixerint heredi rogato, nécne: & consequenter inspecto tempore mortis rogati. Tunc enim necesse est alterutrum verum esse, aut superstites liberos ipsum aliquos reliquisse, aut nullos. Si nullos, vtique conditio extitit, & quidem ita vt postea deficere nunquam possit. Non enim post mortem suam suscipere liberos potest, cùm si qui eo viuo concepti sunt, licet nondum editi, ij pro iam natis & editis haberi debuerint, præsertim ad excludendum fideicommissarium, si modò postea fuerint nati, *l. is cui. 18. ff. quand. dies legat. ced. iunct. l. intelligendus. 153. de verbor. sign.* Ex contrario, si quos liberos superstites reliquerit, negari non potest, quin ipso mortis instanti defecerit conditio, quæ proinde postea exire nunquam possit. Perpetuum namque est, vt † semel de- 5
fecta conditione dispositio conditionalis corruat, nec vnquam facta fuisse videatur, sicut in contrarium dicimus semel commissam stipulationem postea resolui non posse, *l. habere 57. §. 1. D. de euict.* Quid ergo attinet quærere, an liberi qui eo mortis tempore fuerunt superstites, atque ita fecerunt, vt semel defecerit conditio fideicommissi, postea decesserint viuo adhuc fideicommissario, aut an heredes extiterint patri, nécne? An enim

enim eo minus verum est conditionem defeciſſe? Aut an eò magis verum erit, conditionem quæ ſemel defecerit, poſtea extitiſſe, & impletam eſſe? Quænam ergo apud Mætianum dubitandi ratio eſſe potuit? Ea namque neceſſariò inueſtiganda eſt, vt quid ille ſibi velit, intelligamus. Nulla† prorſus, niſi vna illa, quòd videretur teſtator heredis ſui grauati liberos in conditione poſuiſſe non tam fauore patris, quàm liberorum, vt eorum potior eſſet cauſa, quam fideicommiſſarij. Quæ eadem ipſa huius conditionis interpretatio eſt, quam faciunt ij, qui iuriſprudentiâ inuitâ volunt liberos in conditione fideicommiſſi poſitos ex fideicommiſſo vocatos eſſe. Id verò ſi ita eſſet, conſequens videretur, vt ita demum voluiſſet teſtator excludi fideicommiſſarium per liberos heredis rogati, ſi bona illa ad liberos effectu peruenerint. Quid enim referret teſtatoris, an ſupernixiſſent patris liberi, nécne, ſi illo etiam caſu, quo ſuperuixiſſent, heredes tamen eſſe vel non potuiſſent, quia fortaſſis exheredari, vel noluiſſent, metu fortaſſis onerum hereditariorum abſtinentes ſe à bonis patris? Annon perinde fieret iniuria fideicommiſſario, & voluntati teſtatoris, ſi fideicommiſſarius, quem teſtator non niſi propter heredis liberos in conditione poſitos excluſum voluiſſet, ſola eorum exiſtentia excluderetur, tametſi ad eos bona iſta non perueniſſent. Ita ſanè: eoque pertinent leges omnes quas congerere noſtri ſolent ad *l. Gallus. 29. §. & quid ſi tantùm, de liber. & poſt.* vt probent caſum deportationis trahi ad caſum mortis, & contrà: denique fieri extenſionem de caſu ad caſum, vbi eadem ratio eſt iuris aut voluntatis. Dubitandi ergo cauſam apud Mætianum præbere vnus ille caſus poteſt, ſi liberi in conditione poſiti, non extiterint patri heredes: ſic enim Mætianus apertè loquitur, quaſi nihil interelle putet, an dicamus liberos non extitiſſe heredes patri, an verò bona, de quibus reſtituendis rogatus heres fuit ad eius liberos non perueniſſe, ita inuens ſatis apertè, non aliter fieri poſſe, vt bona illa perueniant ad liberos in conditione poſitos quàm ſi ſint heredes patris, eáque reperiant in hereditate. Quod tamen vtique non ſolùm falsò ſed etiam ſtultè diceretur, ſi in ea ſententia eſſet Mætianus, vt putaret liberos in conditione poſitos, etiam eſſe vocatos. Non enim ſcribere debuerat quomodo ſcripſit: *nec quæritur an heredes extiterint*, ſed ita potiùs, *nec quæritur an ex fideicommiſſo ſucceſſerint*. Cur enim cogantur heredes eſſe patris ad ea bona percipienda, quæ patet ex fideicommiſſo iis reſtituere debuerit? Annon perinde voluntati teſtatoris ſatisfactum dici poſſet, ſi ad filios in conditione poſitos bona illa peruenirent ex fideicommiſſo, atque ſi peruenirent iure hereditario? An fortè dicemus,
7 † quod quidam putant filios in conditione poſitos intelligi quidem vocatos, ſed ita tamen ſi non ſint exheredati à patre? Ne alioquin taciti huius fideicommiſſi inducendi interpretatio materiam liberis præbeat delinquendi. At hoc dici nullo modo poteſt. Semel enim conſtitutum fideicommiſſum fauore liberorum non ob id minùs debitum videri poſſet, quòd liberi poſtea ingrati fuiſſe probarentur. Hactenus enim is nocere debe-
8 ret quòd eſſent ingrati, † vt iis omnibus priuandi eſſent per exheredationem, quæ habituri erant ex iudicio & ex bonis patris, non etiam iis quæ aliunde, puta ex iudicio & ex bonis aui, *l. 3. D. de interd. & relegat.* Et ob id tantò difficilius ad eam interpretationem decurrere debemus, quæ fauore liberorum inducat fideicõmiſſum in odium patris: ne dum liberis nimium prodeſſe volumus, non tantùm parentibus noceamus adempta iis teſtandi facultate, qua ad ingratos liberos exheredandos, vt alioqui poſſent, ſed ipſis quoque liberis, quorum certè intereſt, vt iuſtæ ſaltem exheredationis metu, ſi non amore potiùs, in officio, debitáque parentibus pietate retineantur. Ergo vt hanc dubitandi rationem concludimus, cùm nihil referre Marcianus putet, an ſic dicamus: *nec quæritur an heredes extiterint*, an ſic potiùs, *nec quæritur an ad filios ea bona peruenerint*, fatendum neceſſariò eſt, Marcianum id ipſum ſenſiſſe, quod nos contendimus. Bona † quæ per fideicommiſſum fuerant relicta 9
extraneo ſub conditione, & in caſum non ſuperſtitum liberorum, non aliter ad liberos peruenire poſſe, quàm ſi ſint heredes patris, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato. Non igitur iure fideicommiſſi à patre debiti, quod vtique cum patris ſiue teſtati, ſiue inteſtati ſucceſſione nihil commune haberet, quominus etiam repudiata, aut per exheredationem amiſſa patris hereditate fideicommiſſum conſequi deberent, quod non à patre, ſed ab auo, & de bonis aui accepiſſent, aut etiam ab extraneo, ſi teſtator non heredis inſtituti pater, ſed extraneus fuiſſe proponatur. Videamus iam quæ fuerit apud Marcianum ratio decidendi. Nam ex ea quoque magis ac magis ſententia noſtra confirmabitur. Illa vna eſt, ni fallor, quæ ſupradictam dubitandi rationem penitus euertit, † quòd cùm liberi heredis rogati in conditione 10
poſiti ſunt, non tam propter ſeipſos videri debeant poſiti, quàm propter patrem grauatum, vt qui ſub conditione nullorum ſuperſtitum liberorum fideicommiſſo grauatus fuit, in contrarium caſum, id eſt, ſuſceptis liberis qui ſuperuixerint, eo fideicommiſſi onere liberetur, vt ſcilicet & poteſtate ſolius defectus conditionis, ſub qua extraneus fuerat per fideicommiſſum ſubſtitutus. Propterea quòd ſi vel vno inſtanti ſuperuixerint liberi, verum eſt, conditionem illam, *ſi ſine liberis deceſſerit*, ſemel defeciſſe. Ideóque nec poſtea quærendum eſt quid de liberis contingat, id eſt, an morianturante ſubſtitutum, nécne: an ſine liberis, an cum liberis: an patri heredes fuerint, nécne. Quod & Oldradus, vir certè magnus ex hoc potiſſimum loco motus, reſpondit in conſilio illo apud Doctores noſtros celeberrimo, quod eſt 21. incip. *Thema tale eſt*. Proinde ſi Marciano credimus, nihil refert an teſtator heredem ſuum, ſiue filium, † ſiue extraneum grauauerit, ſub ea conditione, 11
ſi ſine liberis decederet an ſub illa, *ſi nauis ex Aſia non veniret*. Vtroque enim caſu idem euenit, vt ſi exiſtat conditio, admittatur ſubſtitutus, ſin deficiat, excludatur. Nec magis credendus eſt teſtator, liberos, quos in conditione poſuit, inuitaſſe ad fideicommiſſum, ſi patri ſupereſſent, quàm nauim ſi ex Aſia veniſſet. Itaque quid illo Marciani loco dici pro noſtra ſententia vel fingi poteſt apertius? Sed tamen reſpondent quidam poſt† 12
Socinum ſeniorem in *l. cùm auus col. pen. D. de condic. & demonſtr.* ſuauiter mehercule & ſubtiliter, ſi diis placet: imò verò poſſe textum illum contra nos retorqueri, quaſi non alia ratione Marcianus de illo quæri nolit, An liberi heredes extiterint patri, quàm quòd etiamſi non ſint heredes, nihilominus ad eos peruenient bona fideicommiſſaria iure fideicommiſſi tanquam ad vocatos & ſuccedentes ex fideicommiſſo. Quod ſi ita eſt, ridiculus ſanè fuit Marcianus, qui volens ſignificare non eſſe quærendum, An ad liberos in conditione poſitos ea bona peruenerint, nécne, caſum illum ſolum complexus eſt, quo liberi exiſterent, aut non exiſterent heredes patri. Illum verò prætermiſit, qui potiſſimum exprimendus erat, quo bona ad liberos ex fideicommiſſo peruenirent. Ex quo apparet, neque Socinum ipſum, neque alium quenquam ex interpretibus vim huius obiectionis ſatis percepiſſe. Annon enim æquè fieri poteſt vt liberi in conditione poſiti, etiam ad fideicommiſſum, ex ſuppoſitione, ſint inuitati, nolint tamen ex fideicommiſſo ſuccedere? Quo caſu ſi teſtator nonniſi ipſorum gratia eos in conditione poſuiſſet, cur ex eorum ſuperexiſtentia excluſum voluiſſet? Et tamen non dubitat Martianus quin hoc etiam caſu excludi debeat ſubſtitutus, licet de eo nihil dixerit, quia quod ſcripſit, non eſt quærendum, An liberi heredes extiterint, hoc proculdubio ſenſu ſcripſit, & ea mente, vt ſignificaret, quærendum non eſſe, an ad fideicommiſſi bona peruenerint, quæ vidit vtique nonniſi

hereditario iure posse ad eos peruenire. Faciunt verò
13 patum † subtiliter illi qui improbata illa Socini retorquutione, quam nec Socinus ipse probat, licet probetur à Ripa in *l.centurio nn.*159.*D.de vulg.& pupil.substit.* concludunt tandem textum. Hunc Martiani ad propositam disputationem nihil pertinere, in quo scilicet non de illo quæratur, inquit, An liberi sint per fideicommissum substituti, nécne, sed tantùm, An liberi patri superstites faciant deficere conditionem fideicommissi. Quod Marcianus magis probat vt in hac conditione, quemadmodum in cæteris non tam effectus iuris, quàm factum ipsum consideretur. At nos non illud dicimus à Iurisconsulto dubitatum aut decisum esse, An liberi positi in conditione sint in dispositione: de quo, non dicam ex prudentibus nemo, sed ne anus quidem prudentum nostrorum temporibus dubitasset, sed ita loquutum Martianum, vt dubitari non possit, quin pro certo & explorato iure habuerit, quòd sola interpretum nostrorum imperitia fecit controuersum; adeóque penè falsum liberos in conditione tantùm positos, neque ex fideicommisso, neque alio vllo quàm hereditario iure posse succedere in iis bonis, quæ, si nulli fuissent superstites, ad substitutum peruenire debuissent. Neque, meo iudicio, si ingenuè agere volumus, effugere hanc obiectionem possunt vlla arte, qui contrà sentiunt.

ERROR V.

*De sententia §.vlt. l.si quis eum.*16.*D.de vulg. & pup. subst. & de inducenda ex verbis enuntiatiuis dispositione in fauorem liberorum ad leg. pater.*17.*§.anus.D.de dol.mal.except.*

SVMMARIA.

1 *Confici ex l.si quis.*16.*§.vlt.D.de vulg & pup.substit. liberos positos in conditione substitutos non esse.*
2.& 5. *Responsio aduersariorum inter directam institutionem & fideicommissum distinguentium.*
3 *Couarruuias post alios perperam censet in directa institutione verba conditionalia quandoque disponere.*
4 *Ratio Pomponij in d.§.vlt.contra Couarruuiam inducta, filium in conditione positum institutum non censeri.*
6 *Refutatio Didaci ex l.Gallus.§.in omnib.*10.*D.de li. & post.vbi ex conditione, non inducitur institutio.*
7 *In l.si mater.*33.*§. vulg. D. de vulg. & pup.subs.quâ abutitur Couarruuias expressam filij institutionem precepisse.*
8 *Institutio posthumi alieni olim omni iure prohibita erat.*
9 *Praecessisse filij institutionem in l.*37.*D.de her. instit. quam opponit Couarruuias.*
10 *In omnibus speciebus quæ ad Galli formulam pertinent, in necessarium antecedens praecessisse filij specificam institutionem.*
11 *Obiectio Didaci, verba enuntiatiua disponere fauore liberorum ex l.*17.*§.*1.*ff.de dol.except.*
12 *Interpretatio d.§.*1.*& assertionis Didaci confutatio.*
13 *Aliud esse ex verbis conditionalibus aut enuntiatiuis inducere exceptionem doli; aliud inducere dispositionem.*
14 *Dispositio nunquam inducitur sine verbis dispositiuis.*
15 *Exceptio doli facilè inducitur ex quocunque voluntatis indicio.*
16 *Qualibet exceptio nouinisi possidenti accommodatur.*
17 *Si verba enuntiatiua non inducant fideicommissum in fauorem nepotum, multò minus conditionalia.*
18 *Creditor à debitore suo, etiam cui nihil reliquit fideicommissum relinquere potest.*
19 *Responsio ad l.*8.*§.interdum.D.de pecul.remissiuè.*
20 *Si substitutio ex conditionalibus verbis induci non potest vt fatetur Couarr. multò minus directa institutio.*
21 *Etiam inflexis & obliquis verbis directa institutio fieri potest.*
22 *Institutionis, substitutionis directæ & fideicommissi conuenientia, quod sine verbis induci nequeant.*
23 *Directarum & precariarum substitutionum antiqua differentia.*
24 *Directa institutio aut substitutio ex nudis coniecturis induci non potest, ideóque nec precaria.*
25 *Instituto nepote sub hac conditione*, si filius me viuo morietur, *filium institutus non censetur, consequenter nec nepos substitutus, si filius institutus sit sub hac conditione, si sine liberis decesserit, Sempronium substituo.*
26 *Curtij & Didaci sententia de dispositione futura testamenta tollente explosa.*
27 *Ad habendum heredem testamentarium non sufficit nuda voluntas.*
28 *Clausula* omni meliori modo, *non potest efficere vt quod non est testamentum, pro testamento habeatur.*
29 *Non valet testamentum, quo non alius heres instituitur, quàm quisquis ab intestato successurus est.*
30 *Testantis certum debet esse iudicium.*

PRobat etiam optimè † hic locus liberos 1
in conditione positos non esse in dispositione: sed tamen quia de institutione loquitur, non de fideicommissaria substitutione, facilè ab iis eluditur, qui aliam † 2
directæ substitutionis & institutionis, aliam fideicommissi rationem constituunt, existimantes posse fideicommissum induci ex nudis coniecturis, & per suppletionem citra vllam Imperatoris, aut alterius qui legis concedendæ ius habeat, constitutionem. Etsi nec desunt qui putent in directa quoque institutione fieri posse, vt verba conditionalia disponant. Quam sententiam defendunt omnes qui putant in formula Galli Aquilij filium, qui non nisi in conditione ponitur, hoc ipso habendum pro instituto, audaciores Bartolo, qui ad *l.Gallus.*29.*D.de liber. & posthum.* scripsit sufficere ad nepotis institutionem, vt filius sit heres ab intestato, quos & ex recentioribus, quod magis miror, sequitur Didac. † 3
Couarr. Iurisconsultus sanè peritus, & in iuris nostri principiis melius versatus, quàm vt tam absurdum & supinum errorem probare debuerit, in Comment. ad cap. *Raymutius* §.3.*n.*9.*extr.de test.* Quò magis laborandum nobis est, vt hic error penitus explodatur, ne tanti viri authoritate allecti, plerique posthac in eundem impingant. Non potest autem refelli apertiùs, quàm ex hoc ipso loco Pomponij, quem in manibus habemus. † Pom- 4
ponius ita scribit, *Si suo testamento perfecto, alia rursus libera pater filio testamentum fecerit, adhibitis legitimis testibus, nihilominus id valere, & testamentum ratum manere.* Nam *& si tibi & filio pater testamentum fecisset, deinde tibi tantum, vtrumque superius rumperetur. Sed si secundum testamentum ita fecerit pater, vt sibi heredem instituat sub ea conditione, si viuo se filius decedat, posse dici non rumpi superius testamentum, quia, inquit, secundum non valet in quo filius praeteritus sit.* Quæ verba quid aliud sonant, obtecro, quàm quod volumus ex illis conditionalibus in institutione positis, *si filius meus viuo me decedet*, (quæ formula est Galli Aquilij) non videri filium institutum? Mirórque sanè Didacum, quasi locum hunc nunquam viderit, nihil prorsus ad eum respõdere, quod nec pro Didaco facere quicquam possit. Nam qui tentant respondere, nihil aliud

respondent,

1 respondent, nisi quod iam diximus, † agere Pomponium de institutione directâ, quæ non inducitur ex tacitâ voluntate, *l. 1. D. si tab. testam. extab. l. iubemus* 29. *C. de testam. l. heredes palam* 21. *D. qui testam. fa. poss.* Nos verò loqui de substitutione fideicommissaria, quæ inducitur etiam per coniecturas ex *l. cùm proponebatur* 64. *de legat.* 2. Admittentes consequenter in formulâ Galli Aquilij, quæ tota ad institutiones, non ad fideicommissa pertinet, filium in conditione institutionis nepotis positum, pro instituto haberi non posse. Nam quod idem subiiciunt: In specie à Pomponio tractatâ filium fuisse institutum in primo testamento quod ruptum non est per posterius, in quo fuit ille præteritus, & magis interesse filij vt succedat ab intestato, vel ex primo testamento, magis confirmat quod nos volumus, non valere posterius testamentum, tanquam in quo sit præteritus filius, quod vtique valeret, a cóque prius rumperet, si ex verbis conditionalibus institutio induci posset. Illud verò non minùs miror eundem Didacum
6 nihil respondere † ad §. *in omnibus, d. l. Gallus*, vbi Scævola diserte scribit, *In omnibus illis speciebus*, de quibus totâ ea lege dixerat, *illud seruandum esse, vt filius duntaxat qui est in potestate, ex aliqua parte sit heres institutus: diuersúmque esse in nepote & pronepote qui possunt impunè præteriri.* Quid enim necesse esset in formulâ Galli Aquilij, quæ conditionem illam necessariam, ac perpetuam habet, *si filius meus me viuo morietur*, præmitteret filij institutionem, si ex hac ipsa conditione institutio induci posset? aut quomodo posset præteriri nepos, quem ad vtilem pronepotis institutionem necesse est non minùs quàm filium poni in conditione?
7 Neque est contrarium † quod in *l. si mater* 33. §. *vlt. D. de vulg. & pupill. substit.* Africanus scribit, si filius & ex eo nepos ita heredes instituantur, vt Gallo Aquilio placuit, & nepoti si heres non est, Titius substituatur, filio herede existente, Titium omnimodò, id est, etiamsi nepos natus non fuerit, excludi. Quo potissimum loco Didacus abutitur, vt probet sub Galli formula filium esse institutum. Debet enim id necessariò ita intelligi, si filij institutio præcesserit, verbis expressis & ciuilibus dictis, concepta, ex consilio aut potiùs præscripto Scævolæ in *d. §. in omnibus*: quamuis de eo nihil Gallus Aquilius constituerit, nec noui quicquam induxerit, propterea quod ius vetus certum & exploratum esset de liberis suis heredibus omnimodò instituendis aut exheredandis: neque aliud ignoraretur, nisi quâ ratione institui posset nepos posthumus ex filio superstite tempore testamenti, quippe qui eo tempore posthumus
8 alienus videretur, cuius † institutio omni iure prohibita erat, cùm tamen fieri facilè posset, vt mortis aui tempore reperiretur suus, atque ita rumperet successione testamentum, in quo se præteritum inueniret: quemadmodum à nobis pluribus tractatum est lib. 9. Coniectur. ex quo peti volumus cætera ad hunc tractatum pertinentia, si quis plura scire volet, præsertim quod spectat ad §. *idem credendum d. l. Gallus.* de cuius etiam sententiâ nescio quid somniat Didacus, quod nos non probamus. Quod verò idem Didacus obiicit ex Iuliano
9 in † *l. cum in testamento* 37. *de hered. instituend.* cùm in testamento ita scribitur, *Si filius meus me viuo moriretur, nepos ex eo post mortem meam natus heres esto:* duos esse gradus heredum, quia nullo casu vterque ad hereditatem admittitur, non minus leue est. Semper enim meminisse oportet, quod monet Scævola in *d. §. in omnibus* in omnibus speciebus,
10 † quæ ad Galli Aquilij formulam pertinent, ponendum esse in necessarium antecedens, quòd filij institutio specifica ex formulis præcesserit, sine qua, sicuti testamentum iure notissimo valere non posset, quòd sui heredis præteritione prorsus nullum & iniustum esset, ita nec institutio posthumi nepotis, quæ eo testamento contineretur. Sed non putant Iureconsulti necesse, quoties de Galli Aquilij formula tractandum habuerunt, eam filij institutionem exprimere, cùm de ea nemo dubitaret, quin & præcedere deberet, & quibus verbis eam concipi oporteret: neque verendum existimarent, ne aliquando eueniret, vt qui se prudentes auderent dicere, in ignorationem iuris adeò crassam dilaberentur, vt crederent posse valere testamentum in quo suus heres esset præteritus, vel posse dici filium institutum, quem testator in conditione duntaxat posuisset. Obiicit idem Didacus, † verba enuntiatiua dis- 11
ponere fauore liberorum ex eleganti illo responso Scævolæ in *l. pater* 17. §. *auus. D de dolo mali except.* vbi cùm proponeretur auus nepotibus ex filia legasse singulis centena, & adiecisse hæc verba: *Ignoscite, nam potueram vobis amplius relinquere, nisi me Fronto pater vester male accepisset, cui dederam mutua quindecim quæ ab eo accipere non potui.* Placet Scævolæ, si aui heres ab his nepotibus patris sui heredibus petat quindecim, videri eum facere contra voluntatem defuncti, atque ideò doli exceptione summoueri posse. Sed ego quæro, † An hoc 12
ideò quòd verba illa enuntiatiua *potueram vobis amplius relinquere, &c.* disponant fauore liberorum, vt putat Didacus? Minimè. Nam si disponerent, dicendum esset, quindecim illa, quæ Fronto testatoris gener socero debuisset, saltem per fideicommissum relicta videri nepotibus, non quidem ab herede aui, sed à Frontone ipso patre, eodémque testatoris debitore, posteaquam Diui Pij constitutione inductum fuit vt à debitore quolibet fideicommissum vtiliter relinqui possit, *l. si pecunia* 77. *de legat.* 1. *l. cùm quis decedens* 37. §. *pater. in fin. de legat.* 3. Quod si ita esset, sequeretur Frontoni ipsi competituram doli exceptionem aduersus heredem aui, si aduersus Frontonem heres agere, & quindecim petere vellet. Id enim vnum est quod facit vtile fideicommissum à debitore relictum: quòd si à creditoris herede postea debitor vrgeatur, habet contra eum doli exceptionem, vt Vlpianus eleganter & apertè scribit in *d. l. si pecunia*: & tamen non Frontoni ipsi exceptionem doli accommodat Scævola, sed Frontonis liberis, nepotibus testatoris ex filia, vsque non tanquam fideicommissariis, sed tanquam heredibus patris conuentis ad soluendi quindecim, quæ pater debebat. Accommodat autem Scævola exceptionem doli, non quasi hæc quindecim fuerint nepotibus relicta (neque enim potuit relinqui liberatio iis qui nihil dum eo tempore debebant) sed quia voluntas testatoris non obscura est: quòd si à Frontone quindecim illa sibi debita consequutus fuisset, aut si Frontonem ipsum erga proprios liberos obstringere fideicommisso voluisset, etiam hæc ipsa quindecim nepotibus reliquisset. Indéque nimirum euenit, vt quamuis heres aui nihil dolo malo facturus fuisset, si ea quindecim à Frontone petiisset, quia non fuerat testator ea voluntate, vt Frontoni ipsi vllo modo fauere vellet, faciat tamen dolo malo & contra voluntatem, si à Frontonis heredibus, iisdem testatoris nepotibus petat, quia cùm testator dixerit ea se nepotibus relicturum fuisse, si ab eorum patre solutionem habere potuisset, addita etiam dictione illa *ignoscite*, ad enixissimam voluntatem demonstrandam, multò magis credendus est voluisse, vt si quando ab iis peteretur, haberent illi ius retentionis per exceptionem doli, ne efficaciter vrgeri possent. † 13
Cæterum aliud est ex verbis conditionalibus aut enuntiatiuis inducere exceptionem doli: aliud inducere dispositionem, siue fideicommissariam, siue directam. Dispositio † nunquam inducitur sine verbis dispositiuis, 14
licèt aliquando inducatur per interpretationem verborum in alium casum aut sensum, quàm in quem dispositum fuit, vt in specie *lege qui filium* 74. *in princip. D. ad SC. Trebell. iunct. lege ex facto* 17. *in princip. eod. lege filius familias* 114. *paragrapho, vt quis heredem de legat.* 1. At exceptio † doli facilè inducitur ex 15
quocunque

quocunque indicio voluntatis: & ratio eſt, quoniam non ſolùm dolo facit, quiſquis heres offendit vel in minimo teſtatoris ſui voluntatem, quam ex contrario implere, & cui omninò parere debeat: ſed etiam quia
16 dolt exceptio, vt & alia quælibet, † non alij accõmodatur quam poſſidenti, cuius proinde cauſa hoc ipſo quod poſſidet, longè fauorabilior videri debet, quam ſi non poſſideret ſibique per actionem conſulere vellet, quomodo ſibi conſulere neceſſe eſt liberòs, qui in conditione poſiti hoc ipſo velint etiam inuito patre dicere ſe vocàtos. Poſſúntque in hanc rem etiam afferri quæ ſcripſi in *Coniect. lib.* 17. *cap.* 17. *de ſententia l. pen. D. collat. dot.* Nec leue, meo iudicio argumentum ex ſupra dicto Scæu. reſponſo pro ſententia noſtra ſumi poteſt. Nam ſi
17 in ſpecie *d.* §. *auus*, † verba enuntiatiua, quæ diſpoſitinis propiùs vtique accedunt, quàm conditionalia, nihilomagis fideicommiſſum inducunt, ne quidem fauore neporum, quibus proſpicere auus tanto ſtudio deſiderauit, & quorum patrem odio habuerit, aut de quo ſaltem iuſtam ſe habere crediderit quærelæ cauſam, quis putet nepotibus in conditione tantùm poſitis vſque adeò fauere auum voluiſſe, vt eos propriè filio prædilecto, & ob eam cauſam inſtituto voluerit per fideicommiſſum ſubſtitutos? Præſertim cùm in ſpecie illa quam Scæuola tractat, nihil interfuerit patris, an ſocero heredive ſoceri, cui quindecim debebat, ea quindecim redderet, an propriis liberis, quorum equidem debuiſſet malle eſſe debitor, qui iam omnimodò debitor erat.
18 Vnde illud factum eſt, vt creditor à debitore ſuo, etiam cui nihil relinquat, fideicommiſſum vtile relinquere poſſit, *d. l. ſi pecunia* 77. *de legat.* 1. At in eo caſu quem tractamus, negari certè non poteſt, quin filij heredis inſtituti rogatique de hereditate, ſi ſine liberis deceſſerit Sempronio reſtituenda, interſit quàm maximè ne ſuſceptis ex ſe ſuperſtitibúſque liberis fideicommiſſo vllo teneatur, cùm alioqui futurum eſſet, vt omni onere fideicommiſſi liberatus foret, haberétque liberam eorum bonorum adminiſtrationem, quæ in caſum contrarium, id eſt, ſi ſine liberis deceſſiſſet, Sempronio reſtituere debuiſſet. Verùm hæc ad Scæuolam adnotaſſe ſufficiat.
19 Quod verò idem Didacus, † ne quid prætermittamus, poſt alios obiicit ex *l. denique* 8. §. *interdum D. de pecul. legat.* peculium intelligi legatum aliquando in neceſſarium antecedens, tum etiam, cùm re vera legatum non eſt, vt puta, ſi ſtabiliter conditionis implendæ cauſa centum ex peculio dare iuſſus ſit, multò minus ad rem facit. Vt ex iis conſtare poteſt, quæ nos in illius loci explicationem ſcripſimus *d. cap.* 17. *lib.* 17. *coniect.* Neque enim repetere placet nobis. Illud verò ſatis mirari non poſſum, virum doctiſſimum in hoc ſuo errore tam pertinaciter tuendo, non ſolùm à veteribus illis prudentibus, manifeſtáque iuris ratione, ſed à ſeipſo etiam diſſentire. Fatetur enim, contenditque toto illo §. 3. liberos in conditione poſitos, non cenſeri vocatos, ne quidem ex fideicommiſſo, nec ſi coniecturæ illæ concurrant, quas pletique ex interpretibus ſufficere arbitrantur, adeo vt ſi quando, inquit, iudex ab ea communi opinione recedere velit, non temerè id facere debeat, ſed cautè admodum, & attentè: perpenſis ſcilicet coniecturis ex quibus deprehendi poſſit eam fuiſſe teſtatoris vo-
20 luntatem. † Cur enim verbis conditionalibus inducamus directam inſtitutionem potiùs quàm ſubſtitutionem precariam? Pugnat ſanè id cum cæteris omnibus interpretibus, ex quibus non reperies vel vnum, qui vnquam dixerit directam inſtitutionem potiùs quàm fideicommiſſum ex conditionalibus verbis induci. Omnes contrà clamant facilius eſſe vt fideicommiſſum ex eiuſmodi verbis conditionalibus inducatur, quòd, vt putant nudis coniecturis contentum ſit, quàm directa inſtitutio, quæ niſi directis & ciuilibus verbis fieri nunquam poſſit. Quæ interpretum, præſertim Ripæ, reſponſio eſt ad eam obiectionem quæ pro nobis ſit ex *d.* §. *vlt. l. ſi quis eum* 16. *D. de vulg & pupill. ſubſt.* Quanquam non video quid facile reſpondere poſſint ad conſtitutionem nouam Conſtantini in *l. quoniam indignum* 15. *C. de teſt.* quæ induxit, † vt directa quoque heredis inſtitutio non 11
modò directis verbis fieri poſſit, ſed etiam inflexis & obliquis. Denique quibuſcunque, dum conſtet de mente & ſententia teſtatoris. Quæ conſtitutio magnam certè intulit iuri veteri plagam. Illud enim ipſum eſt quod olim fideicommiſſis ſolis dicebatur. Non eſſe ſpectanda verba fideicommiſſi, ſed ſententiam quibuſcunque verbis, dum teſtator ſenſiſſet vt hereditas ſua reſtitueretur. *l. vbi purè.* 19. §. 1. *D. ad SC. Trebell.* ſecundùm emendationem & interpretationem noſtram, quam ad eum locum protulimus lib. 4. Coniect. cap. 8. Nam ſi reſpondeas pro interpretibus hoc etiamnum ex iure vetere ſupereſſe, vt neque inſtitutio, neque ſubſtitutio directa induci poſſit ſine verbis & ex nudis coniecturis, quomodo fideicommiſſum induci & olim potuiſſe & hodie poſſe
volunt, † dicam neque ſine verbis induci poſſe fidei- 12
commiſſum, aut olim potuiſſe quantæcunque coniecturæ concurrerent, fuiſſéque non ſolum aliqua verba neceſſaria, ſed eiuſmodi quoque illa eſſe debuiſſe, vt dubitari non poſſet quin teſtator de hereditate ſua reſtituenda ſenſiſſet vt Paulus loquitur in *d. l. vbi purè.* §. 1. Proinde cùm tota directarum † precariarúmque ſubſti- 13
tutionum differentia in eo conſiſteret, quod directas verbis directis fieri neceſſe erat, precarias verò inflexis & obliquis, conſequens videtur vt ſi hodie precaria inflexaque verba ſufficere poſſunt ad directam inſtitutionem, aut ſubſtitutionem, nulla ſuperſit differentia inter directas & precarias voluntates. Atque ita paulatim fiet, vt quâ audaciâ interpretes, tanquam noui quidam ſupremique Imperatores fideicommiſſum ex nudis coniecturis inducunt, nullis licèt diſpoſitiuis verbis intercedentibus, tandem poſſit & debeat quilibet dicere directam quoque inſtitutionem aut ſubſtitutionem ex nudis coniecturis & ſine verbis vllis induci oportere. Quod tamen quàm longè futurum ſit à mente Conſtantini, apparet ex ipſa conſtitutione, quæ non verba tollit, ſed verborum duntaxat diſtinctionem & ſollennitatem, vt liceat hodiè teſtatoribus vti quibuſlibet verbis, neque referat an imperatiuis & directis facta ſit inſtitutio an inflexis. Secundùm quam conſtitutionem dubitandum non eſt, quin ſi quis teſtamento ita dixerit aut ſcripſerit, *Volo, aut cupio vt Titius ſit heres meus*, valeat inſtitutio, & quidem iure directo, ac tanquam directa, quæ tamen olim, tanquam facta precariis verbis, eo iure valere non potuiſſet. Ergo quemadmodum nemo hucuſque dicere auſus eſt † directam inſtitutionem aut 24
ſubſtitutionem induci poſſe ex nudis coniecturis, ſi verba diſpoſitiua, ſiue directa, ſiue precaria nulla ſint, (tametſi nihil aliud requirat lex Conſtantini, niſi vt eo loquendi genere formata ſit inſtitutio, per quod liqueat voluntatis intentio: neque dubitent affirmare interpretes, manifeſtiſſimam quoque videri voluntatem, quæ non niſi ex indiciis colligatur & ex coniecturis:) Ita neque ferre illos poſſum qui precariam voluntatem ex ſolis coniecturis inducunt, nec illos proinde qui ex verbis conditionalibus fideicommiſſariam ſubſtitutionem induci volunt, negantes peræquè directam induci poſſe. A contrario igitur, cùm negari non poſſit, vt ad tuendam obiectionem noſtram redeamus, quin etiam hodie poſt eam Conſtantini legem verum ſit, quod olim prudentibus placuit, † inſtituto nepote ab auo, ſub hac 25
conditione *ſi filius ſe vino morietur* non idcirco inſtitutum intelligi filium, ſed præteritum, ita vt nullum ex eo iniuſtumque fiat teſtamentum, cuius fauor alioqui contrariam potiùs ſententiam ſuadere deberet, ſi non nimis euidens iuris ratio obſtaret. Ita & ſtatuendum eſt, teſtatore ita ſcribente, *ſi filius meus ſine liberis deceſſerit*,

vit, Sempronium ſubſtitue, nepotes in conditione fideicommiſſi Semproniani poſitos, non magis per fideicommiſſum, quàm directò patri ſubſtituros intelligi oportere. Ex quibus apparet quàm falſum illud etiam ſit (adeo leuior error in grauiorem degenerat) quod reſ-
26 pondit *Curt.iun.conſ.* 169. & †Didacus probat d.§. 3. n. 8: Si quis derogans futuris teſtamentis diſponat, & dicat velle ſe habere ſucceſſores eos qui ab inteſtato à lege vocantur, & addiderit placere ſibi vt valeat ea diſpoſitio omni meliori modo, cenſeri eum inſtituere heredes illos, qui ab inteſtato ſint ſucceſſuri propterea quòd, inquiunt, ea inſtitutio neceſſaria ſit ad tollenda futura teſtamenta, & ex clauſula adiecta colligatur intentio te-
27 ſtantis: Quaſi verò ad † habendum heredem teſtamentarium ſufficiat nuda voluntas, quod nos iam refutauimus: Multóque tolerabilius eſt, vt ſtulta & inanis voluntas intercidat teſtatoris, qui, cùm poſſet ſecundùm leges teſtari, noluit, quàm vt tot monſtris inducendis via patefiat, vniuerſáque iuris ciuilis ratio pro tuendis interpretum ineptiis conturbetur. Fateor patremfamilias qui ſe teſtamentum facere dixerit, ſi iis verbis vſus ſit, quæ nos retulimus, poſſe fortaſſis videri teſtamentum feciſſe & heredes ſcripſiſſe legitimos ſucceſſores, quia nihil planè refert, an quis heredem ſcribat in ſucceſſorem: & ad hunc præcipuè caſum pertinet ſupradicta lex Conſtantini, quæ tollit penitus momenta & ſcrupuloſas ſolemnitates verborum. Sed vt ea voluntas,
28 † quam teſtator nomine teſtamenti non donauerit, fiat teſtamentum, ob id ſolùm quòd adiecta ſit clauſula, *omni meliori modo*, præſertim ad præripiendam teſtatori alterius teſtamenti faciendi facultatem, nec probare poſſum, nec concoquere. Qui video Bartolum quoque in *l. 1. num. 22. D. de inr. codicill.* in ea eſſe ſententia, vt exiſtimet clauſulam illam *omni meliori modo*, in minus ſolenni voluntate appoſitam ius teſtamenti comprehendere nunquam poſſe, tanquam quòd ſit perfectius & maioris ſolennitatis, licèt omnia teſtamenti ſolennia concurrant. Sed etſi verum amamus fieri non po-
29 teſt † vt valeat teſtamentum, quo non alius heres inſtitutus ſit, quàm quiſquis ab inteſtato ſucceſſurus eſt. Heres enim inſtitui niſi ita, vt certò demonſtretur, nemo poteſt, *l. quoties 9. §. heres 9. D. hered. inſtit.* quia certum debet eſſe iudicium teſtantis, vt Vlpianus tractat in titulis, Tit. 22. Quid verò incertius, quàm cui ſit ab inteſtato ſucceſſurus? Nec ſimile eſt quod admittimus valere fideicommiſſa ab inteſtato relicta hoc modo, (*Quiſquis mihi heres bonorúmve poſſeſſor erit, eius fidei committo*) *l. 3. l. ab inteſtato 16. D. de iur. codic.* Etſi namque id illa ratione comparatum eſt, quòd credatur paterfamilias ſponte ſua relinquere ſucceſſoribus inteſtati legitimam hereditatem, vt Paulus ſcribit *l. conficiuntur 8. §. 1. D eod.* Longè tamen aliud eſt teſtari: Aliud verò, non teſtando tacitè ſubſequi legis voluntatem. Nam eius qui teſtatur, †certum iudicium eſſe debet eo ipſo tempore quo teſtatur, quod tamen tale eſſe nullomodo poteſt ſi non alios ſibi ſucceſſores eligat, quàm quos ei ab inteſtato morienti lex datura eſſet. At legis iudicium ſemper certum eſt, quia nec prius ſe lex interponit quam pater familias moriatur, quo demum inſtanti ſicut certa eſt quis tum ſit proximior, ita & quis ab inteſtato ſit ſucceſſurus: neque rurſum negare ille poteſt, quiſquis tandem ſit, quin ſuccedat ex tacito iudicio defuncti, in cuius ſcilicet poteſtate & arbitrio fuit facere teſtamentum, atque impedire ne quis vnquam ita legitimæ ſucceſſioni locus relinqueretur.

* * *

ERROR VI.

Ad l. 1. C. de pact. l. heredes mei 57. §. cùm ita. l. qui filium 74. D. Ad SC. Trebell. l. iubemus 6. C. eod.

SVMMARIA.

1 *Species leg. 1. C. de pact. ex quâ colligitur liberos in conditione poſitos, non eſſe ex fideicommiſſo vocatos.*
2 *Ratio decidendi d. l. quod fuerit in poteſtate patris, vt de bonis, quæ, ſi ſine liberis decederet, reſtituere fratri iuſſus erat, non iniquâ ratione tranſigeret.*
3 *Si liberi poſiti in conditione ſint in diſpoſitione, pater non poterit diſponere de bonis relictis in praiudicium liberorum.*
4 *Reſponſio ad l. 1. filium ex fideicommiſſo vocatum ideò non audiri, quod patris heres eſſet refellitur.*
5 *Filius licet patris heres poteſt ex propria perſona controuerſiam earum rerum facere, quas defunctus perperam alienauit.*
6 *Alia probatio petita ex l. 57. §. cum ita. D. ad SC. Trebell.*
7 *In d. §. cum ita, nepotes teſtatoris poni in conditione duplici, & tamen pro vocatis non haberi.*
8 *In d. §. duas tantùm eſſe ſubſtitutiones, non quatuor, vt ſequitur ex aduerſariorum ſententia.*
9 *Qui liberos in conditione poſitos, in diſpoſitione quoque poni autumant, duplex fideicommiſſum conſtituunt, vnum tacitum, alterum expreſſum.*
10 *Conditio ſemper præcedit diſpoſitionem, eamque ſuſpendit.*
11 *Expoſitio l. 6. C. ad S. C. Trebell. quâ auctoris ſententia confirmatur.*
12 *Fideicommiſſum tacitum, quod inducunt interpp. ſi vllum eſſet, purum vtique, non conditionale eſſe deberet.*
13 *An tacita conditio ſine alia dilatio in fideicommiſſis induci poſſit.*
14 *Expoſitio l. vxorem. 41. §. vlt. D. de legat 3. in quâ ex coniecturâ non differtur fideicommiſſum.*
15 *Legatorum & fideicommiſſoris nomine cauendum eſt, quæ in diem aut ſub conditione relicta ſunt.*
16 *De præſenti fideicommiſſo quando cauetur:*
17 *In l. Epiſtolam. 75. §. vlt. propter verba tractum temporis ſignificantia differri fideicommiſſum in tempus mortis.*
18 *Verba illa ad fideicommiſſorum reſtitutionem pertinentia, cùm illi à te petierint, non ſunt conditionalia.*
19 *Fideicommiſſum illud habendum eſt pro puro, quod nullâ conditione aut die ſuſpenditur.*
20 *Conditio ad extraneum ſubſtitutum pertinens, non debet referri ad liberos heredis.*
21 *Ex Iuſtiniani conſtitutione nihil hodie per filium acquiritur patri extra cauſam peculij profecticij, niſi quod ad vſumfructum.*
22 *Differentia interpretum, quod ad conditionem attinet, inter expreſſum & tacitum fideicommiſſum liberis relictum refellitur.*
23 *Quod ſub conditione vni datur, vbi ademptum eſt ſub contraria alteri datum non neceſſario intelligitur.*
24 *Quod prius eſt à poſteriori pendere non poteſt.*
25 *Cùm teſtator dicit, ſi ſine liberis deceſſerit, in quâ voce ſit conditio.*
26 *Teſtatorem adſcribendo illam conditionem fideicommiſſo, ſi ſine liberis deceſſerit, heredi ſuo fauere voluiſſe.*

27 *Conditionum quæ in futurum conferuntur triplex natura.*
28 *Fideicommisso expresso, quo vocatur substitutus, locum esse, sequi, etiamsi tacitum cesserit.*
29 *Tacito fideicommisso, quod inducunt interpp. destrui expressum.*
30 *Responsio aduersariorum, tacitum fideicommissum esse conditionale, expenditur.*
31 *Conditio in quâ positi sunt liberi, non semper tempore mortis attenditur.*
32 *Expositio l. qui filium in pr. D. ad SC. Trebell.*
33 *Obiectio aduersariorum refellitur.*

PRæter eas leges, quas interpretes adferre solent, vt probent liberos in conditione positos non esse ex fideicommisso vocatos, de quibus totâ hac decade diximus, semper mihi visæ sunt etiam hæ, quas huius capitis inscriptio præ se fert ad rem nostram maximè pertinere. *In l. 1. C. de pact.*† proponebatur pater quidam in- 1
stitutis duobus filiis Philino & Licinio Frontone, petiisse à Philino vt si vita sine liberis decederet, hereditatem, id est, portionem suam hereditariam Licinio fratri restitueret. Philinus cùm nullósdum liberos tempore diuisionis haberet, ac vereretur ne fideicommissi conditio eueniret, quæ in eo erat, vt per singula momenta euenire posset, pactum cum fratre fecerat de dando ei sextante, vt incertum conditionis euentum redimeret, sibique liberam de toto portionis suæ residuo disponendi facultatem compararet. Postea filium susceperat, Philinum etiam nomine, illóque superstite decesserat. Filius hic de pacto inter patrem & patruum inito conquerebatur, quasi sine causa pater patruo sextantem portionis suæ dedisset, cùm nihil iuris in Philini portione Licinius vnquam habuisset, aut habere potuisset, neque viuo Philino, quia tandiu deficere poterat fideicommissum, præmortuo fortassis Licinio *l. Statius Florus.* 48. §. *Cornelio Felici. D. de iur. fisc.* neque eo mortuo, quòd superstite filio decessisset atque ita fideicommissi conditio defecisset. Imperatores Seuerus & Antonius
2 negant hunc audiendum, † ratione illa quæ in principio legis ponitur, quòd conditionis incertum inter fratres non iniquis rationibus conuentione finitum videatur. Volunt ergo fuisse in patris potestate, vt de bonis, quæ, si sine liberis decederet, restituere fratri iussus erat, liberè transigeret, eorumque partem alienaret, tametsi posteà decesserit superstitibus, quos testator posuerat in conditione fideicommissi. Proinde dici non potest filium illum Philini in conditione positum patri suo per fideicommissum tacitum fuisse substitutum: alioqui vel ex ipsis interpretum nostrorum traditionibus consequens fieret non valuisse pactionem, quam in
3 præiudicium nepotis tacitè substituti filius ad suum commodum fecisset, cùm huiusce quæstionis, † *An liberi positi in conditione sint in dispositione*, totus effectus ille sit, vt si fateamur esse vocatos non potuerit de iis pater paciscì, aut aliter disponere in præiudicium liberorum. Nec quod respectu patris, cui spes fideicommissi remissa est, iniquum pactum ex euentu videri non potest, facere deberet, vt eo minùs audiendus esset filius, volens vocare sextantem illum alienatum à patre, si vocarum se probare posset. Non enim sunt ista contraria, Pactum non esse iniquum intuitu patris, neque tamen filio damnosum esse debere, si de bonis filij factum fue-
4 rit. Dices fortasse, † In specie d. l. 1. filium in conditione positum heredem fuisse patris qui de fideicommisso pactum fecerat (quo enim alio iure, vel colore de pacti iniquitate conqueri potuisset) proinde mirum non esse si alienationem sextantis à patre factam impugnare nequeat, licèt ex fideicommisso vocatus dici possit, quando tanquam patris heres factum ipsius præstare omnimodo teneatur, *l. cùm à matre* 14. *C. de rei vindicat. l. venditrici* 3. *C. de reb. alien. non alien. l. sine possessio* 14. *C. de rei euict. l. vindicantem* 17. *l. Seia.* 73. *D. eo.* Sed respondeo, vt maximè verum illud sit, filium, eundemque fideicommissarium, si patris heres sit, reuocare non posse alienationem fideicõmissi quam pater fecerit (quod tamen non caret dubitatione apud nostros interpretes propter nullitatem alienationis factæ contra legis prohibitionem, & de quo alibi nobis ex proposito tractandum erit) nihilominus probari apertissimè ex d. l. 1. Philini filium in conditione positum, ex fideicommisso vocatum non fuisse, quoniam alioqui non illa tantùm ratione repellendum eum Imperatores rescripsissent, quòd patris pactum iniquum non fuisset, cùm ea ratio filio ex propria persona venienti nocere non potuisset, sed illo potissimùm quòd patri heres extitisset, sibique pacti paterni improbandi facultatem omnem præripuisset, vt in *d. l. cùm à matre*, aliisque suprà citatis. Sed & obseruandum est, illo, etiam casu, quo filius, † idémque patris heres factum ipsius approbare 5
teneatur, non eo minùs tamen posse illum suo iure, & ex persona propria controuersiam earum rerum facere quas defunctus perperam alienauerit. Sed tantum hactenus ei nocere, quòd patris hereditatem agnouerit, vt vel doli exceptione repelli possit, vel iure hereditario de euictione conueniri, *d. l. vindicantem*, & *d. l. Seia.* Itaque vel vtrumque, vel alterutrum saltem exprimere Imperatores debuissent, si in ea fuissent opinione, vt positus Philini filius in conditione, quem videbant quasi heredem patris conqueri de pactionis iniquitate, ad fideicommissum ex propriâ personâ deberet admitti. At contrà, non nisi de pacti æquitate tractant, vt appareat, si pactum initio inspecto adeò æquum fuit, vt ab ipso patre qui pactus est, reuocari non potuerit, nihil iuris habere filium superstitem ad illud ex propriâ personâ reuocandum, esséque illum ipso iure siue actione, ita vt neque de doli exceptione contra ipsum opponenda tractandum sit, neque de euictione per ipsum præstandâ: quomodo tractandum esset si liberi in fideicommissi conditione positi, essent in dispositione. Alius locus † 6
qui pro sententiâ nostrâ facere maximè videtur contra liberos in conditione positos, est apud Papinianum in *l. heredes mei* 57. §. *cum ita. D. ad SC. Trebell.* de cuius interpretatione satis certè obscutâ & tamen pereleganti, scripsimus copiosè lib. 13. cap. 18. Coniect. dicemus nunc in tantùm quod ad propositam quæstionem pertinebit. Pater ita scripserat: *Fidei filiorum meorum commisso, vt si quis eorum sine liberis prior diem suum obierit, partem suam superstiti fratri restituat. Quod si vterque sine liberis diem suum obieris, omnem hereditatem ad neptem meam Claudiam peruenire volo.* In hac specie cernimus liberos positos in conditione, † nec sub vnâ 7
tantum, sed (quod multò potentius esse creditur ad inducendum ex coniecturâ fideicommissum) sub duplici: liberos, inquam, non qui sint extranei testatori, sed qui sint ex descendentibus, id est, nepotes ex filiis, de quibus multò minùs dubitant interpretes, quin vocati videri debeant, ex leuioribus quoque coniecturis. Cernimus etiam testatorem digressum fuisse ad plures gradus substitutionum, iisdem nepotibus in vtriusque substitutionis conditione positis, substitutamque vltimo loco neptem, quæ vtique aut minùs fuerat dilecta aut non plus certè quàm nepotes in conditione positi, per quos voluit auus eam excludi: Quæ vna etiam est ex præcipuis coniecturis, quibus nostri volunt bonum iudicem moueri debere, vt liberos in conditione positos habeat pro vocatis. Et tamen Papinianus qui in eo ipso. §. scribit in fideicommissis voluntatem maximè spectari oportere, quique idem scripserat in *l. cum proponebatur.* 64. *de legat.* 2. in causa fideicommissi vtcunque precaria voluntas quæreretur coniecturam ab Imperatoribus admitti potuisse, tot licèt coniecturis hîc concurrentibus, non dubitat, quin liberi in conditione

positi

positi nonsint vocati. Supponit enim pro re certa, & de qua dubitare nemo possit suprascriptis verbis non nisi
8 duas † substitutiones fideicommissarias contineri. Vnam, quam ille expressim & diserte primam vocat in fauorem fratris superstitis, si priorem sine liberis decedere contingeret. Alteram, eamque secundam in Claudiæ neptis commodum, si vterque filius sine liberis moreretur. Sic enim scribit, *absurdum esse respondi, cessante prima substitutione patris nepti petitionem denegari, quam totum habere voluit auus, si nouissimus fratris quoque portionem suscepisset.* Atqui secundum eos interpretes, qui putant liberos in conditione positos esse in dispositione, dicendum esset, propositis verbis quatuor contineri substitutiones. Vnam, & quidem primam, in fauorem nepotum ex eo filio qui prior cum liberis diem suum obiisset: secundam, in fauorem fratris superstitis si prior sine liberis decessisset: tertiam, in fauorem nepotum, qui ex alio filio nouissimo decedente superessent: quartam & postremam, quæ Claudiam testatoris neptem ad nouissimi sine liberis defuncti hereditatem inuitaret. Ita namque omnes, qui contra nos sentiunt, interpretes
9 ratiocinantur, † Testatorem, qui sic loquitur, *si filius meus sine liberis decesserit, restituat hereditatem Sempronio*, duplex facere fideicommissum, vnum tacitum, idque anterius pro liberis grauari, si quos ille moriens superstites reliquerit, alterum expressum, quo in casum contrarium nullorum superstitum liberorum Sempronius vocatur: quomodo tractat Illustriss. Card. Mantica. *lib. 11. De coniect. vlt. volunt. c. 2. n. 7. vers. sed ad istum. in fin.* vbi scribit in hæc ipsa verba, *& maximè quia tale fideicommissum debet restitui à patre, qui primum intelligitur grauatus restituere filiis, & si sine filiis decesserit, extraneo substituto.* Et sanè si quis fateatur fideicommissum aliquod esse inducendum fauore liberorum, quos testator posuerit in conditione, siue sint illi ex descendentibus, siue non, eum fateri etiam necesse est, primum illud fideicommissum esse, non secundum, quia licet prius sit, vt quis liberos non habeat, quàm vt habeat, tamen ex quo quis liberos habere cœpit, prius erit vt mori possit cum liberis, quàm vt sine liberis: ac proinde conditio illa tacita, quam interpretes sibi fingunt, vt fideicommissum hoc tacitum comminiscantur, *si deceder cum liberis*, præcedit illam quæ in expresso fideicommisso expressa est, *si sine liberis decesserit*, cùm vtraque ad mortis tempus referatur. Vt taceam fideicommissum hoc tacitum quod est, induci ex sola conditione expressi fideicommissi, *si sine liberis decesserit*, non etiam ex subsequentibus illis verbis dispositiuis, *restituat hereditatem Sempronie*, idcó-
10 que non posse non præcedere, † cùm conditio semper præcedat dispositionem, tùm etiam cùm ordine scripturæ posterior est, quia nec aliam ob causam adscribitur, quàm vt dispositionem suspendat, siue tacita conditio sit, siue expressa, *l. 1. vbi not. & pass. D. de condit. & demonstr.* Falsum igitur esset, quod scripsit Papin. in d. §. cùm ita primam esse substitutionem illam, quæ facta est in fauorem fratris expressim substituti, si verum esset quod nostri volunt, tot præsertim coniecturis concurrentibus, quot in Papiniani specie concurrebant, liberos præmorientis in conditione positos pro vocatis habendos esse. Quod si in ea specie non habuit illos Papinianus pro vocatis, rogo, quonam alio demum casu vocati intelligentur? Indéque nimirum est quod Impe-
11 rator Zeno † in *l. iubemus 6. C. ad SC. Trebell.* postquàm eum casum tractauit, quo pater vel mater filio, seu filia, filiis vel filiabus ex æquis vel inæquis partibus institutis, inuicem seu simpliciter quosdam ex his, aut quendam rogauerit, qui prior sine liberis decesserit, partem suam superstiti, seu superstitibus restituere, subiicit alium casum tanquam nouum & penitus diuersum necdum tactum, quo pater vel mater filio seu filia instituris, vt in superiore, heredibus, rogauerit eos eáve nepotibus, vel neptibus, pronepotibus, vel pronepotibúsue suis ac deinceps restituere hereditatem. Nam cum vtroque casu idem prorsus iuris Zeno constituat, vt omnimodo ex fideicommisso detrahatur Trebellianica, nec per imputationem redituum, vt anteà, sed de rebus ipsis neteditariis, quid attinebat casum hunc subiungere, si ita ius erat vt liberi in conditione positi hoc ipso per fideicommissum substituti viderentur? An non positi erant in fideicommissi extranei relicti conditione primo casu? Quid ergo potuit Zeno apertius scribere, vt ostenderent patrem non aliter fideicommisso erga proprios liberos obstrictum videri debere, tametsi positi sint in conditione, quàm si expressim sit rogatus? Et verò si ex eo solo quòd liberi positi sunt in conditione, censeri deberent vocati, dicendum esset statim atque rogatus heres liberos suscepisset, cogendum eum restituere propriis liberis hereditatem tanquam ex puro fideicommisso. Quid enim † possis comminisci vt fideicommissum 12
hoc tacitum facias conditionale potiùs quàm purum? Nam cùm inducatur per interpretes ex coniecturata, vt loquuntur, mente testantis, qui ponendo liberos in conditione, ostendit fuisse illos sibi prædilectos: non erit bona consecutio, si ex eo quod fideicommissum extraneo relictum fuit conditionale, velis inferre & hoc quoque conditionale esse debere. Conditio enim illa est quæ facit vt appareat, si nostris credimus, extraneum fuisse minus dilectum quam liberos heredis grauati. Cur ergo à minus dilecto ad magis dilectum argumentabitur, vt nonnisi sub conditione vocatus æque videatur qui magis dilectus fuit? Sed & diuersitatis ratio manifesta est, quia fideicommissum expressum conditionem expressam habet, *si sine liberis heres decesserit*, tacitum verò illud quod ab interpretibus inducitur, nullam conditionem habet, neque expressam, cùm sit ipsum tacitum: neque tacitam, cum tacita † condito in fideicom- 13
missis nunquam inducenda sit, at ne quidem alia dilatio vlla quæ impediat ne fideicommissum statim peti possit, si non ex verbis ipsis testamenti inducatur *l. vxorem 45. §. vlt. de legat. 3.* vbi apertissimum & elegantissimum in hanc rem extat Scæuolæ responsum. † Nam cum here- 14
dis fideicommisisset testator, vt Seiæ vxori vniuersam hereditatem restitueret, deinde & ipsius fideicommisisset in hæc verba. *A te, Seia, peto vt quicquid ad te ex hereditate mea peruenerit exceptis his quæ tibi suprà legaui, reliquum omne reddas, restituas Mæuiæ infanti dulcissimæ: A qua Seia satis exigi vero, cùm sciam eam potius rem acturam, quam detrimento futuram,* & quæreretur an statim Mæuia fideicommissum à Seia petere posset: respondit Scæuola, nihil proponi cur non posset: tametsi ex verbis illis, quibus prohibebatur exactio cautionis, posset capi coniectura non improbabilis dilati in tempus mortis fideicommissi, cùm eorum præcipuè † legatorum 15
& fideicommissorum nomine cauendum sit, quæ in diem aut sub conditione relicta sunt, *l. 1. & tot. tit. D. vt legat. nomin. caueat.* licet de præsenti † quoque fidei- 16
commisso, si non statim præstetur, cauendum sit, quoniam moras nonnullas exercitio iudicij habet, vt Paulus scribit in *l. etiam 15. eod.* Sed & coniecturam voluntatis non leuem illud præbebat, quòd testator ita dixerat, *cum sciam eam potiùs rem acturam, quàm detrimento futuram.* Quid enim aut commodi & augmenti sperare, aut detrimenti timere debeas in bonis fideicommissariis ab eo qui statim fideicommissum restituere cogi possit? Sed tamen non eò minus Scæuolæ iudicium est, fideicommissum purum esse, quia iis verbis relictum erat, quibus nihil continebatur per quod videri deberet conditionale, aut in diem. Longéque diuersa species est, de qua idem Scæuola respondit † in *l. epistolam 75. §. vlt. D. ad SC.* 17
Trebell. vbi rogata nuru his verbis, *Rogote vt id quod ex bonis meis ad te peruenerit, facias peruenire ad filium tuum;* placet Scæuolæ, non statim, & iam nunc debere nurum restituere fideicommissum, sed ad tempus quo nurus moreretur, fideicommissum aptandum esse. Nimi-

rum

rum quia verba illa *facias peruenire*, habent tractum temporis ſucceſſiui,& ſatisfacit teſtatoris voluntati nurus, quæ facit vt poſt mortem ſuam ea bona perueniré ad filium ſuum poſſint,niſi quis probabilius putet ea ratione motum Scæuolam, quòd filius, cui fideicommiſſum præſtare nurus iuſſa erat, in patris ſui poteſtate adhuc conſtiturus proponeretur. Nam vbi purè fideicommiſſum datum eſt, ſi adiectum ſit, *Rogo des filio tuo, faciáſque vt ad eum perueniat*, reſcriptum eſt videri in id tempus dari,quo capere poſſit id,quo ſui iuris fiat, *l.vbi purè 19.in princip.eod.*Sed & cùm Titia heredis inſtituti liberos habentis filij fideicommiſiſſet, vti rem ſuam vniuerſam reſtitueret filiis ipſius heredis, liberiſve eorum cùm ipſi petiiſſent,ſine vlla iuris cauillatione,idem
18 Scæuola noſter reſpondit his † verbis,*cùm illi à te petierint*,conditionem fideicommiſſo adſcriptam non videri, *in l.Titia 86.De condic.& demonſtr.*licèt dubitari ſoleat etiam in ſtipulationibus an ea verba conditionem præ ſe ferant, *l ſi decem cum petiero 44.De verb.oblig.* ſubiectáque nepotum poſt filios mentio apud Scæuolam non parum ſuadere videretur,teſtatricem de eo fideicommiſſo vtique ſenſiſſe, quod non ſtatim reſtituendum eſſet. Verùm ea ratio Scæuolam perpetuò mouet, quòd quo-
19 ties inducitur fideicommiſſum,† hæc verba vlla proponuntur,ex quibus conditionale videri debeat,neceſſariò pro puro habendum eſt. Ita fiet vt ſi quod fideicommiſſum fauore liberorum inducatur ex illis verbis *ſi ſine liberis deceſſerit*,non poſſit illud non eſſe purum,cùm dici non poſſit, qua conditione, aut qua die ſuſpendatur. Nam ſi dicas,ſmo verò ea ipſa verba ex quibus tu fideicommiſſum hoc tacitum inducis, eſſe conditionalia:
20 Reſpondebo eſſe conditionalia, † quod ad extraneum ſubſtitutum, quem non aliter ad fideicommiſſum admitti teſtator voluit, quàm ſi grauatus heres ſine liberis moreretur: ſed quod ad liberos pertinet,nullam prorſus conditionem adſcriptam eſſe, tacitam verò ſubintelligi nullam poſſe, niſi eam quæ tacitè ineſt, & quæ nonniſi ridiculè exprimi potuiſſet,*ſi liberi aliqui erunt*. Quomodo enim poſſis heredis grauati liberos ex fideicommiſſo vocare, niſi ſi qui ſint? Ergo qui ex illis verbis, *ſi filius meus ſine liberis deceſſerit, volo vt reſtituat hereditatem meam Sempronio*, audent inducere fideicommiſſum pro nepotibus poſitis in conditione, fateri eos neceſſe eſt perinde eſſe acſi teſtator dixiſſet,*ſi filius meus liberos ſuſceperit, volo vt iis reſtituat hereditatem*, quo caſu nemo dubitaret, quin fideicommiſſum purum eſſet, ſtatimque reſtituendum perentibus, quandocunque nepotibus, ſiue pater, idémque heres, ſcriptus paternam hereditatem agnoſcere nollet, eludendi fideicommiſſi gratia, *l. cogi.16 §.ſi pater,& ſeq. D.ad SC.Trebell.*ſiue vltro ſe im-
21 miſcere vellet, cum nouo iure quo vtimur, † ex Iuſtiniani conſtitutionibus nihil per filium acquiratur patri extra cauſam peculij profectitij, niſi quod ad vſumfructum, *l.cum oportet.6.& vlt.C.de bon.quæ liber.* proindéque ceſſet ratio illa quæ olim fideicommiſſi exactionem in id tempus, differebat, quo filius ſui iuris factus eſſet, vt diximus ex ſcripto,de quo in *d.l. vbi purè 19. ad SC. Trebell.*Inſtabis forraſſe, † Multùm intereſſe,an teſtator
22 ita ſcripſerit,*ſi filius meus liberos ſuſceperit, volo vt iis reſtituat hereditatem*, an verò fauore liberorum poſitorum in conditione illa,*ſi ſine liberis deceſſerit*, fideicommiſſum tacitum inducamus,propterea quòd prioris generis fideicommiſſum, vtique purum eſſet, vt diximus, Poſterius verò non poſſit eſſe non conditionale, quandò ex conditione illa inducatur, *ſi ſine liberis deceſſerit*, in contrarium ſcilicet caſum,& ſub contraria conditione, *ſi cum liberis deceſſerit*. Et hoc ſanè eſt,in quo interpretes omnes meo iudicio falluntur. Nam animaduertere debuerunt id quod ſub conditione ademptum eſt, ſub contraria conditione datum, aut ex diuerſo, quod ſub conditione datum eſt, ſub contraria ademptum intelligi, *l.aliquando 107.De condis.& demonſtr.* quod ad vnam eandémque perſonam attinet. Sed cùm ſit tranſitus à perſona in perſonam, † nulla ratio eſt, vt quod ſub 23
vna conditione vni datum fuit, non niſi ſub altera & contraria datum alteri videatur,cui dari potuit purè. Idque tantò magis in propoſito locum habere debet, quòd, vt ex interpretum ſententia iam diximus, fideicommiſſum illud tacitum, quod volunt ipſi inducendum eſſe fauore liberorum, quos teſtator in conditione poſuit,naturâ prius & anterius eſt eo quod non niſi ſub conditione relictum extraneo fuit. Proinde nihil cauſæ eſt cur ob expreſſam illius conditionem debeat ſuſpendi,cùm quod † prius eſt, ab eo quod poſterius ſit, pen- 24
dere non poſſit. Sed & obſeruandum eſt, in conditione illa, *ſi ſine liberis deceſſerit*, conditionem non † eſſe in 25
verbo illo *deceſſerit* (eſſet enim ea conditio mortis omnimodo extitura,& conſequenter non faceret fideicommiſſum conditionale, aut in diem ſiue certum ſiue incertum, quia per modum conditionis adſcripta eſſet, non etiam per modum diei & temporis,quomodo faceret conditionem, diémque incertam ſi teſtator ita ſcripſiſſet,*cum morietur*,vt in *l.1. §. dies autem,D.de condit. & demonſtr.iunct.l.quòd ſi 18.D.de condit.indeb.*) ſed in illis verbis, *ſi ſine liberis*, quia licet certum ſit heredem aliquando moriturum,incertum tamen eſt,an cum liberis,an ſine liberis ſit moriturus.Contraria igitur cônditio non illa videri debet,quam interpretes putant, *ſi cum liberis deceſſerit*,ſed illa potiùs,*ſi cum liberis vixerit*,quæ nihil prorſus ab hac diſtat, *ſi liberos ſuſceperit*. Nam & verbo *deceſſerit* contrarium hoc eſt *vixerit*, tametſi poneres eo verbo *deceſerit*, non tam dilatam in tempus mortis,quàm expreſſam conceptámque fuiſſe conditionem. Neque rurſus quæ ratio prudentem teſtatorem mouit, vt conditionem illam *ſi ſine liberis* ad tempus mortis conferret, eadem facere poteſt, vt contraria conditio *ſi cum liberis*,in idem mortis tempus collata videri debeat. Voluit enim teſtator, † & debuit conditionem 26
illam *ſi ſine liberis*,ad tempus mortis heredis grauati accommodare,ſi filius is eſſet,ſiue extraneus,vt heredi ſuo faueret. Et quidem duplici ratione, cogitans nimirum fieri poſſe, vt heres hic liberos ſuſciperet, quibus eam ipſam hereditatem, ſi vellet ex teſtamento aut ab inteſtato relinquere, prohibendus non eſſet, aut etiam, vt quãuis liberos ſuperſtites nullos relinqueret, extraneus tamen ille per fideicommiſſum ſubſtitutus præmoreretur,atque ita grauatus heres fideicommiſſi onere liberaretur, *l.Statius Florus 48. §. Cornelio Felici.D.de iur.fiſc.* At ſuſceptis ſemel liberis,nihil eſt propter quod moueri teſtator debeat ne purum faciat fideicommiſſum, ſi quod pro liberis facere velit: quia nunquam contra parentis votum capienda eſt ominoſa illa interpretatio, quæ non aliam rationem habeat,quàm quòd liberi ante patrem mori poſſint, vt eleganter Papinianus reſpondit in *l.cum tale 72.in princip. & §.1.D.de condit.& demonſtr.l.Iulianus 26.in fin.D.ſi quis omiſs.cauſ.teſt.* Præſertim cùm mortuo quoque filio ante patrem,ſiquidem ſuperſtitibus ex ſe liberis ad eos quoque eandem hereditatem peruenire poſſe æquum ſit,& ex aui ipſius voto *l.cum anus 102.D.de condit.& demonſtr.*Sin liberis nullis relictis, redeant bona illa ad patrem, à quo per fideicommiſſum abſceſſerant, ſic euenit vt nulla fiat iniuria patri,nulla voluntati teſtatoris,in eo, quòd tacitum huiuſmodi fideicommiſſum pro liberis in conditione poſitis purum conſtituatur, ſi nulla in eo ſit, quòd nullis fideicommiſſi verbis interuenientibus inducatur. Cúmque † conditionum omnium, quæ in futurum confe- 27
runtur, triplex natura ſit: quarundam quæ ad id tempus, quo teſtator adhuc viuat, aliarum, quæ ad id, quo iam ſit mortuus,nonnullarum etiam quæ ad alterutrum pertineant,conſtat eas quæ ſunt tertij huius generis, in quarum numero hæc vtique eſt,*ſi liberos ſuſceperit*,quãdocunque ſiue viuo ſiue mortuo teſtatore impleri poſſe, & impletas prodeſſe *l.conditionem 91.eod.tit.*Quo tamen

admiſſo.

qui huic ipsi heredi, si sine liberis decederet, fuerat per fideicommissum substitutus. Cùm enim non tantùm duo fideicommissa sint, sed etiam duo gradus fideicommissi, consequens est, vt nullo casu vterque admittatur, quemadmodum de duobus gradibus heredum Iulianus scribit in *l. cum in testamento 37. de hered. instit.* Et tamen
19 non eo minùs verum est, † posteriotis fideicommissi conditionem existere, grauatumque heredem qui liberos aliquando susceperit, iis tandem præmortuis sine liberis decesserit, *l. ex facto 17. §. si quis autem. D. ad SC. Trebell.* Cur ergo fideicommissum intercidet cuius conditio extiterit? An non prorsus absurdum est, vt ex fideicommisso expresso tacitum inducamus per quod destruatur expressum? An potiùs, ne id inueniat, fideicommissum aliud etiam tacitum, tertiumque inducemus, quo rogati intelligantur liberi vt purum illud fideicommissum à patre acceptum substituto restituant in eum casum quo patri præ decedant? At quid si rursum præmortuis liberis, substitutus quoque extraneus præmoriatur? Cur dicemus rogatos intelligi liberos, vt ei fideicommissum restituant, qui possit ipse nunquam admitti? An verò probabilius arbitrabimur, vt bona quæ ex priore fideicommisso à patre grauato ad liberos in conditione positos peruenerunt, postmodum ad patrem ab intestato recurrant, vt nouo secundi fideicommissi onere in fauorem extranei substituti patet prægnatur? Ista verò omnia quàm absurda sint, quis non videat? quis non fateatur? Nam si dicas huiusmodi absurdis omnibus viam præclusam iri, si fideicommissum
30 † quod interpretes tacite inducunt pro liberis in conditione positis, conditionale non purum esse admittamus: conditionem verò illius hanc esse, si filius, aliúlve, quisquis ille sit, heres grauatus sine liberis decesserit, vt mortis tempus proinde expectari oporteat: replicabo absurdius illud fore, si fideicommissum iam per se commentitium pro conditionali habeamus, nec tamen conditionis verba vlla proferemus, vt iam probauimus ex *l. vxorem 41. §. vlt. de legat. 3. l. Titia 86. de condit. & demonstr.* Itémque si conditionem fideicommissi ad mortis tempus referamus, de quo testator in hunc casum ita nihil dixerit. Nihil enim prohibet liberos in fideicommissi
31 conditione positos esse, † & ita tamen, vt non idcirco mortis tempus inspici oporteat, vt in specie *l. heredibus 77. D. ad SC. Trebell.* vbi cùm testator ita scripsisset, *Vosque liberi charissimi, hoc fideicommisso inuicem teneri volo, donec binos liberos educaueritis.* id est, *si binos liberos non educaueritis*: respondet Scæuola, fideicommissi onere liberatos esse heredes filij qui binos liberos procreauerat, licèt superstites eos non reliquisset, quia nimirum conditio in quâ positi erant liberi, sic concepta erat, vt de mortis tempore testatorem cogitasse dici non posset.
32 Sic & in specie, † *l. qui filium 74. in princip. eod. tit.* testatore, qui filium & filiam habebat, ad filiam ita locuto, *mando tibi non testari donec liberi tibi sint*, licèt imperatori placuerit, quod nulli prudentum placere potuisset, fideicommissum ex eiusmodi verbis induci, ac si rogata esset filia, vt si priùs moreretur quàm liberos susciperet, fratrem heredem faceret (quod ipsum ad fideicommissi causam sufficere Senatus voluit, *d. l. ex facto, in princip. eod. l. filiusfamilias 114. §. vt quis heredem de legat. 1.*) nemo tamen hucusque perinde dixit, filiæ liberos, quos negari non potest in conditione positos esse, ad fideicommissum aliquod tacitum inuitatos videri debere, siue matri superuixerint, siue prædecesserint: tametsi certum sit vtroque casu, & ex quo nati sunt, facere illos vt extinguatur fideicommissum fratri alioquin debitum à sorore. Quidni verò ita concepto fideicommisso, *restituito hereditatem Sempronio, si liberos nullos susceperit*, æquè dicemus relictum esse susceptis quandocunque liberis tacitum fideicommissum, ideóque purum, cum nulla mortis mentio facta sit, atque inducimus conditionale in casum & tempus mortis quoties sic concepta est conditio, *si sine liberis decesseris*? An non vtroque casu liberi positi sunt in conditione? An non vtroque casu, si interpretibus credimus, prælati sunt substituto, tanquam magis dilecti minùs dilecto? † Nam si dicas, 33
quod statim occurrit, fideicommissi verba illa fuisse, *mando tibi non testari donec liberi tibi sint*, ac proinde testatorem hoc ipso testandi facultatem permisisse videri in casum contrarium, quo liberi essent: quæ testandi facultas expressim data fideicommissi taciti coniecturam penitus excludit. In promptu responsio est, argumentum hoc à contrario sensu nihil aliud concludere, quàm vt in præiudicium fratris, quem alioqui sorori substitutum pater voluerat, posset illa testari: At non in præiudicium liberorum, si qui essent tempore mortis & conditi testamenti: quibus scilicet fideicommissum deberetur statim ex quo suscepti essent, non expectato tempore testamenti aut mortis: quemadmodum enim dubitandum non est, quin fideicommissum, quod ex eiusmodi verbis inductum Imperator voluit, finiatur statim atque filiæ nati sunt liberi, propter verba illa, quæ in eam rem sunt aperta, *donec liberi tibi sint*, vt & in *d. l. heredibus*, verba illa, *donec binos liberos educaueritis*, faciunt, vt educati liberi, quamuis prædefuncti efficiant deficere fideicommissum, ita & dicendum est, finito eo fideicommisso aliud incipere, si quod fauore liberorum induci possit, cùm Paulus scribat, placere Imperatori vt ea scripturæ sic accipiatur, ac si pater filiam rogasset vt hereditatem suam restitueret: nimirum si liberos nullos suscipieret. Ergo sicut in specie *d. l. qui filium*, nemo hucusque dixit liberos in conditione positos debere credi vocatos: Ita neque vocati videri debent in ea specie quam nos tractamus, cum quis hereditatem restituere rogatus est sub hac conditione, *si sine liberis moriatur*.

ERROR VII.

De hereditate delata monacho postea mortuo ante aditionem: An possit monasterium eam adire, vt etiam vulgari substituto præferatur.

SVMMARIA.

1 Error quæstionis, *An hereditas delata monacho, sine eius facto (puta monacho ante aditionem mortuo, aut repudiante) acquiratur monasterio.*

2 *Sententia Iulij Clari propositâ quæstione.*

3 *Sententia Bartoli distinguentis casum quo repudiat monachus ab eo quod decedit ante aditam hereditatem, vt illo admittatur monasterium, hoc non item.*

4 *Ratio decidendi Bartoli, quod monachus sit similis filiofam. quo nolente adire pater admittitur, mortuo vero ante hereditatem aditam excluditur.*

5 *Ius nouum à Iustiniano contra rationem inductum l. vlt. C. de bon. quæ liber.*

6 *Monachus non habet velle aut nolle, non rerum dominium, aut administrationem, nec sibi sed monasterio acquirit.*

7 *Seruus omnia acquirit domino etiam inuito, nec ipsi meri facti voluntatem habet.*

8 *Seruus magis habet necesse parere domino, quàm monachus prælato.*

9 *Monachus eam habet voluntatem quæ est meri facti.*

10 *Qui iussu patris aut domini hereditatem adit, fallens nihil agit.*

11 *Monachus cur non possit adire hereditatem sine superioris auctoritate.*

12 *Seruus ex cuius personâ habeat testamenti factionem.*

13 *Factum*

13 *Factum ſerui requiritur in adeunda vt per eum acquiratur hereditas ei cuius contemplatione inſtitutus eſt.*
14 *Monachum ſine aditione monaſterio hereditatem non acquirere.*
15 *Exceptio ſuperioris pronuntiati.*
16 *Filiofam. repudiante, an poſſit pater hereditatem adire & ſibi acquirere.*
17 *Monachus an rectiùs filiofam. comparetur, vt vult Bartolus, quàm ſeruo.*
18 *Filiusfam. & iure veteri & multò magis nouo capax eſt acquiſitionis.*
19 *Filiusf. non ſibi ſed patri acquirit adeunda hereditatem contemplatione patris ſibi relictam.*
20 *Monachus eſt acquiſitionis omnino incapax, in quo eſt ſeruo ſimilis.*
21 *Inſtituto monacho, ſemper monaſterij contemplatione inſtitutus præſumitur.*
22 *In ijs, qua pertinent ad peculium profectitium, nihil innouauit Iuſtinianus.*
23 *Peculium profectitium quid.*
24 *Sequacium Bartoli reſponſio exploditur.*
25 *Pater ſine filio acquirere ſibi non poteſt hereditatem filio delatam.*
26 *Color æquitatis non ſufficit, vt ea inducantur, quæ iuri explorato repugnant.*
27 *Ratio Ripæ quâ ineptè adſtruitur eum adire qui expreſſim repudiat.*
28 *Eius eſt adire teſtamentariam hereditatem, cui ex teſtamento delata fuit hereditas per legem.*
29 *Eſſe heredem iuris eſt, eſſe inſtitutum facti.*
30 *Quæ ſunt facti in alium tranſire non poſſunt.*
31 *Heres inſtitutus cur locupletior factus non cenſeatur, priuſquam hereditatem adierit.*
32 *Ius monaſterij non ledi per monachum inſtitutum & adire recuſantem contra Bartoli aſſeclas.*
33 *Creditor non poteſt conqueri de debitore delatam ſibi hereditatem adire nolente, ex quâ ſuum conſequatur.*
34 *Facto opus eſt ad acquirendam hereditatem.*
35 *Religioſa res eſt iuriſprudentia, vt proinde non ſit temere violanda.*
36 *Conditio vulgaris ſubſtitutionis* Si inſtitutus heres non erit, *quando exiſtat.*
37 *Monachus quandiu adire poſſit.*
38 *Diſtinguentium, an monachus ante aditam hereditatem mortuus ſibi hereditatem delatam, an ignorauerit ſententia exploſa.*
39 *Sine ſcientiâ nulla eſt aditio.*
40 *Hereditas delata non acquiritur aditione.*

1 TRactatur hæc quæſtio † ab vtriuſque iuris interpretibus maxima, non tantùm contentione, ſed etiam opinionum diſſenſione, vt inter cæteros atteſtatur Iulius Clarus in §. *Teſtamentum q.* 30. vbi ait periculoſam eſſe quæſtionẽ propter tam multa & tã magna argumẽta quç in vtrãque partem afferũtur: Canoniſtis defendentibus hereditatẽ, in qua Monachus ſit inſtitutus, ipſi monaſterio rectè delatam intelligi, vt nullo facto Monachi opus ſit ad eam acquirendam: quam opinionem ſequitur etiam Couarruuias ad *ca.* 1. *num.* 21. *De teſtam.* Legiſtis contrà affirmantibus factum Monachi eſſe neceſſarium, nec niſi eo adeunte hereditatem, Monaſterio acquiri poſſe. Ex qua diſſenſione illa non dubitant Canoniſtæ quin hereditas nihilominus tranſmittatur ad monaſterium in eáque monaſterium ſubſtituto præferatur: indéque diſputant an monaſterium, an verò ſolus Abbas adire poſſit: Legiſtæ verò vtroque caſu excludunt monaſterium, & conſequenter admittunt vulgarem ſubſtitutum. Illam autem quæſtionem, vtrum monaſterium an Abbas adire poſſit, planè otioſam & ineptam arbitrantur. Neque verò facilè poteſt † Clarus decernere vtra opinio 2
præualere debeat, ſed in id tandem incidit, vt putet Canoniſtarum opinionem ſequendam eſſe in foro Eccleſiaſtico, Legiſtarum verò in foro ſæculari. Video tamen Bartolum † diſtinguentem ad *l.* 1. *num.* 23. *& ſeq. D. de vulg. & pup. ſubſ.* An monachus repudiauerit, an verò deceſſerit ante aditam hereditatẽ. Monacho ante aditam hereditatem mortuo, negat monaſterium admitti, quia nec pater admitteretur ante aditionem defuncto filiofamiliâs extra caſum, *l. ſi infanti* 18. *C. de iure delibe.* id eſt, præterquam ſi filius familiâs infans proponeretur. Monacho verò repudiante, vult admitti monaſterium, quia, inquit, & pater admitteretur filiofamiliâs repudiante ex *l. vltim.* §. *fin. autem in ſecunda & ſequentib. Cod. de bon. quæ lib.* Concludit enim † Bartolus *ad d. l.* 1. *nu.* 21. Monachum qui, 4
quòd in Monaſterij iure ac poteſtate ſit, filiofamiliâs aut ſeruo æquiparandus videatur, in hoc tamen magis eſſe ſimilem filio quàm ſeruo, & Monachalem, vt inquit ipſe, ſubiectionem magis eſſe filialem, quàm ſeruilem. Si eſſet comparandus ſeruo, repudiario ipſius noceret monaſterio, & prodeſſet ſubſtituto. Nam id in ſeruo nolente adire, & cui vulgaris ſubſtitutus datus fuit nominatim, conſtitutum eſt vt eius repudiatio faciat ſubſtituto locum in *l.* 3. *C. de hered. inſtit.* Nec aliud iuris in filiofamilias olim fuiſſe credendum eſt. Sed vt hodie aliud eſſe Bartolus credidetit, & poſt eum ceteri, fecit † 5
bona conſtitutio Iuſtiniani in *d. l. vlt. de bon. quæ lib.* qua inductum eſt contra omnem planè iuris rationem, vt filiofamilias nolente adire eam hereditatem in qua fuerat ipſe inſtitutus, liceat patri adire, per ſe, eámque hereditatem ſibi acquitere, ac ſi fuiſſet ipſe ab initio inſtitutus. Ego verò non poſſum ſatis mirari cur putent noſtri tam difficilem & periculoſam eſſe hanc quæſtionem, de qua ſi veram Iuriſprudentiam conſulamus, ne minimam quidem, niſi me valdè fallo, dubitandi rationem inuenietmus. Eſto enim quod volunt Canoniſtæ, † 6
Monachũ neque habere velle, neque nolle, ſed ex imperio ſui ſuperioris ac prælati pẽdere: *Can. nolo. & can. non dicatis.* 12. q. 1. *ſi religioſus. De elect. in* 6. nullum rerum dominium eſſe penes Monachum, nullámque adminiſtrationem. §. *illud. Nou. de Monachis.* non ſibi eum, ſed monaſterio acquirere. *c. ſtatutũ.* 18. q 1. Denique ſolius Monaſterij contemplatione in dubio relictum præſumi quidquid Monacho relinquitur: *cap. requiſiuiſti De teſtam.* (nam nec dubitari poteſt quin hæc omnia vera ſint) quænam tamen cauſa eſt, cur ex eo Canoniſtæ inferant monaſterio hereditatem acquiri poſſe nullo facto Monachi intercedente? Aut cur non liceat nobis de ſeruo dicere, non eſſe aditionem ipſius neceſſariam, vt hereditas, quæ ipſi inſtituto delata fuit, domino acquiratur, contrà quam ſcriptum ſit in *d. l.* 3. *C. de hered. inſtit.* Nam & ſimiliter verum eſt nihil poſſe † ſeruum 7
ſibi acquirere aut proprium habere, ſed acquirere omnia domino, etiam inuito, *l. etiam.* 32. *D. de acq. rer. l. ſeruus vetante* 62. *D. de verb. oblig.* neque voluntatem vllam habere intelligi, niſi quæ ſit meri facti, cùm non minus neceſſe habeat parere domino, † quàm Mona- 8
chus Prælato, imò multo magis, quia etiamſi quid improbum per ſe ac malum ei imperetur, parere tamen cogitur: ideóque à pœna excuſatur, præterquam ſi tale factum ſit quod in ſe habebat atrocitatem facinoris *l. is qui puteum.* 11. §. *an ignoſcitur. D. quod vi aut clam l. ſeruus.* 20. *D. de oblig. & rel.* cùm tamen Prælato mala & improba iubente non cogatur Monachus obedire. Sed & in iis quæ iuſta ſunt & bene imperata, non poteſt negari quin etiam Monachus hãc voluntatẽ retineat quæ eſt facti, & qualem ſeruus quoque habet: alioqui neque obedientiæ votum violare, neque damnationem æternã demereri Monachus vnquam poſſet, ſi volũtatem nullã haberet. Cur enim damnatur quiſquis vnquam ex Monachis niſi quia vult peccare, cum non vult obedire?

Habet

Habet igitur † Monachus & voluntatem, & noluntatem illam quæ eſt metu facti, & quæ tamen vlque adeò requiritur in additione, cùm etiam cùm filius, aut ſeruus patri aut domino acquirit hereditatem, vt ſi filius, aut ſeruus
10 iuſſu patris aut domini † adeat quidem hereditatem, ſed fallens, id eſt, non habens illam adeundi voluntatem quam fingit ſe habere, nihil agat. *l. qui aliena. 6. §. vltim. ad l. cum qui metu verborum. D. de acquir. hered.* Illud
11 vtique non nego Monachum † heredem inſtitutum non poſſe adire hereditatem, niſi cum authoritate & conſenſu ſuperioris, in quo omnes conſentiunt. Sed nego id fieri eo quod nullam habeat voluntatẽ, vt malè nonnulli putarint ex eo potiùs, quòd cùm Monachus acquirat omnia monaſterio, ſi poſſet adire ſine authoritate ſuperioris, monaſterium heredem faceret, atque ita ipſum oneribus hereditariis inuitum & ignorans obligaret: quod eſſet iniquum, vt de omnibus qui in aliena poteſtate ſunt, ſcriptum eſt in *d. l. qui in aliena. in prin.* Nec rurſus ad rem facit quòd quoties Monachus inſtituitur, non niſi monaſterij contemplatione in dubio inſtitutus
12 intelligitur. Nã & idem in ſeruo dici poteſt; † qui neque vllam teſtamenti factionem ex perſona propria habere poteſt, ſed tantùm ex perſona illius, cuius contemplatione ipſe heres inſtituitur, ſi dominus ille ſit & proprietarius, ſiue vſufructarius, *l. non minus. 31. D. hered. inſtit. & l. ſi ſeru. 21. & ſeq. D. vſufr.* & tamen non eo
13 minus factum † ſerui in adeundo neceſſarium eſt, vt per eum acquiratur hereditas ei, cuius contemplatione inſtitutus fuit. Idem igitur in Monacho dicendum eſt, †
14 vt ſine additionenõ poſſit monaſterio acquirere hereditatem. Et ſanè quid abſurdius eſt, quàm vt qui in aliena eſt poteſtate, aut alio modo heredẽ alium faciat, quàm quo poſſet ipſe fieri heres, ſi eſſet ſui iuris; Atqui ſi eſſet ſui iuris, non fieret heres, niſi adeundo, præterquàm ſi ſuus & neceſſarius heres proponeretur. Ergo ſi vel filius familias, vel ſeruus, vel monachus ſit, heredem alium facere non poterit niſi adeundo, præterquàm ſi agas de
15 hereditate, † quæ ipſi tanquam ſuo & neceſſario heredi deferatur. Hanc enim certum eſt ipſo iure acquiri, & citra vllam additionem, vt per filium poſſit interdum fieri heres pater, & quidem neceſſarius qui fuerat exheredatus, vt in *d. l. qui in aliena. 6. §. interdum D. de acq. hered.* idque ſicut in ſeruo expeditũ eſt, & ſine dubitatione, ita & in monacho ab omnibus admitteretur, niſi illi qui pro monaſterio reſpõdent, perſuaſum ſibi haberent, monachu filio familiàs potiùs quàm ſeruo æquiparandum eſſe.
16 † Nam in filiofamiliàs diuerſum ius eſſe putant, vt non ſolũm adeundo, ſed etiam repudiando poſſit heredem facere patrem: imò nonniſi repudiando, cùm ſi adeat, licèt conſentiente, adeóque iubente patre, fiat heres ipſe, nec faciat patrem heredem: non quidem ſi veram iuris rationẽ inſpicias, ſed ſi ius nouum intueare, quod induxit Iuſtinianus in l. vltima, & in l. *cùm oportet 6. C. de bonis quæ liberis*, vbi fecit non ſolùm vt filius familiàs ab extraneo heres inſtitutus, dummodò non contemplatione patris poſſit adeundo ſibi hereditatem acquirere, quantum ad proprietatem, ſaluo patri ſolo vſufructu: ſed etiam vt filio familiàs nolente adire iuſſu patris, liceat ipſi patri perinde adire ſuo nomine & commodo, nec tantùm vſumfructum, verum etiam proprietatẽ ſibi acquirere ac ſi ſolus ipſe ab initio fuiſſet inſtitutus. Videamus tamen ne hæc ratiocinatio duplici errore labefactetur: Vnus ille eſt, quòd iſti Bartolum ſecuti, putant vſque adeo producendam & extendendam eſſe Iuſtiniani conſtitutionem, vt pater præferri debeat vulgari ſubſtituto, cùm hoc ſolo colore aut exemplo moueantur: vt pro monaſterio itidem contra ſubſtitutum reſpondeant: quod ipſum tamen quàm falſum ſit, docebimus in errorem ſeptimum Decadis trigeſimæ tertiæ. Alter in eo eſt,
17 quòd volunt Monachum filio familiàs comparandum eſſe potiùs, quàm ſeruo, quod æquè falſum eſt. † Etſi enim fateor non illibenter, quod vult Bartolus, ſubiectionem Monachalem eſſe filialem potius quàm ſeruilem, cùm ſit ſubiectio in Domino, qui pro diuina ſua bonitate nos omnes pro filiis habet, non pro ſeruis, quantum tamen ad cauſam acquirendi pertinet, non poteſt dubitari quin Monachus ſeruo rectiùs quàm filio familiàs comparetur, cùm ſit ille omnino incapax acquiſitionis, quomodo & ſeruus, adeo vt nec monaſterio, vel Abbate conſentiente poſſit proprium quidquam habere, non magis quam ſeruus, niſi eo prorſus modo, quo etiam ſeruus dicitur impropriè habere, nimirum conniuentibus domini oculis conniuentis, quod nec facere, nec permittere poteſt. † At
18 filius familiàs ſemper fuit capax acquiſitionis inſpecto etiã iure vetere, eo ſcilicet demum caſu, quo pater ſibi per filium acquiri nollet. Hodie verò hoc ampliùs capax eſt acquirendi ſibi, etiam inuito patre, niſi cum † heres
19 inſtitutus fuit, aut aliquid ei relictum ipſius patris contẽplatione. Hæc enim diſtinctio non minùs hodie neceſſaria eſt, quàm olim fuit in iis omnibus quæ filiofamiliàs relinquuntur, An patris, an filij contemplatione relicta ſunt, *l. filio familias 42. D. de cond. & demonſtr.* quæ diſtinctio in ſeruũ ideò cadere non poteſt, quia eſt omninò incapax acquiſitionis. An verò in Monachũ †
20 cadere magis poterit, quàm in ſeruum? Nullo modo: quia etſi vellet quis monachum inſtituere, ipſius, non monaſterij contemplatione, nihil tamen ageret, quando nihilo magis Monachum acquiſitionis capacem facere poſſet, nec ſi monaſterium, vt dixi, conſentiret: Cui conſequens eſt, vt quemadmodum inſtituto ſeruo, indiſtinctè verum eſt fuiſſe illum inſtitutum contemplatione domini, nec tantùm in dubio, † ſed etiam præcisè
21 & abſolutè, niſi cum vel plures ſunt domini, vel vnus proprietarius, & alter fructuarius: vt in *dicta l. ſi ſeruus* ita & inſtituto Monacho, qui nec plurium monaſteriorũ Monachus, nec in cuiuſquam vſufructu eſſe poteſt, abſolute & neceſſariò dicendum ſit, fuiſſe Monachum monaſterij contemplatione inſtitutum, cum prorſus neceſſe ſit vel monaſterio acquiri, quod Monacho relictum eſt, vel nulli. Ex quo illud etiam ſequitur, vt etiamſi quis admitterer, quod nunquam admittam, filio familiàs magis, quàm ſeruo æquiparari Monachum debere, non alij tamen filiofamiliàs eſſet comparandus, quàm ei qui patris contemplatione fuiſſet inſtitutus. Atqui fatentur omnes interpretes, & verè in eo filiofamiliàs †
22 qui patris ſui contemplatione fuit inſtitutus, nihil à Iuſtiniano innouatum eſſe, vt nec in cæteris quæ ad profectitij peculij caſum pertinent: (quippe quæ non minus hodie patri per filium pleno iure acquirantur, atque olim acquirebantur. Habent enim pro peculio †
23 profectitio non tantùm id omne quod profectum eſt à patre in filium, ſed etiam ſi quid ab extraneo relictum ſit filio contemplatione aut occaſione patris, *l. ſed ſi plures 10. §. in adrogato. D. de vulgari & pupillari ſubſtitutione.* Ergo etiam retenta mala illa comparatione & Monachi & filiifamiliàs, qua ſola Bartolus mouetur, adhuc verum eſt, hereditatem Monacho delatam non poſſe acquiri monaſterio, niſi facto & additione Monachi intercedente. Neque verò habent quod ad hoc reſpondeant † qui hodie Bartolum ſequuntur, niſi quod co-
24 guntur abſurdius dicere, Monachum non rectè filiofamiliàs aut ſeruo comparari, quia neque libertatem amittat, neque patrem nanciſcatur, ſed prælatum & ſuperiorem. Quæ tamen ratio nihil aliud concludit, quàm quod admittam libentiſſimè, Monachum reuera neque filiumfamiliàs eſſe, neque ſeruum, ſed, non facit ea res quominus bene cõparetur ſeruo quantũ ad cauſam acquiſitionis, cùm cætera omnia inter eos ſint ſimilia, niſi quòd neq; ſeruus Monachus eſt, neque Monachus ſeruus. Sunt autem iſti mehercule ſuaues, cùm interrogati, qua ergo ratione velint monaſterio acquiri hereditatem Monacho delatam ſine vlla additione, ſi filiifamiliàs &

Monachi comparationem reiiciant. Reſpondent, non ea ſe niti comparatione, neque turſum Iuſtiniani conſtitutione in *l. vltima. C. de bonis quæ liberis*, quæ non de Monacho, ſed de filiofamilias loquitur, verùm ea iuris ratione, qua nititur conſtitutio de filiofamilias hereditatem adire recuſante, nimirùm quòd factum filij, qui patri ſubiectus eſt, non debeat iuribus patris præiudicare, nec emolumenti acquiſitionem ei impedire, cùm tamen ea ratio niti poſſit, vt patre adeunte, nullum ipſe filius præiudicium aut damnum ſentiat. Quaſi verò quod à Iuſtiniano conſtitutum eſt in *d. l. vlt.* fit ex aliqua iuris ratione, ac non potius ab omni ea iuriſprudentia, quæ prudentum veterum fuit, omninò alienum. Cùm ergo neque iuris ratio vlla faciat pro Monaſterio, præſertim contra vulgarem ſubſtitutum, neque vlla lex aut conſtitutio ſiue Iuſtiniani, ſiue alterius Imperatoris qui authoritatem habuerit noui iuris conſtituendi, quid aliud ſupereſt, quod dicant iſti, qui pro monaſterio contra ſubſtitutum reſpondent, niſi quod agunt Imperatorem, imò plus quàm Imperatorẽ, qui ſine ratione, ſine lege & ſine exẽplo id noui iuris inducũt in Monacho & monaſterio, cui iuri ſimile nihil vſpiã inueniatur? Nam nec æquitas illa quam iſti pro iuris ratione adferunt, facere
25 poſſet † vt hereditatẽ filiofamiliãs patris contẽplatione delatã poſſet pater ſibi acquirere, filio ipſo recusãte adire, quia, vt dictũ eſt, ea hereditas filio relicta contẽplatione patris eſſet peculij profectitij, in quo nihil innouatũ voluit Iuſtinianus, & in quo ius vetus tale fuiſſe cõſtat, vt nõ magis pater ſine filio acquirere ſibi poſſet hereditatẽ filio delatam, quàm dominus ſine ſeruo. *l. 55. qui heres. 13. § vltimo. l. ſi quis mihi bona 25. §. inſſum. l. placet. 79. D. de acquirend. hered.* Tametſi nemo dixerit minorẽ eſſe æquitatem ſuccurrendi patri, cuius filius contemplatione patris inſtitutus eſt, quàm ſi non contemplatione patris inſtitutus eſſet. Minùs namque iniurioſum patri foret, quòd ei noceret repudiatio filij qui propter ſeipſum fuiſſet inſtitutus, quàm illius, qui propter patrem. Cur ergo non permittimus patri, vt filio recuſante adeat hereditatem, quæ ipſi filio fuerat patris contemplatione? Nimirum quia nulla de eo lex data eſt quæ iuris rationem abroget, iuris autem ratio repugnet. Nec
26 ſufficit vt neſcio quis commentitius color † æquitatis faciat pro patre ad inducenda ea per quæ iuriſprudentia, tota peruertatur, nedum violetur, aut vt cuilibet liceat in quacunque quæſtione abuti ea ſententia qua vſus eſt commodatiſſimè iureconſultus, *in l. ſecunda. item Varus. D. de aqua pluuia arcenda. Hac æquitas ſuggerit, tametſi iure deficiamur.* Alioquin obſecro, quid erit certi & explorati in toto iure noſtro, aut quod ab iſtiuſmodi æquitatis cerebrinæ audacia poſſit vel Papinianus ipſe rediuiuus vindicare? Nihil prorſus. Non igitur audiendi ſunt iſti qui contra iuris rationem manifeſtam, & ſine authoritate vlla ſiue Pontificiæ, ſiue ciuilis conſtitutionis pro monaſterio, reſpondẽt, vt hereditatem, in qua non monaſterium, ſed Monachus ſcriptus fuit, poſſit monaſterium per ſe, & ſine Monacho adire, adeò vt, vulgari ſubſtituto ſit præferendum, ſiue Monachus viuat, necdum repudiauerit, ſiue iam repudiauerit, ſiue denique defunctus ſit. Qui tres tãtùm caſus ſunt in quibus poteſt eſſe locus quæſtioni: Illa verò ratio in qua ſibi
27 placent, nonnulli poſt Ripam † ad *legem primam, numero. 150. & ſequentibus, de vulgari & pupillari ſubſtituto* quòd Monachus ſit pars monaſterij, ſuámque voluntatem in monaſterium tranſtulerit, vt proinde tum quoque, cùm recuſante Monacho monaſterium adit, videatur nihilominus ipſe Monachus adire ratione maioris partis habita, & communis conſilij ac voluntatis Monachorum: Neſcio an eam nimis ſubtilem, an nimis ineptam debeam dicere. Quid enim ſtultius quàm fictioni tribuere, vt pro adeunte habeatur ille quem ponimus expreſſim repudiare; Quid hoc aliud eſt, quàm facere vt imagine veritas ipſa & natura adumbretur? Quod tamen fieri debere negat Papinianus in *l. filio. 23. D. de lib. & poſth.* At neque verum eſt Monachum transferre in monaſterium ſuam illam voluntatem, quam nos ſupra diximus eſſe facti, & neceſſariò requiri ad adeundũ. Quanquam nec hoc ſufficeret niſi probaretur etiam tranſtuliſſe propriam inſtitutionem. Eius enim †
28 eſt adire teſtamentariam hereditatem cui ex teſtamento delata fuit hereditas per legẽ, *l. delata 151. De verb. ſign.* Nõ alij autẽ à lege defertur ex teſtamẽto quã ei qui fuit inſtitutus, cùm facto teſtamento exiſtimet ad ſuũ officiũ pertinere vt teſtatoris voluntatem ſubſequatur. Potiò verum eſt in ea ſpecie quam tractamus non Monaſterium, ſed Monachum inſtitutũ fuiſſe, nec fieri vllo modo poteſt vt hoc ipſo monaſterium inſtitutum videatur, quoniam, eſſe quidem heredẽ † iuris eſt: ideóque facere
29 poteſt ius vt per aliũ quis heres fiat, quemadmodũ euenit in filiofamiliãs & ſeruo: At eſſe inſtitutum, facti eſt non iuris. Quæ autẽ ſunt facti, † nec ſolent, nec poſſunt
30 in alium tranſire, ſiue dominus ille ſit, ſiue pater *l. Manius 44. ff. De cond. & demõſtr.* Neque igitur in monaſterium tranſire poteſt, & ob id nimirum dicitur hereditas deferri Monacho, non monaſterio, in *l. Deo nobis. §. 1. C. de epiſc. & cleric.* Indeque etiam illud eſt quod ſcribit Iureconſultus in *l. pretia rerum. 93. D. ad leg. falcid.* † eum qui heres inſtitutus eſt, non idcirco faciũm eſſe lo-
31 cupletiorem priuſquam hereditatem adierit. Non enim rationem illam hoc habet, quòd ius adeundi non ſit in bonis inſtituti vt vulgò creditur (quomodo enim poſſet adeundo ſibi hereditatem acquirere is, qui ius ipſum adeundi in bonis nunquam habuiſſet, aut quomodo fieri poteſt vt quis habeat ius adeundi, nec habeat in bonis ſuis;) ſed quia ius adeundi nullius vtilitatis eſt, niſi ſecuta demum aditione per eum ipſum qui ius habet adeundi, cùm in alium transfern nullo caſu nulloque modo poſſit. Secuta verò aditione, non iam de iure adeundi tractandum eſt, ſed de hereditate ipſa adita, cuius aditio ſemper acquiſitio eſt. Non igitur locupletior factus videri poteſt is qui adeundi ius habet, ſed is demum qui adiit. Quod cùm ita ſit, multò abſurdius eſt dicere locupletius factũ eſſe monaſteriũ, ob id ſolũ, quod Monachus fuerit inſtitutus, quãdiu aditio non eſt ſubſecuta vt ratiocinatur Paulus circa perſonas ſerui heredis inſtituti dominicę; ipſius in *d. l. pretia.* Ex eóque ſumi etiam poteſt reſponſio ad æquitatem illam cõmentitiam, qua diximus moueri hodie illos qui ex recentioribus Bartoli ſententiam defendunt. † Eſſet enim iniquum lædi ius patris per filiũ, ius domini per ſeruũ, ius
32 monaſterij per Monachum heredem inſtitutum, & recuſantem adire, ſi ex eo iure adeundi quod habet filius, vel ſeruus, vel Monachus, pater ipſe, aut dominus aut monaſterium iam aliquid acquiſitum habere intelligeretur. Sed cùm non ſolùm pater ipſe non intelligatur factus locupletior antequam filius adierit, nec dominus antequam ſeruus, nec ſimiliter monaſterium antequam Monachus: at neque filius ipſe, vel ſeruus, vel Monachus heres inſtitutus, & cui lex tribuit ius adeundi, nihil certè cauſſæ eſt cur conqueratur pater ſibi aliquã iniuriam fieri per filiũ, aut dominus per ſeruum, aut monaſteriũ per Monachũ adire recuſantem, quia non lædit alium is, qui acquirendi occaſionẽ amittit, niſi per conſequentias, quæ hac in re attendi non debent: Ita vt
33 nec † creditores ipſi, qui fauorabiliores eſſe ſolent, propterea quòd certant de damno vitando, vllam tamen iuſtam cauſam conquerendi habeant aduerſus debitorem qui delatam ſibi hereditatem adire noluit, licèt eo animo, vt creditores ſuos damno adficeret, qui alioqui ex eiuſmodi hereditatis aditione ſuum conſequi potuiſſent *l. quod autem. d. §. 1. D. quæ in fraud. cred.* & tamen nemo neſcit edictum illud prætoris, *De reuocandis iis quæ in fraudem creditorum geſta ſunt*, niſi potiſſimùm æquitate, vt & cæteras omnes edicti partes. Fruſtrà igitur faciunt, qui negatoriam iſtam æquitatem implorant

contra

contra rationem iuris, vt faueant monasterio aduersus substitutum. Nam quemadmodum heredis institutio est
34 facti, vt diximus: † ita facto opus necessariò est ad acquirendam hereditatem. Et, vt ait Iulianus in l. *ei qui.* 13. *D. de cond. instit.* non potest acquiri hereditas, nisi id egerit scriptus heres, per quod acquiri hereditas solet, id est, nisi hereditatem adierit, vel se gesserit pro herede, quibus duobus modis declaratur animus acquirendæ hereditatis. At inquiunt, ea potius sequenda sententia est, quæ religioni fauet, cùm ipsi quoque Ethnici scripserint summam esse rationem quæ religioni fauet. *l. sunt personæ* 43. *D. de relig. & sumpt. fun.* Ego verò, si dubia res esset, aut si religionis fauor aliquis, aut periculum in eo versaretur, libentissimè, vt decet, pro religione responderem. Sed non video, quis in eo sit fauor religionis, vt hereditas monacho delata acquiratur monasterio citra monachi aditionem, an verò facto aliquo monachi opus sit & aditione. Videtur autem mihi, semperque visa
35 † est religiosiores, iurisprudentia, quam ideò ab illis qui religioni, vt par est, fauent, non tam irreligiosè tractari conuenit, vt imperito cuique liberum sit eam violare. Sum ego certè religiosior, quàm vt id facile ferre possim, si modò is essem, cui liceret iurisprudentiæ dignitatem aut illæsam tueri, aut læsam vindicare. Iuris porrò rationem in proposita specie facere, vt substitutus vulgaris monasterio præferendus sit omni casu, quo monachus heres institutus desierit velle, aut posse adire, puto ex iis satis constare quæ hoc capite scripsimus, si ea præsertim iungis quæ pro substituto vulgari, non minùs contra Bartolum, quàm contra patrem disputabimus in Errorem 7. Decadis 32. Quorum omnium summa illa est,
36 quòd † conditio illa vulgaris substitutionis *si instituens heres non erit*, proculdubio existit monacho repudiante, aut ante aditam hereditatem decedente, quia semper verum est, extraneum institutum (de hoc enim agimus, qui non adierit, nec adire amplius possit) neque heredem esse, neque adire amplius posse. Adiicio, *nec adire amplius potest*, quia quamdiu in eo est institutus, vt adire possit non sit locus substituto. Potest autem adire monachus,
37 † non solùm quandiu non repudiauerit, sed etiam post repudiationem, si contra vel citra monasterij, hoc est, superioris sui voluntatem repudiauerit, quia repudiationem illam monasterio nocere æquum non est, quomodo nec filij familiâs nec seruus repudiando nocet patri aut domino, quominus, ille filius aut seruus, qui solus repudiauit, adhuc adire iubente quandocunque patre vel domino, si modo velit adire. Si enim perseueret nolle, interim excludetur pater, excludetur dominus, excludetur monasterium, neque tamen substitutus admittetur, quandiu poterat adhuc adiri hereditas ex institutione. Hæc quanquam sufficere poterant, vt tota hæc quæstio, satis diligenter tractata videretur, cogor tamen addere meam videri mihi, parumque probabilem illorum opi-
38 nionem, qui in hac ipsa quæstione † de monacho ante aditam hereditatem defuncto, distinguunt, An monachus ignorauerit delatam sibi fuisse hereditatem, an verò sciuerit: vt, si ignorauerit, nihil monasterio noceat, quòd viuente monacho adita non fuerit, sed ad monasterium pertineat, non tanquam transmissa, verùm tanquam ei acquisita ipso monacho adhuc viuente. Si verò sciuit, & ante aditionem intra annum decesserit, monasterio annale tempus concedatur: post annum verò, illo defuncto, monasterium excludatur, *ex l. cùm antiquorib.* 19. *C. de iure delib.* saluo ipsi auxilio in integrum restitutionis intra quadriennium, *ex cap.* 1. *de restit. in integr. innct. cap.* 1. *eod. tit. in* 6. Quæro enim, cùm Monachus ignorauit delatam sibi fuisse hereditatem, cur eò magis videri debeat hereditas monasterio acquisita, quàm si Monachus sciuisset? An fortè facilius est in extraneo herede vt ignorans fiat heres, aliúmve faciat heredem quàm sciens? At si è contrario Monachi necessaria est aditio, vt probauimus, quantò magis necessaria erit ipsius scientia, † sine quo nec aditio vlla esse potest? 39
Rursus, cùm iidem aiunt, Omnia iura Monachi acquiri monasterio, & consequenter etiam hereditatem Monacho delatam, quæro ab iis, quænam ista consecutio sit? An forte hereditas quæ Monacho delata solum, necdum acquisita fuit, potest computari in numero siue bonorũ, siue iurium, quæ Monachus in monasterium transtulerit, religionem profitendo? Aut quænam ratio est, vt hereditas monacho delata, prius aut facilius acquiratur monasterio per monachum, quàm ipsi monacho acquiri potuisset si sui iuris fuisset? Atqui non ob id solùm, quòd monacho delata fuisset, eam sibi Monachus acquisiuisset, † nisi secuta demum aditione. Ergo neque mo- 40
nasterio per monachum acquisita dici potest ob id tantùm quòd fuerit delata. Præterea quod addunt de iure deliberandi *ex d. l. cum antiquoribus*, quid obsecro commune habet cum verbis aut sensu illius constitutionis? Siquidem id agit constitutio, vt ius deliberandi, quod defuncto competit, transmittatur intra annum ad eos duntaxat, qui sint heredes transmittentis. In quo genere monasterium esse, nec quisquam adhuc dixit, nec isti ipsi audent affirmare. Postremò quod addunt etiam post annum defuncto monacho saluum esse monasterio intra quadriennium restitutionis auxilium: plane non video quâ ratione verum esse possit. Nam etiamsi monasterium heredis iure censeri posset: non alia tamen restitutio ei competeret, quàm quæ defuncto competisset. Ne plus iuris tribuamus heredi: quàm defuncto. *l. Pannonius* 86. *D. de acq. hered. l.* 1. *C. de restit. milit.* Atqui nulla restitutio potuit competere monacho quamdiu vixit, qui liberum habuit adire quandocunque monasterij prælato iubente: ergo nec post ipsius mortem restitutio vlla monasterio competere poterit. Neque verò ad hunc casum potest vllo modo accommodari quod scriptum est in *d. l. Pannonius & in l. cum quidam* 30. *in pr. eod. tit.* D. *de acq. hered.* vt constabit ex iis, si legentur, quæ scripsimus 14. coniect. cap. 1.

ERROR VIII.

De impensis in alienam rem factis, siue à bonæ fidei possessore, siue à prædone.

SVMMARIA.

1 *Periculosiores sunt errores qui in foro, quàm qui in schola innalescunt.*
2 *Qui in alieno solo ex suâ materiâ edificat, materiæ dominium amittit, & vindicationem, quæ domino soli competere incipit.*
3 *Exceptio doli aduersus dominum soli edificium vindicantem domino materiæ competit, si hic fuerit bonæ fidei possessor, nec ille impendia in ædificium facta offerat.*
4 *In dolo est, nedum in culpâ qui in solo quod alienum esse nouit, temerè ædificat.*
5 *Exceptio doli cur inducta.*
6 *Prima limitatio pronuntiati propositi num. 3. si nempè nulla aut inæqualis tantùm fieri possit sumptuum cum fructibus à bonæ fidei possessore perceptis compensatio.*
7 *Qui fructus percepti à bonæ fidei possessore veniant in vindicationem.*
8 *Compensantur multa quæ peti non possunt.*
9 *Actionis & compensationis differentia.*
10 *Limitatio 2. pronunciati allegati n. 3. si dominus soli habeat vnde sumptus possit refundere.*
11 *Sepulchra vendi non possunt sine bonorum vniuersitate.*
12 *Possessori bonæ fidei quando & quatenus liceat tollere ædificium, quod in alieno solo exstruxit.*

13 *Casus quo bonæ fidei possessor non potest deducere impensas in rem alienam factas.*
14 *Mala fidei possessor non est iuuandus doli exceptione ad retinendas impensas quas in rem alienam fecit.*
15 *Qui sciens in alienam rem impendit donare dicitur.*
16 *Decisio l. planè 38. D. de petit. hæredit.*
17 *Dicta l. planè. Accursiana interpretatio quâ statuitur in petitione hæreditatis prædonem voluptuarias impensas tollere posse, in rei vindicatione non item.*
18 *Interpretatio Cuiacij distinguentis inter iuris rigorem & æquitatem, vt secundum hanc possit etiam prædo in vtroque iudicio quæsitas impensas tollere, iure verò stricto ne quidem bonæ fidei possessor vllas deducere queat.*
19 *Cuiacij sententia quatenus probanda.*
20 *In impensarum deductione differentiam constitui inter bonæ fidei possessorem & prædonem contra Cuiacium.*
21 *Responsio Cuiacianorum explosa.*
22 *Imperatores nunquam rescribunt de summo iure contra æquitatem.*
23 *In sumptibus necessariis bonæ fidei possessor à prædone non est separandus, sed in vtilibus & voluptuariis.*
24 *Necessariorum sumptuum nomine etiam prædoni competit doli mali exceptio.*
25 *Possessor quando tollere possit impensas quas fecit.*
26 *In vtilibus impensis bonæ fidei possessor habet exceptionem doli ad eas deducendas, etiam in rei vindicatione.*
27 *Malæ fidei possessor impensas vtiles deducere non potest per exceptionem doli, sed tantum tollere sine tamen rei detrimento.*
28 *Vera sententia dict. l. planè 38. de petitione hered.*
29 *Via seruandorum sumptuum per exceptionem doli multo est commodior, quàm per potestatem tollendorum sumptuum.*
30 *Bonæ fidei possessor impensas deducit etiamsi res in quam factæ sunt, non extet: prædo non aliter quam si res extet & melior facta sit.*
31 *Obiectio ex d. l. planè petita, etiam dari prædoni deductionem impensarum vtilium.*
31 *Responsio quâ docetur quomodo necessariæ, quomodo vtiles impensæ deducantur à prædone.*
33 *Ratione voluptuariarum impensarum differre prædonem à bonæ fidei possessore.*
34 *Voluptuariæ impensæ faciunt rem pretiosiorem non meliorem.*
35 *Maritus est dominus beneficarius dotis.*

1 TRactata iam fuit à nobis hæc quæstio in Coniecturis, sed non piget hic retractare, quia tantò dignior est quæ in Chiliadem hanc referatur, quanto periculosiores † sunt errores, qui in foro, quàm qui in scholis inualescunt, præsertim quùm interpretum authoritate adiuuantur. Ait Caius in l. *adeò 7. §. ex diuerso D. de acquir. rerum domin.* & post cum Iustinianus *in §. ex diuerso Institut. de rerum diuis.* Si in tuo solo † ex mea materia ædificauerim, non tantùm esse te dominum ædificij totius, sed etiam dominum materiæ meæ, quippe quam vltro videor alienasse hoc ipso, quòd sciens ædificaui in tuo solo, & consequenter non modò quandiu ædificium constat, vindicatio materiæ mihi non competit, sed nec si ædificium diruatur: quoniam materia quæ semel mea voluntate desiit esse mea, nunquam potest in dominium meum reuerti, nisi aliquo ex his modis, quibus dominia iure gentium, aut ciuili acquiruntur: ita igitur fiet, vt diruto ædificio, quod ego ex mea materia in tuo solo ædificaueram, materiæ vindicatio, quæ mihi competere non potest, tibi competere debeat, tanquam domino. Quod si ædificium constet, multò minus dubitatio est, quin tibi competat vindicatio ædificij, cùm lis dominus soli: sed tamen placet dandam mihi exceptionem doli † si sic vindices, vt neque offeras pretium materiæ, neque mercedes fabrorum, & cætera impendia quæ in ædificium feci. Sed hoc ita, si fuerim bonæ fidei possessor: id est, si non tantum emerim bona fide aream tuam, aut aliter eam acquisiuerim, cùm putarem eam esse venditoris mei aut donatoris: sed etiam si eadem bona fide durante ædificauerim. Nihil enim referet an sciuerim alienam tempore acquisitionis aut tempore ædificationis. Nam si alterutro tempore sciuerim alienam, non possum obiicere exceptionem doli, cùm sim ego ipse in dolo, † nedum in culpa, qui temerè ædificauerim in eo solo quod sciebam alienum esse d. §. *ex diuerso & l. Iulianus 37. D. de rei vind.* vbi Vlpianus ex Iuliano scribit, si in aliena area ædificauerim, cuius quidem bonæ fidei emptor fui, verùm eo tempore ædificaui, quo iam sciebam alienam, nihil mihi debere prodesse exceptionem, scilicet doli mali, quamuis sim solicitus de damno vitando, & id semper agat legislator quantum potest, ne quis in damno moretur. Ratio est, quoniam non debui, inquit, iam certus alienam esse aream, in ea ædificium ponere. Sed hoc mihi concedendum est, vt sine dispendio tuo tollam ædificium, quod potui, id est, vt non fiat deterior conditio areæ, quàm esset, si non ædificatum fuisset. In quo non habet difficultatem, quod dicimus dandam bonæ fidei possessori exceptionem doli mali contra dominum vindicantem ædificium, non oblatis sumptibus, si habeat ille vnde sumptus reddere possit. Inducta † est enim exceptio doli ad hoc ne cui dolus suus per occasionem iuris ciuilis prosit contra naturalem æquitatem *l. 1. §. 1. de dol. mal. & met. excep.* In proposito autem id euidenter contingeret, si domino rem suam vindicare nullis oblatis sumptibus permitteretur. Captaret enim dolo malo exceptionem iuris ciuilis, allegans, superficiem cedere solo, & vindicationem superficiei ei competere, cui competit vindicatio soli, vt consequeretur lucrum ex damno possessoris, quod vtique abhorret à naturali æquitate *l. nam hoc natura 14. De cond. indeb. l. iure naturæ reb. D. de reg. iur.* Sed tamen recipit hæc etiam æquitas suas distinctiones, præcipuè verò duas: quarum prior est illa, quòd si † qui fructus percepti sunt à bonæ fidei possessore, etiam ante litem contestatam, compensandi sunt cum sumptibus, nec retentio competit ædificij, nisi eorum sumptuum nomine qui excedunt fructuum perceptorum quantitatem, vt Papin: scribit *in l. si sumptus 48 D. de rei vind.* quamuis fructus percepti à bonæ fidei possessore ante litem contestatam non veniant in vindicationem, sed illi tantùm qui post litem contestatam percepti sunt tanquam à malæ fidei possessore percepti, nisi qui ante litem contestatam percepti sunt, sint extantes, vt alio loco dicemus, *ex l. certum 22. C. de rei vind.* Aliud enim est restitui fructus, aliud compensari, nec non est compensari multa † quæ peti non possunt, vt puta, si quid naturaliter debeatur, *l. etiam 6. de compensat.* Omnis enim actio † exigit rationem iuris, aut saltem æquitatis ciuilis, vel prætoriæ, compensatio sola naturali æquitate contenta est. Quæ porrò in proposita specie non deest ad minuendam sumptuum, quos bonæ fidei possessor repetere vult, quantitatem: cum non alia ratio sit (propter quam permittendum ei sit repetere sumptus, retinendo rem) quàm ne alioqui moretur in damno, eique bona fides sua noceat, quod accidere non potest, cùm ex fructibus ab eo perceptis consulitur ipsius indemnitati. Altera distinctio est, an dominus habeat vnde possit sumptus restituere bonæ fidei possessori, an † non. Si habeat, tunc demum obtinet quod huc vsque diximus, repellendum cum exceptione doli mali si vindicet ædificium non refusis sumptibus. Sed si non habeat, iniquum est cogi eum ob id carere sua, aut vt eam conse-

quatur

quatur, carere laribus & sepulcris auitis, vt loquitur Celsus in *l. fundo* 38. *D. de rei vind.* id est, vniuersitate
11 cæterorum suorum bonorum. Nam sepulcra † cùm sint religiosa, vendi non possunt sine vniuersitate bonorum, *l. quædam* 26. *de acq. rer. dom.* Ergo hoc casu hactenus
12 duntaxat indulgebimus possessori † quantumuis bonæ fidei, vt ei permittatur tollere ea tantùm quæ possunt tolli, dummodò tollendo non faciat deteriorem fundum quàm si in eo non fuisset ædificatum, *d. l. in fundo.* Sed neque hoc ipsum ei permittendum est, si paratus sit dominus tantum ei dare quantum habiturus ille est his rebus ablatis, vt puta, si eas nisi ad centum vsque, quamuis impenderit quingenta, poterit tamen dominus oblatis centum impedire ne tollantur, & consequenter, si sublatæ res illæ nullius omnino vsus futuræ sunt possessori, puta, si tectorium induxerit, & picturis corradere velit, non erit ei permittendum, quia nihil inde laturus aliud esset quam quod domino noceret. Sed & aliquan-
13 do euenire potest † vt possessor quantumuis bonæ fidei non possit deducere impensas à se in alienam rem factas, si forte tales sint quæ non possint tolli, nec habeat dominus vnde eas restituat vt accipiendum puto quod scriptum est in l. *fin autem* 27. *in fin. D de rei vind.* vbi ait Paulus, si puerum meum cùm possideres, erudieris, non idem esse obseruandum, quod obseruatur si insulam ædificasses in area mea. Nam quod ædificasses pati possem vt tolleres: at fieri nequit vt à puero meo quem eruditeris, tollis eruditionem, forte si pictorem eum, aut librarium feceris. Neque tamen debeo cogi carere seruo meo, nisi forte illi eum venalem habeam, & plus consecuturus sim propter eius artificium *l. fortè* 28. *cum l. seq. D. de rei vind. iuncta l. si seruus* 25. vbi est textus elegans *D. de pignor. act. l. veluti* 6. *D. de impens. in res dot. fact.* Neque enim vlla mihi fit iniuria, cùm res mea, quam venalem habeo, remanere iubetur penes possessorem, vt indemnitati ipsius consulatur, dummodò consulatur etiam meæ: quod ita demum fit, si deducto eo quo pretiosior res facta, tu mihi ad reliquam æstimationem condemneris, vt scriptum est in *d. l. in fundo* 38. *D. de rei vind.* à quo nec alienum est quod in l. seq. Vlpianus ait redemptores qui suis cæmentis ædificant, statim cæmenta facere eorum in quorum solo ædificant, statim, inquam, id est, sine vlla alia declaratione voluntatis, quia hoc ipso quod ex sua materia in alieno solo ædificant, dominium materiæ quod habet vltrò alienant. Sed
14 illud multò difficilius est, quod † dicitur malæ fidei possessorem non esse iuuandum exceptione doli mali ad retinendas impensas quas in rem alienam facit, quasi possit ei culpa obiici cur sciens in alieno solo ædificauerit. Etsi enim ex mera, iuris ratione id verum est, & scriptum quàm plurimis locis, vt in *d. l. Iulianus* 37. *D.*
15 *de rei vind. l. domum* 5. *C. eod.* adeò vt qui sciens † in alienam rem impendit, donare dicatur, *l. seruus* 27. §. *si alienam D. ad l. Aquil.* dubitatio tamen ex eo nascitur, quod scriptum est in *l. planè* 38. *D. de pet. hered.*
16 † vbi post expressam rationem illam iuris, quòd prædo de se queri debeat, qui sciens in alienam rem impendit, subiicitur statim: *Sed benignius tamen est in huius quoque* scilicet prædonis *persona haberi rationem impensarum. Non enim debet*, inquit Paulus, *petitor ex aliena iactura lucrum facere: & id ipsum officio iudicis continebitur, nec doli mali exceptio desideratur.* Qui locus, mirum est, quantas interpretibus nostris etiam recentioribus tene-
17 bras offuderit. Accursius, † quem veteres sequuntur, putauit distinguendam petitionem hereditatis à vindicatione: itémque bonæ fidei possessorem à prædone: Non quidé in necessariis & vtilibus impensis (vtrasque enim in vtraque actione vult deduci posse per exceptionem doli à quolibet possessore) sed quantum ad voluptuarias duntaxat, vt in petitione hereditatis possit etiam prædo voluptuarias tollere, si sine rei detrimento id possit facere, ex l. *vtiles* 39. *D. de pet. hered.* in rei verò vindicatione non possit, *arg. d. l. domum 5. in fin.* quæ cùm loquitur de tollendis impensis, vtilium duntaxat meminit, non etiam voluptuariarum. Cujacius † verò 10. 18
obseru. 1. prorsus contrariam, cámque valdè nouam opinionem primus induxit, vt in hac quæstione non sit separanda petitio hereditatis à vindicatione, neque bonæ fidei possessor à prædone, nec denique impensæ necessariæ & vtiles à voluptuariis, sed tantùm mera iuris ratio ab æquitate: vt si inspiciamus meram iuris rationẽ, nullæ omnino impensæ in neutra actione tolli possint ab vtrouis possessore: sed si inspiciamus æquitatem, omniũ impensarum ratio haberi debeat eodem modo in vtroq; possessore ex ratione illa generali æquitatis, ne petitor ex aliena iactura locupletetur, *d. l. planè*, quæ sola tãtum vitium fefellit. Quod ait ille de mera iuris ratione, † nul- 19
lam habet difficultatẽ, quia ratio non patitur vt debeam tibi quicquam præstare pro ea re quæ sit tota mea, quomodo certum est meam esse quæ solo cohæret. Rursus quòd nullam agnoscit differentiam inter vindicationem & petitionem hereditatis mihi summopere placet. Nec enim posset quisquam pro Accusio probabilem aliquã adferre diuersitatis rationem, vt apparebit ex sequentibus nostris locis, qui de vtraque actione loquũtur. Sed quod vult nullam esse differentiã inter bonæ fidei possessorem & prædonẽ, † tam improbabile est, vt putem nihil possit 20
dici improbabilius. Video enim differentiam illam perpetuò obseruari, nec tantùm à Iureconsultis in *d. l. vtiles* 39. §. 1. *D. de pet. hered. d. l. fin autẽ* 2. §. *vlt. D. de rei vind.* in illis verbis, *Per errorem insulam ædificauit, d. l. Iulianus* 37. vbi ob hanc causam lex requirit, vt bona fides emptoris interuenerit, non tantùm emptionis tempore, sed etiã ædificationis *d. l. in fundo* 38. in verbo *imprudens*: quod nihil aliud est, quàm bona fide *dict. l. sumptus* 48. in illis verbis, *à bona fide possessore factus*, & passim eodem *tit. l. si in area* 33 *in fin.* in illis verbis, *si quis enim existimans se heredem esse D. de cond. indeb. d. l. adeo* 7. §. *ex diuerso in fin. D. de acq. rerum domin.* & aliis pleriſque Pand. locis, sed etiam in rescriptis Impp. *in d. l. domum* 5. *& l. si scient* 11. *C. de rei vind.* Quorsum enim tam exactè quæreret illi an possessor esset bonæ fidei, an prædo, si idem ius in omnibus seruari oporteret? Nec posses † cum Cujacio respõ- 21
dere locos illos pertinere ad summum iuris rigorem, nõ etiam ad æquitatẽ. Nam præter id quod prudentes nostri cùm in cæteris omnibus, tum in hac quæstione nihil aduersus æquitatem respõderunt, sed è contrario ad æquitatem præcipuè respexerunt, vt in *d. l. in fundo* 38. *& l. sumptus* 48. *de rei vind.* illud etiã constat Imperatoribus † esse hoc solenne, vt nunquam rescribant de summo 22
iure contra æquitatem, sed semper de æquitate & effectu rei: alioqui non tam rescripsissent, quàm cõsulentes decepissent. Mea igitur sententia est, seperandum esse bonæ fidei possessorem † à prædone, non in sumptibus ne- 23
cessariis, sed in vtilibus & voluptuariis. Non in necessariis, quia cum necessarij dicãtur, qui si facti non esset, res aut periret, aut deterior futura fuisset *l. impensa* 79. *de verb. sig. l. impensæ* 14. *D. de imp. in res dot. fact.* dubitandũ non est quin † eorũ nomine cõpetat doli mali exceptio 24
cuilibet possessori, siue bonæ fidei ille sit siue prædo *d. l. domum & d. l. planè*. Cũ dolo malo sit dominus qui persecutus est rem petere, nõ refusis impensis quæ si factæ non essent, res ipsa hodie, aut nulla, aut saltẽ deterior extaret. Neque hoc casu potest vsurpari contra prædonem ratio illa quæ in vtilibus impensis locum habet, quòd imputare sibi debeat prædo, qui in alienam rem vltrò impẽsas fecerit. Qua enim fronte posset dominus hoc imputare, qui non factis impensis rem ipsam in totum, aut saltem pro parte amisisset, *arg. l. si extraneus* 33. *vers. Nec enim quisquam index D. de iur. dot.* Nec rursus remedium illud potest adhiberi, quod adhibetur in vtilibus, vt tollantur, † quia nunquã permittitur possessori vt tollat impensas 25
quas fecit, nisi cùm potest eas tollere sine læsione prioris status rei *d. l. domũ in fi. d. l. Iulianus* 37. *cum l. seq. D de rei vind.*

vind. Atqui fieri nequit vt neceſſariæ impenſæ tollantur ſine detrimento rei, cùm, ſi factæ non eſſent, hoc ipſo res peritura fuiſſet, aut deterior facta. At in vtilibus impenſis dico meliorem eſſe debere conditionem bonæ
26 fidei poſſeſſoris, † quàm prædonis, nec minùs in petitione hereditatis, quàm vindicatione, vt ſcilicet bonæ fidei poſſeſſor habeat exceptionem doli ad eas deducendas, i. habeat ius retinendæ ipſius rei in quam factæ ſunt, ac ſi ſua eſſet, quouſque earum impenſarum nomine pleniſſimam indemnitatem ſit conſecutus, i. quantum reuera impenderit, quamuis non extet amplius tota impenſa quam fecit, adeò vt non tantum in vtilibus impenſis id locum habeat, ſed etiam, quod magis eſt, in voluptuariis *d. l. planè in fin. l. ſeq.* §. 1. *D. de petit. her.* Qui loci quamquam de petitione hereditatis, non de vindicatione loquantur, quod vnum decepit Accurſium accommodantem ſuo more iuris rationem ad leges, non vt oportuit, leges ipſas ad iuris rationem, tamen ad vindicationem quoque extendi commode poſſunt, tam ex ea parte qua tractant de bonæ fidei poſſeſſore, vt conſtat ex *d. l. in fundo* 38. *D. de rei vind.* (vbi ſicut de bonæ fidei poſſessitu., ita & de impenſis etiam voluptuariis, quamuis nonniſi de tollendis iis lex tractet, quoniam eum tractat caſum, quo dominus præ inopia refundere illas non poſſit) quàm ex ea parte qua
27 tractant de malæ fidei poſſeſſ. vt mox dicemus. † At malæ fidei poſſeſſor impenſas deducere non poteſt per exceptionem doli mali, ſed tantum tollere ſi ſine rei detrimento ita facere poſſit, ſiue petitione hereditatis, ſiue vindicatione conueniantur *d. l. dominus, & l. Iulianus, l. ſumptus* 48. *D. de rei vind. l. ſin autem* 27. §. *vlt. D. eod. l. adeo* §. *ex diuerſ.* 12. *verſ. certè D. de acq. rer. dom. d. §. ex diuerſ. Inſt. de rer. diu. l. in hoc* 14. §. 1. *com. diuid.* & aliis ſupra citatis locis qui quoties loquuntur de doli mali exceptione poſſeſſori danda, toties de bonæ fidei poſſeſſore loquuntur, ad excluſionem prædonis, qui ſanè nonniſi ridicule poſſit alij opponere exceptionem doli, cùm fuerit ipſe prior in dolo præterquam quòd ad ne-
28 ceſſarios ſumptus pertinet, vt ſuprà diximus. † Nec obſtat Paulus in *d. l. planè*, qui vnus locus eſt, qui Accurſium & Cujacium fefellit. Nec enim Paulus dat exceptionem doli prædoni ratione vtilium impenſarum, nec ius aliud deductionis, ſed tantùm ſcribit benignius eſſe vt in prædonis quoque perſona impenſarum ratio habeatur: hactenus omnium, vt eadem lex ſubiicit, ne petitor ex aliena iactura locupletetur. Quod ipſum ne quis putaret ita accipiendum, vt non minus vtilium quàm neceſſariarum nomine (de vtriſque enim Paulus eo loco agit) doli exceptionem dandam eſſe poſſeſſori, monet ille officio iudicis poſſe ita expediri nec doli exceptionem deſiderari. Atqui, inquies, eandem conſtituit rationem neceſſariarum & vtilium impenſarum etiam in prædone, cùm de vtriſque tractans, ait etiam in prædonis perſonâ omnium quoque rationem habendam eſſe. Ergo vt pro neceſſariis impenſis damus etiam prædoni exceptionem doli, ita & pro vtilibus videtur Paulus dare eandem. Sed reſpondeo non eſſe bonam conſecutionem. Eſſe enim ſimilem quidem conditionem neceſſariarum & vtilium impenſarum in eo quòd omnium ratio haberi debeat, etiam in prædone, ſed non etiam in eo, vt eodem modo habeatur. Nam in neceſſariis impenſis ita habetur, vt earum nomine doli exceptio accommodetur prædoni, in vtilibus verò hactenus duntaxat, vt quamuis ſummo iure deberet prædo eas perdidiſſe, quas in alienam rem ſciens feciſſet, poteſtas tamen ipſi fiat earum tollendarum, ex ratione illâ æquitatis, ne petitor ex aliena iactura locupletetur. Quæ ratio nullam inducit neceſſitatem concedendæ prædoni exceptionis doli ad impenſas vtiles deducendas: quando denegata quoque ea exceptione perinde accidat, vt potior ex aliena iactura non locupletetur, cùm præ-
29 doni poteſtas ſit ſumptuum tollendorum. Quamuis † ea via ſeruandorum ſumptuum ſit multò minùs commoda prædoni, quàm futura eſſet exceptio doli. Siquidem doli exceptio plenam indemnitatem tribuit, & excludit in totum actionem quouſque refuſi ſint ſumptus omnes, ſi modò per inopiam domini non ſtat quo minus refundi poſſint. At is qui tollit ædificium quod conſtruxit, ne quidem ideo remoratur actionem, tantum abeſt vt eam excludat. Nec fieri poteſt vt ea ratione ſe præſtet indemnem, non ob id ſolum quod materia, ex qua ædificium conſtructum erat, non poſſit deſtructo ædificio eſſe æquè pretioſa atque erat antea, ſed etiam vel hoc ipſo quod ad diruendum ædificium nouo ſumptu opus ſit, de cuius repetitione tractari numquam poſſit. Et hanc differentiam inter exceptionem doli & poteſtatem tollendorum ſumptuum apertè expreſſit Vlpianus in d. l. *Iulianus D. de rei vind. itémque Caius in d. l. vtiles* §. 1. *D. de petit. hered.* Nec ſanè id agit Paulus in d. l. *planè*, vt reſtituatur prædoni quidquid ei abeſt impenſarum nomine: ſed tantùm euitetur iniquitas illa, ne petitor ex aliena iactura locupletetur, vt dicitur contra omnes illos qui ad rem alienam improbè acceſſerunt, vt loquitur Iulianus *in l. ſi pupilli* 6. §. *ſed ſi quis* 3 *D. de negot. geſt.* Vnde & illud eſt quod in *d. l. planè* ſubiicit Paulus, eam inter prædonem & bonæ fidei poſſeſſorem eſſe differentiam, etiam ex æquitate, † quod 30
bonæ fidei poſſeſſor omnimodo impenſas deducit, & omni caſu, id eſt, licet res, in quam factæ ſint, non extet: puta, ſi ea pars domus quam ædificauerat, fuit combuſta: at prædo non aliter quàm ſi res ipſa extet, & quidem melior facta per eas impenſas. Nempe, quoniam ſi propter rem peremptam amitteret bonæ fidei poſſeſſor exceptionem doli quam erat habiturus re extante, remaneret in damno ſine culpa ſua, cùm tamen indemnis præſtandus ſit: Prædo autem, cùm res extare deſiit, in quam fecerat expenſas ſiue neceſſarias, ſiue vtiles, etiam ſi nihil habeat quod poſſit tollere, atque ita omnino moretur in damno, nihilo tamen plus iuris inde nanciſci poteſt, quod ex eo prædonis damno non ſit locupletior petitor, cuius res extare deſiit. Atque ita ceſſat ratio, quæ faciebat vt ex æquitate naturali ſuccurrendum 31
eſſet etiam prædoni contra petitorem. Dices fortaſſe, † Paulum in poſtrema parte *d. l. planè*, dare deductionem impenſarum etiam prædoni, ſi modo extent, ſiue neceſſariæ ſint, ſiue vtiles, cùm de vtriſque loquatur, nec vllam videatur agnoſcere differentiam inter bonæ fidei poſſeſſorem & prædonem, niſi cùm impenſæ non extant. Sed reſpondendum eſt, quod ibi ait de deductione, ad neceſſarias quidem & vtiles impenſas referri poſſe, ſed 32
non promiſcuè, & eodem modo. † Neceſſariæ enim deducuntur etiam à prædone, ſiue per exceptionem doli, vt ſuprà diximus, ſiue quòd fuerit fortaſſe probabilius, & Pauli verbis conuenientius, per officium iudicis, & quidem omninò, id eſt, non adhibita illa diſtinctione an dominus pati velit vt tollantur néene, cùm tolli nequeant ſine rei detrimento. Vtiles verò deducuntur à prædone ita demum, ſi dominus nolit pati vt tollantur, quod vtique pro ſuo iure poteſt nolle, *d. l. in fundo verſ. conſtituimus.* Quo demũ caſu locum habet ratio illa æquitatis, qua vna mouetur Paulus ne petitor ex aliena iactura locupletetur, non etiã cùm patitur petitor vt tollantur. Et in hoc fuit mirè prudens Paulus, qui cùm tractaret de neceſſariis & vtilibus impenſis ſimul, quarum videbat non poſſe conſtitui eandem rationem in perſona prædonis, ea verba vſurpauit quæ vtriſque conuenirent, ſed tamen diuerſo ſenſu. Non enim dixit in prædonis quoque perſona locum habere doli mali exceptionem ad impenſas deducendas, vt in bonæ fidei poſſeſſore, quia licet id de neceſſariis impenſis dici potuiſſet, in vtilibus tamen falſum fuiſſet: nec rurſus dixit prædoni quoque permittendum tollere impenſas quas feciſſet: quia id, quamuis de vtilibus impenſis verè dictũ fuiſſet, tamen neceſſarius nõ conueniſſet, quæ nõ tantùm

tolli,

tolli, sed etiam retineri saltem officio iudicis possunt, sed illud tantùm dixit, benignius esse vt in prædonis quoque persona tam necessariarum impensarum quàm vtilium ratio habeatur, relinquens nobis explicandum ex aliis legibus quomodo habenda sit ratio harum & illarum. Adiecta etiam ratione generali, nec petitor ex aliena iactura locupletetur. Quæ ratio, sicut inducit retentionem pro necessariis impensis, ita pro vtilibus nihil nisi potestatem earum tollendarum. Quod verò † ad voluptuarias pertinet, hanc quoque differentiam constituimus inter bonæ fidei possessorem, & prædonem: quod bonæ fidei possessor earum quoque nomine habeat doli exceptionem tam in petitione hereditatis, *d.l. vtiles* §. 1. *D. de petit hered.* quàm in vindicatione, vt constat in *d.l. in fundo.* 30. *D. de rei vindic.* cùm ait reddendas esse impensas in quantum pretiosior res facta est. Nemo enim dubitat quin voluptuariæ † impensæ faciant rem pretiosiorem, quamuis non faciant meliorem: pertinent enim ad ornandam speciem, non ad augendum eius fructum, *l. impensa.* 79. *D. de verb. signif. l. voluptuaria.* 7. *cum* 4. *seqq D. de imp. in res dot. fact.* itémque *d.l. sumptus.* 48 *D. de rei vind.* quæ ob eam causam, sicut tractat de bonæ fidei possessore, ita & de omnibus sumptibus indistinctè, vt intelligamus in bonæ fidei possessoris persona eandem esse sumptuum omnium rationem. At prædo non habet doli mali exceptionem, nec etiam per officium iudicis retentionem voluptuariarum impensarum nomine, non magis quàm vtilium, imò multo minus, cum magis ei possit imputari cur superuacuas fecerit, quàm si vtiles fecisset, qui sensus est *d.l vtiles.* Sed tamen perinde fieri debet potestas earum tollendarum dummodò tolli possint sine rei detrimento, atque si essent vtiles: quoniam in iis eadem ratio locum habet ne petitor aliena iactura locupletetur; adeò vt si nolit petitor pati possessorem eas tollere, debeat earum pati actionem, sic licet, et viam retentionis, non actionis, vt postea dicemus, si modò recipiant separationem. Nam si non recipiant, relinquendæ sunt, nec aliter permittendum est prædoni auferre ornatum quem posuit quàm si futurum sit eius quod abstulerit, vt & de voluptuariis impensis à marito in re dotali factis scribit Vlpianus in l. *pro voluptuariis* 9. *D. eod.* voluptuarias impensas, nec si voluntate mulieris factæ parere exactionem, cùm nec vtilium deductio aliter facienda sit, quàm si voluntate mulieris factæ proponantur, *l. vtilium.* 8. *D. eod.* quamuis multò plus iuris habeat maritus in re dotali, quàm possessor quilibet in re aliena, cùm † maritus sit dominus bonitarius dotis, licèt in hoc peioris conditionis quàm bonæ fidei possessor, quòd omnino futurum sit, vt soluto matrimonio dotem restituat. Quantò minùs ergo permittendum erit prædoni, vt possit deducere impensas, etiam vtiles, ne dicam voluptuarias, quas fecit in rem alienam domino ignorante, & prætextu talis deductionis rem alienam quam dominus vindicet, retinere?

33 34 35

ERROR IX.

De actione quam Martinus & nonnulli recentiores dant prædoni ad impensas quascunque repetendas.

SVMMARIA.

1 *Martini & aliorum sententia actionem etiam prædoni ad impensas quascunque consequendas dari, putantium legum textibus euertitur.*
2 *Leges allatas ad iuris rigorem, exclusa æquitate, non esse referendas, vt volunt aduersarij.*
3 *Conditio indebiti est ex æquitate naturali.*
4 *Bona fidei iudiciis quomodo ipso iure insint doli exceptiones.*
5 *Vtile iudicium quid.*
6 *In l. planè* 38. *D. de pet. her. non dari prædoni actionem ad impensas petendas, & qui in eius persona impensarum ratio habeatur.*
7 *Cur facilius alicui per iudicis officium succurratur quam per actionis inductionem.*
8 *Potest ex æquitate retentio ei competere, cui nonnisi iniquè dari posset actio.*
9 *Cur in l. 6. §. 3. D. de neg. gest. prædoni qui mea negotia gessit, si quid impenderit, contra me detur actio in id quo factus sum locupletior.*
10 *Negotij gestio non inducit vllum ius in rem, sed tantùm in personam.*
11 *Non est perpetuum, vt cui damus actionem, debeamus etiam retentionem dare.*
12 *Ei qui rem alienam restituit, non deductis aut ablatis impensis, non amplius succurritur.*
13 *L. 32. D. de reb. cred. alienam esse à proposito, quod in ea detur actio illi, qui nunquam habuit retentionem.*
14 *Obiectio aduersariorum petita ex L. 2. Codice de rei vindic.*
15 *Animus donandi præsumitur in eo qui impēdit in rem alienam quam non possidet, secus in eo qui possidet. & n.* 18.
16 *D. leg. 2. non loqui de eo qui in alieno solo ex aliena materia ædificat, vt quidam perperam respondent.*
17 *Responsio autoris ad d.l. 2.*
18 *Quo titulo alienata censeatur materia, ex qua mala fidei possessor in alieno solo ædificauit.*
19 *Sine voluntate donandi materiam donare non censeatur mala fidei possessor qui in alieno solo ædificat.*
20 *Prædo quis, & quomodo differat à mala fidei possessore.*
21 *Mala fidei possessor quis.*
22 *Mala fidei possessor, quem constat habuisse animum donandi, nullas impensas retinere aut tollere potest.*
23 *Mala fidei possessor, quem constat non habuisse animum donandi, remanet dominus materiæ, ex qua ædificauit in alieno solo.*
24 *Si nesciatur quem animum habuerit mala fidei possessor in alieno solo ædificans, præsumitur habuisse animum donandi.*
25 *In quo sit deterior conditio mala fidei possessoris quàm prædonis.*
26 *Mala fidei possessor quomodo probare possit se donandi animum non habuisse.*
27 *Obiectio aduersariorum petita ex l. 40. §. 1. D. de cond. ind.*
28 *Solutio dict. l. ab instituta quæstione alienam esse, vt qua de mala fidei possessore non loquatur.*
29 *Quæ debentur in diem certum, eorum dies statim cedere dicitur, secus si in incertum.*

EX quo intelligimus quàm improbabilis sit sententia Martini à pragmatico Parisiensi nostris temporibus renouata, vt non tantùm bonæ fidei possessor, † sed etiam prædo & malæ fidei possessor quilibet, non tantùm retentionem habeat ad retinendas impensas siue necessarias, siue vtiles, siue voluptuarias, sed etiam actionem, si fortè non deductis aut ablatis iis impensis rem restituerit: Pugnat enim apertè cum *d.l sumptus. D. de rei vind.* vbi negat Papinianus posse peti sumptus etiam à bonæ fidei possessore, qui ædificauit in alieno solo ex sua materia, sed tantùm per exceptionem doli æquitatis ratione seruari, & ita demum si fructuum perceptorum ante 1

Digitized by Google

litem conteſtatam quantitatem excedant : Item cum *d.§ ex diuerſo. Inſtit. de rer. diuiſ. cum d.l.adeo.7.§.ex diuerſo. D.de acq.rer. dom.* vbi etiam ſcriptum eſt, non aliter conſuli bonæ fidei poſſeſſori quàm per exceptionem doli eo caſu quo conſtitutus in poſſeſſione vigeatur à domino ad reſtitutionem rei, nulla ſumptuum reſtitutione oblata : hoc addito, vt ſi fuerit malæ fidei poſſeſſor neque exceptionem doli habere debeat conſtante ædificio, quod ex ſua materia in alieno ſolo ædificauerit, neque eo diruto vindicationem materiæ, vtpote quam voluntate ſua alienaſſe videtur. Tertiò pugnat cum *l.ſi in area. 33. D. de condict. indeb.* in poſtremis illis verbis : *Et ideo conſtat, Si quis cùm exiſtimaret ſe heredem eſſe, inſulam hereditariam fulſiſſet, nullo alio modo quàm per retentionem impenſas ſeruare poſſe.* Nam cum tractet ibi Iulianus non ſolùm de bonæ fidei poſſeſſore, ſed etiam, quod magis eſt, de impenſis neceſſariis (collabentem enim domum fulcire neceſſe eſt ne corruat) quis audeat malæ fidei poſſeſſori dare actionem pro impenſis etiam non neceſſariis ? Quartò pugnat cum *l. in hoc. 14. §. 1. verſ. hoc enim caſu. D. com. diuid.* vbi Paulus ſcribit : Si in rem tuam aut communem inter nos aliquid impenderim quaſi in rem meam, me tantum eo nomine habere retentionem, ſiue per exceptionem doli mali, ſi rem totam vel pro parte vindices, ſiue æquitate iudicij communi diuidundo, ſi eo iudicio experiri malis quam rem vindicare, quia, inquit lex, neminem mihi obligare volui. Regula autem eſt, actus agentium non operari vltra intentionem agentium, *l. non omnis. 19. D. ſi cert. petat.* Aliter atque ſi impenderim tanquam in rem alienam, aut communem, licèt in perſona ſocij mei vel domini errauerim, quia tunc volui aliquem obligare licèt non illum ipſum quē mihi obligaui. Quamquam de tota huius loci ſententia & emendatione videnda ſunt quæ ſcripſimus 3. Coniectur. cap. 2. Nec reſponderi poteſt quod iſti reſpon-
2 dent, † ſupradictos omnes iuris locos ad iuris rigorem referendos eſſe, non ad æquitatem. Nam imò verò de æquitate omnes loquuntur, vt apparet ex *d.l ſumptus*, in illis verbis, *æquitatis ratione ſeruantur*, & ex *dd. §§. ex diuerſo*, cùm in iis agatur de exceptione doli bonæ fidei poſſeſſoribus accommodanda, quæ non datur niſi ex naturali æquitate *l.§. 1. D. de dolo except.* Rurſum ex *d. l. ſi*
3 *in turea.* 33. in qua agitur de condictione † indebiti quæ dicitur eſſe naturalis in *l. indeb. 25. D. eod.* id eſt, ex æquitate naturali, aut, quod eſt idem, ex bono & æquo, *l. hæc condictio. 66. & l. præced. in §. quod ob rem. 4. D. eod.* Deniq. ex *l. in hoc. 14. §. 1. D. com. diuid.* vbi de hoc ipſo quæritur, an ex æquitate iudicij communi diuidundo, quod eſt bonæ fidei, poſſint repeti ſumptus facti in rem communem, quam vnus ex ſociis ſuam propriam exiſtimabat, quod admittit quidem Iureconſultus, ſed per viam deductionis, quamuis citra exceptionem doli, quia
4 bonæ † fidei iudiciis exceptiones doli inſunt ipſo iure, ideſt, non appoſitæ in formula, in qua nimirum ſufficiebat poſita eſſe verba illa ſolemnia *Ex bona fide*. At non per viam actionis, ita vt ex ea cauſa deneget Iureconſultus non tantùm iudicium directum communi diuidundo, ſed etiam vtile ſi ſecundùm noſtram emendationem addatur negatio in verſ. *quæ cum ita ſint*, quomodo addendam eſſe probauimus tum ea ratione iuris, tum ex *l. ſi quis cum. 29.* vbi eſt textus apertiſſimus. *D. eod.*
5 & tamen conſtat † vtile iudicium nihil aliud eſſe, quàm quod ceſſante mera iuris ratione ex ſola æquitate inducitur. In quo differt à directo. Ergo neque ex æquitate repeti poſſunt impenſæ quas ſocius fecerit in rem communem, quam ſuam eſſe putabat, quamuis eas fecerit bona fide, quantò minùs ergo ſi malæ fidei poſſeſſor fuiſſet. Supereſt vt ad nonnullas leges quæ pro iſtis facere videntur, reſpondeamus. Primùm autem obiicitur *d. l.*
6 *planè. 38. D. de petit. hered.* Sed iam reſpondimus † Paulum eo loco non dare prædoni exceptionem doli ad impenſas retinendas, etiam neceſſarias, tantum abeſt vt fuerit daturus actionem cum iſtis ad voluptuarias etiam petendas, ſed hoc tantùm dicere, habendam eſſe rationem impenſarum in prædonis quoque perſona : nimirum vt quamuis ſummo iure poſſit ei imputari cur in alienam rem ſciens impenderit, ipſi tamen permittatur ex æquitate impenſas neceſſarias deducere, non quidem per exceptionem doli, cùm ſit ipſe in dolo, ſed per officium iudicis. Vtiles verò vt voluptuarias tollere, quæ tolli poſſunt ſine rei detrimento, & ſi dominus patiatur tolli. Sin ſecus, poſſit has quoque prædo eodem iudicis officio deducere, ne alioqui eueniret vt ex ipſius iactura petitor locupletaretur. Quæ ratio æquitatis quamuis bona ſit ad inducendam deductionem neceſſariarum impenſarum per officium iudicis, & poteſtatem tollendarum earum ſi vtiles ſint aut voluptuariæ, non æquæ tamen ſufficere poteſt ad inducendam actio-
nem : quia multò difficilius eſt † vt actio inducatur, 7
quàm vt actione ab vno propoſita in eodem iudicio alij per officium iudicis ſuccurratur. Siquidem actiones nonniſi ex certis modis & principiis naſcuntur, iudicis verò officio ſola æquitas locum facit, quod ipſum, nullis certis finibus, non magis quàm æquitas ipſa concluditur. Neque verò nouum eſt vt ex æquitate † com- 8
petat retentio alicui, cui tamen nonniſi iniquè poſſit dari actio, vt conſtat ex *l. quibus. 51. D. de condict. indeb. l. heres. 21. D. ad SC. Trebell.* in illis verbis. *Similem eum eſſe Ariſto ait illis qui retentiones, quas ſolas habent emittunt.* Secundò obiicitur *d. l. ſi pupilli. 6. §. ſed & ſi quis. 3. D. de neg. geſt.* vbi Iulius etiam prædoni, cui deprædandi cauſa ad negotia mea acceſſit, ſi quid tamen impenderit, actionem dat contra me in quo locupletior factus ſum. Reſpondendum † eſt diuerſum eſſe caſum 9
illum ab eo de quo tractamus. Quoniam in illa ſpecie qui negotia mea geſſit, nullam poteſt habere contra me retentionem, non ſolùm quia nihil poſſidere proponitur ex rebus meis, ſed etiam quia prædoni non poteſt dari retentio eius quod ex meo habeat pro impenſis quas in alias res fecerit, cùm etiam in bonæ fidei geſto-
ris perſona non poſſit geſtio † inducere vllum ius in 10
rem, ſed tantùm in perſonam, *l. pen. C. de neg. geſt.* ſatiſque ei eſſe debet quòd habeat actionem contra me in quantum factus ſum locupletior : illa enim ratio quòd non debeo locupletari ex alterius iactura, alterutrum facere debet, vt habeat ille contra me vel actionem. vel retentionem, vel etiam poteſtatem ſumptuum quos fecit tollendorum, ſi tibi poſſunt : Sed vt in eodem caſu habeat & actionem & retentionem, facere non poteſt. Debet enim de ſe conqueri, non de iuris iniquitate is, qui cùm alterutro modo ſibi proſpicere poſſet, id tamen
vel facere noluit, vel neſciuit. Nec perpetuum eſt, † 11
quantumuis ſit regulare, vt cui damus actionem, debeamus etiam dare retentionem, ſi forte ratio quæ ſuadet dari actionem non poſſit porrigi, vt in propoſito ad retentionem. Sed illud eſſet multò abſurdius, ſi cui damus retentionem, vellemus ſemper dare actionem. Pugnaret enim cum ſupradictis omnibus iuris locis. At nos de illo tractamus qui impenſas neceſſarias à ſe factas potuit deducere per officium iudicis, vtiles verò & voluptuarias tollere ante rei reſtitutionem. Sibi ergo † im- 12
putet ſi rem reſtituerit non deductis aut ablatis impenſis, maximè cùm non poſſet dicere id à ſe factum per errorem facti, quia cùm illas impenſas ipſe feciſſet in rem quam ſciebat alienam, non poteſt proprij facti ignorationem prætendere, vt loquitur Papinianus in *l. quamquam. 7. D. ad SC. Velleian. iunct. l. vlt. à contrario ſenſu. D. pro ſuo.* neque rurſus per errorem iuris, qui ſolet excuſare, cùm agitur de damno vitando, *l. iuris 7. l. ſeq. D. de iur. & fact. ignor.* Nec enim errat in iure qui putat perditas à ſe impenſas quas in rem alienam ſciens fecerit. Itaque cùm pro eo nihil faciat niſi ratio æquitatis, ſequitur vt ſi ea vſus non ſit, cùm vti poſſet, id eſt, an-

tequam

requam rem restitueret, implorare postea eam non possit ad habendam actionem, cùm æquitas non induceret nisi retentionem. Obiicitur † tertiò quod scriptum est in *l. si & me & Titium. 32. D. de reb. cred.* in generali illa ratione. *quia pecunia mea ad te peruenit, eam mihi à te reddi bonum & æquum est.* Qua lege iam olim nitebatur Castrensis, vt daret impensarum repetitionem bonæ fidei possessori. Sed malè: quoniam in ea specie is, cui lex dat actionem, nunquam potuit habere retentionem: nec proinde quidquam ei imputari potest siue cur sibi non prospexerit, priusquam rem redderet, siue cur in alienam rem sciens impenderit, quod vtrumque tamen probè obiicitur malæ fidei possessori, ad quem proinde multò improbabilius accommodes eam legem cum Parisiensi, quàm ad bonæ fidei possessorem cum Castrensi. Quarta † obiectio est ex *l. 2. C. de rei vindic.* vbi scriptum est, dissoluto ædificio quod quis alieno in solo ædificauerat, materiam ad priscinum dominum, siue bona fide, siue mala ædificium constructum sit reuerti, si non donandi animo ædificia in alieno solo posita sint. Quod eò pertinere videtur, vt cum in malæ fidei possessore non sit præsumendus animus donandi, qui nec regulariter præsumi solet in aliis personis, consequenter impensarum repetitio competeret: quia is demum repetere prohibetur, qui donandi animo impensas fecit, *l. qui alienam 14. D. de donat.* Et quamuis animus † ille donandi, vel fatente Cuiacio, præsumi debeat in eo qui impendit in rem alienam, quam non possidet, vt in specie l. *l. si seruus 27. §. si oliuam. D. ad l. Aquil.* Aliud tamen esse videtur in eo qui impendit in rem alienam quam possidet, quantumuis sciat esse alienam, quia potest liberare futurum, vt cùm rem dominus euincet, retenturus sit ille sumptus contra dominum, vel ablaturus, vt ratiocinatur Cuiacius 12. Obser. cap 1. Pro quo facit textus in *l sicut. 8. §. non videtur. vers. cùm ideò. D. quibus modis pignus vel hypoth. solu.* Nec respõderi potest † quod quidam respondent tractari in d. l. 2. de illo qui ædificauerit in alieno solo ex materia aliena. Illo enim casu posset verum esse quod lex ait, dissoluto ædificio redire dominium materiæ ad eum quoque qui mala fide ædificasset, si dominus ipse nunquam fuisset. Neque item ad hunc casum posset accommodari illa exceptio, si non donandi animo, cùm animum donandi nonnisi ridiculè habere possit is qui dominus non sit. Quid ergo respondebimus † ad d. l. 2. *C. de rei vind.* nimirum loqui eam de malæ fidei possessore, qui non solum ex sua materia in alieno solo sciens ædificauerit, sed etiam animo non donandi, sed repetendi. Is enim sensus est eorum verborum, *si non donandi animo*, &c. vt scilicet contineant exceptionem, non quomodo Parisiensis putat negatiuam, quasi scriptum sit, *nisi donandi animo*, sed affirmatiuam, ac si cæteris iisdem verbis, sed tamen apertiùs scriptum esset, *si animo non donandi*, relata negatione ad verbum sequens *donandi*, non ad particulam *si*. Quamuis enim animus donandi in malæ fidei possessore præsumatur hoc ipso quod voluntate sua materiam suam alienare intelligitur, † siquidem nullum hîc alium titulum alienationis comminisci possumus quam donationis. *l. donari 29. D. de donat. l. donari 8. l. cuius per errorem. 53. D. de reg. iur.* præsumptio tamen cedit veritati, nec aliter locum habet, quàm si de veritate constare non possit, *l. cùm de indebito 25. l. præced. & pass. D. de probat.* Nec fieri potest vt † qui in alieno solo ex sua materia ædificat, donare illam videatur quantumuis mala fide ædificet, si non habeat animum donandi, cùm donatio, & alienatio quælibet pendeat ex voluntate alienantis, tametsi non similiter pendeat ex voluntate ædificantis, vt ædificium eius fiat qui est dominus soli, quoniam pendet hoc ex iuris ratione tam naturali quàm ciuili, quæ superficiem eius fecit, cuius est solum: at non similiter materiam, ex qua superficies constat, quoniam è superficie differt materia superficiei separatim sumpta, nec eandem siue dominij, siue possessionis habet rationem, vt diximus alibi ex l. *eum qui vetus. 23. D. de vsucap. & l. adeo. §. illud rectè quæritur 11. D. de acq. rer. do.* in eóque obseruanda differentia est, quam nescio an adhuc quisquam obseruauit inter malæ fidei possessorem & prædonem. Nam in prædonem non cadit distinctio illa quam d. l. 2. adhibet in malæ fidei possessore, an habuerit animum donandi, necne: cùm † prædo ille sit qui deprædandi causa rem alienam inuadit, *l. etsi pupilli 6. §. sed & si quis. D. de negot. gest.* Et qui interrogatus cur possideat, nihil aliud respondere potest, quàm quia possidet, nulla, ne per mendacium quidem, allata possessionis suæ causa *l. pro herede 11. in fin. cum duabus seq. l. etsi 25. §. quod autem. 5. D. de petit. hered. l. si ex stipulatione 5. D. de acqu. possess.* Quid enim tam contrarium animo prædandi quàm animus donandi? Et obseruatum leges, quæ dant retentionem impensarum siue necessariarum, siue vtilium per officium iudicis, aut potestatem tollendarum vtilium, aut voluptuariarum ei qui sciens in alieno solo ædificauerit, non de quolibet malæ fidei possessore loquuntur sed tantùm de prædone, vt d. l. *planè 38. cum l. seq. D. de pet. heredit. l. domum. 5. C. de rei vind.* vbi quòd ponitur domum à possessore iniuria occupatam, nihil aliud significat, quàm possessorem eam domum per iniuriam & vim inuasisse, quod prædonis est. Denique quisquis prædo est, idem etiam est malæ fidei possessor, sed non è conuerso, quisquis est malæ fidei possessor, idem prædo est. Nam vt habet regula iuris, Nemo prædo est qui pretium numerauit, *l. nemo 126. D. de reg. iur. l. nec vlla. 13. §. si quis sciens. D. de pet. hered.* sicut nec qui ex donationis, aut alio titulo rem accepit, quamuis scierit alienam. At malæ † fidei possessor est quisquis possidet rem quam alienam esse scit, quantumuis pretium eius numerauit, *l. quam rem. 38. & passim. D. de vsuc. l. qui fundum 7. § qui bona fide 4. D. pro empto* excepto singulari casu *l. & generaliter. 28. D. de noxal. act.* Itaque cum de malæ fidei possessore tractamus, qui non sit prædo, distinguendum est, an constet illum habuisse animum donandi, an è contrario non habuisse, an verò quem animum habuerit, nesciatur. † Primo casu nulla est dubitatio, quin nullas impensas retinere aut tollere possit. Nec enim hîc occurrit iniquitas illa quòd futurum sit vt ex aliena iactura petitor locupletetur, cùm possessor impensas donauerit, quas proprio suo vtique donare poterat *d. l. qui alienam. 14. D. de donat.* Secundo casu † certum est, manere illum dominium materiæ, quamuis ædificauerit sciens in alieno solo cùm non habuerit voluntatem eius alienandæ, non magis quàm vel bonæ fidei possessor, vel prædo, *d. l. 2. C. de rei vind.* Tertio casu † in dubio contra ipsum præsumptio est quòd habuerit animum donandi *d. §. ex diuerso. d. l. si seruus. 27. §. si oliuam. 25. D. ad l. Aquil.* & ideo non puto hoc casu dandam malæ fidei possessori vllarum impensarum retentionem, aut etiam earum tollendarum facultatem, in quo † si quis miretur meliorem esse conditionẽ prædonis quam malæ fidei possessoris, cogitare is debet improbitatem malæ fidei possessoris hoc odio dignam esse, tanquam quæ sit maior quàm improbitas prædonis, hoc ipso, quòd est occultior: cùm is, qui reuera malæ fidei possessor est, mentiatur se bonæ fidei possessorem, prætexto tituli quem habet, & per occasionem iuris ciuilis, quòd in dubio præsumit possessorem quemlibet bonæ fidei potiùs quàm malæ fidei: vt proinde boni consulere debeat malæ fidei possessor, si pro eo commodo quod sperabat, adrogandi sibi subdolè dominij alieni, sentiat illud incommodum vt detecta fraude, & sua mala fide deterioris conditionis reperiatur quàm prædo. Et quamuis in d. l. 2. non denegetur nisi vindicatori, qui mala fide & donandi animo in alieno ædificauerit, vt in *dd. §§. ex diuerso*: dubitari tamen non oportet quin & retentio sit denegan-

da.

ganda, cùm à vindicatione materiæ poſt dirutum ædificium nihil aliud eum arceat quàm quod materiam ſua voluntate alienaſſe & donaſſe præſumatur. Quo admiſſo, nemo dixerit, eum, qui donauerit, retentionem habere debere magis quàm vindi-
26 cationem, etiamſi poſſideat. Poteſt autem † fieri vt malæ fidei poſſeſſor facilè probet ſe donandi animum non habuiſſe: fortaſſis ſi cùm ædificare veller, in teſtationem redegiſſet, aut aliter coram teſtibus expoſuiſſet quonam animo id faceret, ædificans forſitan in ſolo quidem quod alienum eſſe ſciuit, ſed quod tamen eius eſſet, qui in longinquum profectus, ibi defunctus eſſe diceretur, & cui eſſet ille aut ſanguinis,
27 aut teſtamenti iure ſucceſſurus. Poſtrema † obiectio eſt ex l. *quis exceptionem* 40. §. 1. *D. de condict. indeb.* vbi Martianus ſcribit, Si pars domus quæ in diem per fideicommiſſum relicta eſt, arſerit ante diem fideicommiſſi cedentem, & eam heres ſua impenſa refecerit, non ſolùm deducendam eſſe expenſam ex fideicommiſſo, ſed etiam ſi heres ſine deductione domum tradiderit, poſſe eum incerti condicere, quaſi plus debito dederit. Pugnare namque id videtur non ſolùm cum eo quod diximus, impenſas in alienam rem factas per actionem reperi nunquam poſſe, ſed etiam cum d. l. *ſi in area.* 23. *eod. tit.* vbi apertum eſt ex hac cauſa non competere indebiti conditionem, quantumuis æquitate naturali inductam. Reſpondendum eſt † Iureconſultum in *d. l. qui exceptionem* 40 §. 1. non tractare
28 de alienæ rei poſſeſſore ſiue bonæ fidei ſiue malæ: ſed herede rogato reſtituere rem aliquam hereditariam in diem, & quidem incertum, qui pro conditione habetur, puta poſt mortem ſuam. *l. talis ſcriptura* 30. §. *ſed ſi ſub conditione.* 4. *cum ſeq. D. de leg.* 1. *leg. dies incertus.* 75. *& l.* 1. §. *dies. D. de condit. & demonſtr.* vt ex eo conſtat quod apud Martianum eſt, *ante diem*
29 *fideicommiſſi cedentem.* Neque enim poſſet fieri † vt dies non ceſſiſſet fideicommiſſi, quod in diem certum eſſet relictum. Quæ enim debentur in diem certum, eorum dies ſtatim cedere dicitur, licèt necdum venerit, *leg. cedere diem*, 213. *D. de verb. ſignif.* Porrò pendente die incerto, non ſolùm heres vere dominus eſt, ſed etiam ita dominus vt incertum ſit an fideicommiſſum vnquam ſit debiturus, puta ſi fideicommiſſarius ante diem fideicommiſſi cedentem deceſſerit, *vt in leg. Statius* 48. §. *Cornelio Felici D. de iur. fiſc.* & ideò ſi interim combuſta ſit inſula quæ per fideicommiſſum erat reſtituenda, & eam heres ſua impenſa refecerit, quamuis poſtea fideicommiſſi dies & conditio exiſtat, non tamen videri poteſt heres impendiſſe in rem alienam, qui reuera impendit in ſuam, quamuis præuideri debuerit fieri poſſe vt eſſet aliquando reſtituenda. Cæterùm, vt non poteſt fieri aliena, niſi per manus ipſius heredis eam reſtituentis, ita nec niſi refuſis primùm expenſis, ſi deductione vti heres velit, aut ſi per facti errorem aliquem id prætermiſerit, puta, dum exiſtimat alias res eſſe in fideicommiſſo, quarum retentione proſpicere ſibi poſſet, ratio ſanè iuris facit, vt eo nomine debeat habere indebiti condictionem, quaſi plus debito dederit qui ſine deductione impenſarum reſtituit fideicommiſſum, ex quo deducere illas poterat. Sicut è contrario qui minùs ex fideicommiſſo percepit quàm debeat, ipſum adhuc fideicommiſſum petere poteſt, ac ſi nihil adhuc ſolutum eſſet, quouſque pleniſſimè fuerit illi ſatisfactum. *leg. debitor* 59. *verſ. neque fideicommiſſum. D. ad SC. Trebell.*

ERROR X.

De ſententia *l. qui exceptionem.* 40. §. 1. *D. de cond. indeb. l. heres.* 21. *ad SC. Trebell. l. ſumptus* 48. *D. de rei vind.*

SVMMARIA.

1 *Cur in ſpecie, l.* 40. §. 1. *D. de cond. ind. detur condictio incerti.*
2 *Non dari condictionem incerti, quod condicatur poſſeſſio, quæ eſt incertum quid.*
3 *Vera ſententia l.* 21. *D. ad SC. Trebell.*
4 *Heres qui reſtituit fideicommiſſum quando poſſit res hereditarias.*
5 *Heres qui reſtituit fideicommiſſum non deductis impenſis poteſt creditoribus hereditariis denuntiare ne fideicommiſſario ſoluant.*
6 *Heres qui reſtituit fideicommiſſum quarta non deducta non habet actionem contra fideicommiſſarium ad eam conſequendam & n.* 3.
7 *Diſcrimen inter quartam ex fideicommiſſo deducendam, & quartam Falcidiam.*
8 *Ratio differentiæ.*
9 *Alia differentia inter quartam Pegaſianam, & quartam Falcidiam.*
10 *Dari condictionem incerti in d. l.* 40. *quia datur in id quod heres impendit, quantum verò impenderit incertum eſt.*
11 *Quo alio etiam ſenſu condictio incerti dari dicatur ad condicendum fideicommiſſum.*
12 *Argumentum aduerſus eos qui ſentiunt dari etiam malæ fidei poſſeſſori actionem ad impenſas conſequendas.*
13 *Vbi nulla eſt actio, ibi officio iudicis nullus eſt locus.*
14 *Diſtinctio officij iudicis in nobile & mercenarium ab interpretibus conficta.*
15 *Officium iudicis nobile nullum eſt.*
16 *De reſtitutione in integrum actio interdum dabatur à prætore, interdum verò ipſe cognoſcebat.*
17 *Facta condemnatione ſortis non poteſt amplius propter vſuras actio intendi.*
18 *Officio iudicis locus non eſt eo caſu, quo exceptio aliqua locum habet.*
19 *Officium iudicis circa quæ verſetur, & in quibus iudiciis locum habeat.*
20 *Vindicatio & hypothecaria ſunt ab initio & ſui natura arbitrariæ.*
21 *Interpretatio Cuiaciana l. ſumptus.* 48. *D. de rei vindic. reiecta & noua eius emendatio ab authore propoſita.*
22 *Furi an reſtituendæ neceſſaria impenſa.*
23 *Furis & prædonis differentia.*
24 *Neceſſariarum impenſarum Accurſiana diſtinctio probata.*

ILlud difficile eſt, † cur in d. l. *qui exceptionem* 40. §. 1. *D. de cond. indeb.* detur condictio incerti. Sunt enim qui qui putent ideò dari quòd condicatur † poſſeſſio ex l. *heres* 21. *D. ad SC. Trebell.* quæ poſſeſſio cùm ſit nomen iuris ſignificans eam rem quæ non videatur, non poteſt eſſe niſi quid incertum, licèt quod poſſideatur, certum ſit, & facilè demonſtrari poſſit. Sed non poteſt hæc interpretatio defendi, quia cùm in d. §. agatur de condictione indebiti, & condictio illa, vt & cæteræ omnes, de quibus agitur eo libro Digeſtorum, detur ei tantùm qui deſiit eſſe dominus, excepta ſola condictione furtiua, fatendum eſt, non ſolùm poſſeſſionem domus hereditariæ

1
2

hereditariæ condici, ſed & domum ipſam, ciúſque dominium, quippe quod per traditionem ab herede factam tranſierit in fideicommiſſarium. Dominium, inquam, non Quiritiarium & legitimum, vt iam alibi docuimus ex l. *qui vſumfructum 3. D. ſi vſusfructus pet.* ſed bonitarium, *l. facta 93. in prin. D. ad SC. Trebell.* alioqui non poſſet habere locum condictio in hac ſpecie, ſi heres tradendo rem, nihil niſi poſſeſſionem tradidiſſet, nec aliud quidquam accipientis feciſſet, d. l. *ſi in area*, 23. *verſ. ſed etſi is. D. eod.* Qui locus non alia ratione cum hoc conciliari poteſt. Neque † obſtat dicta 3
lex *heres.* 21. *D. ad SC. Trebell.* vbi dicitur, heredem, qui debuerat quartam retinere, ſi totam hereditatem reſtituerit, nec cauerit ſibi ſtipulatione in legatis propoſita ex edicto illo Prætoris, de quo in titulo *D. Si cui plus quàm per l. Falcid. licet, legatum eſſe dicatur*, poſſe rerum hereditariarum poſſeſſionem vel repetere, vel nanciſci, & poſtea vti aduerſus agentem doli mali exceptione. Id enim non ſic accipi debet, vt poſſit eam poſſeſſionem repetere per viam condictionis, vel alterius actionis (ſecum enim lex pugnaret, cùm in proximè præcedentibus hunc heredem dicat ſimilem eſſe illis qui retentiones, quas ſolas habent omittunt, quod falsò & contradictoriè diceretur, ſi eo nomine haberet aliquam actionem.) Sed ſenſus eſt, poſſe interdum fieri vt hic heres qui ſolam retentionem habuit, nec actionem vllam habere poteſt, aliqua tamen ratione poſſeſſionem earundem rerum hereditariarum repetat, vel nanciſcatur alio ſcilicet iure, quàm prætextu quartæ non retentæ, dummodò ſine vitio & dolo. Quod vbi erit aſſequutus, tum verò demum vtatur exceptione ad retinendam quartam, ſi eaſdem res fideicommiſſarius petere velit ex fideicommiſſo, nec quartam ex iis detrahi patiatur. Exemplum autem heredis qui repetierit, vel nactus ſit poſſeſſionem, eſſe poteſt, ſi forte eaſdem res emerit bona fide ab eo quem fideicommiſſarij ſucceſſorem, ſiue vniuerſalem, ſiue ſingularem eſſe putabat, cum non eſſet: aut ſi tanquam heres, ſiue legitimus, ſiue teſtamentarius fideicommiſſarij qui falsò defunctus dicebatur, earundem rerum poſſeſſionem occupauerit. His enim caſibus nanciſcitur poſſeſſionem ſine actione: vt
4 verò eam † repetat etiam per actionem ideóque condictione ex alia tamen cauſa, facilè fieri poteſt, ſi cum ſpecie l. *heres* iungas ſpeciem dictæ legis *qui exceptionem.* §. 1. ideſt, ſi ponas heredem hunc antequam hereditatem reſtituere deberet, multa impendiſſe ad conſeruandas res hereditarias, ita vt eo tempore quo fideicommiſſum reſtituit, ius habuerit duplicis deductionis faciendæ, earum ſcilicet impenſarum, & quartæ. Nam ſi è contrario neutra deductione facta totam hereditatem reſtituit, non quidem animo donandi, quo caſu non ſupereſſet locus quæſtioni, ſed per errorem facti, putans fortè ſatis ſibi cautum eſſe aliis rebus, quas adhuc penes ſe habebat tanquam hereditarias, & maximi valoris, quas tamen ex poſt facto apparuerit fuiſſe alienas, eaque cauſa tandem euictas, certum eſt poſſe illum condicere res hereditarias, quarum propter impenſas habuerat retentionem, ob eam cauſam quam ſupra dixi. Atque ita poſtquam ea condictione fuerit aſſecutus, vt rerum hereditariarum poſſeſſionem recuperauit, vtetur exceptione doli, non tantùm ad retinendam quartam, quamuis prætextu non retentæ quartæ condictionem rei fuerit habiturus. Et hanc Pomponij ſententiam
5 fuiſſe ex eo apparet, quod ſubiicit tanquam † certi remedij loco, poſſe hunc heredē debitoribus hereditariis, qui nondum ſoluerint, denuntiare ne fideicommiſſario ſoluant priuſquam ſibi debitam quartam fuerit ipſe conſecutus. Talis enim denuntiationis faciendæ ius habet vi actionum directarum, quas penes ſe retinet etiam poſt reſtitutam hereditatem, l. *ſi heres.* 70. *D. ad Trebell.* ſicut & poſt reſtitutionem, heres nihilominus manet, §. *reſtituta. Inſtit. de fideicom. hered.* quarum actionum directarum poteſtate conſequetur, vt ſi debitores hereditarij poſt denuntiationem ſoluant fideicommiſſario, perinde teneantur ipſi heredi ſoluere, ac ſi non ſoluiſſent tanquam minimè liberati, vt ea ratione extorqueat quartam. Dices, † futurum hoc caſu vt habeat he- 6
res actionem ad repetendam quartam, quod tamen nos ſupra negauimus. Sed reſpondendum eſt, imò verò conſequi eum hoc caſu quartam per viam retentionis, non actionis, quia ſequitur vi directarum actionum quas retinuit, cùm per reſtitutionem non niſi vtiles transferantur. *l. 1. Ista tamen. 27. §. 7. D. ad SC. Trebell.* ſicut nec fideicommiſſarius per reſtitutionem fit heres, ſed tantùm heredis loco: nec ponimus heredem agere contra fideicommiſſarium cui reſtituit hereditatem (hæc enim actio eſt, quam nos ei denegamus,) Sed contra debitores hereditarios, quorum nihil interfuit denuntiationis tempore vtri ſoluerent, an heredi, an fideicommiſſario. In cóque obſeruanda eſt differentia † elegans 7
inter quartam, quæ ex fideicommiſſis vniuerſalibus Senatuſconſulti Pegaſiani authoritate deducitur, & eam quæ per legem Falcidiam, ex legatis. Quartam enim Falcidiam heres poteſt aut vindicare tanquam dominus, ſi non per traditionem legati dominium tranſtulerit, vt in *l. lineam. 26. D. ad l. Falcid.* aut condicere, ſi fortè ſoluerit per errorem non deducta quarta: per errorem, inquam, non iuris, ſed facti, cùm putaret legi Falcidiæ locum non eſſe, ignorans fortaſſe æs alienum latens quod poſtea emerſit *l. regula. 9. §. ſi quis. D. de iur. & fact. ignor. l. 1. §. ſi legatis. 1. D. ad l. Falcid.* vbi Paulus ait, ſi legatarius poſſeſſionem nactus ſit, & quidem ex voluntate heredis, vt nō poſſit ei res auocari (alioqui teneretur interdicto *quorum legatorum*, ſi ſibi ipſi ius diceret, *l. 1. D. quor. leg.*) dandam eſſe actionem heredi, ſcilicet condictionem, non vt totum legatum reſtituatur, ſed vt tantùm, quod ſupra dodrantem eſt, auferatur.
Et ratio diuerſitatis eſt, † quoniam alia fuerunt verba 8
ſenatuſconſulti Pegaſiani, alia legis Falcidiæ. Lex enim Falcidia liberam illa teſtandi facultatem, quam à lege XII. tabularum primùm inductam lex Furia & Voconia poſtea reſtrinxerant, ita reſtituit, vt tamen non liceret cuiquam cum Romano legare ſupra dodrantem, vt ea ratione totius hereditatis quadrans penes heredem intactus remaneret, *d. l. 1. in pr. D. eod.* Senatuſconſultum verò Pegaſianum non prohibet, ne poſſit quis rogare heredem de tota hereditate reſtituenda: aut, quod idem eſt, non permiſit duntaxat vt rogari heres poſſet de reſtituenda hereditate vſque ad dodrantem, ſed tantùm permiſit heredi vt perinde liceret ei quartam retinere ex hereditate reſtituenda, atque per legem Falcidiam ex legatis eam retinere conceditur, §. *ſed quia, Inſtit. de fiacicom. hered.* vnde & aliæ differentiæ omnes fluxerunt, quæ non paucæ ſunt inter quartam Falcidiam & & Trebellianam, vt vocant, ſeu rectiùs Pegaſianam. *l. in quartam. 91. D. ad l. Falcid.* ſed illa inter ceteras, † quod 9
lex Falcidia minuit ſingula legata ipſo iure pro rata omnium portione, *l. in quantitate 83. §. vlt. D. eod.* id eſt, facit, vt cui legata ſint centum, non videantur legata niſi ſeptuaginta quinque, ſi heres non aliter ſit habiturus quadrantem: ita vt vnius legati Falcidia nunquam ex alio ſit deducenda, niſi cùm vni perſonæ duo legata relicta ſint, quorum alterum non patitur diuiſionem, nec conſequenter diminutionem: alterum verò patitur *l. ſi fundus, 23. l. ſi ſeruus. 133. cum ſeq. D. eod.* At Pegaſiana non ex ſingulis rebus hereditariis debetur, ſed ex tota hereditate: ideóque nihil interest vnde detrahatur, dummodo heres eam habeat, vt non mirum proinde ſit in ſpecie *d. l. heres.* 21. retinere eum quartam ex ſolis nominibus debitorum hereditariorum, quibus denuntiatum fuit vt non ſolueret. Illa igitur dubitatio ſemper manet, cur in ſpecie *d. l. heres qui exceptionem* 40. §. 1. *de cond. indeb.* condictio incerti detur, cùm domus ipſa quæ certa eſt, & in quam impenſa facta fuit condicatur. Reſpondendum

ſpondendum eſt, ipſam quidem domum condici, ſed non quaſi tota ſit indebita: at eatenus tantùm, quatenus heres eam reſtituendo plus debito dedit, vt probant verba illa, *quaſi plus debito dederit*. Atqui non plus debito heres dedit, niſi quatenus in eam rem impendit, quantum verò impenderit, certò ſciri non poteſt, priuſquam taxata fuerit impenſa, aut partium conſenſu, aut à iudice, aut à probis viris per iudicem conſtitutis. Nec rurſus de taxatione quæritur, priuſquam heres factus ſit poſſeſſor, vt impenſam poſſit deducere nec enim deductio alij quàm poſſeſſori datur. Cum ergo nonniſi indebitum condicatur, nec ſciatur quantum ſit indebitum, conſequens omnino eſt vt hæc indebiti condictio incerti ſit, non certi. Quod ſi poneres fideicommiſſum,
11 † in quod impenſa facta ſit, non fuiſſe rei certæ, ſed hereditaris, quæ cum in iure conſiſtat nihil certi ſignificat: perinde quidem eſſet locus condictioni incerti ad deducendam impenſam, ſed alia noua ratione, quia nimirum fideicommiſſum quod deduceretur, incertum eſſet: totum enim condiceretur tanquam indebitum, vt è contrario totum fideicommiſſum petitur, quamuis iam maiori ex parte ſolutum ſit, quamdiu aliquid ſupereſt quod nondum fuerit reſtitutũ, vt in *d.l debitor. verſ. neque fideicommiſſum*. Sed contra eam iſtorum ſententiam, quam nos refutamus,
12 illud omnium † fortiſſimè vrget, quod non poſſunt illi ipſi dicere quænam ſit ea actio, quam putant accommodandam malæ fidei poſſeſſori ad deducendas impenſas poſt reſtitutionem, cùm neque vindicatio eſſe poſſit (quæ ſcilicet non datur niſi domino, qualis prædo neque eſt, neque vnquam fuit ſicut nec bonæ fidei poſſeſſor vindicationem eadem ratione habere poteſt.) neque condictio, cùm nihil ille fecerit accipientis, quod ad inducendam condictionem neceſſarium eſt, *d.l. ſi in area. D. de condict. indeb.* Et verò ſi bonæ fidei poſſeſſor tum quoque cùm rem adhuc habet, nonniſi per exceptionem doli mali conſulere ſibi poteſt, prædo autem per officium duntaxat iudicis, *d. l. planè* 38. *D. de petit. hered. cum ſimilibus*, ſequitur omninò vt poſt rem domino reſtitutã omni prorſus auxilio deſtituatur, quia ſicut dominus rei ſuæ poſſeſſor effectus nulla ampliùs indiget actione, ita nec fieri poteſt, vt doli mali exceptio locum habeat, (actionẽ enim aliquam præcedere neceſſe eſt vt ei poſſit ſubiici exceptio ſiue doli, ſiue alia quælibet) nec rurſus officium iudicis, cui ſcilicet non aliter locus eſſe non poteſt, quàm ſi iudex aliquis ſit, neque iudex eſſe, quin prius iudicium & formulam Prætor dictauerit, quam porrò non dictat, niſi ei cui vel directa actio competat, vel ſaltem
13 vtilis aliqua danda ſit. Itaque ſi nulla † ſit actio quæ vel domino dari debeat poſt reſtitutionem, vel ei qui aliquãdo poſſeſſor fuit, conſequens eſt, vt nec officio iudicis locus eſſe poſſit. Idq; clariùs apparet ex eo quod iis quoque caſibus, in quibus officio iudicis locus eſſe aliquando potuit, ſi tamen obligatio, & quæ ex ea naſcebatur actio extincta ſit, quæ officium iudicis admittere poterat, nullus amplius huiuſmodi officio iudicis locus relinquitur, vt in *l. qui per concluſionem. 46. §. 1. D. de act. empt.* vbi ſcriptum eſt, ſi emptor qui moram contraxerat in ſoluendo pretio, ob idque vſuras debere cœperat ex die moræ ſecundum naturam omnium bonæ fidei iudiciorum, poſtea ſoluerit ſortem pretij ſine vſurarum acceſſione, vſuras poſtea peti non poſſe, cum hæ, inquit lex, non ſunt in obligatione, ſed officio iudicis præſtentur. Senſus eſt, ſolutione pretij ſoluram eſſe actionem ex vendito quæ competebat venditori contra emptorem ad pretij ſolutionem. Et ideò cum pretium amplius peti non poſſit, nullãque in eam rem ſuperſit actio, nec officium iudicis ampliùs vllum ſupereſſe, ex quo præſtandæ ſint vſuræ, cùm pro vſuris ſolis nec iudex dari poſſit, quia non ſunt illæ in obligatione, quomodo erat pretium priuſquàm ſolueretur. Quò etiam pertinet quod Paulus ſcribit in l. *quæro. in pr. D. locat.* vſuras in bonæ fidei iudiciis, non tam ex obligatione proficiſci, quàm officio iudicis applicari. Quibus tamen locis, quod ſanè mirum eſt, abutuntur interpretes, vt probent officiũ iudicis non præſupponere obligationem aut actionem: indèque ſuo more nouam diſtinctionem inferunt, prudentibus minimè cognitam, † vt duplex 14
conſtituant officium iudicis: vnum, quod nobile vocant: alterum, quod mercenarium, nobile appellantes, quod ex nulla obligatione & actione pendet: mercenarium verò quod actioni propoſitæ ſubſeruit. Neq; tamé officij illius nobilis, † quod reuerà nullum eſt, exem- 15
plum aliquod adferunt, niſi quod ſumunt ex reſtitutionibus in integrum quaſi nulla earum nomine actio competat, ſed officium ſufficiat iudicis implorare, ex *l. præfecti. 7. & l. quod ſi min. 24. §. vlt. D. de minor.* quod tamen quam falſum ſit conſtat ex ipſa definitione reſtitutionis in integrũ, quã Paulus lib. 1. ſententiarũ tit. 7. definit eſſe reintegrãdæ rei vel cauſæ actionem, iis ſcilicet caſibus quibus prætor † de reſtitutione in integrum 16
actionẽ & iudicium dabat. Nam cùm tractabatur de reſtitutione minoris, de qua in tit. *D de minor. & C. eod.* prætor ipſe cognoſcebat, non iudicem dabat; ideóque dicebatur pendere ex ſola prætoris cognitione, *l. 1. §. 1. l. in cauſa* 13. *& 16. l. quod ſi minor. §. vlt. D. de mino.* vt proinde mutuum non eſſet actioni eo caſu locum non eſſe, vt nec officio iudicis locus eſſe poterat, cùm iudex nullus eſſet, quod tamen obiter dictum eſto. Eódem pertinet quod ſcriptum eſt in *l. ſi depoſitio 4. C. depoſ.* ſi is qui depoſitam pecuniam ſuſcepit, aut ea vſus ſit, non eſſe dubium quin vſuras quoque præſtare deberet: id enim eſt ex bona fide, iudicium autem depoſiti bonæ fidei eſt. Sed ſi cùm actor depoſiti actione expertus eſſet, 17
tantummodò ſortis condemnatio facta eſt, non poſſe illum vltra propter vſuras experiri: non enim duæ actiones ſunt, inquit Imperator, alia ſortis, alia vſurarum, ſed vna tantùm ſortis, quamuis vſuræ quoque in eam veniant officio iudicis. Ex qua porro actione vnica, vbi ſemel condemnatio ſecuta eſt, quamuis de ſorte tantum, nulla vſurarum facta mentione, pronuntiatum ſit, non poteſt iterari actio prætextu vſurarum, qui rei iudicatæ exceptione ſummouetur, vt ſemper euenit, quoties eadem actio, ſuper qua iam ſemel iudicatum eſt, rurſus in iudicium deducitur, *tot. tit. de except. rei ind.* vt intelligamus, ſi duæ eſſent obligationes, & actiones, vna ſortis, & alia vſurarum, fore, vt poſt condemnationem ſortis factam, ſupereſſet adhuc actio vſurarum citra periculum exceptionis rei iudicatæ: vt, ſi duæ eſſent ſtipulationes, vna ſortis, & altera vſurarum. l. *Centum Capua. 8. verſ. neque enim. D. de eo quod cert. loc.* vt è diuerſo, ſi in iudicio actum eſſet de ſolis vſuris, quæ ſcilicet eſſent in obligatione (alioqui iis ſolis agi non poſſet) non eſſet verendum, nec rei iudicatæ exceptio noceret circa ſortis petitionẽ, quia nec competeret, cùm poſſint quidem vſuræ pendere ex obligatione ſortis, at nunquã obligatio ſortis ex vſuris, *l. ſi in iudic. 23. D. de except. rei vend.* vbi addit Vlpian. idẽ eſſe, ſi quis ex bonæ fidei iudicio velit vſuris tantùm perſequi & necdũ petere ſortem, & fuerit condemnatus. Nam nihilominus vſuræ futuri temporis cedunt, id eſt, incipiunt quoties deberi non iure obligationis ſed officio iudicis. Quamdiu enim manet contractus bonæ fidei, tamdiu currunt vſuræ. Atqui remanet contractus, quãdiu neque ſors ſoluta, neque ſuper ſorte pronuntiatum eſt: ergo quamuis pro præteriti temporis vſuris actor fuerit condemnatus, quia tamen ſupereſt actio quæ admittere poſſit officium iudicis pro futuri temporis vſuris, ſupereſt etiam earum præſtatio ex officio iudicis, cui tamen locus eſſe non poſſet, ſi bonæ fidei actio, ſiue propter ſolutionem ſortis, ſiue propter condemnationem de ſorte nulla remaneret. Quin imò, quod magis eſt, fieri 18
nequit vt officio † iudicis locus ſit eo caſu, quo exceptio ſiue doli, ſiue alia locum habeat. Quia cùm excep-

tiones

ptiones ponantur in formula,quã omnimodo ſequi Iudex cogitur,non poteſt iudex regere aut contemnere exceptionem quam Prætor admiſit : cúmque vel inuitus cogatur pronunciare ſecundùm formulam, fruſtra & ridiculè reus officium iudicis imploraret, vt exceptio ad-
19 mitteretur.Officiũ † enim iudicis circa ea verſatur,quæ non alia ratione iudex facere cogitur,quàm quòd ita vir bonus quilibet eſſet arbitraturus. Vnde eſt quod in iudiciis tantùm bonæ fidei locum habet officium iudicis, & in arbitrariis, quæ ad bonæ fidei iudicia quam proximè accedunt, *l. quia tantumdem. 7. D. de negot. geſt. leg. 3. §. in his quoque. D. de vſur.* Non etiam in ſtrictis,quæ ita ſunt ſtricta, vt nunquam fieri poſſint arbitraria, cuiuſmodi ſunt actio ex ſtipulatu, & condictio certi ex mutuo.Nam ſi cum interpretibus pures in vin-
20 dicatione & hypothecaria,†(quod tamen ego nunc non admitto)eſſe illas ab origine ſtrictas vſque ad interpoſitum arbitrium,exinde verò arbitrarias(magis enim probo eſſe & ab initio & ſui natura arbitrarias, §. *praterea: Inſtit. de action.*) poteſt facilè officium iudicis admitti, priùs etiam quàm ſit arbitraria,quoniam natura eius non repugnat. Huic tamen,quod dicimus doli exceptionem non poſſe cum officio iudicis concurrere, valdè obſtare videtur *l. ſumptus. 48. D. de rei vindic.in illis verbis: Verùm exceptione doli oppoſita, per officium iudicis æquitatis*
21 *ratione ſeruantur.*† Cuiacius 10.*obſeru.c.*1.fateri cogitur inconnexum illud & *extraneò* dicendi genus eſſe, & ita accipiendum, vt vel officio iudicis, vel exceptione doli oppoſita ſumptus ſeruentur, vt & in *l. bona fides. 11. D. de noxal. act.* Sed difficile eſt iis qui Papiniani elegantiã norunt,tam male de eo ſentire,vt ſibi vnquam placuerit in genere dicendi tam inconnexo : eſtque multò probabilius, vt ea verba *per officium iudicis*,adſcribamus imperito interpreti,quem fefellerit *d. l. planè. 38. D. de petit. hared.*non animadvertentem in *d. l. planè*,tractari de prædone,cui non poterat ſuccurri niſi per officium iudicis, cùm exceptionem doli habere non poſſit : at in *d. l. ſumptus*, tractari de bonæ fidei poſſeſſore, cui cùm exceptio doli mali prodeſſe debeat, officium iudicis neceſſarium eſſe non poteſt,niſi vno fortaſſis caſu,quo fuerit,omiſſa illa exceptio in formula prætoris,fortè per incuriã bonæ fidei poſſeſſoris. Tunc enim ſicut non poſſet iudex admittere exceptionem quam Prætor non admiſiſſet,ita & ex officio ſuo cogeretur ſubuenire bonæ fidei poſſeſſori ne durior eſſet cõditio eius,quàm ſi prædo eſſet,vt quod omiſſum eſt ſiue à prætore, ſiue à bonæ fidei poſſeſſore; non omitteretur religione iudicantis, vt loquitur Papinianus,quamuis in dulimili ſpecie in *l. quæſitum 13. D. de teſtib. l. ſi res obligata. 57. in fin. D. de legat. 1.* obſtare denique ſuperioribus videtur, *l. 1. C. de infant. expoſ.* vbi Imperator Alexander reſcribit, ſi inuito vel ignorante te partus ancillæ tuæ,vel adſcriptitiæ expoſitus ſit, repetere te eum non prohiberi,ſed reſtitutionem eius ita faciendam eſſe,vt ſi qua in alendo,vel ad diſcendum artificium iuſtè conſumpta fuerint tu poſſeſſori reſtituere debeas ſi modò non à fure vindicaueris.Quæ exceptio † 22
probat à contrario ſenſu,nullas ergo te impenſas ne alimentorum quidem debere, ſi partum hunc à fure vindices : cum tamen negari non poſſit quin alimentorum impenſæ ſint neceſſariæ,quas ſupra diximus ſemper eſſe reſtituendas etiam prædoni,ex *d. l. planè,d. l. domum 5. C. de rei vind.*Non placet prior reſponſio Accurſij diſtinguentis furem à cæteris malæ fidei poſſeſſoribus. Etſi enim malæ fidei poſſeſſorem à prædone diſtinximus,non poteſt tamen diſtingui fur à prædone, cùm in nullo alio differant,† quàm quod fur rei mobilis tantùm eſt, *l. quã* 23
*rem. 38. D. de vſuca.*Prædo verò magis propriè,non nili rei immobilis. Quamuis etiam ad res mobiles poſſit ea appellatio extendi vt in *l. ſi ex ſtipulat. 6. D. de acq. poſſ.* Probabilior igitur eſt alia ſolutio † Accur.diſtinguentis 24
impenſas neceſſarias, quæ per rerum naturam ſeparari, tolli & abradi poſſunt, quamuis non ſine rei detrimento : cuiuſmodi ſunt impenſæ reficiendorum & conſeruandorum ædificiorum ab iis, quæ abradi nullo modò poſſunt,ne quidem cum rei detrimento,quales ſunt impenſæ alimentorum.In iis quæ ſunt prioris generis,locum habet quod hucuſque diximus;reſtitui eas debere, id ſcilicet ſuadente maxima æquitate,vt hoc incommodum ſubeat dominus pro eo commodo quod ſentit, ne rei ſuæ detrimentum hat,dummodò ſcilicet ea res exeat, in quam impenſæ factæ ſunt *d. l. planè in fin.*In aliis verò quæ abradi nullo modo poſſunt, locum habet quod ſcriptum eſt in *d. l. 1. Cod. de infant. expoſ.* vt non debeant reſtitui furi, neque prædoni, neque alij cuilibet malæ fidei poſſeſſori, ne ex æquitate quidem, cùm earum commodum non poſſit auferri ne quidem volenti domino. Cæterum probat optimè d. l. 1. quod nos ſuprà diſputauimus contra Cuiacium, ſeparandum eſſe omninò hoc iure bonæ fidei poſſeſſorem à fure & prædone.

ANTONII FABRI IC.

Decas Vigeſimaſeptima.

ERROR PRIMVS.

De ſtatuto faciente heredem ex tempore, & ad tempus.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio an ſtatuto fieri poſſit vt quis heres ſit ad tempus aut ex tempore vbi frequens.*
2 *Ratio negatiuæ partis & n. 7.*
3 *Quæſtionis affirmatio quorũ ſit, & quâ ratione ſubnixa.*
4 *Statutum quid.*
5 *Suppoſitiones affirmantium falſæ.*
6 *Fictio legis,qua dicitur hereditas,cur inducta.*
7 *Vera ratio cur heres ex die & ad diem fieri non poſſit.*
8 *Tempus nunquam retrotrahitur,ſecus Conditio.*
9 *Cur qui ſemel eſt heres nunquam deſinat eſſe heres.*
10 *Cur hereditas quandocunque adita retrofingatur adita à die mortis.*
11 *Lex eſt quæ heredem & hereditatem facit.*
12 *Lex nihil vnquam facit niſi ex neceſſitate.*
13 *Beneficia legum & Principum perpetua eſſe conuenit.*
14 *Lex cur non poſſit heredem facere ad tempus, neque ex tempore quo alius fuerit heres.*
15 *Eiuſdem rei plures in ſolidum domini eſſe non poſſunt.*
16 *Ratio ducta ex lege Ælia Sentia ad probandum heredem ex tempore aut ad tempus lege fieri non poſſe.*
17 *Altera ratio idem probans petita ex SCtis Trebelliano & Pegaſiano.*
18 *Quâ iuris ſpecie heres fieri poſſit aut non poſſit.*
19 *Senatus fecit vt fideicommiſſarius eſſet loco coheredis atque in eum vtiles tantùm transferrentur actiones.*
20 *An minor,qui repudiarat,ſit heres ſi reſtitutus fuerit poſtquam vulgaris ſubſtitutus adiit.*
21 *Diſtinctio Barbatia inter ius præteritum & ciuile; quod attinet propoſitam quæſtionem,repudiata.*
22 *Rationes interpretum quibus conficiunt eum qui ſemel eſt heres deſinere heredem eſſe.*

23 *Bartoli ratio refellitur ex eo quod Imperatores sint supra leges, atque ideo facere possint, quod nulla lex potest.*
24 *Miles ab intestato non potest habere heredes ex tempore vel ad tempus.*
25 *Statuta excludentia faminas propter masculos pertinent ad causam intestati.*
26 *Casus quo illa ipsa statuta ad causam testati spectant.*
27 *Legitima sine legitima supplementum potest solâ actione ex testamento.*
28 *Legitima non est pars hereditatis, sed bonorum.*
29 *Hereditas ex quo adita est desinit esse hereditas fitque patrimonium heredis.*
30 *Hereditas ab intestato per legem solam defertur eo ipso instante quo verum est patrem fam. intestatum decessisse.*
31 *Tempus delationis quando pendeat.*
32 *In suis & agnatis iure veteri quomodo non esset successio, nec sit iure etiam nouo.*
33 *Suus qui dicatur.*
34 *Distinctio media Iurisprudentia quoad ius succedẽdi.*
35 *Quomodo masculis & fœminis statuto prospici possit in causa succedendi salua legum autoritate.*
36 *Miles decedere potest cum duobus pluribusve testam.*
37 *Miles qui instituit heredem ad tempus, & alium ex tempore, videtur decessisse cum duobus testamentis.*
38 *Nemo potest decedere cum duabus hereditatibus ab intestato.*

1 Væstio celebris est,† & frequens in iis regionibus in quibus extant statuta ciuitatum excludentia fœminas à legitima intestati successione fauore masculorum, & *quandiu*, aut *quoadusque masculi supererunt*, cuiusmodi pleraque sunt in Italia, eorúmque assidua mentio apud interpretes nostros, quod ad hanc quæstionem respondeamus, non posse per statutum fieri, vt quis heres sit ad tempus aut
2 ex tẽpore,† quia hereditas neque ex die, neque ad diem dari potest, *l. hereditas.* 34. *D. de hered. instit.* Consentiens
3 tamen vox est † omnium interpretũ, statuto fieri vtrumque posse. Sic enim Bart. ab omnibus approbatus in *l. vlt. §. quando in pendente n. 2. D. ad SC. Tertyll.* vti etiã Bald. *& ad l. extraneum. 1 n. 1. C. de her. instit.* Ratio quam adferunt, illa est, quòd per statutum fieri possit, vt qui heres fuit, desinat esse heres, cum possint statuto fieri ea omnia
4 quæ fiunt per legem. Quid enim aliud est † statutum quàm lex municipalis illius loci, cuius statutum est? Sed tamen ratio hæc videtur mihi vitio duplici laborare. Pri-
5 mum illud est,† quòd supponit, non aliam rationem esse cur hereditas, neque ex die, neque ad diem dari possit, quàm quia is qui semel heres fuit nequeat postea desinere heres esse. Alterum est, quòd supponit etiam pro vero posse fieri per legem vt heres esse desinat is qui semel fuit. Vtrumque verò falsum est. Nam si quidem de eo duntaxat quæreremus cur hereditas ad diem & ad tempus dari non possit, illa vtique ratio adferri posset, quòd qui aliquándo heres fuit, is necesse est vt heres esse perseueret, *l. aut prætor. 7. alias l. etsi sine. §. sed quod Papinianus. D. de minor. l. si qui soluendo. 88. ff. de hered. instit.* Sed cùm de illo etiam quæramus, cur hereditas non possit dari ex tempore, nihil attinet tractare an qui heres fuit, possit desinere heres esse, quandoquidem is qui ex tempore heres fieret, si modò solus esset, nunquam antea fuisset, nec proinde esse desineret. Neque tamen dubitandum est, quin ex eadem ratione profluat vtrumque illud, vt hereditas neque ex die, neque ad diem dari pos-
6 sit, Ex eo nimirum, vt puto: quòd cum hereditas † sit fictio legis non aliam ob causam inducta, quàm vt dominium, quod defuncti fuerat, possit ab eo continuari in heredem, & vt aliquis iurium omnium, quæ defuncto, & in defunctum competebant, præsertim verò æris alieni successor constitueretur, in quem creditores agere possent, & cuius nomine bona venderentur. Ea verò dominij continuatio † & successio in vniuersum ius quod 7
defunctus habuit, fieri non posset, si vno vel minimo instanti interrumperetur, quomodo eam interrumpi necesse esset, si hereditas ex tempore daretur, quia tempus omne, vt ab aliquo instanti incipiat, oportet, quod ad præcedentia instantia nunquam possit recurrere, stat namque in perpetuo fluxu. Vnde est quod dici solet, † 8
Tempus nunquam retrotrahi, in eóque differre à conditione quæ facilè retrotrahitur quandocunque impleta sit, si nostris interpretibus hoc largiri volumus, vt retrotrahi dicatur conditio, cuius implemẽtũ facit, ne actus, cui incerta conditio fuerat, conditionalis vnquam fuisse videatur. De hoc enim latius tractauimus lib. 15. coniect. cap. 7. & 8. Porrò sicuti ratio hæc facit vt hereditas ex die dari nequeat, ita facit vt neque ad tempus dari possit, quia cùm per eam continuationem dominij, & successionem in vniuersum ius quod defunctus habuit, heredis persona fiat eadem penè persona quæ fuerat defuncti, non magis fieri potest, vt defuncti personam heres exuat, quàm vt suam propriam. Nemo enim personam ad tempus habere potest, siue à natura eam habeat, siue à lege, quia & lex naturam imitatur, & naturæ imago quædam est, *l. adoptio. ibid. de adopt. 1. filio. 23. de liber. & posthum.* Eaque vera † etiam & germana ratio est, pro- 9
pter quam is qui semel hæres fuit, nunquam potest desinere heres esse. Quemadmodum nec aliunde pendet, quod dici solet, † hereditatem quandocunque aditam 10
retrotrahi aditam fuisse ex die mortis, *l. heres quandocunque. 49. D. de acquir. hered. l. omnia. 131. de regul. jur.* Quod cum ita sit, consequens est, vt neque lex ipsa possit facere, ne, qui semel heres fuit, semper heres perseueret. Etsi enim lex † illa est quæ & hereditatem & here- 11
dem facit, *l. lege obuenire 130 de verb sign. l. filiumfamilias 18. D. ad l. Falcid.* non tamen ex eo inferre possis, esse igitur in potestate legis vt heredem destruat quem fecit. Nempe quia non eadem est legis in vtroque casu authoritas & potestas, non solùm quia facilius est, vt quid fiat, quàm vt quod legitimè factum est, legitimè destruatur: sed etiam, quia nulla vnquam potest subesse necessitas destruendi heredis, quomodo subest faciẽdi. Quid n. est quod impedire possit ne qui semel heres fuit, perpetuò heres remaneat? Atqui lex † nihil vnquam facit 12
nisi ex necessitate, quoniam nec quicquam facit sine fictione: quæ cùm à rei veritate abhorreat, non potest non esse odiosa nisi quatenus est necessaria. Suberat necessitas inducendæ per legem hereditatis, & faciendi heredis ob eas rationes quas diximus. At nulla potest necessitas cogere vt destruatur id quod fieri necesse fuit: esset que id alienum à maiestate legis vt heredi beneficium adimeret quod ei semel dedisset. Beneficia † namque legum, 13
vt & Principum perpetua esse conuenit, ne inconstantiæ ac leuitatis infamiam potiùs quam liberalitatis laudem & famam attulisse videantur. Hoc verò admisso, illud etiam admitti necesse est, vt non possit † lex here- 14
dem facere ad tempus, neque ex tempore quo alius iam fuerit heres, quoniam ita fieret vt desineret esse heres is qui ante fuisset, vel quòd esset difficilius, vt eodem tempore vni personæ duo heredes in solidum fuisse intelligerentur, quod esset multò difficilius & contra regulam iuris, de qua in *l. quòd contra 140. §. vni duo. De regul iur.* Nec enim eiusdem † rei plures in solidum domini esse 15
possunt *l. si vt certo 5. §. si duobus vehiculum. D. commod. l. de hered. 19. §. pater. D. de castr. pecul.* Heredis autem appellatione, dominus significatur, *§. vlt. Inst. de her. qualit. & differ.* Sed neque potest lex facere vt quis heres sit ex eo tempore quo nondum alius heres fuerit, quia quem non esset necesse heredem esse ex instanti mortis, nec vnquã necesse potest esse vt is heres sit, cùm necessitatem illud vnum inducat, quòd continuatio fieri omnino debet non dominij tantùm, sed etiam personæ, vt nec credatur defunctus fuisse, qui defunctus reuera fuit: quæ continuatio impeditur, si vel vnico instanti, quod

intermedium

intermedium ſit, perſona heredis à perſona defuncti, & dominium heredis à dominio defuncti diſtinguatur. quod autem dicimus non poſſe per legem fieri vt quis heres ſit ex tempore, vel ad tempus, aut vt qui heres ſemel fuit, deſinat heres eſſe, ſoleo ego duobus potiſſimùm argumentis cõprobare. Primũ ſumitur † ex lege 16 Ælia Sentia, quæ cum id maximè egerit, quãtum potuit ne valerent libertates quæ in fraudem creditorum datæ probarentur, vno illo caſu excepto, ſi is qui ſoluendo non erat, aliquem ex ſeruis ſuis neceſſarium heredem ſcripſiſſet, nec alius ex eodem teſtamento heres extaret *l. qui ſoluendo 42 l. ſi is qui ſoluendo 57. D. de hered. inſtit.* facere tamen non potuit, vt heres deſineret eſſe ſeruus neceſſarius, qui ſemel heres fuiſſet, tametſi ex eodem teſtamento alius heres eſſe cœpiſſet, vt in ſpecie *dict. l. ei qui ſoluendo. 88 eod tit.* vbi Caius notat caſum velut mirabilem, in quo & ſeruus cum libertate heres exiſtat ei qui ſoluendo non eſt, & alius prætereà heres adiiciatur, veluti inquit, ſi ſeruo cum libertate herede inſtituto ita adiectum ſit, *ſi mihi Stichus heres erit, tum Titius quoque heres eſto:* nam Titius, antequam Stichus ex teſtamento heres exiſtat, heres eſſe ipſe non poteſt, tanquam qui non ſit inſtitutus, niſi ſub conditione quæ nondum extiterit: Abſurdum ſiquidem eſſet, legem liberaliorem eſſe teſtatore in deferenda ex teſtamento hereditate. Eſſet autem liberalior, ſi hereditatem putè daret ei cui teſtator non dediſſet, niſi ſub conditione, *l. facta 63. §. ſi ſub conditione. D. ad SC. Treb.* cùm autem ſemel heres extiterit, ſeruus nõ poteſt adiectus efficere, vt qui ſemel heres extitit, deſinat heres eſſe. Cur verò adiectus hoc facere non poteſt; Nimirum quia neque lex ipſa Ælia Sentia hoc facere poteſt: quæ ſi poſſet, faceret vtique hoc caſu, in quo nulla ſubeſt neceſſitas permittendæ inſtitutionis ſerui neceſſarij cum libertate, cuius datione futurum ſit vt defuncti creditores fraudentur. Ratio enim quæ mouit legem Æliam Sentiam, vt vnius ſerui inſtitutionem cum libertate valere paterentur, etiamſi defunctus ſoluendo non fuiſſet, illa fuit, quòd non aliter poſſet conſuli famæ ciuis Romani, cuius bona ſub ipſius nomine alioquin vendi oportuiſſet. Cui rationi locus nullus relinquitur alio quandocunque ſuperueniente herede, qui hereditatem adierit, cùm eo caſu futurum ſit, vt bonorum venditio, ſi quam fieri oporteat, fieri poſſit ſub nomine heredis, qui imputare ſibi debebit cur damnoſam hereditatem vltrò adierit, quam adire non cogebatur, *l. nec emere 16. C. de inr. delib.* Nam & inde eſt quod dicimus ſoluendo eſſe hereditatẽ quæcunque inuenit heredẽ, *l. libertus 36. D. de bon. liber.*

17 †Alterũ argumẽtũ ſoleo ſumere ex Senatuſcõſultis Trebelliano & Pegaſiano, quibus licèt effectũ ſit, quantum fieri potuit, vt iura omnia hereditaria in fideicõmiſſariũ trãsferrentur, ſine vltro heres adiiſſet hereditatem, eámque ſicut rogatus à teſtatore fuerat, reſtituiſſet, ſine fideicommiſſario poſtulante per prætorem adire coactus fuiſſet, nunquam tamen fieri potuit vt fideicommiſſarius heres fieret: non quia Senatus heredem facere non potuerit (potuit enim, vt conſtat ex Senatuſconſultis Tertilliano & Orficiano, *l. 1. & ter. ſit. D. ad SC. Tertill. & Orfic.* poſſunt ſiquidem fieri heredes non modò per

18 legẽ, † ſed etiam per quamlibet legi ſimilem conſtitutionem, in quo genere Senatuſcõſulta, plebiſcita, & Principum placita, non etiam Prætorum edicta, prudẽtúmque reſponſa continentur, §. *quos autem. Inſt. de bonor. poſſ.* (Sed quia neque facere Senatus potuit vt valeret fideicommiſſum, poſſetque per heredem reſtitui hereditas, niſi adita prius ab eo hereditate: neque vt poſtea quã adita eſſet, deſineret per reſtitutionem heres eſſe is, qui ante reſtitutionem fuiſſet: nec denique vt manente herede illo, qui adiiſſet, fideicõmiſſarius heres fieret, atque ita duo eiuſdem hereditatis in ſolidum domini & heredes inducerentur, §. *reſtituta Inſt. de fideic.*

19 *hered.* Itaque hoc vnum fecit Senatus † quod facere potuit, vt fideicõmiſſarius loco heredis eſſet, nec niſi vtiles actiones in eũ transferrentur manentibus directis penes heredem etiam poſt reſtitutionem, ita vt ſiue agere ipſe veller aduerſus hereditarios debitores, ſiue à creditoribus hereditariis conueniretur, eſſet ei neceſſaria & aduerſus eũ exceptio reſtituꝛ hereditatis, *l. 2. l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano l. ſi heres inſtitutus. 70. D. ad SC. Trebell.* Nec diſſimile illud eſt, † quod ſi minore inſtituto 20
heredẽ repudiante factus ſit locus vulgari ſubſtituto, iſque adierit hereditatem, mox à prætore in integrum reſtitutus ſit minor aduerſus repudiationem licèt reſtitutionis in integrum effectus ille perpetuus ſit, vt omnia in priſtinum ſtatum reponat, quod nomen ipſum demonſtrat, non tamen poteſt ea reſtitutio facere, vt minor fiat heres, poſteaquam ſubſtitutus iam heres fuit, ſed tantùm vt ei vtiles actiones dentur, *d. l. ait prætor alias. l. etſi ſine. §. ſed quod Papinianus, D. de minor.* Quanquam ſi aliam rationem non haberemus, facilè poſſent reſpondere interpretes quod notauit † Andr. Barb. ad 21
Baldum in *l. 2. col. penult. C. de liber. prater.* Eum qui ſemel heres fuit, non poſſe quidem deſinere ſuum heredem eſſe iure prætorio, quia prætor heredis ius & nomen ſicut dare non potuit *d. §. quos autem.* ita neque adimere, ſed non eò minùs verum eſſe vt deſinere poſſit heres eſſe iure ciuili, cuius & in cæteris ferè omnibus maior quàm iuris prætorij authoritas eſſe ſolet, ſed in iis maximè quæ ad hereditates pertinẽt, & ad heredes. Sed cùm & lex Ælia Sentia, & Senatuſconſulta, de quibus diximus, non iuris Prætorij ſint ſed ciuilis, nec tamen facere potuerint nõ magis quàm Prætor vt qui ſemel heres fuiſſet deſineret heres eſſe, intelligimus nihil hac parte ius prætorium à ciuili diſcrepare. Quid ergo eſt quod interpretes mouere potuit, vt in iure tam aperto errarẽt? † Primum illud quod videretur aliquos eſſe 22
caſus in quibus ita comparatum eſt ex ratione iuris ciuilis vt qui heres fuit, deſinat heres eſſe, de quibus in ſequenti capite latiùs dicendum erit, vt appareat manifeſtiùs quantopere interpretes iis abutãtur. Alterum eſt, quod animaduertunt etiam militibus priuilegium hoc datum eſſe: vt poſſint habere heredem, & ex tempore, & ad tempus, *l. miles ita 40. D. de teſtam. milit.* qua vna lege nititur Bartolus in *dict. §. quando in pendenti*, ad probãdum poſſe per ſtatutum fieri, vt quis ſit heres in vita alicui defuncto, & poſtea deſinat eſſe alius poſtea rurſum ſit heres directò. Quaſi non aliunde priuilegium hoc miles habeat, quàm à lege, abſurdum autem ſit exiſtimare, non poſſe legẽ ipſam facere id, quòd alij, vt faciat, poſſit permittere. Sic etiam Bartolus ratiocinatus fuiſſe videtur, ſicque ratiocinari neceſſe eſt omnes quotquot hanc Bartoli traditionem ſequuntur. Sed omnes malè, ſi ego, quid bene ratiocinari ſit, intelligo, Priuilegiũ enim hoc militare datum eſt militibus, non à lege, ſed ab Imperatoribus. *l. 1. l. Diuus. 24. & paſſ. D. eod.*
† Imperatores autem, ſicuti ſunt ſupra leges, ita facere 23
potuerunt & fecerunt hoc caſu, quod nulla lex facere potuiſſet, vt teſtamenta militaria nullis legibus tenerentur, ſed in iis nudam militis voluntatem inſpici & ſequi oporteret, quæ in aliis omnibus ex iure cõmuni iuſta & legitima eſſe debet, *d. l. 1. iunct. l. 1. D qui teſtam. face poſſ.* Itaque ex eo quod milites facere poſſunt, non debet argumentum trahi ad id quod lex ipſa facere poteſt, cùm plus hoc caſu poſſint milites quàm leges, quibus omnibus perpetuum hoc fuit, vt teſtamentorum, & hereditatum iura ſolennia eſſe voluerint, neque ex hominum arbitrio pendere, *l. illa inſtitutio. 32. D. de hered. inſtit. leg. nemo poteſt. D. de legat. 1.* tanquam quæ iuris publici ſint, non priuati, *l. 3. D. qui teſtam. facer. poſſ.* Sed etſi bona eſſet comparatio militis & legis, itemque legis & ſtatuti, vt interpretes volunt, non aliud tamen poſſet ex eo inferre, quàm, poſſe per ſtatutum fieri, vt cuilibet liceat teſtamento ſuo heredem ſibi ſcribere, ex tempore & ad tempus. Nec enim aliud priuilegium milites habent,

bent, quàm vt liceat iis testari quomodo possint, quomodo velint, *d.l.1.d.l.Diuus.24.& pass.D.de testam.mi-*
24 *lit.* Cæterum non posset † miles, etiamsi maximè vellet, ab intestato vnum heredem habere ad tempus & alium ex tempore, quia militum priuilegia certum est non pertinere ad causam intestati. Quare nec aliud erit, etiam si miles dixerit velle se habere vnum ex proximis agnatis heredem ab intestato vsque ad biennium, alium verò post biennium, quoniam vel pro testamento militari habendum id erit: quo admisso, non poterit successioni intestati locus esse, vel quod magis puto, non valebit ea voluntas, neque iure testamenti militaris, quia miles expressit velle se decedere intestatum: actus autem nunquàm operantur vltra intentionem agentium: neque rursum ab intestato, quia iuris communis ratio repugnat quæ omninò sequenda est, vbi per priuilegium militare
25 non excluditur. At statuta, de † quibus tractant interpretes, cùm excludũt fœminas propter masculos, vt masculi sint heredes quamdiu viuunt, fœminæ verò post masculos, non pertinent ad causam testati. (Vix enim vnquam prohibent ne possit quis fœminas instituere aut cum masculis, aut ante masculos, si velit (sed ad causam intestati: Quomodo & renuntiationes illæ iuratæ, quæ hodie tam frequentes fiunt per filius nubentes ex authoritate, *ea.quamuis pactum.de pact.in 6.* nunquã excludunt filias à successione testati, si fortè postea institutæ reperiantur, sed tantùm à successione intestati, si quando ea deferatur. Habent enim, vt alibi scripsimus, tacitam illam conditionem, si hereditas ab intestato deferetur, vt Barr. Castrens.& alij notant ad *l.qui superstitis 94.D.de acquir.hered.* †
26 etsi possunt etiam vno casu pertinere ad casum testati. Non quidem vt impediant, ne filiæ, quæ renuntiauit, aliquid intestamento relinqui possit siue institutionis, siue legati, aut fideicommissi titulo. Ne alioqui coarctetur facultas testandi, quæ per huiusmodi renuntiationes potiùs ampliatur, sed, vt si fortè filia non tantùm successioni intestati renuntiauerit, sed etiam petitioni legitimæ portionis, aut supplementi legitimæ, expressis verbis (alia enim renunciatio quantumcunque generalis non sufficeret vt ad legitimam aut legitimæ supplemẽtum traheretur secundùm receptam interpretum sententiam: quam tamen nos in primæ Chiliadis nostræ parte improbauimus) excludatur ab actione, quam alioquin ex testamento haberet ad petendam legitimam, aut ad legitimæ supplementum, cui petitioni nunquam locus est nisi facto de-
27 muin testamento: vnde est † quod neque per aliam actionem petitur legitima aut legitimæ supplementũ, quàm ex testamento, *l.omnimodo.30. C.de inoff.testam.* Sed tamen non est ista testamentaria successio hereditaria, cùm legitima nõ sit pars hereditatis, † sed bonorũ.
28 *l.Papinianus.§.quarta autem D. eod.* potiúsque petitur supplementum legitimæ in casu testati, quàm ex causa testamenti, cùm petatur contra testatoris voluntatem. Ergo cùm statuta excludentia fœminas propter masculos, & quoadusque masculi superetunt, pertineant ad casum intestati, fatendum necessariò est, vel non posse quem ex iis heredem fieri ad tempus, & alium ex tempore: vel maiorem fore huiusmodi statutorum authoritatem, quàm sit vel esse possit priuilegij militaris, cuius tamen prætextu solo interpretes aburuntur. At neque Imperator quisquam id vnquam constituit, vt eiusdem hominis hereditas ab intestato pertinere possit ad vnũ ex agnatis ad tempus, ex eo verò tempore ad alium agnatum, quia nec id fieri posset quin tota iuris
29 ratio peruerteretur. Non ob id solùm † quòd hereditas ex quo semel adita est, desinit esse hereditas, sitque patrimonium heredis, vt proinde iam non supersit vnde alius postea heres fieri possit: siquidem hereditas sola est, quæ proximè ac immediatè facit heredem, nec quisquam heres esse potest, vbi nulla est hereditas: verùm
30 etiam quia cùm ab † intestato per legem solam defertur, vnde & legitima dicitur, certum est legis potestatẽ vnica eáque prima delatione consumi. Quoniam eo demum instanti quo verum esse incipit, patremfamilias intestatum decessisse, intestati successio defertur: itaque non alijs quàm iis qui illo tempore capaces reperiũtur, *l.3.2.& pass. D.de suis & legit.* Et quamuis possit tempus illud interdum † pendere ex facti circumstantijs, 31
puta, si vel posthumus speretur, vel heres institutus deliberet de adeunda hereditate quam postea repudiet, vel interim decedat, vt in *d.l.vlt.§. quando in pendenti. D.ad.SC.Tertil.l.scripto.7. D vnd.liber.l.si quis filio.6. D.de inoff. nupt.* Illud tamen exploratum est, nunquam posse pendere, ex quo tempore suis successio semel acquisita, sicut nec olim pendebat ex quo fuerat delata. Id enim est quod dici solebat † in suis non esse successionem, *d.l.1 §.sciendum.D.de suis & legit.* neque in agnatis 32
§. *placebat*, *Inst.de legit.succeff.* Nimirum vt qui primo illo delationis instanti non poterat succedere vel tanquàm suus vel tanquam agnarus, postea nunquam posset. Quod etsi à prætoribus primùm, deinde à Iustiniano plenius emendatum est, vt post excusum prioris gradus agnatum cui successio priore loco delata fuerat, siue per propriam repudiationem, siue alia qualibet ratione exclusus fuerit, sequentis gradus agnati possint succedere non tantùm prætorio sed etiam ciuili iure *d.§. placebat*, illud tamen ex iure vetere mansit inuiolabile, vt post hereditatem nõ modò delatã, sed etiam acquisitã alicui nulla siue gradui, siue personæ, amplius siue in suis siue in agnatis successio etle possit: sed in suis multò minùs quàm in agnatis. Non quòd sint minùs fauorabiles, qui certè sunt fauorabiliores sed quia plurium graduũ agnati esse possunt, sui esse nõ possunt, quando quidẽ suus † ille dicitur, qui non tantùm in patris familiâs 33
potestate est mortis tẽpore, sed & Primũ in ea gradum obtinet: quantum ad causam succedendi, *d.l.scripto,7. D vnd.liber.l. si filiusfamilias.33. D. de testam. milit.* Primum autem gradum mortis tempore sane non obtinuit in causa succedendi ille, qui, quoquo modo exclusus fuit ab hereditate, alio succedente. Nec proinde fieri postea vnquam potest vt hic suus fiat qui semel ab hereditate exclusus fuit tanquam non suus. Agnati verò plurium graduum esse possunt, non quidem qui sint, proximi, sed tamen qui sint agnati. Et ob id Prætor, cùm olim pro sua iurisdictione tẽperasset partem illam iuris quæ verabat ne in agnatis esset successio, *d.§. placebat*, in suis tamen heredibus nihil immutauerat, vt nec Iustinianus noster hac parte quicquam immutauit. Quod si Prætor nihil immutandum putauit eo casu, quo hereditas proximo agnato non solum delata, sed etiam acquisita fuisset, non alia ratione id ab eo fuisse credendum est, quàm quia nec potestas, nec ratio immutandi vlla erat, cùm hereditatis acquisitio, sicut hereditatis nomen & intellectum tollit, ita nullum alteri eiusdem hereditatis acquisitioni locum relinquat. Est autem huius rei luculentius & ad rem nostram accommodatius exemplum in media Iurisprudentia, † quæ cùm ad con- 34
seruandas augendásque reipublicæ familias induxisset aduersus legem duodecim tabularum, quæ de suis heredibus indistinctè locuta fuerat, vt inter masculos & fœminas essent aliquæ in succedendo differentiæ, nunquam tamen eo temperamento vsa est, vt fœminas, saltem post extinctos masculos, succedere passa sit, sed eas, quo casu semel exclusæ essent, in perpetuum exclusas voluit, *l.maximum vitium.4.C.de liber.prater.* Cùm tamen longè æquius fuisset ita ius constitui, vt non nisi post masculos fœminæ succederent, si qua iuris arte vel potestate id fieri potuisset, ne ab eo iure vetere, quod lex duodecim tabularum introduxerat, tantopere recederetur. Sed neque Iustinianus, licèt fœminis semper plus æquo fauens, temperamentum illud prætermisisset, cum ius vetus legis XII. tab. in vsum reuocauit in *d.l. maximum vitium*, abrogato iure illo quod

per

per tot ſæcula obtinuerat fauore maſculorum, & in excluſionem fœminarum, ſi potuiſſet fœminas excludere ad tẽpus, id eſt, quamdiu maſculi ſupereſſent; eaſdem verò ex tempore admittere, id eſt, poſt defectum maſculorum, qui aliquando heredes fuiſſent. Quis enim non videt, quàm ſint hac in re maſculi fœminis fauorabiliores, quippe per quos ſolos familiarum dignitas conſeruari poſſit, ex qua ſola reipublicæ quoque ſplendor æſtimatur? Sed cùm videret Iuſtinianus non poſſe propter maſculos excludi fœminas ad tẽpus, quin eſſet neceſſe illas in perpetuũ excluſas manere, hoc verò nimis duũ, & ab ipſis naturæ legibus alienũ exiſtimaret, coactus fuit eandẽ in omnibus facere cõditionẽ maſculorũ & fœminarum, nullo adhibito temperamento, quia nec potuit, vllũ adhiberi. Ergo quod neque media tota Iuriſprudẽtia, quæ cõſtans ex prudẽtũ interpretatione Ius ciuile per emphaſim appellatur in *l.2.§. his legib. D. de orig.iur.* neque Prætor, neque Imperator vllus fecit aut facere potuit, vt eſſet quis heres ex tempore, aut ad tempus. Cur, aut quomodo per ſtatutum fieri patiemur? Præſertim verò cum alia & multò commodiore ratione poſſit eodem ferè iuris effectu & maſculis proſpici, & fœminis ſalua legum authoritate: nimirum ita condito
35 ſtatuto, † vt ſoli quidem maſculi ab inteſtato ſuccedant, excluſis omnino ab inteſtati ſucceſſione fœminis, ſed cum eo tamen onere, vt cogantur cauere vel ſatisdatò, vel ſaltem nuda, ſed tamen iurata repromiſſione, *De portionibus hereditariis* quæ ad fœminas, ſi excluſæ non fuiſſent, ab inteſtato peruenturæ fuerant, reſtituendis; aut fœminis ipſis excluſis, aut ipſarum heredibus, quandocunque maſculos omnes contingeret defeciſſe. Ita namque fieret vt tantumdem conſequerentur fœminæ ex eiuſmodi obligatione tanquam ex ſtatuario quodam fideicommiſſo, quantum ſi ab inteſtato ſuccederent poſt maſculos, neque tamen legum authoritas, quæ ſemper ſancta eſſe debet, violaretur. Id niſi factum ſit, defendo conſtãter non valere ſtatutum per quod legitima ſucceſſio inteſtati deferatur fœminis poſt extinctos maſculos, quibus eadem fuerit aliquando non ſolùm delata, ſed etiam acquiſita. Quod enim ſemel cœpit in dominio eſſe maſculorum, quomodo poteſt inuitis iis tranſire ad fœminas tanquam heredes eius perſonæ, quæ iam inde à toto tempore habuerit heredem *arg.l.ſi ego 9.§. ſi res. D.de iur.dot.* Dices: Hoc ipſum tamen euenire in teſtamentaria militis ſucceſſione, ſi miles ſcripſerit heredem Titium vſque ad biẽnium, Sempronium verò poſt biẽnium. Nam poſt biennium hereditas militis, quanquam acquiſita Titio, nihilominus eo inuito acquiritur Sempronio. Verùm præter id quod iam diximus, non eſſe quærendam rationem inuitis, aut legum poteſtatem in militaribus teſtamentis, illud etiam obſeruandum eſt, Priuilegium militis inter cætera vnum hoc eſſe,
36 vt poſſit decedere † cum duobus, adeóque pluribus teſtamentis, *l.quærebatur. D.de teſta.milit.* quod cùm euenit tot hereditates reliquiſſe videtur, quot teſtamenta. Hoc enim priuilegium in alterius conſequentia ei acquiri neceſſe eſt, vt pro diuerſitate rerum, de quibus teſtatur, diuerſas quoque hereditates reliquiſſe intelligatur, non ſolùm ſi in diuerſis teſtamentis teſtatus fuerit, vt in *l.39.§.1. eodem.* ſed quod magis eſt, etiamſi in vno, eodemque teſtamento, ſi fortè alium heredem ſcripſerit bonorũ caſtrenſium alium cæterorũ, vt in *l.ſi certarum.17.§.1. eod.* (nam ſi in eodẽ teſtamento plures certarum rerum, quæ eiuſdem generis ſunt, inſtituerit, veluti alium vrbanorum prædiorum, alium ruſticorum, alium cæterarum rerum, valebit inſtitutio, tanquam facta non ſolùm in vno teſtamento, ſed etiam in vna hereditate, perindéque habebitur, atque ſi eos ſine partibus heredes inſtituiſſet reſque omnes ſuas per præceptionem cuique legãdo diſtribuiſſet, *d.l.ſi certarum in prin-*
37 *cip.*) In propoſito igitur † cùm miles inſtituit heredem Titium vſque ad biennium, Sempronium verò poſt biẽnium, dico videri militem deceſſiſſe cum duobus teſtamentis, quemadmodum ſi nihil de Sempronio cauiſſet, & ſolum Titium cum eadem adiectione, *vſque ad biennium*, heredem ſcripſiſſet pro parte temporis teſtatus, id eſt, pro biennio dumtaxat, pro reliquo autem toto tempore inteſtatus deceſſiſſe diceretur, *l.ſi miles.6.d.l.: miles ita.4.eod.* Nam quæ hereditas caderet in cauſa inteſtati poſt biennium, nullo alio ex eo tempore herede ſcripto, eadem cadit in cauſa alterius teſtamenti, ſcripto herede poſt biennium Sempronio: ac proinde quemadmodum alia eſſet hereditas, quæ legitimo heredi deferretur, quàm quæ Titio vſque ad biennium inſtituto delata fuiſſet, quoniam hereditas teſtamentaria tota ſpecie nedum numero differt à legitima: nec fieri poteſt vt eadem ſit numero aut ſpecie, quæ vni acquiſita ſit ex teſtamento, alteri autem ab inteſtato acquiratur: ita & cùm inſtituto ad biennium Titio inſtituitur poſt biennium Sempronius, licèt in iiſdem tabulis aut in eodem puluere, duo tamen teſtamenta ſunt & conſequenter duæ hereditates eſſe intelliguntur, quarum vna Titio ex priore teſtamento, altera Sempronio ex poſteriore deferatur. Nihil enim refert an teſtator ex vna inſtitutione partem aliquam patrimonij ſui, an verò partem temporis ſubtraxerit, & vtroque caſu verum eſt voluiſſe illum decedere, cum duobus teſtamentis, & in neceſſarium antecedens, cum duabus hereditariis teſtamentariis, non ſecus ac videretur deceſſiſſe cum duabus hereditariis, ſed vna teſtamentaria, alia legitima, ſi deceſſiſſet pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus, ſiue pro parte temporis, ſiue pro parte bonorum. Iam ergo mirum non eſt, ſi poſt biennium ſuccedat Sempronius iure directo, etiam inuito Titio, quandoquidem ſuccedit & ex alio teſtamento, & in alia quauis eiuſdem hominis hereditate. At non, ſicut poteſt miles decedere cum duobus teſtamentis, & cum duabus hereditatibus, ſiue quæ ambæ ſint teſtamentariæ, ſiue quarum altera ſit teſtamentaria, altera legitima: ita poſſis dicere, † Poſſe militem, aut talium quempiam bis 38
decedere inteſtatum, aut cum duabus hereditatibus legitimis, & ab inteſtato. Et tamen abſurdum hoc, quo nihil abſurdius, neceſſe eſt induci per iſta ſtatuta, quæ excludunt fœminas fauore maſculorum, vt ſoli maſculi ab inteſtato ſuccedant quandiu viuunt, poſt eos verò extinctos fœminæ ab inteſtato quoque ſuccedant. Vel enim duas hereditates legitimas induci oportet, vt poſſit bis ſuccedi, atque ita patremfamilias dici bis deceſſiſſe inteſtatum: quod ſanè non prius admittam, quàm tu pro interpretibus probaueris poſſe quem bis mori: vel ſi voles hoc inducere ex authoritate ſtatuti, vt in eadem eiuſdem hominis hereditate poſſit maſculus primùm, deinde poſt mortem maſculi fœmina, ambo in ſolidum, & ab inteſtato ſuccedere, hoc ſaltem ero aſſequutus, vt appareat, neque priuilegij militaris neque alio vllo exemplo eam authoritatem ſtatutis tribui poſſe.

ERROR II.

De caſibus in quibus is, qui ſemel heres fuit, deſinit iure ciuili heres eſſe.

SVMMARIA.

1 *Tres ſunt caſus, quibus is qui ſemel fuit heres iure ciuili deſinit eſſe heres.*

2 *Primus, cum heres ritè inſtitutus poſt aditam hereditatem in ſeruitutem redigitur.*

3 *Secundus, cum poſt aditam hereditatem teſtamentariam inofficioſi teſtamenti querela propenitur ac*

heres vincitur.

4 *Querela inofficiosi testamenti non competit nisi contra heredem testamentarium, & adita iam hereditate.*

5 *Plerunque testator, cum testamentum per inofficiosi querelam impugnatum est, decedit pro parte testatus, pro parte intestatus.*

6 *Quomodo accipienda regula, quæ vult non posse quem in paganis decedere pro parte testatum, pro parte intestatum.*

7 *Militis qui partim testatus, partim intestatus decedit, quotuplex & qualis sit hereditas.*

8 *Testamento per querelam inofficiosi rescisso duæ testatoris hereditates ex post facto constituuntur.*

9 *Supradictis duobus casibus hereditatem ad tempus aut ex tempore datam non censeri.*

10 *Differre casus propositos, quòd priori hereditas acquisita ei, qui desiit esse heres, applicetur fisco, posteriori heres ita desinat esse heres, vt tamen alius ex die mortis fuisse videatur.*

11 *An rescisso per querelam testamento duo simul heredes fuisse videantur.*

12 *Tertius casus à Iustiniano introductus est cùm heres etiam à iudice admonitus non satisfacit iudicio testatoris*

13 *Quàm multa absurda Constitutio Iustiniani, quæ superiorem casum innexit, contineat.*

14 *Filius ex asse institutus non potest omissa hereditate legitimam solam petere aut retinere.*

15 *Iustinianus concedit filio, qui ob non impletam defuncti voluntatem heres esse desiit, nec habet ius retinendæ quartæ Falcidianæ aut Pegasianæ, vt quartam legitimariam detrahat.*

16 *Nulla lex patrem cogit, vt inuitus filio legitimam relinquat.*

17 *Ex Iustiniani constitutione non colligi, legem posse facere, vt qui semel heres fuit, postea desinat heres esse.*

18 *In duobus primis casibus non legis potestatem, sed impotentiam facere, vt qui semel heres est, desinat esse heres.*

19 *Qui statuto fieri posse aiunt, vt qui heres fuit desinat esse heres, statutorum maiorem quàm legum potestatem facere.*

1 IRes tantùm casus inuenio, in quibus potest fieri, & verò fit iure ciuili, vt contra vulgarem iuris regulam is, qui semel heres fuit, desinat esse heres: quorum priores duo fuerunt veteri Iurisprudentiæ cogniti: tertium Iustiniani
2 authoritas introduxit. Primus ille est, † quem Paulus noster ponit in *l. ex facto. 43. §. vlt. D. de vulg. & pupill. substit.* si heres ritè institutus post aditam legitimè hereditatem redactus fuerit in seruitutem. Hic enim sicut desinit esse liber, ita & desinit heres esse: quia heres nemo est, aut manere potest, qui non sit & maneat liber? cùm heredem qui dicit, dicat dominum ex iure Quiritium, id est, ex legibus Romanis: cuius tamen iuris non magis retinendi aut conseruandi, quàm acquirendi capaces sunt serui, quos nimirum ius ciuile non tam pro mortuis, quàm pro nullis habet, *l. quod attinet. D. de regulis iuris.* † Secundus casus est à Iuliano traditus in l.
3 *in substitutione 31. D eod. tit. de vulgar.* si post aditam ex testamento hereditatem proposita sit querela inofficiosi testamenti, eáque obtinuerit. Nam cùm sit odiosa, propterea quod suprema defuncti hominis iudicia rescindit, & quidem eo colore, quasi fuerit ille demens & insanus, ideóque non sit permittenda nisi ex necessitate, id est, cùm alio remedio consuli non potest ei, qui contra pietatis officium & iniustè fuit exheredatus, ap-
4 paret non aliter, nec priùs eam posse † competere quàm adita sit hereditas per heredem institutum, *l. Papinianus. 8. §. si conditioni. D. de inofficioso testamento. l. si quis filium.* 34. *in fin. C. eod.* quia quandiu non est adita, fieri potest vt testamentum destituatur, herede siue repudiante, siue dum deliberat, aut etiam posteaquam deliberauit, sed antequam adeat, decedente. Destituto autem quamdocunque & quomodocunque testamento, nulla posset querela esse necessaria ei, qui suo iure ab intestato esset successurus? rursum vbi adita est ab herede scripto hereditas, si querela proponatur, & heres vincatur siue in solidum, siue pro parte, illud etiam euenire necesse est, vt eatenus desierit esse heres is, qui ante fuerat ex eo testamento, quia iuris ratio non patitur, vt ex testamento quod ruptum fuit per querelam inofficiosi, hereditas retineatur, non magis quàm vt ex testamento iam rupto acquiratur. Vel enim nullus potest effectus esse querelæ inofficiosi testamenti, vel illi esse necessariò debet, vt pro qua parte vicit, redigat testatorem ad causã intestati, *l. Titia 13. l. mater decedens. 19. & pass. D. eod.* inde fit, vt † plerumque testator, cuius testamentum per
5 inofficiosi querelam impugnatum est, decedat pro parte testatus, pro parte intestatus: quoties nimirum querela pro parte tantùm mota fuit, & vicit, pura, si ex duobus filiis, quorũ alter iniustè ac immerenter, alius iustè exheredatus fuerat, ille solus egerit & obtinuerit, quem paret sine causa exheredauerat: alius verò aut non egerit, aut saltem non obtinuerit: vel si duobus heredibus institutis filius exheredatus contra alterutrum duntaxat heredum egerit, aut contra vtrumque quidem egerit, sed contra alterutrum duntaxat obtinuerit, *l. circa. 24. D. eod.*
6 Nec impedimento † est iuris regula, quæ vult non posse quem in paganis decedere pro parte testatum, & pro parte intestatum. *Ius nostrum. 7. de reg. iuris.* id enim sic intelligi debet, vt ab initio verum sit, & eo tempore quo lex inducit hereditatem, quia nunquam lex inducit eodem tempore duas eiusdem hominis hereditates, siue quæ ambæ sint testamentariæ, siue quæ ambæ legitimæ, siue quarum altera testamentaria sit, altera legitima; sed vnam duntaxat, eamque vel testamentariam, vel legitimam, nunquam partim testamentariam partim legitimam: quoniam ea diuisio in vnam eandemque hereditatem cadere non potest, nec si de militis hereditate agatur. Sunt enim ista non modò contraria, sed etiam
7 contradictoria: ideóque † non de militis hereditate agimus, quem placet posse ex priuilegio decedere pro parte testatũ, & pro parte intestatũ, quia pro arbitrio, & citra vllã legum obseruationẽ testandi ius habet, si quãdo id contingat, vt voluerit decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus, non vnã ipsius hereditatẽ constituimus, quæ sit partim testamentaria, partim legitima: sed duas, quarũ vna sit testamentaria, altera tota legitima, vt superiore capite dicebamus, sicut & duas hereditates testamẽtarias, si miles decesserit cum duobus testamẽtis, siue facta sint diuersis temporibus, & in diuersis tabulis, siue in iisdem, puta vna herede scripto ad tempus, & alio ex tempore, *vt in l. miles ita. 41. D. de testam. milit.* Sed cùm
8 † testamentum, quod ab initio totum voluit, postea per querelam inofficiosi testamenti pro parte rescinditur, necessariò euenire oportet, vt ex post facto hereditates duæ constituantur, vna testamentaria, altera legitima: quia, sicuti testamentariam, quam solam lex induxerat retineri impossibile est pro ea parte, pro qua paterfamiliãs factus fuit intestatus: ita legitimam nouámque induci necesse est, vt filius qui vicit, succedere ab intestato possit, ne alioqui victoria ei non prosit. Quomodo enim posset fieri heres legitimus sine legitima hereditate; Quare nec pro absurdo habemus id fieri, quod ita fieri necessariò oportet. Ergo supradictis duobus casibus
9 desinit re verâ & iure quoque ciuili heres esse is, qui re vera & ex eodem iure ciuili heres fuit. † Sed an ideò dici poterit hereditatem ad tempus aut ex tempore datam esse; Minimè verò. Nam vtroque illo casu hereditas erat acquisita heredi eo legis voto, vt penes eum perpetuo esset quia nec præuisus erat, nec præuidendus

casus

casus ille abominabilis, quo hic heres in seruitutem redigeretur: aut testamentum ciuis Romani per querelam, quasi iudicium dementis & insani hominis, rescinderetur. 2 o. Inter hos † tamen casus illa differentia est, quòd in priore, id est, cùm heres in seruitutem redactus fuit: non idcircò alius potest fieri eiusdem testatoris heres, siue testamentarius, siue legitimus: sed hereditas quæ fuerat heredi acquisita, & transierat in patrimonium ipsius, acquiritur fisco, vt cætera bona omnia eorum, qui per sententiam fiunt serui pœnæ. Nec enim ita desinit heres esse, vt nunquam fuisse videatur. Ideoque si hic idem postea aduersus sententiam restitutus sit, nihilominus perinde potest ex pupillari substitutione succedere, ad quam vocatus fuerat, quisquis patri heres fuisset, ac si nunquam heres esse desiisset. *d. l. ex facto. §. vlt.* quamuis restitutio non faciat eum rursus heredem. In posteriore verò specie cùm heres per querelam victus est, ita desinit esse heres, vt tamen alius heres fiat, sed non tanquam ex tempore tantùm, at ita, vt ex die mortis heres ab intestato fuisse videatur. Miles enim pro parte quidem bonorum potest ex post facto decedere testatus, & pro alia parte intestatus, sed pro parte temporis nunquam potest, ne quidem ex postfacto: quia heredem facit continuatio dominij, quæ nulla esset, si vel minimum instans intercederet inter defunctum & heredem siue vacuum fuisset illud instans, siue ab alio herede occupatum. Nec tamen ideò impeditur is, qui per querelam heres esse desiit, quominus possit esse heres ex pupillari substitutione, quia sufficit quòd heres fuerit quandocunque. Tantum autem abest vt querela inofficiosi testamenti tollat intellectum acquisitæ ex testamento hereditatis, vt è contrario non possit fieri mentio querelæ, quin præsupponatur & adeundam, & aditam fuisse hereditatem ex testamento. Ergo, inquies, † 11 videbuntur fuisse duo heredes eodem tempore, ac pro eadem portione, & qui vicit, & qui victus fuit. Nego consecutionem. Nam qui prior fuit, nunquam fuisse intelligitur, si iuris rationem & potestatem inspicias, ideoq; nec legata competunt, nec libertates, si intra quinquennium actum sit. *l. Papinianus. 8. §. vlt. & l. seq. D. de inoff. testam.* Sed tamen in facto verum est heredem eum fuisse aliquando, quod sufficit, vt cõditio pupillaris substitutionis cõpleta videatur: quia in conditionibus non ius sed factum versatur. Et hæc vera, quamquam satis obscura ratio est, *d. l. in substitutione 31. D. de vulg. & pupill. subst.* vbi, quod ponitur, non nisi pro parte motam querelam fuisse, causam illam habet, quia si patris testamentum ruptum esset per querelam inofficiosi testamenti, non posset valere pupillare, quod pars est & sequela paterni: ex quo, tanquam ex eo quod principale sit, confirmari, ac vires accipere debet *l. penult. D. de testam. quem. aper.* nec dignus esset cui permitteretur testari pro filio, pater, qui pro seipso nonnisi tanquam insanus & demens testatus fuisset. *l. Papinianus 8. §. sed* 12 *nec impuberis. in fin. D. de inoff. testam.* † Tertius casus, in quo desinit iure ciuili heres esse, qui antea fuerat, ille est, quem Iustinianus introduxit. *Nouell. 1. de hered. & Falcid. cap. 1. §. si quis autem.* vbi constituit, vt si heres non implens quod dispositum à testatore fuit, etiam ex decreto Iudicis admonitus, annum totum protraxerit à die admonitionis numerandum, non agens hoc quod preceptum est: ac proinde adita iam per eum hereditate, desinat esse heres: & siquidem erat heres ex parte, ipsius portio adcrescat coheredi satisfacienti iudicio testatoris. Si verò erat in solidum heres, permittatur fideicommissario vniuersali: aut si vel non sit, vel nolit, legatariis ipsis, vt hereditatem adeant, atque ita heredes 13 fiant. Quæ constitutio † sanè non solùm valdè noua est, sed etiam iudicio meo valdè absurda & inepta. Totam enim non modò Iurisprudentiam veterem, sed & ipsa ferè iuris nomina peruertit, dum facit ex heredibus non heredes, ex legatariis verò aut fideicommissariis heredes. Quo enim iuris colore potest heres fieri is, quem testator legatarium duntaxat aut commissarium esse voluit, & cui nunquam hereditatem detulit; & contrario autem is, quem & testator & lex heredem fecerat, cur priuandus est hereditate, ob id solùm, quòd non impleuerit voluntatem testatoris, quam vt etiam inuitus impleat cogi possit, aliis tot propositis in eam rem iuris auxiliis, siue personali, sine hypothecaria actione experiri velint ij, qui non tantum heredẽ, sed ipsos etiam defuncti res omnes habent obligatas? Quare nec ratio illa constitutionem hanc tueri potest, quòd lata videatur ad conseruandam defuncti voluntatem, cuius ninirum conseruandæ tot alii erant modi multò expeditiores. Ob id namque dicebat iam olim Papinianus noster in *l. si patroni 55 §. qui fideicommissam ad SC. Trebell.* adita semel hereditate totam defuncti voluntatem ratam constitui, non quasi iam ex eo additionis tempore sit impleta, sed quia periculum amplius nullum subest, ne non impleatur per heredem testamentarium, qui cùm succedat ex voluntate, nullam probabilem excusationem adferre & causari potest, cur non in omnibus voluntatem exequi cogendus sit. Tametsi eo Papiniani sæculo nondum obtineret, quod idem Iustinianus postea induxit, vt pro legatis & fideicommissis hypothecaria quoque exerceri posset, *l. 1. C. commun. de legat.* Sed & illud quam absurdum est, quod eadem constitutio inducit, vt heres ex asse institutus fortassis filius, cui alio herede instituto legitima tantùm portio deberetur, hereditatem quidem amittat, legitimam verò portionem retineat? Quis ferat legitimam deberi ex asse instituto? Presertim si ponas indignum eum fieri, adeò vt hereditas ipsi auferenda sit? Annon enim legitima quoq; indignus videri debet, qui dignus est, vt ei hereditas auferatur? Nam etsi † filius ex 14
asse institutus vellet omissa hereditate legitimam solam petere aut retinere, non esset hoc ipsi permittendum, vt vulgo nostri tractãt, nec malè post Bart. ad *l. 4. D. ad SC. Trebell.* quia, vt ait Bart. nõ habet filius quod cõqueratur de testatore, à quo fuit ex asse institutus, nec si sub cõditione, dũmodo potestatiua institutus fuerit, sibiq; potiùs imputare debet, cur heres esse noluerit, cùm posset. Quantò magis hoc ipsum imputari potest ei, qui & heres ex asse aliquandò fuit, quo tempore confusa fuisset petitio legitimæ, etiamsi quę ante aditionem competisset (nec enim eam sibi ipsi debere filius potuisset) & non nisi ex culpa heres esse desiit ob non impletam, quam implere & potuit & debuit defuncti voluntatem; Decepit Iustinianum, † quòd hic filius, etiamsi volun- 15
tatem defuncti impleuisset, quartàm tamen aut Falcidiam ex legatis, aut Pegasianum ex fideicommisso vniuersali retinuisset. Nempe quia heres fuisset, heredi autem, qui tanquam heres aut legatis aut fideicommissis oneratus est, eiusmodi quartæ retentio competit, aut deductio. At cùm ob non impletam defuncti voluntatem heres esse desinit ex Iustiniani constitutione, nullum certè ius habere potest quartæ retinendæ. Idque præsentiens Iustinianus, non quartam Falcidianam, aut Pegasianam ei dat, sed legitimariam, quasi filio, quòd quamuis desinat esse heres, non tamẽ desinat esse filius. Sed cogitare debebat, quod nos modò diximus, nec filio tamquam filio legitimam vllam deberi, cùm ex asse institutus fuit. Quid enim amplius à patre potuit vel sperare, quàm vt ex toto asse institueretur, aut quid amplius præstare pater potuit? Et verò cùm † nulla lex 16
sit, quæ patrem cogat vi inuitus legitimam filio relinquat, sed filio quantumcumque immerenter exheredato vnicum supersit auxilium in querela inofficiosi testamenti, aduersus quem, obsecro, aut de quo posset queri de inofficioso, is, qui solus & ex toto asse institutus proponeretur; Iam enim diximus, & notissimum est, non competere querelam inofficiosi testamenti, nisi contra heredem testamentarium, & adita iam hereditate. Hæc omnia eò pertinent, vt appareat constitutionem

17 † illam Iustiniani tam esse alienam, &, vt loquuntur, exorbitantem à iure communi, vt non ex ea sumi debeat argumentum ad probandum quod volunt interpretes, Posse legem facere, vt qui semel heres fuit, posteà desinat heres esse: quod sanè falsissimum est. Probares potiùs, & optimè, posse Imperatorem hoc facere: sed probato etiam ego, quod in præcedentibus disputaui, hoc posse facere Imperatorem, non quia possit facere legem, sed quia sit supra leges. Quis enim nisi supra leges positus talem legem, qualis est ea Iustiniani constitutio, facere vnquam potuisset? In aliis verò superioribus
18 casibus, † quos veteri iurisprudentiæ cognitos fuisse diximus, non potestas, sed potiùs impotentia legum illa est, quæ facit, vt qui semel heres fuit, heres esse desinat. Nec.n.heres, qui in seruitutem redigitur, heres esse desineret, si esset in potestate legis facere, vt seruus heres esse posset. At non potest lex hoc facere, quoniam implicat contradictionem, vt idem sit heres & seruus, quemadmodum vt idem sit & seruus & liber, cùm heres nemo esse possit, nisi qui sit ciuis Romanus, nec rursus ciuis Romanus, nisi qui sit liber. Similiter cum is, qui heres, ex testamento fuit victus per querelam inofficiosi testamenti, heres esse desinit, non alia ratione id fit, quàm quia non est in potestate legis facere, vt ex eo testamento, quod ruptum & rescissum fuit, hereditas aut acquiratur, aut si antea fuerat acquisita, remaneat. Quid enim aliud est ruptum esse, rescisúmque testamentum quàm vires ipsius collapsas esse, vt perinde iam haberi debeat, ac nunquam factum fuisset? Facere autem quod interpretes per statutum fieri posse volunt, vt qui heres factus est, desinat esse heres sola legis potestate: tametsi nihil impediat quominus in perpetuum heres remaneat, hoc verò esset summæ supremæque potestatis, sed tantæ, quantam nec lex habere potest, nec populus ipse, cuius est legem & statuta condere, sed solus ille, qui supra leges ideo est, quæ est etiam supra populum, puta imperator Romanus, aut quisquis alius supremam
19 in populos suos potestatem habet. † Faciunt ergo patrem vim statutorum, & constitutionum Imperatoriarum, maiorem scilicet quàm legum, qui volunt per statutum fieri posse vt qui ab intestato heres fuit desinat esse heres, quinimò etiamsi nolint, faciunt maiorem. Nullus enim possit facere Imperator, vt eiusdem hominis hereditas tota & ex asse bis ab intestato deferatur, multò minùs vt bis acquiratur, ne quidem in persona vnius heredis, quantò minùs in personis plurium: Videlicet quòd neque possit facere Imperator, vt vnus idemque homo bis moriatur, aut vt eadem hereditas sit & vna & duplex, quoniam hæc quoque omnia implicant contradictionem. At neque fecit vnquam vllus Imperator, non magis quàm lex vt heres quis sit ad tempus, & alius ex tempore etiam facto testamento extra casum militaris testamenti Nam in suprascriptis casibus, in quibus diximus impotentia magis quàm potestate legis fieri vt qui heres fuit, desinat heres esse, non ideò tamen fit, vt heres quis sit ex tempore aut ad tempus, vt neque in casu constitutionis Iustiniani. Qui enim posterior heres est, retrofingitur & solus & semper heres fuisse, vt supra explicauimus. Ergo hic error interpretum non modò rationem nullam habet, sed neque exemplum.

ERROR III.

Si pacto conuenerit de succedendo ex tempore & ad tempus.

SVMMARIA.

1 *Per pactum quando detur hereditas ex sententia pragmaticorum.*
2 *Per pactum fieri posse vt hereditas vni ad tempus detur, alteri verò ex tempore pragmatici autumant.*
3 *Dissertatio autoris pro Namurci Ducissa cum Iureconsultis Italis.*
4 *Quod non ratione sed errore primùm, deinde consuetudine obtentum est, ne quidem in similibus aliis obtinet.*
5 *Statutorum & pactorum discrimen.*
6 *Valet argumentum à statuto ad pactum negatiuè, non affirmatiuè: à pacto autem ad statutum affirmatiuè, non negatiuè.*
7 *Pacta de succedendo aut non succedēdo quatenus hodie consuetudine recepta sint.*
8 *Nulla consuetudine receptum est, vt per pacta possint dari hereditates ex tempore aut ad tempus.*
9 *Consuetudinis de hereditatibus ex pacto deferendis inducendæ necessitas.*
10 *Vt per pactum posset vnus fieri heres ad tempus, alius autem ex tempore nihil erat necesse induci, neque possibile.*
11 *In hereditatibus quæ per leges deferuntur, non aliud remedium comparatum est, quàm fideicommissi, vt in alium quàm heredem transferantur.*
12 *In contractibus fieri potest substitutio conuentionalis.*
13 *Fideicommissum non facit, vt qui heres fuit, esse desinat, nec vt fideicommissarius sit heres.*
14 *Quoties contrahentes volunt ab vna persona in aliam transire hereditatem illis vtendum est substitutione seu fideicommisso conuentionali.*
15 *Ex Bartoli sententia pacto non potest dari hereditas, ex tempore, vel ad tempus.*
16 *Testator non potest dare libertatem ad tempus.*
17 *Instantia aduersariorum ex Bartoli verbis petita*
18 *Responsio autoris.*
19 *Hereditas nulla est nisi hominis iam defuncti.*
20 *Nemo post mortem suam exheredari aut heres instituti potest.*
21 *Successio conuentionalis ad tempus & ex tempore induci potest.*

VOD interpretibus & pragmaticis vsuenire, vt ab errore in errorem decidant, idipsum iis accidit in proposita quæstione, De hereditate ex tempore, & ad tempus deferenda. Nam posteaquàm pro certissimo & constantissimo principio habuerunt, posse fieri per statutum, vt heres quis sit ex tempore & ad tempus, etiam ab intestato, subinde incipiunt quærere, an idem possit fieri per pactum. Iis nimirum casibus, † quibus obtinuit, siue authoritate iuris pontificii propter religionem adhibiti iurisiurandi, siue potiùs ex consuetudine iam ferè vbiuis gentiū recepta contra manifestā iuris rationem, vt per pactū possit dari hereditas, præsertim verò in tabulis dotalibus inter Principes aut illustres nobiles conscriptis. De qua consuetudine Doctores plerique ex Gallis potissimùm & Italis attestantur. Statim verò pragmaticis occurrit, quòd respondeant ex trito illo brocardico, quod habet, Valere argumentū à statuto ad pactum & contrà: quòd populi & subditi qui statutū approbant, hoc ipso velut proprio pacto ad obseruationē obligentur. Ideóque non desunt qui audacter † respondeant, non minus per pactum, quàm per statutum fieri posse vt hereditas vni ad tempus detur, alij verò ex tempore. Quibus ignoscerem si essent nudi pragmatici: sed sunt etiam ex istorum numero plerique, nec ignobiles Iureconsulti, cum quibus mihi longa & magna fuit contentio in Italia dum pro Illustriss. D. Anna Estensi, Namurci Carnutumque Ducissa de Alphonsi secundi Sereniss. Ferrariæ Ducis hereditate contra Sereniss. D. Cæsarem Estensem Ducem Mutinæ disceptaremus. † Erat enim hæc ferè vna certè maxima quæstio ad litem pertinens. An pacto dotali, quod in D. Annæ fauorem adhibitum fuerat, fieri potuisset, vt ipsa hæres esset patri & matri

ab

ab inteſtato, poſtea quàm Alphonſus frater, quamdiu vixerat, hæres ipſius extitiſſet. Volebant enim aduerſarij pactum quod his verbis conceptum erat. *Poſſit tamen & valeat ipſa Illuſtriſſ. D. Anna in caſu extinctionis totius ſobolis maſculina dicti Herculis patris ſui, & ſuorum maſculorum deſcendentium per lineam maſculinam ſuccedere in dictis bonis paternis & maternis, quæ remanſiſſent in hereditate vltimi eorum morientis*, intelligendum eſſe de ſucceſſione inteſtati, vt inferrent. Facto igitur per Herculem teſtamento, nihil eam iuris in bonis paternis habere poſſe. At ego contrà dicebam non poſſe pactionem illam intelligi de ſucceſſione inteſtati propterea quòd cùm eſſet coarctata ad ea bona paterna & materna, quæ in vltimi maſculi hereditate reperirentur, apparebat, non de aliis bonis conuentum fuiſſe, quàm quæ facta fuiſſent paterna: ac proinde collatam fuiſſe ſucceſſionem in eum caſum, quo Alphonſus, aut alius quiſquis eſſet maſculus Herculis, tam Herculi ſucceſſiſſet. Itaque ſi poſt vltimi illius mortem D. Anna non niſi ab inteſtato parentibus ſuis ſuccedendi ius haberet, futurum vt Alfonſus, aut alius ille vltimus maſculus, quandiu vixiſſet, heres fuiſſet ab inteſtato, ſi parentes ex ſuppoſitione inteſtati deceſſiſſent. Ex eo verò tempore quo vltimus maſculus deceſſiſſet, D. Anna heres eſſet ſimiliter ab inteſtato: Ille igitur ad tempus, iſta ex tempore, quod negabam ego per pactum fieri potuiſſe, idcircóque defendebam ſic pactum eſſe interpretandum, vt de iure ſuccedendi ex pacto, & tanquam ex ſubſtitutione conuentionali, non de ſucceſſione ab inteſtato cogitatum videretur, quam proinde non magis teſtamenta parentum, quam vltimi maſculi euertere potuerant in fraudem & diminutionem dotis, quæ partim ex hoc pacto conſtabat. Cùm verò aduerſarijs vna illa replicatio ſupereſſet, vt dicerent: Imò verò etiam per pactum æquè ac per ſtatutum fieri potuiſſe, vt maſculi eſſent heredes quandiu viuerent, poſt eos verò extinctos, D. Anna heres eſſet ab inteſtato, tandem eò recidebat diſputatio, vt quæri oporteret, An per pactum hoc fieri, nec ne potuiſſet. Non deerant nobis alia quamplurima & fortiſſima argumenta, partim ex verbis contractus, partim ex mente contrahentium: omnia verò ex iuris ratione deſumpta, quibus ſententiam & interpretationem noſtram confirmaremus. Sed de iis nunc dicere nihil attinet, quia melius & commodius viſum eſt de tota diſceptatione librum conſcribere, quem breui fortaſſe in lucem daturi ſumus. Digna enim res eſt, quæ & Dominos ſacri Palatij Apoſtolici, & quotquot ſunt in toto terrarum orbe, Iureconſultos præſtantes habeat iudices, & definitores. Sufficiet hîc paucis errorem iſtum, De faciendo per pactum herede ex tempore & ad tempus, & indicaſſe, & confutaſſe. Adferebam pro ſententiæ meæ comprobatione & ipſa omnia quæ attuli in præcedentibus, contra errorem illum, De ſtatuto faciente heredem ad tempus, & ex tempore: non quòd putarem poſſe me vnquam ab aduerſariis, aut à iudicibus impetrare, vt fatérentur erraſſe in eo Bartolum, cæteróſque interpretes, quos ſciebam veteris illius erroris tam pertinaces aſſertores: ſed vt oſtenderem, ex ea opinione, quæ tam apertè falſa eſſet, nec niſi vana errantium authoritate niteretur, non debere ſumi argumentum ad alium errorem, qui longè
4 abſurdior foret, inducendum. Nam ſi † quod non ratione, ſed errore primùm, deinde conſuetudine obtentum eſt, in aliis etiam ſimilibus non obtinet, vt ait *l. quod non ratione. 39. D. de legib.* quando nec ea quæ à prudentibus ipſis contra iuris rationem recepta ſunt, produci debent ad conſequentias, *l. quod vero. 14. eod. tit.* quanto minùs obtinebit in aliis cauſis omninò diſſimilibus? Sunt autem † pactiones valdè diſſimiles ſta-
5 tutis, in eo maximè de quo diſputamus. Statuta enim non ſolùm ius faciunt inter ſubditos ſtatuentibus, ſed etiam legum vim habere exiſtimantur. Pacta verò certum eſt legum authoritate non cenſeri, *l. penult. D. de ſuis & legit. l. pactum quod dotalis 14. C. de pact.* Itaque cùm maior ſit authoritas ſtatutorum, quam pactorum; admittendum quidem eſt, poſſe omnia per ſtatutum fieri, quæ poſſunt fieri per pactum. Itemque quod per ſtatutum fieri non poteſt, multò minùs per pactum fieri poſſe, ſed non è contrario, poſſe per pactum fieri omnia quæ poſſunt fieri per ſtatutum, aut quod per pactum fieri nequit, multò minùs fieri poſſe per ſtatutum. Id enim eſt quod ex interpretibus quoque noſtris peri- 6
tiores ſolent dicere, † Valere argumentum à ſtatuto ad pactum negatiuè, non affirmatiuè: à pacto autem ad ſtatutum affirmatiuè, non etiam negatiuè, quomodo dicere ſolent logici de omnibus quæ ad inuicem ſe habent per maius & minus. Nec eſt quod quis dicat etiam pacta hodie legum authoritate cenſeri, poſtquàm placuit vt ex pactis ſaltem iuratis & dotalibus deferri poſſint hereditates. Non enim ſicut generali ferè locorum omnium conſuetudine receptum † illud eſt, inuita 7
etiam iuriſprudentia, vt valeant pacta tam de ſuccedendo quàm de non ſuccedendo, ſi facta ſint ex cauſa dotis & adhibito iureiurando, immò etiamſi nullum iuſiurandum interuenerit, ſi modò per actionem inducatur æqualitas inter liberos, vt conſtat ex Imperatoris Leonis conſtitutione 19. cui tit. eſt *de pacto paterno*, ex æquo hæredem futurum filium ne alioqui decipiantur contrahentes matrimonium, qui aliis legibus contracturi non fuiſſent: ita & illud conſuetudine aliqua receptum eſt, † vt per pacta poſſint dari hereditates ex 8
tempore, aut ad tempus, quia nimirum nec fuit neceſſarium, nec vllo modo vtile, aut æquum, eam conſuetudinem induci, quæ non modò futura eſſet contra leges, ſed etiam maiorem authoritatem datura pactis quàm legibus, cùm nulla lex poſſit hoc facere, vt heres quis ſit ex tempore aut ad tempus præſertim ab inteſtato. Fuerat quodammodo neceſſarium † vt induceretur con- 9
ſuetudo per quam fieret, vt etiam pactis ſaltem iuratis, & dotalibus quamuis inæqualitatem inter liberos inducentibus, hereditates deferri poſſent, cùm ea ratione fiat quotidie, vt multa matrimonia contrahantur, quæ alioqui non contraherentur: nemo autem neſcit vtiliſſimum eſſe reipublicæ quicquid inuitare poteſt homines ad nuptias contrahendas, aut nuptiis viam ſternere ampliorem & faciliorem. Etſi autem etiam circa hanc conſuetudinem, & ex iuris ratione poterant fieri pactiones, quæ bona paciſcentium obligarent, vt poſt mortem alicuius ea bona ad alium peruenirent, *l. vnic. C. vt actiones ab hered. & contr. hered. incip.* dum ne quid de hæreditariæ ſucceſſionis iure conuentum videretur: non eò minus tamen neceſſaria, aut ſaltem vtilis fuit inductio conſuetudinis, De hereditatibus ex pacto deferendis, cum hereditates pleniore non tantùm titulo, & honore, ſed etiam commodo & emolumento deferantur, *l. filius. §. ſed etſi portio. D. de legat. præſt.* At verò, † vt per pactum poſſet vnus fieri heres ad 10
tempus, alius autem ex tempore, nil erat neceſſe induci, neque poſſibile, cum nec leges ipſæ hoc facere poſſent, ſufficerétque in pactis remedium ſubſtitutionis cõuentionalis ad obligandum eum, qui ſemel heres fuiſſet, vt ſiue viuus, ſiue poſt mortem ſuam reſtitueret bona, quæ fuiſſent hereditatis alteri, qui non poſſet fieri heres in ea hereditate quæ deſiſſet eſſe hereditas: Quémadmodum & in hereditatibus † quæ per leges, ſiue ex 11
teſtamento, ſiue ab inteſtato acquiruntur, non aliud remedium comparatum eſt quàm fideicommiſſi, vt in alium, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato transferantur. Nam & in contractibus † fieri poſſe ſubſtitutionem 12
conuentionalem certum eſt, *l. 3. C. de donat. quæ ſub mod. l. 1. Cod. de donat. cauſ. mort. l. Publia. 26. D. depoſit.* quam interpretes noſtri, licèt minùs appoſitè fideicommiſſum conuentionale appellant *l. qui Romæ 122. §. coheredes D. de verb. oblig.* Atqui fideicommiſſum in

hereditatibus;

23 hereditatibus,quæ per legem deferuntur,† non facit, vt qui heres fuit, esse desinat, nec vt fideicommissarius ex tẽpore restitutionis heres fiat, siue ex testamẽto, siue ab intestato fideicommissum relictum sit, sed tantùm vt exinde incipiat esse loco heredis,*§.restituta.Instit.de fideic. hered.l.2.D.ad SC. Trebell.* Ergo & in hereditatibus †
24 quæ per pactum deferuntur idem obseruandum est, vt si ab vna persona in aliam eas transire contrahentes velint, non alia ratione id assequi possint, quàm per viam siue substitutionis, siue fideicommissi conuentionalis. Tantò igitur absurdius fuerit in dubio dicere, cogitatum fuisse à contrahentibus de faciendo herede vno ad tẽpus ab intestato, & alio herede ex tempore, cùm nulla mentio facta est neque heredis,neque hereditatis, neq; successionis intestati, quãdo nec id expressim facere cõtrahentes potuissẽt, tametsi maxime voluissẽt. Verũ enim verò parũ nobis rationes istæ profuissẽt, nisi Bartoli
25 quoq; authoritatẽ in auxiliũ adsciuissemus.† Is ad *l.vlt. §.quando in pendenti.D.ad SC.Tertill.* posteaquàm errorẽ illum inuexit, vt possit per statutũ hereditas deferri ex tẽpore & ad tempus, subiungit in *versic. non obstat lex.* Imperator verba illa,*tamdiu,quoadusque*, & similia, quæ operantur extinctionẽ iuris hereditarij in personis masculorũ post eos extinctos, quoties statutum ita loquitur, vt *fœmina dotata non succedat, quousque supernixerit aliquis masculus* : non tamen operari extinctionem libertatis in specie, *l.Imperatores* 52. *D.de testam. man.*
26 quia inquit, † testator etiamsi expressè vellet dare libertatem ad tempus, tamen non posset, *l. libertas ad tempus.*33.*eod.ti.* Mox addit, *idem dicerem in hereditate,quæ non potest adiri ad tempus: vt l.hereditas* 34.*D.de hered. instit.* Ac ne quis putaret eũ pugnantia scribere, cùm eo loco tractaret de hereditate per statutum delata ex tempore,& ad tempus : subiicit velut occurrens obiectioni, *sed hoc*,scilicet quod volumus hereditatem per statutum deferri ex tempore & ad tempus posse, *fit à lege quod potest sicut à milite, vt l.miles ita de testam. milit.*quasi dicat, posse quidem hoc fieri à lege, & consequẽter à statuto quod legis vim habet, sed non ab homine, nisi ab eo qui tantam potestatem habeat, quantam lex ipsa, cuiusmodi est miles ex priuilegio militari. At pacta non à lege fiunt, sed ab homine, Apertè igitur sensit Bart. aliam hac parte rationem esse statuti, aliam pacti. Sicque ab omnibus rectè locus ille Bartoli acceptus est, vt apparet ex iis quæ disputat Carol.Ruin. cõsil.99.vol.1.
27 & Crauet. consil.127.num.10. Sed tamen non † poterant aduersarij nostri hoc sibi persuadere, abutentes eo quod ibidem paulò ante dixerat Bart.de iis dictionibus, *quandiu, quousque*, & similibus à lege prolatis, *idem esse si proferatur à contrahentibus vel à testatore:* nihil proinde putans interesse an de lege tractemus, an de statuto,
28 an de pacto, an de testamento. Et sanè ita est † sed in iis demum quæ non minus ab homine quàm à lege possunt fieri ex tempore, & ad tempus. Semper enim supponendi sunt termini habiles, idque apparet ex iis iuris locis quos citat. Bart. qui hanc suam traditionem probat ex *l.Pater Seuerianam* 101.*in fin.D.de condit.& demonstr.l.1.C.de legat.l.Cato.§.Imperator.de alim.& cibar.legat.l.3. D.de vsufr.l.ambiguitatẽ.2.resp. C.de vsufr.* in quibus omnibus locis agitur de ea re quæ ad tempus, dari possit, in eo autem numero non est hereditas, sicut nec libertas vt idem Bart. statim explicat, cùm subiicit traditionem illam non habere locum in libertate, neque in hereditate, quia neutra ad tempus dari potest. Non ergo secum pugnat Bart. neque dubitat quin per pactũ fieri nequeat vt hereditas ex tempore ad tempus detur, licèt non dubitet quin per statutum id fieri possit. In proposito autem casu illud etiam faciebat, ne posset defendi hereditatem intestati ex tempore & ad tempus dari potuisse,quòd pactio diuersis verbis collata erat,quantum ad ius succedendi acquisitũ D.Annæ,in id tempus, non quo vltimus masculus moreretur, sed quo ille esset iam mortuus. Collata si quidem erat in tempus hereditatis vltimi masculi,cùm conuenisset vt posset succedere in bonis paternis & maternis, quæ in vltimi masculi hereditate reperirẽtur. Hereditas † autem nul- 29
la est, nec esse potest nisi hominis iam defuncti *l.1.d.de hered.vel act.l.1.D.pro hered.* Itaque ex verbis & potestate huius conuentionis,si admitteremus id actum fuisse, vt parentes ab intestato heredum primum haberent masculum, deinde post mortem masculi filiam, ex quo tempore masculus heres esse desiisset, sequeretur id etiam agi potuisse & debuisse,vt Alphonsus vltimus masculus, non viuus, nec proinde moriens, sed iam mortuus & post mortem suam desineret esse heres. Nec.n. aliter fieri vllo modo posset,vt in ipsius hereditate bona paterna & materna inuenirentur, quia quod moriens quis amittit, in ipsius hereditatẽ cõfluere nũquã potest: atqui contradictionem implicat, vt quis desinat heres esse post mortem suam, cùm non entis nullæ sint qualitates, *vulg.l.eius prouincia* 41.*D.de reb.credit.* Vnde est
quod nemo † post mortem suam exheredari, vt nec he- 20
res institui potest,*l.si ita scriptum* 13.*§.vlt.l.Gallus.*20.*§. in omnibus D.de liber.& posthum.Bald.ad l.extraneum.1. circ.princip.C.de hered.instit.* Quid enim aliud est, aliquem exheredari, quàm desinere heredem esse? *l.in suis* 11.*de liber. & posthum.* Cum igitur in ea specie quam tractabamus, neque Alfonsus desiisset heres esse quamdiu vixerat, nec proinde ipso instanti mortis, quod vitæ tribuitur non morti,*l.qui duo.*18.*§.1.D.de manum.test.l. vlt.C.de condic.inst.* neque tamen potuisset desinere heres esse post mortem suam, tametsi constaret contrahentes id maximè facere voluisse, nec denique fieri posset, vt quamdiu Alfonsus fuisset ab intestato heres patris ex asse, soror etiam pro aliqua parte successionis intestati heres esset,quin pro ea saltem portione duo in solidum heredes inducerentur contra iuris nostri regulam,*l.quod contra* 141.*§.vni duo.de regul.iur.* Relinquebatur vel inutilem fuisse pactionem,quod tamen in dubio,dici non poterat nisi per malignam interpretationẽ : vt Paulus loquitur in *l.si ita stipulatus.*126. *§. Chrysogonus. D.de verb. obligat.* vel nõ esse accipiendã de successione intestati delata masculis ad tempus, & filiæ ex tempore, sed de successione cõuentionali, † quam & ex tempore & ad tempus induci nihil prohibet, cùm non ad ius hereditatis referatur quod pendet ex legibus, sed ad causam acquirendorum ex singulari titulo bonorum,quibus legem dare contrahentes & voluerint & potuerint.Et sanè si quis diceret ex eiusmodi pactione delatã fuisse intestatorum parentum successionem masculis, deinde filiæ, postquàm vltimus masculus heres esse desiisset, cùm fateri necesse esset, non solùm plus posse statuta, quàm leges, vt iam probauimus, sed plus etiam pacta quàm statuta, quoniam ea statuta (de quibus & Bartol.& cæteri Doctores Itali loquuntur) tractant de masculis qui desinant esse heredes quo instãti morientur, ita vt nihil prohibeat quominus primo instanti post ipsorum mortem incipiat parentibus ab intestato succedere filia, quæ viuis masculis fuerat excluſa.Sed si poneres ita conceptum fuisse statutum, quomodo conceptum erat pactum nostrum, vt post extinctos masculos possit succedere ab intestato filia in bonis paternis & maternis quæ in vltimi masculi hereditate reperientur: intrepidè dicendum esset, etiam admisso eo quod vult Bart. per statutum dari posse hereditatem ex tempore & ad tempus, huiusmodi tamen statutum nullo modo valere posse, per quod scilicet fieret non solùm vt esset vnus heres ad tempus, & alius ex tempore, sed illud amplius, vt vel masculus vltimus desineret heres esse post mortem suam vel eodem tempore plures in solidum pro eadem portione heredes inducerentur: quorũ vtrumque non tantùm absurdum, sed etiam impossibile est. Ergo admissa quoque legum & statutorum primùm, denique statutorum & pactorum comparatione, consequẽs erat in casu nostro,

noſtro, vt per ſtatutũ expreſsũ fieri nõ poſſet, multò minus per pactum fieri potuiſſet, etiamſi de contrahentiũ voluntate conſtaret. Quantò magis probandum erat, cũ nihil de inteſtati ſucceſſione in pacto comprehenſum fuiſſet, non eſſe in dubio capiendam interpretationem, quæ faceret, vt viderentur pacifcẽtes cogitaſſe tacitè de faciẽdo eo quod nec expreſſim facere potuiſſent, id eſt, de habendis ab inteſtato heredibus ex tempore & ad tempus? Sic enim & Bart. noſter ſupra citato loco argumentatur, & rectè. Semper enim ſumenda eſt coniectura eius quod tacite actum fuit, ex eo quod expreſſum agi & potuit & debuit, exceptis ſolis iis caſibus, in quibus locum ſibi vindicat iuris regula, quæ habet, Expreſſa nocere: non expreſſa, non nocere.

ERROR IV.

De ſuſpendenda per legem, aut per pactum legitimæ hereditatis, delatione.

SVMMARIA.

1 *Quibuſdam caſibus hereditatis legitima aditio manet in ſuſpenſo.*
2 *Delatio hereditatis teſtamentaria etiam pro arbitrio teſtatoris ſuſpendi poteſt.*
3 *Conditionum propria natura.*
4 *Delatio hereditatis etiam in ſuis heredibus quandoque pendet.*
5 *Liberi qui ſunt in poteſtate, non poſſunt ſub alia conditione inſtitui quàm poteſtatiua.*
6 *Caſus quo hereditas teſtamentaria manet in ſuſpenſo propter legitimam, adeoque poſt legitimam defertur.*
7 *Patrisfam. inteſtati voluntas tacita quomodo ſubſequatur legis voluntatem, teſtatoris verò voluntatem ſequatur legis voluntas.*
8 *Expreſſa poſthumi alieni inſtitutio iure veteri cur prohibita.*
9 *Legitima & teſtamentaria hereditatis differentia.*
10 *Legitima hereditas cur non ſuſpendatur ab eo tempore, quo per legem deferri poteſt.*
11 *Ex quibus cauſis fiat vt delatio hereditatis legitimæ aliquando maneat in ſuſpenſo.*
12 *Ex facto naturæ ſuſpenditur aditio hereditatis legitimæ, cùm poſthumus ſperatur naſciturus.*
13 *Ex obſtaculo teſtamenti quando ſuſpendatur delatio hereditatis legitimæ.*
14 *Tertius caſus quo in ſuſpenſo manet hereditas legitima.*
15 *Quartus caſus.*
16 *Quintus caſus.*
17 *Pauli & Vlpiani apparens repugnantia.*
18 *Obiectio contra Vlpiani ſententiam de hereditate vni perſonæ acquirenda, poſtquam alteri delata, etiam acquiſita fuerat.*
19 *Sententia pragmaticorum de ſuſpenſione legitimæ hereditatis per ſtatutum refellitur.*
20 *De hereditatis legitimæ ſuſpenſa per pactum delatione pragmaticorum placitum explodituꝛ.*

1 CAſus quidam ſunt, † quamquam perpauci, in quibus ratio iuris non ſolum patitur, ſed etiam facit, vt delationem hereditatis legitimæ & ab inteſtato neceſſe ſit manere in ſuſpenſo: ſed quibus tamen interpretes noſtri paſſim abutuntur, vt id ipſum ad alios pleroſque diſſimiles caſus trahant: nec abſurdum putent: vt hereditatis delatio ab eo quoque tempore, quo per legem fieri potuit, nihilominus ſtatuti alicuius vel pacti poteſtate ſuſpendatur. Illud verò primùm obſeruandum eſt, tractare nos de hereditate legitima & ab inteſtato, quia in teſtamentariis hereditatibus res non habet dubitationem, quin † earum delatio ſuſpendi poſſit, non ſolùm poteſtate 2
legis, & iis ipſis caſibus quibus inteſtati ſucceſſio ſuſpenderetur, quos enumerabimus poſtea, ſed etiam pro arbitrio & voluntate teſtatoris, ſi velit ille inſtituti conditionem iniicere: ſiue caſualem, ſiue poteſtatiuam, ſiue mixtam, *tot. tit. de condit. inſtit.* Conditionum † enim 3
omnium propria natura illa eſt, vt ſuſpendant actum cui adhibentur, quouſque vel impleatur conditio (quòd cum euenit, perinde habetur acſi purus ab initio fuiſſet) vel deficiat, quo caſu reducitur actus ad non actum, quaſi nunquam factum fuerit quod factum ſub huiuſmodi conditione, *l. potior. 11. D. qui potior. in pign. habeant. l. ſi quis ita. 33. D. hered. inſtit. l. cedere diem 213. de verb. ſignific.* Adeo autem verum eſt, † condi- 4
tionali facta inſtitutione pendere delationem hereditatis teſtamentariæ, vt quamuis dici ſoleat, liberos, qui ſunt in poteſtate, ſi heredes ſcripti ſint, ſtatim heredes eſſe ex teſtamento, & ipſo iure, nec quicquam facere quòd poſſint ſe abſtinere, *l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſa. teſtam.* ſi tamen inſtituti ſint ſub conditione, dummodo tali, quæ ſit in eorum poteſta- 5
te (ſub † alia namque inſtitui non poſſent) non priùs, nec aliter ſint heredes, quàm conditionem impleuerint, *l. ſuus quoque 4. D. de hered. inſtit. l. verba hæc. 12. D. de condit. inſtit.* Imò, quod magis eſt, facere inſtitutionis conditio poteſt vt hereditatis teſtamentariæ † 6
delatio pendeat in id vſque tempus, quo legitima hereditas agnato proximo iam fuerit delata: quamuis verum ſit legitimæ ſucceſſioni locum nullum eſſe quandiu ſperatur teſtamentaria, *l. quandiu. 39. D. de acq. hered.* Nempe vno illo caſu valdè ſingulari, quo heres quis ſcriptus ſit ſub ea conditione, ſi legitimus vindicare hereditatem nolet, *l. ſi ita quis. 82. D. de hered. inſtit.* Nam cùm heres ſub conditione ſcriptus non aliter heres eſſe poſſit, quàm ſi conditio impleta ſit, priùs eſt vt appareat legitimum heredem in ea ſpecie nolle vindicare hereditatem ab inteſtato, quàm dici poſſit ſcripto heredi delatam eam fuiſſe ex teſtamento, ſiue à lege, ſiue à teſtatore. Porrò non poteſt, in perſona legitimi heredis conditio illa exiſtere, vt nolit vindicare legitimam hereditatem, quin fuerit ei prius delata: vindicationem enim acquiſitio, acquiſitionem autem delatio neceſſariò præcedit. *l. delata. 151. D. de verb. ſignific.* Euenit igitur hoc caſu neceſſariò, vt non ſolùm teſtamentaria hæreditas maneat in ſuſpenſo propter legitimam, ſed, quod eſt mirabilius, vt legitima ante teſtamentariam deferatur. Eiuſque rei ratio non obſcura illa eſt, quia quemadmodum † patrisfamiliãs 7
inteſtati decedentis voluntas tacita ſubſequitur voluntatem legis, ad quam neceſſe eſt vt ſe accommodet, nec alios heredes ſperet, quàm quos lex ei datura eſt, qui teſtari vel non vult, vel non poteſt: ita è contrario quoties teſtamentum ritè ac ſolenniter conditum eſt, lex ſubſequitur voluntatem teſtatoris, eamque ſibi legem dici patitur, quam teſtator præſcripſerit, dum nequid dixerit contra leges, quia & voluntatem illam teſtatoris pro lege habet *l. verbis legis. 20. eod. tit. de verb. ſignific. iunct. l. qui in teſtamento 14. D. qui teſtam. facer. poſſ.* Vnde ſoleo etiam petere rationem eius, quod Paulus ſcribit in *l. penul. de legat. 1* obtinuiſſe Galli ſententiam, alienos quoque poſthumos heredes nobis legitimos fieri cùm tamẽ toto Pandectarũ iure non eſſet eorum inſtitutio iure ciuili permiſſa. Dubitandi enim cauſa illa erat ſi παράγγελον hoc interficere liceat, quòd cùm legitimi heredes non alio iure ſuccedant, quàm quaſi tacitè inſtituti, *l. ab exheredati. 126. cod. tit. l. conficiuntur. 8. D. de iur. codicill.* abſurdum videbatur admitti poſthumum alienum iure legitimi heredis tanquam tacitè inſtitutum, qui expreſsè

inſtitui

inſtituí non poſſet. At ratio quæ Gallum Aquilium in contrarium mouit, illa fuit, quòd longè diſpar ſit hac
8 parte cauſa inſtitutionis tacitæ & expreſſæ. Inſtitutio † expreſſa poſthumi alieni ideo non valet, quòd certum debeat eſſe iudicium teſtantis, quale tamen non poteſt illud eſſe quod in perſonam incertam confertur, cuiuſmodi eſt perſona poſthumi cuiuſlibet, ſiue ſuus ille ſit, ſiue alienus, quamuis in ſuo id tandem receptum ſit propter periculum rumpendi teſtamenti, quod nullum ſubeſt in poſthumo alieno, vt pluribus à nobis explicatum eſt lib. 9. Coniectur. At in tacita inſtitutione certum eſt iudicium patrisfamiliâs, qui cùm moritur quis ab inteſtato, legis voluntatem & iudicium ſemper ſubſequitur: quod iudicium ſemper certum eſt, quia lex non defert hereditatem poſthumo niſi poſtquàm natus eſt, & interim retinet omnia in ſuſpenſo. E contrario, cùm factum eſt teſtamentum, lex ſubſequitur iudicium teſtatoris, quod porrò ſubſequi nec poteſt, nec debet, niſi ſit certum. Et hæc quidem de teſtamentariæ ſucceſſionis ſuſpenſione, eiuſque ratione dicta ſint. Legitimæ hereditatis alia ratio eſt. Cùm enim à teſtamentaria in
9 eo differat, quòd legitima † per ſolam legem defertur, teſtamentaria verò, licèt per legem quoque deferatur *l. lege obuenire.* 130. *de verb ſigni.* ab homine tamen pri-
10 mùm defertur: apparet nullo hominis facto, nullaque conditione, quæ ex hominis voluntate pendeat, legitimam hereditatem ſuſpendi poſſe à quo tempore per legem deferri queat. Hoc enim addo, quia certi caſus ſunt, in quibus impeditur poteſtas legis, ne hereditatem ab inteſtato deferre poſſit: & hi ſunt in quibus delationem ſuſpendi monuimus in principio capitis. Sed non ex facto aut voluntate hominis ſolius im-
11 pedimentum illud naſci poteſt, at † ex facto naturæ, vel ex obſtaculo teſtamenti, vel denique ex eo quod aliqua ratione euenit, ne adhuc perſona certa ſit cui ab inteſtato hereditatem deferre lex poſſit. Ad has enim tres cauſarum ſpecies videntur mihi poſſe referri caſus omnes, in quibus neceſſe ſit delationem legitimæ
12 hereditatis manere in ſuſpenſo. Ex facto naturæ † impedimentum proficiſcitur in prima ſpecie. §. *quando in pendenti, l. vlt. D. ad SC. Tertyll.* ſi filio inteſtato mortuo, qui matrem ſuperſtitem reliquit, poſthumus ei filius poſſit naſci. Quamdiu enim poteſt naſci, licèt poſſit etiã non naſci, aut mortuus edi, lex tamen noua, id eſt, ſenatuſcõſultum Tertyllianum non defert matri legitimam filij iam defuncti hereditatem, ſed eam in pendenti retinet, vt ſi caſus tulerit, ne inducantur perſonæ, quæ ſi inductæ eſſent, matri obſtarent, tum demum matri ius ſit integrum quod medio tempore pependerit, vt eo loco Pomponius ſcribit. Nam & ante ſenatuſconſultum ſimiliter vetus lex duodecim tabularum retinebat hereditatem in ſuſpenſo, vt eam agnato proximo non deferret quandiu poſthumus ſperabatur: idque eſt quod iactari ſolet, Eos qui in vtero ſunt, pro natis haberi in toto pene iure ciuili etiam quod ad legitimas hereditates, *l. qui vtero. 26. D. de ſtat. homin.* non quaſi lex iis deferat hereditatẽ antequàm ſint editi (ſic enim fieret, vt iis poſtea, vel nunquam, vel mortuis editis eadem hereditas agnatis proximis ampliùs deferri nunquam poſſet) ſed hactenus vt remorentur inſequentes agnatos, quibus præferentur cùm erunt editi: item vt partem faciant his qui in pari gradu ſunt, quomodo bene explicat *Vlp. in l. 3. §.*
13 *vtique. D. de ſuis & legit.* Ex obſtaculo † teſtamenti aliquando, & perſæpe impedimentum naſcitur quoties aliquod teſtamentum ritè factum eſt, ex quo adiri poſſit hereditas neque dum tamen adita ſit. Quandiu enim adita non eſt, tandiu legitima ſucceſſio ſperari & expectari poteſt, ſed non tamen priùs ei locus eſſe, quàm deſtitutum fuerit teſtamentum, cœperitque certum eſſe, inteſtatum patremfamilias deceſſiſſe: Vt puta, ſi paterfamiliâs teſtamento facto deceſſerit exheredato filio, mox deliberante herede inſtituto filius deceſſerit, poſtea de repudiauerit heres inſtitutus. Quia in ſpecie, ſicuti non priùs ſit inteſtatus paterfamiliâs, quàm repudiata ſit ex teſtamento hereditas, ita nec alij poteſt legitima hereditas deferri, quàm illi, qui eo repudiationis tẽpore, vel ſuus heres, vel proximus agnatus reperitur, *l. 1. §. ſciendum l. 2. § proximum. D. de ſuis & legit. l. ſcripto. 7. D. vnd. liber.* Sed tamen inter hanc ſuſpenſionis ſpeciẽ & ſuperiorem differentia in eo magna eſt, quòd in ſuperiore ſuſpenſio ſit delationis hereditatis legitimæ, cui iã locus eſſe cœperit. Nec enim ſpes natiuitatis poſthumi impedit ne certum ſit patremfamiliâs inteſtatum deceſſiſſe, & conſequenter legitimæ ſucceſſioni locum eſſe. Cùm verò teſtamentum factum eſt, nec dum fuit ex eo adita, vel repudiata hereditas, non tam ſucceſſio ipſa legitima in ſpecie, quàm ſucceſſio in genere, quæ & teſtamentariam & legitimam comprehendit, in ſuſpenſo eſſe intelligitur: Aut, vt dicam verùs ſola teſtamentaria, ſiquidem quãdiu teſtamentariæ locus fieri poteſt, non modò legitima non defertur, ſed nec vlla penitus eſſe intelligitur: Tunc enim duntaxat incipit, cùm certum eſt patremfamiliâs inteſtatum deceſſiſſe. Porrò legitima ſucceſſio, quæ adhuc nulla eſt non magis in ſuſpenſo retineri, quàm deferri poteſt. Ea namque in pendenti eſſe dicitur, quæ ſi in pendenti non eſſet, huic aut illi neceſſariò deferretur. Ad tertiam † verò ſpeciem illud 14
pertinet quod idem Pomponius ſcribit in *d. §. quando in pendenti*, ſi fortè filius eius qui matrem ſuperſtitem reliquit reperiatur mortis tẽpore apud hoſtes: Quãdiu enim ab hoſtibus reuerti poteſt, ne que ipſi, neque ipſi, neque matri defertur hereditas, nõ ipſi, quoniam interim verè ſeruus eſt hoſtiũ, ac proinde incapax & habẽdæ hereditatis, & cæterorũ omnium quæ ſunt iuris ciuilis: non matri, quia ſenatuſcõſultũ Tertyllianũ nõ vocat matrẽ ad hereditatẽ filij, niſi poſt defunctos liberos, & ita demũ, ſi filius vel nullos liberos reliquerit, vel eos reliquerit, qui patris hæreditatẽ ad ſe pertinere nolũt, *l. 2. §. liberi. & §. ſed ſi ſint ſui D. eod. tit. ad SC. Tertyll.* Hereditatẽ igitur filij in ſuſpenſo interim manere oportet, quamdiu filius defuncti ab hoſtibus redire poteſt, quandoquidem, ſi rediret, ſemper in ciuitate manſiſſe, atque ita patri ſuus heres extitiſſe retrofingeretur propter fictionem poſtliminij, & ſuſpenſi iuris conſtitutionem, vt loquitur Papin. in *l. penult. D. de ſuis & legit.* Mirum autem, vel abſurdũ videri non debet, manere hoc caſu legitimam hereditatem in ſuſpenſo, quandiu poſtliminij fictio facit, vt incerta ſit perſona, cui lex inteſtati ſucceſſionem delatura eſt. Priùs enim ſubeſſe perſonam certam oportet, quàm vt de iure delationis quæri poſſit, ne antè de iure quàm de perſona quæratur, *l quidam referunt. 14 D. de iur. codicill.* Itaque habet hæc ſpecies magnam cum prima affinitatẽ, quoniam in vtraque illud euenit, vt lex neſciat cui deferre debeat hereditatem propter incertitudinem futuri per rerum naturã euentus, niſi quòd in prima ſpecie ex ſolo naturæ facto ea incertitudo naſcitur: nihil enim aliud incertũ eſt, niſi an naſciturus ſit poſthumus. In tertia verò ad incertitudinem facti, quæ in eo verſatur, an captiuus rediturus ſit ab hoſtibus, accedit etiam poteſtas iuris fictioniſque poſtliminij, quæ ſi non eſſet, nihil haberet lex quod expectare deberet, cur non ſtatim hereditatem matri deferret ex SC. Tertylliano, tanquã nullomodo matri obſtante perſona illius, qui verè hoſtium ſeruus eſſet. Idẽ euenit etiam ſi apud hoſtes ille ſit de cuius hereditate tractatur. Nam quamdiu viuit, licèt inſpectò præcisè eo tempore quo ſeruus hoſtium eſt, non poſſit haberi pro viuo, qui potiùs habetur pro nullo *l. quod attinet. 29. de regul. iur.* quia tamen redire ab hoſtibus poteſt, & poſtea in ciuitate mori, fieri nequit vt ſciatur quis ei ab inteſtato ſucceſſurus ſit: an qui proximus agnatus eo caſu reperiatur in ciuitate, an verò is qui proximus fuit tempore captiuitatis, cùm ex fictione legis Corneliæ quiſquis moritur apud hoſtes, fingatur mortuus in ciuitate, id eſt,

ciuis,

ciuis,ex inſtanti captiuitatis,*l.lex Cornelia* 28.*& ſeq. D. de vul.& pup.ſubſt l.pater* 20.*& ſeq.D de capt.& poſtlim.*

15 Idem denique eſt,† ſi captiui filius moriatur in ciuitate viuo adhuc apud hoſtes patre.Remanet namque in ſuſpenſo, non ſolùm quem heredem habiturus ille ſit, ſed etiam vtrum aliquem ſit habiturus, quodque certum ſit patrem vel ab hoſtibus rediiſſe,vel redire nunquã poſſe, cùm ſi rediret,nunquam filius ſui iuris fuiſſe, ſed filiusfamilias & in poteſtate patris deceſſiſſe retrofingeretur, atque ita nullum heredem habuiſſe,qui nec hereditatem habere potuiſſet. Si verò pater apud hoſtes moreretur, contrà dicendum eſſet, habiturum eum heredem quem mortis ſuæ tempore agnatum proximum reliquiſſet,*D.*

16 *l.penult.D.ad SC.de ſuis & legit.* His caſibus ille † ſimilis eſt,quẽ tractat Caius in *l.in ſuſpenſo* 8.*D.ad SC.Tertyl.* cùm ait in ſuſpenſo eſſe ius matris, ſi filius defuncti emancipatus deliberet de bonorum poſſeſſione petenda. Etſi enim videtur huiuſmodi ſuſpenſio iudicij,non tam ex facto aliquo,aut incerto euentu naturæ,quàm ex voluntate ſolius filij emancipati deliberantis an bonorum poſſeſſionem petere debeat,nécne: quod pugnare videtur cum iis quæ ſupra diximus. Si tamen propiùs intueare, non tam voluntas & deliberatio filij illa eſt, quæ hanc ſuſpenſionem inducit quàm poteſtas Senatuſconſulti Tertylliani, cuius verba non aliter vocant matrem ad hereditatem filij prædefuncti, quàm ſi prædefunctus ille nullos habeat liberos,ſiue ſuos,ſiue emancipatos,aut habeat quidẽ,ſed qui nolint vel heredes eſſe cũ effectu, vel bonorum poſſeſſores, *d l.2.§.liberi,& ſequentib. eod.* Idque adeò verum eſt,vt ſi poſt acceptam bonorum poſſeſſionem *Vnde liberi*, filius emancipatus abſtinuerit ſe ab hereditate per in integrum reſtitutionẽ ex cauſa fortè minoris ætatis, poſſit quidem mater admitti ex Senatuſconſulto:ſed ſi fuerit rurſum immixtus,rurſus debeat mater abſtinere, *d. l.2.§.bonorum*. Verba enim vtriuſque Senatuſconſulti,& Tertylliani & Orficiani fuerunt extenſiua, ſi nemo filiorum veller matris hereditatem ſuſcipere,ſi nemo liberorum illius qui matrem ſuperſtitem reliquiſſet, hereditatem patris ad ſe pertinere vellet,*l.1. §.ſi nemo,& ſeq.d.l.2.§.ſi bonorum l.filij 6.§.1.eod.* vbi eleganter Paulus ex hoc quòd verba fuerunt extenſiua,infert admittendam igitur eſſe pœnitentiam vſque ad annum, vt qui noluit primum adire matris hereditatem poſtea velle poſſit, ſi mutet voluntatem, dummodò ea voluntatis mutatio ſupereueniat antequàm adita ſit hereditas à conſanguineo,vel ab agnato.Hoc enim diſertè

17 Paulus exigit. In quo † tamen videtur pugnare cum eo quod Vlpianus ſcribit in *d.l.1.§.ſi quis adita.eod.* ſi quis adita matris hereditate per in integrum reſtitutionem fuerit abſtentus, ius antiquũ adhuc poſſe locum habere, vt matri perinde ſuccedere agnatus poſſit, acſi vel nullus filius,vel nullum Senatuſconſultum fuiſſet.Illa enim verba Senatuſconſulti Orficiani, *velet ad ſe eam hereditatem pertinere*,admittunt, inquit, vt ius antiquum habere locum poſſit. Nam & hic non vult, etſi aliquando voluit. Quæ Vlpiani ſententia noua ſanè & valdè inita eſt, nec ſcio an alius in toto iure locus ſit ex quo ſimiliter probare poſſis hereditatem legitimam, quæ iam vi perſonæ, non modo delata,ſed etiam acquiſita fuerit, rurſus perſonæ, & deferri & acquiri ab inteſtato poſſe, & quidem tãquam eandem numero hereditatem. Facilè verò patiar vt videatur hoc pugnare cum iis quæ ſupra diximus, quia & videtur pugnare cum iuris ratione, itémque cum Paulo,in *d l.filij* §.1.ſed tamẽ poteſt dici, Vlpianum eo loco neque à Paulo,neque à nobis,vt ita ec à iuris ratione diſſentire. Habet enim ille caſus rationẽ propriam & ſpecialem, ſumptam,vt Vlpianus ipſe profitetur,ex verbis Senatuſconſulti: quæ cùm ſint extenſiua,vt diximus,admittunt pœnitentiam & mutationem voluntatis, non minùs quando filius qui heres eſſe voluit & fuit, non vult ampliùs heres eſſe, quàm cùm is qui dixerat ſe nolle hereditatem matris adire, poſtmodùm mutata voluntate eam adire vult. Dices, Imò verò † magnam eſſe inter hos caſus differentiam, quia cùm 18
filius primùm noluit heres eſſe, & poſtea vult, nihil eſt quod impediat ne mutari voluntas poſſit,quandiu omnia ſunt integra,id eſt,quamdiu hereditas à nemine fuit adita. At cùm filius primùm heres eſſe voluit,nec ſolùm voluit,ſed effectu ipſo fuit,& hereditatem adiit,aliquid eſt quod impedit ne voluntas mutari poſſit,tametſi verba Senatuſconſulti eam mutationem patiantur: nempè quòd hereditas ſemel adita, deſierit eſſe hereditas, nec proinde ab inteſtato deferri amplius poſſit,cùm non magis fieri poſſit vt eadem hereditas bis ab inteſtato deferatur,quàm vt eadem perſona bis moriatur,quemadmodum diſputauimus in præcedentibus. Ergo ſicut apud Paulum in *d.l.filij*,§.1. verba Senatuſconſulti Orficiani quantumuis extenſiua ſint, non poſſunt facere vt poſt aditam ab alio hereditatem fiat heres filius, qui maternam hereditatem priùs repudiauerat, ita neque apud Vlpianum facere debuerunt, vt poſt aditam à filio matris hereditatem, quantumuis poſtea muret ille voluntatem, & abſtineat per in integrum reſtitutionem, aliùs tãquam proximus agnatus heres eſſe poſſit.Ardua planè & difficilis obiectio eſt, quam nec Bartolus diſſoluere potuit, quem vnus ille Vlpiani locus coëgit, vt dixerit, poſſe duos eiuſdem hominis heredes eſſe in ſolidum iure ciuili, *ad l.1. §. poſt ſuis*, *D. de ſuis & legit.* quòd planè ridiculum eſt, vt in ſequenti capite oſtendemus, dùm hunc modum diſſoluemus.Nam ſufficiat nomniſſe in omnibus manere in ſuſpenſo delationem legitimæ hereditatis,non propter ſolam hominis voluntatem,ſed ex poteſtate verborum Senatuſconſulti, quæ ſunt extenſiua: ex his infero,errare maximè interpretes noſtros & pragmaticos,† cùm volunt legitimam hereditatis de- 19
lationem poſſe manere in ſuſpenſo, non ſolùm ſi ſtatuto aliquo dictum ſit, vt filia dotata ſit excluſa à ſucceſſione inteſtati,quoadùſque ſupereſſet maſculus, vt in ſtatuto illo Perulino, de quo Bart. ad *d. §. quando in impendenti, & Bal.ad l.2.C.de liber.prat.* Sed etiamſi pacto conuenerit inter contrahentes, vt filia quæ renuntiauit paternæ ſucceſſioni propter maſculos, ſuccedat tamen patri ab inteſtato poſt omnium maſculorum extinctionem,vt in ea ſpecie, de qua reſpondit Crauet.conſ.127. num.7.vbi ait,filiam hoc caſu non videri vnquam fuiſſe excluſam à ſucceſſione inteſtati ſed tantummodò dilatam petitionem in diem vſque obitus vltimi decedentis ex maſculis. Nam quod ad ſtatutum pertinet, quamuis ita conceptum ſit, vt quoadùſque maſculi ſuperexiſtant, fœmina dotata excludatur, tantum abeſt vt poſſit dici manere in ſuſpenſo delationem legitimæ hereditatis in perſona filiæ quandiu viuit maſculus, quem certum eſt interim vere eſſe heredem, quod Bart. & Bal. & cæteri omnes fatentur: vt neque potem poſſe defendi, quòd idem volunt excluſionem filiæ hoc caſu non eſſe niſi temporalem in tempus vſque mortis maſculi. Purò enim eſſe perpetuam ſtatim atque vel vno inſtanti filius patri heres fuit, non ſecus acſi ſtatutum ita conceptum eſſet vt extantibus maſculis filia non ſuccederet, in qua ſpecie nec Bartolus ipſe diffiteatur ad d. §.*quando in pendenti*, *num. 2. in fin.* perpetuam filiæ excluſionem eſſe, nec minùs mortuis iam, quàm adhuc viuis maſculis. Nihil enim planè inter hos caſus intereſt, vt poſtea dicemus. Neque verò ſtatuti Peruſini verba illa *quoadùſque ſupereſſet maſculus*, ſunt extenſiua, vel ſuſpenſiua, niſi quandiu non fuit agitata patris hereditas.Cur ergo, aut qua ratione poterunt operari, vt poſt extinctos maſculos, qui heredes fuerint, filia heres eſſe poſſit, quod nec Paulus noſter admittere voluit interpretatione Senatuſconſulti Orficiani, cuius tamen verba erant extenſiua in *d.l.filij* 6.§.1.*D.ad SC Tertyll.illo loco*, *Antequam conſanguineus vel agnatus adierit*.Quem textum, quo aptior nullus ſcribi potuit, nuſpiam video fuiſſe à Bartolo, aut ab alio vllo ex interpretibus ponderatum.

20 Quod verò ad pactum † attinet, vtique longè abſurdius illud eſt quòd vult Cravetta, ſuſpendi poſſe delationem legitimæ hereditatis in perſona filiæ quæ renuntiauit, vt poſſit illa heres eſſe ab inteſtato poſt mortem maſculi cuius fauore facta fuerit renuntiatio, Nam ſtatim atque ponimus factam fuiſſe à filia renuntiationem validam, hoc eſt, adhibito iureiurando, & ex cauſa acceptæ dotis, nulloque dolo interueniente ſecundum ea, quæ requirit Bonifacij conſtitutio in cap. *quamuis pactum de pact. in 6.* fatendum neceſſariò eſt hoc ipſo excluſam eſſe filiam à ſucceſſione inteſtati, non ſolùm fauore maſculorum, ſed etiam alterius cuiuſlibet legitimi heredis & ſucceſſoris, ſi, vt fieri adſolet, ſtipulatus ſit pater pro ſe & ſuis heredibus ac ſucceſſoribus quibuſcunque: & conſequenter nihil impedire, quominus inteſtato poſteà defuncto patre, ſuperſtitibus maſculis, ſint illi heredes patris ab inteſtato, etiam pro parte, quam habitura eſſet filia, ſi non renuntiaſſet. Hunc enim affectum renuntiationis, aut nullum penitus eſſe neceſſe eſt, cùm huiuſmodi renuntiationes non excludant à ſucceſſione teſtamentaria, ſed tantùm à legitima, quoniam & conditionem illam tacitam habere creduntur, ſi hereditas ab inteſtato deferetur: quomodo Bart. Bald. Caſtrenſis, & cæteri tractant ad *l. qui ſuperſtitis 94. D. de acquir. hered.* Ex quo igitur tempore aliquis ex maſculis heres fuit, fatendum eſt, filiam quæ renuntiauit, quibuſcunque tandem verbis renuntiauerit, & etiamſi expreſſa conuentione ius legitimæ ſucceſſionis ſibi reſeruauerit in caſum deficientium maſculorum, nullo modo ſuccedere ab inteſtato amplius poſſe: cùm fieri nequeat, vt legitima hereditas poſſit videri manere in ſuſpenſo poſtquam fuit agnita: adeò vt neque per legem, neque per ſtatutum fieri hoc poſſet, ne illud quoque protinus induci neceſſe eſſet, vt pro huius filiæ portione duo in ſolidum heredes eſſent, maſculus ſcilicet qui prior heres fuiſſet, nec heres eſſe vnquam deſineret, vel vnus heres ad tempus, nimirum maſculus; alius verò, id eſt filia ex tempore heres induceretur, quorum poſterius quàm abſurdum futurum ſit, iam docuimus in præcedentibus: prius verò quàm ſit non modò abſurdum: ſed etiam impoſſibile, iam contra Bartolum diſputemus.

ERROR V.

De duobus heredibus in ſolidum iure ciuili inducendis: & de poteſtate SC. Trebelliani.

SVMMARIA.

1 *Vt plures ſint eiuſdem hereditatis domini & heredes in ſolidum nec lex, nec naturalis ratio permittit.*
2 *Fieri non poteſt vt duo ſint in ſolidum eiuſdem rei poſſeſſores.*
3 *Bartolus exiſtimat de iure ciuili fieri poſſe, vt duo ſint eiuſdem ſimul & in ſolidum heredes.*
4 *Lex quà monetur Bartolus.*
5 *Exemplum quo nititur Bartolus.*
6 *Axiomatis, Non poſſunt eiuſdem duo pluréſve in ſolidum eſſe heredes, limitatio à Bartolo allata.*
7 *Fideicommiſſarium heredem iure ciuili non eſſe, aduerſus Bartolum.*
8 *Ex eo, quod fideicommiſſarius vtiles actiones habet, non poteſt concludi illum eſſe heredem, & n. 12.*
9 *Diſtinctio heredis in directum & vtilem, Bartoli commentum.*
10 *Diſtinctio dominij in directum & vtile ſpuria.*
11 *Fideicommiſſarij & bonorum poſſeſſores ſunt loco heredum, non heredes.*
12 *Bonorum poſſeſſores vtiles actiones habent à prætore; fideicommiſſarij verò à SCto Trebelliano.*
13 *Heredem facere prætor non potuit, Senatus potuit. Prætor cur heredem facere in vniuerſum nequeat: Senatus verò fideicommiſſarium heredem facere non potuerit & n. 16.*
15 *Maius eſt impedimentum, cui cauſam præbet repugnantia ex parte rei, quàm quod naſcitur ex defectu poteſtatis agentis.*
16 *Nullus eſt omninò caſus, in quo poſſint vni homini duo in ſolidum eſſe heredes.*

NOn crederem, ſi non viderem, poſſe fieri, vt Doctor quiſpiam eſſet, qui admitteret, Plures eiuſdem hereditatis dominos & heredes in ſolidum induci poſſe. † Repugnat enim 1
non ſolùm regula Iuris à Paulo propoſita in *l. quod contra 141. §. vni duo. de regul. iuris*, vbi diſertè ſcribit, vni duos pro ſolido heredes eſſe non poſſe: verùm etiam ratio manifeſta, quæ licèt nullis niteretur legibus, naturalem tamen intellectum, quòd cùm heredis appellatione nihil niſi dominus ſignificaretur *§. vltimo, Inſtit. de hered. qualit. & diff. l. de hereditate 19. §. pater, verſ. non tamen, D. de caſtrenſ. pecul. l. his verbis, 48. D. de hered. Inſtitut.* non magis fieri poteſt vt duo ſint eiuſdem perſonæ heredes in ſolidum, quàm vt penes duos in ſolidum ſit dominium eiuſdem rei, quod fieri poſſe negat non modò lex, ſed etiam natura, *d. §. pater, & l. ſi certo, §. ſi duobus vehiculum. D. commod.* ſicut † nec fieri poteſt, 2
vt duo in ſolidum ſint eiuſdem rei poſſeſſores, non magis quàm vt in quo loco ego ſto, vel ſedeo, tu etiam ſtare vel ſedere videaris, *l. 3. §. ex contrario D. de acquir. poſſ. l. duo in ſolidum 19. de precar.* Induceret enim ea res penetrationem dimenſionum, quam Philoſophi nunquam admitterent. Et eam tamen video non doctorellum, & leguleium aliquem ex pragmaticis, ſed † Bartolum ipſum in ea eſſe opinione & hereſi, vt non dubitet 3
quin duo de iure ciuili poſſint ſimul & in ſolidum heredes eſſe. Sic enim ille diſertis verbis ad *l. 1. §. poſt ſuos, D. de ſuis & legit.* motus non ratione aliqua, ſed tamen & lege, & exemplo. Pro lege adfert Vlpiani † reſ- 4
ponſum, de quo præcedenti capite diximus in *l. 1. §. ſi quis adita, D. ad SC. Tertyl.* vbi ſcribit Vlp. Siquis adita matris hereditate per in integrum reſtitutionem abſtentus ſit, poſſe ius antiquum habere locum, id eſt, poſſe agnatum matris proximum, & qui ei ſucceſſurus fuerat ante Senatuſconſultum Orficianum, perinde ipſi ſuccedere ex lege duodecim tabularum. Atqui certum eſt per legem duodecim tabularum non bonorum poſſeſſores fieri, ſed heredes, & quidem qui heredes ſunt iure ciuili, cuius primam & potiſſimam partem lex illa duodecim tabularum cõſtituit. Cùm igitur filius qui ſemel hereditatem maternam adeundo heres factus fuit, heres eſſe non deſinat, prorſus neceſſe euenire hoc caſu vt duo ſint eiuſdem hereditatis in ſolidum heredes. Pro exemplo † autem adfert fideicommiſſarium, cui ex SC. 5
Trebelliano reſtituta fuit hereditas. Hunc enim ait heredem eſſe de iure ciuili, cùm habeat vtiles actiones ex Senatuſconſulto, quod partem etiam facit iuris ciuilis, licèt vtiles tantùm habeat non etiam directas, quoniam nimirum directæ neceſſariò remanent penes heredem inſtitutum, qui ſicut per aditionem heres factus eſt, ita etiam poſt reſtitutionem heres manet, *§. reſtituta, Inſtit. de fideic. hered.* Ad eam verò rationem noſtram, Quòd non poſſint duo pluréſve in ſolidum heredes eſſe. † 6
Reſpondet Bartolus, Non poſſe quidem eodem iure, & eodem reſpectu, ſed poſſe diuerſis reſpectibus, vnum videlicet directò, alium vtiliter. Eandémque ſententiam tuetur ad *d. §. ſi quis adita*, vbi gloriatur ſe de eo § feciſſe pluries magnum feſtum, ad probandum, quòd ille, qui per reſtitutionem in integrum excluditur ab hereditate, licèt de iure ciuili heres remaneat, non tamen impedit quin alius poſſit heres eſſe de iure ciuili. Quod ait de fideicõmiſſario, vt tam abſurdæ traditionis cõfutationem

hinc

mized by Google

7 hinc exordiamur esse † illum heredem iure ciuili, falsissimum est. Solus enim heres ille est & dicitur qui hereditatem restituit, is verò, cui restituitur, heredis tantùm loco est, ideóque aliquando nonnisi legatarij, *d.§. restituta & l.2.D.ad SC. Trebell.* Nec quod ex Senatusconsulto vtiles actiones habeat, † ad rem facit. Habet
8 enim non tanquam heres, sed tanquam fideicommissarius, & ob hoc ipsum quòd heres non sit. Nam quisquis heres est, eum directas actiones habere prorsus necesse
9 est: & distinctio illa † De duplici herede directo & vtili, merum est commentum Bartoli, nulli vnquam ex antiquis prudentibus cognitum, sicut nec distinctio illa dominorum, quam idem Bartolus & cæteri interpretes
10 passim habent in ore, vt † dominium aliud directum sit, aliud vtile. Ex qua distinctione haud dubiè illa etiam distinctio duplicis heredis fluxit, vtilis & directi. Nam sicuti omnes ij quos nostri dominos vtiles vocant, nullomodo sunt domini, sed tantùm dominorum loco in plerisque vt aliquando tractabimus: ita & quos Bartolus heredes vtiles vocat, sunt illi heredis loco duntaxat, heredes autem nullomodo: Neque verò vspiam videas Iureconsultos nostros tam impropriè loqui, vt heredes eos vocent, sed ita semper vt heredum loco esse di-
11 cant, † siue de fideicommissariis, siue de bonorum possessoribus loquantur. Omnium enim istorum eadem hac parte ratio est, quia & bonorum possessores æquè ac fideicommissarij vtiles actiones habent, hac sola diffe-
12 rentia, quòd bonorum possessores † eas habent à solo Prætore, fideicommissarij verò hereditatis à Senatusconsulto Trebelliano, quoties restituta fuit hereditas ex testamento, & sicuti testator voluit, *l.1.D.ad SC.Trebell. l.1.2.& 3.D.de bonor.possess.* Sed quemadmodum nemo dixerit bonorum possessorem heredem esse iure prætorio, ob id tantùm quod habeat à Prætore vtiles actiones, ita perinde ineptè fecerit, qui dixerit fideicõmissarium heredem esse iure ciuili ob id quòd vtiles actiones habeat ex Senatusconsulto. Quamquam enim non ignoro posse dici, differentiam illam esse inter bonorum possessorem quem Prætor facit, & fideicommissarium quem
13 Senatus tuetur, quòd † heredem facere Prætor non potuit, Senatus potuit, *§.quos autem. Inst.de bonor.poss.* Hoc tamen contendo non minùs fuisse difficile adeóque impossibile Senatui fideicommissarium facere heredem alio herede tam existente, quàm Prætori heredem facere bonorum possessionem dando, nullo adhuc herede alio exi-
14 stente: quia in Prætore, † ne quem possit heredem facere, impedimentum non nascitur nisi ex defectu potestatis, quandoquidem ea potestas Prætoribus data non est, cùm heredes non fiant nisi per legem, aut legi similem constitutionem. At in Senatu ne potuerit fideicommissario dare ius & nomen heredi, impedimento fuit non defectus potestatis (poterat enim Senatus non quidem facere legem, sed tamen perinde ac lex ipsa facere heredem iure ciuili, vt constat ex Senatusconsultis Tertylliano & Orficiano, quia Senatusconsulta similia sunt legibus, & constitutiones) sed repugnantia ex parte rei, quòd impossibile esset, aut eum qui semel heres fuisset, heréque manere posset, desinere esse heredem, aut in eiusdem hominis hereditate duos in solidum heredes
15 induci. Porro certum est, etiam apud Philosophos † impedimentum, cui causam præbet repugnantia, ex parte rei longè maius esse, quàm quod nascitur ex defectu potestatis. Inde namque est quod ij volunt, nec Theologi negant ea quæ contradictionem implicant, fieri non posse, ne quidem supernaturali, diuinàque potestate, nimirum propter repugnantiam quæ subest ex parte rei, tametsi non possit deficere potestas in eo, cui propria & essentialis omnipotentia est. Ergo quemadmodum Bartolus † fatetur non potuisse fieri Senatusconsulto Trebelliano, adeóque nec Pegasiano, quod tamen heredi, qui coactus adiit, nihil non ademptum voluit, *l.ita tamen 27.§. qui suspectam, l. si patroni 55.§.adeò Senatus, D.ad SC.Trebell.* vt heres institutus hereditate restituta heres esse desineret: & ita fateri debuit, nec illud fieri potuisse, vt fideicommissarius vllo modo heres esse posset. Nec enim minor repugnantia est ex parte rei ad hoc quàm ad illud impediendum: imò maiorem esse repugnantiam, nec duo in solidum heredes esse possint, quàm vt qui semel heres fuit, heres esse desinat: ex eo constat quòd aliqui casus sunt, in quibus ratio ipsa iuris, aut Imperatoris voluntas facit, vt qui semel heres fuit heres esse desinat, quos supra explicauimus in Error. 2. At nullus † omnino casus est, in quo possint vni ho- 17
mini duo in solidum esse heredes: ne quidem cum illa distinctione, quam Bartolus somniat, vt vnus sit heres directò, alius vtiliter, quia nec fieri potest vt vllo modo heres sit, qui directò heres non est.

ERROR VI.

De sententia l.1.§. si quis adita, D.ad SC.Tertyl. & l. filij, 6.§.1.eod.

SVMMARIA.

1 *In specie l.1.§.* Si quis adita. D.ad SC.Tertyll. *proximum matris agnatum post abstentionem filij qui adierat, fieri heredem directò & iure ciuili, contra Bartol.& n.20.*
2 *Ex specie* d. §. si quis adita. *non confirmari distinctionem heredis in directum & vtilem à Bartolo inuectam.*
3 *Quam rationem habeat Vlpiani sententia in* d.§. si quis adita.
4 *Cur Senatus non dixerit,* si nemo filiorum heres erit antiquum ius esto.
5 *Verbum* volet *est extensiuum, habétque tractum temporis.*
6 *Differentia inter has formulas,* Si nemo filiorum heres esse volet. *&,* Si nemo filiorum eam hereditatem ad se pertinere volet.
7 *Quisquis semel heres esse voluit, non potest postea heres esse nolle.*
8 *Fieri potest vt quis verè & ipso iure sit heres, & tamen hereditas ad eum non pertineat.*
9 *Ad nos pertinere, aut nihil pertinere qua dicantur.*
10 *Licet filius ex SCto matris hereditatem adierit, potest tamen fieri, vt matris hereditas ad eum non pertineat.*
11 *Conditio sub qua SCtum voluit ius antiquum agnato proximo reseruatum esse non deficit, licet filius matris hereditatem adierit.*
12 *Quandiu filius voluntatem mutare potuit, ius & potestas additionis videtur in suspenso mansisse.*
13 *Non quauis aditio hereditatis heredem facit.*
14 *Delatio hereditatis est iuris, aditio facti: illâ verò sublatâ hac simul corruit.*
15 *Filius qui post additionem abstinuit per in integrum restitutionem, nunquam videtur adisse, & cur: n.2.*
16 *Senatus propositum in nouo iure condendo de mutua matris & filij successione.*
17 *In suis & legitimis cur non esset olim successio.*
18 *Delatio quæ fit matri & liberis differt ab ea quæ fit proximis agnatis.*
19 *SCta Tertyll. & Orphitianum quando non impediant delationem 12.tabul.*
22 *Cur Senatus non fecerit vt filius qui repudiauit matris hereditatem, possit eam demum suscipere si adita fuerit per agnatum: secus verò si necdum adita sit.*
23 *Regulariter quisquis vult hereditatem, quam semel repudiauit, adire, eget beneficio restitutionis, quæ solis minoribus indulgetur.*

24 *Si res non ſit amplius integra reſtitutio non datur minori ad hereditatem quam ſemel repudiauit poſtmodum adeundam.*

EX Tverò ita eſſe intelligimus ex eo ipſo textu qui Bart. fefellit,i.ex ea ſpecie,quam Vlp.tractat in *d. l.1.§.ſiquis adita. D.ad SC.Tertyll.* Nã † cùm poſt abſtentionem filij qui matris hereditatẽ adierat,agnatus matris
1 proximus ſit heres ex iure antiquo 1. ex lege 12.tab.nõ eſt dubitãdum quin fiat ille heres verè,nec tantùm iure ciuili,ſed etiã directò,vt Bart.verbis vtar,directaſque nõ vtiles habeat actiones. Inaudiũ enim eſt, vt lex 12.tab. vllo caſu tribuat actiones vtiles, nec fieri poteſt vt alias det quàm directas. Neque tamen eò minùs verum eſt,ſi Bartolo credimus, filium, qui prior maternam hereditatem adierat, & heredem manere, & actiones directas, quas ab initio, tanquam ex Senatuſconſulto Orficiano heres habuit,retinere: cum non fuerit abſtentus niſi per in integrum reſtitutionem, quæ, quoniam eſt ex Iuriſdictione Prætoris,non potuit heredis nomen ei adimere, quod dare Prætor non potuiſſet, *l. ait Prætor. 7. alias, l. etſi ſine, §. ſed quod Papinianus, D. de minor. l.cùm quaſi* 30.*§.ſed etſi ſuus, D. de fideic. libert.* Dices, Tanto igitur verius erit quod vult Bartolus,poſſe fieri vt vni homini duo in ſolidum heredes ſint, etiam iure ciuili. Imò inquam, vult Bartolus,& nobiſcum fatetur nõ poſſe fieri,
2 vt duo inſolidum ſint heredes directò. Cùm igitur † in ſpecie *d.§.ſi quis adita*, duo ſint heredes directò, ſi duo ſunt,in ſolidum,non potuit,nec debuit Bartolus ex illo textu deducere hanc commenticiam diſtinctionem heredis directi & vtilis, adeóque abſurdam traditionẽ iſtam, De duobus heredibus in ſolidum iure ciuili admittendis, quorum vnus ſit heres directò, alius vtiliter: ſed oportuit diligentiùs eum inquirere,quam rationem haberet Vlpiani ſententia in *d. §. ſi quis adita*,aut ſi locus ille rationem propriam nullam habebat, ex eo igitur inferre, quod tamen nec ſomniare auſus eſt, Poſſe fieri vt eidem homini duo ſint inſolidum heredes directò. Ra-
3 tio † autem,quam Bartolus nec quæſiit,nec ſi quæſiſſet, inuenire fortaſſis potuiſſet, illa meo iudicio eſt, quòd Senatuſconſulti verba ſic concepta ſunt vt appareat Senatum non aliter voluiſſe in fauorem liberorum abrogatum eſſe ius antiquum, ex quo agnatus quiſque proximus matri ſuccedebat excluſis liberis quàm ſi liberi vellent matris hereditatẽ ad ſe pertinere, hoc expreſſim conſtituto,vt ſi nemo filiorum eorum quibus ſimul legitima hereditas deferretur,vellet ad ſe eam hereditatem pertinere, ius antiquum locum haberet *d. l. §. ſi nemo*,
4 non dixit † Senatus, *ſi nemo filiorum heres erit, ius antiquum eſto.* Defeciſſet enim conditio illa, ſub quâ iuris antiqui poteſtas fuiſſet conſernata,ſtatim atque vel vnus ex filiis heres fuiſſet,nec proinde vnquam poſtea ex lege 12.tab.ſuccedere agnatus proximus potuiſſet,tametſi filius mutatã voluntate maternam hereditatem abicere voluiſſet, quia verum extitiſſet aliquem filiorum heredem fuiſſe,qui autem ſemel heres fuiſſet, nunquam eſſe
5 deſiiſſet. Quid ergo Senatus dixit? Vſus eſt verbo † *volet*,quod eſt extentiuum, denotatque conſtantem perſeuerantiam voluntatis,vt Paulus ait in *d.l.filij 6.§.1.eod.* habetque tractum temporis, quamdiu viuat filius, *l. fideicommiſſa 11.§ hoc autem legatum de leg.3.* Sufficit ergo ad ius antiquum agnato proximo reſtituendum, vt non velit aliquando filius, licet antea voluerit, nam, *& hic non vult,ſi aliquando volunt*,inquit Vlpianus in *d.l.§. ſi quis adita.* Neque tamen hoc ſufficit,niſi præterea obſerues,quod nemo obſeruat, Senatuſconſultum non ita
6 ſcriptum † eſſe, *ſi nemo filiorum heres eſſe volet*, ſed hoc modo *ſi nemo eam hereditatem ad ſe pertinere volet.* Multum ſiquidem inter eiuſmodi formulas intereſt, nam ſi ſic ſcriptum eſſet, *ſi nemo filiorum heres eſſe volet*, quantumuis verbum illud *volet* extenſiuum ſit,& habeat tractũ temporis in futurum, facere tamen non poſſet vt filio qui ſemel heres eſſe voluiſſet, poſtea ſe abſtinente, fieret eò magis locus proximo matris agnato, nempe quia † quicquis ſemel heres eſſe voluit, is poſtea non 7
poteſt nolle heres eſſe, alioqui eſſet poſitũ in voluntate & arbitrio hominis vt heres eſſe deſineret, quod nequidem poſitum eſt in legis poteſtate: & conſequenter ſupradicta formula pœnitentiam & voluntatis mutationẽ nullo modo admitteret. At verba illa,quibus prudentiſſimè & conſultiſſimè vſus eſt Senatus, *ſi nemo filiorum volet eam hereditatẽ ad ſe pertinere*, longè alium ſenſum habent. Nam fieri facilè poteſt † vt & quis vere ſit heres, 8
& ipſo iure,& tamen hereditas ad eum non pertineat,vt euenit in ſuis heredibus,qui ſe abſtinuerũt. Sic enim & Vlpianus ipſe loquitur in *l.2.§.ſed ſi ſint ſui hedes, verùm hereditas ad eos pertineat. D. eod. tit. ad SC.Tertyll.* nempe ad nos pertinere dicuntur † ea quæ noſtro com- 9
modo à nobis haberi volumus, & contrà nihil ad nos pertinere ea,quæ negligimus & abiicimus,tametſi maximè noſtra ſint,cùm ſic tractemus quaſi nec noſtra eſſent. Alioqui non poſſet fieri, vt patris hereditas ad ſuos heredes non pertineret, ſicut nec illud fieri poteſt, vti ne ſint ſui heredes etiã poſt abſtentionem,*d.§.ſed etſi ſuus,l. cùm quaſi.*30.*D.de fideic. lib. l. in ſuis.*11.*de lib. & poſthum.l.*1.*§.qui ſunt in poteſtate. D.ſi quis omiſſ.cauſa teſtamenti,l.neceſſariis.*57.*D.de acquir.hered.* Proinde quãuis filius † ex Senatuſconſulto matris hereditatem adierit, 10
non tamẽ fecit ea res,quominus adhuc verum eſſe poſſit aliquo caſu,& aliquo tempore,vt matris hereditas ad eum non pertineat nimirum ſi poſtea cõtingat vt ſe abſtineat beneficio reſtitutionis in integrum propter ætatem (aliter enim fieri non poſſet vt abſtinendi licentiam haberet is qui vltrò & ſponte hereditatem adiiſſet, *d.§.ſi quis adita,& d.l.2.§.ſi bonorum eod.* niſi hanc ei conditionem deferrent creditores hereditarij,cæterique omnes ſi qui eſſent,quorum intereſſet, *l.cùm hereditate 55.D.de acq.hered.*)& conſequenter non poteſt dici,† ex quo tẽ- 11
pore filius hereditatẽ matris adiit, defeciſſe conditionẽ, ſub qua Senatuſconſultum voluit ius antiquum agnato proximo reſeruatum eſſe. Quidni ergo poterit agnatus proximus heres eſſe ex lege 12.tab.filio ſe abſtinente ab hereditate matris per in integrum reſtitutionẽ? An quia filius iam heres fuit. Minimè. Quandiu enim filius mutare voluntatem poteſt, ac velle vt bona materna ad ſe non pertineant,ius antiquum habere locum poteſt,vt ex lege duodecim tabularum tota ſucceſſio deferatur proximo agnato. Porrò ius antiquum non poteſt habere locũ, quin ceſſet nouum: atque ita fatendum eſt non intelligi filium heredem vnquam fuiſſe,tametſi maternam adierit hereditatem,† ſed mantiſſe ius & poteſtatem in ſuſpẽſo 12
quandiu filius mutare voluntatẽ potuit, id eſt,quandiu minor fuit, quia neque aliter potuit matri heres eſſe, quàm ex SC.Orficiano,neque rurſus SC.Orficiano locũ eſſe,quandiu ius vetus legis 12.tab. locũ habere potuit. Ideo.n.neceſſe fuit legem 12.tab.hac parte abrogari per Senatuſcõſulta Tertyllianum & Orficianum, vt excluſis proximis agnatis, qui alioquin ſucceſſuri erant, & matri filius,& filio mater heres eſſe poſſet,quia nõ magis fieri poterat vt lex. 12. tab. & Senatuſconſulta illa ſimul ſtarẽt,quàm vt & agnatus proximus heres in ſolidum eſſet, & filius,ſi de matris hereditate ageretur,aut mater, ſi de filij. Et ob eam rurſus cauſam neceſſe fuit,ius illud vetus, quod per Senatuſconſulta abrogatum fuerat, ab iiſdem Senatuſconſultis reſtitui, ſed ſub ea conditione, ſi filius maternam, aut mater filij hereditatem ad ſe pertinere nollet,ſiue eam ſuam voluntatem, aut potiùs voluntatẽ declararet ab initio per repudiationem nunquam adiræ hereditatis, ſiue ex poſtfacto per abſtenſionem, quam ipſa faceret ab hereditate iam acquiſita, beneficio ſcilicet reſtitutionis. Nã & æquè fieri poteſt vt mater,quæ filij hereditatem adiit ex Tertylliano,minor ſit annis viginti quinque, ac filius qui matris hereditatem adiit ex Orficiano. Eo igitur caſu quo ius antiquũ legis 12.tab. locum habere poteſt ex verbis Senatuſconſulti, dico

non

non posse fieri vt successio delata sit ex Senatusconsulto, nec proinde vt fuerit acquisita per præcedentem
13 aditionem hereditatis. Non enim † aditio hereditatis quælibet facit heredem, sed ea demum, quam delatio præcedit, *l. delata 151. de verb. signific.* In proposito autem præcedit quidem delatio, quoniam alioqui filius minor annis viginti quinque maternam hereditatem adire, sibique acquirere non posset sed ita tamen vt possit facilè redire ad causam nunquam factæ delationis, scilicet si contingat, vt filius qui matris hereditatem adiit, aut mater, quæ filij, nolit eam ad se pertinere, & nolle possit, sicut euenire diximus in præcedentibus, vt qui heres fuit per aditionem ex eo testamento quod per inofficiosi testamenti querelam postea euersum sit, desinat heres esse, *l. in substitutione 31. D. de vulg. &*
14 *pupill. substit.* Non quòd aditio † hereditatis, quæ facti est pro infecta haberi possit, *l. in bello. 12. §. facta D. de captiu. & postlim.* sed quoniam delatio ipsa hereditatis, quæ iuris est, facilè redit ad causam non delationis, cùm fieri nequeat, vt ex eo testamento quod ruptum tandem fuit, hereditas vnquam delata fuisse intelligatur: cessante autem delationis potestate, aditionis quoque vim totam extingui necesse sit, quæ tota pendet ex delatione. Ergo quemadmodum in specie *d. l. in substitutione*, heres à patre institutus, in testamento inofficioso reuera heres est, & ipso iure ante propositam querelam, quia verum est, testamentum tempore valere atque ita deferri ex ipso à lege hereditatem, delatamque acquiri potuisse: post querelam verò propositam, si ea obtinuerit, desinit ille heres esse ex testamento, fitque filius qui obtinuit heres ab intestato, non ex tempore, sed ita vt ex die mortis solus & ab intestato heres fuisse retrofingatur, vt docuimus in Error. 2. Ita & in quem casum tractamus
15 mortua matre intestata, † superstite filio minore annis viginti quinque: aut mortuo filio intestato, mater similiter superstite minore, defertur quidem hereditas superstiti ex SC. siue Officiano siue Terrylliano, & consequenter requiritur per aditionem subsequentem, sed ita & defertur & acquiritur, vt possit retrofingi nunquam delatam & acquisitam fuisse, nempe casu illo eueniente, vt filius vel mater superstes per auxilium restitutionis in integrum consequatur, vt possit nolle ad se pertinere hereditatem quam priùs adierat. Dices, Sita est, vt filius qui adiit matris hereditatem, postea abstinendo videatur nunquam heres fuisse, non esse igitur ei necessariam in integrum restitutionem, quam tamen Vlpianus omni modo requirit. Verùm respondeo, non idcirco existimandum esse istis Senatusconsultis constituta fuisse pugnantia. Nam cùm Senatus nouum ius faceret, ac legitimum ius successionis antea incognitum fauore matrum liberorúmque induceret, non solùm potuit quam voluit delationi huiusmodi hereditatis legem & conditionem dicere, sed etiam prouidere debuit, ne legis duodecim tabularum authoritatem, & agnati proximi ius haberet, eo saltem casu quo vel mater, vel
16 filius beneficium Senatusconsulti, siue ab initio, siue ex postfacto aspernaretur. Non enim id Senatus agebat, † vt noceret agnatis proximis, sed vt matribus ac liberis prodesset, nec vt veteris delationis potestatem extingueret, sed vt nouam induceret delationem cum iure prælationis, vt ait *l. 2. §. si mater. 20. ad Tertyll.* Alioqui dicendum fuisset, sicut neque in suis, neque in agnatis erat successio, *l. 2. §. ferendum, ff de suis & legit. §. placebat Instit. de legit. agnat. success.* ita etiam futurum, vt quamuis neque filius matris, neque mater filij hereditatem adiisset, agnatus tamen proximus excluderetur omnimodo, neque posset amplius ei deferri per legem 12. tab. hereditas, quæ iam semel ex alterutro Senatusconsulto delata fuisset. Quod tamen nec æquum, nec iustum vi-
17 deri debuisset: ideò enim † neque in suis, neque in agnatis erat successio, quoniam neque suis neque agnatus deferebantur hereditates, nisi ex lege duodecim tabularum cuius tota potestas vnica delatione consumebatur, quia nec nisi semel locuta lex fuerat idque per verba præcisa, & ad vnicum illud instans relata; quo hereditas deferretur. At post Senatusconsulta Tertyllianum & Officianum alia est delatio † & ex alio iure, quæ 18
fit matri, & liberis, quàm quæ fit proximis agnatis. Matri & liberis defertur hereditas ex Senatusconsultis, & nouo iure? agnatis verò proximis ex lege 12. tab. nec proinde similiter dici potest per delationem, quæ facta sit ex Senatusconsulto, consumptam fuisse illam, quæ sit ex duodecim tabulis, quoniam alia lex est. Quia tamen faciebant Senatusconsulta, vt delatio, quam vetus lex in proximi agnati personam collatura erat, impediretur per nouam delationem, vt solent semper nouæ leges esse potentiores, idque tamen non odio agnatorum, sed mero fauore matrum & liberorum, quorum proinde nullam rationem haberi æquum erat, si nouum Senatusconsulti beneficium aspernarentur, siue per repudiationem, siue per abstentionem contingentem beneficio restitutionis post aditionem. (Quid enim attinebat ita fauere, qui rem habere nollent, siue aliquando antea, siue nunquam voluissent? *d. l. 2. sed si sint sui, eod. tit. l. si post mortem 13. §. liberi D. de bonor. poss. contr. tab.* Inde namque est quod Vlpianus ait in *d. l. §. sed si sint sui*, nudum heredis nomen obstare matri non debere, nudum verò heredis nomen habet filius qui se abstinuit post aditionem beneficio restitutionis. Prouidendum fuit; 19
benéque prouisum isdem Senatusconsultis, † vt si quando vel mater, vel liberi hereditatem cum effectu vel sibi acquirere, vel acquisitam retinere nollent, non impediretur delatio legis duodecim tabularum, non modò per delationem quam Senatusconsultum fecisset, atque per aditionem quæ delationem secuta esset. Vidit nimirum Senatus ita posito iure nullam fieri iniuriam matri aut liberis nolentibus hereditatem ad se pertinere. Fieret verò maxima proximis agnatis, si à beneficio legis duodecim tabul. arceretur fauore matris aut liberorum, qui iure suo vti nollent. Itaque admittitur hoc casu agnati, † fiúntque verè heres ex iure ciuili: quia verum est, fi- 20
lium, qui post aditam matris hereditatem abstinuit se per restitutionem in integrum, desisse heredem esse: † 21
At non ideò quòd ea possit esse vis abstentionis aut restitutionis, vt heredis ius & nomen auferat, sed quia Senatusconsultum, quod hereditatem matris filio detulerat, sub ea veluti conditione, si eam effectu ipso acquisitam constanter, & perseueranter vellet, vsurpatis idcircò verbis extensiuis, & habentibus tractum temporis; non habet hunc pro herede post abstentionem: ac ne quis de eo possit dubitare, restituit agnatis ius antiquũ legis 12. tabul. vt possint ipsi perinde fieri heredes ex ea lege ac si matri aut liberis delata hereditas non fuisset. Quos enim Senatus heredes fecit, cur non potuit etiam facere, vt desinerent esse heredes, si desinerent velle hereditatem ad se pertinere? At verò similiter fecit Senatus; aut facere potuit, † vt filius, qui matris hereditatem re- 22
pudiasset, posset adhuc fieri heres mutata voluntate, si ea hereditas interim adita esset per consanguineum, aut agnatum *d. l. filij § 1. eod. tit. ad SC. Tertyll.* quoniã hunc consanguineũ aut agnatum heredem facit lex 12. tabul. quæ tamẽ nullo casu patitur, vt qui per eam semel heres factus est, postea heres vnquam esse desinat; propterea quòd in constituendis & deferendis hereditatibus semper vsa est verbis præcisis, nunquam extensiuis. Non potuit autem Senatus se interponere in moderandis ipsis hereditatibus, quæ non ex Senatusconsulto, sed ex ipsa lege 12. tab. iam delatæ & acquisitæ reperiuntur. Planè, quandiu per consanguineum aut agnatum proximũ non fuit adita matris hereditas, fecit Senatus, & quidẽ contra iuris regulas, vt filius etiam post repudiatam matris hereditatem nihilominus heres fieri posset, mutata voluntate, saltem intra annum, qui datur filio ad petendam bonorum possessionem, *d. l. fili, §. 1. cum l. § largius. D. de*

ſucceſſ. edict. Hoc autem fecit Senatus non fauore hereditatis maternæ, vt vult Bartolus. Nam & idem eſt, ſi agatur de filij hereditate, quam mater noluerit primùm, poſtea verò voluerit ad ſe pertinere, ſi non fuerit medio tempore acquiſita ab alio, ſed poteſtate verborum extenſiuorum, quibus vſus eſt, vt Paulus ait, nullo etiam interueniente auxilio reſtitutionis in integrum, & ſiue minor, ſiue maior ſit filius, qui repudiatam matris hereditatem nunc amplecti vult: cùm tamen extra hunc caſum † quiſquis adire vult hereditatem quam ſemel repudiauit, egeat beneficio reſtitutionis, quæ porrò ſolis minoribus indulgetur *l. 1. & tot. tit. C. ſi vt omiſſ. hered. iuncti. l. ſicut. 4 C. de repud. vel abſtin. hered.* Nimirum potuit Senatus hoc facere, quaſi ſæpius & ſingulis momentis deferendo huiuſmodi hereditatem, quandiu medium nullum eſt inhabile, id eſt, quandiu alius nemo intercedit cui iam acquiſita ſit hereditas. Nam nec † reſtitutio in integrum datur minori ad hereditatem, quam ſemel repudiauerit, poſtmodum acquirendam, ſi res non ſit amplius integra: etſi eo caſu interpretamur integram rem non eſſe, non cùm ab alio adita eſt hereditas, vt apud Paulum, ſed cùm diſtractæ iam ſunt res hereditariæ *d. l. ait prætor. §. ſed quod Papinianus, l. quod ſi minor. 42. §. Scæuola. D. de minor. l. vlt. C. de repud. vel abſtin. hered.* ſed poſt acquiſitam hereditatem agnato proximo lege duodecim tabularum, quamuis nihil ex hereditate diſtractum ſit, non fecit Senatus poteſtatem filio, qui matris hereditatem primùm repudiauerat, vt heres eſſe poſſit, quia neque hoc facere potuit, vt diximus. Feciſſet enim proculdubio, ſi alterutrum iſtorum facere potuiſſet, vt vel agnatus proximus heres eſſe deſineret, vel duo in ſolidum heredes eſſe poſſent, ſaltem vnus directò, & alius vtiliter, vt Bartolus loquitur.

ſionem hoc ipſo pro herede gerere videri.

13 *Qua ratione præter expoſitam capite ſup. ſuccedere poſſit agnatus, ſi filius qui adierat abſtinuerit per in integrum reſtitutionem.*

14 *Species §. ſi bonorum 10. d. l. 2. ad Tertyll. & Vlpiani deciſio.*

15 *Matre, qua filio impuberi tutorem non petiit excluſâ, proximi agnati filio ſuccedunt, ex §. vlt. d. l. 2.*

16 *Ratio dubitandi d. §. vltimi.*

17 *Ratio decidendi.*

18 *Expoſitio vulgaris d. §. ſed ſi ſint ſui, exploſa.*

19 *Bartoli traditiones falſæ.*

ERROR VII.

De ſententia & ratione, l. 2. §. ſed ſi ſint ſui. §. ſed ſi quis §. ſi bonorum & §. vlt. eod. tit. ad SC. Tertyll.

SVMMARIA.

1 *Caſus, quo duo nonnulli videntur eſſe in ſolidum heredes directò, petitus ex l. 2. §. ſed ſi ſint. D. ad SC. Tertyll. exponitur & expenditur.*

2 *Ex teſtamento, vel ab inteſtato exiſtente filio vel nepote herede ſuo, nemo poteſt ab inteſtato heres exiſtere.*

3 *Verba Vlpiani*, matrem venire, in d. §. ſed l. fin. *non ſignificare heredem fieri, ſed venire ad bona, & n. 10.*

4 *Quoties ſuus heres, qui coheredem aut ſubſtitutum habuit, abſtentus eſt bonis paternis, tum bona duntaxat perueniunt ad coheredem ſeu ſubſtitutum, non etiam hereditas.*

5 *Ratio Africani & Publicij in d. §. expenditur.*

6 *SCtum Tertyllianum non tam cogitauit de nomine heredis matri conferendo, quàm de ipſa ſucceſſione illi tribuenda.*

7 *Ius ſuccedendi matri competens quàm multiplex.*

8 *Deciſio Vlpiani in d. l. 2. §.* Sed ſi quis deceſſiſſet, *& deciſionis ratio.*

9 *Iuliani ſententia ab Vlpiano confutata.*

10 *Quoties lex vel ſenatus defert hereditatem non etiam bonorum poſſeſſionem, nihilominus peti poteſt bonorum poſſeſſio ex capite* Vnde legitimi.

11 *Caſus quo etiam hodie neceſſarium eſt auxilium bonorum poſſeſſionis.*

12 *Quando verum ſit eum qui agnoſcit bonorum poſſeſſionem hoc ipſo pro herede gerere videri.*

13 *Qua ratione præter expoſitam capite ſup. ſuccedere poſſit agnatus, ſi filius qui adierat abſtinuerit per in integrum reſtitutionem.*

14 *Species §. ſi bonorum 10. d. l. 2. ad Tertyll. & Vlpiani deciſio.*

15 *Matre, qua filio impuberi tutorem non petiit excluſâ, proximi agnati filio ſuccedunt, ex §. vlt. d. l. 2.*

16 *Ratio dubitandi d. §. vltimi.*

17 *Ratio decidendi.*

18 *Expoſitio vulgaris d. §. ſed ſi ſint ſui, exploſa.*

19 *Bartoli traditiones falſæ.*

ILlud difficilius eſt, † quod Vlpianus in *d. l. 2. §. ſed ſi ſint ſui*, tum quoque cùm aliqui ſunt ſui heredes, ſi tamen ad eos hereditas non pertineat, nihilominus matrem admitti ex Tertylliano, puta ſi ſe abſtinuerint bonis patris, & ita fiat vt rem non habeant, quamuis retineant nudum nomen ſuorum heredum. Nam cùm ſit veriſſimum, non eſſe ſine herede illum, qui ſuum heredem habet, quamuis ſe abſtinentem, *d. l. cum quaſi §. ſed etſi ſuus D. de fideicom. libert.* adeò vt iure ciuili perinde ſuus heres creditoribus paternis teneatur, ac ſi ſe non abſtinuiſſet, *d. l. neceſſariis 57. D. de acquir. hered.* planè fatendum eſt, duos eſſe hoc caſu heredes, nec tantùm in ſolidum, ſed etiam directò, ſi admittamus matrem heredem fieri ex SC. Tertylliano. Et verò quàm ſit hoc nouum, nec facilè admittendum tanquam quòd iuris ratione omninò abhorreat, & ex eo apparet quod Vlpianus in eam rem adfert auctoritatem duorum prudentum Africani & Publicij, ſed ita tamen quaſi hoc ipſi non tam dixerint adfirmatiuè, quàm dicere tentauerint. Sic enim ſcribit, *Africanus & Publicius tentant dicere* audenter ſcilicet, vt loquitur Scæuola in *l. Gallus 29. §. videndum, D. de liber. & poſthum.* & parum religioſa iuris obſeruatione. Nec rurſus audet Vlpianus hanc ſententiam veram dicere, ſed tantùm æquam, & æquiorem ea opinione, quæ aliorum erat, exiſtimantium, vt ea ſola dictio innuit, non eſſe admittendam matrem ex Tertylliano ſuis heredibus exiſtentibus, ne plures in ſolidum heredes inducantur. Quomodo ſolemus dicere ſuis heredibus exiſtentibus nihil pro herede vſucapi poſſe, *l. 2. C. de vſucap. pro hered.* Nam & generaliter proditum eſt in *l. 2. C. vnd. liber.* † Ex teſtamento, vel ab inteſtato exiſtente filio 2
vel nepote ſuo herede, neminem poſſe ab inteſtato heredem exiſtere. Atqui exiſtit filius ſuus heres, etiam ſi ſe abſtineat. Mater igitur hoc caſu ex SC. Tertylliano heres exiſtere nullomodo poteſt. Et ſanè obſeruandum eſt, non ita loqui Vlpianum etiam ex Africani & Publicij ſententia, vt dicat matrem heredem eſſe, ſed multò ſimpliciùs, *matrem venire*, † quod ego ſic ac- 3
cipiendum puto, non vt veniat ad hereditatem hereſque fiat, ſed vt veniat ad bona, vtilésque actiones habeat, non tantùm exemplo eius, quòd SC. Trebellianum conſtituit in fauorem fideicommiſſarij, ſed etiam exemplo eius quod obtinet in perſona coheredis vel ſubſtituti cuiuſlibet, quoties † ſuus heres qui coheredem, 4
aut ſubſtitutum habuit, abſtentus eſt bonis paternis. Tunc enim bona duntaxat perueniunt ad coheredem iure adcreſcendi, aut ad ſubſtitutum iure ſubſtitutionis *l. ex contractu 44. D. de re indic.* non etiam hereditas, quæ nec in ſuis heredibus vlla vnquam fuiſſe intelligitur, *l. in ſuis 11. D. de liber. & poſt.* Cur ergo aut quomodo plus iuris habebit mater ex Tertylliano, quàm habebat ex lege duodecim tabularum coheres vel ſubſtitutus? Nam & ratio illa † qua Africanus & Pu- 5
blicius mouebantur, *ne nudum nomen ſui heredis noceat matri*, ea ipſa ratio eſt, quæ facit pro coherede & pro ſubſtituto, quibus vtique noceret nudum nomen ſui heredis,

heredis, ſi ius adcreſcendi & ſubſtitutionis ex eo impediretur, quòd ſuus heres, præſertim qui ſe abſtinuit poſt immixtionem, vt in illa ſpecie nihilominus remaneat heres ipſo iure. Neque verò † Senatuſconſultum adeò curioſum fuit vt matrem heredem faceret, magiſque cogitauit de effectu rei quàm de nomine, vt ſcilicet ſuo herede abſtinente, mater, etiamſi non poſſet habere nomen heredis, quod ſuus heres per abſtenſionem quoque retineret, haberet tamen rem ipſam quam ſuus heres habere noluiſſet. Quid enim refert in effectu, an dicamus heredem fieri matrem, vel aliud ſucceſſionis nomen induere, vt loquitur Vlp. in *d. l. §. vlt.* dummodo rem habeat? An non æquè ſatisfit. Senatuſconſulto? Idque ita eſſe hoc etiam apparet, quòd ex SC. Tertylliani beneficio poteſt † mater non tantùm ſuccedere iure ciuili, etiam iis casibus quibus poteſt heres eſſe: verùm etiam bonorum poſſeſſionem petere iure prætorio, adróque poſt repudiatam bonorum poſſeſſionem adhuc deliberare de adeunda hereditate *d. l. 2. §. ſed ſi mater.* 21. Quis enim dixerit fieri heredem matrem, quæ voluerit iure prætorio ſuccedere per bonorum poſſeſſionem? vt & in *l. 1. C. de ſucceſſ. edict.* Eáque etiam ratio eſt propter quam in ſpecie † *d. l. 2. §. ſed ſi quis deceſſiſſet*, id eſt, cùm quis deceſſit relicta filia quam in adoptionem legitimè ederat, relicta & matre, ait Vlpianus, matrem, donec filia bonorum poſſeſſionem petere poteſt, ex capite ſcilicet, Vnde cognati, non poſſe eam bonorum poſſeſſionem accipere, quia licèt Diuus Pius in hac ſpecie decreuerit ceſſare Senatuſconſultum, ſimulque admittendas ad illam bonorum poſſeſſionem, Vnde cognati, matrem & filiam, ne alioqui per matrem excluderetur filia, quam certum eſt non poſſe admitti tanquam filiam, ſed tantùm quaſi cognatam, §. *admonendi* 13. *Inſtit. de heredit. qua ab intеſt. defer.* Si tamen filia in bonorum poſſeſſione petenda ceſſauerit, nihil vetat matrem admitti tanquam matrem, & quaſi legitimam ex capite, Vnde legitimi: certum autem eſt quandiu bonorum poſſeſſio ex capite, Vnde legitimi deferri poteſt, non deferri Vnde cognati. *l. legitimis* 5. *vl. D. vnde cognati.* In eóque decipiebatur Iulianus, † quem Vlpianus refert, & reprehendit. Exiſtimabat enim non poſſe matrem ex Senatuſconſulto admitti ſi filia in bonorum poſſeſſione petenda ceſſaſſet, quaſi abſurdum videretur deferri hereditatem tanquam legitimam poſteáquam aperta eſſet via ſucceſſioni cognatorum. Sed non ita eſt, quia, vt ait Vlp. mater defuncti ſuccedit filiæ defuncti, vtpote quæ nec ante filiam admitti poteſt tanquam mater, ne filiam excludat, nec ſimul cum filia ſuccedere nolente, nec rurſus, ſola quandiu filia poteſt ſuccedere, non quia ex eodem cognationis gradu & capite vocantur, (ex pluribus enim qui in eodem gradu ſuccedendi ſint, vnum ſine alio ſuccedere nihil prohibet) ſed quia bonorum poſſeſſio Vnde cognati, non poteſt competere quandiu aliquo caſu ſuccedi poteſt Vnde legitimi: tandiu autem poteſt admitti mater ex capite Vnde legitimi, quandiu filia non ſucceſſit ex capite Vnde cognati, vt in ſpecie §. *ſi ſit conſanguinea d. l. 2.* Sequitur vt ſaltem poſt filiam debeat mater admitti, & quidem non tanquam ex capite Vnde cognati, ſed tanquam legitima ſiue ſuccedere velit & fieri heres ex Tertilliano, cùm iam verendum non ſit ne faciat iniuriam filiæ cuius ſolius fauore Senatuſconſulti autoritas impediebatur ne mariti legitimam hereditatem deferret: ſiue malit illa petere bonorum poſſeſſionem ex capite Vnde legitimi, & ſuccedere iure prætorio. Generaliter enim quotieſcunque † vel lex, vel Senatus defert hereditatem, non etiam bonorum poſſeſſionem, nihilominus peri poteſt bonorum poſſeſſio ex capite Vnde legitimi, *l. generaliter* 3. *D. vnd. legit.* Indéque apparet tanto manifeſtius verum eſſe, quod ſupra diximus, cùm exiſtente aliquo ſuo herede, ac ſe abſtinente mater admittitur ex Tertylliano, non fieri eam heredem, nec venire ad hereditatem, ſed venire ad bona iure bonorum poſſeſſionis. Quid enim neceſſe eſt iuris rationem violare, vt fiat heres mater alio iam herede exiſtente, cùm in effectu ſalua iuris ratione tantundem poſſit conſequi beneficio bonorum poſſeſſionis? Etſi namque bonorum poſſeſſio ex prætoris iuriſdictione, non ex Senatuſconſulto eſt, quia non id ſpecialiter Senatus iubet vt bonorum poſſeſſio matri vllo caſu detur: quod ſi ita eſſet, peti deberet ex capite, *Vt ex legibus Senatuſve conſultis bonorum poſſeſſio detur l. vnic. D. vt ex leg. Senat. conſ. bon. poſſ. det.* Non alia tamen ratione dat prætor matri bonorum poſſeſſionem, quàm quòd ipſa ex Tertylliano ad hereditatem vocetur, *d. l. §. vnd. legit.* Eſtque hic † caſus numerandus inter eos, quibus etiam hodie non ſolùm vtile, ſed etiam neceſſarium eſt auxilium bonorum poſſeſſionis: alioqui nullomodo poſſet admitti mater ad ſucceſſionem filij, qui ſuum heredem reliquiſſet, quamuis ſe abſtinentem: nec obſtat quod dici ſolet, † eum qui agnoſcit bonorum poſſeſſionem, hoc ipſo pro herede gerere videri, *l. puberem* 22. *C. de iur. delib.* Tunc enim id obtinet, cùm delata ei eſt hereditas, ita vt iure quoque ciuili heres fieri poſſit, quod hic non contingit. Sed etſi cui durius videretur, quod ſupra diximus ad Vlpianum in *dict. l. 1. §. ſi quis adita D. ad SC. Tertyl.* filium, qui adita ex Senatuſconſulto Orphiciano matris hereditate, per in integrum reſtitutionem abſtentus eſt, deſinere heredem eſſe, vt poſſit ius antiquum habere locum, & hereditas deferri agnato proximo ex lege 12. tab. Similiter dicerem, † ſic ſaltem accipi Vlpianum debere, vt poſt filij abſtenſionem ius antiquum locum habere incipiat, non vt agnatus ex lege 12. tab. heres fiat quod prorſus impoſſibile eſt filio, manente herede, ſed hactenus tantùm, vt ad matris ſucceſſionem admitti poſſit petita bonorum poſſeſſione Vnde legitimi, quam vtique non daret ei prætor ſi remoto filio ius antiquum habere locum non poſſet, *d. l. 1. §. cùm ex lege d. l. 1. D. vnd. legit.* Nec enim requirit prætor cùm dat eam bonorum poſſeſſionem Vnde legitimi, vt qui petit, poſſit eo ipſo caſu fieri heres iure ciuili ſed hoc tantùm inquirit, an ſit ex iis perſonis quibus lex defert hereditatem, ita vt poſſet etiam iure ciuili heres fieri ſi aliud nihil impediret. Alioqui nunquam eſſet vtile auxilium prætoris in danda bonorum illa poſſeſſione, niſi cùm non eſſet neceſſarium: neque verò bonorum poſſeſſionis auxilium ideo vnquam excluditur, quòd alius iam heres ſit, ſi modò alius ille non habeatur à prætore pro herede, vt in *l. ſine patronus* 21. §. *vlt. D. de iure patron. l. etſi ex modica* 6. §. *ſi filius D. de bon. libert.* Aliud eſt † in ſpecie, quam idem Vlpianus tractat in *d. l. 2. §. ſi bonorum ad Tertyll.* ſi bonorum poſſeſſione accepta filius emancipatus abſtinuerit ſe hereditate per in integrum reſtitutionem. Verum enim eſt Senatuſconſultum poſſe hîc locum habere, non ſolùm hactenus vt bonorum poſſeſſionem Vnde legitimi matri dare prætor debeat, ſed etiam vt ex Tertilliano heres fieri mater poſſit, quia nihil vetat heredem fieri matrem, etiam poſtea quàm filius bonorum poſſeſſionem accepit, cùm ea bonorum poſſeſſio non heredem ipſum fecerit, ſed bonorum poſſeſſorem. Sed ſi fuerit rurſus immixtus filius beneficio alterius reſtitutionis, non ideo quidem deſinet mater heres eſſe, cùm nec filius rurſum ſe immiſcendo heres fiat ſed tamen rurſus debebit mater abſtinere, quoniam non ea mens fuit Senatuſconſulti vt matrem vocaret ad filij hereditatem quandiu aliquis ex liberis filij heres eſſe vellet & velle poſſet, ſiue ab initio, ſiue ex poſtfacto, cum eam ob cauſam vſus ſit ſenatus verbis extenſuis. Sic & in §. *vlt. d. l. 2.* vbi idem Vlpianus quærit, † Matre prohibita ius ſuum vindicare ob non petitum filio impuberi tutorem, verum cæteros admittamus atque ſi mater non eſſet, an ipſam

dicamus heredem fieri, vel aliud successionis nomen induere, sed denegemus ei actiones, tanquam indignæ, atque ita fisco locum aperiamus. Placet ex rescripto Imperatoris Antonini, matre remota eos admitti, qui venirent, si mater non fuisset: id est, & agnatos & exclusis agnatis cognatos succedere, aut si nemo sit, tum demum bona vacare: admitti, inquam ad hereditatem, ita vt fiant heredes iure ciuili, si sint ex iis, quibus lex 12. tab. defert hereditatem, id est, si sint agnati, aut ad bonorum possessionem, ita vt fiant bonorum possessores, si sint ex iis qui non vocantur nisi ex mera indulgentia prætoris, cuiusmodi sunt cognati, *l. 1. D. vnd. cognat.* Cur non enim agnati possint heredes esse, cùm, matre nunquam ex Tertylliano heres fuerit? Quomodo namque potuisset ex Tertylliano heres esse mater, quam constitutio prohibet ius suum vindicare? Dices, Quænam igitur eo
16 loco poterat tanta esse ratio dubitandi, † vt tam solemni Imperatoris rescripto res egeret. Nimirum, quia constitutionis verba non satis exprimebat, verum prohiberetur mater heres esse ex Tertylliano, an potiùs exequi ius suum postquam heres facta esset. Quo posteriore sensu admisso, nullus proximis agnatis cognatisve locus relictus esse videbatur, sed bona fieri vacantia, & fiscum inuitare, vt in *l. vlt. D. de succeff. edict.* Sed & cùm verba illa constitutionis, quibus prohibebatur mater ius suum vindicare, hoc apertè præ se ferrent, vt non eo minùs saltem deferretur matri hereditas, (alioqui non erat prohibenda ius suum vindicare: quæ ius nullum habuisset) videtur hoc sufficere ad agnatos excludendos, cùm in agnatis eo tempore non esset iure ciuili successio; *d. §. placebat. Instit. de legit. agnat. succeff.* Verum aliter visum est
17 optimo Imperatori, † ratione illa quam in alio casu suprà vsurpauimus quòd delatio, quæ sit ex SC. Tertylliano, alia sit à delatione quæ sit ex lege duodecim tabularum. Hoc enim cùm euenit, potestas vnius legis hereditatem deferentis non potest consumere delationem ex alia lege postea faciendam. Cæterum in omnibus istis casibus perpetuum & simile illud est, quòd nec vnquam desinit heres esse is qui semel heres fuit, nec vnquam euenit vt duo sint eidem personæ in solidum heredes. Hæc verò omnia malè nostri vulgo
18 explicant. Putant † enim, cùm suis heredibus existentibus mater admittitur, suos heredes non esse heredes, sed matrem, quæ admittitur ex Tertylliano, quasi nudum nomen sui heredis non magis noceat matri, quàm si heres ille in rerum natura non esset. Alioqui non debuerat Bartolus hoc argumentum prætermittere, quod erat omnium fortissimum ad probandum posse duos in solidum heredes esse. Is sanè ad d. §. vlt. scribit generaliter, nudum nomen sui heredis non sufficere ad alios excludendos, ita innuens non obscu-
19 rè, † nihil obstare suos heredes qui se abstinuerunt, quominus alij non tantùm ad bonorum possessionem admitti possint, vt fiant bonorum possessores, sed etiam ad hereditatem, vt fiant heredes: quod certè falsum est. Rursus in specie & quæstione d. §. vlt. sic ille loquitur, quasi mater ita excludatur à successione filij, vt nec ei deferatur hereditas. Inde nimirum accepta occasione disputandi de statutis exclusiuis fœminarum non extantibus masculis. Atqui hoc falsum est. Nam tum quoque cùm mater, peccauit ob non petitum filio tutorem, non eo minùs tamen defertur illi ex Tertylliano hereditas, sed tantùm prohibetur per constitutionem ne ius suum vindicet, id est, ne sibi hereditatem acquirere possit. Quæ res agnatis cæteris locum facit, vt docuimus.

ERROR VIII.

De differentia exclusionis statutariæ, & eius quæ inducitur per iuratam renuntiationem.

SVMMARIA.

1 *Sententia pragmaticorum de conuenientia exclusionis statutariæ a iure succedendi, & eius quæ per iuratam renuntiationem inducitur, nec non eius quæ per exheredationem.*
2 *Autoris opposita assertio.*
3 *Exheredatio non potest alibi fieri, quàm in testamento & quidem valido, adeoque ex quo sit adita hereditas.*
4 *Exclusio quæ per statutum aut pactum inducitur ab ea quæ per exheredationem fit qui differat.*
5 *Conuenientia exclusionis quæ fit per statutum cum ea quæ fit per pactum.*
6 *Exclusionis quæ fit per pactum propria natura.*
7 *Delatio & acquisitio hereditatis quomodo differant.*
8 *Delatio hereditatis per pactum impediri non potest, acquisitio potest.*
9 *Pactum quo renuntiatur hereditati nihil est quod confirmet præter iurisiurandi religionem.*
10 *Exclusio quæ fit per statutum est potentior ea quæ fit per pactum.*
11 *Statuti qua vis & natura.*
12 *Statutis hereditates deferri possunt.*
13 *Statutis & acquisitio & delatio hereditatis impediri possunt.*
14 *Reuocatur ab autore sententia de vi exclusionis statutariæ in prima parte Err. propositæ.*
15 *Non potest impunè à patre præteriri filia quæ nonnisi per renuntiationem exclusa est.*
16 *Filia exclusa per renuntiationem malè æquiparatur incapaci à Bartolo.*
17 *Filia, quæ renuntiauit, cogitur abstinere matris perinde ac si præmortua esset, licet ipso iure sit heres.*
18 *Filia exclusa per statutum habetur pro mortua, ac impunè præteritur, & n. 14.*
19 *Filia exclusa per statutum frustra renuntiat per pactum.*
20 *Exceptio pronuntiati proximè propositi ex sententia interpretum.*
21 *Autoris sententia de ipsa exceptione.*

ÆQuiparare solent pragmatici † & interpretes nostri exclusionem à iure succedendi, quæ inducitur per statutum, & eam quæ per iuratam renunciationem, vtramque verò similem facere exclusioni, quæ fit per exheredationem: Quod his omnibus casibus perinde eueniat vt non possit succedere persona quæ alioqui successura esset. Sic enim Bart. ad *l. 1. §. qui habebat. D. de bonor. poss. contr. tabul.* Indéque multa inferunt, vt nimirum quicquid vno casu constitutum reperitur, ad alios omnes tanquam similes porrigatur. Mihi tamen † larga videtur inter istas exclusio- 2
nes esse differentia: præsertim verò inter eam quæ inducitur per statutum, & eam quæ per iuratam renunciationem, ex autoritate capitis, *quamuis pactum, D. de pact. in 6.* Nam de exheredatione nunc dicere nihil attinet, cùm pertineat illa ad causam testari: Nec enim
† exheredatio alibi potest fieri quàm in testamento, & 3
quidem valido, adeóque ex quo adita sit hereditas, *l. filium 22. D. de bonor. poss. contr. tab. l. si patronus 12. §. ex testamento. D. de bon. libert.* Cæteræ † autem exclu- 4
siones, quæ vel per statutum, vel per pactum inducuntur,

cuntur, ad cauſam inteſtati tantùm pertinent, ne alioqui liberam teſtandi facultatem, quam potiùs ampliare deberent, conſtringere, ſi non penitus auferre videtentur. Et in hoc ſanè conueniunt, † quòd perſonam excluſam ſubmouent à ſucceſſione inteſtati (quod vnum interpretes inuentur) ſed tamen ita vt multum interſit an per ſtatutum, an per pactum quis excludatur. Exclusionem enim † quæ per pactum inducitur, certum eſt, nec interpretes diffitentur habere tacitam conditionem, ſi hereditas ab inteſtato deferetur, vt Bart. Caſtrenſ. & cæteri tractant ad *l. qui ſuperſtitis* 94. *D. de acquir. hered.* & nos in Prima Chiliadis noſtræ parte pluries inculcauimus, quia fieri non poteſt, vt quis excludatur ab hereditate priùs quàm vlla ſit hereditas, quæ porro viuentis nulla eſſe vnquam poteſt *l.* 1. *D de hered.vel act. vendit. l.* 1. *D. pro hered.* Ita fit vt per huiuſmodi renunciationes iuratas delatio hereditatis non impediatur, ſed tantum acquiſitio. Delatio enim † pendet à voluntate legis, *l. lege obuenire* 130. *de verb. ſignific.* acquiſitio autem extra cauſam neceſſariorum & ſuorum heredum à voluntate hominis: *l. delata* 151. *eod. tit. ſicut* 4. *C. de repud. vel abſtin. hered. l. nec emere* 16 *C. de iur. delib. l.* 4. *D. ad SC. Trebell.* Ideóque non poteſt † per pactum fieri, quantumuis iuratum ſit, vt poteſtas legis impediatur quominus lex hereditatem deferat ipſi etiã perſonæ quæ renunciauit, quia ſemper verum eſt quod Papianus dicebat in *l. penult. D. de ſuis & legit.* priuatorum pactiones legum autoritate non cenſeri. Cúmque nihil ſit † quod pacta iſta inuitis legibus confirmet præter iuriſiurandi religionem, cuius præcipuam autoritatem eſſe ſacroſancti Pontifices voluerunt, ne periurium incuriatur, ſi non reſeruetur iuiurandum quod ſeruari poteſt citra diſpendium ſalutis æternæ, apparet non poſſe incurri periurium, tametſi perſona, quæ renunciauit, patiatur deferri ſibi hereditatem, quandoquidem delatio, præſertim quæ ſit ex lege 12. tabul. fit nobis etiam inuitis. Neque verò id agit is qui renunciationem extorquet per ſtipulationem, vt impediat ne hereditas renuntianti deferatur, ſed tantùm ne acquiratur, vt aliis ab inteſtato ſucceſſuris proſit, non quaſi mortua iam perſona quæ renuntiauit, vt male interpretes iactitant, ſed potius iure adcreſcendi, vt fit, quoties ex alia qualibet cauſa portionẽ ſibi delatam quis agnoſcere vel non vult, vel non poteſt. Impeditur ergo dumtaxat acquiſitio hereditatis per huiuſmodi renunciationem vires ſuas exerentem eo ipſo inſtanti quo hereditas per legem defertur, vt eodem tempore & delatio fiat & excluſio, *arg. l. quoties* 14 *D. de nouat.* At † excluſio quæ fit per ſtatutum longè potentior eſt. Nam cùm ſtatuta ius faciant, nec aliud quicquam ſint, † quàm ius ciuile eius loci, & populi cuius ſtatuta ſunt, habent proculdubio eam vim vt ius ciuile Romanorum tollant quatenus ei aduerſantur ac proinde vt impediant, ne qua lex, ſiue duodecim tabularum illa ſit, ſiue alia, hereditatem deferat ei perſonæ quam ſtatutum excludit. Nam & ſtatutis † hereditates deferri poſſe conſtat, vt ex aliis quibuſuis legibus ſiue nouas ſucceſſiones inducere ſtatuentes velint, ſiue ſucceſſionum ordinem antiquis populi Romani legibus conſtitutum immutare: cùm iura omnia hereditatum, maximè verò legitimarum ſint ex legibus, ideóque pro legiſlatoris arbitrio conſtitui & emendari poſſint. Itaque ſi ponamus ſtatutum tale eſſe, per quod excludantur fœminæ fauore maſculorum, & quæras, Extantibus maſculis, & fœminis, hereditas cui deferatur? Reſpondebo deferri ſolis maſculis, fœminis autem nullo modo, tanquam quæ excluſæ ſint, non tantùm ab inquiſitione, ſed etiam à iure ipſo delationis. Non enim poſſis † negare quin ſtatutum hoc facere & voluerit & potuerit, cùm fœminas excluſit. In eóque nos ipſi erramus pragmaticorum errorem ſecuti in Error. 1. Decad. 13. cùm diximus † excluſioni ſtatutariæ tandem ineſſe tacitam conditionem quæ renuntiationi, ſi hereditas ab inteſtato deferetur. Et hac verò differentia, ne ab interpretibus, nec à nobis ante hunc diem obſeruata, naſcuntur aliæ quàm plures quarum aut neglecta, aut ignorata obſeruatio grauiſſimis erroribus cauſam dedit. Sed an illa primùm, quòd filia, quæ per ſtatutum excluſa eſt à ſucceſſione inteſtati, poteſt impunè à patre præteriri, nec habet ius decidendi nullum cum neque ſit ſua res, neque ei deferatur hereditas ab inteſtato? ita putat Bart. ad l. vlt. §. *quando in pendenti, num.* 5. *ad SC. Tertyll.* vbi ait. Eum qui non poteſt ſuccedere poſſe impune præteriri: ſed non exiſtimo ſententiam hanc defendi poſſe. Eſt enim filia hæc ſua heres vtroque tempore, & teſtamenti & mortis, vt defendemus in Err. 3. Decad. 39. Illud planè verum eſt, licèt ab eiuſdem Bartoli & cæterorum interpretum traditionibus alienum: † Non poſſe impunè à patre præteriri filiam quæ non ſit excluſa niſi per renunciationem. Hæc enim non tantùm ſua eſt tempore teſtamenti & mortis patris, ſed etiam habet ius ſuccedendi, cùm ei deferatur hereditas per legem ac ſi non renuntiaſſet, adeò vt nec impleta ſit conditio tacita renunciationis, priuſquam ſit hereditas ipſi delata, quamuis renunciatio faciat vt ius illud ſuum quod reuera ipſi competit, vindicare prohibeatur: exemplo eius, quod in matre quæ filio ſuo tutorem intra annum non petiit conſtitutio induxit, vt quamuis hereditas ei ex Tertylliano deferatur, ius tamen non habeat vindicandorum bonorum, *d. l.* 2. §. *ſi mater. & 9. vlt. D. ad SC. Tertyl.* Quia ſicuti mater ob id quod non petiit tutorem, non eo magis deſinit eſſe mater, nec proinde poteſt ea culpa matris impedire poteſtatem Senatuſconſulti quod defert hereditatem matri tanquam matri. *l. tutelæ* 7. *D. capt. minut.* Ita nec filia quæ per pactum renunciauit cum iureiurando, deſinit eſſe filia, adeóque ſua heres, cùm neque deſinat eſſe in poteſtate, & primum gradum tenere in cauſa ſuccedendi quantum ad ius delationis. Ex quibus totum ius ſui heredis æſtimatur, *l. filiusfamilias* 33. *D. de teſtam. milit. l. ſcripto* 7. *vnd. liber.* Cúmque in ſuis heredibus idem ſit inſtans delationis & acquiſitionis, qui à primo inſtanti heredes reperiuntur ipſo iure, *l.* 1. §. *qui ſunt in poteſtate D. l. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* adeóque etiam viuo adhuc patre, *l. in ſuis* 11. *De liber. & poſthum.* poteſt audaciter quidem, ſed verè dici, per renunciationem filiæ non magis impediri acquiſitionem quàm delationem hereditatis. ob idque neceſſariam eſſe exheredationem ad excludendam hanc filiam ab hereditate patris, *d. l. in ſuis*, tantum abeſt vt poſſit impune præteriri quomodo volunt interpretes, aut vt æquiparanda † ſit incapaci, quomodo eam æquiparat Bart. *ad l.* 1. §. *per. de contr. tab.* Renunciatio enim iſta maiorem vim habere non poteſt, quàm vt cogat filiam † ſe abſtinere metu periurij: quandoquidem licèt in ipſius arbitrio non ſit facere quominus defuncto patre deferatur ſibi per legem, & acquiratur portio hereditaria, quam effectu quoque ipſo conſequeretur ſi non renuntiaſſet, liberum tamen arbitrium habet vel immiſcendi, vel abſtinendi, *l. neceſſarius* 57. *D. de acquir. hered.* Et ideirco ne periurium incurrat, facere debet quod in ſe eſt, non ne ſuccedat, quòd facere non poteſt, ſed vt in effectu pro eo habeatur ac ſi non ſucceſſiſſet, quod fit per abſtenſionem: quia liberos ſuos heredes, qui ſe abſtinent, licet reuera heredes ſint iure ciuili, heredum tamen loco prætor non habet, *l. ſi filius* 12. *D. de interrog. act.* Ergo quemadmodum ſuus heres non eo minùs ſtatim heres eſt & ipſo iure quòd poſſit abſtinere, *d. l.* 1. §. *qui ſunt in poteſtate D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.* imò nec ob id quod ſe iam abſtinuerit, *d. l. cùm quæſi* 30. §. *ſed etſi ſuus, D. de fideic. liber.* Ita & filia quæ renunciauit, cùm remaneat ſua, heres, licèt per renunciationem amiſerit ius & arbitrium ſe immiſcendi: non eo minus tamen heres eſt, nec proinde poteſt haberi pro mortua, qualem haberi eam neceſſe eſſet, vt impunè præteriri poſſet, quomodo habenda eſt pro mortua † ea quæ

excluſa

excluſa eſt per ſtatutum, quia ſtatutaria illa excluſio nõ habet eandem tacitam conditionem quam habet renunciatio, ſi hereditas ab inteſtato deferetur, cùm poteſtate ſtatuti tanquam ſpecialioris,& conſequenter potentioris legis non tantùm acquiſitio,ſed etiam delatio hereditatis impediatur, quæ non poteſt fieri niſi ex lege. Ex
19 quo infertur neceſſariò, quod nemo obſeruat, ſi filia † quæ iam per ſtatutum excluſa eſt, renunciauerit per pactum quantumlibet iuratum,nullius momenti eſſe renunciationem. Non ſolùm quod quemadmodum nec ea magis mea fieri nõ poteſt, §. *ſic itaque Inſtit. de action.* ita nec fieri queat vt perſona iam excluſa rurſum magiſque excludatur, verùm etiam quia nunquam poteſt impleri conditio illa tacita quam renuntiationi omnes ineſſe fatentur, ſi hereditas ab inteſtato deferetur, auctoritate ſcilicet ſtatuti impediente ne vnquam deferri hereditas poſſit ab inteſtato. Poterit quidem deferri ex teſtamento, ſed non pertinet ad hunc caſum renuntiatio, id eſt, ad excludendam filiam ab iis quæ per teſtamentum ei delata voluerit pater,quamuis pertineat ad caſum quoque teſtati, quantum ad hoc, vt facto teſtamento filia quæ renuntiauit, excludatur à petitione ſupplementi legitimæ, ſi modò expreſſim ei renuntiauit. Hoc enim etiam inuitis nobis exigunt interpretes contra quos diſputauimus in ptiore Chiliadis noſtræ parte. Ergo prorſus inutilis eſt renunciatio ſi fiat per filiam,
20 quæ iam excluſa ſit ſtatuto: niſi fortè ponas excluſionem ſtatutariam eſſe temporalem duntaxat & ſuſpenſiuam,(quod euenit ſecundùm interpretes cùm excluditur filia quoadúſque maſculi ſuperuerunt) excluſionem verò quæ per renunciationẽ inducatur eſſe perpetuam. Quod cùm accidit,renunciationis ea vis & poteſtas erit vt tunc incipiat excludere filiam,cùm excluſio ſtatutaria
21 finem acceperit. Sed iam dixi in præcedentibus, † non magis poſſe per ſtatutum quàm per pactum induci temporales iſtas & ſuſpenſiuas excluſiones,quin ſaltem extinguatur ſuſpenſio ex die agnitæ hereditatis,non quòd maior non ſit vis ſtatuti quàm pacti,cùm ſtatutum legis vim habeat quam pactum non habet. Sed quia per huiuſmodi temporales & ſuſpenſiuas excluſiones ſic acceptas, quomodo ab interpretibus accipiuntur, abſurdum illud inducitur vt nunc heres ſit ad tempus, alius verò ex tempore, quod nos probauimus fieri nullomodo poſſe, ne quidem per legem: cúmque verum ſit quod nos etiam probauimus,non poſſe amplius deferri ab inteſtato hereditatem quæ iam ſemel fuerit non modò delata, ſed etiam acquiſita, omninò conſequens eſt, vt eo quoque caſu quo ſtatutum per verba ſuſpenſiua conceptum ſit, perinde verum ſit nunquam poſſe tacitam illam renuntiationis conditionem exiſtere ſi hereditas ab inteſtato deferetur. Planè ſi maſculi,quorum ſolo fauore excluſa eſſet per ſtatutum filia, & cum illa adiectione *quandiu liberi maſculi ſupereſſent*, omnes decederent viuo eo, de cuius hereditate ageretur, poſſet effectum habere renuntiatio quæ facta eſſet, vt fieri paſſim ſolet fauore heredum & ſucceſſorum quorumcunque, & adueniente quocunque caſu,ac in omnem euentum. Tunc enim deficiente poteſtate excluſionis ſtatutariæ, nondúmque adita per quemquam hereditate, nihil vetaret deferri ab inteſtato hereditatem filiæ quæ renuntiaſſet, atque ita renunciationis conditionem impleri, codémque inſtanti vires ſuas exercere renunciationem in eius commodum, qui remota filia proximior eſt ad ſuccedendum,licèt non ſit ex liberis,aut ex maſculis defuncti. Finge fratrem eſſe aut filiam quæ nunquam renunciauerit, nihil vtique prohibebit admitti hanc, aut illum beneficio renunciantis, qui tamen admitti non poſſent beneficio ſtatuti, ſi renunciatio nulla interueniſſet.

ERROR IX.

De ſtatuto excludente fœminas, extantibus vel ſuccedentibus maſculis.

SVMMARIA.

1 *Differentia inter excluſionem ſtatutariam & conuentionalem.*
2 *Filia quæ renuntiauit non prohibetur ſuccedere ſi conſentiant ij quibus renuntiatio prodeſſe poterat.*
3 *In omni iureiurando intelligitur excepta voluntas & autoritas ſuperioris.*
4 *Filia per ſtatutum excluſa non poteſt ſuccedere, licèt ij conſentiant quibus ſucceſſio defertur aduerſus Bart.& Bald.& n.8.*
5 *Vbi ſtatuta fœminas à patris inteſtati ſucceſſione excludunt ſiue maſculorum, ſiue odio ſexus, ibi nulla attenditur quoad fœminas legitimæ hereditatis delatio.*
6 *SCti Tertylliani non ea mens vt agnatos planè excluderet, ſed tantùm matrem iis præferret, niſi tamen verbis extenſiuis vſus fuiſſet Senatus agnatos excludebat.*
7 *Filius non eſt matri, ſed patri.*
8 *Statutum eſt lex ſenſus non tantùm municipale, ſed etiam ciuile.*
9 *Delatio hereditatis precedit acquiſitionem, nec ab ea pendet.*
10 *Vt filia ſtatuto excluſa ſuccedat, non ſufficit ſi maſculus renuntiet ſtatuto, & fauori pro ſe introducto.*
11 *Conditione excluſionis ſtatutariæ ſemel exiſtente excluſio habetur pro pura ac perpetua.*
12 *Statuta nonniſi ſtrictam interpretationem recipiunt.*
13 *Licet ſtatutum conceptum eſſet verbis extenſiuis, etiam abſtinentibus maſculis qui ſemel ſucceſſiſſent, adhuc tamen excluſa maneret filia.*
14 *In ſtatutis non paſſim valet argumentum à contrario ſenſu.*
15 *Lex negatiuè concepta nihil noui & affirmatiui conſtituere poteſt.*
16 *Inter excludi & admitti ad hereditatem datur medium, ſuntque contraria non contradictoria.*
17 *Argumentum à contrario ſenſu quomodo formari debeat.*
18 *Non ſuccedere modò negatiuè, modò priuatiuè ſumitur.*
19 *Non ſuccedere ſumptum negatiuè opponitur contradictorie ei quod eſt ſuccedere.*
20 *Non ſuccedentibus maſculis non continuò admittitur fœmina de qua non eſt cautum vt non ſuccedat.*
21 *Poſt abrogatum ius commune per ſtatutum fœminarum excluſorium,nequidem extra caſum ſtatuti ex iure communi fœmina ſuccedit.*
22 *Niſi Senatus vſus eſſet verbis extenſiuis abſtinentibus liberis per in integrum reſtitutionem agnati matris admitti non potuiſſent.*
23 *Succedere nolentibus maſculis ex ſtatuto fœmina ſuccedere nequeunt, niſi reſtituatur ius commune.*

ALia † inter hæc duo genera excluſionum, 1
ſtatutariæ ſcilicet & conuentionalis, differentia illa eſt, quòd filia quæ renuntiauit, non ideo prohibetur † ſuccedere ac 2
ſe immiſcere, ſi conſentiant, & iuſiurandi gratiam faciant ij, quibus alioquin renuntiatio prodeſſe poſſet, & deberet. Quidni enim liceat filiæ, quæ iam ipſo iure, adeóque inuita heres, tanquam ſua heres, & neceſſaria, hereditatis commodum quod per præmaturam renuntiationem

tiationem à ſe abdicauerat, retinere citra metum periurij, cùm ij conſentiant quorum poteſt intereſſe? Habet enim omne iuſiurandum tacitam conditionem, ſi in eodem ſtatu res manebunt, *l.vltim. D.qui ſatisd.cogant.*
3 Et quemadmodum in omni † iureiurando intelligitur excepta voluntas & authoritas ſuperioris *l. vltim. in princip. D.ad municip.* Ita & multò magis intelligi debet excepta voluntas eius qui ex periurio læderetur, cùm liceat cuilibet ſuo iuri renuntiare, *l.penultim.C.de pact.*
4 *l.pactum* 46. *D.eod.* At filia † quæ per ſtatutum excluſa eſt, quamuis non niſi fauore maſculorum ſuccedere nunquam poteſt, ſi modò maſculus vel vnus ſuperſit eo tempore quo inteſtati ſucceſſio defertur, id eſt, quo certum eſſe incipit patremfamilias inteſtatum deceſſiſſe, nec ſi maſculus ille nolit ſuccedere, conſentiátque vt filia ipſa ſuccedat. Etſi non ignoro Bartoli ſententiam vulgò receptam eſſe aliter exiſtimantis ad *d.l.2.§.penult. num.7. D.de bonor.poſſeſſ.contra tab.ex l.2.§.ſed ſi ſint ſui, D.ad SC.Tertyll.* quam & probat Baldus ad *l.maximum vitium, n.1.C.de liberis prater.* Cum enim non poſſit excludi filia à ſucceſſione patris inteſtati, ſiue fauore maſculorum, ſiue, quod eſſet iniquius, odio ſexus, quin abrogetur hoc ipſo totum ius ciuile, quod leges duodecim tabularum, & Iuſtiniani conſtitutiones induxerunt circa parentum hereditates inter liberos vtriuſque ſexus ex æquis portionibus diuidendas, *d.l.maximum vitium 4. D de liber.prater.& Nouell.118.de hered.ab inteſt.venient. cap.1.* Conſequens fit, † vt in quibus locis ciuſmodi ſtatuta vigent, neceſſariò fatendum ſit nihil amplius tractandum eſſe de hereditatis delatione, quæ alioquin fieret, ſiue ex lege duodecim tabularum, ſiue ex conſtitutionibus Iuſtiniani, ſed ſolius ſtatuti authoritas & poteſtas ſpectanda ſit, vt quæ ex ſtatuto non poteſt deferri hereditas in illis caſibus, de quibus ſtatutum loquitur, ea nullo modo, & ex alia nulla lege deferatur. Nec enim fieri poteſt, vt ea hereditas eodem tempore ex diuerſis planéque pugnãtibus legibus delata dici queat, ſed quoties noua lex cum vetere pugnat, neceſſe eſt delationem fieri ex ſola poſteriore, nullamque penitus haberi prioris & veteris rationem. Qua de re habemus
6 exemplum illuſtre in Senatuſconſulto Tertylliano, † cuius licèt non ea mens fuerit, vt agnatos qui ex lege duodecim tabularum deficientibus ſuis vocabantur, excluderet, ſed tantùm vt matrem iis præferret, *d.l.2.§.ſi mater hereditatem, D. ad SC. Tertyll.* hoc ipſo tamen quod agnatis matrem prætulit, cui lex duodecim tabulatum nullum ius dabat, agnatos quoque in perpetuum excluſit, & legem duodecim tabularum abrogauit, ita vt nullo caſu admitti poſſent agnati, id eſt, nec ſi mater legitimam filij hereditatem omitteret, ſi non ob hanc cauſam fuiſſet vſus ſenatus verbis extenſiuis, hoc etiam addito, vt in eum caſum, quo mater nollet ſuccedere, ius antiquum ſeruandum eſſet, *d.§.ſi mater*, ſicut & Senatuſconſultum Orphitianum, vocando filios ad ſucceſſionem matris inteſtatæ, quibus antea ex lege duodecim tabularum agnati matris præferebantur, nec enim
7 filius † matri agnatus proximus eſt, vt eſt patri, *l. filius 12. D. de ſuis & legit.* alioqui nullo opus fuiſſet Senatuſconſulto; cùm potuiſſet ille ſuccedere, quomodo & alius quilibet agnatus, adeóque ante omnes, tanquam proximus, *l.2.§.1. D.vnd.legit.* hoc ipſo excluſit matris agnatos, ne poſſent vllo caſu ſuccedere, niſi eo ſolo quem nominatim Senatus excepit his verbis quæ Vlpianus refert in 1.§. *ſi nemo. eod. ſi nemo filiorum eorum quibus ſimul legitima hereditas deferetur, volet ad ſe eam hereditatem pertinere, ius antiquum eſto. iunct.l.filij 6.§.1. eod.* Portò quod fecit, faceréque potuit Senatuſconſultum, faciet etiam, poteritque facere ſtatutum, cùm non modò habeat vim legis, ſitque legi ſimilis conſtitutio, vt de Senatuſconſulto ſcriptum eſt in §. *Senatuſconſultum, Inſtit.de iur.natur.gent.& ciuil.* & §.*quos autem, Inſtit.de*
8 *bonor.poſſ.* ſed etiam ſit † lex ipſa, & ius, quod nos prò priè non ſolùm municipale, ſed etiam ciuile appellamus, proprium ſcilicet cuiuſque ciuitatis. Atqui in ſtatuto, quod nos ponimus ita conceptum fuiſſe, vt *extantibus maſculis fœmina non ſuccedat*, nulla ſunt verba extenſiua, ſed ſunt omnia præciſa, & relata præciſè ad illud ipſum inſtans, quo ſuccedi poteſt ab inteſtato, id eſt, quo certum eſſe incipit, patremfamilias deceſſiſſe inteſtatum. Igitur ſi eo tempore aliquis ſuperſit maſculus, etiamſi nolit ſuccedere, filia tamen omnimodo erit excluſa. Quomodo enim poſſet ſolus maſculus ſuccedere etiamſi vellet: ſi non ei deferretur tota ſucceſſio, partim ex propria perſona, partim ſaltem iure adcreſcẽdi? Quomodo autem poſſet ei tota deferri, ſi filia non eſſet in totum excluſa? Cùm igitur excluſio filiæ inducatur eo inſtanti, quo inducitur delatio, quæ ſit maſculo: delatio † 9
autem præcedat acquiſitionem, neque ab ea pendeat, ſed è contrario acquiſitio à delatione, ſaltem ordine intellectus (omnia enim iſta per legem fiunt eodem inſtanti) fatẽdum neceſſariò eſt, excluſionem quoque filiæ eſſe anteriorẽ acquiſitione, quæ poſtea ſequatur in perſona maſculi: & ideò ſiue maſculus ſuccedere poſtea velit, ſiue nolit, manere ſemper excluſam filiam quæ iam ante declaratam maſculi voluntatem excluſa fuit. Quare ad rem non pertinet quod noſtri obiiciunt, † poſſe 10
quemlibet renũtiare ſtatuto & fauori pro ſe introducto. Non enim ſufficit renuntiari ſtatuto, niſi etiam ius antiquum reſtituatur, quod per ſtatutum fuerat abrogatum. Hoc verò à priuati hominis voluntate pendere non poteſt: alioqui debuerat ſtatutum ita concipi, *ſuccedentibus maſculis fœmina non ſuccedat*, non, quomodo conceptum eſſe poſuimus, *extantibus maſculis*. Aliud enim eſt, extare maſculos, aliud verò ſuccedere. Et cùm ablatiui illi abſoluti reſoluantur in conditionem, quod & Bartolus fatetur ad *d.l.2.§. vlt.ad Tertyll.ex l.à teſtatore 209. de condit.& demonſtr.* apparet nihil referre an ſtatutum ita conceptum ſit, *extantibus maſculis*, an verò *ſi maſculi extabunt*. Proinde extare maſculos ſufficit, vt conditio 11
† excluſioni ſtatutariæ exiſtat: qua portò ſemel exiſtente excluſio habetur pro pura, *l. potior. 11. D.qui potior. in pign. habeam.* & conſequenter pro præciſa & perpetua, ac ſi abſolutè ſcriptum eſſet, *fœmina non ſuccedat*: quod ſi factum eſſet, nemo dubitaret, quin omni caſu, & in omne tempus fœminæ excluſæ eſſent à ſucceſſione inteſtati. Idémque eſſet ſtatuto ita concepto, *maſculis ſuccedentibus fœmina non ſuccedat*, ſi modò poneres maſculos nõ tantùm extare, ſed etiam ſemel ſucceſſiſſe, tametſi fortè poſteà omitterent ſucceſſionem beneficio abſtenſionis ex edicto perpetuo, aut etiam in integrum reſtitutionis: quoniam verbum illud *ſuccedentibus* non eſt extenſiuum, vt poſſis admittere pœnitentiam & mutationem voluntatis, non magis quàm verbum *extantibus*. Quare nec eſt quod quis dicat ſtatutum cùm de ſuccedentibus maſculis locutũ ſuit, de iis ſenſiſſe qui effectu ipſo ſuccederent, & ſucceſſionem perpetuò retinerent, quaſi nec ſucceſſiſſe vnquam videatur, qui poſteà ſucceſſionem à ſe abdicauit, vt ſolemus dicere, *Non videri verſum, quod non erat verſum, l. ſi pro patre* 10.§.*verſum; D.de in rem.verſ.* Nam tritum eſt apud interpretes, † ſtatuta nonniſi ſtrictam interpretationem recipere, & ex 12
meta proprietate verborum: negari autem non poteſt heredem verè ac propriè eſſe illum qui ſemel fuit, quãuis poſteà ſe abſtinuerit, *d.§.ſed etſi ſuus, l.neceſſarius* 57. *D. de acquir. hered.* non ſecus acſi poſt agnitam hereditatem ſine herede deceſſiſſet. Non poteſt igitur ſuperueniens abſtenſio maſculi, qui iam ſucceſſit, facere vt admittatur fœmina, quam ſtatutum in eum caſum quo maſculi ſuccederent, excluſit. Quid ergo, ſi ſtatutum cõceptum † eſſet per verba extenſiua exemplo Senatuſcon- 13
ſulti Tertyl. & Orphitiani in hunc modum, *ſi quis maſculorum ſucceſſionem ad ſe pertinere volet, fœmina excludatur*: eſſet ſane hic caſus dubitabilior, quia verbũ *volet*, cùm ſit extenſiuum, haud dubiè admittit pœnitentiam

d.l.fily.§.1. verumque eſt, hunc non velle, licèt aliquando voluerit, *d.l.1.§.ſi quis adita. eod.* Sed tamen adhuc dicerem, etiam abſtinentibus maſculis omnibus, qui ſucceſſiſſent, excluſam perpetuò manere filiam, quæ iis ſuccedentibus ſemel excluſa fuiſſet. Ratio eſt, quoniam licèt verba extenſiua pariantur, faciántque vt voluntatem mutare malis liceat, ſi modò ætatis, aut ex qualibet alia cauſa reſtitutionis auxilium iis ſuffragetur; non poſſunt tamen facere vt filia excluſa admittatur. Quo enim iure admitteretur? An fortè ex verbis ſtatuti? At verba ponimus ſic eſſe concepta vt ſi iam excludant, ſiue dictum ſit, *fœmina excludatur*, ſiue dictum ſit, *non ſuccedat*. Quomodo igitur poſſunt contrarium effectum operari, vt fœmina admittatur? an potiùs ex mente ſtatuti, quaſi à contrario ſenſu ſtatuentium ea mens fuerit, vt ſi nemo maſculorum ſuccedere vellet, filiæ admitterentur? At præter id quod non paſſim † & indiſtinctè
14 admittunt noſtri valere in ſtatutis argumentum à contrario ſenſu, ne quidem ad ſtatuti mentem dignoſcendam. Illud etiam conſtat in conſtituendo iure legitimarum hereditatum ſolam legiſlatoris mentem non ſufficere, ſed opus eſſe, verbis, & quidem affirmatiuis, non negatiuis, ex quibus hereditas deferri poſſit. Siquidem lex
15 † quælibet negatiuè concepta, nihil vnquam noui & affirmatiui poteſt conſtituere. Et quantumuis ex verbis negatiuis ducas argumentum à contrario ſenſu, nihil tamen aſſequeris, niſi vt in caſu contrario ſtatutum non debeat habere locum, quod ipſum tamen non ſufficit ad ſenſum affirmatiuum inducendum. Exempli cauſa, ſic concepto ſtatuto, *ſuccedentibus maſculis fœmina excludatur*, aut etiam ſi voles, *ſuccedere volentibus maſculis*, ſi argumentaberis à contrario ſenſu hoc vnum inferre poteris: Ergo *non ſuccedentibus maſculis*, aut *ſuccedere non volentibus, fœmina non excludatur*. Sed an ex eo inferes, Ergo admittetur? Minimè: quoniam aliud eſt, non ex-
16 cludi: aliud verò, admitti: & inter † duo iſta medium illud eſt, *nec excludi, nec admitti*, quod iis etiam conuenit, de quibus ſtatutum nec loqui, nec intelligi potuit. Nam ſi velles, ſic argumentari, ſtatutum ita loquitur, *Maſculis ſuccedere volentibus fœmina excludatur*. Ergo maſculis ſuccedere nolentibus fœmina admittetur, apertè eſſet vitioſa argumentatio tanquam excedens in ſenſu contrario terminos propoſitionis directæ, vt noſtri
17 loqui ſolent. Debent enim † in vtraque propoſitione & directa & contraria retineri iidem termini mutato duntaxat ſenſu affirmatiuo in negatiuum, & contrà, vt dici poſſit & debeat argumentum à contradictorio verius quàm à contrario ſenſu. Atqui ſunt illa contraria non contradictoria *excludi & admitti*. Contradictoria verò non contraria, *excludi & non excludi*. Nec aliud erit, etiamſi ponas ſtatuti verba hæc fuiſſe, *ſuccedentibus*, aut *ſuccedere volentibus maſculis fœmina non ſuccedat*. Nam ſi à contrario ſenſu velis inferre, *Ergo ſuccedere nolentibus maſculis fœmina ſuccedet*, propterea quòd *ſuccedere & non ſuccedere* non tantùm contraria ſint, ſed etiam contradictoria, dicam in hoc argumento fore fallaciam ex æquiuoco, quia † *non ſuccedere* ſumitur dupliciter,
18 aut negatiuè, aut priuatiuè. Negatiuè, pro eo quod eſt, non admitti ad ſucceſſionem: priuatiuè autem pro eo quod eſt excludi à ſucceſſione. Tã enim nõ ſuccedit qui non admittitur, quàm qui excluditur: in ſtatuto ita concepto, *ſuccedentibus* aut *ſuccedere volentibus maſculis fœmina non ſuccedat*, accipitur verbum illud priuatiuè. Proſus namque idem eſt, ac ſi ſcriptum eſſet, *fœmina excludatur*, quia nimirum cùm eſſent fœminæ capaces ſuccedendi ab inteſtato ex iure communi, non erat tractandum de iis non admittendis quæ iam erant admiſſæ, ſed de iis excludendis. At in illatione quæ ſic fiat: Ergo à contrario ſenſu perinde eſt ac ſi ſtatuto cautum eſſet, *ſuccedere nolentibus maſc. fœmina ſuccedat*: verbum *ſuccedendi* opponitur verbo *non ſuccedendi* ſumpto negatiuè, non priuatiuè. Nam cum oporteat ita ſumi vt ſit contradictorium, † certum eſt verba iſta *ſuccedere* & *non ſuccedere* ita eſſe contradictoria, ſi *non ſuccedere* ſumatur negatiuè, non priuatiuè, quandoquidem inter *ſuccedere* & *non ſuccedere* priuatiuè ſumptum aliquod medium eſt, ſcilicet *non ſuccedere*, ſumptum negatiuè. Contradictoria verò illa demum ſunt quæ medium nullum habent. Itaque ex illo antecedenti, *Statutum vult vt ſuccedentibus*, aut *ſuccedere volentibus maſculis fœmina non ſuccedat*, nihil aliud inferre poſſis à contrario ſenſu, quam quod facilè admittam, Ergo *ſuccedere nolentibus maſculis*, ve-
19 rum eſt *ſtatuto non caueri vt fœmina non ſuccedat*. Sed
20 quid poſtea? Ergo fœmina eo caſu admittetur. Ego verò negabo conſecutionem. Nam etſi maxim.è verum eſt, ſtatutum hoc caſu ceſſare quantum ad id, ne poſſit filia verbis ſtatuti dici excluſa: non tamen id ſufficit vt poſſit admitti, ſi non hoc amplius quoque faciant verba ſtatuti, vt filia admittatur. Dices, Imò non eſſe hoc neceſſe, quia cùm filia ex iure communi admittatur, ſufficit quòd per ſtatutum excluſa non ſit. Hoc vero eſt, in quo noſtri omnes decipiuntur, exiſtimantes † poſt abrogatum ex hu-
21 iuſmodi ſtatuto ius commune adhuc poſſe filiam ſuccedere ex iure communi extra caſum ſtatuti. Quod planè ridiculum eſt. Nam quemadmodum ante leges vllas conditas non poterat filia, vt nec alia perſona ſuccedere, non tanquam prohibita, ſed tanquam non permiſſa, cùm iura omnia ſucceſſionum ſint ex legibus, ita poſt abrogatum ius commune, ex quo admittebantur fœminæ cum maſculis ad parentum inteſtatorum ſucceſſionem propter authoritatem, maioremque vim ſtatuti fœminas excludentis, noua lege opus eſt, vt in poſterum admitti poſſit filia etiam extra caſum ſtatuti. Nec enim potuit ius commune abrogari pro parte per ſtatutum, quin abrogaretur in totum, ſi non expreſsè, in reliquis caſibus retineretur: vt ſupradictis Senatuſconſultorum Tertylliani & Orphiciani exemplis videre eſt. Non enim fuit contentus Senatus ita dicere, *Fily, ſi volent, matris inteſtatæ heredes ſunto*, ſed adiecit, *ſi nemo eorum velet eam hereditatem ad ſe pertinere, ius antiquum eſto. d.l.1.§.ſi nemo. d. l. fily 6.§.1.* Nempe † quia ſi hæc adiectio prætermiſſa
22 fuiſſet, potuiſſent quidem liberi nihilominus abſtinere per reſtitutionem in integrum, non ex vi verborum extenſiuorum, at ex ratione æquitatis, vt imprudentiæ eorum qui incontulcò adiiſſent, ob imbecillitatem ætatis ſubueniretur, ſed non prodeſſet ea res agnatis matris, quominus ſemel per liberos excluſi manerent in perpetuum excluſi: quia quod facere non poteſt lex duodecim tabularum, aut alia lex quælibet eo inſtanti, quo primùm ſucceſſio inteſtati locum habere poſſit, nunquã id poſtea facit, nec facere poteſt. Fuit itaque neceſſariò ius antiquũ reſtituendum agnatis ex ipſo Senatuſconſulto, per quod fuerat iis ademptum. Fuerat autem ademptum, nõ quòd verbis vllis Senatuſconſulti prohibiti eſſent ſuccedere, etiamſi filij adeſſent, ſed ob hoc ipſum quòd Senatus iis liberos prætulerat, quamuis non tam odio agnatorum, quàm ſolo liberorum fauore id factum eſſet. Eo igitur exẽplo dicam ſimiliter in propoſito † ſi ea mens ſtatuen-
23 tium fuit: vt maſculis quidem ſuccedentibus, aut ſuccedere volentibus, fœminæ excludantur: iiſdem verò ſuccedere vel non volentibus, vel non valentibus fœminæ admittantur, non ſufficere quòd ita ſint concepta verba ſtatuti, *ſuccedentibus aut ſuccedere volentibus maſculis fœmina ne ſuccedito*, ſed adiici præterea debuiſſe, *nolentibus verò maſculis ſuccedere, ius antiquum & cõmune eſto*. Tunc enim poſſet ſuccedere filia nolentibus maſculis ſuccedere, idque ex iure cõmuni & antiquo, ſed non tam ex ipſius iuris cõmunis & antiqui authoritate, quàm ex poteſtate ſtatuti, quod voluiſſet ius antiquum hoc caſu vel reſtituere, vel retinere. Et verò ſi neceſſarium fuit reſcriptum Imperatoris Antonini in ſpecie §. *vlt. d. l. 2. D. ad SC. Tertyll.* hoc eſt, ad faciendum, vt poſt matrem remotam, quæ nunquam heres fuerit eo caſu, quo ex conſtitutione prohibita ſit ius ſuum vindicare ob non petitum filio

impuberi

impuberi tutorem, possent agnati succedere, & præferri filio, tametsi Senatusconsulti verba ius antiquum expressim reseruassent fauore agnatorum, nempe qui reseruauerant in eum duntaxat casum, quo nollent liberi, matérve hereditatem, qua de ageretur, ad se pertinere, non etiam in alium illum casum quo mater liberis succedere quidem veller, sed tamen ne posset, constitutionis authoritate prohiberetur: quantò minùs ferendum est, vt abrogato iure communi per statutarium sine vlla iuris communis aut reseruatione, aut restitutione, permittatur filiæ, quæ succedentibus, aut succedere volentibus masculis excluſa fuerat, vt succedat ex iure communi nolentibus succedere masculis?

ERROR X.

De interpretatione statuti per quod masculi ponuntur in conditione, & quantum interſit, an poſiti ſint in conditione adfirmatiua, an negatiua, & an admittantur fœmina maſculis non extantibus, an maſculis non ſuccedentibus?

SVMMARIA.

1 *Quando locum habeat vulgare brocardicum ſtatutum, in caſibus non expreſſis regulatur à iure communi.*
2 *Statutum quod excludit fœminas fauore maſculorum in totum abrogat ius commune de inteſtatorum parentum hereditatibus, ſi non ipſius verbis aliquatenus retineatur aut conſeruetur ius commune.*
3 *Verba ſtatuti* extantibus maſculis fœminæ non ſuccedant *ius commune ex parte conſeruat.*
4 *Ex ſtatutis non poteſt in ſolidum deferri hereditas maſculis, quin fœmina perpetuò excludantur.*
5 *Ratio duplex cur ex ſtatutis fœmina ſuccedentibus maſculis excludantur.*
6 *Impleta ſemel conditione ſtatutariæ excluſionis, nunquam poteſt amplius admitti filia.*
7 *Conditio quæ ſemel exitit, nunquam poteſt amplius deficere, nec quæ ſemel defecit poteſt vnquam exiſtere, niſi concepta ſit per verba extenſiua.*
8 *Conditio excluſionis ſtatutariæ exitit, licet maſculi deſierint velle ſuccedere.*
9 *Exiſtente aliquo ſuo herede qui hereditatem ad ſe pertinere nolit, mater defuncti admittitur ad bona, non ad hereditatem.*
10 *Variæ formulæ ſtatutorum fœminæ excludentium, & earum differentia.*
11 *Cùm ſtatutum eſt excluſiuum fœminarum extantibus aut ſuccedentibus maſculis, exiſtit conditio, ſi vel vno inſtanti extent maſculi vel ſuccedant. & n.13. & 14.*
12 *Cùm ſtatutum eſt admiſſiuum fœminarum non extantibus maſculis aut non ſuccedentibus, ſucceſſio maſculorum non illico facit deficere conditionem. & num.16.*
13 *Affirmationis & negationis differentia.*
14 *Conditio* non ſuccedentibus maſculis, *poteſt adhuc exiſtere, licet maſculi adierint, ſecus conditio* non extantibus.
15 *Succeſſio maſculorum qui ſemel heredes exiterunt, habet tractum temporis.*
16 *In conditionibus interpretandis mens eius qui conditionem adſcripſit eſt inſpicienda.*
17 *Qui aliquando ſucceſſit, ſi poſtea ſe abſtineat, perinde habetur ac ſi nunquam ſucceſſiſſet. & n.21.*
18 *Ius ſuccedendi facilè admittit fictiones.*
19 *Iura hereditatum cur l.12. tabularum introducta.*
20 *Cùm ſtatutum eſt admiſſiuum fœminarum non ſuccedentibus maſculis, quomodo conditio deſecta videatur.*
21 *Conditionis natura.*
22 *Cùm ſtatutum ita conceptum eſt,* ſuccedentibus maſculis fœminæ excludantur, *fœminarum excluſio vnde inducatur.*
23 *Statutum admiſſiuum eſt fauorabilius excluſiuo.*
24 *Statutum*, maſculis ſuccedentibus fœminæ excludantur *quando ſuum effectum habeat.*
25 *Perſona ſemel excluſa poſtmodum admitti nequit.*

SCio vulgare illud † noſtrorum brocardicum, Statuta in caſibus non expreſſis interpretationem recipere, & vt loquuntur, regulari à iure communi. Sed dico id obtinere, quantum ad ea in quibus non poteſt videri derogatum fuiſſe iuri communi per ſtatutum: ſaltem in totum. In quo genere defendo non poſſe numerari ſtatutum, quod excludit fœminas à ſucceſſione inteſtati fauore maſculorum, licèt adiectum ſit *ſuccedentibus*, aut *ſuccedere volentibus maſculis*, quia per huiuſmodi ſtatutum, † ſicut peruertitur totum ius commune de inteſtatorum parentum hereditatibus, ita & in totum abrogatur, ſi non ipſius ſtatuti verbis aliqua ex parte retineatur aut reſtituatur. Idcóque facilè admitto quod tradit Bartolus ad *d.§.vlt.l.2.ad SC Tertyll. & ad d.l.1.§.penul. D. de contra tab.bonor.poſſ.* per ea ſtatuti verba, *extantibus, & ſuccedentibus maſculis, fœmina non ſuccedat*, poſitos eſſe maſculos, non modò in conditione excluſionis fœminarum, ſed etiam in diſpoſitione, id eſt, videri ad ſucceſſionem vocatos. At non ratione illa quam ipſe adfert, quòd ablatiui abſoluti prolati ab eo, qui diſponendi facultatem habuit, inducant diſpoſitionem: (hoc enim falſum eſt, & alibi à nobis refutatum) ſed quia † eo verborum compendio, videtur ius ſuccedendi antiquum ex lege duodecim tabularum, & ex Iuſtiniani conſtitutionibus fuiſſe maſculis conſeruatum, ac ſi pluribus, ſcriptum eſſet, *extantibus maſculis & ſuccedentibus ex iure communi*, quomodo lex duodecim tabularum, cùm ita ſcripſit, *ſi ſuus heres non erit, agnatus proximus familiam habeto*, non detulit hereditatem ſuo heredi, quam deficiente ſuo herede defert agnato, ſed conſeruat ſuo heredi, ius illud dominij, quod habebat, ab eo tempore, quo viuebat adhuc pater: quod ſufficit, vt patri poſſit filius heres exiſtere, agnatoſque omnes excludere. Conſeruat autem hoc ipſo, quòd ponit ſuum heredem in conditione delationis quam inducit fauore agnatorum: Ita & in propoſito conſeruatur maſculis ius antiquum hoc ipſo quòd poſiti ſunt à ſtatuto in conditione excluſionis fœminarum, inductæ in fauorem maſculorum. Nec quod ex iure communi non niſi pro ſua parte poſſent ſuccedere, ad rem facit: ſufficit enim conſeruatum iis eſſe ius ſuccedendi ex antiquis legibus in portione vel minima, vt totam hereditatem reliquam excluſis fœminis iure adcreſcendi conſequatur. Alioqui ſi diceremus cum Bartolo ex ſtatutis huiuſmodi deferri hereditatem maſculis, ſequeretur quòd iis ſolis deferretur, excluſis in totum fœminis. Non † enim poſſet in ſolidum deferri maſculis, quin fœminæ perpetuò excluderentur. Atqui ſi fœminæ eſſent ſemel excluſæ, non poſſent poſtea ſuccedere, tametſi maſculi nollent ſuccedere, quia ſemel fuiſſent excluſæ. Atque ita reperirentur excluſæ antequam conditio excluſionis extitiſſet, quod implicat cõtradictionem. Vt ergo poſſint ſuccedere non ſuccedenti bus maſculis, neceſſe eſt fateamur, non deferri maſculis, hereditatem à ſtatuto, ſed iis conſeruari tantùm eam delationem, quæ fit ex iure communi. Quæ delatio licèt non fiat niſi pro parte, tunc tamen, cùm incipit fieri pro parte, ſuccedit poteſtas ſtatuti excludentis fœminas ne poſſint facere partem, vt proinde maſculi totum iure adcreſcendi conſequi poſſint. Nec

est quod dicas non adesse personam à qua possit pars adcrescere, si filia ab initio exclusa fuit. Nam ad ius adcrescendi sufficit quòd filia heres non sit, licèt ea propositio verificetur in sensu negatiuo tantùm, non etiam in priuatiuo (siquidem priuatio præsupponit habitum, qui in hac filia nullus superest propter statutariam exclusionem.) Alioquin dicendum esset, portionem, quæ fuerat deferenda filiæ, fieri vacantem, & adeptum masculis ius adcrescendi, quibus tamen fauere statutum voluit. Cæterùm cùm ea res faciat, † vt duplex sit ratio, 5
propter quam ex huiusmodi statutis fœminæ succedentibus masculis excludantur, vna quòd succedentes masculi faciant existere conditionem exclusionis: altera, quòd illi ipsi in dispositione positi sint, & ad successionem vocati ex dispositione iuris communis. Prorsus consequens est, vt statim atque semel impleta est condi- 6
tio † exclusionis statutariæ, siue per solam superexistentiam masculorum, si conditio illa fuit, *extantibus masculis*, siue ob id quòd masculi aliquando successerint, si statuti verba hæc sunt, *masculis succedentibus*, nunquam possit amplius admitti filia, nec si masculus beneficio restitutionis impetret vt liceat sibi abstinere, quia conditio quæ semel extitit, nunquam potest amplius deficere, vt è contrario, quæ semel defecit, nunquam possit 7
existere nisi concepta sit † per verba extensiua & tractum temporis habentia, cuiusmodi non sunt illa de quibus nunc tractamus, *extantibus succedentibus*, *l. vnic. ver. nam etsi. D. si tabul. testam. extab. l. 1. §. sciendum. D. de suis & legit.* Etsi enim secunda illa ratio, quæ fauorem & ius masculorum respicit, incipit cessare, cum masculi nolunt hereditatem ad se pertinere, (cur enim bonum est iis fauere qui nolunt succedere? *l. si post mortem* 10. §. *liberi. D. de cont. tabul.*) prima tamen semper subest, quia 8
non eo minùs verum est † extitisse conditionem exclusionis propter superexistentiam, aut successionem masculorum, licèt defierint velle succedere. Atque in hanc sententiam textus est non inelegans in *l. filiusfamilias* 114. §. *cum quis rogatus*, *D. de legat.* 1: vbi Marcianus scribit, cùm rogatus quis est, vt si sine liberis decederet hereditatem restituat, excludit fideicommissarium, si superuixerint liberi, tametsi non extiterint heredes patri. Nec responderi potest, quod Bartolus tentat, esse casum illum huic nostro dissimilem in eo, quòd liberi non impediebant ibi fideicommissarium ob id quod haberent ius potentius in successione, cùm non essent vocati, sed ob id solùm, quod faciebant deficere conditionem fideicommissi. Quanquam enim verum est liberos positos in conditione, etiam sub qualitate & expressione masculinitatis, vt loquuntur, non censeri vocatos, quemadmodum à nobis disputatum est suo loco: illud tamen negari non potest, versari in eo fauorem aliquem liberorum, qui positi sunt in conditione, vt ex testatoris voluntate fideicommissario præferantur, *l. Lucius* 85. *D. de hered. instit. l. cùm pater* 77. §. *volo. de legat.* 2. Et quamuis in casu nostro hoc amplius sit, quòd masculi sunt ipsi vocati ad successionem, non tamen succedunt tanquam vocati per statutum, sed ex iure communi quod iis à statuto reseruatum intelligitur hoc ipso quòd positi sunt in conditione, vt iam diximus: & vtut sit, siue ex statuto vocati sint, siue ex iure communi, semper verum illud est, extitisse conditionem exclusionis fœminarum vbi semel masculi superuixerunt & successerunt, Quidni ergo remanebunt exclusæ fœminæ quandiu vel vnum superest ex duobus impedimentis facientibus ne admitti possint; Quod verò idem Bart. adducit. *l. 2. §. sed si sint sui. D. ad SC. Tertyl.* ad rem nostram planè non per- 9
tinet. Nam † existente aliquo suo herede, qui hereditatem patris ad se pertinere nolit, dicimus matrem defuncti ex Tertyllitano admitti non ad hereditatem, sed ad bona, & beneficio bonorum possessionis. Vnde legitimi, ne nudum heredis nomen noceat matri, quæ ex SC. Tertylliano expressim vocatur post liberos: præsertim cùm verba Senatusconsultorum essent extensiua, nec tam nudum sui heredis nomen, quàm effectum acquisitionis hereditatis respicientia, *d. l. 1. §. si nemo & seq. d. l. filij* 6. §. 1. *eod.* At in proposito casu extantibus masculis, & succedentibus, licèt postmodum abstineant beneficio restitutionis, dico nihilominus exclusas manere fœminas propter impletam conditionem exclusionis. Nullum enim possunt fauorem mereri à statuto, neque circa statuti interpretationem, quandoquidem per statutum exclusæ ita sunt in casum extantium, aut succedentium masculorum vt nullo tamen casu sint vocatæ. Aliúdque † longè est ita concipi statutum *extantibus masculis fœmina excludantur*. Aliud verò in hunc modum, *non extantibus aut succedentibus masculis fœmina admittantur*. Prior. n. formula, quæ expressam fœminarum exclusionem inducit, nullam interpretationem recipere potest, per quam fœminæ admittantur, si modò verum sit conditionem exclusionis semel extitisse, ne inducta ad exclusionem operentur admissionem contra *l. legata inuiriter* 14. *D. de adim. legat.* Posterior verò, quæ fœminarum fauorem respicit vt admitti possint, facilius recipere potest benignam interpretationem, vt nudum nomen heredis acquisitum masculo non noceat fœminæ quominus possit succedere ex statuto per quod admittitur. Etsi hoc quoque casu mallem esse verba statuti extensiua exemplo senatusconsultorum Tertylliani & Orphitiani: sed tamen iis quoque verbis retentis, quæ nos ex facto proponimus, dici adhuc potest, licèt nulla sint verba extensiua, multùm tamen interesse an statutum sit exclusiuum fœminarum, extantibus, aut succedentibus masculis, an verò admissiuum iisdem masculis nón extantibus, aut non succedentibus. Nam cùm est exclusiuum, † 11
si vel vno instanti extent masculi, vel succedant, existit conditio exclusionis, ita vt deficere postea nunquam possit, si verò sit admissiuum, † successio masculorum 12
non tam facit vt conditio videatur iam defecisse, quàm vt habeatur pro nondum impleta: nempe quia impleri aliquando poterit, puta si contingat vt masculi qui iam successerũt, nolint amplius succedere, malintq; abstinere, quia vt in cæteris omnibus, ita præcipuè in statutis verba cũ effectu sunt accipienda: non potest autẽ haberi pro eo qui successerit, is quem prætor pro eo habet ac si nunquam successisset. Itaque conditio quæ defecisse videbatur cum hic masculus successerat, propterea quòd eo tempore & nomine & effectu heres esset, existit postea eodem masculo se abstinente, ex eóque apparet quòd antea non tam defecerat conditio, quàm fuerat non impleta, quia si defecisset, existere postmodùm nunquam potuisset: Proinde quamuis verba statuti non sint extensiua, res tamen ipsa in se habet tractum temporis, & admittit mutationem quandiu fieri potest, vt qui successit, habeatur pro non successore quãtum ad effectum. Quandiu autem ea mutatio incidere potest, tandiu verum est posse impleri conditionem sub qua fœminæ ad successionem admittuntur, *non succedentibus masculis*, nec aliud quicquam interim possis inferre ex eo quod masculi successerint, nisi hoc vnum, Filiam ergo non esse admissam. At si velles iterum inferre. Esse igitur exclusam, malè inferres, cùm aliud sit non admitti, aliud excludi. Quæ semel exclusa est, nunquam admittitur. Et ideò verbis extensiuis vsus est senatus in Tertylliano & Orphitiano ne agnati dici possent excluſi per primam hereditatis delationem vel acquisitionem. Quæ verò admissa nondum est, adhuc tamen admitti potest quandiu non fuit exclusa. At cùm † statutũ est exclusiuum fœmi- 13
narũ sub conditione affirmatiua quæ continetur in ablatiuis illis absolutis *succedentibus masculis*, neque in verbis, neque in re ipsa quicquam est quod habeat tractum tẽporis, quoniam statim atque masculus vnus successit, verum est extitisse conditionem exclusionis, cùm & nomine & effectu sit heres hic qui successit: etsi autẽ potest fieri postea vt æquè se abstineat beneficio restitutionis,

non

non ideo tamen fieri potest vt conditio quæ semel extitit postea deficiat, quia nec vlla conditio post implementum est, quæ deficere, aut iterum existere possit. Nascitúrque hæc differentia, si subtiliter inspicias, ex differenti potestate affirmationis & negationis. Affirmatio † 14
enim vnum duntaxat casum includit, nec vera esse potest, nisi vno illo casu quo euenit quod affirmatum fuit: negatio autem duos casus habet, vnum qui sit suspensus, alterum qui sit præcisus. Tam enim verum est non succedere eum qui nondum succedit, nec vnquam succedere poterit: Et è contrario tam verum est non succedere illum qui postea quàm successit, se abstinet, inspecto scilicet effectu rei, quàm si nunquam successisset. Ex quo fieri necesse est vt successio masculorum, quæ facit conditionem affirmatiuam existere, non similiter faciat conditionem negatiuam deficere, quia quæ extitit, neque impleri amplius, neque deficere potest, nec illa quo- 15
que quæ defecit. Atque hæc † conditio, *non succedentibus masculis*, potest adhuc existere, scilicèt si masculi post aditam hereditatem abstineant se per in integrum restitutionem. Ergo nunquam defecit. Alia ratio est eius conditionis, *non extantibus masculis*. Tam enim facit existentia masculorum vt deficiat conditio negatiuè concepta, *non extantibus masculis*, quàm vt existat conditio adfirmatiuè sic concepta, *extantibus masculis*. Nec potest haberi potiùs pro non impleta, quia licèt perinde verum sit, masculum, qui hodie extat, posse cras mori, atque verum est, masculum, qui hodie & nomine & re ipsa succedit, posse cras nolle succedere, impetrata in eam rem abstinendi potestate. Differentia tamen in eo est, quod superexistentia ad certum & præcisum tempus relata est, ad illud videlicet quo paterfamilias intestatus moritur, quia eo demum tempore successionem deferri necesse est, si nihil sit per quod suspendatur. Nec fieri vllo casu potest vt non videatur extitisse & superuixisse masculus, qui extitit & superuixit eo instanti, quamuis postea moriatur, & desinat extare, quoniam mors quoque accidit in instanti, quod vbi venit, tam certum est mortuum fuisse hominem in illo certo instanti, vt certum sit neque amplius alio illo instanti moriturum, neque posse retrofingi alio vllo instanti mortuum. Nam neque mors, quæ factum & tempus admixtum habet, neque tempus ipsum retrofictiones istas potest admittere. Alioqui quotquot viuimus, fingeremur post mortem nostram nunquam vixisse, cùm sit nobis necessariò 16
moriendum. At successio † liberorum, aut aliorum masculorum qui semel heredes extiterunt, ad nullum tempus certum refertur, nec tale quid est quod instanti aliquo concludatur, quia sui natura tractum habet temporis, & antè quàm acquisita sit, & postea quàm fuit acquisita. Antè quidem, quoniam, quandiu repudiata non est hereditas, aut aliter amissum ius adeundi, aut se immiscendi, tandiu agnosci hereditas potest, *l. licèt* 8. *cum l. seq. C. de iur. deliber.* Postea verò, quia is qui semel heres fuit, semper heres perseuerat, ita vt si per impossibile posset fieri vt quis fieret heres ad certum tempus, non intelligeretur per aditionem primam impleta conditio ipsa, *succedentibus masculis*, imò potiùs defecta, impletaque negatiua contraria, *non succedentibus masculis*, quia & statuti & legis mens eadem est quæ & cuiuslibet testatoris, vt quisquis voluit succedere, succedat ille, & in perpetuum, & non tantùm nomine, sed etiam effectu, *l. in condit.* 19. *§. si patruus, ff. de cond. & demonstr.* vt si bona per creditores distrahenda erunt, non sub defuncti nomine distrahantur, sed sub nomine heredis, vt defuncti famæ consulatur. §. 1. *Inst. quib. ex caus. manum. non licet l. paterfamilias* 28. *ff. de reb. autor. iud. possid.* Ea verò mens
17 semper inspicienda est † in conditionibus interpretandis, siue lex, siue statutum, siue testator conditionem adscripserit, *d. l. in condit. in princip. l. pater Seuerianæ* 101. *eod. tit. De condit. & dem.* Indeque fit, vt qui aliquando
18 successit & nomine & effectu, † quomodo succedit quis quis heres sit, quamdiu non se abstinet, si postea se abstineat, siue beneficio edicti perpetui, non adito prætore: puta si suus heres sit qui nunquàm se immiscuerit, aut qui se quidem immiscuerit, sed & in pupillari ætate, in qua sit adhuc constitutus, *l. si qui* 12. *ff. de acq. hered.* siue per auxilium in integrum restitutionis ex causa minoris ætatis, *l. necessariis* 57. *eod.* perinde habeatur, ac si nunquam successisset, quia ne quidem pro eo tempore quo verum fuit eum successisse, pro successore tamen haberi potest, ne successio ad tempus contra iuris regulas inducatur. Cùm enim ius succendi † tam ex testamento, quàm ab 19
intestato non facti sit, sed ex iure vel ciuili, vel prætorio, facilè admittit fictiones omnes pro arbitrio siue legislatoris ciuilis, siue prætoris: cúmque iura hereditatum † ob id potissimum introducta sint per legem XII. 20
tabul. vt posset ciuis Romanus habere successorem, qui æris alieni onus susciperet, & ni solueret, bonorum venditionem pati cogeretur, apparet non valdè ad rem facere in proposito, quòd is qui se abstinet, nihilominus heres remaneat nomine tenus, cùm non habeatur pro hærede à prætore, *l. si filius* 12. *de interrog. action.* ex cuius tamen imperio & iurisdictione sit venditio bonorum, *leg.* 1. *& tot. tit. ff. de reb. author. iudic. possid.* Adeò autem non habetur † pro herede post abstensio- 21
nem, vt nunquam heres aut successor fuisse videatur, ne quidem eo tempore quod præcessit abstensionem: quia si posset retrofingi heres fuisse cum effectu, vel vnico instanti, nihil ei prodesset abstensio, quominus venditionem bonorum, saltem hereditariorum peti cogendus esset, vt euenit hodie in heredibus cum beneficio legis & inuentarij. Quomodo enim sub defuncti nomine vendi possent bona quæ defuncti esse desissent, & heredis aliquo tempore esse cœpissent? Igitur cùm natura ipsa successionis ita ferat, vt vel nunquam, vel ex instanti mortis agnita retrofingi debeat cum effectu, consequens est, vt si posita sit in conditione, negatiuè per huiusmodi verba statuti, *non succedentibus masculis fœmina admittantur*, † non priùs dici possit de- 22
recta conditio ad fœminas in perpetuum excludendas, quàm certum verúmque sit ita successisse masculos, vt non possint amplius retrofingi nunquam successisse: quod tunc euenit, cùm nulla spes vel causa supereſt abstensionis aut restitutionis, si is, qui successit, maior sit annis vigintiquinque: non quòd in pendenti sit hereditas ante abstensionem, cùm interim verè hæres sit & nomine & effectu is qui hereditatem semel agnouit, tametsi possit abstinere, *l. 1. §. qui sunt in potestate. D. si quis omiss. caus. testam.* Sed quia cùm aliquo casu adhuc possit impleri conditio, aut saltem in effectu haberi pro impleta, necesse est vim eius haberi interea in suspenso, vt non tam defecta iam, quàm nondum impleta esse videatur, vt in *l. hæc conditio* 10. *in fine principij, de cond. dist. & demonst.* Quandoquidem si defecta esset, neque impleri postea, neque pro impleta haberi posset. Conditio † enim quælibet ex suspensione & incertitu- 23
dine euentus tota æstimatur, desinitque esse conditio statim atque vel impleta est, vel defecta. Quæ autem conditio nulla est, ea nec impleri, nec deficere vnquam potest: si verò posita † sit successio in statuti con- 24
ditione affirmatiua hoc modo, *succedentibus masculis fœmina excludantur*, diximus excludi fœminas statim atque vnus ex masculis successit, quamuis possit adhuc fieri aliquo casu vt se abstineat, neque expectandum esse futurum euentum, an sit ille abstenturus, necne, quoniam affirmatiua illa conditio extitisse intelligitur primo instanti quo verum fuit dicere masculum aliquem successisse: vbi verò semel extitit, postea non potest deficere, nec si is, qui heres fuit, postea redigatur ad causam non heredis in effectu beneficio abstensionis, quia conditio affirmatiua ponitur ad exclusionem, quæ si semel locum habuit, in perpetuum habet. Conditio autem negatiua non

ponitur ad excluſionem, ſed ad fœminarum admiſſionem, quæ ſi ſtatim locum non habeat, poſtea tamen habere poteſt: quia facilius eſt, vt quod nondum eſt, poſtea ſit, quam vt quod iam eſt, poſtea non ſit. Et rurſus, cum
25 ſtatutum † affirmatiuè ita conceptum eſt, *ſuccedentibus maſculis, fœmina excludantur.* fœminarum excluſio inducitur per maſculorum ſucceſſionem ex ipſis ſtatuti verbis citra vllam interpretationem: adeóque nulla ratio eſt, cur maſculis re vera ſuccedentibus, licèt in eo ſint, vt adhuc poſſint abſtinere, conditio tamen pro ſuſpenſa potiùs quàm pro impleta haberi debeat. Præciſa enim poteſtas & proprietas verborum nullum interpretationi aut mutationi quæ ſuperuenire poteſt, locum relinquit.
26 Cùm verò negatiuè † conceptum eſt, *non ſuccedentibus maſculis fœmina admittantur*, ſi maſculi ſuccedant, fœminæque excludantur, iam non eſt hic caſus qui verbis ſtatuti expreſſus eſt, & neceſſariò veniendum eſt ad interpretationem quæ fiat per argumentum à contrario ſenſu. Quo tamen argumenti genere non poſſis vllam fœminarum excluſionem inducere, ſed tantùm non admiſſionem, adeò, vt etiamſi maſculus qui ſemel ſucceſſiſſet, numquam ſe abſtineret, fœminæ tamen non tam excluſæ dici deberent, quam admiſſæ nunquam. Atqui non admiſſio poteſt eſſe temporalis, nec neceſſe eſt eſſe perpetuam, qualis ſemper excluſio eſt. Cùm ergo ſuccedentibus maſculis deficiat tantùm conditio admiſſionis, nec aliud ex eo poſſis inferre à contrario ſenſu, niſi quòd extiterit conditio non admiſſionis, relinquitur adhuc locus admiſſioni per iuſtam interpretationem, ſi contingat per abſtenſionem vt prætor redigat ſucceſſorem ad
27 cautam non ſucceſſoris, quia ſtatutum † admiſſiuum eſt non excluſiuum, ideóque fauorabile, tanquam quod hac parte redeat ad ius commune, eiuſque verba cum effectu ſunt accipienda, quotieſcunque aliquam admittunt interpretationem. At cùm propter ſucceſſionem maſculorum exiſtit conditio excluſionis, nullus poſtea relinquitur locus admiſſioni, neque per argumentum à contrario ſenſu, quia diſpoſitio, quæ ſuum effectum habuit in ſenſu directo, non poteſt ampliùs contrarium habere in ſenſu contrario. Quando autem fieri poſſet † vt ſtatu- 28
tum ita conceptum, *maſculis ſuccedentibus fœmina excludantur*, effectum ſuum haberet ad excluſionem fœminarum inducendam, ſi non tunc haberet, cùm aliquis ex maſculis ſucceſſit? ſume enim verba cum effectu, quantum voles. Hic qui ſucceſſit, & nomine & effectu verè heres eſt. Quid ergo expectare poſſis aut debeas, vt præciſa excluſio inducatur? An fortè vt certum eſſe incipiat, non poſſe vnquam eum qui ſucceſſit haberi pro non ſucceſſore? At caſus ille futuræ abſtenſionis, legi & patrifamilias abominabilis eſt, & cùm pendeat ex mutatione futura voluntatis, non poteſt impedire effectum & poteſtatem iuris, quominus conditio ſtatim impleta dici
debeat. Potrò † quæ ſemel fuit excluſa perſona, poſtmo- 29
dùm admitti nunquam poteſt, ne videretur ſibi parum conſtare lex, quæ eandem perſonam & excluderet & admitteret. In ſumma, diſpoſitio negatiua ſtatuti, *ſuccedentibus maſculis*, neque in ſenſu directo locum habet, neque in ſenſu contrario. Non in directo, quia maſculi ſucceſſerunt, & fœminæ non admittuntur: non in contrario, quia fœminæ nondum ſunt excluſæ, ſed tantùm non admiſſæ, & conſequenter admitti adhuc poſſunt. Diſpoſitio autem affirmatiua, *ſuccedentibus maſculis*, ſtatim habet locum & effectum in ſenſu directo. Ergo fruſtrà expectaretur vt haberet effectum in ſenſu contrario, quem nec habere vnquam poteſt, quia non quemadmodum perſona non admiſſa admitti poſtea poteſt, ita & excluſam perſonam dicendum eſt poſtea admitti vnquam poſſe.

ANTONII FABRI IC.

Decas Vigeſimaoctaua.

ERROR PRIMVS.

De ſorore per ſtatutum excluſa, fratribus extantibus, an poſſit ſuccedere excluſo fratre conſanguineo propter matrem.

SVMMARIA.

1 *Statuta duo in Italia frequentiſſima.*
2 *Quæſtio propoſita à Bartolo.*
3 *Prima opinio de quæſtione propoſita.*
4 *Secunda ſententia.*
5 *Tertia quæ eſt Bartoli & Baldi.*
6 *Sententia, l. 2. §. ſi ſit conſanguinea. D. ad SC. Trebell. quâ ſuam Bartolus adſtruit opinionem.*
7 *Collectio Bartoli ex d. §. ſi ſit conſanguinea.*
8 *Tripartita diſtinctio Bartoli commentitia, ne ad rationem iuris accommodata.*
9 *Quoties is qui excludit excludentem me ſuccedit in locum excluſi, neceſſe eſt me quoque excludi.*
10 *Bartoli aſſertio conuellitur.*
11 *Cùm ſtatutum excludit ſororem extantibus fratribus, ſola fratris exiſtentia arcet ſororem à ſuccedendo.*
12 *Cùm ſtatuto cauetur vt extantibus maſculis fœmina non ſuccedat, extante vel vno maſculo hereditas ei deferatur in ſolidum, iure non decreſcendi inducto.*
13 *Cum ſtatutum ita conceptum eſt ſuccedentibus maſculis fœmina non ſuccedat, ſola exiſtentia maſculorum non facit exiſtere conditionem excluſionis.*
14 *Ex ſupraſcripto ſtatuto ſuccedente maſculo prater partem qua ei defertur, alia portio ei acquiritur iure accreſcendi.*
15 *Error Bartoli ſtatuta de maſculis ſuperſtitibus loquentia ad ſolos ſuccedentes reſtringentis.*
16 *Non quilibet maſculi extantes excludunt fœminas.*
17 *Sententia Bartoli aduerſus ipſum inducta.*
18 *Cùm ſtatuto excluditur ſoror à ſucceſſione fratris alio fratre ſuperſtite, ſi extent frater conſanguineus, ſoror vtrinque coniuncta, & mater, hæc ſuccedit illis excluſis.*
19 *Obiectio ſectatorum Bartoli ex d. §. ſi ſit conſanguineus refellitur.*
20 *In ſpecie ſtatuti ſuprà expoſiti ſola ſuccedit mater, excluſa ſorore per ſtatutum, & fratre excluſo per Iuſtiniani conſtitutionem.*

PRoponit Bartolus hanc quæſtionem ad *leg. 1. §. qui habebat. numer. 4. D. de bonorum poſſeſſ. cont. tabul.* & poſt eum Baldus ad *leg. ſi quis filium 34. numer. 10. Codic. de inofficioſ. teſtament.* præſuppoſitis duobus † ſtatutis, quæ ſunt frequentiſſima 1
in

in Italiâ,quorum altero caueatur,vt fœmina non ſuccedat extantibus maſculis filiis ex eodem patre : altero,vt ſoror non ſuccedat fratri extantibus aliis fratribus ex
2 eodem patre. Pone, inquit, quòd extet aliquis frater † qui non ſit quidem omninò incapax , ſed qui tamen impediatur ſuccedere ex alterius perſonâ : vt puta , ſi quis deceſſerit relicto fratre conſanguineo,id eſt, ex patre tantùm, relictis item matre & ſorore ex vtroque parente : conſtat fratrem hunc non poſſe fratri ſuccedere, quia præfertur ei mater ex Nouellâ Iuſtiniani 118. *De hæred.ab inteſt.ven.* vnde ſumpta eſt Auth. *defuncto C. ad SC. Tertyll.* quamuis olim ipſe matri præferretur,*§.præferunt.Inſtitud.* An ergo ſoror ex vtroque parente poterit ſuccedere cum matre ? Nec. n. mater defuncti ſororem huiuſmodi excludit , ſed ex Iuſtiniani conſtitutione ſimul admittuntur. Adfert autem Bartolus tres in propoſita quæſtione opiniones : Prima eſt, † vt ſola mater admittatur excluſâ ſorore propter ſtatutum,cùm ſit verum extare fratrem: excluſo item fratre , propter Iuſtiniani conſtitutionem,*arg. Auth.C.de natur.lib.* vbi naturalibus liberis ne ab inteſtato poſſint ſuccedere , nocet coniux defuncti legitima , quamuis ipſa ſuccedere ab inteſtato non poſſit quandiu ſuperſunt agnati vel cognati,*l.vnic.*
4 *C.vnd.vir. & vxor.l.vlt.C.quor bonor.* † Secunda opinio eſt, fratrem admittendum eſſe ad eam portionẽ, in qua, ſi frater non eſſet, ſoror ſuccederet, cùm nonniſi ex eius perſona ſoror excludatur ex *l.2. §. obsicitur, & l.aquiſſimum 5.§ ſi ex filio. D.ad SC. Tertyll.iuncto d.§. præferuntur*, vbi ſcriptum eſt, Patrem quidem anteponi matri in ſucceſſione legitima filij , non etiam auum aut proauũ, ſed hoc ita , ſi inter eos tantùm agatur. Nam ſi omnes concurrant , pater , auus & mater : præferri auum matri propter patrem qui matri haud dubiè præferretur. Quod elegantiorem h abet tractatum in ea ſpecie, de qua Paulus *in d. §. ſi ex filio.* vbi ponit nepotem ex filio manumiſſum ab auo , poſtea patre & auo & matre ſuperſtitibus,deceſſiſſe:Et ait poſſe quæri quis potior eſſe debeat. Nam ſi mater , inquit , excluſerit auum manumiſſorem, qui patri anteponitur in petenda bonorum poſſeſſione filij tanquam liberti,ex edicto,de quo in *tit. D. ſi quis à parent.manum. ſit*, inducetur pater defuncti ex alio prætoris edicto,ſcilicet ſucceſſorio.Portò admiſſo patre ſtatim deſinit locus eſſe Senatuſconſulto,cùm matri pater, vt diximus,perpetuò præferatur. At rurſus ſtatim atque excluſa eſt mater, fit locus auo, quia cum inter auum & patrem , eiúſdemque filium in poteſtate retentum res agitur,ſemper auus patri anteponitur,etiamſi ponas nepotem hunc , qui ab auo manumiſſus fuerat , ſe dediſſe patri ſuo adrogandum *d. l.1.§.nepos. D.ad.tit.ſi à parent. quis manum.ſit.* Ita ergo inducetur circuitus, vt in vtram volens partem nihil reſponderi poſſit , quod non ſtatim falſum appareat : concludit verò Paulus rectiùs eſſe , vt auo ius ſuum conſeruetur, id eſt, vt auus qui patri præferretur,ſi mater nulla eſſet,etiam matri,cùm pater adeſt, præferatur. Quidni enim præferri debeat heredi legitimæ cùm & ſoleat recipere bonorum poſſeſſionem contra tabulas aduerſus ſcriptos hæredes exemplo alterius patroni cuiuſlibet ? Cùm tamen eò fauorabiliores haberi debeant heredes ſcripti quàm legitimi,quòd nituntur expreſſo iudicio teſtatoris, legitimi verò non niſi tacito, *leg.conficiuntur* 8.§.1. *D.de iur.codicil.l.ab exhared.*
5 *126. de leg.1.* † Tertia opinio apud Bartolum eſt, ſororem in propoſito caſu debere ſuccedere cum matre , excluſo fratre conſanguineo propter matrem. Atque in hac tertia ſententia poſt aliquam hæſitationem conquieſcit Bart. itemque Baldus loco ſuprà citato,ex *d.l.2. §.ſi ſit conſanguinea D.ad SC.Tertyll.* vbi Vlpianus ait,†
6 ſi ſit conſanguinea ſoror defuncti,ſit & mater, ſit & pater adoptatus vel emancipatus, & conſanguinea hereditatem habere velit , matrem ex Senatuſconſulto ſimul cum ea venire , patrem verò excludi , non propter matrem,cui pater naturalis ſemper obſtat, etiamſi ſit adoptatus vel emancipatus,ſed propter conſanguineam, quæ cùm ſit agnata, præfertur vtique ex lege XII. tab. patri, qui per adoptionem aut emancipationem deſiit & familiam & filium habere. Sed ſi conſanguinea repudiet,matrem ex Senatuſconſulto propter patrem non venire, ſcilicet ad hereditatem , & tanquam matrem , ſed hoc vnum ei auxilium ſuperesſe , vt quaſi cognata poſſit ſimul cum patre accipere bonorum poſſeſſionem Vnde cognati. Excluſa enim per propriam repudiationem ſorore conſanguinea,quæ ex lege XII.tab.vocabatur ad hæreditatem quaſi agnata , inducit prætor poteſtatem edicti ſucceſſorij , vt cæteræ perſonæ quas ſoror adeundo excluſiſſet, & quæ ampliùs admitti non poſſunt iure ciuili ex capite Vnde agnati , quia in agnatis olim non erat ſucceſſio, *§.placebat.Inſtit. de leg.agn.ſucceſſ.* admittantur ex capite Vnde cognati : in quo numero haud dubiè & pater eſt,in cuius perſona neque adoptio , neque emancipatio naturalia cognationis iura diſſoluere potuit, & mater, quæ non tantùm cognata eſt , ſed plus etiam quàm cognata , cùm ſit principium cognationis. Cognatos enim,ſpeciali nomine eos appellamus,qui per matrem coniunguntur, ſicut agnatos qui per patrem. Et quemadmodum patet hic adoptatus vel emancipatus ſuccedit ſorori conſanguineæ ex edicto ſucceſſorio , vt poſſit admitti, tanquam cognatus , ita & mater ſibi ipſi tanquam matri ſuccedit tanquam cognata , vt poſſit ſimul cum patre admitti. Tunc enim pater matrem excludit, cùm ſuccedit illa tanquam patet ſiue ciuili ſiue prætorio iure, illa verò vult ſuccedere tanquam mater. Sed cùm neque ille iure patris ſuccedere poteſt , neque illa iure matris,vt in propoſito,quia ſicuti matrem à Tertylliano , ita & patrem ſoror conſanguinea excludit à ſucceſſione legitima , nec minus à prætoria quàm à ciuili (nam & legitimos cognatis omnibus qui legitimi non ſunt prætor anteponit, *l.legitimus 5.& l.vlt. D.vnd.cognat.*)nihil vetat eos vnà ſuccedere tanquam cognatos. Ita fit,vt quamuis alias,id eſt, ſi pater non ſit,non ſoleat mater expectare conſanguineam vtrum adire velit necne, cùm habeat ius ſuum certum & paratum ex Tertylliano, nunc tamen, id eſt, in propoſita ſpecie,cogatur eam expectare, non ob id quòd conſanguinea ſit ſimpliciter, ſed quoniam talis conſanguinea eſt, id eſt, quæ patrem excludit adeundo,& qui ſi non excluderetur,matrem ipſam eſſet excluſurus.Neceſſe igitur eſt expectari vt ſciatur an pater excludetur, quod ipſum non priùs ſciri poteſt,quàm ſoror conſanguinea vel adierit, vel repudiauerit.Sed & quod magis mirum eſt,repudiante conſanguinea , licèt futurum ſit vt mater bonorum poſſeſſionem accipiat cum patre quaſi cognata ex capite vt diximus, Vnde cognati : adhuc tamen in hac ipſa bonorum poſſeſſione moram patietur , cogetúrque expectare patrem, vt non priùs poſſit eam poſſeſſionem petere,quàm pater petierit,non quaſi patris quicquam interſit(qui enim ex pluribus ſimul admittendis prior venit ad bonorum poſſeſſionem , non niſi pro virili ſua parte eam accipit) ſed quia nec priùs competit,ſiquidem futurum eſſet,patre ſuam repudiante,vt admitti poſſet mater ex Tertylliano & tanquam legitima : quandiu autem legitimus, ſiue heres , ſiue bonorum poſſeſſor ſperatur , bonorum poſſeſſio ex capite Vnde cognati,non defertur, *d. l.2. §. ſed ſiquis deceſſiſſet eod.tit.ad SC. Tertill.* Nec enim edictum ſucceſſorium facit vt poſſit quis ſibi ipſi tanquam legitimo ſuccedere tanquam cognatus antequàm poterit admitti quaſi legitimus. Præpoſterum enim id eſſet, *l.1. §. ſed videndum. D. de ſucceſſ. edict.* Atque hæc quidem Vlpiani ſententia & ratio eſt in *d.§.ſi ſit conſanguinea.* Ex quo loco infert Bartolus , † quemadmodum ibi mater excludit patrem propter ſororem conſanguineam , quæ ſi in medio non eſſet , mater per patrem excluderetur : ita & in propoſito caſu ſororem excludere fratrem conſanguineum propter matrem per quam frater conſanguineus excluditur , & 7

quæ tamen ſororem hanc eandemque filiam ſuam excludere non poteſt quominùs ambæ pariter admittantur. Addidit ille rationem. Quoniam, inquit, licèt ablatiui illi abſoluti reſoluantur in conditionem *l. à teſtatore 109. de condit. & demonſtr. l. enictis 18. D. de vſur.* tamen in propoſito faciunt etiam diſpoſitionem, & eam inducunt vt frater ſuccedat, & ſorori præferatur, quia eius fauore hoc eſt ſtatutum, *l. ſeruo legato. 69. §. ſi teſtator de leg. 1. l. fideicommiſſa 11. § cùm eſſet, & §. interdum. legat. 3.* Et ſic excluditur ſoror à fratre tanquam habente ius potentius, ideò fratre excluſo per matrem ſoror admittitur, *dict. §. ſi ſit conſanguinea*, nempe ex conſequentia diſtinctionis quam ibidem tradit Bartolus Ea
8 verò eſt huiuſmodi. † Quandóque, inquit, ille qui eſt remotior me, excludit eum qui excludit me, ſic quòd ille remotior ſuccedit in locum eius quem excludit, & tunc ipſe ſuccedit, & ego excludor, *vt d. l. æquiſſimum, & d. l. 2. §. obiicitur ad Tertyll.* Nam ibi auus excludit patrem, & ſuccedit in locum patris, eiuſdémque ſui filij: meritò excludit matrem, ſicut patet ipſe eam excluderet Quandóque non ſuccedit in locum eius, & tunc aut ille quem remotior excludit, ideo me excludit quòd habeat ius potentius in ſucceſſione: & tunc ego non excludor, ſed potero ad ſucceſſionem vocari iure meo, perinde acſi excluſus ille in rerum natura non eſſet, *vt d. §. ſi ſit conſanguinea*, aut non excludit me ideo quòd habeat ius potentius, ſed quia deficiat conditio quæ vocabat ad ſucceſſionem, & tunc non potero admitti: vt in Auth. *licet. C. de natur. liber.* Ibi enim excluditur naturalis filius propter coniugem, non ideo quòd coniux habeat ius potentius in ſucceſſione, cùm ipſa non ſuccedat ab inteſtato: ſed ideo quia lex vocari voluit naturalem, ſub ea conditione, ſi coniunx non eſſet, ideo non attenditur verum illa coniunx ſuccedat vel non, vt ibi. Verba ſunt Bartoli, cuius tamen neque ſententiam, neque diſtinctionem probare poſſum. Eſt enim ea diſtinctio planè commentitia, & vt cæteræ ferè omnes Bartoli diſtinctiones eſſe ſolent, magis ad numerum legum, quas conciliare voluit, quàm ad rationem iuris accommodata.
9 Etſi enim quoties † is qui excludit excludentem me, ſuccedit in locum excluſi, neceſſe eſt me quoque excludi. Hoc ipſum tamen eſt, quod Bartolus docere debuit, quando excludens ſuccedere debeat in locum eius quem excludit, & cur non in propoſito excludens fratrem mater non debeat in ipſius locum ſuccedere, vt ſororem quoque excludat, quam frater excluderet. Quid
10 enim vetat † quominùs dicamus matrem ſuccedere in locum fratris, cùm ipſa ad ſucceſſionem pro parte vocetur ex propria etiam perſona? Dices idem euenire in ſpecie *d. l. ſi ſit conſanguinea*, vt ſoror conſanguinea excludat patrem ſuccedendo pro parte cum matre, & tamen non ſuccedat in locum patris, quandoquidem ſi ſuccederet, matrem prorſus excluderet, ſicut illa per patrem excluderetur. Verùm reſpondebo, Eſſe in eo diſſimilem ſpeciem quòd nullum ius ibi habebat pater in quod poſſet ſuccedere ſoror conſanguinea, cùm ſi aliquod ius habuiſſet pater tanquam pater, neque ſoror conſanguinea, neque mater admitti vllo modo potuiſſet. In propoſito autem licèt nullum ius ſuccedendi habeat frater conſanguineus, matre in medio exiſtente, quantum ad hoc, vt vel matri præferatur, vel cum matre concurrat, habet tamen quantum ad hoc, vt ſororem, etiam quæ vtrimque coniuncta ſit, excludat: vt apparet ex eo, quòd ſi mater ex aliqua cauſa, vel nollet, vel non poſſet ſuccedere, frater conſanguineus ſorori vtrimque coniunctæ propter ſtatuti autoritatem præferretur. Et rurſus, licet ius aliquod ſuccedendi haberet frater hic, etiam matre in medio exiſtente, puta ſi eſſet ipſe vtrimque coniunctus, non eò minùs tamen mater admitteretur, nimirum ex ſemiſſe. Quidni ergo dicimus hoc caſu matrem ſuccedere in ius fratris conſanguinei, quem ipſa excludit, ad hoc vt ſororem quoque excludat? Sed neque aliæ partes diſtinctionis Bartoli, etiamſi veræ eſſent, ipſius tamen ſententiam confirmant. Nam in noſtro caſu frater conſanguineus, qui per matrem excluditur, ideo ſororem excluderet, ſi mater non eſſet, non quòd haberet ille ius potentius, aut anterius, ſed quia ſolus, & vt verbis Papiniani vtar, in *l. 2. D. qui potior. in pign. hab.* quòd non tam potior ſorore in cauſa ſucceſſionis quàm ſolus inueniretur. Cùm enim ponamus ſic concepta eſſe verba ſtatuti, † vt neque filia patri, neque ſo- 11
ror fratri ſuccedat extantibus maſculis ex eodem patre, apparet ſolam maſculi exiſtentiam facere, vt nullum plane ius ſuccedendi habeat fœmina, non magis quàm ſi ipſa in rerum natura non eſſet: ſi quidem ad eam excludendam & arcendam à ſucceſſione nihil aliud exigit ſtatutum, niſi vt maſculus aliquis extet. Quamquam enim illud etiam verum eſt, quod in vltimum proximæ Decadis errorem diſputauimus, iſtis ablatiuis abſolutis, *extantibus maſculis*, non tam poſitos eſſe maſculos in diſpoſitione ſtatuti, vt vocentur ex ſtatuto, quàm vt iis ius vetus conſeruetur ſuccedendi ex lege 12. tabul. quæ portò non ſolos maſculos, ſed vnà cum maſculis fœminas vocat ad ſucceſſionem, *l. 4. C. de liber. præter.* Cùm ta-
men illud quoque verum ſit, † quod nec Bartolus nega- 12
re poteſt, Eſſe illos etiam poſitos in conditione excluſionis fœminarum, euenit neceſſariò vt extante vel vno maſculo deferatur ei hereditas ex lege XII. tabul. & quidem in ſolidum. Quia tametſi ex lege XII. tabul. non deferatur hereditas maſculo niſi pro virili, cùm adeſt filia, cui aliam virilem æquè lex deferre poſſit, quænam tamen neceſſitas aut ratio ſubeſt diuidendæ delationis inter eos qui ſimul ad ſucceſſionem admitti nunquam poſſint? Nec enim ſolet lex hereditarem fruſtrà deferre, vt nec aliud quicquam fruſtra facere, fruſtra verò deferet filiæ, quam ſtatutum excludit ab omni ſpe ſucceſſionis ſub illa tantùm conditione, *ſi maſculus extabit*, quæ conditio exiſtit ſtatim atque per rerum naturam certum eſt maſculum aliquem extare. Atqui extare illum neceſſe eſt, vt ipſi hæreditas per legem deferatur etiam pro virili eius portione. Hoc ipſo igitur quod lex XII. tabul. ei defert hereditatem, videt iam extitiſſe conditionem excluſionis fœminarum, atque ita fieri non poſſe vt hereditatem pro vlla parte vnquam deferat filiæ, cui fuerat delatura ſi ſtatutum nullum eſſet. Proinde nihil aliud facere poteſt niſi vt totam hereditatem ſoli maſculo deferat, inducto in ipſa delatione iure adcreſcendi, aut potiùs iure non decreſcendi, quod alioqui non niſi poſt delationem locum habere poſſet. Solet enim dici adcreſcere portioni portionem, quæ alteri vel delata fuerit, vel deferri potuerit, non quæ iam ſit acquiſita, *l. vnic. §. his ita definitis. C. de caduc. toll. l. interdum 9. de vſufruct. adcreſc.* Quæ autem alteri neque delata vnquam eſt, neque deferri potuit, ea non tam adcreſcere dicenda eſt, quàm ab alia portione nunquam fuiſſe diuiſa.
Non idem erit † ſi ſtatutum ita conceptum ſit, *ſuccedenti-* 13
bus maſculis fœmina non ſuccedat, aut quod effectu tantundē eſt, *extantibus & ſuccedentibus maſculis*. Hoc enim caſu ſola maſculorū exiſtentia non facit vt exiſtat conditio excluſionis fœminarū, quas non aliter ſtatutum excludi voluit, quàm ſi maſculi ſuccederent, qui tamē etiāſi extent, fieri ex variis cauſis poteſt vt non ſuccedant, ſiue quòd nolint ſuccedere, ſiue quòd non poſſint. Prius ergo eſt vt maſculi ſuccedant, quàm vt fœminæ ſint excluſæ, quia in qualibet conditionali diſpoſitione conditionem ante omnia impleri neceſſe eſt. Quādiu autē filia excluſa non eſt, tādiu fieri nequit vt hereditas ſoli maſculo deferatur, quia ſicut conditio excluſionis fœminarū ipſam excluſionē præcedere debet, ita & excluſas eſſe oportet fœminas priuſquàm, ſolis maſculis tota hereditas deferri poſſit. Neceſſe igitur eſt hoc caſu euenire vt maſculo dimidia tātùm pars hereditatis deferatur, alia dimidia, quæ filiæ deferēda eſſet, manēte in ſuſpenſo, quouſque ſciatur an maſculus ſit ſucceſſurus. Maſculo † autē ſuccedēte 14

eo

eo ipso instãti alia portio ei acquiratur iure adcrescendi, tanquam quæ amplius non possit acquiri filiæ propter impletam exclusionis conditionem, vt nos tractauimus in fine Decadis superioris: Et hoc nimirum casu potest dici masculum in succedẽdo nõ tã, solũ quàm potiorẽ: & vt loquitur Bart. potẽtiorẽ inueniri, quia quãuis solus succedat, non tamen ei soli defertur successio tota initio delationis inspecto, sed pars dimidia dũtaxat, ita tamen vt eo succedente in illa sua dimidia, totum ius delationis quod in eum vsque diem manserat in suspenso pro parte sororis ad ipsum deuoluatur. Atqui in ea quæstione quam Bartolus tractat, statuti verba sunt de liberis masculis tantùm, non etiam de succedentibus: isque perpetuus Bartoli error † est, quòd statuta ista de superstitibus masculis loquentia semper restringit ad eos solos qui succedant, quasi nihil interfit an positi sint in conditione sub qualitate extantium, an sub qualitate succedentium: cùm tamen hæc duo planè differentia sint, & toto cœlo distantia *succedere & extare*. Illud sanè non nego, inspecta mente statuentium, quæ in statutorum conditionibus interpretandis, vt & in aliis quibuslibet semper inspiciendaest, non per quoslibet † masculos extantes excludi fœminas, sed per eos duntaxat, qui sint capaces succedendi: quandoquidem qui sunt penitus incapaces, cuiusmodi sunt monachi Franciscani, de quibus Bar. in *d. l.* 1. §. 1. *D. de contr. tab. n.* 3. ij non possunt pro extantibus haberi, qui potiùs pro mortuis habentur, *d. §. penult. l. si necem.* 4. §. *si deportatus. D. de bon. libert.* Sed si aliquo casu sint vel possint fieri capaces succedendi, licèt non succedant, siue quod nolint, siue quòd non possint propter impedimentum quod ex alterius persona intercedat, defendo non eò minùs obstare illos fœminis tanquam per quorum superexistentiam impletur conditio, in qua positi sunt, exclusionis fœminarum. Et ex hac quoque parte tertium membrum distinctionis Bartoli † pro nobis contra ipsius sententiam pugnat. Fatetur enim ille, quoties is qui remotior est, excludit remotiorem me, non quod habeat ius potentius in successione, sed quia facit vt deficiat conditio quæ remotiorem illum vocabat ad successionem, tunc non posse me admitti ex dicta Authentica, *licet. C. de natur. liber. & l. filiusfamilias* 114. §. *cum quis rogatus. de legat.* 1. Atqui in proposita quæstione frater consanguineus excludit sororem vtrimque coniunctam, non ob id quòd habeat ille ius potentius, sed quia sola ipsius existentia posita sit in conditione exclusionis fœminatum, factatque proinde vt non tam debilius quàm nullum penitus sit ius sororis. Ergo etiamsi contingat non posse fratrem succedere quia per matrem excludatur, non eò minùs tamen debet obstare sorori, ne possit illa etiam fratre excluso succedere cum matre. Nam etsi verum esset ideò excludi sororem à fratre, quòd habeat ille ius in succedendo potentius, quod nos illo tantùm casu admisimus, quo statutum, non de extantibus, sed de succedentibus masculis loqueretur, adhuc tamen æquè verum esset positum illum esse in conditione exclusionis fœminarum, & consequenter ideò etiam illum vincere, & sororem excludere, quòd faciat non modò deficere conditionem, sub qua ius succedendi ex lege duodecim tabulatum tacitè filiæ conseruatum intelligitur: sed quod magis est, existere conditionem, sub qua expressim filia exclusa fuit per statutum. Cur autem sororis, quæ propter impletam per fratrem exclusionis conditionem excluditur, melior erit causa ob id solùm, quod alia quoque ratio concurrat eiusdem sororis excludendæ, ob id nimirum quòd fratris ius in causa succedendi sit potentius? Et quæ ratio sola sufficeret, cur non effectum suum habebit, etiamsi alia ratio deficiat, quam nec iungi sit necesse? Concludo † itaque contra Bartolum in proposita dubitatione sororem quamuis vtrinque coniunctam admitti nullo modo posse cum matre, sed solam matrem, quia licèt frater ipse non succedat per quem soror excluditur, verumtamen est facere ipsius solam existentiam, vt existerit conditio exclusionis. Nec est contrarium quòd supra admisimus, non de aliis masculis videri statutum sensisse quàm qui possint saltem succedere, licèt in effectu non succedant. Nam & hic frater consanguineus, tametsi non succedat, quia per matrem excluditur, potest tamen aliquo casu succedere, si non excludatur per matrem: quod sufficit vt sororem iam inde ab initio, & omnimodo, omnique causa excludat. Quid enim si mater nollet succedere, aut ante declaratam voluntatem moreretur? Eo saltem casu fatendum esset rem agi inter fratrem & sororem, nec dubitandum excludi debere sororem per fratrem, hoc præsertim addito, ne quà Bartolus effugium quærat, quòd frater ipse velit succedere: tunc enim omnia, quæ statutum requirunt ad sororis exclusionem. Et tamen quomodo fieri posset, vt per fratrem excludatur soror, cui iam lex duodecim tabularum hereditatem detulisset? Detulisset enim sine dubio sorori cùm detulisset matri, si nondum soror eo tempore per fratrem exclusa erat: eaque nimirum res faceret, vt neque quandiu soror pro parte sua heres esse potuisset, mater in solidum & ex toto esse heres fieri posset, neque soror ad partem suam adeundam expectare debuisset matris aditionem, cum tamen certum sit fieri non potuisse vt posset soror adire portionem, quæ nunquam ei fuisset delata. Porrò si admittas, quòd necessariò admittendum est, delatam fuisse eo casu portionem hereditatis sorori, tanquam non exclusæ per fratrem, illud quoque te admittere oportebit, non posse superuenientem postèa matris repudiationem: aut mortem facere, vt soror per fratrem, aut propter fratrem excludatur. Sera namque exclusio est, quæ superuenit post admissionem, admissio autem ex delatione æstimatur. Id enim agit statutum quod fœminas excludit vt in earum persona impediat non tantùm acquisitionem, sed etiam delationem hereditatis. Dices fortasse pro Bartolo, faciendum esse hoc casu quod Vlpianus ait in *d. §. si sit consanguinea*, vt cogatur soror expectare aditionem matris, nec priùs heres esse possit, quàm mater heres fuerit, vt appareat per aditionem matris exclusum fuisse fratrem consanguineum qui proinde ex eo tempore non deberet ampliùs obstare sorori, ne possit illa succedere simul cum matre: quemadmodum & in specie *d. §. si sit consanguinea.* mater quę aliàs non solet expectare vtrum consanguinea velit adire, necne, cogitur tamen expectare sororis aditionem, cùm pater adest, vt si fortè soror repudiabit, possit mater excludi per patrem. Verùm respondeo inter hos casus multùm interesse. Primùm, quia non sicut in casu nostro soror per fratrem excluditur sub illa tantũ conditione, Si frater extabit: nec proinde admittitur nisi sub contraria illa conditione, Si frater non extabit. Ita & apud Vlpianum vocabatur mater ex Tertylliano sub ea conditione, Si pater non esset, nec è contrario excludebatur sub contraria illa conditione, Si pater esset. Nulla enim talis conditio siue affirmatiua, siue negatiua Tertylliano inserta erat, certúmque est matri obstare patrem, non qui extat, adeóque nec qui possit succedere aliquo casu, sed eum demum qui succedit, & eo solo casu quo succedit. Quæ res facit, vt quandiu pater admitti potest, pendeat quidem ius matris, sed non ideò tamen intercidat. Itaque moram interim patitur mater ne priùs possit adire ex Tertylliano, quàm certum esse incipiat patrem ex nullo capite posse succedere. Sed patre non valente succedere propter sororis consanguineæ aditionem, licèt aliquo casu euenire poterit vt succedere posset, nimirum si consanguinea repudiasset, non eò minùs succedere mater ex Tertylliano potest. At in casu nostro ad excludendam omni casu sororem propter fratrem, sufficit fratrem extare qui aliquo casu succedere poterit, licèt casus ille propter matris aditionem non euenerit, quia perinde verum est conditionem exclusionis

nis extitisse. Cur ergo expectabimus matris additionem, quæ etiamsi nulla sequatur, non eò magis tamen vetum erit exclusionis conditionem defecisse, *argum. l. si quis ita scripserit. 33. D. de hered. instit.* Præterea in quæstione Vlpiani ex alio iure vocabatur ad hereditatem defuncti soror consanguinea, ex alio mater. Soror ex lege duodecim tabularum, mater ex Tertylliano. Indéque fit vt nihil absurdi sit, deferri hereditatem sorori priusquam deferatur matri, quasi nulla senatusconsulti Tertylliani habenda ratio, quandiu pater admitti potest, tametsi habenda sit ratio legis duodecim tabularum, quæ sorori omnimodò hereditatem defert, deferrétque ex asse, si non potestas eius retineretur & suspenderetur pro parte matris ex potestate Tertylliani. In proposita autem specie, tam matri, quàm sorori vtrinque coniunctæ, si ea per fratrem exclusa non est, defertur hereditas ex eadem lege, scilicet ex Iustiniani constitutione. *Nouel. 118. de hered. ab intest. veniens.* Non potest igitur fieri, vt deferatur matri pro parte, quin pro alia etiam parte deferatur sorori: alioqui si pro nulla parte deferretur sorori, sequeretur vt in solidum esset delata matri, quæ proinde heres ex asse fieri posset, *l. 151. D. de verb. sign.* atque ita nullus sorori, quamuis post matris additionem succedere volenti locus relinqueretur: quia potestas legis diuidi non potest, vt pro parte deferat hereditatem, pro alia verò parte retineat delationem in suspenso, nisi cùm Senatusconsulti, vel statuti potestas, & casus necessitas eam suspensionem inducit, vt in *d. §. si sit consanguinea*, & in ea specie, de qua suprà diximus, & quæ nihil cum hac nostra commune habet: cùm non excludantur fœminæ per statutum, nisi succedentibus masculis, nec nisi inter masculum ipsum & fœminam de hereditate contenditur. Ergo dicendum est, vel ab initio sororem hanc per fratrem excludi, ne possit ipsa cum matre succedere, vel repudiante quoque matre, solam eam succedere per ius adcrescendi, fratre in totum excluso. Atqui posterior huius dilemmatis pars pugnat apertè
20 cum verbis statuti, ac proinde falsa est. Relinquitur † igitur priorem solam veram esse, solámque matrem ad defuncti filij hereditatem admittendam esse, exclusa sorore propter statutum, & excluso fratre propter Iustiniani constitutionem, quæ potiorem vult esse causam ascendentium, quàm transuersalium extra fratres vtrinque coniunctos.

ERROR II.

Si statutum in supra scripta specie conceptum esset, per verba illa succedentibus masculis.

SVMMARIA.

1 *Quid iuris sit si statutum in superiori specie ita conceptum sit*; succedentibus masculis fœmina non succedat.
2 *Mater defuncti omnes fratres consanguineos & vterinos excludit.*
3 *Frater consanguineus ex Iustiniani constitutione nonnisi post sororem vtrinque coniunctam succedit.*
4 *Vt frater consanguineus sorori vtrinque coniunctæ præferatur, quàm multiplex iuris communis abrogatio requiratur.*
5 *Frater consanguineus cum matre defuncti concurrere non potest.*
6 *Frater non est vocatus per statutum siue dictum sit* succedentibus masculis, *siue simpliciter* extantibus
7 *Obiectio pro Bartolo allata diluitur.*

ALiud † responderem, si statutum ita conceptum esset, *succedentibus masculis fœmina non succedat.* Nec enim tunc soli masculi existentia posset sororem excludere, si non etiam ille succederet: succedere autem ipse non potest, non solùm si † mater succedat, quæ fratres omnes consanguineos & vterinos excludit, sed nec si mater repudiet, quia nullum ius hoc casu habet frater, quod ei conseruare statutum potuerit. Nouóque iure indigebat, vt posset succedere cum sorore vtrinque coniuncta, multò magis vt posset solus succedere exclusa sorore. Nam ex Iustiniani constitutione, † neque ante sororem, quæ defuncto vtrinque coniuncta fuit potest succedere, neque cum sorore, sed tantùm post sororem. Ex statuto verò multò minùs, quia ponimus statuto nihil aliud cautum esse, nisi vt succedentibus masculis fœmina non succedat, id est, ita demum excludatur si masculi succedant, at non etiam vt succedant masculi. Quod nominatim & verbis dispositiuis erat necessariò inducendum, vt posset frater succedere, eo præsertim casu quo ex iure communi impediebatur non modò à matre defuncti, sed etiam à sorore vtrinque coniuncta ne succedere posset. Quamuis enim Bartolo hoc tribueremus, quod ille vult ablatiuos istos absolutos inducere dispositionem, & facere vt frater succedat, & sorori præferatur, quia eius fauore ita statutum est, arg. *l. seruo alieno 69. §. si testator. de leg. 1. l fideicommissa. 11. §. cum esset. & §. interdum. de legat. 3.* Id tamen intelligi deberet de illo casu, quo iám aliquod ius haberet frater à iure communi ad succedendum saltem cum sorore, vt statuti effectus in eo totus consisteret, quod faceret ius fratris potentius quàm sororis, faciendo vt ille solus admitteretur exclusa sorore, quam alioqui ius commune simul cum ipso admisisset. Sed eo casu quo frater nullo modo potest ex iure communi succedere, vt cùm antevertitur non solùm à matre defuncti, sed etiam à sorore vtrinque coniuncta, quis dicat factum esse potentius per statutum ius fratris, quod nullum penitus fuit? Aut quis ferat eam ablatiuis istis absoluris vim tribui, vt non tantùm deferant hereditatem masculo tanquam ex statuto in eum casum quo possit ille succedere ex iure communi, sed etiam præferant masculum sorori in eo ipso casu, in quo alioqui soror fratrem ex iure communi excluisset? Triplex † liquidem hoc casu abrogatio iuris communis necessaria est: vna, vt soror vtrinque coniuncta non succedat, quæ sola succederet: altera vt frater succedat, qui ex constitutione Iustiniani arcetur à successione: tertia, vt præferatur sorori frater, cui soror ex noua Iustiani lege præferretur. Alioquin paulatim dicendum erit, quod tamen nec Bartolus ipse dicere ausus est, etiam succedente defuncti matre adhuc debere admitti fratrem consanguineum, tanquam ex statuto vocatum ad excludendam sororem, quæ, si frater non esset, matri partim facturа fuisset, simúlque cum matre successura. Frustrà enim mater tueretur se constitutione Iustiniani, si frater pro se haberet statutum, cuius tanquam iuris specialioris maior authoritas esset, quàm iuris communis. Nec quicquam matris interesse videretur, an cum sorore vtrinque coniuncta, an verò cum fratre consanguineo succederet, dum ne minùs vno casu quàm alio consequeretur, vtroque autem casu haberet dimidiam. Ita fieret vt statutum quod propter fratrem excludit sororem, rursus propter sororem admitteret fratrem, non tantùm in præiudicium sororis, sed etiam in præiudicium matris, & eo casu, quo si soror nulla esset, frater non admitteretur. Et tamen fatetur Bartolus, † & verum est, fratrem consanguineum cum matre defuncti concurrere hodie non posse. Repugnat enim constitutio Iustin. *d. Nouell. 118. de hered. ab intest. venientib. cap. 1.* Repugnat etiam ratio iuris, & æquitatis, quæ certè non patitur vt plus iuris habeat frater ob sororem exclusam, quàm si ipsa in rerum natura non esset.

Quid

Quid enim ampliùs facere poteſt excluſio ſtatutaria, quàm vt perſona quæ excluditur pro mortua habeatur? Atqui ſi ſoror nulla eſſet, non faceret frater conſanguineus partem matri defuncti. Fateamur ergo non eſſe
6 hoc caſu † vocatum fratrem per ſtatutum, ſiue dictum ſit *ſuccedentibus maſculis*, ſiue ſimpliciter *extantibus*, ac proinde excludi ſororem, non quaſi habentem ius debilius, ſed quaſi exiſtente conditione excluſionis. Quæ porrò conditio ſemper exiſtit cùm maſculus ſuccedit, & è contrario ſemper deficit, cùm maſculus non ſuccedit, ſi ſuccedentes maſculi poſiti ſint in conditione: ſed ſi extantes tantùm, exiſtit conditio, licèt maſculus non ſuccedat, ſi modò ſuperueniat, & aliquo caſu poſſit ſuccedere, licèt poſtea non ſuccedat, nec ſuccedere poſſit, vt in ſimili loquitur Iurec. *in l. quod vulgo 19. D. de boner. poſſ. contr. tabul.* Tunc verò tantùm deficit cum aut maſculi nulli ſuperſunt, aut ſi qui ſunt, ſuccedere nullo modo, nulloque caſu poſſunt. Illa ratio magis † pro Bartolo vrgere videtur, & pro ſorore,
7 quòd hic caſus, quo & mater adſit, & ſoror vtrimque coniuncta, non videatur fuiſſe ſtatuto comprehenſus, cùm non cogitauerint ſtatuentes de excludenda ſorore propter fratrem, qui ſuccedere ipſe non poſſet, ſemota autem poteſtate ſtatuti ſucceſſio legem accipiat à iure cõmuni: ſed iam reſpondimus tunc verè hoc dici poſſe cùm ſtatutum conceptum eſt per ea verba *ſuccedentibus maſculis*, non etiã cùm per illa, de quibus apud Bartolũ, *extantibus maſculis*. Extare enim maſculos ſufficit ad implendã conditionem excluſionis, nec præterea requiritur vt ſuccedãt, ſi modò poſſint ſuccedere. At nec requiritur, vt poſſint ſuccedere eo ipſo caſu quo ſtatuti poteſtas inducitur, ſed ſufficit, vt aliquo caſu poſſint illi ſuccedere, quamuis in iſto non poſſint, maximè ſi talis caſus ille ſit in quo ſerè eſſet ſtatutaria excluſio, ſi non ab initio induceretur.

ERROR III.

De maſculo, qui aliquo accepto renuntiauit futuræ ſucceſſioni, an obſtet ſorori quam ſtatutum excludat extantibus aut ſuccedentibus maſculis.

SVMMARIA.

1 *An ex ſtatuto ſuprà ſcripto excludat ſororem maſculus qui aliquo accepto renuntiauit futuræ ſucceſſioni.*
2 *Sententia Bartoli huiuſmodi maſculum habentis pro ſuccedente.*
3 *Expenditur Bartoli aſſertio.*
4 *Renuntians quatenus aliquid accipit in vicem portionis hereditariæ non eſt habendus pro ſuccedente.*
5 *Femina non excluditur per maſculum qui non extat tempore mortis eius de cuius ſucceſſione agitur.*
6 *Pro ſuccedente haberi non poteſt is, qui per pactum iuratum de non ſuccedendo ſeipſum à ſuccedendi iure excluſit.*
7 *Renuntiationes facta per pacta de non ſuccedendo illam tacitam conditionem habent, ſi hereditas ab inteſtato deferetur: & n. 12.*
8 *Per huiuſmodi renuntiationes non tollitur ius ſuitatis.*
9 *Renuntiatio non obſtat liberis quominus debeant inſtitui aut exheredari.*
10 *Perſona qua renuntiauit ſi ſit ex liberis primi gradus obſtat nepoti ne ſuus heres dici poſſit.*
11 *Ex quo tempore confirmata eſt exheredatio per aditionem exheredatus habetur pro mortuo.*
12 *Renuntiationis non eſt alius effectus, quàm vt cogatur abſtinere qui renuntianit, ob metum ſcilicet periurij, licet ſuccedat ipſo iure.*
13 *Non eſt ſine herede qui ſuum heredem habet, licet ſe abſtinentem.*
14 *Cur in ſpecie ſtatuti ſupra propoſiti ſororem maſculus excludat, vera ratio affertur, explosa ea quæ à Bartolo allata eſt.*
15 *Diſtinctio Bartoli reiecta.*
16 *Filius qui aliquo accepto renuntianit paternæ ſucceſſioni quando faciat partem fratribus in computatione legitimæ. & n. 22.*
17 *Legitima non poteſt repræſentari niſi poſt mortem.*
18 *Quomodo qui ſoluit ante diem, plus præſtet quàm debeat.*
19 *Differentia eius quod debetur in diem certum ab eo quod in diem incertum vel ſub conditione debetur.*
20 *Quando quod in diem certum non debetur ante diem ſolui non poſſit.*
21 *Qui faciant partem in ſucceſſione inteſtati.*
22 *Renuntiatio legitimæ habet eam conditionem tacitam ſi legitima deferetur.*
24 *Renuntiatio legitimæ quem habeat effectum.*
25 *Renuntiationes filiarum quæ vel in congrua dote acceptæ nubunt, in Gallia quàm valide.*

PLane † ſi ponas ita etiam concepto ſtatuto *ſuccedentibus maſculis*, adeſſe filium vel fratrem qui excluſus ſit à ſucceſſione per pactum, id eſt, per propriam renuntiationem non ſine cauſa factam, ſed cui cauſam dederit aliqua pecuniæ quantitas, aut quid aliud propter quod iurauerit ſe nihil vnquam ex bonis aut paternis, aut maternis, aut fraternis petiturum (iuſiurandum enim neceſſarium eſt ad tales pactiones confirmandas) videtur probabilius quod vult Bart. † ad *d. leg. 1. §. penult. ff.* 2.
de boner. poſſ. tab. perinde habendum hunc filium ac ſi ſucceſſiſſet, cùm in vicem portionis ſuæ hereditariæ aliquid habeat quod non habuiſſet, ſi non renuntiaſſet, *l. 1. §. aduerſus. D. ſi quid in fraud. patron.* Vt quemadmodum facit partem cæteris in computatione legitimæ, ita cæteros impediat ſuccedere tanquam exiſtens ſecundum formam prædictorum ſtatutorum, quamuis præteritus ipſe non poſſet teſtamentum vel nullum dicere, vel rumpere, quia nec debet inſtitui, ſi Bartolo, & noſtris credimus. Mihi tamen attentiùs intuenti tota hæc Bartoli † traditio diſplicet. Adeò verum eſt tam 3
multa eſſe in Bartolo falſa, aut potius tam pauca vera. Tractat enim Bartolus eum caſum, quo ſtatutum ſit conceptum per verbum *extantibus*, non per verbum *ſuccedentibus*. Quo præſuppoſito res non habet dubitationem, quia ad implendam excluſionis conditionem ſufficiat extare maſculum, licèt non ſuccedat, vt ſuprà diſputauimus. Ideóque otiola diſputatio eſt, An ſuccedat, aut pro eo habendus ſit, acſi ſucceſſerit. Et tamen Bartolus non alia ratione habet eum pro extante, quàm quod eum habeat etiam pro ſuccedente. In quo primum & maximè fallitur. Si † enim non alia ratione credendus eſt ſucceſſiſſe, quam quod renuntiauerit aliquo accepto in vicem portionis hereditariæ, ſequetur, fore vt 4
nec aliud dicendum ſit, etiamſi deceſſerit ante patrem, aut matrem, aut fratrem, cuius ſucceſſioni renunciauit, quia ſemper æquè verum erit, acceptam ab eo fuiſſe portionem hereditariam, aut ſaltem quæ portionis hereditariæ loco ſit. Adeò vt etiamſi ex tali filio vel filia renuntiante, nepos aliquis ſit qui ex propria perſona velit ſuccedere, & legitimam petere, tanquam repræſentans non tam perſonam quàm gradum perſonæ quæ renuntiauit, cogendus ſit imputare in ſuam portionem, quod renuntians acceperat, præſertim ſi ſit ille heres renuntiantis, ex traditis per Bart. Caſtrenſ. & alios in *l.*

qui

qui superstitis 94. *D. de acquir. hered.* Nec tamen verum
5 erit † hoc casu concepto statuto per verbum, *extantibus liberis*, exclusam iri filiam vel sororem per huiusmodi masculum, quem verum est non extare tempore mortis eius, de cuius successione agitur. Certum enim est, cum statutum ita loquitur, *extantibus masculis fœmina non succedat*, ad illud vnicum tempus collatam esse præcisè existentiam masculorum, in quo possit succedi, quod non contingit nisi patrefamilias defuncto *leg.* 1. *D. de hered. vel act. vendit. l.* 1. *D. pro hered.* Si ergo non extet eo tempore masculus, quantumuis fingas eum successisse, tuamque portionem hereditariam percepisse, fieri non potest vt fœminam excludat. Alioqui erit in potestate ipsius inligere fœminæ damnum conditionis, & facere, vt videatur conditio extitisse priùs quàm re vera extiterit. Quod sanè iniquum est, & à statuentium voluntate alienum: exemplo eius quod duci solet, Eum qui sub conditione rogatus est fratris sui filiis hereditatem post mortem suam restituere, ante diem fideicommissi cedentem, ne quidem ex voluntate eorum posse restituere iis in potestate patris agentibus, cùm possit die fideicommissi cedente sui iuris constitutis ipsis debere restitui, vel si aliquis ex his ante decesserit, non omnibus *arg. l. filiusfamilias* 114. §. *Dini.* 1. *De legat.* 1. *l. vxorem* 41. §. *Seium maritum. De legat.* 3. cui ergo nocebit fœminis ne possint succedere, huic masculus qui renuntiauit aliquo accepto, quasi ipse totaliter succedat, cùm neque extet eo tempore quo tractandum est de successione: annon prius est vt extet, quàm vt vel succedat, vel haberi possit pro succedente? Rursus quo-
6 modo † potest haberi pro succedente is, qui per pactum iuratum de non succedendo seipsum à succedendi iure excluserit, adeóque quem Bartolus vult impunè præteriri posse? Quamquam in hoc quoq; errat Bartolus, & alius error est quem nos iam sæpius in præcedentibus refutauimus. Cùm enim renuntiationes † istæ tacitam
7 conditionem illam habeant, si hereditas ab intestato deferetur, idcóque delationem hereditatis nullo modo impediant, quàm è contrario pro conditionis implemento requirunt, impediant verò solam acquisitionem, idque non ipso iure, sed quantum ad effectum, faciendo vt persona quæ renuntiauit, cogatur se abstinere, ne
8 periurium incurrat. Apparet per huiusmodi † renuntiationes nec tolli nec impediri ius suitatis, ac proinde non eo minus inutile esse testamentum in quo præterita sit talis persona, † quæ non obstante eiusmodi re-
9 nuntiatione debuit omnimodo vel instituì, vel exheredari. Nec dubitandum est, personam istam, quæ renun-
10 tiauit, † si sit ex liberis primi gradus, obstare nepoti & aliis remotioribus, ne sui heredes dici possint, aut in sui heredis locum successisse, quemadmodum & exheredatus obstat nepoti, *l.* 1. §. *si pater. ff. de coniung. cum emancip. lib. eius. l. si quis filio* 6. *ff. de iniust. nupt. l.*
11 *scripto.* 7. *ff. vnd. liber.* quamuis exheredatus † ex quo tempore confirmata est exheredatio per aditionem pro mortuo habeatur, *d. l.* 1. §. *si pater* 1. *verſ. ſed. etſi patrum. De coniung. cum emancip. liber. eius.* Nempe quia exheredatio nullum effectum habere potest, quousque confirmata sit, per aditionem hereditatis: ius autem sui heredis oritur ante aditionem, & illo tempore quo exheredatus non potest dici excluſus, vt bene ratiocinatur idem Bart. ad *d.* §. *si pater.* Sic igitur cùm nec renunciatio aliter effectum habeat, quàm si delatio fiat illi ipsi personæ quæ renuntiauit, consequens est personam quæ renuntiauit non posse haberi pro mortua: cùm etiam hoc ampliùs iuris habeat quàm exheredatus, quòd non tantùm ei defertur hereditas quæ nullo modo defertur exheredato, sed etiam acquiritur ipso iure si sit
12 suus heres, nec alium effectum † potest habere renuntiatio, quàm vt cogatur hic se abstinere, vt in octauum præcedentis Decadis errorem explicauimus. Ex quo appareat nihil planè interesse an masculus hic qui renuntiauerit, aliquid acceperit vt renuntiaret, an nihil. Nam & cùm nihil accepit, siue neges cum quibusdam interpretibus valere renuntiationem tanquam sine causa factam, siue dicas, quod magis puto, valere propter autoritatem iurisiurandi, æquè verum erit hunc qui renuntiauit succedere ipso iure, tùm quoque cùm propter renuntiationem coactus & metu periurij se abstinebit. Quidni ergo excludet sororem, cùm dici soleat † non esse sine herede 13
eum qui suum heredem habet quamuis se abst. nentem, *l. cùm quasi* 30. §. *sed etsi suus. ff. de fideic. liber.* Et similiter cum renuntiatio facta est aliquo accepto, excludit hic masculus sororem, † non ratione illa quam ad- 14
fert Bartolus, quòd accipiendo aliquid in vicem portionis hereditariæ videatur iam tum successisse, sed quia ei tanquam superstiti & suo heredi defertur hereditas patris, & acquiritur etiam inuito, licèt cogatur se abstinere propter renuntiationem. Non igitur distinguendum est † quomodo Bartolus distinguit an aliquid ac- 15
ceperit necne, vt renuntiaret, sed an superuixerit, an prædecesserit, non modò si de extantibus masculis loquatur statutum, sed & si de succedentibus, quia nec succedere quisquam potest ante mortem illius, de cuius successione agitur. At neque verum est quod vult † 16
idem Bartolus, filium hunc, qui aliquo accepto renuntiauit, facere partem fratribus in computatione legitimæ, nisi hoc etiam addas, vt superuixerit ei cuius successioni renuntiauit. Nam cùm legitima nihil aliud sit, 17
quàm portio portionis ab intestato contingentis, *l. parentibus* 8. *l. quæ nuper.* 31. *C. de inoff. test.* quemadmodum ab intestato succedi non potest, nisi post mortem, ita nec legitima repræsentari, tametsi facilè possit fieri vt quod prorogatum est ab eo ipso, ex cuius bonis legitima debebitur, in legitimam ipsam suo tempore imputetur, id est, tunc cùm de legitima quærendum erit, *l. quoniam. Nouella* 29. *eod.* Nec ad rem facit, quod qui soluit ante diem, plus præstat quàm debeat, *l. Iauolenus* 15. *aliàs. l. cum qui. D. de ann. l.* Id † enim tunc ob- 18
tinet, cùm in eo quod præstat, idipsum quod debet continetur, vt puta, si debuit in diem certum, & soluit statim, vt in specie illius legis. Nam quod in diem † 19
certum debetur, dieique cessit licèt nondum venerit, ideóque nihil vetat quominùs & solui possit, *l. in diem debitor* 10. *D. de con. indeb. l. cedere diem* 223. *de verb. sign.* At quod in diem incertum debetur, aut quod idem fere est, sub conditione, (dies namque incertus pro conditione habetur, *l. dies incertus* 101. *de cond. & demonst.*) nullo modo interim deberi intelligitur, & idcirco nec solui potest, quia solutione eius quod nondum debetur, nulla liberatio potest contingere, *l. stipulatio ista* 38. §. *inter certam. D. de verb. oblig.* Et rursus tum quoque † cùm aliquid in diem certum debetur, ita 20
demum potest repræsentari solutio, si dies non fuerit adiectus nisi fauore debitoris. Sed si dies alterius personæ fauorem admixtum habeat, non auditur volens soluere ante diem, nec si soluerit, liberatur, *d. l. eum qui. l. si ita relictum* 42. §. *Pegasus. De legat.* 2. *l.* 3. §. *cùm Pollidius. D. de vsur.* Quantò minùs in proposito casu ferendum est, vt videatur à viuo patre bene soluta & repræsentata legitima filio renuntiatio, ad hoc vt per eum, tanquam per masculum excludatur filia à patris successione, tametsi masculus ille viuo patre decesserit? An fortè faceret hic masculus partem fratribus suis succedentibus, vt tanto minorem illi ab intestato portionem consequerentur? Minimè verò. Non enim alij † faciunt 21
partem in successione intestati, quàm qui & superuiuunt, & succedunt, *l.* 2. *C. ad SC. Orfic.* Ergo neque faciet partem in comparatione legitimæ. Planè si superuiuat, † & factum sit testamentum, per quod excluſus 22
ille sit etiam à petitione supplementi, cui iam fortè expressim renuntiauerat, aliquo accepto, faciet partem in computatione legitimæ, at non quasi successerit ob hoc solùm quòd aliquid accepit, sed quia superuixit, verumque

Digitized by

que eſt ei fuiſſe delatam portionem ſuam legitimæ, ac ſi non renuntiaſſet. Quemadmodum enim renuntiatio ſucceſſionis inteſtati habet eam tacitam conditionem, ſi hereditas ab inteſtato deferetur, ideoque nec impedit delationem ſucceſſionis inteſtati, ita & renuntiatio
23 † legitimæ aut ſupplementi habet eandem conditionem tacitam ſi legitima aut legitimæ ſupplementum deferetur. Tantum abeſt vt impediat ne deferatur. Quid
24 igitur? Impedit † duntaxat ne peti poſſit. Fauore nimirum eius qui in renuntiatione ſtipulatus fuit, aut ipſius heredum, non etiam cæterorum qui ad legitimæ aut ſupplementi petitionẽ admitti poſſunt. Quare nec aliud erit, tametſi filius hic qui renuntiauit legitimæ & ſupplemento nihil ob eam causã acceperit, ſi modò cauſam aliam quamlibet habeat renuntiatio, qualem hodie ſo-
25 lent habere renuntiationes filiarum, † quæ minima planéque incongrua dote accepta nubunt, & renuntiant, vt maſculis conſulatur per quos ſolos familiarum ſplendor & dignitas conſeruari poteſt. Tanta enim hodie vis & poteſtas eſt huiuſmodi renuntiationum, præſertim verò in Gallia, vt quamuis filia minor annis vigintiquinque in manibus patris ampliſſimam legitimam pro quinque, ſi voles, ſolidis eiuraſſet, non idcò tamen reſtitutionis auxilium implorare vllomodo poſſet, quod pleriſque Pariſienſis Curiæ ſenatuſconſultis in purpura recitatis conſtitutum fuiſſe, mihi, Galliſque omnibus compertiſſimum eſt.

ERROR IV.

De ſtatuto excludente matrem extantibus agnatis vſque ad tertium gradum, an noceat auo materno.

SVMMARIA.

1 *An ſtatutum excluſiuum matris extantibus agnatis vſque ad tertium gradum excludat etiam auum maternum.*
2 *Rationes Bartoli pro auo.*
3 *Oppoſita eiuſdem contra auum rationes.*
4 *Sententia Richardi Malumbini ſententiæque firmamentum à Bartolo conuulſum.*
5 *Cùm mater ſtatuto excluditur, ea neque eſt heres filij reipſa, neque nudo nomine, aduerſus Malumb. & Bart.*
6 *Nudum nomen heredis habere qui dicantur.*
7 *Bartolus rectè præfert agnatos auo materno, ſed praua ratione vtitur.*
8 *Agnatis ſeu maſculis poſitis in conditione excluſionis ſtatutaria conſernatum intelligitur ius vetus ſuccedendi ab inteſtato.*
9 *Diſpoſitiuis adeoque imperatiuis verbis opus eſt in conſtituendo iure directo hereditatum.*
10 *In fideicommiſſis interpretandis quid potiſſimùm inſpiciatur.*
11 *In ſupra ſcripta ſtatuti ſpecie ex poteſtate ſtatuti non ſuccedere agnatos.*
12 *Reſponſio Bartoli ad obiectionem petitam ex §. vlt. l. 2. D. ad SC. Tertyll. reuocatur.*
13 *Alterius obiectionis ſolutio à Bartolo allata refellitur.*
14 *Vulgare brocardicum, ſi vinco vincentem, te multò magis te vinco, quando locum habeat.*
15 *In ſpecie ſtatuti ſup. propoſiti agnati poſiti ſunt in conditione excluſionis matris & conſequenter omnium cognatorum.*
16 *Orphitiani SCti verbis reſtitutum eſt agnatis matris ius antiquum vt poſſent ſuccedere.*
17 *Statuto* excutibus agnatis mater non ſuccedat *reſtitui agnatis ius antiquum.*
18 *Perſona ſemel excluſa quomodo remaneat in perpetuum excluſa.*
19 *Agnato qui ſucceſſerat abſente per in integrum reſtitutionem, mater ſuccedere poteſt.*
20 *Ratio prima Bartoli contra auum, vt inanis refellitur.*
21 *Verba conditionalia nihil diſponere in legibus maximè verum, iis præſertim per quas ſucceſſio defertur.*
22 *Alia Bartoli ratio diſcutitur.*
23 *Legatum quo priuatur tutor qui ſe à tutela excuſauit remanet penes pupillum, non quà pupillus eſt, ſed quà heres.*
24 *Legatum quid.*
25 *Vera ratio cur agnati auo materno ex ſtatuto præferantur.*

EST hæc quæſtio † finitima ſuperioribus, & ab eodem Bartolo tractata in *l. 2. §. vlt. num. 1. D. ad SC. Tertyll.* Cauetur, inquit, ſtatuto Florentiæ quòd mater non ſuccedat filiis, extãtibus agnatis vſque ad tertium gradum. Quæro, quid de auo materno. Diſputat autem in vtramque partem. Primùm † pro auo ex verbis ſtatuti. Deinde 2
contra auum ex mente ac ratione ſtatuti. Si reſpicis verba ſtatuti, ſolùm excludunt matrem: de admittendis verò agnatis nihil diſponunt, ſed matre excluſa neceſſe eſt venire ſequentes in gradu, qui tenent primum gradum ſucceſſionis, & qui venirent, ſi mater non eſſet, vt in ſpecie *d. l. 1. §. vlt.* Atquin auus veniret, ſi mater non eſſet. Ergo & in propoſito admitti debet. Item pro auo facit, quòd per huiuſmodi ſtatutum mater excluditur ſub nomine matris, non ſub nomine cognationis, & tanquam cognata. Ergo non excluduntur alij cognati, arg. *l. ſutelas. 7. D. de capit. minut.* In contrarium, † 3
quòd excludatur auus maternus, videtur ratio ſtatuti, qui videtur velle quòd hereditas remaneat apud agnatos. Atqui auus maternus non eſt agnatus. Ergo ad hereditatem admitti non debet. Præterea ſi excluditur proximior in gradu, ſequens quoque videtur excludi, *l. 1. §. fratris, cum ibi not. D. ſi quis aliq. teſt. prohib.* His ita diſputatis refert Bartolus Richardi Malumbini in hac quæſtione ſententiam, † Præferendos eſſe agnatos 4
auo materno cognatiſque omnibus, ratione illa noua, quòd licèt mater excludatur ne ſit ipſa hæres, tamen quantum ad excludendum alios, videtur eſſe hæres, arg. *l. mulieri & Titio. 74. D. de condit. & demonſtr. l. cum quaſi. 30. §. ſed etſi ſuus. de fideic. libert.* Sed Bartolus rationem hanc refellit ex eo quod nudum heredis nomen non poſſit ſufficere ad alios excludendos, *ex d. l. 2. §. ſed ſi ſint ſui. D. ad SC. Tertyll. l. etſi ex modica 6. §. ſi filius. D. de bon. liber.* vbi dicitur nudum nomen ſui heredis in filio patre ſuperſtite neque obſtare matri quominus admitti debeat ex Tertylliano, neque patrono quominus competat ei bonorum poſſeſſio contra tabulas liberti. Erat ſanè inepta ratio Malumbini. Sed non multo aptior eſt reprehentio Bartoli † nam cùm 5
mater excluditur per ſtatutum, fieri nequit vt ſit illa heres filij, neque reipſa, vt Malumbinus dicebat, neque nudo nomine, vt admittit Bartolus, ſiquidem poteſtas ſenatuſconſulti Tertylliani, ex quo poterat mater admitti, tota elidetur per ſtatutum, prohibens ne mater ſuccedat, quia cùm ſtatuti ius ſit ſpeciale, vtique potentius eſt iure communi, ſiue ius illud commune referas ad ſenatuſconſultum Tertyllianum, ſiue ad conſtitutionem Iuſtiani Nouell. 118. *De hered. ab inteſt. venient.* quæ poſt liberos & deſcendentes primam ac potiorem in ſuccedendo cauſam aſcendentium eſſe voluit. Atqui nudum † heredis nomen habere ille dicitur, qui 6
ipſo quidem iure heres eſt, ſed effectu tamen ipſo non habetur pro herede à prætore propter abſtentionem, *d. §. ſed etſi ſuus d. §. ſi filius, & d. §. ſed ſi ſint ſui. inuit. l.*

ſi

ſi filius 12. *D. de interrog. action.* Cùm ergo ſtatutum prohibitorium faciat ne mater ſuccedere poſſit extantibus agnatis, apparet fieri nullo modo poſſe vt nomen heredis matet habeat, ne quidem nudum. Impedit namque huiuſmodi ſtatutum nòn modò delationem ſed etiam acquiſitionem hereditatis, quam tamen non ſolùm deferri, ſed etiam acquiri neceſſe eſt vt heres quis ipſo iure fiat. Implicatque manifeſtam contradictionem vt quis à ſucceſſione excludatur, nec eò minus tamen ad alios excludendos heres eſſe videatur. Aut enim nullius momenti eſſe ſtatutariam excluſionem neceſſe eſt, aut eam vim habere vt & delationem hereditatis impediat, & acquiſitionem. Concludit tamen
7 † Bartolus cum Malumbino pro agnatis aduerſus auum maternum. Et bene, ſed mala etiam ratione. Ait enim verba illa ſtatuti, *quòd mater ſuccedat, extantibus agnatis*, habere non ſolùm virtutem excluſiuam matris, ſed etiam virtutem inductiuam, vt agnati ſuccedant, propterea quòd illi ablatiui abſoluti, *extantibus agnatis*, inducant diſpoſitionem quando præferuntur ab eo qui poteſt diſponere circa illud *l. fideicommiſſ.* 11. §. *cùm eſſet de lega.* 3 *l. in ratione.* 11. §. *tametſi. D. ad leg. Falci.* Hoc verò falſum eſt. Nam, vt diſputauimus in præce-
8 dentibus, quoties agnati, † vel maſculi ponuntur in conditione excluſionis ſtatutariæ ſiue per ablatiuos abſoluros & ſine figura conditionis, vt loquitur Marcianus *in d.* §. *tametſi*, ſiue per expreſſam conditionem, non tam intelliguntur vocati per ſtatutum, quàm conſeruatum iis fuiſſe ius vetus quod habebant ſuccedendi ab inteſtato, remotúmque obſtaculum quod faciebat ne ſuccedere tam cito poſſent. Vt ecce in propoſito, Habent agnati ius antiquum ſuccedendi ab inteſtato ex illis verbis legis duodecim tabularum, *ſi ſuus heres non erit agnatus, proximus familiam habeto.* Quod ius poſtea per ſenatuſconſultum Tertyllianum non tam ſublatum & extinctum fuit, quàm immutatum fauore matris, vt agnati qui anteà præferendi erant matri, tanquam quæ cognata tantùm eſſet, non poſſent ex eo tempore admitti niſi poſt mortem. Idem placuit Iuſtiniano in dicta *Nouell.* 118. vbi ſublata differentia agnationis & cognationis conſtituit vt prima in ſuccedendo caſu ſit deſcendentium, ſecunda aſcendentium, tertia tranſuerſalium. At cùm ſtatuto cauetur vt extantibus agnatis vſquead tertium gradũ mater non ſuccedat, nullus alius fauor agnatis accedit, niſi quòd ſublato matris obice, quem ſenatus primùm, deinde Iuſtinianus interpoſuerat, ne agnati poſſent ſuccedere, hoc ipſo ius antiquum agnatis reſtitutum intelligitur, ac ſi ſtatutum apertioribus verbis abrogaret hac parte poteſtatem ſenatuſconſulti, & conſtitutionis Iuſtinianeæ, iuberétque ſuccedi ex vetere iure legis duodecim tabularum. Cæterùm ſi ponetes agnatos nulla lege vocari ad ſucceſſionem tanquam agnatos, non poſſet dici vocatos eos per ſtatutum, quod de iis, non diſpoſitiuè, ſed tantùm per ablatiuos abſolutos locutum eſſet. Diſpoſitiuis † enim ver-
9 bis, adtóque imperatiuis opus eſt in conſtituendo iure directo hereditatum, & ſicut in cæteris omnibus, ita in hoc maximè longè aliud eſt poni in conditione, aliud in diſpoſitione. Nec ſimile eſt quod obiicit Bart. *ex d.* §. *cùm eſſet*, vbi agitur de fideicommiſſo reciproco ex voluntate teſtatoris inducendo inter coheredes, qui ambo grauari potuerint per fideicommiſſum, Nam in fideicommiſſis † interpretandis certum eſt voluntatem fi-
10 deicommittentis magis quàm verba inſpici oportere, *l. pen. De leg.* 1. *haredes mei* 57. §. *cum ita*, *D. ad SC. Trebal.* Quamquam nec illud extra controuerſiam eſt quod Vlpianus in *d.* §. *cùm eſſet*, ſcribit de fideicommiſſo per ablatiuos abſolutos inducendo, vt conſtat ex Martiani reſponſo, quod pugnare è diametro videtur, *in d.* §. *tametſi*, de cuius & ſententia & emendatione videri poſſunt, quæ ſcripſimus lib. 6. Coniectur. In propoſito igitur ſuccedunt agnati ex mente quidem ſtatuentium, † ſed non ex poteſtate ſtatuti, quomodo ſuc- 11
cederent ſi ſtatutum ita conceptum eſſet *extantibus maſculis mater non ſuccedat ſed agnati.* Tunc enim poſiti eſſent, non tantùm in conditione, ſed etiam in diſpoſitione. In eóque errat manifeſtè Bart. cùm vtriuſque conceptionis verborum eandem vult eſſe vim ac poteſtatem. Errat etiam cùm † ad obiectionem factam ex *d.* 12
l. 2. §. *vlt. ad Tertyll.* reſpondet excluſam ibi fuiſſe matrem contemplatione nullius, nec per conſtitutionem, quam Vlpianus eo loco refert alium vllum nominatim vocatum fuiſſe excluſa matre: in caſu autem noſtro ſecus eſſe, in quo & mater excluſa ſit fauore agnatorum, & agnati ipſi nominatim vocati. Nam conſtitutio quæ prohibet ne vindicandorum filij bonorum ius habeat mater quæ non petiit ei tutorem intra annum, licèt nihil de agnatis cognatiſque expreſſerit, agnatis tamen & cognatis fauere proculdubio voluit, ſi qui extarent. Id enim eſt quod Vlpianus ait, *ergo & agnati cæterique ſuccedent.* Nec magis verum eſt in caſu noſtro vocatos fuiſſe agnatos, licèt agnatorum expreſſa mentio facta ſit in ſtatuto, quoniam non per modum diſpoſitionis facta eſt, ſed per modum conditionis, cuius natura illa eſt vt nunquam diſponat. Æquè corruit quod Bartolus reſpondet † ad obiectionem illam quæ fieri poterat ex 13
eo, quod ſi per ſtatutum nominatim mater excluditur, ergo non alij ex *d. leg. tutelas. D. de capit minut.* Admittit enim ille quod ex eo capite quo mater excluditur, alij non excluduntur, ſed ex eo tantùm quo agnati vocantur, quia, inquit, cum alios voco, alios videor excludere, vt *l. cum prætor* 12. *D. de iudic. l. ſicut certi* 9. *C. de teſtam. milit.* Debuerat dicere ſatis excluſos eſſe cognatos hoc ipſo quod agnati poſiti ſunt in conditione excluſionis matris, cùm per huiuſmodi conditionem reſtitutum iis fuerit ius antiquum, ex quo vocabãtur ante cognatos omnes, quamuis non eò magis vocati fuerint per ſtatutum. Illud bene Bartolus, non fore rectam conſecutionem ſi auus ita argumentetur, Ego vinco agnatos, Agnati vincunt matrem. Ergo vinco matrem. Nam brocardicum † illud quod habet, Si vinco vicentem te, 14
multò magis vinco te, *ex l. de acceſſionibus* 14. *D. de diuerſ. tempor. præſcript.* tunc locum habet cùm quis ex eodem iure & vincit & vincitur. At quod auus excludit agnatos, fit ex iure communi Auth. *defuncto. C. ad Tertyll.* quod verò agnati excludunt matrem & omnes cognatos, fit ex forma ſtatuti. Id eſt, vt ego interpretor, non quòd agnati per ſtatutum vocati ſint, quomodo Bartolus intellexit, ſed quòd poſiti ſint † in conditio- 15
ne excluſionis matris & conſequenter omnium cognatorum, non quaſi matris appellatione cognati omnes contineantur, ſed quia tale ſtatutum fieri non poteſt, quin ius commune abrogetur, quod & matrem agnatis præferebat, & agnatos cognatis exæquabat. Alioqui ſi diceremus etiam poſt hoc ſtatutum cognatis Iuſtinianæum ius ſaluum manere, ſequeretur quòd eſſent illi admittendi cum agnatis, imò præferendi agnatis ſi agnati eſſent remotiores in gradu, & conſequenter præferendi matri, quod tamen verba ſtatuti non patiuntur, quæ non excludunt matrem niſi propter ſolos agnatos. Nec proinde fieri poteſt quin ex huiuſmodi ſtatuto legis 12. tabul. ius vetus reſtitutum aut potiùs conſeruatum intelligatur, quod agnatos & matri & cognatis omnibus anteponat. Sublato igitur iure illo, ex quo ſuccedere cognati poſſent, quid aliud dici poteſt niſi vt agnati ſoli ſuccedant, non tanquam ſoli vocati ſint per ſtatutum, aut quaſi cognati ſuccedere prohibiti fuerint, ſed quaſi nulla amplius exiſtente lege, ex qua vel mater vel cognati ad ſucceſſionem admitti poſſint, ne quidem poſt agnatos? quia ſemel excluſi per defectum aut implementum conditionis, ſemper & in perpetuum remanent excluſi, cùm perpetua ſit cauſa excluſionis, ſiquidem nec conditio, quæ ſemel extitit poſtea deficere, nec quæ ſemel defecit, poſtea exiſtere vnquam poteſt.

teſt. Vnde dicerem extantibus agnatis excluſos in perpetuum eſſe cognatos, ne ſuccedere iure ciuili poſſint, nec ſi agnati hereditatem repudient, quia non fuit per ſtatutum ipſis reſtitutum ius antiquum, quod reſtitui omnimodo debuerat vt poſſent ſuccedere ex Iuſtiniani conſtitutione. Exemplo eius quod in præcedentibus diſputauimus, per verba † Senatuſconſulti Orphitiani fuiſſe reſtitutum agnatis matris ius antiquum, vt poſſent ipſi ſuccedere, ſi nemo filiorum maternam hereditatem ſuſcipere vellet, cum alioqui etiam repudiantibus filiis, agnati nullo modo ſuccedere, nullóque caſu potuiſſent, *l.* 1. §. *ſi nemo. C. ad SC. Tertyll.* Dixi *ne ſuccedere iure ciuili poſſint*, quia non quemadmodum ius commune Senatuſconſulti Tertylliani & conſtitutionis Iuſtinianeæ abrogatur per huiuſmodi ſtatutum reſtituto agnatis vetere iure legis duodecim tabularum, ita & abrogatum dici poteſt ius prætorium, quod tum quoque locum habebat cùm ex lege duodecim tabularum agnati ante matrem cognatoſque admittebantur. Excluſis enim agnatis ſiue tempore, ſiue repudiatione, admittebat prætor cognatos. Imò & agnatos ipſos iam excluſos tanquam agnatos, ex capite Vnde cognati, §. *placebat. Inſtitut. de legit. agnat. ſucceſſ.* Certum 17 eſt per huiuſmodi † ſtatutum, *extantibus agnatis mater non ſuccedat*, reſtitui agnatis ius antiquum, quale erat, ac proinde iuris prætorij æquitate temperatum, & conſequenter ſalua edicti ſucceſſorij poteſtate, quæ in acquirendis ſucceſſionibus magnum ac plerumque neceſſarium auxilium præſtabat. Itaque extantibus quidem agnatis, ſeu ceſſantibus in acquirenda hæreditate, vel agnoſcenda bonorum poſſeſſione non tantùm cæteri cognati potuerunt admitti, ſed etiam mater ipſa, tanquam ſibi ipſi ſuccedens cum cæteris agnatis. Nam & hæc edicti ſucceſſorij poteſtas fuit, *l.* 1. §. *ſed videndum. D. de ſucc. edict. l.* 2. §. *ſi ſit conſanguinea. D. ad SC. Tertyll.* Nec pugnat quod pro- 18 ximè diximus, † perſonam ſemel excluſam manere in perpetuum excluſam. Id enim ita accipi debet, vt maneat excluſa in perpetuum ab eo ipſo iure, à quo ſemel fuit excluſa, non etiam à cæteris à quibus numquam excluſa fuit. At in propoſito, neque mater, neque cognati fuerunt excluſi per agnatos, niſi à ſuccedendo, ille ante agnatos, iſti cum agnatis, ex iure ciuili nouo per ſtatutum abrogato, non etiam à ſuccedendo ex iure prætorio poſt agnatos. Saluum ergo iis remanet auxilium iuris prætorij etiam poſt reſtitutum ius vetus legis 12 tabul. in fauorem agnatorum, quod auxilium habebant eo quoque tempore quo ius illud vetus neque per Senatuſconſultum Tertyllianum neque per Nouellam Iuſtiniani legem adhuc erat abrogatum. Sed ſi poneres 19 aliquem ex agnatis † ſucceſſiſſe, poſtmodum tamen abſtentum fuiſſe per in integrum reſtitutionem, dicendum eſſet non excludi omnino matrem cognatoſque cæteros, ſed ex edicto ſucceſſorio admittendos, quia & olim poterat edictum ſucceſſorium hoc caſu locum habere, *l. defuncto 6. C. de legit. hared. l.* 2. *D. vnd. legit.* niſi cùm ſuccedebatur ex capite Vnde cognati, quia nullum aliud erat caput ex quo poſſet ſuccedi. Huius autem capitis poteſtas tota conſumpta fuerat per agnitionem ſemel factam bonorum poſſeſſionis ex eodem capite delatæ, vt probatur ex *l. vlt. D. de ſucceſſ. edict.* Aliæ Bartoli rationes, quas contra auum adfert, æquè ſunt fu- 20 tiles, & inanes. Ait enim † quoties diſpoſitio fit alicuius contemplatione, licèt expreſsè verba ad illum non dirigantur, tamen ei competere actionem ex *l. ſeruo legato* 69. §. *ſi teſtator. De leg.* 1. *l. fideicommiſſa* 11. §. *interdum. De legat.* 3. Ergo, inquit, cùm iſta diſpoſitio facta ſit fauore agnatorum, competit eis ex hac diſpoſitione actio. Malè. Non enim defertur hereditas, aut acquiritur beneficio alicuius actionis, ſed ſola legis poteſtate defertur, additionis poteſtate poſtquam delata eſt, acquiritur nec hereditatis petitio, aut alia actio datur heredi futuro vt ſuccedat, ſed heredi iam facto, vt acquiſitionis ſuæ effectum habeat poſteaquam iam ſucceſſit. Longéque aliud eſt ſi tractetur de legato, aut fideicommiſſo, vt in legibus per Bartolū allegatis. Non enim quærimus cum quod de ſupremis quis locutus ſit, ſed in quem voluntatis ſuæ intentionem direxerit, *l. cum pater* 77. §. *donat. De legat.* 2. dummodo ex verbis depoſitiuis appareat legatum aliquod vel fideicommiſſum datum eſſe. Hoc enim etiam in fideicommiſſis requiritur, niſi cùm fideicommiſſi verba ex Imperatoris autoritate ſupplentur, vt in ſpecie, *l. vnum ex familia.* 67. §. *vlt. eod. l qui filium* 74. *D. ad SC. Trebell.* Quanto magis in legibus & ſtatutis hereditates deferentibus dicendum eſt non ſufficere vt alicui fauere legiſlator voluerit, niſi idipſum expreſsè diſpoſuerit? Nimirum quantum ad hoc, vt vocati dici poſſint ij quibus legiſlator fauere voluit. Si enim vllo vnquam caſu verum eſt, quod ſemper eſt veriſſimum, Verba conditionalia † nihil diſponere, *leg. ſi quis ſub* 21 *conditione* 8. *D ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* in legibus maximè id verum eſt, quarum verba non tantùm diſpoſitiua eſſe ſolent & debent, ſed etiam imperatiua, *l. legis virtus 6. D. de legib. & apud Vlp. in Tit. de legat.* cùm definit legatum id eſſe quod legis modo imperatiuè relinquitur. Si verò vnquam in legibus id obtinet, in iis maxime obtinere debet per quas ſucceſſio defertur. Nihil enim eſt quod maiorem legum potentiam & autoritatem exigat, quàm hereditatis delatio, & inductio iuris ſuccedendi, cum huiuſmodi arte & fictione faciendum ſit vt dominium in alium ipſo iure continuetur eatum rerum quæ per mortem domini deſierunt eſſe in bonis vllius. *l.* 1. *D. de rer. diuiſ.* Addit Bartol. pro vltima ratione, † Quando aliquis remouetur à lucro contemplatio- 22 ne alterius, debere lucrum applicari ei cuius contemplatione remouetur, vt apparet, inquit, in tutore qui priuatur legato ſi excuſat ſe à tutela. Legatum enim applicatur pupillo, cuius contemplatione tutor à legato remouetur, *l. poſt legatum* 5. §. *amittere. D. de his quæ vt indig. l. pen. C. eod. l. cum emancipati* §. *ſi duo emancipati. D. de collat. bonor.* Ergo, inquit, cùm excludatur in caſu noſtro mater contemplatione agnatorum, hæreditas agnatis applicanda eſt non cognatis. Parum ſubtiliter. Prius enim eſt, vt is, cuius contemplatione alius à lucro remouetur, ſit capax eius lucri retinendi, quàm vt dicamus ei applicari debere: vt in ſpecie illa quam Bartolus quaſi ſimilem tractat, id quod tutori denegatur qui ſe à tutela excuſauit, non in fiſcum transfertur, ſed filio relinquitur, cuius vtilitates deſertæ ſunt, vt ſcriptum eſt *in d. §. amittere*, quia & ab ipſo pupillo herede inſtituto fuerat præſtandum legatum: † quòd ſi non præſtetur, ne- 23 ceſſe eſt penes pupillum ipſum remanere, non tanquam penes pupillum, ſed tanquam penes hæredē quemlibet. Idque apparebit manifeſtius ſi ponas pupillum hunc, cui pater tutorem dederat, eodem teſtamento fuiſſe exheredatum (nam & exheredato filio tutorem à patre, ſicut & ſubſtitutum pupillarem dari poſſe certum eſt) & alium heredem inſtitutum. Nec enim dubito quin eo caſu dicendum ſit, legatum quod tutori denegatur qui ſe contra defuncti voluntatem excuſauit, non ad pupillum pertinere debere, cuius vtilitates deſertæ ſunt, ſed heredi inſtituto relinqui oportere, quia & ipſum relinquendi verbū quo lex vtitur in *d. §. admittere* hoc euincit. Aliud ſiquidem eſt acquiri, aliud relinqui. Acquiritur nobis quod nōdum penes non erat, relinquitur verò nobis quod penes nos iam erat. Et eo modo legata quæ legatariis non præſtantur heredibus relinquuntur, non acquiruntur, cùm legatum † ſit delibatio hereditatis per 24 quam velit teſtator alicui collatū eſſe id, quod alioquin heredis foret, *l. legatū eſt delibatio* 116. *De legat.* 1. Ergo & in propoſito prius eſt vt quis probet pro Bartolo hereditatem à qua mater excludatur, agnatis extantibus, poſſe agnatis ipſis acquiri, & vt ille loquitur, applicari quàm vt dicat, ob id ſolùm acquiri debere agnatis, quòd eorum

eorum contemplatione mater ſit excluſa. Atqui non poteſt hereditas agnatis acquiri, quin iis prius deferatur. Prius ergo probandum eſt, iis deferri ex aliqua lege aut ex ſtatuto ipſo. Porrò non defertur ex ſtatuto, cuius nulla in hanc rem verba ſunt diſpoſitiua, tantum abeſt vt aliqua ſint quæ eſſe deberent, imperatiua. Quamuis igitur verum ſit ſtatutum quod agnatos poſuit in conditione, excludendo matrem ſi agnati extarent, nonniſi agnatorum contemplatione matrem excluſiſſe, propterea tamen ratiocinatio eſt, ſi quis ex eo inferat, agnatos ex eo ſtatuto vocatos eſſe. Nihil enim aliud agit hoc ſtatutum niſi vt hereditas agnatis relinquatur, non etiã vt iis acquiratur & applicetur. Proinde non vocantur agnati ad hereditatem ex hoc ſtatuto, ſed præſupponit ſtatutum, agnatos ex aliquo iure antiquiore ad hereditatem admitti poſſe, quomodo vtique admitti poſſunt ex poteſtate legis xii. tabul. ſi modò noua iura abrogentur quæ ius illud vetus quod agnatis ſolis fauebat, abrogauerant. Ideóque nimirum ſupra dixi. Huiuſmodi lex ſtatutis, quibus cauetur, *extantibus agnatis mater ne ſuccedat*, non ſolùm abrogata eſt per iura omnia noua quæ matris meliorem quàm agnatorum, & agnatorum parem ac cognatorum conditionem faciebant, ſed etiam in neceſſarium antecedens fuiſſe agnatis in conditione poſitis hoc ipſo reſtitutum ius antiquum legis xii. tab. quod equidem reſtitui potuit ex ſola legiſlatoris voluntate, ſtatuíque interpretatione, nullis in eam rem verbis adhibitis diſpoſitiuis & imperatiuis, quia nempe ſublato noui iuris obice nihil iam impedit quominus poteſtatem ſuam propriis verbis exerere ius vetus poſſit, ſufficitque vt ſtatutum non repugnet. Quantò magis ſufficiet ſi ſtatutum præſupponat iuris antiqui reſtitutionem in neceſſarium antecedens? Supereſt, vt omnibus Bartoli rationibus confutatis exponamus iam, qua ergo ratione defendamus Bartoli ſententiam veram eſſe quæ agnatorum potiorem cauſam facit quàm aui
25 materni. Ratio † illa eſt, quam idem Bartolus videtur indicaſſe, cùm dixit, Excluſa perſona aliqua prioris gradus, omnium quoque ſequentium graduum perſonas intelligi excluſas, id enim falſum eſt quoties non eadem ratio eſt ſequentium graduum excludendorum, vt videre eſt in matre, quæ licèt agnatis, & cognatis omnibus anterior ſit in gradu ſuccedendi, ſi tamen excludatur à filij impuberis ſucceſſione ob non petitum ei tutorem, non ideo facit vt agnati cognatique excludantur qui ſequuntur in gradu *d. leg. 2. §. vlt. D. ad SC. Tertyll.* Sed quia neque auus maternus: neque cognatus quiſquam ex ſuperioribus tranſuerſalibus aut agnati aut cognati nomen habet, niſi propter mediam matris perſonam, cùm & ius aui in ſuccedendo nepoti ex filia pendeat ex iure quod habet mater ſuccedendi propriæ filiæ, *arg l. dotem 6. D. de bonor.* qui per matrem coniunguntur. Inde namque neceſſarium eſt vt quæ lex, aut, quod ſtatutum excludit matrem, hoc ipſo etiam excludat auum maternum & agnatum, niſi aliqua ſit ratio propria & ſpecialis quæ in perſona matris locum habeat ad eam excludendam vt ad auum maternũ cognatóſque extendatur, vt in ſpecie *d. l. 2. §. vlt. vbi mater*, ob non petitum filio ſuo impuberi tutorem, hanc propriæ culpæ pœnam patitur, vt ius ſuum vindicare prohibeatur. Nec enim ideo arcetur à ſucceſſione filij quòd ſit mater, ſed quia filio non bene cõſuluit cùm eſſet mater. Proinde nihil cauſæ eſt cur ea remota non debeat admitti, quiſquis, ſi ea non eſſet, admitteretur, ſiue auus maternus ſit, ſiue alius cognatus. Et ob id ita locuta eſt conſtitutio, non vt dixerit nullum ius ſuccedendi habere hanc matrem, ſed prohibuerit matri ius ſuum vindicare, ita admittens, non excludi hoc caſu matrem quia nullum ius habeat, ſed quia iure ſuo vti non poteſt. Vnde nec nimirum eſt ea remota non tantùm agnatos admitti, ſed etiam cæteros, id eſt, cognatos qui admitterentur ſi mater in medio non eſſet. At aliud eſt cùm mater à ſucceſſione inteſtati præcisè excluditur extantibus agnatis. Tunc enim nulla ratio eſt cur alia meliorque ſit cauſa cæterorum qui per matrem coniunguntur, cuiuſmodi ſunt aſcendentes materni, vt non tantùm admittantur, ſed etiam, quod omnino conſequens eſſet, agnatis præferantur. In cæteris verò cognatis qui per matrem non coniunguntur, ſed per filiam fortaſſis, aut per ſororem, ratio illa facit ne admitti poſſint, quæ & generalior eſt, & ad omnes omnino cognatos pertinet, quod abrogato iure Iuſtinianeo, ex quo ſolo poterant ſuccedere cum agnatis, adeóque præferri agnatis remotioribus, nullum ius ſupereſt ex quo poſſint admitti cum agnatis, nedum ante agnatos, vt ſupra docuimus. An ergo in perpetuum excluſi erunt & aſcendentes materni & cæteri cognati vt nunquam admittantur, ne quidem poſt agnatos? Minimè. Nam & mater ipſa, quæ non niſi extantibus agnatis excluditur, non vſque adeo excluſa eſt vt non poſſit ipſa quoque poſt agnatos admitti, ſcilicet non tanquam mater, & ita vt ſuccedat ex iure ciuili, ſiue ex SC. Tertylliano, ſiue ex Nouella Iuſtiniani conſtitutione, ſed tanquam cognata & cum cæteris cognatis, vt in ſpecie *d. l. 2. §. ſi ſit conſanguineæ. D. ad SC. Tertyll.* Non enim id agit hoc ſtatutum, vt matrem omnino excludat & ab omni iure etiam prætorio, ſed tantùm vt ei agnatos præferat, reſtituto in eam rem vetere iure legis duodecim tab. quæ agnatos matri anteponebat. Ergo quemadmodum ius legis duodecim tab. non excludebat temperamentum prætoris, quominùs poſt agnatos cognati ex edicto ſucceſſorio admitterentur, ac proinde mater quoque cum cæteris: ita nec ſtatutum hoc eam vim habebit vt impediat, ne poſſit mater, poſſintque ij omnes etiam qui per matrem iunguntur, ſuccedere poſt agnatos, & iure prætorio ex capite Vnde cognati.

ERROR V.

De nepote ex filia per ſtatutum excluſa exiſtentibus maſculis.

SVMMARIA.

1 *An ſtatutum excluſiuum filia fœmine extantibus maſculis excludat etiam nepotem ex filia.*
2 *Bartoli ſententia nepotem excludi aſſerentis.*
3 *Antoris aſſertio docentis nepotem excludi, ſi agnationis rationem legiſlator habuerit, non etiam ſi ſexus.*
4 *Caſus quo excluditur nepos ex filia.*
5 *Non excludi nepotem ex filia cùm ſexus tantum rationem habuit, qui ſtatutum condidit.*
6 *Cum filia vt filia excluditur, ea excluſio nocet nepoti, at cum filia vt fœmina non nocet.*
7 *Cum filia excluditur vt fœmina, ex ea etiam neptis excluditur.*
8 *Obiectio pro ſententia Bartoli & Baldi diluitur.*
9 *Ratio Bartoli diſcutitur & aduerſus ipſum retorquetur.*
10 *Nepos ex filia in ſpecie ſtatuti propoſiti non ſuccedit cum patruis ſuis, matri tamen præferatur, ſi reliquis ſublatis, ambo ſint ſuperſtites.*

COniungemus hanc † quæſtionẽ cum præcedente, quia & eam coniungit Bartolus ad *d. l. 2. §. vlt. D. ad Senatuſconſultum Tertyll. in fin.* vbi poſteaquam tractauit De ſtatuto excludente matrem extantibus agnatis vſque ad tertiũ gradum, concluſitque ſiue mater ſit mortua, ſiue viuat, admitti agnatos excluſa matre cognatiſque omnibus qui ſequũtur in gradu, ſubiicit, *& idem puto in omnibus ſimilibus*

similibus quæstionibus descendentibus ex statuto, vt puta si diceret statutum, Extantibus masculis filia fœmina non succedat: quid de nepote ex filia? † *Certe idem quod in filia, per ea quæ supra dixi.* Atque ita se in ciuitate Florentiæ consuluisse testatur. Ego autem vereor ne in hac quæstione Bartolus non solùm falsis moueatur rationibus vt in superiore, sed etiam malè & 2 contra iuris rationem † respondeat. Nam si quidem statutum iis verbis conceptum esset quibus illud de quo proximè diximus, *extantibus agnatis masculis filia fœmina non succedat* (quomodo interdum concipi necesse est ad excludendas fœminas fauore agnatorum masculorum, cùm fœminæ quoque sint agnatæ quæ proinde admitti deberent cum cæteris agnatis si non specialiter essent exclusæ, *l. 2. §. nec tantum masculi. D. vnd. leg.*) Posset ea ratio quam nos ad superiorem speciem aptauimus ad hanc quoque accommodari,† Excluta nimirũ 4 filia per statutum, quæ & agnata & proximior est, multo magis excluſum intelligi nepotem ex filia, qui suo non nisi per mediam filiæ personam coniunguntur, quique licèt hoc plus habeat quàm filia, quòd est masculus, hoc tamen minùs habet quod non est agnatus, sicut illa agnata est. Nam fœminæ quidem possunt esse agnatæ si per masculos coniungantur, sed per fœminam nemo agnatus esse vnquam potest. Et ideo fit vt in plerisque locis in quibus vigent huiusmodi statuta, quæ solius agnationis conseruandæ rationem habent, nec nisi agnatos ad successionem admittunt, fœminæ omnes, quantumuis agnatæ sint excludantur, quia licèt agnationis ius habeant, tales tamen sunt quæ agnationis conseruandæ & perpetuandæ facultatem non habent, cùm dici soleat quod & verum est, mulierem familiæ suæ & caput & finem esse, *l. pronuntiatio 195. §. vltim. De verb. signific.* Si enim fœmina tanquam agnata ad successionem proximi agnati cum cæteris admitteretur, fieri necesse esset, vt eius portio quæ ipsi semel quæsita fuisset, ad ipsius liberos transiret, qui tamen agnati non essent, nec de familia & nomine defuncti, cuius agnationi prospicere legislator voluisset, *l. cum pater 77. §. cum inter.* vbi est Papiniani textus elegans, alibi à nobis explicatus *De legat. 2.* Ex eo igitur apparet, tantum abesse vt nepos ex filia excluſa possit admitti ad successionem, cùm sit illa agnata, ipse verò non agnatus, vt è contrario sit multo facilius & rationabilius, vt filia quæ ex propria persona posset admitti tanquam quæ sit de familia patris, excludatur tamen propterea quòd qui ex ea nascituri sunt liberi, siue masculi erunt, siue fœminæ, aliam familiam sint habituri, paternam scilicet, non maternam, aut quæ fuerit aui materni, *l. penul. D. de agnosc. & alend. liber.* Sed hoc tunc obtinet, vt dixi, cùm statutum nihil nisi agnationem, & agnationis conseruandæ fauorem intuetur. At si non tam agnationis † quàm 5 sexus ratio habita sit, quomodo habetur plerunque à legislatoribus, dignitatem reipublicæ, non tam ex familiarum amplitudine ac opulentia æstimantibus, quàm ex numero eorum qui laborantem rempublicam animi & ingenij sui viribus reficere, labantemque retinere, & collapsam erigere possunt, in quo numero sunt omnes masculi, nec tanquam agnati aut cognati, sed tanquam masculi: nihil vetat excludi etiam à patris successione filiam, quia fœmina est, id est, eius sexus, quem leges ab omnibus & pacis & belli officiis studiisque arceant, neque tamen excludi nepotem ex filia, quippe qui tam sit masculus & tuuandæ reipublicæ idoneus, quàm si ex filio nepos esset. Et hæc mediæ imprudentiæ Romanæ mens fuit, quæ in causa successionis tam testamentariæ quàm legitimæ faciebat meliorem penè in omnibus masculorum quàm fœminarum conditionem, siue ex masculis, siue ex fœminis masculi, fœminæve descenderent, vt constat ex iis quæ Iustinianus refert *in l. 4. Codice de liber. præter.* & *in Instit. tit. de exher. liber.* Huiusmodi quoque videtur esse mens legislatoris statuentis vt extantibus masculis filia fœmina non succedat. Quis enim alius potest esse sensus eorum verborum, *filia fœmina non succedat*, nisi vt à successione excludatur filia ob hoc solùm quòd fœmina est; Alioqui quis crederet posse aliquam esse filiam, quæ non esset etiam fœmina? Quamuis igitur nepos ex filia locum filiæ teneat, vt etiam si voles, ipsius filiæ non tantùm locum & gradum, sed etiam personam repræsentare videatur, qui tamen non fœmina est, vt erat filia, sed masculus, non ideò possis dicere, Excludi eum per statutum, quandoquidem neque verba ei conueniunt, neque ratio statuti: non verba, quia non est fœmina: non mens & ratio statuti, quoniam idcirco tantùm filias excludere statutum voluit, quia fœminæ sunt, & ad gerendam rempublicam ineptæ, hic verò masculus est, nec minùs ad rem publicam administrandam aptus, quàm si nepos ex filia non esset. Itaque cùm ratio exclusionis quæ propria & specialis est in filia non possit extendi ad nepotem, nihil etiam causæ est cur ad eum potestas statuti, & exclusio extendatur: veréque huic casui aptari ratio illa potest, quam præcedente capite sumpsimus ex *l. 2. §. vltim. D. ad SC. Tertyll.* tum demum remotâ matre admitti ad successionem eos qui post matrem veniunt, quique admitterentur si mater non esset, cùm propria & specialis aliqua ratio est matris excludendæ, quæ ratio locum non habeat in cæteris sequentium graduum personis. Etsi namque in casu nostro hoc amplius est, quàm in specie *d. §. vlt.* quòd eo loco mater non tam à iure succedendi excluditur, quàm iure suo vti prohibetur: In casu autem nostro nullum penitus habet ius succedendi filia quæ per statutum excluſa fuit: illud tamen vtrique casui simile est, quod ratio quæ nocet matri vel filiæ non potest porrigi ad personam sequentis gradus. Matri nocet ratio illa, quòd intra annum tutorem filio impuberi non petierit. Ea ratio non nocet auo materno, aut proximo agnato, ad cuius scilicet officium non pertinebat vt tutorem impuberi peteret quandiu mater eum in causa successionis antecedebat. In proposito autem † filiæ 6 nocet ea ratio, propter quam & statuto excluſa est, non quòd sit filia, sed quòd sit fœmina. Ea ratio non nocet nepoti, quia masculus est. Si filia tanquam filia excluderetur, vtique noceret ea exclusio nepoti, non quasi verba statuti ei conuenirent (æquè enim verum esset non esse filiam eum qui esset nepos, vt nec filia propriè dici posset quæ esset neptis) sed quia nepos ita non est filia vt sit minùs quam filia. Filiam enim cùm dicimus filiationis & procreationis ius significamus, quod ius non tantum est in nepote, nec in nepte quantum in filia, cùm sit illa in primo gradu descendentium, nepos verò, neptisque secundo: nec rursus vllum ius succedendi habere potest nepos neptisve, nisi quoniam suo per mediam filiæ personam coniungitur, *arg. d.l. dotem 6. D. de collat. bonor.* Cùm verò filia excluditur à patris sui successione, non tanquam filia, sed tanquam fœmina, non debet ipsius exclusio nocere nepoti, & quia statuti verba ei non conueniunt cùm sit masculus, non fœmina, & quia ita non est fœmina, vt sit plus quàm fœmina, quia masculus est: nocet tamẽ † nepti, non tam 7 quòd statuti verba ei magis cõueniant quàm nepoti (etsi enim conueniunt in hoc quòd fœmina est, non tamen conueniunt in eo quòd filia non est, sed neptis) quàm quia ita non est filia vt sit minùs quàm filia, siquidem & fœmina est, & remotior in gradu naturæ quàm si filia esset. Dices, illam semper manere communem rationem exclusionis † nepotis & neptis, cùm filia ipsa ex- 8 cluſa est, quòd neque nepos neque neptis auo materno iunguntur, nisi per mediam filiæ personam, nec proinde heri posse videtur, vt cui filia succedere nequit, ne-

posiſte, neptiſve poſſet, cùm non poſſit venire niſi tanquam imago matris, vt loquitur Baldus, qui Bartoli ſententiam ſequitur ad *l. maximum vitium 4. numer. 2. Codice de liber. præter.* Verùm reſpondeo non eſſe bonam conſecutionem, quia nepos neptiſque coniunguntur auo per illam, non tanquam per fœminam, ſed tanquam per filiam, cùm æquè ac eodem gradu coniuncti eſſent, ſi ex maſculo ſuſcepti proponerentur. Iam autem diximus non eſſe excluſam filiam tanquam filiam, ſed tanquam fœminam, quæ formalis ratio excluſionis inſpicienda magis eſt quàm perſona ipſa, quæ excluditur. Non igitur nocere debet nepoti neptique, quòd coniungantur per filiam & fœminam, ſi modò excluſionis ratio quæ in filia locum habuit, nullum in ipſis locum habeat. Habet autem in nepte quidem, quia & fœmina, & minùs quàm filia eſt: non etiam in nepote, qui licèt minùs ſit quàm filia, quatenus nepos eſt, plus tamen quàm filia eſt quatenus maſculus eſt: quod vnum ſtatuti mens intuetur, ſiue verba conditionis reſpicias *extantibus maſculis*, quæ non agnatis, ſed maſculis fauent, ſiue verba diſpoſitionis, *filia fœmina non ſuccedat*, per quæ excludatur a ſucceſſione, non quiſquis agnatus non eſt, ſed ea tantùm perſona, quæ ſit fœmina, adeoque quatenus
9 fœmina. Sed & ratio ipſa † Bartoli manifeſtè ipſius ſententiam impugnare videtur. Ait enim ideò excludi non tantùm filiam, ſed omnes etiam ſequentes in gradu, quòd ſtatutum iis hereditatem applicare intelligatur, quos ponit in conditione. Etſi enim hoc falſum eſſe ſuprà oſtendimus, tamen eo quoque errore admiſſo, conſequens fiet, vt in propoſita ſpecie maſculi omnes ad ſucceſſionem vocati intelligantur: nec minùs qui ex filia, quàm qui ex filio progeniti ſunt, cùm maſculi omnes indiſtinctè ſupradictis ſtatuti verbis in conditione poſiti eſſe proponantur. Niſi fortè quis pro Bartolo reſpondeat in conditione poſitos eſſe maſculos non omnes, ſed eos tantùm qui ſint fratres eius filiæ quam fauore maſculorum ſtatutum excludit, aut ſaltem qui ab iis fratribus progeniti ſint. Quod admittendum videtur eo caſu quo filia viuat adhuc illo tempore, quo agitur de ſucceſſione. Abſurdum enim eſſet dicere poſitos in conditione ad excluſionem filiæ maſculos ex ipſa filia ſuſceptos. Illi namque demum ponendi fuerunt in conditione ad eam excludendam, qui alioquin eam non excluderent, ſed ſimul cum ipſa admitterentur, non etiam ij, quos ipſa fuerat excluſura, quique nonniſi poſt eam vocari poſſent. Sed tamen præter id quòd obiectio noſtra ſemper ſubſtitit, eo ſaltem caſu quo filia per ſtatutum excluſa deceſſerit ante patrem ſuperſtite filio eodémque nepote, quia tunc nepos ſuccedit ex proprio capite, tanquam repræſentans, non tam perſonam, quàm gradum filiæ, ipſiúſque locum ſub intrans: quem proinde abſurdum non ſit ſimul cum filiis maſculis primi gradus ſuccedere iure repræſentationis, quod inter deſcendentes locum habet in infinitum, §. *cùm filius. Inſtit. de hered. quæ ab inteſt. defer.* Non puto eam ſtatuti, de quo agimus, interpretationem fieri poſſe, vt filia non per alios maſculos excludatur, quàm quibuſcum alioqui ſuccedere ipſa potuiſſet. Repugnant enim verba conditionis, quæ cùm ſint indefinita, apta ſunt comprehendere maſculos omnes quotumcumque graduum etiam remotiorum. Nec quiquam abſurdi eſt plus iuris habere in ſuccedendo nepotem, quia maſculus eſt, quàm filiam, quæ tanquam fœmina ſit excluſa fauore maſculorum, etiamſi filia ipſa adhuc viuat, alioqui dicendum erit, ſi ponas alios maſculos nullos extare qui poſſint ſuccedere excepto iſto nepote ex filia adhuc ſuperſtite admittendam eſſe filiam excluſo nepote. Hoc verò pugnaret euidentiſſimè cum verbis ſtatuti, quæ è contrario excludunt filiam propter maſculos poſitos in conditione. Annon enim verum eſſet extare maſculum aliquem, atque ita exiſtere conditionem excluſionis filiæ: Fateor † non 10
debere hunc nepotem facere partem patruis ſuis, ſi qui ſint, nec in hoc plus iuris habere quàm filiam, quæ per fratres ſuos in totum excluderetur, quia quos ſtatutum voluit præferri filiæ, multò magis videri debet prætuliſſe iis etiam maſculis, quibus præferendi fuiſſent, etiamſi filia ipſa excluſa non eſſet, vt excluſio filiæ ſicuti non nocet nepoti, ſic nec ei profit aduerſus cæteros: & contrà, quæ prodeſt fratribus ne concurſum ſororis patiantur, quæ alioquin vnà cum ipſis fuerat ſucceſſura, iiſdem non noceat, vt concurſum huius nepotis ex ſorore pati cogatur, qui nullum ius haberet ſuccedendi ſi ſoror non excluderetur, tanquam qui in remotiori gradu eſſet conſtitutus. Sed nego debere hunc nepotem excludi propter matrem ſuam, eandémque filiã defuncti, ſi ambo ſint ſuperſtites, quia eo extante verum eſt extare maſculum aliquem, cúmque capacem ſucceſſionis, atque ita conditionem excluſionis ſtatutariæ impletam eſſe ad filiam ſummouendam. Nec video cur odioſa & ipſi filiæ damnoſa videri poſſit hæc interpretatio, quæ excludit filiam propter maſculum nepotem ex ipſa filia. Cur non enim æqui bonique hoc conſulat filia potiùs quàm ſi per alium maſculum, qui filius ipſius non eſſet excluderetur? Cæterùm quod diximus nepotem hunc non poſſe cum patruis ſuis concurrere, tanto magis oſtendit, non eſſe igitur verum quod vult Bartolus, omnes eos qui in conditione poſiti ſunt, hoc ipſo vocari per ſtatutum. Nam cùm in propoſito maſculi omnes poſiti ſint in conditione, omnes quoque vocati intelligerentur, atque ita etiam hic nepos cum patruis ſuccedere deberet tanquam vocatus, ſi maſculi omnes vocati eſſent. At non ſuccedit cum patruis, quia non ſuccedunt patrui ex ſtatuto, ſed ex iure communi quod iis reſeruatum intelligitur per ſtatutum: ex iure autem communi ſiue vetere, ſiue nouo, neque nepos ex filio aut filia, neque nepos ex fratre aut ſorore vnquam concurrit cum patruis, quãdiu antenatitur à perſona ex qua natus eſt, quia tunc ſemper remotior eſt in gradu: in ſucceſſione autem inteſtati generale eſt & perpetuum, vt nunquam alius ſuccedat, quàm qui vel vel æquè proximus eſt, vel natura, vel repræſentatione. Quòd ſi obiicias, filiam quæ per ſtatutum excluſa eſt, habendam eſſe pro mortua, ob idque non magis debere nepoti nocere, quominus poſſit ille cum patruis concurrere, quàm ſi ipſa in rerum natura non eſſet. Reſpondebo quod iam dixi, habendam quidem eſſe pro mortua hactenus, ne poſſit partem facere fratribus ſuis, cum quibus alioquin ab inteſtato admitti potuiſſet, ſicut etiam eueniret, ſi eſſet exheredata: ſed non quantum ad hoc, vt nepos hic admitti poſſit & concurrere cum patruis, à quibus excluderetur tanquam remotior in gradu, etiamſi ſtatutum nullum eſſet. Nam ſtatuti eam mentem fuiſſe certum eſt, vt iis demum maſculis prodeſſet, quibus filiæ concurſus partem facere poterat, aut ſi illi non eſſent, etiam cæteris maſculis, qui alioquin nonniſi poſt filiam venire potuiſſent, puta ipſi quoque nepoti ex ea filia, vt ſuprà diximus. At non vt noceret prioris gradus maſculis, dando iis coheredem hunc nepotem, qui ſi nullum ſtatutum eſſet, admitti cum patruis nullo modo poſſet, ne quod in fauorem maſculorum cum filia ſucceſſurorum inductum fuit, maligna interpretatione in eorundem perniciem retorqueatur contra *l. quod fauore 6. Cod. de legib. l. nulla 25. D. eod. cum ſimilib.*

ERROR

ERROR VI.

De nepote ex filia excluſa per renuntiationem fauore maſculorum.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio, an renuntiatio filiæ noceat nepoti.*
2 *Diſtinctio Bartoli, Renuntiatio filiæ noces nepoti ſucceſſuro cum auunculis, ſucceſſuro verò cum aliis nepotibus aui non nocet.*
3 *Bartolus primus ſuæ diſtinctionis membrum reuocauit.*
4 *Nullo caſu nocet nepoti filiæ renuntiatio ex ſententia Bartoli & Baldi.*
5 *Baldus in iuratis renuntiationibus iuſiurandum pactionem non confirmare, ſed tantùm exceptionem periurij inducere falsò autumat.*
6 *In praxi renuntiationes propter iuſiurandum valere exiſtimantur, ita vt etiam haredes iurantis obligent.*
7 *Renuntiatio in tabulis dotalibus facta à filia dotata etiam ſine iureiurando apud Gallos valida.*
8 *Contractus prohibitos iuſiurandum apud Gallos non validat.*
9 *Quamis pactio de ſuccedendo aut non ſuccedendo, etiamſi facultatem teſtandi in totum tollat, in contractu matrimonij facta apud Gallos validat.*
10 *Heredes contractuales apud Gallos frequentes.*
11 *Matrimonium vbi contractum eſt nullas in Gallia recipit pactiones legibus prohibitas.*
12 *Extra dotales tabulas apud Gallos hereditas pacto non datur, ne quidem ſi vel milliies iuſiurandum acceſſerit.*
13 *Extra Galliam filia qua paterna aut materna ſucceſſioni cum iureiurando renuntiauit, licet non in ipſo matrimonij contractu vtiliter cenſetur renuntiaſſe.*
14 *Collectio aduerſus Bartoli & Baldi rationem quâ volunt non nocere nepoti filiæ renuntiationem.*
15 *Expenditur & reiicitur diſtinctio Bartoli propoſita. num. 2.*
16 *Nepos non tam perſonam matris, quàm gradum repreſentat.*
17 *Viuentis nunc ſit ſuus heres.*
18 *Vt vnius factum alteri noceat, neceſſe eſt vt non tantùm gradus, ſed etiam perſona repræſentetur.*
19 *In ius alterius ſuccedere, & ſuccedere in alterius gradum ſiue locum, quatenus differant.*
20 *Caſtrenſis diſtinguit an filia acceperit aliquid in vicem portionis hereditariæ, an nihil, vt priori caſu noceat nepoti matris renuntiatio, poſteriori non item.*
21 *Diſtinctionis propoſitæ refutatio.*
22 *Alia ſolutio quæſtionis per diſtinctionem, an nepos ſit heres matris, vt priori caſu noceat illi renuntiatio, poſteriori nequaquam.*
23 *Refutatur diſtinctio primum ex eo, quòd alia quæ renuntiauit viuo patre decedente, euaneſcat renuntiatio per defectum conditionis, nec nepoti noceat.*
24 *Deficiente conditione ſtipulatio conditionalis euaneſcit.*
25 *Filia quæ renuntiauit ſuperueniente nepote cur non noceat renuntiatio.*
26 *In ſuis heredibus cur non ſit ſucceſſio.*
27 *Inter ſuos & agnatos diſcrimen.*
28 *Nepote ex filiâ non eſt ſuus heres auo materno, multò minus heres matre abſtinente propter renuntiationẽ.*
29 *Ius competens filiæ quæ renuntiauit ad nepotem non tranſmittitur.*
30 *Fruſtra quæri, an nepoti ex filia noceat matris renuntiatio.*

ALius hic tractatus eſt à ſuperiore, ex eóque intelligimus apertiùs quàm verum ſit quod in præcedentibus diſputauimus, multum referre an filia excluſa ſit à ſucceſſione inteſtati per ſtatutum, an per renuntiationem. Solet † quæri 2
à noſtris, An renuntiatio filiæ noceat nepoti. Et alij ſentiunt. Sunt qui diſtinguant poſt Bartolum, *ad l. qui ſuperſtitis. 94. num. 2. D. de acquirend. hæredit.* an hic
† nepos ex filia veniat ad ſucceſſionem cum aliis nepo- 3
tibus aui, an verò cum patruis, aut auunculis, vt priore caſu non noceat ei renuntiatio matris, ſiue mater pacta ſit, & iurauerit de ſe tantùm, quia nepos hic veniret iure ſuo & proprio, ſiue de filiis quoque ſuis expreſſim pacta ſit ne ſuccederent, quoniam tale pactum non valet, niſi in quibus locis receptum eſt de conſuetudine, vt in cap. 1. *De matrim. ad Morganat. contract. collat.* 10. *& capit. filius ſi de feudis fuer. controuerſ. in vſib. feudorum.* Nec iuramentum filiæ ligat nepotem, quanquam hæredem, cùm ſit perſonale ex parte iurantis, quamuis reale ſit ex parte illius, cui iuratur, *cap. veritatis, Extra. de iureiur.* Poſteriore verò caſu noceat nepoti renuntiatio filiæ, quia, inquit Bartolus, non poteſt hic nepos ſuccedere cum patruis & auunculis, niſi ſuccedat in locum matris ſuæ. Atqui mater fuit excluſa per pactum ſuum: Ergo & filius. Sed tamen video † Bartolum 3
ipſum eodem loco ab hac ſententia recedere, cùm ſtatim ſubiicit, nepotem hunc non habere à matre, ſed à legis diſpoſitione vt ſuccedat in locum matris ſuæ quantum ad aui ſucceſſionem. Ergo, inquit, mater ſuo facto ius illud ei auferre non potuit, *arg. l. ſi adrogator* 22. §. *ſed an impuberi. D. de adopt. l.* 3. *D. de interdict. & relegat.* Itaque videtur Bartolus in ea fuiſſe ſententia vt 4
nullo caſu filiæ renuntiationem nepoti obeſſe crediderit, ſiue cum aliis aui nepotibus, ſiue cum patruis, & auunculis ſuccedere velit. Qua etiam in ſententia Baldus eſt ad *l. pactum dotale* 3. *C. de collat.* ratione illa quòd cùm huiuſmodi renuntiationes non valeant, niſi ob authoritatem iuriſiurandi, ne quidem ad excludendam eam ipſam perſonam, quæ renuntiauit, cap. *quamuis pactum. de pact. in 6.* certum eſt eo iureiurando non alium poſſe obligari quàm qui iurauit, cùm, vt dixi, perſonale ſit ex parte iurantis, *d. cap. veritatis, vbi Innocentius Extr. de iureiur.* nimirum præſupponit Baldus,
† quod & Bartolus diſertè tradit ad *d. l. qui ſuperſtitis.* 5
num. 4. in huiuſmodi iuratis renuntiationibus eam eſſe vim iuriſiurandi, non vt pactum ipſum confirmet, quod per ſe nullum eſt, ſed tantùm vt inducat exceptionem periurij, & vt eo ſolo metu periurij incurrendi ſeruandum ſit, cùm ſeruari poſſit citra diſpendium ſalutis æternæ, *cap. cum contingat eod. tit. de iureiur.* Sed tamen
hæc ſententia falſa eſt. † Iam enim obtinuit, non tan- 6
tùm frequentiore interpretum calculo, ſed etiam pleriſque ſupremarum curiarum ſenatuſconſultis, vt renuntiationes illæ propter iuſiurandum valere exiſtimentur, ita vt non ſolam iurantis perſonam, ſed ipſius
etiam heredes obligent: adeò vt apud Gallos non aliud 1
obtineat, † etiamſi nullum iuſiurandum interuenerit, ſi 7
modò facta ſit renuntiatio in tabulis dotalibus cùm filia nuptui tradebatur, & accepta dote. Nullam enim habent illi rationem iuriſiurandi † ad validandos con- 8
tractus alioquin prohibitos, ratione illa certè non mala, quòd rarum cauti homines, & contra leges contracturi æquè faciles ſint ad iurandum, atque ad contrahendum: nec ob id prudentior quiſquam eſſe credendus ſit quàm ad iurandum ſit facilior. Sed quod Canoniſtæ hac parte tribuunt religioni iuriſiurandi, id Galli tribuunt fauori matrimoniorum, quibus nihil ha-

bent fauorabilius: indéque est † quòd vix vlla est tam
9 iniusta, id est, iuris nostri ratione aliena fictio, quam non tueantur, si facta sit in contractu matrimonij, siue de succedendo facta proponatur, siue de non succedendo, siue æqualitatem inductura sit inter liberos, siue inæqualitatem, denique etiamsi facultatem testandi in totum tollat, quia nec ferè testamentis vtuntur, in iis nimirum prouinciis quæ non iure scripto Romanorum, sed moribus reguntur. Itaque pro heredibus
10 testamentariis aut legitimis habent heredes, † quos vocant contractuales, factos scilicet per contractum matrimonij, per quem & heredes adnascuntur, non tantùm iis qui in matrimonium coeunt, sed etiam ipsorum agnatis, cognatisque, ita vt dici possit quoties matrimonium inter Caium & Semproniam contrahitur, non tam priuatum ipsorum negotium agi, quàm communem vtriusque familiæ causam, imò & ipsius reipublicæ ad quam vel maximè pertinet, vt magis ac magis inuitentur homines ad nuptias, quod plerunque fit allectis huiusmodi pactorum vtilitate iis qui aliter non essent contracturi. In eo siquidem totus fauor matrimonij versatur, vt matrimonium spectemus non iam contractum, sed contrahendum. Vbi enim contractum
11 est, † nullas potest recipere pactiones quæ legibus prohibeantur, nec si quis in eam rem velit matrimonij fauorem extendere, quia non potest dici contrahentes aliter non fuisse contracturos, qui iam contraxerunt. Quare nec si ponas millies interuenisse iusiurandum
12 † in contractu facto post initum matrimonium, valebit tamen pactio apud Gallos, siue facta sit de succedendo, siue de non succedendo, quia extra dotales tabulas habent pro vero & inuiolabili quod scriptum est in *l. hereditas 5. C. de pact. conuent.* hereditatem pacto dari non posse: & quod à Papiniano *in vltim. D. de suis & legit.* priuatorum pactiones legum autoritate non conferi: denique quod ab Imper. *in l. pactum quod dotali 13. & in l. vltim. Codice de pact.* non valere pacta, per quæ libera testandi facultas vel auferatur vel constringatur, aut per quæ votum captandæ mortis
13 alienæ inducatur. At extra † Galliam filia quæ paternæ aut maternæ successioni cum iureiurando renuntiat, licèt non in ipso contractu matrimonij, sed siue ante, siue postea, vtiliter renuntiasse intelligitur propter authoritatem iurisiurandi, etiamsi dotem eo tempore nullam accipiat, dummodò aliud quid sit, ex quo possit apparere non sine causa factam fuisse renuntiationem. Alioqui esset in dolo is qui lucrum caperare vellet ex renuntiatione quam sine causa extorsisset, *l. 2. §. circa. D. de doli mali except.* nec proinde æquum esset ei prodesse iusiurandum, quippe quod iniquitatis vinculum esse non debet. Vnde est quod toties nostri tractant de filio qui per pactum exclusus est à successione paterna, nulla etiam matrimonij facta mentione. De quo & Bartolus *ad l. 1. §. qui habeat. numer. 6. D. de bonor. possess. contra tabul.* Cùm igitur placeat † huiusmodi renuntiationes valere vbique gentium si iuratæ sint propter authoritatem iurisiurandi & Pontificiæ constitutionis, apud Gallos verò etiamsi non fuerint iuratæ, si modò adhibitæ sint in contractu matrimonij, apparet non esse bonam rationem illam qua Bart. & Bald. veuntur, vt negent filiæ renuntiationem nocere nepoti etiam heredi, quòd iusiurandum sit personale. Quoties enim iusiurandum in contractu alioquin illicito adhibitum eam vim habet vt validet contractum, necesse est potestatem iurisiurandi transire in heredem tam ex parte eius qui iurauit ‖, quàm ex parte illius cui iuratum, quia & contractus ipse ex vtraque parte in heredem transit, *tot. titul. Codice de hered. actio. l. viam veritatis 10. Codice de locat.* An ergo dicemus renuntiationem iuratam filiæ nocere nepoti? An verò distinguemus † vtrum nepos hic succedat cum aliis nepotibus qui, an verò cum patruis & auunculis? Arqui ratio illa repugnat quam tradidit Bartolus, quòd nepos non à matre sua, sed à lege habet vt succedat in locum matris, habeátque ius repræsentationis, quoties cum patruis & auunculis concurrit. Non est igitur permittendum vt ei facto matris ius illud auferatur, quod aliunde habet quàm à matre. Et sanè ita est. Non tam † personam quàm gradum matris repræsentat, sicut & 16
qui in prædefuncti locum succedendo quasi agnatione fit suus heres. De quo in *l. Gallus. 29. §. nunc de lege. D. de liber. & post. leg. posthumorum 14. D. de iniust. rupt.* Quid enim posset nepoti prodesse vt repræsentaret personam illius, qui filiusfamilias decessisset, ac proinde qui nullum in patris successione ius vnquam habuisset? Nec enim viuentis † quisquam suus heres esse potest, 17
non magis quàm extraneus, cùm viuentis nulla sit hereditas, nisi hoc sensu quòd suum heredem dicimus eum qui esset hodie, si hodie pater moreretur: quemadmodum posthumum suum appellamus, non quia iam suus sit quandiu adhuc est in vtero, cùm non possit dici in patris esse potestate antequàm sit editus, *l. vlt. D. de collat. bonor.* quod tamen ad sui heredis constituendi essentiam requiritur, *l. scripto. 7. D. vnd. liber. l. si filiusfamilias. 33. D. de testam. milit.* sed cum, qui si hodie nasceretur inter suos futurus esset. *§. posthumo Instit. de legat. l. vlt. D. de vent. in poss. mitt.* At vt † vnius fac- 18
tum alteri noceat, necesse est vt non tantùm gradus, sed etiam persona repræsentetur. Sic enim habet iuris regula, Ex qua persona lucrum quis sentit, eius factum præstare debere, *l. ex qua persona 149. De regul. iur.* non aurem, ex cuius gradu. Nam & longè aliud est, Ius in alterius succedere, † aliud verò in alterius gra- 19
dum & locum. Qui in alterius ius succedit, eodem prorsus iure vti cogitur, at non etiam qui in alterius gradum & locum dumtaxat. Hic enim tantum iuris habet, non quantum habuit is, qui ab eo gradu exclusus fuit per mortem aut renuntiationem, sed quantum haberet hodie si viueret, aut non renuntiasset, denique si exclusus non esset. Distinguunt alij, † An filia quæ renun- 20
tiauit, perceperit dotem aut quid aliud quod sit vice portionis hereditariæ, an nihil, vt posteriore casu non noceat nepoti, quamuis heredi, matris renuntiatio. Priore verò casu noceat etiam non heredi, quasi filia quæ renuntiauit successisse ipsa videatur. Quam sententiam videtur probasse *Castrens. ad d. l. qui superstitis*, sed parum subtiliter. Quemadmodum † enim viuentis nul- 21
la successio est, ita nec retrofingi potest aliqua fuisse. Nec video quid absurdius dici possit quàm vt filia quæ renũtiauit, & se à successione per renuntiationem exclusit aliquo accepto in vicem & locum portionis hereditariæ, hoc ipso credenda sit successisse, quæ nec si voluisset, succedere tamen potuisset. Illud tantùm verum est, id quod ipsa percepit dotis, aut alio titulo in legitimam imputari aut conferri debere. Sed aliud est Imputare aut conferre debere, aliud verò succedere, aut successisse. Illa itaque distinctio † videtur probabilior 22
quæ à nonnullis affertur, An nepos hic sit heres matris suæ necne, vt si non sit heres, non noceat ei matris renuntiatio, si sit, noceat, tanquam ei qui hoc casu non tantùm gradum & locum, sed etiam personam matris repræsentet. Noceat, inquam, non si nepos cum aliis nepotibus in eodem gradu constitutis succedere velit, multo minùs si cum proneporibus, qui in gradu remotiores sunt, quandoquidem his omnibus casibus succedit proprio iure, & ex propria persona, sed si velit succedere cum patruis & auunculis, quòd hoc casu necessariò tractandum sit de matre cuius gradus repræsentandus est. De matris autem gradu tractari hoc casu non potest, quin appareat non modò gradum ipsius, sed etiam personam repræsentari ab hoc nepote, cùm idem & filius & heres renuntiantis inueniatur, ac proinde talis cui renuntiationem matris omnimodo nocere necesse est. Et si autẽ non minùs verum est, & filium eum esse & heredem matris

Digitized by Google

tris eo casu quo vult ille ex propria persona succedere cũ aliis nepotibus eiusdem aui, quia tamen nulla occurrit necessitas tractandi de matre, ne quidem gradum eius repræsentandum, quandoquidem repræsentatio cùm sit fictio, nunquam nisi ex necessitate inducitur, hic autem nepos proprium ius habet succedendi cùm aliis nepotibus, nulla penitus habita matris ratione, non potest eius conditio fieri ob id deterior, quòd & heres & filius sit eius personæ quæ renuntiauit, quia neque tanquam filius succedit, neque tanquam heres matris sed tanquam nepos: alioqui cæteros nepores in totum excluderet, qui non succedunt nisi tanquam nepotes. Verùm si propiùs inspicias, neque hæc distinctio† vera 23
est. Quid enim si filia quæ renuntiauit, decesserit viuo patre? Certum est euanescere renuntiationem, quippe quæ tacitam habeat conditionem, si hereditas, cui renuntiatum est, quandoque ab intestato deferretur: vt nostri omnes consentiunt post Bald. *ad l. vlt. C. de pact.* & *Castr. ad l. qui superstitis 94. D. de acquir. hered.* Quæ conditio apertè defecit vbi præmortua est filia quæ renuntiauit. Nec enim viuentis patris vlla vnquam fuit hereditas quæ huic filiæ deferri potuerit. Et rursus mortuo patre cum aliqua eius hereditas esse cœpit, non potuit illa deferri filiæ iam tum defunctæ: quia mortuo neque deferri, neque acquiri quicquam potest, *leg. 4. D. de his quæ non script. habent.* Fieri ergo non potest vt nepoti eo tempore succedere volenti, siue cum aliis nepotibus succedat, siue cum patruis aut auunculis, noceat renuntiatio quæ iam euanuit, nec vlla vnquam
24 fuisse intelligitur. Illud enim† conditionalibus omnibus stipulationibus commune est, vt deficiente conditione euanescant, & pro eo habeantur acsi interpositæ nunquam fuissent. Et verò fatentur, faterique coguntur omnes interpretes, ne quidem matri ipsi, quæ renuntiauit, nocere hoc casu renuntiationem, quia cùm præmortua sit, excluditur à patris successione per renuntiationem, cuius conditio defecit. Quanto minùs ergo nocebit nepoti ea renuntiatio; ~~tamen~~ si talis casus proponatur in quo necesse sit vt non modò gradum, sed etiam personam matris repræsentet? Quod si po-
25 nas filiam quæ renuntiauit† supervixisse, fatebor quidem extitisse hoc ipso conditionem renuntiationis, sed æquè negabo nocere hoc casu renuntiationem nepoti, quippe qui satis excluditur per solam matris superexistentiam, nec minus quàm cum renuntiatio aliqua intervenit, præsertim verò si, vt hodie fit, repræsentata fuerit filiæ portio hereditaria tempore renuntiationis, quo casu si Castrensi & aliis crederemus, videretur successisse portionem hereditariam percepisse, vt suprà diximus. Cùm enim renuntiatio per filiam facta non impediat delationem hereditatis, at neque acquisitionem, si tractemus de hereditate patris cui sit filia sua heres, nec aliud effectum habeat nisi quem abstensio haberet, vt nimirum filia ista quæ renuntiauit, ipso quidem iure sit sua heres patri, sed tamen apud prætorem non habeatur pro herede, sicut in præcedentibus abundè disputauimus, sequitur non posse nepoti huic deferri à lege hæreditatem quæ iam ipsi filiæ delata aliquando fuerit & acquisita, siue cum nepotibus aliis velit succedere, siue cum auunculis, & siue matris suæ heres sit, siue non sit: quia hereditas semel delata primo gradui, sequentibus gradibus postea deferri nunquam potest: multo minùs si vt in proposito fuerit, etiam acquisita,
26 quoniam in† suis neque olim fuit, neque hodie est successio, *l. 1. § sciendum. D. de suis & leg.* Nempe quia is qui suus non fuit mortis tempore, nunquam postea suus inuenitur, cum suus ille sit qui mortis tempore & in potestate fuit, & primum gradum tenuit in causa succedendi, *l. scripto 7. D. vnd. liber l. si filius familias 33.*
27 *D. de testam. milit.* In quo differentia† elegans est inter suos & agnatos. Agnati enim licèt non possint esse proximi, nisi qui in proximo & primo gradu reperiuntur eo tempore quo legitima intestati successio defertur, possunt tamen agnati esse etiam qui non sunt proximi: Ob idque Iustinianus facere potuit, & fecit, vt in agnatis esset successio etiam iure ciuili, id est, vt prioris gradus agnatis exclusis per repudiationem aut per mortem quæ post delationem contigisset, sequentis gradus agnati admitterentur, non solùm tanquam cognati, quomodo eos prætor ex edicto successorio admittebat, sed etiam tanquam agnati, & ita vt iure ciuili heredes fieri possint, æquèacsi mortis tempore in primo agnationis gradu fuissent. Hæc enim & sententia & ratio est, §. *placebat. Instit. de legis. agnat. succes.* At nunquam fecit Iustinianus, neque facere potuit vt in suis esset successio, quia implicat contradictionem, vt suus heres sit, qui idem proximus non est eo tempore, quo primùm intestati hereditas defertur, & vt æquè proximi sint, qui sunt graduum diuersorum. Præter id, quod neque de suo herede tractari quicquam potest in per-
28 sona neporis ex filia, † qui cùm paternam non maternam familiam sequatur nullo casu suus heres esse potest auo materno, sed tantùm vel patri suo, vel auo paterno. Tanto minùs igitur potest hic hetes esse auo materno, qui suam heredem habuit filiam, quamuis se abstinentem, & abstinere cogendam propter renuntiationem. Multò etiam minus dici potest, † ius competens 29
filiæ quæ renuntiauit, transmitti ad nepotem. Nam cùm ab eo iure fuerit exclusa per renuntiationem, certum est ius repudiatum non posse transmitti *l. si quis filium 34. C. de inoff. testam.* Apparet igitur ex præcedentibus, † 30
nullo casu posse locum esse quæstioni de nepote ex filia, quæ renuntiauit, an ei noceat matris renuntiatio. Nam si mater quæ renuntiauit, ante patrem decesserit, euanescit renuntiatio cuius tacita conditio defecit, nec proinde nepoti nocet: sin patri illa superuixit, nocet nepoti non tam matris renuntiatio, quàm quòd mater suo patri superuixerit, cùm etiamsi nunquam renuntiasset, ea tamen res faceret, vt ad hereditatem quæ matri delata fuisset, admitti hic nepos non posset.

ERROR VII.

De successorij edicti potestate in persona nepotis ex filia quæ renuntiauit, siue cum aliis nepotibus concurrat, siue cum auunculis, siue cum agnatis: & quid in nepote ex filio? quid in bonis auia?

SVMMARIA.

1 *Nepotem ex filia quæ renuntiauit non admitti ex successorij edicti potestate.*
2 *Non succedere cum matris fratribus.*
3 *Ex capite* Vnde cognati *quando aliquis admittatur.*
4 *Nepos ex filia renuntiante non potest admitti tanquam vnus ex descendantibus aui materni aut agnatis.*
5 *Nepos ex filia renuntiante non potest admitti cum aliis nepotibus aui materni.*
6 *Quo iure hunc excludant ab edicto successorio alij nepotes.*
7 *Nepoti ex filia quæ renuntiauit an agnati aui materni præponantur.*
8 *Ratio dubitandi.*
9 *Decisio & ratio decidendi.*
10 *Liberi etiam remotiorum graduum quando præferantur agnatis.*
11 *Prætor ex edicto successorio nunquam vocat cognatos nisi post legitimos.*

11 *In agnatis quatenus ſit hodie ſucceſſio.*
13 *In bonorum poſſeſſionibus deferendis quid ſeruet prætor.*
14 *Acquiſitio hereditatis qua ſit ipſo iure excludit beneficium omne iuris ciuilis.*
15 *Nepos ex filia renuntiante omni iuris ciuilis & prætorij auxilio deſtituitur, quo poſſit cum agnatis aui ſuccedere matre ſuperexiſtente.*
16 *Sui heredes quomodo obſtent agnatis in bonorum poſſeſſionibus accipiendis.*
17 *Caſus prætoribus incognitus quo bonorum poſſeſſio ab inteſtato agnita poſeſt eſſe ſine re.*
18 *An renuntiatio filiæ obſtet nepoti ne ſuccedat auiæ.*
19 *Filia qua renuntiauit an ſit habenda pro abſtinente, an procedente.*
20 *Nepos ex filia renuntiante an ſuccedat auo materno cum nepotibus ex aliis filiabus.*

1 NEc rurſum † dici poteſt illud, quod Baldus, Caſtrenſ. & alij ſupradictis locis tradiderunt, admittendum eſſe hunc nepotem ex edicti ſucceſſorij poteſtate. Nam vel ponimus adeſſe fratres aliquos filiæ, quæ renuntiauit, vel
2 nullos. Si qui ſint, + certum eſt eos præferri, & cùm habeant ius adcreſcendi, non quidem in hereditate, quæ iam eſt acquiſita filiæ iure ciuili, ſed in bonis, quæ propter renuntiationem habentur pro non acquiſitis iure prætorio, portionem filiæ renuntiantis & ſe abſtinentis ad eos pertinere, *l. ex contractu* 44. *D. de re ind.* quod nec Baldus ipſe, Caſtrenſ. & alij diffitentur. Si verò nulli ſint, ſed alij tamen adſint vlteriores, aut liberi, aut agnati. Æquè defendo nepotem hunc edicti
3 ſucceſſorij beneficium habere non poſſe: quia prætor, † ex cuius iuriſdictione illud beneficium eſt, nunquam admittit cognatos aut alium quenquam ex capite Vnde cognati, quandiu ex prioribus gradibus aut hereditas acquiri iure ciuili, aut bonorum poſſeſſio peti poteſt. In propoſito autem poſſunt alij liberi vlterioris gradus, id eſt, nepotes, admitti ad hereditatem aui materni tanquam nepotes & deſcendentes, quorum prima cauſa eſt in ſuccedendo: *Nouell.* 118. *de hered. ab inteſt. veniunt. c.* 1. Poſſunt etiam admitti poſt deſcendentes agnati, cognati autem non niſi poſt agnatos. Cùm ergo
4 nepos hic, † de quo tractamus, non poſſit admitti ad ſucceſſionem aui materni, neque tanquam vnus ex deſcendentibus, quia anteuertit eum mater, cui, non obſtante renuntiatione & acquiritur hereditas, neque tanquam agnatus, cùm non coniungitur auo materno per maſculum, conſequens eſt vt non poſſit admitti, niſi tanquam cognatus: ac proinde vt ei nepotes cæteri & agnati omnes quantumcunque remoti præferantur. Ac
5 de cæteris quidem nepotibus † dubitatio nulla eſſe poteſt, cùm ſint ex deſcendentibus, ſuccedantque non ex propria perſona, ſed iure repræſentationis, tanquam qui ſuccedant ſimul cum matertera quæ renuntiauit: Nec enim fieri poteſt vt ſucceſſio deferatur filiæ quæ renuntiauit, tanquam ſuæ heredi, & in primo deſcendentium gradu conſtitutæ, quin nepotibus quoque qui in vlteriore gradu ſunt, deferatur iure repræſentationis, quod inter deſcendentes locum habet in infinitum, §. *cum filius. Inſt. de hered. qua ab inteſt. def.* Et quamuis in effectu ſoli nepotes ſuccedant, quoniam filia quæ renuntiauit habetur pro abſtenta, ne tamen poſſint ex propria perſona ſuccedere, & ſine iure repræſentationis, illud facit, quod per renuntiationem, vt ſæpius diximus, neque delatio, neque acquiſitio hereditatis in perſona filiæ impeditur: nunquam autem ad ſucceſſionem inteſtati admittuntur ex propria perſona plures diuerſorum graduũ ſimul, quin ius repræſentationis in iis qui remotiore gradu ſunt, inducatur. Siquidem neceſſe eſt, vt qui ſimul ſuccedunt, ſint æquè proximi, ſi non ſemper gradu, ſaltem repræſentatione.

Ex eo autem quod dicimus nepotes iſtos admitti iure repræſentationis, fit neceſſariò † vt nepotem hunc, de 6
quo agimus, ex filia, quæ renuntiauit, prorſus excludant non tantùm à ſucceſſione legitima, ſed etiam ab edicti ſucceſſorij poteſtate. Idque non per ius adcreſcendi, vt Bald. & Caſtrenſ. malè ſentiunt (nec enim ius adcreſcendi in portionibus agnitis, & acquiſitis locum habere poteſt, *l. vn. §. his ita definitis. C. de caduc. toll. l. interdum* 10. *D. de vſufr. adcreſ.*) ſed tanquam proximiores in gradu. Nec proinde indigent iure adcreſcendi ad excludendum nepotem hunc ex filia, quæ renuntiauit, non magis quàm ad filiam ipſam quæ renuntiauit, excludendam, quæ ſatis excluſa eſt per propriam renuntiationem, non quidem ne poſſit ſuccedere, ſed vt cogatur ſe abſtinere. Quod autem ſubeunt vniuerſa onera hereditaria, ideo fit quia videntur ea conditione ſe immiſcere poſt coheredis abſtenſionem, *leg. ſi duo* 38. *D. de acquir. hereditat.* non quòd poſſint dici heredes ex aſſe. Nepotem verò ex hac filia excludunt tanquam proximiores, à ſucceſſorio edicto. Nam quæ ratio facit, vt quamuis in ſecundo tantùm gradu ſuccedentium conſtituti ſint, nihilominus ſuccedant ipſo iure cum filia quæ eſt in primo gradu, nempe quia per ius repræſentationis aſſequuntur, vt in primo gradu poſiti videantur, eadem facit vt omnes alios excludant, qui cùm reuera in ſecundo gradu conſtituti ſint, nullum ius repræſentationis habent per quod primi gradus fictionem & priuilegium habere poſſint. Neque verò exiſtimandum eſt aliam eſſe hac parte poteſtatem edicti ſucceſſorij aliam legis duodecim tabularum. Nam nec prætor ſuo illo edicto ſucceſſorio vnquam ſimul vocat inferiorum graduum agnatos aut cognatos cum anterioribus. At difficilius † illud videtur quod dicimus, huic nepoti ex filia quæ re- 7
nũtiauit cæteros quoque agnatos, ſi qui ſint, anteponi. Dubitationem enim facit Iuſtiniani conſtitutio. Nouel. 118. *de hered. ab inteſt. veniunt.* quæ non ſolùm meliorem & potentiorem eſſe vult cauſam deſcendentium, cuiuſcunque gradus ſint, quàm agnatorum, ſed etiam tollit priſcas omnes illas differentias agnationis & cognationis, adeóque ſuitatis & emancipationis, ſola graduum obſeruatione inducta, vt qui in pari gradu ſunt, pariter ſuccedant, ſiue ſui ſint, ſiue emancipati, ſiue agnati, ſiue cognati. Quamuis ergo hic nepos ex filia quæ renuntiauit non agnatus ſit, ſed cognatus cùm tamen ſit ex deſcendentibus & in ſecundo gradu, præferendus videtur agnatis omnibus, maximè verò ſi vltra ſecundum gradum conſtituti ſint. Augetur dubitatio 8
ex eo quod idem Iuſtinianus alia conſtitutione quam ipſe refert in *d. §. placebat. Inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ.* edicti ſucceſſorij poteſtatem, quam prætor in bonorum poſſeſſionibus tantùm induxerat, in hereditatibus quoque confirmauit, adeóque ampliauit, conſtituendo vt prioris gradus agnatis repudiantibus, poſſent ſequentium graduum agnati ſuccedere non tantùm iure prætorio velut cognati vt antea, ſed etiam iure ciuili, & tanquam agnati. Quidni ergo poterit hic nepos ex filia, quæ renuntiauit, habere beneficium edicti ſucceſſorij, vt cæteris agnatis cognatiſque tanquam proximior præferatur? Et tamen † non ita eſt. Nocet enim ei ma- 9
ter quæ ſuperuixit, & cui lex detulit hereditatem non obſtante renuntiatione, quæque pro ſua parte hereditaria ipſo iure heres fuit. Nec ad hunc caſum vlla ex ſupradictis Iuſtiniani conſtitutionibus pertinet. Tunc enim dici † poteſt liberos etiam remotiorum graduum 10
præferendos eſſe agnatis quibuſcunque, cùm nulli adhuc ex deſcendentibus ea hereditas acquiſita eſt. At vbi ſemel fuit acquiſita, licèt ſic acquiſita ſit vt propter ſubſecutam abſtenſionem habeatur pro non acquiſita, ceſſat poteſtas conſtitutionis, & neceſſariò recurrendum eſt ad auxilium edicti ſucceſſorij, quod ex prætoris iuriſdictione eſt, quia ſolus prætor ille eſt, non etiam

ciuilis

ciuilis legiſlator,qui ſuum heredem ſe abſtinentem non habet pro herede, *l. filium* 12. *D. de interrog. act. iunct. l. cùm quaſi* 30. §. *ſed etſi ſuus. D. de fideicommiſſ. libert.* Potiò prætor † ex edicto illo ſucceſſorio nun- 11
quam vocat cognatos niſi poſt legitimos. Et quod
idem Iuſtinianus induxit, vt in agnatis ſit ſucceſſio, † 12
non tantum prætoria, & ex alio edicti capite, vt olim, ſed etiam ciuilis, & ex eodem capite ſucceſſionis, ad eum ſimiliter caſum pertinet, quo hereditas prioribus agnatis delata ſolum, non autem acquiſita ſit. Nam & in bonorum poſſeſſionibus ita ſeruat prætor, † vt ſi 13
prioris gradus quiſpiam cognatus bonorum poſſeſſionem acceperit, licèt eam poſtea beneficio in integrum reſtitutionis omiſerit, non ideo tamen ſequentium graduum cognatos admitti velit, ſed potiùs vacantia fieri bona,& ad fiſcum deuolui patiatur, *leg. vlt. D. de ſucceſſ. edict.* Quemadmodum igitur acquiſitio bonorum poſſeſſionis excludit poteſtatem edicti ſucceſſorij iure prætorio, ita & hereditatis acquiſitio ciuilis excludit poteſtatem ſucceſſoriæ conſtitutionis Iuſtinianeæ, vt ſit eadem ratio vtriuſque.Non dico acquiſitionem hereditatis factam ipſo iure, ſi poſtea ſequatur abſtenſio, excludere beneficium edicti ſucceſſorij (non enim excludit, vt conſtat ex *l. defunctis C. de legit. hered.* Nempe quia prætor, vt dixi,non habet pro herede illum qui ſe abſtinet) ſed dico, Eam † acquiſitionem, 14
quæ ipſo iure facta ſit,excludere beneficium omne iuris ciuilis, quoniam iure ciuili heres verè eſt etiam qui ſe abſtinuit,nec poteſt ius ciuile duos in ſolidum heredes facere, toráque iuris ciuilis in faciendo herede poteſtas conſumitur ſtatim atque nunc heres factus eſt, quicquid poſtea de ipſo contingat, ſicut acquiſita ſemel bonorum poſſeſſione tota edicti prætoris de bonorum poſſeſſionibus poteſtas conſumitur, nec minùs quantum ad caput ſucceſſorij edicti,quam quod ad cæ- 15
tera. Relinquitur ergo vt hic † nepos ex filia quæ renuntiauit, omni prorſus auxilio & adiutorio tam ciuilis quàm prætorij iuris deſtituatur,vt & ille, de quo Iuſtinianus *in leg. ſi quis filium* 34. *C. de inoff. teſtament.* in qua ſpecie nec aliud quicquam erat quod tam noceret nepoti quàm quod pater eius idémque filius teſtator, quamuis exheredatus ſuperuixerat, atque ita fecerat, ne vlla nepotis haberi ratio poſſet ad ſuccedendum auo, ſiue contra teſtamentum vellet ſuccedere, ſiue ab inteſtato, ſiue tanquam nepos, ſiue tanquam agnatus cognatuſue, & *in l. ſcripto* 7. *D. vnde liber.* Et ſicuti neceſſaria fuit illa Iuſtiniani conſtitutio vt nepoti ex filio exheredato ſuperſtiti ſubueniretur, cui neque lex Velleia, neque aliud vllum antiquæ iuſprudentiæ remedium ſubueniebat, ita & in propoſito caſu ſi quis velit fauere nepoti ex filia quæ renuntiauit, vt aliis ſaltem nepotibus deficientibus, præferatur agnatus,hunc neceſſe eſt implorare aliquam nouam Imperatoris conſtitutionem, quæ nominatim ius hoc inducat, quia ceſſantibus cæteris omnibus Iuſtiniani conſtitutionibus, ſolum prætoris edictum ſucceſſorium eſt quod huic nepoti fauere poſſit. Quod ipſum tamen ideò ei fauere non poteſt, quia cùm ſit ille cognatus tantùm,non agnatus, prætor agnatos etiam remotiores cognatis omnibus quamuis proximiore gradu conſtitutis,anteponit. *l. patruo.* 7. *l. in ſucceſſione* 6. *C. de legat. hered.* Idem namque eueniret etiamſi filia hæc quam ponimus renuntiaſſe, excluſa eſſet à ſucceſſione, non per renuntiationem factam viuo patre, ſed & per abſtenſionem, adéoque repudiationem, non dicam hereditatis,quam repudiare ſui heredes non poſſunt, ſed bonorum poſſeſſionis, vt loquitur *Vlp. in l. 2. in princip. D. vnde legit.* Sui enim heredes † ita demum obſtant agnatis etiam poſt 16
bonorum poſſeſſionem repudiatam, ne poſſint agnati bonorum poſſeſſionem accipere Vnde agnati, ſi repudiauerint bonorum poſſeſſionem non ſimpliciter, ſed ſpecialiter illam quæ defertur ex capite Vnde liberi *d. l. 2. l. 1. qui ſemel. D. de ſucceſſ. edict.* At nepotibus ſemper obſtant, ne poſſint vnquam venire aut Vnde liberi, aut Vnde agnati,ſed tantùm poſt agnatos,Vnde cognati,vt ſcribemus latiùs Decade ſequente. Nunquam enim prætor ex eodem edicti capite bonorum poſſeſſionem diuerſis gradibus, diuerſiſque temporibus defert, quoniam vnuſcuiuſque capitis poteſtas conſumitur vnica,eáque prima delatione, *d. §. placebat, l. 1. §. ſed videndum. D. de ſucceſſor. edict.* Atqui bonorum poſſeſſio Vnde liberi ex edicto defertur filiæ quæ renuntiauit, eamque poteſt agnoſcere filia,quamuis non cum re & effectu, propter renuntiationem. Eſtque hic ſingularis † 17
caſus,& prætoribus antiquis incognitus,in quo bonorum poſſeſſio ab inteſtato agnita poteſt eſſe ſine re; quod olim ſpeciale ac proprium ius erat bonorum poſſeſſionis ſecundùm tabulas,vt *Vlpian. in fragment. ſcribit tit. De bonor. poſſ.* Cùm ergo in caſu noſtro filia obſtet nepoti,ne poſſit ei deferri bonorum poſſeſſio Vnde liberi: nec ipſius poſſit ſequens locum habere, quæ defertur Vnde legitimi, neceſſariò fit, vt non poſſit hic nepos ſuccedere niſi ex capite Vnde cognati: cùm non ſit legitimus, & conſequenter nonniſi poſt legitimos inſpecto prætoris edicto. Sed ſi poneres agi de ſucceſſione auiæ, † cui filia quæ renuntiauit, ſua heres eſſe 18
non potuiſſet,nec enim fœminæ habent ſuos hæredes, *leg. nulla. 13. D. De ſuis & legit. l. 4. §. ad teſtam. D. de bonor. poſſ. contra tabul.* aliud dicendum eſſet: ſola enim filiæ ſuperexiſtentia non noceret nepoti,quominus poſſet auiæ ſiue paternæ ſiue maternæ ſuccedere, ſiue excluſa filia eſſet à ſucceſſione inteſtati per renuntiationem iuratam, ſiue per repudiationem, & quidem tanquam nepos quia ſola hereditatis delatio primo liberorum gradui facta, nunquam ſequentes excludit quominùs admitti poſſint etiam ex eodem capite, *l. 5. §. vlt. D. vnd. lib.* Nec enim pragmaticis † aſſentior, qui 19
putát filiam quæ renuntiauit(excipio ſemper illum caſum quo ſit ſua heres) pro ea haberi quæ ſucceſſerit,ſibique acquiſitam ſucceſſionem in eos tranſtulerit,quorum fauore renuntiauerit quaſi celeritate coniungendarum actionum vnà occulteiur: vt in *l. 3. §. pen. D. de donat. int. vir. & vxor.* Imo verò habenda filia eſt pro abſtinente,non pro cedente,ſi ſit ſua hæres: ſi verò extranea, pro repudiante, non pro ſuccedente, non magis quàm pro mortua,quia renuntiatio, quæ in ſua hærede nec delationem nec acquiſitionem impedire poteſt,ſed tantummodò effectum acquiſitionis, ea impedit acquiſitionem in extranea: licèt non impediat delationem; & ita faciat vt nihil ſit,quod filia,quæ renuntiauit,alteri cedere vel ceſſiſſe videri poſſit. Planè ſi cum hoc nepote non alij nepotes concurrerent,quam qui ſuſcepti eſſent ex filiabus quæ ſimiliter renuntiaſſent, nullis agnatis exiſtentibus,non dubitarem quin poſſent auo materno ſuccedere ex edicti ſucceſſorij, & prætorij poteſtate; quam nihil eo caſu impediret. Abſurdum enim eſſet iis præferri fiſcum, ſiquidem etſi agnati non ſunt, tamen ſunt ſaltem cognati, & conſequenter ex cognatorum ordine admittendi. Quemadmodum ſi poneremus ſuſceptos eos fuiſſe ex filio,qui renuntiaſſet, ſimiliter admitti deberent nullis agnatis extantibus,non tanquam agnati, *d. l. ſcripto*, ſed tanquam cognati. Eſt enim cognationis nomen generale,ad eos omnes pertinens,qui aliquo ſanguinis vinculo coniunguntur, ſiue per maſculum,ſiue per fœminam, *l. pen. D. vnde leg. l. 1. §. ſi ſit conſanguinea. D. ad SC. Tertyll.* Dixi nullis agnatis extantibus, quia ſi agnati eſſent, eos præferri oporteret nepotibus in ſucceſſione aui paterni, *d. l. ſcripto.* De quo tamen videnda ſunt, quæ latius ſcribemus in errorem 8. & ſequentes Decadis proximæ.

ERROR

ERROR VIII.

De nepote ex filia, an contineatur in conditione, Si sine liberis masculis ad excludendum substitutum.

SVMMARIA.

1 *Nepos ex filia an contineatur in conditione substitutionis, si sine liberis masculis heres decesserit.*
2 *Ratiocinatio pragmaticorum vt probent neporem ex filia in conditione positum non esse.*
3 *Distinctio Guid. Pap. quà satisfacit quæstioni.*
4 *Limitatio Guid. Pap.*
5 *Filia vel nepte instituta vel substituta testatorem de agnatione conseruanda non cogitasse manifestum.*
6 *Testator qui bona extra familiam alienari probibuit censetur neporem ex filia excluſisse.*
7 *Neporem ex filia in conditione contineri aduersus pragmaticos.*
8 *Non esse absurdum vt plus iuris habeat nepos ex filia, quàm ipsa filia.*
9 *Testator qui in fideicommissi conditione posuit liberos masculos non tam ad iura familiæ respexit, quàm masculino sexui fauere voluit.*
10 *Sententia l. cùm pater 77. §. cùm inter. D. de legat. 2.*
11 *Etiamsi testator habuerit rationem agnationis, filia tamen cum masculis admittenda erit.*
12 *Etiamsi filia fuerit excluſa, non tamen excludendus nepos, si in hoc cesset ratio excluſionis.*
13 *Cum de excluſione personæ quæritur quid potissimùm spectandum.*
14 *Ita concepta conditione, si sine filiis masculis, an excludatur nepos ex filia.*
15 *Nepoti ex filia in specie proposita non nocet, etiamsi appareat testatorem voluisse bona hereditaria in familia conseruari.*
16 *Minus est propositum esse in conditione quàm in dispositione.*
17 *Liberi positi in conditione licet sint masculi ex masculo non censentur vocati.*
18 *Nepos ex filia excludit fideicommissarium vocatum sub hac conditione* si sine liberis masculis heres decesserit.
19 *Positus in conditione quandin plus habeat iuris quàm positus in dispositione.*
20 *Quatenus vtilis quæstio an nepos ex filia sit positus in conditione substitutionis.*
21 *Fideicommissorum gradualium, quorum primum est conditionale natura.*

POstquam de nepote ex filia dicere cœpimus, An pro excluſo haberi debeat quoties filia ipſa eadémque mater excluſa fuit per ſtatutum aut per renuntiationem: Hanc quoque quæſtionem ſubnectere viſum eſt, quæ in foro frequentiſſima, magnas apud noſtros patitur difficultates, † ſi quis heredi inſtituto ſubſtituerit per fideicommiſſum ſub ea conditione *ſi heres ſine liberis maſculis deceſſerit*, An nepos ex filia in conditione poſitus cenſeatur ad excluſionem ſubſtituti perinde acſi ex filio nepos eſſet. In qua ſpecie dubitationem illud facit quòd quamuis verba conditionis huic nepoti videantur conuenire, ſi quidem verum eſt eſſe illum ex liberis, *l. 1. C. de condic. inſert. l. liberorum* 220. *De verb. ſignific.* & maſculum, ac proinde ex liberis maſculis, voluntas tamen teſtatoris repugnare videtur, quæ potiſſimùm in conditionibus interpretandis ſpectanda eſt, *l. in conditionibus* 19. *D. de condit. & demonſtr.* Teſtator enim † cùm maſculos in conditione poſuit, aperte fœminas excluſit, ſiue perſona ſubſtituti ſit ex liberis, ſiue extranea. Quid enim attinebat loqui de maſculis, ſi eandem maſculorum & fœminarum rationem eſſe teſtator volebat? vt bene noſtri ratiocinantur poſt Bart. & Socin. ad *l. cum anus* 102. *D. eod. tit.* Nam quod in quæſtione dictæ *l. cum anus*, placuit Iuſtiniano, *in l. cum acutiſſimi* 30. *C. de fideicomm.* filias quoque perinde ac maſculos facere vt euaneſcat fideicommiſſum, etiam quod purè relictum fuit, quòd nemo credendus ſit alienam ſobolem propriæ anteponere voluiſſe, tunc verè dicitur cùm nulla conditio expreſſa eſt, ſed illa tantùm ſubintelligitur, cuius ſupplendæ primus auctor Papinianus fuit. Non enim talis conditio ſuppletur, *ſi ſine maſculis*, ſed illa ſimplicior & vniuerſalior, *ſi ſine liberis* quæ etiam fœminas comprehendit: quia nec quicquam cauſæ eſt cur in dubio reſtringatur ad maſculos voluntas teſtatoris, qui de maſculis nihil dixit. At cum expreſſa conditio eſt, *ſi ſine liberis maſculis*, ſicuti ceſſat ratio tacitæ vllius conditionis ſubintelligendæ, quoniam expreſſa facit ceſſare tacitam, ita nec voluntatis quæſtionem vllam admittemus cùm nulla ſit ambiguitas in verbis, ex *l. ille aut ille* 25. §. 1. *l. non aliter* 69. *De legat* 3. Porrò non videtur fieri poſſe vt per huiuſmodi conditionem fœminæ excludantur, ne poſſint dici poſitæ in conditione ad ſubſtitutum excludendum: quin maſculi quoque nati ex fœminis æquè excluſi credendi ſint, non ſolùm quòd magis dilecti videri nequeant qui in gradu remotiores ſunt (ſolet enim adfectionis prædo ex graduum & proximitatis ordine æſtimari, *l. omnia* 32. *aliàs. l. cum ita. §. in fideicommiſſo. leg. pero* 69. §. *fratre. de leg.* 2. *l. heredes mei.* 57 §. *vlt. D ad SC. Treb.*) ſed etiam quòd abſurdum videatur, melioris eſſe conditionis nepotes ex filia, quàm filiam ipſam, *arg. l. ſi vina matre. C. de bon. matern.* præſertim cùm officium auierga neporem ex filia, ex officio & pietate patris erga filiam pendeat, *l. dotem* 6. *D. de collat. bonor.* Et ſanè cùm maſculorum conditio non aliam ob cauſam ſoleat eſſe melior conditione fœminarum, quàm quod per maſculos tantùm, non etiam per fœminas familiarum dignitas conſeruari poſſit, quia fœmina quælibet familiæ ſuæ & caput & finis eſt, *l. pronunciatio* 195. §. *vlt. de verb. ſignific.* Nemo non videt eandem ſubeſſe rationem excludendorum neporum ex fœminis, quæ ſubeſt fœminarum excludendarum, quandoquidem non magis per nepotes ex fœminis quàm per fœminas ipſas conſeruari familiæ poſſunt, cùm patris ſui, non aui materni familiam ſequantur, *l. penul. D. de agnoſc. liber.* Atque hæc ſunt quæ contra hunc ex filia nepotem videntur non improbabiliter diſputari poſſe. Solent tamen noſtri † diſtinguere. An teſtator ſanguinis rationem habuerit, an agnationis, vt priore caſu appellatione maſculorum veniant etiam maſculi ex fœminis, poſteriore verò non item. Sic enim Guid. Pap. à pragmaticis noſtris communiter adprobatus quæſt. 612. cuius diſtinctionis non obſcura æquitas & ratio eſſe videtur. Quis enim non fateatur in nepote ex filia continuationem eſſe ſanguinis perinde atque in nepote ex filio, *d. l. 1. C. de condic. inſer. l. iubemus 6. §. penult. C. ad SC. Trebell. d. l. cum acutiſſimi* 30. *C. de fideic.* Aut quid attinet neporem ex filia ideo excludere, quòd per eum conſeruari & propagari agnatio non poſſit, cùm teſtator maiorem ſanguinis rationem habuit, quàm agnationis? Si tamen obſcura ſit † voluntas teſtatoris, vt non ſatis appareat vtrum maluerit, placet noſtris credendum eſſe teſtatorem agnationis conſeruationi magis quàm ſanguini fauere voluiſſe, hoc ipſo quod diſpoſitionem ſuam ad maſculos reſtrinxit, quorum præcipuus in familiis conſeruandis vſus eſt. Idem Guid. Pap. *quæſt.* 133. *poſt Salic. ad d. l. 1. C. de condic. inſert.* Aliud itaque erit † ſi in eo teſtamento filiæ quoque aut neptes inſtitutæ vel ſubſtitutæ proponantur,

proponantur, quòd ex huiusmodi institutionibus & substitutionibus apertissimè colligatur testatorem nihil minùs quam de agnatione conseruanda cogitasse, quippe quam certum sit per fœminas conseruari non posse: nam & vna pars testamenti per aliam declarari & solet & debet, *l. qui filiabus* 17. *De leg.* 1. *l. quæsitum* 12. §. *a cæpe. D. de instruct. & instru. legat.* Econtrario singe
6 testatorem prohibuisse † expressim ne bona sua extra familiam alienarentur, addita etiam prohibitionis ratione quòd ea velit in familia & agnatione sua conseruari. Capietur ex eo coniectura, quòd nepotem ex filia excluium esse voluerit, qui si admitteretur, hoc ipso bona extra familiam alienarentur. Atque ita vulgò nostri & interpretes, & pragmatici ratiocinantur. Mihi tamen, vt dicam quod sentio, durum videtur, & durius
7 sane, quàm vt id facilè possim admittere, † excludi hunc nepotem ex filia ab interpretatione conditionis, ne videatur positus in conditione ad excludendum substitutum, cùm ei omnino conueniant verba conditionis, sicque ex liberis masculis. Nam si testator simpliciter conditionem ita concepisset, *si sine liberis*, nemo dubitaret quin nepos ex filia huiusmodi conditionis verbis contineretur omnimodo, id est, non adhibita illa distinctione, An testator de familia & agnatione conseruanda cogitasset, necne, quoniam verba conditionis essent aperta, in eamque rem textus sunt accommodatissimi, & quos effugere nemo possit in *d. l.* 1. *C. de condit. inseri. d. l. cum acutissimi* 30. *C. de fideic. d. l. iubemus.* § *pen. C. ad Treb.* Quid verò amplius inducere potest adiecta dictio, *masculis*, nisi vt liberos qui se in conditione positos velint dicere ad exclusionem substituti, non tantùm liberos, sed etiam masculos esse oporteat? Atqui nepos hic ex filia, de quo disputamus, & ex liberis est, & masculus. Cùm ergo ei conueniant verba conditionis, quidni obsecro in conditione positus esse intelligetur? Aut quid amplius est in nepote ex filio, vt videri debeat magis fuisse positus in conditione? An forte magis est ex liberis? An magis masculus? At ex masculo est. Fateor, sed cur dictionem *masculis*, simpliciter prolatam, & sui natura aptam comprehendere masculos omnes, etiam ex fœminis progenitos, restringere volumus ad masculos ex masculis susceptos, adscriptum & additum esset, *masculis ex masculis*? An non hoc est non solùm diminare & supplere, sed etiam vim apertam verbis facere? Cur non enim sic loqui testator potuisset si id voluisset? quomodo Iustinianus noster argumentatur *in l. vnic. §. vbi autem versic. sin autem ad deficientis. C. de cad. toll.* Atinquies, † absurdum est plus iuris habere
8 hunc nepotem ex filia, quàm filiam ipsam, quæ per dictionem *masculis* in conditione appositam exclusa fuit ab emolumento conditionis, in eóque minùs iuris eum habere æquum est, quam nepotem ex filio, cùm is qui ex filia est, sit ex persona excluta, non etiam qui ex filio. Verùm respondeo, id verò non esse absurdum, vt plus iuris habeat nepos ex filia quàm filia ipsa, licèt remotior sit in gradu, nec tam arcto sanguinis vinculo coniunctus: quandoquidem filia expressim fuit exclusa propter sexum, cùm ei conuenire nullo modo possit qualitas masculinitatis adiecta in conditione: quæ tamen conuenit nepoti, ineuitis proinde persona clarum est non eandem vigere rationem exclusionis. Nam si replices, Eandem esse rationem exclusionis propterea quòd non magis per hunc nepotem ex filia, quàm per filium
9 ipsam conseruari possit agnatio: Respondebo † testatorem qui in fideicommissi conditione posuit liberos masculos, non tam ad iura sanguinis & familiæ respexisse, quàm masculino sexui fauere voluisse. Fauere, inquam, non in eo vt masculos vocaret, quod per verba conditionalia fieri nec potuisset nec debuisset, sed vt eos substituto præferret, substitutum excludendo: quod multò facilius fieri potuit. Est enim lõgè facilius, vt per alium quis excludatur, quàm vt alius ille admittatur, *l. Lucius* 85. *D. de hered. inst. l. filiusfam.* 114. § *cum quis rogatus, de legat.* 1. *Auth licet. C. de natur. liber.* Et quemadmodum si testator nullam conditionem adscripsisset, hic tamen nepos ex filia substitutum proculdubio excluderet, tametsi testator aliquem fortè ex agnatis substituisset, aut alia ratione voluntatem suam declarasset: quòd agnatos solos admitti vellet, quia coniectura illa pietatis, qua mouetur Papinianus in *d. l. cum auus*, non potest tolli per fauorem agnationis conseruandæ quandiu ei cõiecturæ capiendæ locus aliquis relinquitur, ne impia fiat interpretatio per quam pietatis cõiectura elidatur: ita & multò magis adscripta conditione illa *si sine liberis masculis* potior haberi debet causa huius nepotis ex filia, quàm substituti, quisquis ille sit, cum hoc casu veniat ille non ex tacito iudicio, sed ex voluntate expressa testatoris, nec minus ei conueniant verba cõditionis per testatorem adscriptæ, quàm si ex filio natus esset. Ac ne quis putet nos hac ratione vel autoritate dicere hoc ipsum quod nunc adfirmamus, neporem hunc non eo minùs prælatum in substituto fideicommissario, tametsi testator agnatos solos ad bona sua inuitasset, audiat Papinianũ in *l. cum pater* 77. §. *cum inter. De legat.* 2. † vbi 10
tractans de legato prædiorum liberis relictorum, adiecta expressim prohibitione, Ne de familiæ nomine exirent: cùm quæreretur an ad portionem libertæ, quæ simul cũ cæteris admissa fuerat, tanquam quæ non minùs de nomine ac familia patroni esset, quàm liberti masculi, eiusdem libertæ filius post matris mortẽ admittendus esset, an verò ad cæteros libertos ea portio redire deberet. Respondet Papinianus pro libertæ filio contra libertos cæteros, An quòd non exeat de familia libertorum portio quæ remanet penes filium libertæ? Exit sanè, quia, vt iam suprà diximus, filius ille patris sui non matris familiam sequitur. An potiùs quòd ex prohibitione illa per testatorem facta ne prædia de nomine familiæ exirent, fideicommissum induci non debeat, si contingat partem aliquam de nomine exire? At ne hoc quidẽ dici potest: Certum namque est eiusmodi verbis fideicommissarium induci saltem in casum contrauentionis, vt plutibus à nobis disputatum est lib. 14. Coniect. Nihil ergo est ex quo Papinianus moueri potuerit, nisi ex eo quòd in illa specie liberta sit ex earum personarum numero, quæ ad legatum fuerunt inuitatæ, cùm sit de nomine & familia libertorum. Portionem verò matri delatam auferri eius filio post matris mortem inhumanum certè esset, cùm non possit videri alienum à voluntate testatoris quod & naturæ & matris voto congruebat, vt mater filium siue ex testamento, siue ab intestato heredem haberet in portione quam sibi viuens ipsa quæsiuisset. In proposito igitur similiter dicẽdum est, † Etiãsi 11
testator agnationis non masculinitatis rationem haberi expressim voluisset, (quod tamen in dubio præsumendum esse nego, etiamsi testator masculos solos in conditione posuerit, cùm credibile sit maiorem ab eo habitam fuisse rationem sexus & sanguinis, quàm agnationis) non eò minus tamen futurum vt filia cum masculis admitti deberet, vocatáque intelligi, ac tantò magis posita in conditione, quia nec minùs fœminæ quàm masculi sunt de nomine & familia patris. Vnde est quod non minùs quàm masculi & agnatæ sunt, & agnatos habẽt, *l.* 1. §. 1. *D. vnd. leg.* Quidni ergo & in filio ex ipsa suscepto, hac parte idem iuris erit vt retineat delatam matri portionem? Etsi enim diuersa in eo est conditio nepotis ex filia. & filiæ quòd non sicut filia ipsa, ita & nepos ex filia est de numero agnatorum, ad ipsius tamen filiæ fauorem & ius pertinet, vt non deterior sit causa neporis, quàm futura esset filiæ, si semper viueret, quia & in liberis nostris, siue masculi sint, siue fœminæ, semper viuere existimamur, *d. l. liberorum ad fin.* Quòd si natus ex filia tum quoque admittendus est, cùm in eius tamen persona subest ratio aliqua ad eum excludẽdum, quæ in persona matris locum non habuit, vt *in d. §. cum inter,*

12 *inter*. quantò minùs debebit †nocere huic nepoti de quo agimus, quòd natus sit ex filia, quamuis filia ipsa fuerit excluſa, ſi ratio excluſionis, quæ habuit locum in perſona filiæ, nullum ſibi locum vindicet, in perſona nepotis? Eſt enim longè fauorabilior nepos ex filia excluſa, in quo tamen eadem ratio excluſionis locum non habeat, quàm ex filia iam admiſſa, nepos, cuius excludendi ratio aliqua ſit, quæ matrem ipſam excludere non
13 debuerit. Cùm enim de excluſione quæritur, †illud præcipuè & ante omnia ſpectandum eſt, an ratio excluſionis locum habeat necne, præſertim verò cùm agitur de excludendo eo qui pro ſe habet proprietatem verborum. Atqui in ea ſpecie, de qua tractamus, non excluditur filia, quòd non ſit agnata, ſed quia fœmina eſt, non maſculus: quæ ratio in nepote ex filia locum non habet, quippe qui licèt agnatus non ſit, tamen maſculus eſt, atque ita pertinens ad verba ſenſúmque conditionis quæ de maſculis concepta proponitur, non de agnatis. Non ergo ferẽdum eſt, vt videatur excluſus ob id ſolùm quòd ſit filia excluſa. Tunc namque abſurdum eſt melioris conditionis eſſe nepotem ex filia, quam filiam ipſam, cum cætera ſunt paria, id eſt, cùm eadem excluſionis ratio in vtriuſque perſona locum habet, nec magis dilectus fuit nepos, quàm filia: quorum neutrum hîc contigit. Excluſit enim teſtator fœminas, non maſculos: dilexit verò maſculos, non fœminas Excluſit igitur filiam, non nepotem: dilexit verò nepotẽ ex filia magis quàm filiam, non quaſi nepotem dumtaxat, ſed quaſi maſculum. Conſequenter nihil prohibet quominus hic ex filia etiam excluſa nepos eodem iure cẽſeatur, quo cæteri maſculi, ſiue poſiti ſint maſculi in conditione, ſiue in diſpoſitione. Maximè cùm non ex capite matris ſuæ admittatur, & tanquam eius ſiue gradum ſiue perſonam repræſentans, ſed ex propria perſona, id eſt, tanquam cui ex proprio capite conueniant verba conditionis, cùm
14 ſit & ex liberis & maſculus. Eſſet probabilior † opinio interpretum, ſi poneres ita conceptam fuiſſe conditionem, *ſi ſine maſculis*. Etſi enim filij appellatione omnes liberi intelliguntur, *l. filij* 84. *De verb. ſign.* id tamen non ſemper fit, ſed ſæpe, vt ait Calliſtratus *in d. l. liberorum* §. 1. puta ex præſumpta voluntate teſtatoris & intuitu pietatis, vt in ſpecie *l. vxorem* 41. §. *concubinæ. iunct.* §. *codicillis* 2. *De legat.* 3. Cùm autem ſit, non ex proprietate ſermonis ſit, aliter enim filij, aliter nepotes appellantur, *l. quid ſi nepotis* 6. *D. de teſt. tutel. l. ſed & milites.* 8. *verſ. hæc autem. D. de excuſ. tutor.* ſed ex iuſta interpretatione, quomodo & patris nomine auum quoque aliquando demonſtramus, *l. iuſta interpretatione* 201. *De verb. ſign.* Cui iuſtæ interpretationi non alium locum facit, quàm quòd nepos locum parentis ſubintret, eadémque propemodum cum ipſo perſona eſſe exiſtimetur, *d. l. liberorum*. Quomodo enim poſſet nepos habere filij nomen, quin habenda neceſſariò ſit ratio eius perſonæ, per quã auo coniungitur? Inde verò fit vt concepta diſpoſitione vel conditione de filiis maſculis ſicut fœminæ omnes excluduntur, ita & nepotes ex filia excluſi videantur, tanquam qui non poſſint venire ſub nomine filiorum, niſi ex perſona matris quæ ex filiorum numero fuit, & quæ tamen excluſa fuit à conditione aut diſpoſitione propter adiectam qualitatem maſculorum. At cùm de liberis maſculis expreſsè actum eſt, nihil aliud inquiri oportet, niſi an & liberi & maſculi ſint ij, qui cum aliis & liberis & maſculis, ſi qui ſint, aut etiã ſoli, ſi ſoli ſint, admitti volunt, non etiam vtrum ex maſculo, an ex fœmina progeniti ſint, cùm veniant ex proprio capite, & ex propria perſona. Nihilne ergo huic nepoti
15 nocebit, † quòd ex aliis partibus teſtamenti appareat teſtatoris voluntatem eam fuiſſe, vt bona hereditaria in familia conſeruarentur? Per eum ſiquidem conſeruari non poſſe certum eſt. Nihil penitus. Non enim ſufficit ad excludendas in perpetuum perſonas, per quas bona in agnatione conſeruari nequeant, quòd aut non ſint ex agnatione, aut ſint quidem, ſed tales, quæ agnationem prorogare non poſſint, niſi etiam expreſſis verbis eiuſmodi perſonæ ſuccedere prohibeantur, inducto fideicommiſſo perpetuo in aliorum fauorem, per quos agnatio conſeruari poſſit. Sola namque voluntas excludendi cognatos non vocat agnatos, quia nec ſola voluntas illa vocandi agnatos facere poſſet, vt admitti deberent, ſi non eſſent vocati. Nec rurſus quicquam verat vocatos eſſe & inſtitutos ſubſtitutóſque eos ſolos per quos familia conſeruari poſſit, & tamen in conditione poſitos etiam eſſe cæteros, puta fœminas, & ex fœminis deſcendentes. Cùm enim multò minùs ſit poſitum eſſe in conditione, quàm poſitum eſſe in diſpoſitione, non erit bona conſequutio, ſi quis dicat, Vocati ſunt ij tantùm 16
per quos familia conſeruari poteſt. Ergo maſculi nepotes ex filia non ſunt poſiti in conditione. Siquidem cui denegatur quod plus eſt, non continuò denegari debet quod eſt minus. Prudénſque conſilium teſtantis illud eſt, quod laudat Scæuola *in l. Lucius* 85. *de hered. inſtit.* cùm alios vocat ſub conditione, alios verò in conditione ponit, non vt eos vocet, ſed vt eos præferat fideicommiſſario ab inteſtato, ſi tales ſint qui ſuccedere poſſint ab inteſtato, aut vt ei quem fideicommiſſo grauauit liberam relinquat facultatem de iis bonis teſtandi in fauorem ſiue eorum ipſorum qui in conditione poſiti ſunt, ſiue alterius cuiuſlibet, quod vtique fieri non poſſet, ſi nemine in conditione poſito, vel purum fuiſſet fideicommiſſum, vel fideicommiſſi conditio extiſſet. Et verò quid attinet in conditione interpretanda, in qua poſiti ſunt liberi maſculi, illud inſpicere: An poſſint ex ipſo teſtamento ſuccedere tanquam vocati, cùm
† nec ſi eſſent maſculi ex maſculo, vocati tamen dici 17
poſſent, aut ſuccedere ex teſtamento? quippe quos ſupponimus non niſi in conditione poſitos fuiſſe. Iam enim docuimus Decade 26. liberos in conditione poſitos nunquam cenſeri vocatos, nec ſi poſiti ſint ſub nomine & qualitate maſculorum. Et rurſus quid refert an ſuccedant, necne, cùm ſufficiat eos exiſtere & ſuperuiuere ad hoc vt conditio fideicommiſſi deficiat, licèt non ſuccedant, ſiue quia nolint, ſiue quia non poſſint, puta quòd fuerint exheredati, *l. filiusfamilias* 114. §. *cum quis rogatus. de legat.* 1. Igitur etiamſi verum eſſet neporem ex filia non poſſe ſuccedere ei qui bona ſua noluiſſet ad alios peruenire, quàm per quos poſſint conſeruari in familia & agnatione, non eo minùs † tamen verum eſſet excludi ſi fideicommiſſarium 18
qui non fuit vocatus niſi ſub ea conditione, *ſi ſine liberis maſculis*, quandoquidem non deceſſit ſine liberis maſculis qui maſculum nepotem ex filia reliquit. Eo autem nepote excluſo, ſi tam aperta eſſet voluntas teſtatoris in eo excludendo, vt is admitti nullomodo poſſet, puta quòd prohibuiſſet expreſſim teſtator ne bona ſua ad fœminas, aut ad natos ex fœminis vnquam peruenirent, præcepiſſetque in contrarium vt ad proximum quemque ex familia perpetuò deuoluerentur: dicendum eſſet alios vocatos intelligi qui ſint proximiores de nomine familiæ, non autem fideicommiſſarium, etiamſi millies & agnatus, & agnatorum proximus proponeretur, cuius nimirum ius per conditionis defectum extinctum eſſet. Dices, fruſtrà nos in hoc laborare, vt conditione ſic concepta, *ſi ſine liberis maſculis*, neporem ex filia in eo numero eſſe contendamus, ſi nihilomagis futurum eſt vt vnquam admittatur, quomodo ſolemus dicere fruſtrà eſſe vt aliis partem faciat is qui ad partem ipſe admitti nunquam poteſt, *leg. ſi poſt mortem* 10. §. *liberi. de bonor. poſſeſſor. contr. tabul.* ſed reſpondeo non eſſe iſta ſimilia. Plus enim iuris habet hac parte, † id eſt, ad 19
fideicommiſſarium conditionalem excludendum, is qui poſitus eſt in conditione tantùm, quàm qui poſitus eſt in diſpoſitione, ſi ex ea diſpoſitione admitti nunquam poſſit. Nam qui admitti nunquam poteſt,

ci

ei ratio nulla eſt cur faueamus vt partem cæteris faciat. At is qui in conditione poſitus eſt, etiamſi non poſſit admitti, non eo minùs nocet vt faciat deficere conditionem, non tam quòd fauore vllo dignus ſit, quàm poteſtate conditionis adſcriptæ, quæ non poteſt defecille quin tota conditionalis diſpoſitio euanuerit. Proinde ſi
20 nepoti ipſi ex filia inutilis eſt quæſtio, † An in conditione poſitus fuerit nécne, vtilis tamen eſt propter alios qui excluſo nepote poſſent admitti, ſiue tanquam proximiores, ſiue tanquam remotiores agnati, ſi fideicommiſſarius non admitteretur: ſed & nepoti ipſi poteſt eſſe vtilis, ſi fortè alij nulli ſint, qui excluſo huiuſmodi fideicommiſſario admitti poſſint, ſiue quòd alius ex agnatione ſuperſit nemo, quòd omnes quotquot ſunt, tanquam remotiores agnati nonnulli poſt fideicommiſſarium vocati ſint ſub ea ipſa conditione, ſub qua & fideicommiſſarius. Quæ ſcilicet tacitè intelligitur repetita in ſequentibus omnibus ſubſtitutionum gradibus, ſi idem fideicommiſſarius alij rogatus ſit reſtituere, & deinceps fideicommiſſi gradus plures ex ordine facti pro-
21 ponantur. Quoties enim † plura fideicommiſſa gradatim facta ſunt, quorum primum conditionale fuit, ſi conditio primi defecerit, omnes ſequentes gradus corruunt tanquam à primo dependentes, etiamſi propriam conditionem noliam habuerunt, vt plurimus tractat Oldradus, conſil. 21. incip. *Thema tale eſt*. Proinde omnibus fideicommiſſorum gradibus per conditionis defectum extinctis, nihil iam impediet quominus hic nepos ex filia poſſit ſuccedere, ſiue ab inteſtato, ſiue ex teſtamento illius qui fideicommiſſo fuerat onoratus: cùm tamen ſi conditio fideicommiſſi non defeciſſet, vtique nepos hic non ſolùm ab inteſtato in bonis fideicommiſſis ſuccedere nunquam potuiſſet, ſed neque ex teſtamento, à quo tamen quis repellatur, ob id ſolùm quòd ſit nepos ex filia, plane inauditum & abſurdum eſt.

ERROR IX.

Si teſtator in concipienda conditione. Si ſine liberis maſculis, *addiderit* ex ſuo, *aut* ex proprio corpore natis.

SVMMARIA.

1 *Num conditio ita concepta*, Si ſine filiis ex ſuo corpore natis deceſſerit *excludat nepotem ex filio aut filia.*
2 *Ratio Baldi & ſectatorum nepotem non excludi autumantium.*
3 *Ratio Guid. Pap. nepotem excludi affirmantis.*
4 *Diſtinctio in propoſita controuerſia à quibuſdam allata.*
5 *Reiectio diſtinctionis.*
6 *Autoris ſententia.*
7 *Si conditio concepta ſit de filiis nepotem non contineri aduerſus Baldum.*
8 *Si conditio concepta ſit de liberis nepotem contineri aduerſus Guid. Pap.*
9 *Ratio cur teſtatores his verbis conditionalibus vti ſoleant*, Si deceſſerit ſine libetis ex proprio corpore procreatis.
10 *Voluntas teſtatoris maximè ſequenda in conditionibus interpretandis.*

1 HAbet hæc quæſtio † diſſentientes interpretes & pragmaticos; nam enim *ad l. 1. n. 3. C. de condic. inſert.* ſtatuit conditionem ita conceptam, *ſi ſine filiis ex ſuo corpore natis deceſſerit*, non excludere nepotem ex filia. Quam ſententiam ſequitur Salicetus ad Authenticam, *Sed ſiquis. C. de ſecund. nupt. Roman. conſ.* 148. *Corn. conſ.* 17. *vol.* 4. † ratione illa, quòd licèt dictio *ex* ſoleat denotare cauſam proximam & immediatam, tamen in nepote eſt ſanguinis continuatio, & immediate dicitur eſſe quicquid per rerum naturam continuatione eſt vnum & idem. At Guido Papius quæſt. 353. contrà putat, ob eam adiectionem *ex ſuo corpore* non poſſe nepotem contineri, nec ſi conditio concepta ſit de liberis, non de filiis. Mouetur † ex eo, quòd licèt in nepote ſit continuatio ſanguinis, 3
non tamen propterea ſequitur nepotem ex filio fuiſſe procreatum ex proprio corpore aui ſui, cùm aliud ſit corpus aui, aliud verò corpus eius filij, & conditio in ſignificato proprio debet impleri, *l. qui heredi* 44. *l. Mauius* 55. *D. de conditione & demonſtratione*, & quia, inquit, à diuerſitate corporum ſequitur diuerſitas animorum, *cap. quia diuerſitatem, vbi gloſſ. in verb. corporum. Ext. de conceſſione prab.* addit omnia verba ſic eſſe interpretanda, præſertim in conditionibus vt aliquid operentur, *l. ſi quando* 109. *de legat.* 1. *l.* 4. *D. de reſtr.* At dictio illa *proprio* nihil operaretur, ſi non intelligeretur de primis & immediatis liberis, vt quemadmodum teſtator, cùm in conditione ponit maſculos, hoc ipſo excludit fœminas, *l. cùm ita legatum* 63. *de conditione & demonſtratione, cap. Raynaldus. iunct. gl. ſup. verb. maſcul. Extr. de teſt.* ita cùm adiicit *ex ſuo corpore*, nepotes excludat, etiam ex maſculis procreatos, qui alioquin liberorum appellatione continerentur, *l. liberorum* 220. *de verb. ſignific.* præſertim verò ſi ſubſtituta ſit per fideicommiſſum perſona aliqua ex iis quæ teſtatori fuerint dilectiores, puta ex filiis aut filiabus primi gradus. Nam nec nouum eſt, vt propter fauorem perſonæ ſubſtituti excludatur aliquis à ſucceſſione, qui, ſi alius ſubſtitutus eſſet, qui minùs dilectus fuiſſet, non excluderetur, vt in ſpecie *l. vlt. C. de inſtit. & ſubſtit. l. precibus* 8. *C. de impub. & aliis ſubſtit.* id eſt, ſi mater velit admitti ad ſucceſſionem impuberis filij vigore ſubſtitutionis pupillaris tacitæ contra eiuſdem pupilli fratrem, qui fuerit ſubſtitutus. Alij verò ſunt, † qui diſtingunt an teſtator dixerit 4
ex ſuo corpore, an *ex proprio corpore*, vt priore caſu procedat opinio Baldi, poſteriore verò non item, Quali † verò ſit alia vis eorum verborum *ex proprio corpore*, quàm 5
illorum *ex ſuo*, ad nepotes excludendos. Et ſanè Baldus concipit quæſtionem ſub illis verbis *ex ſuo corpore*, Guido autem Papius ſub illis *ex proprio*, mouetúrque ex eo maximè, quòd ſignificatum huius verbi *proprio* ſe habeat immediatè reſpectu corporis filiorum qui heredes fuerunt inſtituti. Et citat textum quem dicit ſatis expreſſum in cap. *nulli* in verb. *proprio iuramento*, & in cap. *vt circa. §. fin. de elect. lib. 9. cum notat. per gloſ. in l. 1. §. qui mandatum in verb. proprium. D. de offic. eius cui mandat. eſt iuriſd.* Sed tamen videtur verbalis hæc differentia: nec minùs ſignificat *proprium corpus* qui dicit *ſuum*, quàm *ſuum* qui dicit *proprium*, ideóque Guid. Pap. non negat ſe contra Baldum ſentire, quamuis apud Baldum concepta eſſet quæſtio de conditione in qua ſcriptum extat *ex ſuo corpore*, vt & ratio Baldi, ſi vera eſt, concludit, non minùs vno caſu quàm alio admittendum eſſe nepotem. Nam cum ea verba *ex proprio corpore*, non aliam vim maiorem habere poſſint, quàm vt ad eos liberos conditio coarctetur, qui proprie & immediatè ſint liberi, contendit Baldus etiam nepotes eſſe immediatè liberos ex corpore aui, quia ſunt continuatinè. Dicam † 6
quod ſentio. Neque Baldus, neque Guido Papius videtur dixiſſe quod oportuit, ſed aliter atque aliter quæſtionem concepiſſe, vtrumque verò ad propoſitam quæſtionem tam malè reſpondiſſe, vt in quæſtione Baldi malim ſentire cum Guidone Papio, in quæſtione verò Guidonis cum Baldo. Tractat Baldus eum caſum quo conditio ſit concepta non de liberis, ſed de *filiis ex ſuo corpore natis*. Papius verò illum, quo ſit concepta de liberis, non de filiis, ſi filiorum mentio facta ſit, † non 7

liberorum, non puto verum esse quod vult Baldus, nepotem siue ex filio, siue ex filia posse huiusmodi appellatione contineri, quia licèt filij appellatione etiam nepos intelligatur *l. filij* 84. *de verb. signific.* id tamen non nisi per interpretationem, quæ tametsi iusta dicatur in *l. iusta interpretatione* 201. *eod.* nullus tamen ei locus relinquitur, cùm testator adiecit ea verba *ex proprio corpore*, quia nemo certè probabiliter dixerit, nepotem esse filium ex proprio corpore procreatum. Alioqui non video qua ratione possimus filium primi gradus à nepote isto distinguere. Quomodo enim possit apertiùs exprimi filius primi gradus, quàm si dicatur filius ex proprio corpore procreatus? Nec quòd in hoc nepote sit continuatio sanguinis, vt Baldus loquitur, ad rem facit: nisi ex eo velis inferre nihil planè inter filium & nepotem interesse: quod tamen admitti non potest quin fiat fœda confusio & nominum & personarum. Itaque in hac specie pro Guidone Papio contra Baldum sentio: & multò magis si ponas tractari de nepote ex filia, & ita conceptam esse conditionem, *si sine filiis masculis ex proprio corpore natis*: difficilius enim est vt nepos dicatur natus ex proprio corpore aui masculus, per mediam personam quæ non masculus fuit, sed fœmina. Sed si te-
8 stator † conditionem conceperit sub nomine liberorum, contra puto, nec dubito quin vera sit Baldi sententia, vt nepos hoc casu in conditione positus esse intelligatur. Nulla enim opus est interpretatione, vt appellatione liberorum nepotes comprehendantur, cùm id fiat ex proprietate sermonis, nec in alio laborandum est pro hoc nepote, nisi in eo vt ostendatur, reliqua illa conditionis verba *ex proprio corpore procreatis*, non esse posita ad ipsius exclusionem. Quod facile est animaduertere, siue vim eorum verborum spectemus, siue rationem qua moueri prudens testator potest, vt ita concipiat conditionem. Nam si ad vim verborum attendimus, quid est obsecro, cur non videri debeant dicique possint nepotes ex aui corpore procreati? An verò hoc difficilius est, quàm vt dicamus non decessisse sine liberis eum, qui nepotem ex filio reliquit? Nam cùm liberos sola procreatio faciat, quomodo fieri potest, vt quis liberos relinquat, quos non procreauerit? aut vt dicatur procreasse quidem, sed non ex proprio corpore? Itaque dic quantum voles cum Guidone Papio nepotem meum ex filio non esse procreatum ex proprio meo corpore, sed ex proprio corpore filij mei: & aliud esse corpus filij mei, aliud verò corpus meum. Adde quòd nostri iactitant dictionem *ex* denotare proximam & immediatam causam, *l. eo tempore* 50. §. *vlt. de pecul.* nunquam tamen assequeris, vt sic propriè & verè in numero eorum liberorum, quin admittas esse illum verè ex proprio meo corpore procreatum. Alioqui filio meo præmoriente, desineret nepos esse mihi nepos, si non mihi ipsi ex propria persona coniunctus, & ex meo proprio corpore procreatus intelligeretur, cùm filius ipse desinat esse filius, quomodo definit esse viuus. Atqui non eo minus hic nepos remanet nepos, quinimò subintrat locum filij, primumque gradum tenere incipit, quod tamen non video quomodo fieri possit, si non ex aui quoque corpore natus existimetur. Non igitur ei vsque adeò verba conditionis obstant vt liberorum appellatione non contineatur. Quod omnium apertissimè & elegantissimè probat textus *d. l. liberorum, versic. præter hæc*, vbi Callistratus vt probet filiorum appellatione nepotes quoque comprehendi, non aliam meliorem adfert rationem, quàm quòd natura ipsa nos doceat filiorum appellatione contineri omnes qui ex nobis descendunt. Ergo vel falsum est quod aiunt, dictionem *ex* denotare proximam & immediatam causam, vel verum quod volumus etiam *ex me* immediatè procreatum dici nepotem, qui ex filio meo procreatus sit. Id verò fiet apertius,
9 si rationem spectemus, † propter quam solent & debent ita loqui testatores, *si decesserit sine liberis ex proprio corpore procreatis.* Nimirum id agunt quantum possunt, vt non alios liberos ponant in conditione, quàm qui verè ac naturaliter sint liberi ad differentiam & exclusionem eorum qui sint legitimi tantùm, & ciuiles, puta adoptiui, ne sit in potestate heredis grauati adoptionis commento fideicommissum extinguere, vt Papinianus loquitur *in l. fideicommissum* 76. *de cond. & demonstr. l. si ita quis* 51. §. *vlt. De leg.* 2. Item, quòd maioris momenti & vtilitatis est, ad exclusionem monasterij, quod nostri volunt esse loco filij ad excludendum substitutum *cap. in præsentia. Extr. de probat. iunct. Auth. nisi rogati, vbi Cinus. C. ad SC. Trebell.* Nam & Guido ipse fatetur, fideicommisso relicto sub hac conditione, *si heres decesserit sine liberis ex proprio corpore procreatis*, non posse monasterium facere vt conditio defeciisse videatur, quia neque propriè, neque impropriè, neque verè, neque fictè potest dici monasterium ex proprio monachi corpore procreatum, nec proinde possunt ei conuenire verba conditionis. Cùm ergo quisquis talem conditionem adscribit de liberis adoptiuis, & de monasterio, non de nepotibus excludendis cogitet, possitque ob has causas necessaria esse huiusmodi adiectio, etiamsi maximè id agat testator, vt nepotes non minùs quàm filios ponat in conditione fideicommissi, cur ex ea adiectione occasionem quærere volumus excludendorum nepotum ex masculis procreatorum? *arg. l. si is qui* 13. §. *vlt.* in illis verbis, *potest autem interdum superior scriptura esse necessaria. D. de reb. dub.* An non fortè miseratione, quàm odio dignior est auus, qui filium amisit, superstite nepote, vt quamuis testator eos tantùm liberos in conditione posuerit, qui ex proprio heredis corpore procreari essent, non tamen intelligatur sine liberis ex proprio corpore natis, decessisse is, qui nepotem superstitem reliquit ex amisso filio? Quodnam solatium esse potest amissi filij, qui filios superstites reliquit, nisi vt necdum videatur decessisse qui in liberorum suorum personis adhuc viuere creditur. & per quos non minùs quàm per ipsum filium auus quoque vitam & familiam suam protrahere, sibique diuturnitatis memoriam in æuum relinquere possit, vt Callistratus loquitur in *d. l. liberorum, in fin.* Cur ergo hanc auo iam alioqui satis afflicto afflictionem superaddere volumus, vt quia filium amisit, fideicommissi onus subeat, quamuis superstitem reliquerit ex præmortuo filio nepotem? Melius ergo hac parte Baldus quàm Guido Papius etiam in puncto iuris, si nihil aliud sit quod noceat nepoti, & ex quo possit apparere, testatorem sub nomine liberorum ex proprio instituti corpore procreatorum, nepotem hunc comprehendere noluisse: voluntas † enim testatoris se- 10
quenda est cùm in cæteris omnibus, tum maximè in conditionibus interpretandis, *d. l. in conditionibus* 19. *l. pater Seuerianam* 101. *De condit. & demonstrat.* dummodò ea voluntas non sit commentitia, sed dispositiua, id est, talis quæ ex verbis testamenti, aut aliis, à testatore ipso extra testamentum prolatis concipi possit, *l. Gallus* 29. §. 1. *De lib. & post. l. quidam* 46. *D. de hered. Instit. l. vnic. §. vbi autem. versf. sin autem ad deficientis. C. de caduc. toll.* Idémque cum Baldo sentit Alex. ad §. *vlt. l. ex facto.* 17. *D. ad SC. Trebell. & Socin. consil.* 17. *vol.* 4.

* * *

ERROR

ERROR X.

De conditione, ſi ſine filiis maſculis, poſita in contractu, an nepotem ex filia comprehendat.

SVMMARIA.

1 *Nepos ex filia appellatione maſculorum in vltimis voluntatibus quandoque venit: in contractibus nunquam ex peruulgatâ diſtinctione.*
2 *Guidonis Papij ſententia.*
3 *Doctores intelligendi ſecundum leges quas citant.*
4 *Impugnatio poſtremi membri diſtinctionis ſuprà allata.*
5 *Bartolus emendatur.*
6 *In contractibus etiam ſtricti Iuris locus eſt iuſtæ interpretationi.*
7 *Appellatione filiorum per iuſtam interpretationem continentur nepotes: at ſi liberos dixeris ex proprietate ſermonis continentur nepotes.*
8 *Refutatio primi membri diſtinctionis n. 1. propoſitæ.*
9 *A poſitis in conditione ad poſitos in diſpoſitione aut contrà, quatenus ratiocinatio non procedat.*
10 *Differre in contractibus verba hæc conditionalia, Si ſine filiis maſculis, & ſi ſine liberis maſculis.*
11 *Quæ verba excludant nepotes ex filia.*
12 *Conceptâ conditione aut diſpoſitione de liberis ex linea maſculina deſcendentibus an neptis ex filio contineatur.*
13 *Linea nunquam incipit ab ea perſona cuius linea eſſe dicitur.*
14 *Feuda & emphyteuſes cur largiſſimam recipiant interpretationem.*
15 *Linea maſculina & fœminina diſcrimen.*
16 *Sexus maſculinus fœmininum concipit, non contrà.*
17 *An qui in conditione ſeu diſpoſitione ſolos liberos per lineam maſculinam deſcendentes poſuit, agnationis conſeruandæ rationem habuiſſe videatur.*

DIſtinguimus tractatum hunc à ſuperiore, quia ſunt ex noſtris plerique qui hac parte ſeparant † contractus ab vltimis voluntatibus. In vltimis voluntatibus ſubdiſtinguunt, an teſtator ſolos maſculos inſtituerit & ſubſtituerit, nec vnquam fœminas vocauerit, an verò aliqua teſtamenti parte fœminas quoque, & ex fœminis deſcendentes ad ſucceſſionem ſuam admiſerit: vt poſteriore hoc caſu, non etiam priore, nepos ex filia tanquam maſculus, non minùs quàm ſi eſſet nepos ex filio in conditione poſitus eſſe videatur. Coniectura voluntatis ex eo ſumenda, quòd teſtator ipſe in aliis teſtamenti partibus diſpoſuit. Sed in contractibus indiſtinctè volunt, maſculorum appellatione non venire deſcendentes ex filiabus, maximè quod in contractibus appellatione filiorum non veniãt nepotes, ſecundum Bartolum in *l. liberorum* 220. *De verbor. ſignific.* Ita Ranchinus in apoſtill. ad Guid. Pap. quæſt. 133. poſt Anton. Rubeum Alexandrinum maximi in Italia nominis Iureconſultum & ſubtiliſſimum, iudicio meo, inter ſæculi noſtri Italos ſcriptorem. Videtur † tamen hæc ſententia Guidoni Papio diſplicuiſſe. Nam in dict. quæſt. 133. tractans de donatione, quæ paſſim à noſtris inter contractus adnumeratur. De donatione, inquam, facta filio & liberis eius maſculis, non alia tamen ratione, aut aliis legibus contendit, eiuſmodi liberorum appellatione nepotes ex filia non contineri, quàm iis ipſis quæ in cauſa teſtamenti locum habere poſſent. Citat enim *l. iubemus 6. §. penult. C. ad SC. Trebell. & l. 1. C. de cond. infert.* quæ de teſtamentis, non de contractibus loquuntur. Solent autem noſtri dicere, nec improbabiliter, † Doctores intelligendos ſemper eſſe ſecundum eas leges quas citant. Et ſanè non puto probabilem iſtam contractuum ab vltimis voluntatibus diſtinctionem. Nam quod iſti adferunt ex Bartolo ad *d. l. liberorum*, appellatione † filiorum in contractibus non contineri nepotes, falſum eſt: cùm contractus non minùs quàm teſtamenta interpretationem iuſtam recipiant, ex eo quòd veriſimiliter actum fuit à contrahentibus, *l. ſemper in ſtipulationibus* 34. *De reg. iur.* At quod appellatione filiorum continentur nepotes, fit ex iuſta interpretatione, vt in præcedentibus diſputauimus ex *l. iuſta* 201. *De verb. ſignif.* Non minùs igitur in contractibus quam in teſtamentis ea interpretatio admittenda eſt. Alioqui, quænam obſecro admitti vnquam poſſet, ſi nec ea quæ iuſta eſt admitteretur? Neque verò contra ſentit Bart. qui ad *l liberorum, num.* 8. hoc tantùm ſcribit, ſi in contractu aliquid expreſſum ſit de filiis, & quæratur an intelligi debeat etiam de nepotibus, interpretationem fieri debere contra eum pro quo verba proferuntur, ex regula *leg. veteribus.* 39. *de pact.* in quo ipſo tamen vereor ne † mendoſus ſit Bartolus. Voluit enim, ni fallor, certè debuit ſcribere interpretationem faciendam eſſe contra eum per quem non pro quo verba proferuntur. Siquidem abſurdum eſſet interpretationem verborum fieri contra eum, pro quo appoſita ſunt verba, cùm potiùs cauendum ſit ne quod pro aliquo adiectum eſt, contra ipſum vnquam interpretemur, *arg. leg. nulla.* 25. *D. de legib.* 1. *quod fauore. 6. C. eod. l. in ratione* 11. §. *tameſi. D. ad legem Falcidiam.* Sed vt interpretatio fiat contra eum per quem verba prolata ſunt, quamuis etiam pro ipſo prolata fuerint, non eſt nouum, cùm poſſit ei imputari cur non legem apertiùs dixerit, *d. l. veteribus. iunct. l. Laben.* 12. *D. de contrahenda emptione.* Quamquam nec ita acceptam Bartoli ſententiam puto defendi poſſe. Nunquam enim alterutri ex contrahentibus poteſt imputari, cur non id expreſſerit quod per iuſtam interpretationem pro expreſſo haberi debeat, quippe qui ſciuit ſemper locum fore iuſtæ † interpretationi, quantumuis ſtricti iuris contractus initus proponatur, ac multò magis ſi bonæ fidei contractus ſit, in quo genere contractuum pleniores ſemper, & fauorabiliores fiunt interpretationes. Cùm igitur iuſta interpretatione † contineantur nepotes appellatione filiorum, *d. l. iuſta*, non poteſt obſcura videri, aut ambigua conuentio de filiis concepta, quominus perinde nepotes comprehendere poſſit, ſi aliud nihil obſtet, acſi de liberis concepta eſſet. Nulla enim inter has formulas differentia eſt, niſi quòd liberorum appellatione cõtinentur nepotes ex proprietate ſermonis, appellatione verò filiorum non niſi per iſtam interpretationem. Rurſus nec ea † diſtinctio placere poteſt circa vltimas voluntates, An teſtator maſculos tantùm inſtituerit & ſubſtituerit, an verò aliqua teſtamẽti parte fœminas, aut ex fœminis deſcendentes maſculos admiſerit, vt priore caſu nepos ex filia non intelligatur poſitus in conditione, poſteriore verò caſu, ſexus. Nam vt in præcedentibus diſputauimus non eſt bona ratiocinatio à poſitis † in diſpoſitione ad poſitos in conditione negatiuè, aut contrà, à poſitis in conditione ad poſitos in diſpoſitione affirmatiuè: ſiquidem fieri facile poteſt vt quos teſtator vocare noluit, eos tamen voluerit poncre in conditione ad fideicommiſſarium excludendum, vt poſſent ipſi excluſo fideicommiſſario vel ab inteſtato ſuccedere, vel ex teſtamẽto heredis rogari: qui alioquin, ſi fideicommiſſi conditio non defeciſſet, eos vocare minimè potuiſſet. Mea ſententia eſt, in contractibus † eam ipſam diſtinctionem adhibendam eſſe, quam adhibuimus in vltimis voluntatibus, An ſcilicet conditio concepta ſit his verbis ſpecialibus, *ſi ſine filiis maſculis*, an illis generalioribus, *ſi ſine liberis maſculis*. Priore caſu non puto appellatione filij maſculi cõtineri neporem ex filia, quia ſi contineretur, vtique propter filiam ipſam contineretur, cùm non niſi per filiam auo coniungatur. Atqui non poteſt

poteſt filiã facere vt hic nepos videatur filius maſculus teſtatoris, quandoquidem nec illa ipſa maſculos eſt, vt nec ipſe fœmina. Atque ita Baldus ſentit in *l. ſed ſi hos. §. liberos. de in ius vocand.* Poſteriore autem caſu, appellatione liberorum maſculorum dico poſſe nepotes quoque ex filia contineri, quia licèt æquè verũ ſit coniungi eos auo per filiam, veniunt tamen ex propria perſona, & tanquam liberi, nec in eam rem indigent perſona filiæ vt liberi videantur, & ſint, quomodo indigerent, vt filij eſſe viderentur. Vt enim filij ſint, oportet eos ſaltem per fictionem & interpretationem poni in primo gradu deſcendentium, quod fieri nullo modo poteſt quin eaſdem qualitates habeant, quomodo habent qui ſunt & deſcendentes ex fœmina, & fœminæ, non autem qui ex fœmina nati ſunt maſculi, aut quæ ex maſculo natæ ſunt fœminæ. At vt nepotes ſint liberi, ſufficit quòd ſint ex deſcendentibus, in quocunque tandem ſint gradu, & ideò licèt diſſimilis ſexus ſint, ea res ipſis non obeſt quominus admittantur tanquam liberi maſculi, cùm ſit verum eſſe eos & liberos & maſculos, quamuis ſint ex filia.
11 Itaque ſolent, † debéntque qui eos volunt excludere ponere in conditione, aut in diſpoſitione, non tantùm liberos maſculos, ſed hoc etiam addito, *per lineam maſculinam deſcendentes:* quæ adiectio aperte excludit nepotes ex filia procreatos, ſiue de contractu agatur, ſiue de teſtamento, quia licet nepos ex filia ſit, & ex liberis, & maſculus, non tamen deſcendit per lineam maſculinam, ſed per fœmininam, non quòd fœmina ipſa non ſit in linea maſculina, in qua pater fuit: eſt enim & in linea, & ex linea maſculina, ſed quia in ipſius perſona finẽ accipit linea maſculina, & incipit fœminina: vt proinde verum ſit nepotem ex filia maſculum non deſcendere per lineam maſculinam. Illi namque ſoli per lineam maſculinam deſcendunt, qui nati ſunt ex maſculis, non etiam qui ex fœminis, tametſi in linea maſculina conſtituti. Nullámque poteſt res habere dubitationem, non magis quàm cum teſtator vocauit aut in conditione poſuit ſolos maſculos ex maſculis, ad excluſionem, vt apparet, maſculorum ex fœminis, & fœminarum ex maſculis
12 progenitarum. At finge conceptam † fuiſſe conditionem vel diſpoſitionem de liberis ex linea maſculina deſcendentibus, an neptis ex filio continebitur? Frequens enim huiuſmodi clauſulæ vſus eſt tam in contractibus, præſertim feudalibus & emphyteuticis, quàm in teſtamentis: & quidem nepotem ex filia his verbis non contineri iam diximus, quoniam deſcendit per lineam fœmininam. Sed in nepte ex filio aliud ſanè eſt, quia quamuis ſit illa fœmina non maſculus, negari tamen non poteſt quin deſcendat per lineam maſculinam, nec proinde quin ei verba conueniant, etiam ex proprietate loquẽdi, & citra vllam interpretationem. Filia quidem non eſt in linea maſculina patris ſui, hoc ſenſu, vt per eam linea maſculina patris conſtituatur: ſed neptis ex filio eſt in
13 linea maſculina aui, quia † linea nunquam incipit ab ea perſona cuius linea eſſe dicitur, ſed ab eius perſonæ, aut filio, aut filia, fitq; linea maſculina per filiũ, & fœminina per filiam. Exempli cauſa, ſi de Titij linea maſculina tractemus, non à Titio ipſo inchoanda erit linea, ſed ab ipſius filio, ſi quem habeat maſculum. Ita fiet, vt ipſius filia, ſi qua ſit, non poſſit dici eſſe in linea, aut ex linea maſculina Titij, & tamen in eadem linea maſculina Titij ſit neptis ex filio, quoniam linea maſculina Titij qui filium habuit, à filio incepit, nec defecit, niſi in perſona neptis, ſi ponas Titij filium ſine maſculis & ſola filia ſuperſtite deceſſiſſe. Nihil igitur cauſæ eſt, cur non ſub appellatione liberorum per lineam maſculinam deſcendentium neptis ex filio perinde ac nepos contineatur:
14 maximè verò in emphyteuſibus & feudis, quæ † cùm ſint beneficia, & ad donationis naturam proximè accedant, largiſſimam recipiunt interpretationẽ *cap. cùm dilectus. Extr. de donat.* Sexus enim diuerſitas non mutat qualitatem lineæ, niſi quantum ad perſonas vlteriores gradus exinde procreatas. In quo tamen obſeruandum etiam eſt
15 aliam rationem † eſſe lineæ maſculinæ, aliam fœmininæ. Maſculina enim facilè commutatur in fœmininam, vt in propoſito caſu, cùm ex maſculo naſcitur fœmina. At fœminina nunquam poteſt fieri maſculina, quoniam maſculina neque inchoari, neque perpetuari poteſt niſi per maſculos: fœminina autem & inchoari & perpetuari poteſt, non ſolùm per fœminas, ſed etiam per maſculos ex fœminis natos æquè ac per fœminas. Non enim, ſicut maſculi ex fœminis nati æquipollent fœminis, ita poſſis dicere fœminas ex maſculis natas æquipollere maſculis ad lineam maſculinam perpetuandam. Denique in ſexu maſculino continetur fœmininus eminenter, vt Philoſophi loquuntur: at non ſimiliter è conuerſo dici poteſt, in ſexu fœmineo maſculinum contineri. Vnde quoque
16 eſt quod paſſim apud noſtros ſexus † maſculinus etiam fœmininum concipit, non contrà, *l. ſi ita ſit ſcriptum 45. de leg. 2. l. qui duos. 62. l. ſeruis. 81. de leg. 3. l. 1 l. pronuntiatio. 195. De verb. ſign.* Nec me mouerit ſi quis obiiciat,
17 Poſitis † in conditione vel in diſpoſitione ſolis liberis per lineam maſculinam deſcendentibus, videri habitam fuiſſe rationem agnationis conſeruandæ & perpetuandæ, quæ tamen per neptem ex filio, non magis quàm per nepotem ex filia conſeruari & perpetuari poteſt. Nam illud primùm negandum eſt, habuiſſe rationem agnationis conſeruandæ illum qui in conditione vel diſpoſitione poſuit liberos omnes deſcendentes per lineam maſculinã, nulla facta ſexus, ſed tantùm lineæ differentia. Debuerat enim ſolos maſculos, qui ex maſculis eſſent, vocare & ſub nomine non *liberorum, ſed maſculorum*, ſi id animo agitabat, vt agnatio perpetuaretur. Alioqui errabat, ſi putabat futurum vt appellatione liberorum per lineam maſculinam deſcendentium neptis ex maſculo non contineretur: quomodo in ſpecie, licèt diſſimili, argumentatur Iuriſconſultus in *l. ſi alij 19. D. de vſufr. legat.* Deinde vt maximè cogitauerit de agnatis vocandis, certum eſt etiam neptem ex maſculo eſſe agnatam, cùm ſit de nomine ac familia patris ſui. Cur non ergo cum cæteris agnatis admitteretur, licèt per eam futurum ſit vt bona de nomine exeant? *l. cùm pater 77. §. cùm inter. D. de leg. 2.* Pronepos ſanè ex hac nepte, etiamſi maſculus ſit, non perinde aut in conditione, aut in diſpoſitione poſitus eſſe intelligetur, quia ſecundum ea, quæ diximus, non eſt ex numero deſcendentium per lineam maſculinam, *l. 1. in fin. D. de iur. immun.* Portionem tamen ad quam mater admiſſa iam fuerit retinebit, *d. §. cum inter.* ſcilicet niſi fideicommiſſum purum, ſimplex, & perpetuum familiæ relictum ſit, non autem conditionale in caſum contrauentionis. Quòd ſi tractemus de liberis deſcendentibus per lineam maſculinam, non in diſpoſitione poſitis, ſed in conditione tantùm, erit multò facilius, vt neptis ex filio eiuſmodi liberorum numero contineatur ad excludendum ſubſtitutum, etiamſi ſubſtitutus ſit non tantùm ex agnatis, ſed etiam ex iis perſonis, per quas agnatio conſeruari poteſt, quia ſufficit ad ipſius excluſionem quòd non ſit vocatus niſi ſub conditione ſic concepta, vt dubitari non poſſit quin ea defecerit, ſuperſtite perſona, quam certum ſit contineri appellatione liberorum per lineam maſculinam deſcendentium, quamuis ipſa talis eſſet quæ ad ſucceſſionem admitti nullo modo poſſet: quoniam cùm de conditione quærimus, illud tantùm inſpicimus, an defecerit nécne, id eſt, an ſuperuiuat perſona poſita in conditione, non etiam illud, an ea perſona ſuccedat, an non, vt ſæpiùs ſuprà diximus *ex l. filiusfamilias. 114. §. cùm erit rogatus. De legat. 1. Auth. licèt. C. de natur. liber.*

ANTONII

ANTONII FABRI IC.

Decas Vigesimanona.

ERROR PRIMVS.

De statutis ponentibus filios aut filias in conditione vel in dispositione, an extendantur ad nepotes.

SVMMARIA.

1 *An statuta ponentia filios aut filias in conditione vel dispositione extendantur ad nepotes.*
2 *Statuta non recipiunt extensionem.*
3 *Butrigarius existimat filij appellatione ex proprietate sermonis contineri nepotem.*
4 *Contraria sententia vt verior ab autore comprobatur.*
5 *Ex proprietate sermonis sexus masculinus non concipit fœmininum, sed per interpretationem.*
6 *An statuto* extantibus filiis masculis filia fœmina non succedat, sed dote sit contenta, *contineatur nepos ex filio prædefuncto, itavt filiam excludat.*
7 *Decisio Butrigarij, filiam per nepotem excludi.*
8 *Rationes decidendi, quibus motus est Butrig.*
9 *Statuta quatenus interpretationem extensiuam non recipiant ex Bartoli sententia.*
10 *Quomodo ex autoris sententia statuta extensiuam interpretationem admittant.*
11 *Populi qui iure scripto & Romanorum communi viuuntur cur iis feliciores qui iure consuetudinario seu statutario viuuntur.*
12 *Interdum non est absurdum, vt absurdum aliquod sequatur ex statuto iustam interpretationem non admittente.*
13 *Rationes Bartoli allatæ, n. 8. refutantur.*
14 *Ex statuto, Extantibus filiis masculis filia non succedat, priuilegium aliquod masculis non dari aduersus Bart. & Bald.*
15 *Masculi positi in conditione & dispositione statuti succedunt ex priuilegio statui.*
16 *Masculi positi tantum in conditione statuti succedunt ex iure communi.*
17 *Cùm ei qui ex propria persona virilem tantùm partem habet, nemo partem facit, virilis appellatione totum continetur.*
18 *Priuilegium concessum filio quando transeat ad nepotes ex Baldi placito.*
19 *Ratio Iacobi de Aretio pro nepote contra filiam à Bartolo reprehensa.*
20 *Baldus solet Bartolo in omnibus ferè contradicere.*
21 *Defenditur Bartolus aduersus Baldum.*
22 *An ex præsuppositio statuto neptis ex filio excludat filiam patrisfamilias de cuius hereditate quæritur.*
23 *Sententia Bartoli filiam excludi negantis vt vera defenditur.*
24 *Opinio Baldi excludi filiam affirmantis exercitur.*
25 *Statuta prædicta odio mulierum facta non esse aduersus Baldum.*

NON est ex Doctoribus nostris, præsertim Italis, qui non tractet de huiusmodi † statutis, (sunt enim frequentissima per totam Italiam) per quæ cauetur vt extantibus filiis masculis filia non succedat, sed sit dote contenta: An scilicet tam ex parte filiorum masculorum in conditione positorum, quàm ex parte filiæ positæ in dispositione extendantur ad nepotes. Finge patremfamiliàs, de cuius hereditate agitur, decessisse relicto nepote ex filio masculo prædefuncto: An per hunc nepotem filia quæ dotata fuit excludetur? Finge è contrario decessisse filiam dotatam, relicto masculo, an per filium patrisfamiliàs, eundémque auunculum excludetur hic nepos? Has quæstiones & alias huiusmodi tractat Bart. ad *l. liberorum* 220. *à num.* 12. *vsque ad num.* 27. *de verborum significationibus. Baldus ad l. maximum vitium* 4. *C. de liberis præteritis*, & aliis pleriſque locis. Videntur autem omnes istæ quæstiones in eo potissimùm versari, vt sciatur, an ex propria & stricta significatione vocabuli appellatione filij nepos contineatur, an verò per interpretationem: quoniam certum est in statutis verba propriè & strictè accipienda esse, neque per interpretationem extendenda. Hoc enim est quod solent nostri dicere, † statuta non recipere extensionem. Nec desunt qui putent ex proprietate & natura sermonis nomen filij etiam nepoti conuenire, inter quos olim Iac. Butrigar. quem Bartol. & Baldus referunt supradictis locis, quasi nepos sit pars filij, *arg. l. sed addes* 19. §. *si quis mulierem. D locat. l. cùm scimus. C. de agricol. & censit. lib.* 11. *l. vlt. C. de impub. & aliis substit.* itémque quòd natura nec fingere, nec mentiri sciat, quæ tamen docet nos, apud parentes pios, qui liberorum procreandorum animo & voto vxores ducunt, filiorum appellatione omnes qui ex nobis descendunt contineri. Nec enim dulciore nomine quàm filij possumus nepotes nostros appellare. Etenim idcirco filios filiasve concipimus atque edimus, vt ex eorum earúmve prole diuturnitatis memoriam nobis in æuum relinquamus, vt eleganter Callistratus ait in *d. l. liberorum in fin.* Addunt argumentum ab etymo & alluſione vocabuli: siue enim *filium* dictum velimus à Græco υἱὸς siue à *filo*, quod per eum filum & ordo generationis conseruetur in posteris, vt Bart. scribit *ad d. l. liberorum num.* 2. apparet vtrumque sensum non minùs nepoti quàm filio conuenire, cùm & nepos æquè ametur ac filius, & per eum longiùs quàm per filium ordo generationis extendatur. Contraria tamen † sententia, vt receptior, ita & verior est quam in præcedentibus semper secuti sumus, non nisi per interpretationem fieri, vt filij appellatione contineatur nepos, quamuis ea interpretatio sit iusta, sic enim diserte scribit Iulianus in *l. iusta interpretatione* 201. *de verb signific.* iusta interpretatione recipiendum esse, vt appellatione filij sicuti filiam contineri sæpe respondetur, ita & nepos videatur comprehendi, itémque vt patris nomine auus quoque demonstrari intelligatur. Quid verò scribi potuit apertius? Illa siquidem verba omnia

interpretatione recipiendum, videatur, intelligatur, notæ sunt improprietatis, sicut & comparatio illa de filia familiâs quæ filij appellatione continetur. Nam quod
5 masculinum † concipit fœmininum, non fit ex proprietate sermonis: sed per interpretationem, idcóque non semper fit, sed sæpe, & plerumque, vt scriptum est in *l. pronuntiatio* 195. *in princip. eo. tit. & in l. qui duos* 62. *de legat.* 3. Nec rursus quisquam dixerit patris appellatione auum propriè significari, cùm habeant pater & auus distincta nomina propria, quomodo fieri certè debuit, ne confusis nominibus rerum quoque confusio inducereturr, *l. vlt. D. de legit. tute, l. si idem* 7. *C. de codicill.* Hoc igitur præsuppositio, quæramus iam, Si statuto †
6 caueatur, quòd extantibus filiis masculis filia fœmina non succedat, sed dote sit contenta, & decesserit paterfamiliâs, relicta filia, relicto etiam nepote ex filio prædefuncto, verum nepos ille solus succedet, filia verò in totum excluderur? Si appellatione filiorum masculorum nepotes contineantur, filiam excludi necesse est: admitti verò si non contineantur. Et Iacobus
7 quidem non dubitabat † quin filia excluderetur, cùm pro certo haberet, filij appellatione neporem quoque ex sermonis proprietate contineri. Sed cùm nos cum Bartolo contrariam sententiam amplectamur, difficilius est, vt pro nepote contra filiam respondere possimus: præsertim si ponas adesse statutum aliquod, quo caueatur vt verba statutorum intelligantur, secundùm proprium & vulgarem intellectum absque aliqua subauditione vel interpretatione, quo modo ponit Bald. *ad d. l.* 4. *C. de delibet prater. num.* 3. Concludit tamen Bartolus pro nepote ex aliis rationibus, quas Iacobus adfe-
8 rebat: quarum † prima illa erat, quòd etiam de iure communi priuilegium concessum filio porrigatur ad nepotem, *l. miles* 8. *iunct. l. Dino Marco* 11. *C. de qua. & l. Decurionum* 12. *C. de pœn. l. emancipatum* 7. §. *vlt. D. de Senator.* Secunda, quòd postquàm filius de medio sublatus est, nepos incipiat primum locum tenere, §. *posthumorum Inst. de exher. liber. l. posthumorum* 14. *D de inuest. nupt.* §. *cum filius. Instit. de hered. qua ab intest. defer. l. Gallus.* 29. §. *videndum. de liber. & posth.* & consequenter succedendo in locum patris sui, succedat etiam in priuilegium quod habebat pater vt filiam excluderet. Nam & dici solet subrogatum sapere naturam eius in cuius locum subrogatur *l.* 1. §. *hac actio. D. si is qui testam. lib. esse iuss. l. si eum.* 10. §. *qui iniuriarum. D. si quis caution.* Ad id autem quod in contrarium obiecimus, statuta non recipere interpretationem extensiuam, † respondet Bartolus, verum quidem id esse
9 quantum ad hoc, vt statutum non extendatur ad causam in eo non comprehensam, nec rursus ad personam in statuto non comprehensam, sed tamen recipere interpretationem extensiuam passiuè hoc sensu, vt ius commune possit se extendere ad statutum, *ex l.* 1. §. 1. *D. de muner. & honor.* Itaque, inquit, quamuis ex verbis statuti non comprehendatur nepos ex persona filij, lex tamen se extendit ad statutum, vt neporem faciat assumere priuilegium filio concessum. Mihi videtur valdè
10 interesse an aliquod † statutum sit quale Baldus fingit, & cuiusmodi multa esse solent, quibus cauetur ne qua prorsus verborum in statutis expressorum interpretatio fieri possit, an verò nullum tale sit. Vbi enim nullum est, fateor quod vult Bart. statutum posse recipere interpretationem extensiuam passiuè, imò & actiuè iustam quamlibet interpretationem. Cùm enim statuta omnia ius faciant, legúmque vim habeant, etiam ad ius commune extinguendum, quid obsecro impedire potest quominùs iustam & legitimam interpretationem recipiant? præsertim si ea interpretatio sit, per quam fiat vt à iure communi minùs recedatur. Semper enim fauorabilis est conseruatio iuris communis, & odiosa quælibet eius correctio. Sed si statuto districtè prohibeatur ne qua prorsus fiat verborum interpretatio, planè non video quis effectus eiusmodi statuti esse possit, si non ille est, vt omnem omninò interpretationem excludat, quæ alioqui posset fieri, hoc est, etiam quæ sit passiua, quantumcunque alioqui iusta sit, & probabilis. Quod etsi plerumque magnas parit non tam difficultates, quàm absurditates (quoties enim iusta interpretatio reiicitur, iniusti aliquid emergere necesse est) hoc ipsum tamen ne absurdum videri debeat? illud facit, quod ita euenire statuentes voluerunt, & velle potuerunt. Ob idque semper existimaui omnium felicissimos
† eos populos, qui iure scripto & communi Romano- 13
rum reguntur, à quo, quidquid aberrant locorum statuta & consuetudines, vix sanè est vt non statim deflectat in absurditatem aliquam, aut iniquitatem. Vnica enim iuris ratio est, quæ deseri non potest quin protinus iniuriæ via aperiatur. Et quamuis ius ciuile nostrum eam calumniam à plerisque patiatur, quasi minùs certum sit, minúsque aptum dirimendæ materiæ litium, quibus persæpe iuris interpretationes causam præbent, iam tamen vsu ipso & quotidiana rerum experientia compertum est, longè pluribus & difficilioribus litibus eas prouincias vexari, quæ statutario vel consuetudinario, quàm eas quæ solo iure Romano vtuntur. Cùm enim fieri nequeat, vt omnes casus, qui accidere possunt, præuideantur, & legibus concludantur, passim euenit, vt necessaria sit interpretatio, eáque petenda ex iure communi, quæ res, mirum est, quantas adferat perplexitates, siquidem statuta ipsa & locorum consuetudines abhorrent semper à iure communi, ac proinde difficile est, vt non etiam ratio iuris à mente statuti in iis, quæ expressim statuto cauta non sunt, abhorreat. Sed hoc obiter, & extra rem dictum sit. Hoc in summa volo, † nihil esse absurdi vt absurdum aliquod sequa- 12
tur ex eo, quòd statutum nullam possit, ne quidem iustam recipere interpretationem, quando ea statuentium expressa voluntas fuit. In proposito autem tantò minùs absurdum videri debet, nepotem ex filio appellatione filij non contineri ad filiam excludendam, tametsi ea interpretatio iusta sit, quòd exclusâ eâ interpretatione iuris communis, inducitur hoc ipso ius commune, vt filia simul cum hoc nepote succedat, quomodo succederet tam ex lege 12. tab. quàm ex Iustiniani constitutionibus in *d. l. maximum vitium. C. de liberis prater. & Nouell.* 118. *de haredi. ab intestat. venient.* perinde ac si statutum nullum esset. Quare fauorabilis potiùs quàm odiosa videri debet hæc interpretatio, quæ filij appellatione nepotem comprehendi non patitur, quia licèt vnâ ex parte sit aliena à iure communi, ex aliâ tamen parte restituit ius commune. Dici autem solet, & verum, De facili rem redire ad ius commune, vt Baldus noster ait, tractans de hoc ipso statuto ad *d. l. maximum vitium* 12. *ex l. si vinus* 27. §. *pactum ne peteret. in fin. D. de pact.* Illæ autem rationes † duæ Bartoli su- 15
periùs allatæ, quamuis vrgere maximè videantur, tamen parum me mouent. Præsupponunt enim ita concepto statuto, *extantibus filiis masculis filia non succedat*, masculos solos ideo succedere, quòd ad successionem soli per statutum vocati sint, & ex priuilegio statuti. Quod tamen falsum est. Succedunt enim iure communi & ex lege 12. tab. quæ masculis successionem non eò minùs defert, quòd adsit etiam filia.

Nihilque aliud inducit hoc statutum, nisi quod excludendo fœminas & abrogando ex hoc capite ius commune, secundum quod possent fœminæ cum masculis succedere ex æquis portionibus: conseruat nihilominus liberis masculis ius antiquum & commune, quod alioqui potestate statuti abrogatum esse in totum videretur. Nec ad rem pertinet, quod ex lege 12. tab. & ex Iustiniani constitutionibus non succederet solus masculus, sed cum filia, qui tamen propter statutum solus succedit. Hoc enim vnum est, quod & Bartolum & alios interpretes decepit, † vt credide- 14
rint

rint ex huiuſmodi ſtatutis priuilegium aliquod maſculis dari. Nam reſpondeo ad hoc, vt maſculus ſuccedat ex iure communi, ſufficere, vt ſtatutum ponendo ipſum in conditione per ablatiuos illos abſolutos, *extantibus filiis maſculis*, conſeruet ei ius antiquum pro ipſius parte virili & excludat filiam eandémque ſororem, ne ſimul cum maſculo poſſit ſuccedere: quoniam exclusâ ſorore, illud quoque ſtatim fieri neceſſe eſt, vt deficiens portio filiæ adcreſcat portioni maſculi. Quod ipſum tamen non ſit ex poteſtate ſtatuti, ſed ex iure communi, ex quo ius adcreſcendi promanare conſtat, vt fuſiùs diſputauimus in Error. 1. Decadis præcedentis. Non ergo verum eſt quod Bartolus, Baldus, & cæteri volunt ex ſupradictis ſtatuti verbis maſculos ſolos ſuccedere tanquam ex priuilegio, quaſi vocatos, vt excluſio fœminarum ſuccedere prohibitarum ſit incluſio maſculorum, acſi nihil intereſſet an ſtatutum ita conceptum ſit, *extantibus maſculis filia non ſuccedat*, an hoc potius modo, *extantibus maſculis filiis, maſculi ſuccedant, filia non ſuccedat*. Fateor, vtrouis modo ſtatutum conceptum ſit, maſculos ſolos ſuccedere, ac proinde ex toto aſſe filiabus omnibus excluſis: ſed longè alio
35 atque alio iure. Si enim † maſculi poſiti eſſent non tantùm in conditione, ſed etiam in diſpoſitione, ſuccederent vtique ex ſtatuto, & conſequenter ex priuilegio: quia nec dubitari poſſet quin ius commune, omninò per ſtatuti poteſtatem, quantum ad hanc ſucceſſionis ſpeciem attineret, ſublatum eſſet. At cùm in conditione † duntaxat poſiti ſunt, ſuccedunt quidem
36 in ſolidum, ſed ex iure communi, nec à beneficio ſtatuti habent quòd ſuccedunt, ſed illud tantùm quod filia excludi tur, quâ exclusâ, neceſſe eſt vt inuito etiam ſtatuto maſculus, & ſolus, & in ſolidum ſuccedat ex iure communi: & quod idem eſt, ſuo iure, cùm nemo ſit, qui partem ei facere poſſit, non magis quam ſi filia eſſet per propriam repudiationem, aut per iuratam renuntiationem. Quoties enim accidit, vt † ei qui ex propria perſona virilem tantùm partem habet, nemo partem faciat, virilis appellatione totum continetur, *l. ſi duobus. 16. §. vltim. deleg. 1. l. virilis. 145. De verb. ſignific.* ſicut & *caterorum* & *reliquorum* appellatione omnes contineri dicimus, ſi cui optio vnius ſerui legata ſit, & reliqui omnes Sempronio: Nam ſi optionis legatarius non optet, omnes ſerui ad Sempronium pertinent, *l. caterorum 160. eod.* Fruſtrà igitur eſt quærere in propoſita ſpecie, An priuilegium conceſſum filio tranſeat ex iure communi ad nepotes. Quod nec Bal-
18 dus † admittit ad *d. l. maximum vitium. num. 7.* niſi vno illo caſu, quo priuilegium ſit fauorabile, non etiamſi ſit odioſum, ſiue quòd ſit correctorium iuris communis, ex notat. in Auth. *quas actiones. C. de Sacroſ. Eccl.* ſiue quòd abſorbeat ius tertij, quo caſu, inquit, videtur conceſſum limitatè reſpectu perſonæ, ex *l. penult. §.*
19 *ſi puella. D. de rit. nuptiar.* Melior videtur † pro nepote ex filio ad excluſionem filiæ ratio illa, quam Iacob. de Aret. adferebat, quòd ratio huiuſmodi ſtatutorum non alia ſit quàm vt agnatorum ſalua ſit dignitas *l. 1. §. quamuis. D. de ventr. inſpic. l. ſuper ſtatu. 6. C. de quæſt.* Agnatio autem quæ per filios maſculos, non per filias conſeruatur, æquè conſeruetur per nepotes ex maſculis, imò augeatur, quia per eos multiplicatur & extenditur generatio, vt ait Bald. *ex l. pronuntiatio. 295. §. famil. 2. De verb. ſig.* Quos igitur ratio connectit, non debet diſpoſitio iuris ſeparare: *l. 1. C. de diuerſ. reſcript. l. 1. C. ſi vnus ex plurib. appell. l. ſi is qui. 29. D. liber. legat. l. non ſolùm 10. §. qui primum pilum. D. de excuſat. tutor.* ſed tamen ait Bartolus ſibi argumentum hoc non placere, quia ratio illa ſtatuti, *vt agnatorum dignitas ſalua ſit*, non ſit expreſſa in ſtatuto. Quod rurſum
20 Baldus † vt ſolet ille Bartolo ferè in omnibus contradicere, reprehendit, propterea quòd quando certa eſt ratio legis, licèt tacita ſit, tamen argui ex ea poteſt tanquam ex cauſa finali, *l. milites 13. in princip. D. de re milit.* tunc autem eſt certa, quando ſola ipſa reddi poteſt, *arg. l. 2. D. de liber. & poſth. l. fundus qui locatus 24. de fund. inſtrum. l. ſi opt. 13. D. de opt. legat.* Sed vereor ne non ſatis iuſta † ſit reprehenſio, licèt reprehenſio- 21
nis ratio ſit vera. Nam in propoſito ſtatutum quod extantibus filiis maſculis excludit filiam, poteſt habere aliam rationem quàm fauorem agnationis conſeruandæ, nimirum fauorem ſexus, cùm maſculi ob hoc ſolùm quod maſculi ſunt, licèt non ſint agnati, adeóque nec ex agnatis deſcendentes ſint, tamen fauorabiliores quàm fœminæ tanquam reipublicæ adiuuandæ & erigendæ apriores: vnde eſt, quòd etiam teſtatorum plerique, quorum tamen minùs intereſt quàm reipublicæ, maſculos etiam ex fœminis natos aut naſcituros præferunt fœminis, quamuis non magis per eos conſeruari agnatio poſſit, quàm per fœminas. Itaque contra Baldum vrget hoc caſu illud ipſum, quod fatetur ipſe: & verum eſt, quando ratio ſtatuti eſſet dubia, vel congruè reddi non poſſet, tunc ex tali ratione nos poſſe nos arguere, quoniam, inquit, ratio illa non eſt neceſſaria, ſed magiſtralis, vt notat ad *l. 1. C. de legib.* ſed ſi ponas maſculum † deceſſiſſe relicta filia, eadem- 22
que nepte patris familiâs, de cuius hereditate agitur, & ſuperſtite ſorore, atque ita de hereditate inter filiam & neptem ex maſculo contendatur: placet mihi ſententia Bartoli † exiſtimantis ad *d. l. liberorum. numer. 13.* 23
non excludi filiam per neptem, non quòd in nepte ceſſet ratio illa conſeruandæ agnationis, quæ in maſculo filio locum habebat, cùm ea ratio, vt diximus, in ſtatuto expreſſa non ſit: ſed quia non ſicut filij maſculi appellatio porrigitur ad nepotem, ita & porrigi poteſt ad neptem quæ maſculus non eſt. Idque eſt quod ait Bartolus appellationem filij porrigi ad nepotes de iure communi, quando profertur ſimpliciter ſub ea appellatione, & quia filius eſt: ſecùs ſi reſpectu alterius qualitatis, *l. vlt. C. de natur. liber.* vbi leges & conſtitutiones loquentes de filio ſpurio non extenduntur ad nepotem qui ſpurius non eſt, quia non excluditur filius ſpurius tanquam filius, ſed tanquam ſpurius. Porrò in caſu noſtro filius maſculus non ideo filiam excludit, quia ſimpliciter filius eſt, ſed quia filius maſculus, quæ qualitas maſculi non tranſit in neptem. Ergo apparet, inquit Bart. quòd in eam non tranſit diſpoſitio ſtatuti, & ſic non poteſt aſſumere locum patris. Adhuc tamen
contradicit † Baldus ad *l. venia. Cod. de in ius vocand.* 24
num. 5. vbi ait, Si ſtatutum dicat, quòd filia non ſuccedat, poſſe neptem ex filio ſuccedere, quia repræſentat patrem qui ſuccedebat: neptem autem ex filia non ſuccedere, qui repræſentat perſonam quæ excludebatur. Sed ratio ipſius mala eſt. Neptis enim ex filio nó poteſt repræſentare patrem, qui ſolus ſucceſſiſſet, quia non repræſentat eum in qualitate maſculi: quæ tamen ſola qualitas erat, propter quam præferendus eſſet filius ſi viueret. E contrario neque neptis ex filia excludenda eſt per neptem ex filio: quia licèt repræſentet filiam quæ excludebatur, excluſionis tamen ratio quæ locum habebat in perſona filiæ, ceſſat in perſona neptis. Excludebatur ſiquidem filia per ſtatutum extantibus filiis maſculis, & in fauorem maſculorum. At ponimus nullos eſſe filios aut nepotes maſculos eo tempore, quo neptis ex filia ſuccedit, ſed tantùm neptem ex filio. Nulla igitur ratio eſt cur neptis ex filia excludatur, quia nec filia ipſa per ſtatutum excluderetur ob neptem ex filio, quippe quam ſtatutum non excludit niſi ſub illa conditione, *ſi maſculus filius extabit*, quæ conditio deficit maſculis omnibus defunctis, licèt ſuperſit aliqua ex filio neptis. Nemo enim vnquam dixit neptem ex filio filiorum maſculorum appellatione contineri poſſe. Quod verò idem Baldus addit, non debere plus cõcedi nepti quàm filiæ, quia ratio ſtatuti hoc non patitur, arg. *l. ſi vina matre. 3. C. de bon. quæ liber.* ad rem

non pertinet. Non enim plus conceditur nepti quam filiæ, cùm admittatur neptis ex filia eo casu, quo masculi nulli superstant, quoniam & filia eo casu admitteretur. Sed & in eo errat † Baldus, quòd præsupponit, statuta ista odio mulierum facta esse. Nam imò verò facta sunt fauore masculorum: & ideo si masculi nulli sint, non prohibentur fœminæ succedere, sed saluum iis supereſt ius commune, cùm non simpliciter & absolutè excludantur, sed sub conditione tantùm, quam existere implerique necesse est priusquam exclusio locum habere possit. Quòd si mulierum odio fierent huiusmodi statuta, vel arcendæ essent simpliciter à successione, vel saltem si quis mitiùs agere cum iis vellet, excludendæ essent non sub conditione, sed purè: & ita tamen vt exclusio illa resolueretur sub conditione, si masculi desinerent extare. Durior enim esset exclusio pura, quàuis resolubilis sub conditione, quàm quæ facta esset sub conditione, arg. *l. 2. D. de in diem addict. l. 1. D. de leg. commiſſ. fideicommiſſa* 11. §. *ſic fideicommiſſum. de legat.* 3 At cùm nec absolutè, nec purè excluduntur, sed tantùm sub conditione illa, Si masculi filij extabunt, apparet non ipsarum odio, sed solo masculorum fauore fieri vt extantibus masculis ipsæ excludantur. Fauor porrò masculorum nullus supereſt, cùm masculi omnes defecerunt sola superstite nepte ex filio, siue agnationis conseruandæ, siue sexus masculini fauorem statuentes respexerint.

ERROR II.

De ſtatuto excludente filiam fœminam extantibus filiis maſculis, an excludat nepotem ex filia.

SVMMARIA.

1 *Statutum excluſorium filia famina extantibus maſculis an excludat nepotem ex filia.*
2 *Sententia Bartoli nepotem excludi aſſerentis.*
3 *Oppoſita Butrigarij & Amoeli aſſertio.*
4 *Baldi ſententia & multiplex diſtinctio.*
5 *Sententia Bartoli refutatio.*
6 *Succedere ex perſona propria, & ſuccedere ex gradu proprio differre aduerſus Bartolum.*
7 *Repræſentationis in ſuccedendo vis & effectus.*
8 *Solutio rationum quæ ad excludendum nepotem adferuntur.*
9 *Nepos poteſt cenſeri maſculus licet fungatur loco matris aduerſus Bald.*
10 *Prima & germana ratio fœminarum à feudis excludendarum.*
11 *Feudum eſt quædam ſeruitus.*
12 *Maſculi deſcendentes ex fœminis ad feudum regulariter non admittuntur, & n. 14.*
13 *Propria natura feudi quæ.*
15 *Excluſa propter filios maſculos filia famina non idcirco excluſus cenſetur nepos ex filia.*
16 *Plus eſt excludi, quàm non admitti aut non vocari.*
17 *Statuto ita concepto extantibus filiis maſculis filia famina non ſuccedat ſed dote contenta ſit, maſculos non ſuccedere in ſtatuto, ſed ex iure communi contra Bartol.*
18 *Excluſio matris filio quando noceat.*
19 *Nepotem excluſa matre non ſuccedere ſimul cum auunculis aduerſus Butrigar.*
20 *Reſpondetur ad leges quas Butrigar. pro ſua ſententia adduxit.*
21 *Satisfit obiectioni Angeli deprompta ex Nou. 18.*
22 *Statutum feminarum excluſorium non obſtat nepoti cuius mater obiit auo ſuperſtite.*
23 *Exiure communi nepos ex filia aut filia concurrit cum patruis & auunculis in ani ſucceſſione.*
24 *Nepotem ex filia excluſa duobus caſibus excludi Baldus perperam autumat.*
25 *Nepos cuius mater excluſa ſuperuixit aut prædeceſſit cur excludatur ne ſuccedat ſimul cum auunculis.*
26 *Ad excludendum nepotem ſufficit quòd mater præcedat.*
27 *Poſtquam perſona prioris gradus ſucceſſit nunquam ſequens gradus ex edicto ſucceſſorio admittatur.*

RAulò difficilior † videtur hæc quæstio, 1
& in qua pugnandum nobis erit contra Bartolum, pro quo pugnauimus in præcedenti contra Baldum. Bartolus enim ad *d. l. libererum.* 220. *nu.* 14. *de verb. ſignif.* concludit, † ita concepto statuto, *extantibus maſculis* 2
filia fœmina non ſuccedat, si filius aliquis masculus supersit, nepotem ex filia excludi, non per extensionem aut interpretationem statuti, quasi filiæ fœminæ appellatione possit contineri masculus nepos ex filia: sed quia, inquit, aut vult nepos iste ex filia succedere cum auunculo ex propria persona, aut vult succedere ex persona matris. Si ex propria, non potest, quia cùm sit in secundo gradu, non potest concurrere cum auunculo qui est in primo: sin ex persona matris, multò minùs, cùm mater fuerit excluſa per statutum, nec melioris conditionis esse debeat hic nepos ex filia, quàm ij sius mater ex cuius persona succedit, *l. ſi viua matre* 3. *verſ. nam licet. Cod. de bon. matern. l. illam* 19. *D. de collat. l. Pomponius* 13. §. *cùm quis. D. de acquir. poſſ.* eandemque sententiam sequitur Baldus in *d. l. maximam vitium. num.* 10. *C. de liber. præter.* vbi ait nepotem ex filia omninò excludi, etiam si statutum nullam reciperet interpretationem, quia, inquit, hoc non est vi interpretationis statuti, sed per viuam rationem, quia nascitur ex inhabili materia, quoniam mater eius, à qua sumeret formam succedendi, sicut sumit originem nascendi, est inhabilis & aliena. Ergo quicquid ex ea sequitur *arg. l. 2. C. de libert. & eor. liber.* idem tamen Baldus refert, quosdam putare, † excluſa filia, quia fœmina non ex- 3
cludit nepotem masculum ex ea, quinimò aperiri viam nepoti tanquam matre ciuiliter mortua tempore mortis aui. *arg. l. 1. §. penultim. & vltim. D. de bonor. poſſ. contr. tabul. l. qui in alitna. 6. §. interdum. D. de acquir. hered. l. cum qui. 3. D. de interd. & releg. l. pater filium.* 14. *l. pen. D. de inoffic. teſtament.* eámque Iacobi Butrigarij sententiam fuisse, quæ & Angeli fuit *ad §. neque illo. per illum tex. Nouella* 18. *De trient. & ſemiſſ.* quam Baldus † ipse non probat eo casu quo filia superuixe- 4
rit patri, quoniam, inquit, ipsa titulo dotis videtur successisse, sicut olim dicebamus, quòd sufficit succedere quoquo relicti titulo. Nam cùm dos per mortem patris consolidetur in filiam, ipsa consolidatio est quædam mortis causa capio, & censetur filia hæc habere partem successionis paternæ, & talis portio deducitur ad considerationem legitimæ, *l. quoniam Nouel.* 29. *Cod. de inofficioſo teſtamento.* Itaque cùm filia & præcedat & succedat, consequens est, vt nepos ex ea excludatur. Planè si filia præmortua sit, non dubitat Baldus quin verum sit quod Iacobus dicebat, nepotem non excludi. Idque duplici ratione: & quia tractatur hîc de odio, in odioſi autem appellatione filij aut filiæ nepos non continetur: & quia statuti ratio, quæ illa est quòd filia dotata sit, cessat de iure & de facto in nepote. Tandem concludit ille distinguendo, vt solet, quòd aut filia simpliciter & absolutè excluditur, & tunc, inquit, nepos quoque ex ea natus excluditur, aut non excluditur simpliciter, sed quia dotata: & tunc aut superuixit patri, & nepos excluditur: aut prædeceſſit, & tunc nepos non excluditur per iura superiùs allegata. Mihi

nulla

nulla ex iſtis opinionibus videtur ſatis vera. Nam quod Bartolus putat & diſputat, non poſſe nepotem ex filia ſuccedere cum auunculis neque ex propria perſona, quia vno gradu remotior eſt, neque ex perſona matris,
5 quæ fuit excluſa, præſupponit idem eſſe; † Succedere ex perſona propria, & ex gradu proprio: itemque ex perſona matris & ex gradu matris. Qui perpetuus &
6 maximus Bartoli error eſt, omniúmque ferè Pragmaticorum. Poteſt enim fieri, & verò fit in caſu propoſito, vt nepos ex filia excluſa, qui neque poteſt ſuccedere ex proprio gradu cum auunculis, quia remotior eſt, neque ex perſona matris excluſæ per ſtatutum, poſſit tamen ſuccedere ex perſona quidem propria, ſed tanquam repræſentans gradum matris, vt à nobis iam alibi ſæpe demonſtratum eſt. Nam quòd hic nepos in ſecundo tantùm gradu eſt, non facit ne poſſit ſuccedere cum auunculis ex propria perſona, ſed tantùm ne poſſit ſuccedere ex proprio gradu, quoniam diuerſi gradus concurrere nunquam poſſunt, *l. cum in teſtamento* 37. *D. de hered. inſtit. l.* 1. *Iuriſconſultus.* 10. *& paſſim. D. de gradibus & adfin.* Quod verò huius nepotis mater excluſa eſt per ſtatutum, non facit quominus poſſit nepos ſuccedere ex gradu matris, ſed tantùm ne poſſit ſuccedere ex perſona ipſius. Nec enim ſtatutum excludit gradum maternum, ſed tantùm perſonam matris vt ex eo conſtat, quod non excludit filiam quatenus filia eſt, ſed quatenus fœmina, adeóque nec quatenus fœmina eſt, ſi non ſit etiam dotata. Proinde nepoti venienti non ex perſona, ſed ex gradu matris, minimè nocere poteſt quòd perſona matris ſit excluſa, ſicut & alia ex parte non poteſt ei nocere quòd ſit in gradu remotior auunculis, cùm ſuccedat non proprio gradu, ſed ex
7 gradu materno, qui æquè proximus eſt. Facit enim † repræſentatio, non vt qui in ſecundo gradu reuera eſt, ſit in primo, quod per rerum naturam fieri nullomodo poteſt, nec conſequenter per legem, ſed vt fingatur eſſe in primo gradu, quia repræſentatio nihil niſi fictio eſt, quam inducere quoties neceſſitas & æquitas hoc exigit, ſolet lex, & poſt, §. *cum filius. Inſtit. de hered. quæ ab inteſt. defer.* vbi dicitur ius repræſentationis, cùm de aſcendentis hæreditate agitur, locum habere inter deſcendentes in infinitum. Et ex hac gradus & perſonæ diſtinctione facilis reſponſio eſt ad omnia, quæ cõtra hunc nepotem, ſiue propter gradus diſparitatem, ſiue propter matris excluſionem obiiciuntur. Nam
8 quod dicitur, † Non poſſe illum plus iuris habere, quàm matrem, quæ tametſi excluſa eſt, præſupponit non velle, aut non poſſe ipſum ſuccedere, niſi ex perſona matris, quod falſum eſt. Rurſus cùm obiicitur, non poſſe illum ſuccedere ex propria perſona cum auunculis, qui ſunt in gradu remotiores, præſupponitur ſuccedere ipſum ex gradu proprio, quod æquè falſum eſt: ſuccedit enim ex gradu materno. Quod cùm ita ſit, male idem Baldus ad auth. *ceſſante. ad fin. Cod. de legit. hæred.* generaliter tradit, Vbicunque ex vi ſucceſſionis inteſtati ſucceditur tenore contractus non obuiante, potiorem eſſe filiam, quàm filium alterius filiæ. Ratio
9 enim qua mouetur, † falſa eſt, quia, inquit, ad excludendam filiam oportet quòd nepos veniat per functionem, quæ eſt quædam fictio. Neceſſe eſt enim quòd fungatur loco matris. Ergo, inquit, non poteſt tanquam maſculus iudicari. Certè nec matet mortua, inquit, excludit ſororem viuentem. Vnde concludit de primo ad vltimum, quòd ſi agatur de feudo quod ſit indiuiſibile, & ad quod tamen fœmina poſſit admitti filia, erit potior nepote. Imò, inquam, nepos hic poteſt fungi loco & gradu matris, licèt non fungatur ipſius perſona. Ergo non eò minùs verum eſt, illum eſſe maſculum, & iudicari debere maſculum, quòd ipſius mater fuerit fœmina: idque probatur euidenter ex textu quem Baldus ibidem citat in capit. 1. *De eo qui ſibi vel hered. ſuis maſcul. & fœmin. coll.* 10. vbi dicitur, quòd maſculus per filiam deſcendens, præfertur filiæ alterius fratris, quòd non pateat locus fœminæ in feudi ſucceſſione, donec maſculus ſupereſt ex eo qui primus de feudo fuit inueſtitus. Nam quod reſpondet Baldus caſum illum eſſe ſpecialem, quia in illo capitulo tenor inueſtituræ poſcebat omnes maſculos ex parte, quos fœminis præferebat, vt ideò mirum non ſit locum non eſſe fœminæ ex *l. in multis. D. de ſtat. hom.* etſi verum eſt, tamen non ſatisfacit obiectioni. Quantumuis enim maſculi omnes vocati ſint per inueſtituram, quomodò tamen poſſet hic nepos in eo maſculorum numero contineri, ſi verum eſſet quod ait Baldus; cum non poſſe iudicari maſculum, quoties neceſſ. eſt vt fungatur loco matris. Nam & in ea ſpecie æquè verum eſt, maſculum deſcendere ex filia, nec coniungi defuncto niſi per fœminam. Ergo ſicuti non ſuccedit fœmina in feudo, ſaltem quandiu maſculus aliquis ſupereſt: ita docendum eſſet ſecundùm Baldum, nec maſculum deſcendentem per fœminam poſſe ſuccedere, non quia non poſſit pugnam facere, † quæ prima & germana ratio 10
fœminarum à feudis excludendarum, ſed quia caret principio producente, vt loquitur idem Bald. in *l. quoties. num.* 2. *Cod. de ſuis & legit.* vbi addit fœminam non eſſe agens aptum operari tranſmiſſionem, licèt maſculus eſſet patiens aptum confirmari, ſi fieret tranſmiſſio: & ſicut medium quod non ſeruit, impedit ſeruitutem: ita mediam perſonam quæ non poteſt ſeruire in feudo, impedire feudum † quod eſt quædam ſeruitus, *arg. l.* 11
qui ſell. 7. §. *in ruſticis. D. de ſeruit. ruſtic. prad.* Atqui nihil iſtorum impedit quominus maſculus ex fœmina poſſit ſuccedere in feudo, d. cap. 1. *De eo qui ſibi vel hered ſuis maſcul. & fœmin.* Non ergo bonæ ſunt rationes Baldi. Nec ſanè cauſa vlla eſt cur propter matrem quæ eſt fœmina, maſculus ex ipſa non debeat iudicari maſculus, ſed fœmina, cùm non modò reuera ſit maſculus, ſed etiam officia & obſequia omnia præſtare poſſit, quæ præſtant cæteri maſculi ex maſculis procreati: nimirum † quando maſculi omnes ad feudum 12
ſunt vocati, habito reſpectu ad ſolum ſexum, non etiam ad certas perſonas, certóſve gradus inueſtitorum. Alioqui non ignoro maſculos deſcendentes ex fœminis, non magis quàm ipſas fœminas ad feudum admitti poſſe, niſi eius conditionis ſit feudum, vel eo pacto acquiſitum *cap.* 1. §. *hoc autem de his qui feud. dar. poſſ. lib.* 1. *in vſib. feudor. & tit.* 11. *de ſucceſſ. fratr. vel gradib. ſuccedent in feud. verſic. ad filias. lib.* 2. quia nempe in eo verſatur fauor domini, qui ſolis maſculis feudum dando, fœminaſque excludendo, id proculdubio egit, vt non poſſet fœmina vlla facere, nec proinde maſculos ſuſcipiendo, quin feudum ad dominum reuerteretur, ſi maſculos omnes, quibus feudum datum eſſet, deficere contingeret. Eaque propria † & recta eſt natura feudi. 13
Itaque excluduntur à feudo regulariter † maſculi de- 14
ſcendentes ex fœminis, non quaſi non poſſint iudicari maſculi, vt vult Baldus, ſed quia non ſunt ex maſculis inueſtitis, quando non deſcendunt per lineam maſculinam, nec coniunguntur inueſtitis, niſi per eam perſonam quæ à feudo ſit excluſa, nec proinde poſſunt dici vocati per inueſtituram, quod tamen omnimodo requiritur, vt ſuccedere poſſint. Sed cùm non de feudis agitur, at de vulgaribus ſucceſſionibus, de quibus nunc diſputamus, longè fauorabilior eſt cauſa nepotum ex fœminis deſcendentium, quippe quos non eſt neceſſe vocatos eſſe per ſtatutum cum cæteris maſculis, ſed ſufficit non eſſe excluſos, cùm eis ſatis ſuperque ſit, quòd ſint vocati, poſſintque admitti ex iure communi. Atqui apertum eſt, excluſa † propter filios maſculos filia fœ- 15
mina, non idcircò excluſum eſſe nepotem ex filia deſcendentem, cùm neque filia ſit, neque fœmina. Nihil ergo vetat quominus ex iure communi poſſit ſuccedere, etiam cùm auunculis repræſentando ſcilicet matris non perſonam quæ excluſa eſt, ſed gradum qui non-

eſt

eſt excluſus. Et vt dicam apertius, intermedia matris excluſæ perſona facere quidem poteſt, vt qui ex ea deſcendunt, non poſſint dici vocati per eam diſpoſitionem, ſiue conuentionalem, ſiue ſtatutariam, quæ fœminas excludit, niſi ad eos nominatim diſpoſitio extendatur: ſed non poteſt facere vt videri debeant excluſi,
16 quia ſicuti plus eſt,† ita difficilius, excludi, quàm non admitti aut non vocari. Medium quodlibet inhabile impedit coniunctionem extremorum, quæ tamen coniunctio neceſſaria eſſet, vt maſculi ex fœminis dici poſſent vocati cum cæteris maſculis, quia non poſſunt videri vocati, niſi tanquam coniuncti vocatis. At quantumuis medium inhabile ſit, extremorúmque coniunctionem impediat, non poteſt tamen ea res facere vt nepos ex filia excluſa intelligatur excluſus, cùm iam ſit ille admiſſus ex iure communi ad ſucceſſionem quæ iure communi defertur: nec in eo locum habeant verba ſicut nec ratio excluſionis. Fiet res hæc tota manifeſtior, ſi ſic explicetur. Cùm ita ſtatutum conceptum eſt,
17 † *Extantibus filiis maſculis filia fœmina non ſuccedat, ſed dote contenta ſit*, ſi verum eſſet, quomodo eſſe vult Bartolus, filios maſculos videri ex ſtatuto vocatos eſſe ad ſucceſſionem, & quidem ſolos ex priuilegio, ac proinde ſuccedere ex ſtatuto, non etiam ex iure communi. Fateret intrepidè, futurum vt nepos ex filia, quanuis maſculus non magis poſſet ſuccedere, quàm ſi eſſet fœmina, non tanquam excluſus ob id, quòd eſſet ex fœmina, ſed tanquam non admiſſus nec vocatus per ſtatutum ad ſucceſſionem. Quomodo enim poſſet dici vocatus per ſtatutum, qui eſſet ex fœmina, quam ſtatutum excluſiſſet? in eóque admitterem non illibenter feudorum, cæterarúmque ſucceſſionum ſtatutariarum cõparationem. Sed cùm in contrarium ſit veriſſimum quod in præcedentibus probaui, filios maſculos in ſpecie propoſita ſuccedere non ex priuilegio & ex verbis, aut mente ſtatuti, ſed ex iure communi, quamuis ſoli ſuccedant, dico ex eodem iure communi poſſe nepotem quoque ex filia ſuccedere etiam cum auunculis non quaſi vocatum (quid enim hoc neceſſe eſt, cùm nec filius primi gradus ſuccedat tanquam vocatus?) ſed quaſi non excluſus, quia ei non conueniunt neque verba, neque ratio excluſionis, tametſi natus ſit ex perſona excluſa: cùm ea excluſio non poſſit ipſi adimere ius commune, quia neque ex iure communi ea eſt, ſed ex ſtatuto, cuius poteſtas nunquam illa eſt, vt tollat ius commune quandiu poteſt ſimul conſiſtere, quomodo poteſt in hoc caſu, ſiquidem excluſio matris potiùs debet prodeſſe nepoti, vt tanto citiùs & facilius poſſit ſuccedere, quàm ei nocere ne ſuo iure poſſit ſuccedere tanquam qui à matre iam excluſa non ampliùs anteuertatur. In ſumma nocere
18 † poteſt excluſio matris filio venienti ex eo ipſo iure, ex quo excluſio matris fuit, ſed non venienti ex alio iure. Et ob id nimirum Iacob. de Butr. defendebat excluſionem hanc matris aperire viam nepoti, quaſi mater reperiatur ciuiliter mortua tempore mortis aui. In quo tamen ipſo, ſi quid ego video,
19 fallebatur, & falluntur qui cum eo ſentiunt, † poſſe hunc nepotem ſuccedere cum auunculo. Etſi enim veriſſimum eſt excluſionem matris ei non nocere, itémque quod contra Bartolum diſputauimus, poſſe ab eo repræſentari gradum matris, etiam non repræſentata matris perſona: non tamen ſtatim conſequens ſit, vt admittendus ille ſit cum auunculo ad aui ſucceſſionem. Nam vt admitteretur, oporteret excluſionem matris inductam per ſtatum, non modò ei non nocere, quod nos vltrò concedimus, ſed etiam ipſi prodeſſet, vt non magis obſtaret perſona matris, quàm ſi in medio non eſſet: ſiquidem quandiu mater in medio eſt, non poteſt nepos ex propria perſona, neque tanquam repræſentans matris gradum qui vacuus non eſt, cum iis ſuccedere, qui in proximiore ſunt gradu, ex iure ſcilicet communi, quia eum mater eodem iure communi anteuertit. Quod præſentiens Iacobus dicebat matrem hanc habendam eſſe pro mortua ciuiliter. Atqui alienum prorſus eſt à ratione & mente ſtatuti, vt excluſio filiæ, cui cauſam dederit ſolus fauor maſculorum, nec quidem omnium ſed eorum duntaxat cum quibus alioquin concurrere filia potuiſſet, profit nepoti ex hac filia, vt poſſit admitti cum auunculis, quia non poſſet ea excluſio prodeſſe nepoti, quin hoc ipſo noceret aliis maſculis, quibus tamen adeoque ſolis fauere ſtatutum voluiſſet. Quid enim iis prodeſſet excluſam habere ſororem ne poſſit iis partem facere, ſi ſororis excluſæ filius maſc. partem facere poſſet, imúlque cum ipſis ad ſucceſſionem admitti viua matre contra iuris communis rationem? Ergo quemadmodum ſi filia excluſa non eſſet, nepos ex filia ſuperſtite non poſſet auunculis partem facere, quoniam à matre anteuerteretur: ita neque facere debet, cum mater per ſtatutum excluſa eſt, quia non ideo excluſa fuit vt alij maſculi admitterentur, quos ipſa erat alioquin excluſura, ſed ne poſſet illa partem facere iis maſculis, cum quibus alioquin fuiſſet ſimul admittenda. Nam quod ad maſculos omnes attinet, cùm de iis nihil ſtatutum diſpoſuerit, niſi quòd eos poſuit in conditione vt ius commune iis conſeruaret, omnia æſtimanda ſunt ea ratione iuris communis, vt proinde nec alij nec aliter ſuccedant, quàm qui & quo modo ſucceſſuri eſſent ex iure communi ſi filia excluſa non eſſet, niſi quòd filia ipſa, quæ excluſa eſt, partem facere non poteſt, quam vtique faceret, ſi ſuccedere & poſſet & vellet. Atqui nepos ex filia ſuperſtite non ſuccederet cum auunculis ex iure communi, tametſi filia ipſa quæ patri ſuperuixiſſet, ei ſuccedere ex aliqua cauſa vel noluiſſet, vel non potuiſſet, quia iure adcreſcendi portio ipſius fratribus adcreuiſſet, neque potuiſſet nepos ex filia repræſentare matris gradum quem ipſa occuparet. Ergo nec cùm filia per ſtatutum propter maſculos excluſa eſt, admitti poteſt nepos ex filia vt cum auunculis ſuccedat. Implicaret enim contradictionem vt hic nepos iure communi ſuccederet eo caſu, quo, ſi ſtatutum nullum eſſet, ſuccedere ex iure communi non poſſet. Neque verò ex omnibus † iis legibus, quas pro ſe Iac. Butr. adducebat, vlla eſt quæ faciat pro hoc nepote: omnes enim pertinent ad eos caſus, in quibus filius primi gradus excluſus ſit iure communi à ſucceſſione, aut quia exheredatus ſit, aut deportatus, aut excluſus à querela inofficioſi teſtamenti. Nos verò eum caſum tractamus quo filia ſuperſtes patri nõ ſit, excluſa ab ipſius ſucceſſione ex regulis iuris communis, ſed ſola vi & poteſtate ſtatuti non ad aliorum fauoré reſpicientis, quàm eorum maſculorum, quibus illa, ſi poſſet ſuccedere, partem factura eſſet. Nihil enim refert ſi ſtatuti mentem inſpicias, an ſtatutum ita conceptum ſit *extantibus maſculis filia fœmina non ſuccedat*, an ita potiùs *extantibus filiis maſculis filia fœmina partem non faciat*. Ex quo etiam apparet quam parum ad rem faciat
† quod Ang. obiicit ex *d. §. neque illo. Nou.* 18. *de trient. & ſemiſ.* Ibi enim nepotes ex filia admittuntur ad eam portionem quam mater eorum fuerat habitura, ſicut & nepotes ex maſculo, non ſolùm quia mater prædefuncta proponebatur, ſed etiam quia expreſſim Iuſtinianus eo loco conſtituit vt idem ſit ius in ſuccedendo & fœminarum & maſculorum: ait enim *non ferentes fœmina à maſculo in talibus minui*. Quod in caſu noſtro penitus diuerſum eſt propter ſtatutum excludens fœminas, fauore maſculorum. Planè ſi poneres filiam iſtam deceſſiſſe † ante patrem relicto filio, non eſſet dubit. meo iu- 22
dicio, quin nepos etiam cum auunculo ad hereditatem admittendus eſſet, ſiue ſimpliciter excluſa eſſet per ſtatutum filia, quia fœmina, vel ſecundum quid h.e. quatenus dotata, quia tunc nihil prohiberet quominus hic nepos ſuccederet filia excluſa tanquam repræſentans gradum matris, qui neque à matre, neque ab alio vllo occuparetur.

Sed

Digitized by Google

Sed eo casu succederet non propter exclusionem matris, sed propter ipsius mortem, neque tam quòd exclusa esset per statutum, quàm quòd in medio esse desisset: ita nimirum dissuadente iure communi, ex quo tam filius primi gradus quàm hic nepos admittuntur. Notissimum enim est ius commune, † nepotem sive ex filio, sive ex filia concurrere cum patruis & auunculis in aui sive paterni, sive materni successione, *d. §. cùm filius. Instit. de hered. quæ ab intest. defer. & Nouell. 118. de hared. ab intest. venient. cap. 1.* Vt enim hoc casu nepos ex filia per statutum exclusa fauore masculorum possit concurrere ex iure communi cum cæteris masculis, sufficit vt non sit exclusus per statutum. Non est autem exclusus qui neque fœmina est, neque dotem habet, aut habere potest, cùm sit masculus. Atque ego in hoc contra Baldum sentio, † qui nepotem hunc ex filia exclusa duobus casibus excludi existimauit, vno, si filia simpliciter exclusa esset: altero si exclusa quidem esset quatenus dotata, sed patri suo superuixisset. Nam cùm filia prædefuncta est, non obstat nepos qui exclusus ipse non reperitur, quique habet pro se ius commune nullo statuto imminutum, cùm nec masculi ipsi quorum fauore exclusa fuit per statutum filia, succedant alio iure quàm communi. Nec ad rem pertinet quòd implicite sit exclusa, quia quantumcunque simplex & absoluta sit exclusio, semper verum est filiam non fuisse exclusam ratione filiationis aut gradus, sed sola ratione sexus, quæ ad nepotem porrigi nequit. Cùm verò filia superuixit patri, † excluditur nepos ne possit auo succedere cum auunculis, sive dotata fuit filia, sive non fuit, non propter matris exclusionem: nec ob id rursus quòd mater videatur successisse cùm habuit dotem (quomodo enim potuit succedere etiam volens quæ fuit à successione exclusa?) sed propter eius superexistentiam, &, vt loquuntur, superuenientiam, quæ facit vt nepos quorumlibet successionis capax sit, in primo tamen gradu esse non possit iure communi, nec proinde ex eodem iure communi succedere cum auunculis qui sunt in primo gradu. Et verò implicat contradictionem vt filia dicatur successisse ob id quod dotem habuit cùm ob hoc ipsum excludatur per statutum à successione. Deinde quid attinet quærere an succedat cum ad † excludendum nepotem sufficiat quòd ipsa procedat? Tunc enim quæri solet an filia successerit, cùm post filiam vult admitti nepos ex successorio edicto, quia vt suo loco disputauimus, postea quam persona aliqua prioris gradus successit, † nunquam sequens gradus ex edicto successorio admittitur: nec si persona illa quæ semel successit postea abstinuerit, adeò vt fiant potiùs bona vacantia *l. vltim. de success. edict.* At in casu nostro totam successorij edicti potestatem illud abunde excludit quòd superstite filio primi gradus superest persona ad quam totum ius hereditatis & bonorum possessionis pertinere debeat, vbi filia est exclusa. Nunquam autem diuersorum graduum personæ ex edicto successorio simul admitti possunt. Nihil ergo refert quod exclusionem attinet nepotis ex filia, an filia ipsa successerit, necne, cum adest filius primi gradus qui succedere & possit & velit. Quòd si filius ipse nolit succedere, malitque se abstinere, tum verò potest incidere quæstio De potestate successorij edicti: de quo videnda sunt quæ in hanc rem scripsimus in Errorem Decadis præcedentis.

ERROR III.

Si nepos ex filia concurrat cum nepote ex filio, aut neptis ex filia cum nepote ex filio, aut neptis ex filia cum nepte ex filio, aut neptis ex filio cum nepote ex filia.

SVMMARIA.

1 *Ex præsuppositio statuto nepos ex filio non excludit nepotem ex filia aduersus Bart. & Bald.*
2 *Ex statuto non alij succedunt, quàm qui per statutum vocati sunt.*
3 *Statuto fœminarum exclusorio suppositio nepos ex filio excludit neptem ex filia.*
4 *Limitatio proximè allati pronuntiati.*
5 *Neptis ex filio an excludat neptem ex filia.*
6 *Baldus & Bartolus præferendam censent neptem ex filio.*
7 *Refutatio assertionis Bart. & Bald.*
8 *Neptis ex filio an excludat nepotem ex filia.*
9 *Ex sententia autoris alter alteram non excludit, sed simul succedunt in viriles ex iure communi.*
10 *Exclusa filia fœmina neptis quoque ex filia exclusa intelligitur si modò aliquis nepos ex filio supersit.*

QVid verò si filius ipse primi gradus decesserit superstite filio masculo, atque ita de hereditate aui nòn nisi inter nepotem ex filio, & nepotem ex filia contendatur? An quemadmodum filius primi gradus nepotem † ex filia excluderet, ita & cum excludet nepos 1
ex filio? Minimè: quia licèt nepos ex filio sit ex persona per statutum non exclusa, nepos verò ex filia sit ex persona per statutum exclusa, cùm tamen non ex statuto succedatur, sed ex iure communi, vt toties diximus, nihil aliud inspiciendum est, nisi an aliquid sit quod impediat ne possint iure communi concurrere. Atqui nihil prorsus est quod impediat, sive ius commune inspicias, quia vterque in secundo gradu est, & vterque successionis capax, sive ius statutarium, quia statutum de neutro loquitur: sicuti nepotem ex masculo non vocat ad successionem aui, ita neque nepotem ex filia ab eadem successione excludit. Masculos enim solùm ponit in conditione, fœminas verò filias solas excludit. At si non nisi ex statuto succedi posset, filiique masculi non modò in conditione positi, sed etiam vocati iuxta Bartoli & Baldi opinionem referenturi respondendum esset pro nepote ex filio, quia filij masculi appellatione posset contineri iusta interpretatione, nisi omnis penitus interpretatio per statutum ipsum prohibita proponeretur, masculus verò ex filia non similiter posset contineri, nec vocatus intelligi tanquam qui esset ex persona exclusa. Quis enim credat ob id vocatum videri debere nepotem ex filia, quòd filia ipsa exclusa sit? Quamuis nec eo magis verum sit fuisse illum exclusum: quod malè Bart. Baldus & alij crediderunt. Sed ne admitti posset cum nepote ex masculo qui succederet ex statuto, non requireretur vt esset ille exclusus per statutum, sed sufficeret quòd non esset vocatus: sublato si quidem iure communi per statutum, & inducta sola successione statutaria necessarium penitus est, vt vel ex statuto, vel nullo modo succedatur. Porro ex statuto † succedere alij non 2
possunt, quàm per statutum vocati fuerint ad successionẽ. Vocati autem dici nequeunt qui ex personis exclusis nati sunt, non magis quàm si exclusi ipsi essent, si

non

non expreſſim vocati proponantur. Quorum omnium nihil eſt quod dici poſſit, cùm ſuccedítur non ex ſtatuto, ſed ex iure communi, quia tunc quiſquis admittitur iure communi, cum neceſſe eſt ad hoc, vt ſuccedere prohibeatur, excluſum eſſe per ſtatutum: nec ſufficeret quòd non eſſet à ſtatuto vocatus. Nec enim indiget vt vocetur à iure ſpeciali qui iam vocatus eſt à iure communi, dum ne à iuris communis beneficio per
3 ſtatutum excludatur. Quid rurſum ſi cõcurrat † neptis ex filia cum nepote ex filio? Ego indiſtinctè reſponderem pro nepote, quia licèt nõ magis in hoc caſu quàm in ſuperiore poſſit dici nepotem hunc à ſtatuto vocatum eſſe, cùm ſit in conditione tantùm poſitus, nec proinde poſſit ſuccedere niſi ex iure communi: tamen facit vt neptis ex filia perinde excluſa videri debeat ac mater eius, ſi viueret, excluſa eſſet, cùm excluſio filiæ fœminæ tranſeat in neptem, in quam tranſit vtraque qualitas requiſita ad excluſionem ſcilicet filiationis & ſexus. Vt enim & filia & neptis ex filia excludatur, ſufficit exiſtere conditionem excluſionis, id eſt, extare filium maſculum, vel vnum, quem porrò non poteſt negari extare cùm extat nepos ex filio, quippe qui non ſolùm maſculus ſit, ſed etiam filius iuſta interpretatio-
4 ne, *d.l.iuſta.201.de verb.ſignificat.* Hoc ita, † niſi ponas alio ſtatuto excluſam eſſe quamlibet ſtatuti interpretationem. Tunc enim quaſi defecta conditione ſtatuti ob id quòd filius maſculus primi gradus non ſupereſſet, admitterem neptem ex filia cum nepote ex filio inter communi, ſecundum ea quæ in præcedentibus diſputauimus. At quid ſi neque ex filio, neque ex filia maſculus vllus ſuperſit, ſed tantum filia, atque ita inter neptem ex filio †& neptem ex filia de aui hereditate
5 certetur? adhuc Baldus diceret neptem ex filio non ex-
6 cluſo præferendam † eſſe nepti ex filia excluſa: ſic enim ille ad *l.venia.C.de in ius vocand.in fin.* Nec aliud ſentit Bart. ad *d.l.liberorum.num.15.* vbi ait hanc quæſtionem in eo ſtare, An cum nepotes ſimul ſuccedunt, dicantur ſuccedere ex propria perſona, an verò in locum parentum & iure repræſentationis. De quo tractari ſolet ad Auth.*ceſſante.C.de legit. hered.* In qua quæſtione Bart. in id procliuior eſt, vt putet ſuccedere nepotes iure repræſentationis, nec ſolum ſi agatur de hereditate aſcẽdentis, & inter nepotes neptesve ex filio qui ſunt deſcendentes, ſed etiam ſi de hereditate patrui, & inter filios fratrum, vt apertè idem Bart. pro Accurſio aduerſus Azonem diſputat in *l.2.§.hac hereditas.D.de ſuis & legit.* vbi defendit ob hanc cauſam ſuccedere eos in ſtirpes non in capita ex Nouell. 118. *de hered.ab inteſt. venient. §.ſin autem.cum ſeq.verſic. illud palam eſt.* Ego non diſſentio à Bartolo in eo quòd vult fratrum filios, etiam cum ſoli ſuccedunt in hereditate patrui ſuccedere iure repræſentationis, & in ſtirpes. Id enim pluribus defendi in diſputatione illa noſtra forenſi. De hereditate patrui inter ſolos fratrum filios, an in capita, an in ſtirpes dividenda: idemque multò magis admitto in nepotibus neptibúſque ex filio & filia, cum inter deſcendentes ius repræſentationis locum habeat in infinitum, *§.cùm filius.Inſt.de her.qua ab inteſt. def.* Sed nihilominus puto nõ eſſe in propoſito † verum quod Bar-
7 tolus & Baldus volunt neptem ex filio præferendam eſſe nepti ex filia. Etſi enim ſi filius & filia viuerent, filius ſolus ſuccederet, filia verò in totum excluderetur, id tamen non alia ratione fieret quam propter authoritatem ſtatuti, quòd eo caſu ubi locum vindicaret. At cum ambo præmortui ſunt, nec ſuperſunt niſi neptes ex vtroque prædefuncto, ſtatutum quod excludit fœminas maſculis extantibus non poteſt locum habere, ſi quidem verum eſt deficere conditionem & caſum ſtatuti, cum maſculi nulli extant. Neque enim dici poteſt videri maſculum aliquem extare ob id ſolùm quòd ſuperſit neptis ex maſculo, quia non ſicut qualitas illa filij cùm ſola eſt, tranſit in neptem, quia eis communis eſt filiatio, ita & qualitas maſculi poteſt in eam tranſire quæ eſt fœmina. Ceſſante igitur conditione ſtatuti, neceſſe eſt diſpoſitionem quoque ceſſare, quæ tota in fœminarum excluſione conſiſtit. Et conſequenter nec illud dici poteſt, excluſam fuiſſe neptem ex filia excluſa. Nam nec filia ipſa ſi viueret, excluſa eſſet nullis quippe maſculis extantibus. Illud ergo ſolum relinquitur, vt remoto ſtatuto ſuccedatur ex iure communi ex quo porrò certum eſt neptem ex filia concurrere cum nepte ex filio, quia ſunt ambæ in eodem gradu, ſine dicas manere illas in ſecundo, ſiue quod eſt verius, ſuccedere eas in locum parentum. Non enim idcircò repræſentant perſonas parentum, ſed gradum, quia quoties prior gradus vacuus eſt, ſtatim ſuccedit in eius locum poſterior, & eum occupat, nec eo minùs verum eſt ſuccedere ex propria perſona eos quoque qui ſuccedunt ex gradu alieno, vt diſputauimus in præcedentibus. Et ſanè in eo caſu quem proximè tractauimus, id eſt, cùm neptis ex filia concurrentem habet nepotem ex filio, nepos ex filio non excludit neptem ex filia: quanto minùs eam excludet neptis ex filio? Non enim plus iuris habere poteſt nepos ex filio, quæ fœmina eſt, quam nepos qui maſculus eſt. Alius & rarus ſupereſt caſus ſi cum † nepte ex filio 8
nepos ex filia concurrat. Qui caſus videtur dubitabilior, quia nepos ex filia cùm ſit maſculus videtur præferendus nepti ex filio, etiam ex verbis ſtatuti, quæ extantibus maſculis fœminas excludunt. Verùm neque hoc dici poteſt: imò ſuccedent ambo ſimul, † & 9
in vitiles ex iure communi. Nam etſi nepos ex filio qui & maſculus eſt & ex maſculo, habet ius excludendæ neptis ex filia, vt iam diximus, quia & in conditione poſitus ille intelligitur tanquam filius maſculus, idque ex iuſta interpretatione: & neptis ex filia videtur poſita in diſpoſitione & excluſione ſtatuti tanquam & filia & fœmina: Non tamen ſimiliter dici poteſt, maſculum ex fœmina videri poſitum in conditione ad excludendam neptem ex maſculo, aut fœminam ex filio poſitam eſſe in diſpoſitione & excluſione ſtatutaria ad viam aperiẽdam maſculo ex fœmina. Nec enim alij poſiti ſunt in conditione quàm filij maſculi, ac proinde quibus vtraque illa qualitas conuenit vt ſint & filij & maſculi: quod de maſculis & filia dici non poteſt, qui licet ſint & nepotes, & maſculi: tamen non poſſunt appellatione filij maſculi contineri, ne quidem per iuſtam interpretationem: quoniam iuſta illa interpretatio fieri non poteſt niſi ex perſona matris, quæ non filia tantùm fuit, ſed etiam fœmina, & conſequenter non potuit in filium iſtum tranſmittere qualitates illas duas coniunctas filij & maſculi, quas ipſas non habuit. Rurſus non alij poſiti ſunt in diſpoſitione ſtatuti, hoc eſt, per ſtatutum à ſucceſſione excluſi, quàm filiæ fœminæ, & quidem ita, vt dotatæ ſint, ac proinde quatenus dotatæ. Quæ qualitates non reperiuntur in perſona neptis ex filio vt excluſa videri debeat, ſiue metam & ſtrictam verborum proprietatem ſpectes, quia non eſt filia, ſed neptis, ſiue iuſtam illam interpretationem, quæ facit vt filiæ appellatione neptis contineatur, quoniam ipſius pater à quo iuſta illa interpretatio trahere originem deberet, non ſolùm filiationem habuit, ſed etiam ſexum maſculinum, nec proinde vtramque qualitatem & filiationis & fœminitatis, vt ita dicam, tranſmittere potuit in filiam, cùm ipſe fœmina non fuerit, nec præterea filiationem ſine maſculinitate, cum ipſe vtrumque coniunctim habuerit, quòd & filius & maſculus fuit. Illa enim verba *filius maſculus* faciunt vnum compoſitum in filio, ſicut & illa *filia fœmina* faciunt vnum compoſitum in filia, quod totum compoſitum ſi in nepotem neptemve tranſmitti non poſſit,

neque

neque ex parte tranſmittitur. Ergo excluſio ſtatutaria contra filias fœminas inducta, non poteſt porrigi ad neptem ex filio, quia licèt ſit ipſa & neptis & fœmina, non tamen poteſt dici & filia & fœmina ex perſonâ illius qui filius quidem, ſed maſculus fuit. Vtramque enim qualitatem & filiæ & fœminæ neceſſe eſt vt habeat vel ex propria perſona, ſecundùm proprietatem verbi, quod in ea dici non poteſt quæ neptis eſt, non filia, vel ex tranſactione & ex perſona parentis ſui, quod multò minùs dici poteſt, cùm parens maſculus fuit non fœmina. Secus eſt in nepte ex filia: neque in filiæ, neque in neptis perſona quicquam eſt quod impediat, ne vtraque illa qualitas, quæ in filia fuit, vt eſſet & filia & fœmina, tranſmittatur in neptem, quæ & fœmina eſt non minùs propriè quàm mater: & filia, non quidem æquè propriè, cùm ſit neptis, & in ſecundo gradu, ſed per iuſtam interpretationem, quam diuerſitas ſexus non impedit, quomodo impedit in nepote ex filia, & in nepte ex filio: ideóque ſuprà diximus, excluſa † filia fœmina neptem quòque ex filia excluſam intelligi debere, ſi modò aliquis nepos ex filio ſupereſt, quòd eo caſu verificentur verba conditionis illius ſtatutariæ, *extantibus filiis maſculis* in perſona huius neptis ex maſculo, itémque verba illa diſpoſitionis & excluſionis, *filia fœmina non ſuccedat* in nepte ex filio, vtrumque ſcilicet, non ex vera ſtrictáque proprietate ſermonis, ſed ex iuſta interpretatione, dum ne huiuſmodi tam iuſtæ interpretationi per aliud ſtatutum via præcludatur. Vbicunque enim iuſta interpretatio excluſa eſt, non magis nepos ex filio appellatione filij maſculi, aut neptis ex filia appellatione filiæ fœminæ continetur, quàm nepos ex filia appellatione filiæ fœminæ, aut neptis ex filio appellatione filij maſculi.

10

ERROR IV.

De diſtinctione Bartoli circa excluſionem neptis ex filia excluſa.

SVMMARIA.

1 *Diſtinctio Bartoli in propoſita quæſtione de excluſione nepotis ex filia*
2 *Secundum Bart. filia excluditur morte, repudiatione, delicto, fauore alterius.*
3 *Nepos ex filia non illico ſuccedit ex propria perſona vbi mater per mortem aut repudiationem, aut ingratitudinem excluſa eſt.*
4 *Nepos non poteſt ſuccedere ex propria perſona cum auunculo quin teneat primum gradum.*
5 *Nunquam ex ſucceſſorio edicto ſequens gradus cum priore admittitur.*
6 *Ingratitudo filia nepoti nocet, ſi illa auo ſupernixeret.*
7 *Caſus l. ſi quis 34. C. de inoff. teſt.*
8 *Edictum ſucceſſorium nonniſi in ſucceſſionibus inter ſtatis locum habet.*
9 *Vera ſententia l. 3. §. ſi emancipatus D. de bon. poſſ. contr. tab.*
10 *Obiectionem Bart. ex l. 2. §. vlt. D. ad SC. Tertyll. alienam eſſe.*
11 *Filius quando non ſubintret locum matris.*
12 *Falſam eſſe Bartoli propoſitionem, quoties filia propter fauorem alicuius excluditur, nepotes ex ea quoque excluduntur.*
13 *In feudis non ſucceditur ex iure communi, ſed ex feudali.*
14 *Cur nepos ex filia regulariter non ſuccedat in feudo.*
15 *Exemplum teſtamenti militaris quo admittitur Bartolus minus aptum eſſe.*
16 *Praeteritio qualibet militis habetur pro exheredatione.*
17 *Concilatio l. qui iure 9. D. de teſt. milit. cum l. ſicut cerſi C. eod.*
18 *Exheredatio non ſit ſine animo exheredandi, licet poſſit fieri ſine verbis.*
19 *Excluſionem ſtatutariam Bartolus perperam aquiparat exheredationi.*
20 *Excluſa filia per ſtatutum & maſculis ſuccedentibus ex iure communi nepos ex filia quibus caſibus admittatur.*
21 *Statutum non tollit ius commune niſi in quantum vult tollere.*
22 *Cur in ſpecie l. qui iure. D. de teſt. mil. nepos ex filia exheredatus intelligatur.*
23 *Senſus verborum d. l. qui iure.* quiſquis ſibi heres naſcetur.
24 *Agnatione ſui heredis rumpitur teſtamentum quod per filij abrogationem rumpitur.*

BArtolus ad *l. liberorum* 220. *D. de verb. ſign.* poſt propoſitas omnes eas quæſtiones, de quibus iam diximus, concludit numer. 16. non poſſe totam rem hanc De exclusione nepotis ex filia excluſa, bene explicari quin diſtinctio aliqua adhibeatur. Diſtinguit † autem in hunc modum: Quandoque inquit, filia excluditur morte vel repudiatione: † & tunc nepos ex ea ſuccedit ex ſua perſona, idque duplici ratione: Et quoniam adfectio quæ erat in filia, tranſit in nepotem: & quia ceſſat in perſona nepotis ea res quæ obſtabat filiæ. Obſtabat liquidem filiæ, ne ſuccedere poſſet, aut mors, aut repudiatio. Nepos autem neque mortuus fuit, neque repudiauit. Quandoque, inquit, filia excluditur propter delictum proprium & ingratitudinem: Et idem, quòd excluſio filiæ non nocet nepoti, quoniam illa ingratitudo in nepote ceſſat *ex l. ſi quis filium* 34. *C. de inoff. teſtam. leg.* 3. *§. ſi emancipatus. D. de bonor. poſſ. cont. tab. l.* 2. *§. vlt. D. ad SC. Tertyll.* Quandoque filia excluditur propter fauorem alicuius ſiue decedentis, ſiue alterius: & tunc ſicut excludebatur filia, ita nepos ſeu neptis ex ea. Rationem adfert, quia fauor ille durat, filia mortua, ſicut & viua. Prioris partis exemplum adfert ex ſtatuto ciuitatis Eugubij, quo cauetur quod filia dotata non poſſit venire contra teſtamentum patris. Certè idem erit in nepote ex ea. Caſus eſt, inquit, *in l. qui iure militari* 7. *cum l. ſeq. D. de teſtam. milit.* vbi ſi miles, qui vxorem prægnantem eſſe ignorabat, ventrem præterierit, cùm tamen eo animo eſſet, vt quiſquis ſibi naſceretur, is exheres foret, nec proinde videretur de nepotibus ex filio aut ex filia cogitare, tamen nati ex filio filiáue excluduntur, quia fauore militum inductum eſt vt poſſint præterire vel exheredare filios etiam ſine cauſa. Alterius verò patris exemplum ponit in omnibus illis ſtatutis quibus excluditur filia propter fauorem filij maſculi. Certè, inquit, defuncta filia, durat adhuc fauor filij, & ſic excludit etiam nepotem ex ea. Nam ſtatutum quod dicit quòd filia fœmina non ſuccedat exſtantibus maſculis, continet diſpoſitionem in perſona maſculorum, quaſi dicat, *maſculi ſuccedant, & filia fœmina non ſuccedat*, vt *leg. fideicommiſſa* 11. *§. cùm eſſet. de legat.* 3. *& in leg. ratione* 30. *§. tametſi. D. ad legem Falcid.* Licèt ergo nepos ex filia non excludatur vigore illorum verborum, quibus dicitur, *filia fœmina non ſuccedat*, tamen excluditur ex vigore illorum verborum, quibus dicitur, quòd maſculi ſuccedant. Videtur enim alios excludere *leg. cum Prætor* 12. *de iudicat.* Et de hoc videtur caſus collat. 10. *qui feudal. dar.*

dar. poſſ. cap. 1. §. *hæc autem.* vbi ſicut filia fœmina excluditur à feudo, ita & nepos ex ea propter ſubſiſtentem eandem rationem fauoris domini. Hucuſque diſtinctio Bartoli, quæ tamen vix vlla ex parte vera eſt, ſi diligentiùs examinetur, & ex iis quæ nos in præcedentibus diſputauimus, ſatis refellitur. Primùm enim quod
3 ait, Nepotem † ex filia poſſe ſuccedere ex propria perſona, quoties filia excluſa eſt per mortem, vel per repudiationem, vel propter ingratitudinem, aut aliam quamlibet huiuſmodi cauſam quæ locum non habeat in perſona nepotis, id verò non eſt perpetuum. Si enim ſupertit aliquis filius in primo gradu qui poſſit ſuccedere, quique partem facturus erat ſorori, ſi ea non repudiaſſet, séque ipſam à ſucceſſione vel per repudiationem, vel per ingratitudinem excluſiſſet, non poterit nepos ex filia ſuccedere, quanuis neque repudiauerit ipſe neque ingratus fuerit, ſi modò filia patri ſuperui-
4 xerit: quia neque fieri poteſt vt nepos † ſuccedat ex propria perſona cum auunculo, quin teneat primum gradum, quandoquidem filius ipſe eſt primi gradus, plures autem diuerſique gradus concurrere in eadem ſucceſſione nunquam poſſunt, *l.* 2. §. *hæc hereditas*, & *ſeq. D. de ſuis & legit. iunct. l. cùm in teſtamento* 37. *D. de hered. inſtit.* neque vt teneat primum gradum etiam pro parte matris ſuæ, cùm eum gradum mater ipſa aliquando tenuerit, & eo tempore quo iam locus erat ſucceſſioni, quanuis poſtea siue poſt mortem, ſiue per repudiationem deſierit tenere, *l. ſcripto* 7. *D. vnd. liber.* Quæ res etiam facit vt nec per ſucceſſorium edictum
5 ſuccedere hic nepos poſſit, quia nunquam † ex ſucceſſorio edicto ſequens gradus cum priore admittitur, vt ſuo loco diſputabimus. Deinde quod ait idem Bartol. filiæ excluſionem cui cauſam dedit ingratitudo, aut aliud proprium delictum filiæ, non obſtare nepoti qui
6 non ſit conſcius & particeps criminis: falſum † etiam eſt, ſi ponas filiam ſupernixiſſe. Excludetur enim nepos non propter delictum filiæ, ſed propter ipſius ſuperexiſtentiam, extra caſum *d. l. ſi quis filium* 34. *Cod. de*
7 *inoff. teſtam.* vbi Iuſtinianus † contra iuris rationem conſtituit vt querela inofficioſi competens filio exheredato tranſmittatur ad nepotem, etiam non præparata, ſi filius immerenter exhedaretus ante aditã ab herede extraneo hereditatem deceſſerit. Quo tamen caſu obſeruandum eſt non habere nepotem hunc querelam ex propria perſona, cùm nec exheredatus fuerit, nec exheredari debuerit, ſed ex perſona patris, qui & exheredatus fuit, & exheredandus neceſſariò, vel inſtituendus: quique non potuit, quandiu vixit, querelam proponere cùm hereditas nondum adita eſſet, cuius tamen aditionem præcedere oportebat. Alioqui & citra illam Iuſtiniani conſtitutionem obſtitiſſet nepoti non quidem exheredatio, ſed perſona filij qui ſuperſtes patri fuiſſet, neque aut per edictum ſucceſſorium, aut qua alia ratione admitti nepos potuiſſet. Sic & in ſpecie *l.* 3. §. *ſi emancipatus. D. de bonor. poſſ. cont. tab.* nepos ex filio emancipato admittitur ad bonorum poſſ. aui ex perſona quidem propria, & tanquam nepos prætéritus ſuccedens in locum & gradum filij emancipati, ſed mortuo iam patre, vt Vlpianus ait, ac proinde eo tempore quo perſona patris non poterat ei amplius obſtare. Alioqui non poſſet admitti nepos ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ne quidem per ſucceſſorium edictum excluſo poſtea quoquomodo patre,
8 quippe cùm edictum ſucceſſorium † non habeat locum niſi in ſucceſſionibus inteſtati, ad quas non pertinet bonorum poſſeſſio contra tabulas, quæ dicitur eſſe, & eſt ex teſtamento, §. *ſunt autem. Inſtit. de bonor. poſſ.* Et tamen in ea quoque ſpecie ingratitudinem, aut delictum filij, qui vxorem non ex voluntate patris duxerat, obſtare nepoti apertè vult Vlpianus, cùm ait potuiſſe auum vti iure ſuo, ſi voluiſſet, ac ob delictum filij nepotem hunc exheredare. Nam quod ibidem ſequitur eum † qui de inofficioſo cogniturus eſt, non
9 mi nùs in hoc nepote merita ipſius nepotis, quàm patris delicta perpenſurum eſſe, non hunc ſenſum habet, quem plerique putant, vt ex delicto filij nepos iſte exheredari non debuerit, ſed illum potiùs, vt ſi de auo ſuo bene meritus probetur, magis ei prodeſſe debeant apud ius dicentis æquitatem propria merita, quàm nocere patris demerita: quæ tamen proculdubio ei nocebunt, ſi neque meritum, neque demeritum ſe probet, cùm alioqui non aliter iuſtè exheredatus dici poſſet, quàm ſi demeritus probaretur. Aliud enim longè eſt non mereri, aliud demereri, ſicut & aliud eſt mereri, aliud non demereri, *l. cùm quidam* 24. *de leg.* 2. Non eſt igitur perpetuò verum quod vult Bartolus, certè non probatur ex *d.* §. *emancipatus*, delictum filij non nocere nepoti. Neque verò in ea ſpecie filius erat excluſus propter delictum, ac neque propter exheredationem, ſed tantùm per mortem, quia deceſſerat ante auum: vnde eſt, quòd nec in ea ſpecie tractari poteſt de edicto ſucceſſorio, vt ſequenti capite contra Bartolum & cæteros defendemus. Nec rurſus ad rem
10 facit † quod Bart. obiicit ex *d. l.* 2. §. *vlt. D. ad SC. Tertyl.* vbi ſcriptum eſt, matre excluſa propter delictum proprium à ſucceſſione filij impuberis, cui non petiit tutorem, admittendos eſſe eos qui poſt illam proximiores reperiuntur, & qui, ſi ea non eſſet, primo gradu admitterentur. Non enim ea res vocat ipſius filios, qui ſcilicèt cùm non ſint cognati niſi per fœminam, non poſſunt ſuccedere iure ciuili: neque iure prætorio, niſi poſt agnatos, & cum reliquis cognatis eiuſdem gradus: quia non ſubintrat filius † locum matris, cùm de
11 ſucceſſione deſcendentis, id eſt, cùm mater potuit ſuccedere tanquam mater, ſed cùm agitur de ſucceſſione aſcendentis, id eſt, cùm mater potuit ſuccedere tanquam filia, quoniam non ſicut filiatio, ita & maternitas tranſmitti poteſt ad liberos. Ex quo apparet leges omnes à Bartolo in hanc rem citatas à propoſito tractatu eſſe alienas. Quod verò ſubiungit Bartolus, quoties
12 filia † propter fauorem alicuius excluditur, nepotes quoque ex ea ſuſceptos ſimiliter excluſos intelligi debere, quòd mortuâ filiâ perinde ea viua duret fauor, æquè falſum eſt. Nã tum quoque cùm propter alicuius fauorem filia excluditur, inſpiciendum maximè eſt, an eadem ratio excluſionis quæ locum habet in filia, habeat etiam in nepote. Si enim non habeat locum in nepote, puta quòd ſtatutum in fœminis excludendis non tam ad agnationem conſeruandam quàm ad ſexum reſpexerit, licèt viuant maſculi, quorum fauore excluſa filia eſt, non eo minùs tamen admitti debent nepotes ex filia, qui perinde ſunt maſculi, omnibúſque oneribus & muneribus pro republica ſubeundis æquè idonei, ac ſi ex maſculo ſuſcepti eſſent. Qui enim fauores maſculorum contra filias, quia ſunt illæ fœminæ, non idem poteſt eſſe contra maſculos ex fœminis, qui licèt ſint ex fœminis, maſculi tamen ſunt, non fœminæ. Fateor, cùm per ſtatutum excluſæ ſunt fœminæ propter maſculos, nunquam poſſe dici ad ſucceſſionem inuitatos fœminarum liberos, quanuis maſculos, cùm ſint ex fœminis quæ ſunt excluſæ. Sed dico, non ob id minus poſſe illos ſuccedere iure communi, ſi ex iure communi ſuccedatur, quia vt iure communi poſſint ſuccedere, ſufficit quòd per ſtatutum excluſi non ſint quanuis nec fuerint inuitati. Non poſſunt autem dici excluſi ob fauorem maſculorum cùm ſint illi æquè maſculi, nec niſi filias fœminas, id eſt, non tam quaſi filias, quàm quaſi fœminas ſtatutum excluſerit. In eóque alius & grauior Bartoli error eſt, quòd putat in propoſitis ſpeciebus maſculos ex ſtatuto ſuccedere tanquam vocatos, & non ex iure communi, quod non ita eſſe oſtendimus ſatis ſupérque in ſuperioribus. Eodémque pertinet etiam quod idem Bartolus tanquã ſimile adfert de feudo, in quo ſicut nõ ſuccedit filia, ita

ne

13 neque nepotes ex ea ſuſcepti. Hoc enim fit, quia † in feudis non ſucceditur ex iure communi, hoc eſt ex lege duodecim tabularum, aut ex Iuſtiniani, aliorúmue Imperatorum conſtitutionibus, ſed ex alio iure quod peculiare ac proprium eſt feudorum, quod ius tale eſt vt ad feudi ſucceſſionem admittantur ij ſoli, non qui ab ea ſucceſſione ſpecialiter excluſi non ſunt, ſed qui ad eam fuerunt inuitati. Itéque ſi quæras, cur nepos ex
14 filia † regulariter non ſuccedit in feudo, non reſpondebo cum Bartolo, quia ſiue viua, ſiue mortua filia idem ſemper duret fauor maſculorum, propter quos filia excludebatur, cum nepos æquè ſit maſculus, ac nullo proinde odio dignus, aut contra quem cæteris maſculis faueatur. Sed quia non poteſt videri ad feudum inuitatus per matris excluſionem, quamuis nec idcircò fuerit per ſtatutum excluſus. At in caſu noſtro ſufficit e contrario quod non fuerit excluſus, licet nec fuerit inuitatus, cum ſuccedatur à cæteris maſculis ex iure communi, & poſſit ille ex eodem iure communi ſuccedere tanquam repræſentans gradum matris, licèt excluſa, ſi aliud nihil obſtet. Suauis verò eſt Bartolus, cùm adfert
15 † exemplum teſtamenti militaris, vt probet excluſa per ſtatutum filia, etiamſi ſtatutum non cogitauerit de excludendo nepote ex filia, eum tamẽ excluſum intelligi debere fauore teſtatoris ſi ad fauorem teſtatoris ſtatutu reſpiciat, quomodo reſpici illud quo cauetur vt exantibus maſculis fœmina non poſſit venire contra teſtamentum patris. Nam in ſpecie *l. qui iure militari 7. & ſeq. D. de teſt. milit.* id eſt, cum miles teſtari volens iure militari, heredem extraneum inſtituit, nemine quidem exheredato, ſed eo tamen proposito, vt quiſquis ei naſceretur, aut quaſi agnaſceretur ſuus heres exheres eſſet: verum quidem eſt, nepotem quoque ſiue ex filio ſiue ex filia, qui in parentis ſui locum ſucceſſit, pro exheredato habendum eſſe, ſed id non fit, quia patrem aut matrem ipſius teſtatoris exheredauerit, de ipſo autem nepote non cogitauerit, vt Bartolus putat: ſed quia mi-
16 litis priuilegium illud eſt, vt omnes † quos neque inſtituit, neque exheredauerit, ſi tales erunt, qui vel inſtitui vel exheredari debuerint, hoc ipſo quod præteriti ſunt, exheredati eſſe intelligantur. Nec enim dubitari poteſt quin ſaltem præteriti ſint omnes qui neque inſtituti ſunt, neque exheredati, ſiue conſultò, ſiue per obliuionem præteriti proponantur. Atqui præteritio quælibet militis habetur pro exheredatione, *l. ſi patronus 12. in princip. l. Paulus reſpondit 47. §. vlt. D. de bonor. libert.* ſcilicet dum ea mente ſit miles vt neminem velit habere heredem ex iis quos alioqui lex ei datura eſſet, etiamſi neſciat quis ille futurus ſit, vt omnium optimè probat quod ſcribitur in *d. l. qui iure, &*
17 *ſeq.* quæ leges † ita conciliandæ ſunt, *l. ſicuti certi, & ſeq. C. eod.* in quibus dicitur, ſi patet miles ignorans ſe filium habere, alios ſcribat heredes, non obeſſe filio ademptam hereditatem, ſed minimè valente teſtamento, eum, ſi ſit in poteſtate, ad ſucceſſionem venire. Non enim, ſicut per obliuionem quis præteriri poteſt, ita & exheredari, quia præteritio ex facto ipſo, aut potius ex non facto, exheredatio verò non niſi ex mente exheredandi æſtimatur, tum quoque cum ſilentio fit, vt loquitur Vlp. in *d. l. ſi patronus.* Et in ſumma exheredatio
18 † poteſt fieri à milite ſine verbis, vt & à matre, & ab aliis omnibus, quorum præteritio pro exheredatione habetur, §. *mater. Inſtitut. de hereditat. liber.* ſed non ſine animo exheredandi, ne à milite quidem. At
19 excluſio ſtatutaria, † quam Bartolus æquiparat exheredationi, non poteſt fieri ſine verbis, cùm per eam abrogandum ſit ius commune, quod ſine verbis uſque expreſſis abrogari nunquam poteſt. Conſequens
20 igitur eſt, vt quamuis per ſtatutum excluſa ſit † filia, & quidem fauore maſculorum, ſi tamen nihil de nepote ex filia dictum ſit, cæterique maſculi propter quos filia per ſtatutum excluditur, non ex ſtatuto & priuilegio ſuccedant, ſed ex iure communi, hunc quoque nepotem ex filia perinde ad ſucceſſionem admitti oporteat, ac ſi ſtatutum tale nullum eſſet, iis nimirum caſibus, quibus ſecluſo ſtatuto poſſet admitti ad ſucceſſionem aui, vel ſolus, vel cum auunculis, id eſt, quando à matre quæ ante auum defuncta eſſet, non præuerteretur. Sempet enim hunc caſum excipio quoties auunculi viuunt, quorum fauore excluſa eſt filia, ne alioqui quantum ad nepotem noceat iis excluſio quibus faucre ſtatutum voluit. Eaque in proposito differentia eſt inter teſtamentum & ſtatutum, quod facto teſtamento quiſquis ex eo non admittitur ad ſucceſſionem hoc ipſo excluſus intelligitur: cùm alij ex teſtamento ſuccedere iure communi non poſſint, quàm qui ex eo ipſo teſtamento ſunt vocati, ſublata ſcilicet in totum ſucceſſione inteſtati per teſtamentum. At ita concepto ſtatuto, vt extantibus maſculis filia fœmina non ſuccedat, non quiſquis per ſtatutum non admittatur ad ſucceſſionem, hoc ipſo ſtatim à ſucceſſione excluſus per ſtatutum intelligitur, quia nihil vetat ſupereſſe ei ius commune, ſi ſtatutum, vt in caſu noſtro excluſionem duntaxat, non etiam vocationem induxerit. Nec enim ſtatutum † tollit ius commune niſi in quantum 21
vult tollere, tametſi poſſet tollere in totum ſi vellet. Ergo ſi quæratur, cur in ſpecie *dict. l. qui iure, & ſeq. D. de teſtam. milit.* nepos † ex filio exheredatus intel- 22
ligatur, cum nihil de eo dictum fuerit in teſtamento: non dicam cum Bartolo, quia ſuſceptus ſit ex ea perſona quam pater voluit exheredare, id eſt, ex filio de quo ſolo exheredando pater cogitauerit: ſed quia de nepote quoque illo excludendo teſtator cogitauit, cum ponamus fuiſſe illum eo proposito, vt quiſquis ſibi heres alioqui futurus eſſet, is exheres eſſet. Quanquam enim iam tum quoque hic nepos natus fuiſſet, necdum tamen in ea cauſa eſſet, vt heres fore ſperaretur, quoniam à patre ſuo anteuertebatur, vt nihilominus de ipſo quoque excludendo miles cogitauerat, qui ſucceſſorem inteſtati quemlibet excludere voluerat, quiſquis tandem ille eſſet: vt quemadmodum codicilli ab inteſtato facti locum habent quiſquis heres ſit, quoniam ab inteſtato vnus tantum caſus eſt *l. ab inteſtato 16. D. de iur. codicill.* ita & exheredatio quam miles facere voluit cuiuſlibet ſui heredis omnes perſonas comprehendat: quæ aliquo caſu poſſint ſui heredis locum tenere, ſiue iure proprio, ſiue in alterius locum ſuccedendo. An enim tertè credendus eſt minus exheredatum voluiſſe illum, qui ſuus heres poſtea fieret, quàm eum qui tum eſſet, aut certè qui tum ſui heredis locum teneret? Habetur itaque hic nepos pro exheredato, non quia ſucceſſerit in locum filij eiuſdémque patris ſui, de quo excludendo auus cogitauerat, vt putat Bar. ſed tanquam ea propria ſua perſona exheredatus, quia ſuccedendo in locum patris prædefuncti cœpit ille tenere primum locum in cauſa ſucceſſionis inteſtati, atque ita ex iis perſonis eſſe, quas excludere miles voluit per tacitam, ſolóque ſilentio factam exheredationem. Et malè Bartolus, vt probet militem de hoc nepote excludendo non cogitaſſe, mouetur ex illis verbis legis, *quiſquis ſibi naſcetur heres*, inferens ex dictione *ſibi* non poſſe hunc nepotem iis verbis contineri, quippe qui patri ſuo non auo naſcatur. Nam præter id quod auo quoque naſci dicitur nepos, qui naſcitur ex filio etiam poſt mortem aui, vt videre eſt in formula Galli Aquilij, *qui mihi naſcetur ex eo poſt mortem meam nepos. l. Gallus 29. in princip. de liber. & poſthum.* obſeruandum † eſt 23
ea verba *quiſquis ſibi naſcetur* pertinere ad ſpeciem, de qua in *dict. l. qui iure*, vbi vxor erat prægnans, non ad illam, de qua leg. ſequent. vbi mutato caſu tractatur de tacita exheredatione filij poſt teſtamentum adrogati, aut nepotis in patris ſui locum ſubſtituti. In quibus caſibus mutanda ſunt verba legis præcedentis, retento

tamen eodem propoſito & animo militis iure militari teſtantis, vt exheredem faceret, non quiſquis ſibi naſceretur, ſed quiſquis ſibi quoquomodo ſuus heres futurus eſſet. Illa enim verba, *quiſquis ſibi naſceretur*, non ſunt verba teſtamenti, neque teſtatoris, ſed iuriſconſulti ſupponentis & explicantis propoſitum teſtatoris, quale illud eſſe neceſſe eſt, vt poſthumus non per oblivionem, ſed mala mente & exheredandi animo præteritus intelligatur, cùm in ea ſpecie militis vxor prægnans eſſe proponeretur. Proinde ſi mutes ſpeciem, & fingas nullam huic militi vxorem tum fuiſſe, ſed animum dumtaxat adrogandi extranei, vt eum filij loco haberet, aut iam eo tempore natum ei fuiſſe filium ex quo habebat etiam nepotem, erit quidem retinendum idem propoſitum teſtatoris, vt filius poſtea adrogatus, itémque nepos, qui in filij locum ſucceſſerit, exheredari videantur, ſed aliter tamen explicandum, ita nimirum vt habuerit miles propoſitum exheredandi, quiſquis ſibi ſuus heres futurus eſſet. Cur enim reſtringemus voluntatem militis ad caſum naſcituri poſthumi, qui nullus ſperari poſſet, vbi nulla eſſet vxor prægnans? Quanquam iis quoque verbis retentis adhuc facilè Bartoli obiectio euitari poſſet. Nam & qui per adrogationem fit filius, & qui ſuccedendo in locum patris ſui ex nepote locum filij tenere incipit ſicuti nunc primùm fit ſuus heres, ita & in ea qualitate naſci quodammodo videtur: vnde eſt quod dicimus
24 agnatione † ſui heredis rumpi teſtamentum, quod per filij adrogationem rumpitur, *l. verum eſt 8. D. de iniuſt. rupt.* itémque quaſi agnatione ſui heredis, quoties in locum filij ſuccedit nepos qui præteritus fuit, *l. poſthumorum 13. D. eod. d. l. Gallus 29. §. ſequenti parte. de liber. & poſth.* Ex his apparet quàm inſulſa & inepta ſit tota iſta diſtinctio Bartoli.

ERROR V.

De ſucceſſorio edicto in querela inofficioſi teſtamenti.

SVMMARIA.

1 *An edictum ſucceſſorium locum habeat in querela inofficioſi teſtamenti.*
2 *Accurſij ſententia negatiuam tuentis.*
3 *Contraria Bartoli & aliorum aſſertio.*
4 *Accurſij ſententia vt verior ab autore probatur.*
5 *Edictum ſucceſſorium ad quam ſucceſſionem pertineat.*
6 *Edicti ſucceſſorij proponendi ratio.*
7 *Querela inofficioſi nec competit nec exercetur niſi poſt aditam hereditatem.*
8 *Expenditur l. ſi is qui 31. D. de inoff. teſt. quam Bartol. pro ſua ſententia adducit. & numero decimo tertio.*
9 *Non omnis ſucceſſio inducit ſucceſſorium edictum.*
10 *Edicti ſucceſſorij tempus.*
11 *Querela inofficioſi proponenda tempus.*
12 *Succeſſorium edictum interpretes à bonorum poſſeſſionibus ad hereditates perperam tranſtulerunt.*
14 *Sententia l. pater filium 14. D. de inoff. teſt. quæ abutuntur Bartoli ſectatores.*
15 *Succeſſio æſtimatur ex perſona illius cuius eſt ſucceſſio, querela ex perſona eorum quibus teſtator iniuriam fecit.*
16 *Alia ratio cur ſucceſſorium edictum in querela inofficioſi locum non habeat.*
17 *Filius tempore excluſus à proponenda querela non auditur poſtea eam propoſiturus vt agnatus aut cognatus.*
18 *Fratri quando competat querela inofficioſi.*
19 *Quibus competat querela. & n. 27*
20 *Nepoti ex filio qui teſtatori eidemque patri ſuo ſuperſtes fuit querela inofficioſi non competit.*
21 *Iniuria vni facta nunquam alteri querelam præbere poteſt.*
22 *Vt querela filio competens poſſit etiam non præparato transmitti ad nepotem à Iuſtiniano inductum eſt.*
23 *Baldi commentitia verborum l. 34. C. de inoff. teſt. interpretatio reiecta.*
24 *Commodius eſt venire ad querelam ex propria perſona quàm ex aliena.*
25 *De patris delicto in cauſa neporis quando quæratur.*
26 *Nepos ex filio ſuperſtite qui querelam propoſuit ſuccumbit ſi pater eius probetur ingratus.*
27 *Qui querelam habet ex propria perſona vel tanquam præteritus, vel vt exheredatus eam habet.*
28 *Bartolus perperam ſtatuit omnes perſonas in quas dominium defuncti non continuatur ipſo iure ſi præteritæ fuerint, habendas pro exheredatis.*
29 *Nepos ex filio ſuperſtite etiam hodie impunè præteriri poteſt. & n. 31.*
30 *Nepos ex filio ſuperſtite cùm eſt præteritus non habet querelam ex propria perſona tanquam exheredatus.*
31 *Querela non datur præterito niſi habeatur pro exheredato.*
32 *Sanctio Iuſtiniani in l. ſi quis 34. C. de inoff. teſt.*
33 *Querela ante aditam hereditatem repudiari non poteſt.*
34 *Caſus quibus interpretes querelam non competere nepoti ex filio ſuperſtite aſſerunt reiiciuntur.*
35 *Actionem ad ſupplementum Iuſtinianus ſubſtituit in locum querelæ.*
36 *Nepos ex filio ſuperſtite licet exheredatus nullo caſu habet querelam ex propria perſona. & n. 40.*
37 *Inutilis eſt querela ei qui nullo caſu poſſit ſuccedere ab inteſtato.*
38 *Baldi ſententia explosa.*
39 *Exheredatio nepotis filio ſuperſtite eſt inepta & illuſoria.*
41 *Verborum l. pen. D. de inoff. teſt. an ſequens admittatur videndum, vulgaris interpretatione reiecta, & vera ſententia allata.*
42 *Edictum ſucceſſorium ordinem ſucceſſionis inteſtati ſequitur.*
43 *Ad querelam inoff. quo ordine admittantur pater, auus, & frater teſtatoris.*
44 *Pater & frater an hodie concurrant in querela inoff. teſt.*
45 *Obiectio qua nonnulli confingunt ſucceſſorium edictum locum habere in querela.*
46 *Reſponſio auctoris.*
47 *Querela inoff. malè confertur cum ſucceſſione inteſtati prætoria. & n. 48.*

PErtinet hæc quæſtio ad interpretationem §. *ſi emancipatus. l. 3. D. de bonor. poſſeſſ. contr. tabul.* de cuius ſententia cœpimus dicere capite præcedenti. Sic enim præfari placet, ne quis putet nos omnino extra rem nunc interſerere hanc quæſtionem: quæ tamen per ſe celebris eſt & frequens apud interpretes noſtros: proinde digna quæ à nobis non negligatur. Quæſtio illa eſt, † 1
An edictum ſucceſſorium habeat locum in querela inofficioſi teſtamenti. De qua tractat Bartolus pleriſque locis præſertim ad *d. §. ſi emancipatus. num. 3. D. ad l. in ſuis. 11. num. 9. D. de liber. & poſthum.* itemque ad *l. ſi quis poſthumos. §. 1. num. 2. eod.* vbi vocat dubium hoc difficile. Habuit enim diſſentientes veteres gloſſatores, Accurſ. † in *d. l. ſi quis poſthumos. §. 1.* 2
defendit non eſſe locum ſucceſſorio edicto in querela inofficioſi

Digitized by Google

inofficioſi teſtamenti : & quoniam obſtare videbatur Papinianus in *l. ſi pater filium.* 14. *D. de inoffic. teſtament.* in illis verbis *quod ſi contra filios iudicetur, pater ad querelam vocatur,* cogitur ille interpretari *querelam,* id eſt, inquit, *contra tabulas*, quam interpretationem Bart. in *d. l. in ſuis*, refert ſuo tempore communiter ab omnibus interpretibus probatam fuiſſe. Ipſe verò ſu-
3 pradictis + omnibus locis contendit edictum ſucceſſorium habere locum etiam in querela inofficioſi teſtamenti : mouetúrque ex *d.* §. *ſi emancipatus & ex d. l. pater filium.* 14. *& l. ſi is qui.* 31. *in princip. de inoffic. teſtament.* eaque Bartoli ſententia, quæ & Dyni primum fuit in *capit. non debet aliquis. Extr. de regulis iur. lib.* 6. & Cyni *in l. ſi quis filium* 34. *Cod. de inoff. teſtament.* hodie communiter recepta eſt, vt nec ferè in cæteris à Bartolo diſſentire facilè quiſquam audet. Ego
4 verò † Accurſij ſententiam autim veriſſimam dicere.
5 Nam edictum ſucceſſorium, + ſi Prætoris mentem & edicti poteſtatem inſpicias, non pertinet nili ad bonorum poſſeſſiones ab inteſtato, non etiam ad ſucceſſiones iuris ciuilis, multò minùs ad querelam inofficioſi teſtamenti, quæ ſicut ab inteſtato locum [illegible] nunquam poteſt, ita & iuris ciuilis tota eſt, nec quicquam commune habet cum iuriſdictione prætoris, niſi quod prætor eam bonorum poſſeſſionem, quæ litis ordinandæ gratia dicitur, defert emancipato exheredato immerenter, vt fiat ille capax querelæ proponendæ, cuius alioquin eſſet incapax vt & omnium cæterorum quæ ſunt iuris ciuilis, cui incogniti fuere emancipati, *leg. poſthumus* 6. §. *vlt. l. Papinianus* 8. *in princip. D. de*
6 *inoff. teſtam.* † Et vero cùm edicti ſucceſſorij proponendi non alia ratio fuit, quàm quæ aduertit ab Vlpiano in *l.* 1. *in princip. D. de ſu. ſepul. edict.* ne bona hereditaria vacua & ſine domino diutiùs iacerent, & vt maturius poſſent creditores ſcire rerum hæredes eſſent, cum quo congrederentur, an verò bona vacantia fiſco delata eſſent, an potius ad poſſeſſionem bonorum procedere deberent, quaſi debitore mortuo ſine hærede aut ſucceſſore, apparet nihil horum omnium dici poſſe quan-
7 tum ad querelam † inofficioſi teſtamenti, quæ ſcilicet nec exercetur, nec competit niſi poſt aditam hereditatem, *d. l. Papinianus* 8. §. *ſi conditioni d. l. ſi quis filium* 34 *in fin. Cod. eod.* ac proinde eo tempore quo mora creditoribus fieri amplius nulla poteſt, quorum nec quicquam intereſt vbi ſuum acceperunt, an vincat & obtineat is qui querelam propoſuit, an ſuccumbat : cùm repetitio nulla ſit ab eo qui ſuum recepit, tametſi ab alio quàm à vero debitore ſolutum fuerit, *l. repetitio.* 44. *D. de condict. indeb.* Nec ſanè vllo iuris noſtri loco reperias quenquam ex veteribus illis prudentibus vſque adeò ineptire, vt de hoc vel tantillum dubitauerint (tantum abeſt vt quæſtionem hanc tantopere arduam, & difficilem eſſe crediderint) aut quod abſurdius fuiſſet, vt exiſtimauerint aut dixerint vnquam quod Bartolus & alij adhtimant, in querela inofficioſi teſtamenti edicto ſucceſſorio locum eſſe. Videamus ergo quid Bartolum, aliſque interpretes in tam abſurdum errorem deducere potuerit. Rationem enim nullam prorſus adferunt, nec vllum rurſus iuris locum, in quo fiat mentio edicti ſucceſſorij, & querelæ. Adferunt tam ſupradictos iuris locos, quibus putant id
8 ipſum probari poſſe. Primus eſt, † qui magis vrgere videtur in *d. l. ſi is qui penultim. D. de inoff. teſtament.* vbi Paulus ſcribit, ſi is qui admittitur ad accuſationem, nolit, aut non poſſit accuſare, poſſe admitti ſequentem, vt fiat ſucceſſioni locus. Sic enim poſtrema hæc verba accipiunt ac ſi ſcriptum eſſet, *vt fiat locus ſucceſſorio edicto* : in quo errant manifeſtiſſimè. Non enim ſicut edictum ſucceſſorium dicit ſucceſſionem, ita omnis
9 † ſucceſſio dicit vel inducit edictum ſucceſſorium. Alioqui eodem modo inducendum erit tempus edicti ſucceſſorij, atque ita concludendum, eum qui ſiue priore, ſiue ſequente loco admitteretur ad querelam, non niſi intra centum dies, aut ad ſummum intra annum admitti debere. Hoc † enim ſucceſſorij edicti 10
tempus eſt, *d. l.* 1. §. *ſi intra, & §. largius. eod. tit.* & tamen nuſquam ita ſcriptum reperias, ſed generaliter proditum querelam † inofficioſi teſtamenti non niſi 11
quinquennio fieri, *d. l. Papinianus.* §. *vltim. & leg. ſeq. D. de inoff. teſtam.* vt ſolent tempora iuris prætorij eſſe breuiora, quàm quæ ſunt a iure ciuili præſtituta. Quod ab interpretibus noſtris non bene obſeruatum, magnis erroribus cauſam præbuit inter quos ille quem nos refutauimus. Decade 3. Errore 8. quo induxerunt † vt 12
edicti ſucceſſorij poteſtas à Prætore introducta in bonorum poſſeſſionibus, transferatur ad hereditates, ita vt filius à patre heres inſtitutus, habeat hodie triginta annos ad ſuccedendum iure heredis ſcripti, deinde alios triginta annos ad ſuccedendum ab inteſtato iure filij, ex capite Vnde liberi, rurſum alios triginta annos ad ſuccedendum iure agnati, & ex capite Vnde legitimi : poſtremo alios triginta annos ad ſuccedendum iure cognati, & ex capite Vnde cognati. Quo ſtultius nihil dici poteſt, & à iuris ratione, adeóque à Prætoris mente alienius. Quid ergo ſibi vult Paulus † in d. l. penultima? 13
Hoc vnum quod nemo negauit, ſi plures ſunt perſonæ diuerſorum quidem graduum, ſed quibus tamen omnibus competat querela inofficioſi teſtamenti, propterea quod fuerint immerenter exheredatæ competat autem ex ordine, prout quiſque prior aut poſterior admittendus eſſet ad ſucceſſionem inteſtati. Admittendos quidem priore loco eſſe illos qui in priore gradu ſunt, ſed iis ſine tempore, ſiue repudiatione, ſiue alio quoquo modo exclusis, ſequentes admiti tanquam in priorum locum ſuccedentes, ita tamen vt non ex perſona prioris conqueratur poſterior, neque ex iure prioris gradus, ſed ex perſona propria, & ex proprio gradu : quod in edicto ſucceſſorio diuerſum eſt. Ex eo namque poſt priorem gradum admittitur ſequens, qui nullum ius habuit quandiu prior excluſus non fuit. Adeo fuit neceſſarium edictum ſucceſſorium, vt ſuccedendi ius haberet is qui alioqui ſuccedere nullo modo potuiſſet. Exemplum autem ad Paulum adferri non aliud melius, aut elegantius poteſt, quàm ex † *l. pater filium* 14. *eod.* 14
qui alius locus eſt, quo interpretes abuntur. Pater, inquit Papinianus, filium emancipauit, & nepotem ex eo retinuit. Emancipatus ſuſcepto poſtea filio, atque ita duos habens filios, vtroque exheredato & patre prætereunte vita deceſſit. In quæſtione inofficioſi teſtamenti præcedit cauſa filiorum, quia & ab inteſtato potior eſt eorum cauſa quàm patris. Itaque patris intentio interim pendet, quandiu liberi aut excluſi, aut condemnati non ſunt. Poſtquam verò contra filios iudicatum eſt, tum demum pater ad querelam vocatur, & ſuam intentionem implere poteſt, id eſt, inofficioſi querelã proponere, quæ tam inde à die aditæ hereditatis ei patri competere : adeo vt ſilentibus liberis potuiſſet ille ius ſuum ſtatim exequi, & teſtamentum rumpere, quamuis ea victoria poſtea non tam patri, quàm liberis eſſet profutura, *d. l. poſthumus.* 6. §. 1. *eod.* nimirum ſi facto patre familiàs inteſtato liberi ipſi ſuccedere & poſſent, & vellent idcóque ſic Papinianus ſcribit *præcedente cauſa filiorũ*, id eſt, liberis priore loco querelam proponentibus, quia cùm priores agunt illi qui priores ſuccedere poſſunt, nemo ex ſequentibus admitti poteſt ad accuſationem, quãuis ſit publica (neque enim plures vnquã eodẽ tempore admiti poſſunt) At ſi liberi tacerent, quamuis non eſſent excluſi à iure proponendæ querelæ, pater tamen non prohiberetur ius ſuum exequi, & quidẽ ex propria perſona. Quis enim eum repelleret, cùm nec poſſit quiſquam repellere accuſatorem, qui nullo modo, nullóque caſu ſucceſſurus ſit ab inteſtato, *d. l. poſthumus* 6. §. 1. Ex eo igitur apparet admitti patrem poſt libetos, non ex edicto ſucceſſorio, ſed tanquam cum eo non mirorem

iniuriam fecerit teſtator,cùm eum præteriit,quàm liberis,cùm eos exheredauit. Et ſicuti alia eſt iniuria quæ fit patri à teſtatore,alia quæ liberis: ita & aliud eſt ius querelæ,quæ patri,alia eius quæ liberis competit.Nec quòd vtraque ſimul proponi non poteſt, facit vt alia ex alia pendeat,aut vt vna eademque querela eſſe exiſtimetur: at in edicto ſucceſſorio vna eademque ſucceſſio eſt,quæ liberis, quæ agnatis,& quæ cognatis defertur, licèt diuerſorum graduum perſonis,& ex diuerſis gradibus de-
15 feratur. Succeſſio † enim æſtimatur ex perſona illius, cuius ſucceſſio eſt,qui vnus eſt. Querela autem ex perſonis eorum,quibus teſtator iniuriam fecit, quæ perſo-
16 næ plures eſſe poſſunt.Sed etſi edictum ſucceſſorium † in querela locum haberet, ſequeretur quòd liberi qui à proponenda querela tempore excluſi eſſent tanquam liberi,adhuc tamen audiri deberent tanquam agnati, & rurſus tanquam cognati. Nam & in ſucceſſorio edicto idem euenit, vt qui prior vocatur, non minùs ſibi ipſi ſuccedat,quàm alij poſteriores ei ſuccedant, *d. l.* 1. §. *ſed videndum. D. de ſucceſſ. edict.* Atqui in querela hoc cui-
17 denter falſum eſt.Qui enim querelam proponere † potuit tanquam filius,ſi tempore excluſus ſit,non auditur poſtea ſi eam velit proponere tanquam agnatus, aut tanquam cognatus: quia nec facta ei eſt iniuria tanquam agnato,aut tanquam cognato, ſed tanquam filio, cùm nec agnatis, nec cognatis, qui ſunt vltra fratrem poſſit vlla fieri iniuria propter quam poſſint habere ſpem obtinendi,*l.* 1. *eodem*,niſi caſu fortuito,& per imperitiam aut iniuriam iudicis, *d. l. poſthumus.* §. 1. *eod.*
18 nam nec frater ipſe habet † querelam: niſi inſtituta turpi perſona, aut quæ laboret ſaltem aliqua vel leui maculæ nota, *l. fratris* 1 *l. fratres* 27. *C. eo.* Alij ſiquidem
19 non habent † querelam,quàm qui vel inſtituendi ſunt, vel iuſtè exheredandi: vt ſummoueantur à ſucceſſione, quæ ipſis, aut iure naturæ,aut ſaltem iure miſerationis debetur: quorum alterum conuenit liberis,alterum parentibus,*l. nam etſi* 15 *eod. l. ſcripto* 7. §. *fin. D. vnde liber.* neutrum fratribus conſanguineis, multò minùs agna-
20 tis. At neque nepoti † ex filio, qui teſtatori, eidémque patri ſuo ſuperſtes fuit. Nec enim eius,qui filium,& ex eo nepotem vtrumque ſuperſtitem habet,ſucceſſio poteſt deberi nepoti, quippe quem pater, idémque filius mortis tempore anteuertit *d. l. ſcripto in princ.* Nec proinde facit nepoti iniuriam auus, qui nepotem præterit aut exheredat,ſiue filium ipſum inſtituerit, ſiue exheredauerit, cùm nullo iure teneretur nepotem inſtituere, aut exheredare, niſi in caſum legis Velleiæ, id eſt, ne ſi fortè poſteà ſuccederet in locum filij viuo adhuc auo, teſtamentum quaſi agnatione ſui heredis rumperetur, *l. Gallus* 29. §. *ſequenti parte. & §. videtur. D. de lib. & poſthum.* Quòd ſi nullam auus fecit iniuriam nepoti ex filio ſuperſtite,cum nepotem ipſum præteriit vel exheredauit, non poteſt dici quo iure debeat ille admitti ad querelam ex propria perſona: ex perſona verò filij exheredati,eiuſdémque patris ſui multò minùs poteſt ad-
21 mitti, quoniam iniuria † facta, nunquam alteri querelam præbere poteſt: adeò vt ne quidem pater poſſit inſtituere querelam nomine filij,eo inuito, quoniam filij non patris iniuria eſt, *d. l. Papinianus.* 8. *in principio.* vbi additur,quod magis eſt,ſi filius poſt agnitam litis ordinandæ gratia bonorum poſſeſſionem deceſſerit ſuperſtite patre, adhuc dicendum eſſe non poſſe admitti patrem, ſed finitam inofficioſi querelam, quæ non patris, ſed filiæ nomine dabatur. Etſi enim videtur præparata querela cum filius bonorum poſſeſſionem accepit litis ordinandæ gratia, *d. l. poſthumus* 6. §. *fin.* id tamen eò pertinet vt querela præparata poſſit tranſmitti ad heredem aliúmve quemlibet ſucceſſorem,cuius eadem cum defuncto perſona videri poſſit. At patet neque heres, neque ſucceſſor filij eſt.Cum ergo nec nepos poſſit dici heres filij, quem nos ponimus & ſuperſtitem, & à iure proponendæ querelæ excluſum eſſe, multò minus poteſt ex perſona patris ſui conqueri de inofficioſo teſtamento aui. Imò nec ſi pater eius deceſſiſſet, poſtquam excluſus fuiſſet, quia non poteſt admitti ius quod iam repudiatũ alitérue amiſſum fuit, *l. ſi quis filium* 34. *C. de inoffic. teſtam.* Sed & ſi pater nunquam ex cluſus fuiſſet à querela,deceſſiſſet tamen ante eam præparatam,nullo iure poterat olim nepos ad querelam admitti neque ex propria, neque ex patris ſui perſona, nec ſi patris heres extitiſſet. Ob eámque nimirum cauſam neceſſaria fuit conſtitutio † Iuſtiniani *in dict. leg. ſi quis fi-* 22
lium, vt nimirum querela filio competens poſſet etiam non præparata tranſmitti ad nepotem, tanquam ad heredem. Qua conſtitutione nil opus erat ſi ad ſucceſſorium edictum in querela locum habere potuiſſet. Quidni enim habuiſſet locum eo caſu, ſi quo vnquam alio? Si verò locum habebat,quomodo verum erit quod Iuſtinianus ait incuſans iuris veteris iniquitatem, *omne adiutorium nepotem dereliquit?* Nam quod Baldus † ad 23
eam legem num. 5. & alij reſpondent,nullum auxilium competiſſe huic nepoti volenti venire ex perſona patris: ſed competiiſſe venienti ex propria, & ex ſucceſſorio edicto, ridiculum eſt. An non enim ſemper commodius & expeditius eſt † venire ex propria perſona, 24
quàm ex aliena? aut qua miſeratione dignus erat is nepos,quamuis nullum ei ius ſuperetſet veniendi ad querelam ex perſona patris,ſi poterat venire ex propria? an fortè minùs conſequeretur eo caſu,quo ex propria perſona veniret? imò multo plus,quia veniendo ex perſona patris,cui aliquid vel minimum relictum fuiſſet,non poſſet nepos agere niſi ad ſupplementum, vt expreſſim habet conſtitutio: cùm tamen ſi ex propria perſona proponeret querelam,& obtineret,totum teſtamentum rumperet, atque ita ſolus ſuccederet ab inteſtato. Ita ergo fiet vt hic nepos damnum potiùs quàm commodum ſenſurus ſit ex conſtitutione Iuſtiniani,qui tamen gloriatur, quòd ei faueat, quem omnino vetuſtas neglexerat, id eſt, & lex XII. tabularum, & lex Velleia,& interpretatio prudentum, quæ ius querelæ induxit, & ipſe denique Prætor. Alioqui parum curare deberet neglectum ſe à legibus, & à prudentibus omnibus is, quem Prætor ex edicto ſucceſſorio vocaret ad querelam. Et præterea, ſi poſſet habere querelam ex propria perſona, non eſſet quærendum de patris delicto. Tunc enim de patris † delicto in cauſa nepotis quærendum 25
eſt: cùm nepos fuit exheredatus ob delictum patris præmortui, vt in *l.* 3. §. *ſi emancipatus. D. de bon. poſſ. contr. tab.* vbi tamen additur hoc etiam caſu, eum qui de inofficioſo cognoſcit,non minùs merita nepotis,quàm patris eius delicta perpendere debere. At in caſu noſtro, id eſt, cùm agitur de nepote ex filio ſuperſtite, † 26
conſtituit Iuſtinianus in *d. l. ſi quis filium* 34. vt omnimodo ſuccumbat nepos, ſi heres apertiſſimis probationibus potuerit oſtendere ingratum patrem nepotis circa teſtatorem fuiſſe: quamuis ipſius nepotis ingratitudo probata non ſit, at neque allegata: quæ tamen vbique & alleganda & probanda eſſet, ſi nepos per ſucceſſorium edictum ad querelam ex propria perſona admitti poſſet. Et verò ridiculus eſſet, ac parum cautus nepos, qui proponeret querelam ex perſona patris ingrati, ſi proponere illam ex propria perſona poſſet,cùm eſſet ipſe innocens. Nam de innocente nepote proculdubio loquitur Iuſtinianus, cùm ei tantoperè faueudum eſſe ait. Cur enim nepoti ingrato faueri oporteret, tametſi vellet venire ex perſona patris,etiam qui ingratus non fuiſſet? Adde,quòd nepos ex filio ſuperſtite, ſi querelam habere poſſet ex propria perſona, † neceſſe 27
eſſet vt eam haberet vel tanquam præteritus, vel tanquam exheredatus. Nam nec aliis querela datur, quàm qui vel exheredati ſint, vel ita præteriti, vt eorum præteritio habeatur pro exheredatione, §. *mater. Inſtit. de exheredat. liber.* At nepos hic non ponitur fuiſſe exheredatus,nec expreſſè,nec tacitè.Non expreſſè,quia ponimus

nimus præteritum fuiſſe : non tacitè, quia licèt Bartolus
28 ad *l. in ſuis* 11. *D. de liber. & poſthum.* dixerit † omnes perſonas, in quas dominium defuncti non continuatur ipſo iure, ſi præteritæ fuerint, habendas eſſe pro exheredatis, id tamen falſum eſt, & bene à Baldo reprehenſum in *d. l. ſi quis filium, num.* 5. ſumpto argumento ab emancipato, qui cum non ſit ex iis perſonis in quas dominium continuatur ipſo iure, quia non eſt ex ſuis heredibus, ſi tamen præteritus ſit, habet bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quam vtique non daret ei Prætor, ſi haberet eum pro exheredato, *l. non putauit. 8. D. de bonorum poſſ. contra tabul.* Item, quia ſi iſtud ſilentium haberetur pro exheredatione, ſequeretur quòd talis exheredatio quæ nullam haberet cauſam, redderet teſtamentum nullum hodie, (ſic enim legendum eſt apud Baldum) *ex §. aliud quoque capitulum. Nouell.* 15. *vt cum de appell. cognoſc.* Atqui hoc falſum eſt, quia incorrecta re-
29 manent antiqua iura, ex quibus conſtat nepotem † hunc filio ſuperſtite impune præteriri poſſe, nec neceſſarium eſſe vt exheredetur, *l. ſi quis poſthumus 9. §. ſi filium. D. de liber. & poſthum. l. ſi quis filio 6. D. de iuſt. rupt.* Multo igitur minùs neceſſe eſt, vt adiecta cauſa exhere-
30 detur. Ergo nepos † ex filio ſuperſtite cùm eſt præteritus non poteſt habere querelam ex propria perſona tanquam exheredatus. An ergo tanquam præteritus? At-
31 qui inauditum eſt, vt querela † detur præterito, niſi cùm præteritus habetur pro exheredato. Alioqui neceſſe eſt, vt vel præteritio illa effectum ſuum ſortiatur, vel ipſo iure reddat teſtamentum nullum : quod poſtremum dici non poteſt de hoc nepote, quem verum eſt impunè præteriri poſſe dd. ll. nec minùs nouo iure, quàm vetere. Non enim Iuſtinianus conſtituit in *d. l. ſi*
32 *quis filium*, vt debeat exheredari, ſed tantùm † vt ſi pater eius fuerit immerenter exheredatus, poſſit ille ex perſona patris conqueri de inofficioſo, quod ego ita accipio, ſiue ipſe nepos præteritus ſit, ſiue exheredatus, dum ne iuſta ex cauſa. Indignus enim eſſet, quem Iuſtinianus vocaret ex perſona patris, ſi ob propriam ingratitudinem exheredatus fuiſſet. Neque rurſus cum Iuſtinianus ei fauet, idcircò ei fauet, quòd præteritus tantum fuerit, non exheredatus : ſed quia & nepos, & heres eſt illius, qui immerenter fuit exheredatus : quique tranſmittere ad eum querelam potuiſſet, ſi eam præparaſſet, quam tamen præparare non potuerat, etſi maximè voluiſſet, cum nondum eſſet adita hereditas per heredem extraneum, quod ad inſtituendam inofficioſi querelam omnino requirebatur, *d. l. ſi Papinianus. §. ſi conditioni. D. eod.* Hic enim caſus eſt qui conſtitutioni cauſam dedit, tametſi vltima legis verba oſtendant generaliorem eſſe conſtitutionem, & ad omnes caſus pertinere, in quibus deceſſerit filius exheredatus, ſiue ante, ſiue poſt aditam ab extraneo hereditatem. Solos enim excipit duos illos caſus, ſi filius aut expreſsè querelam repudiauerit, aut tacitè per ſilentium quinquennale : additque,
33 *poſt aditam ſcilicet hereditatem*, quia † nec tacitè, nec expreſsè repudiari poteſt querela ante aditam hereditatem, cum nec prius competat. Alij verò duo caſus, quos noſtri cumulant, vt ex duobus faciant quatuor, non ſunt
34 † ſimiles, neque poni debent in numero exceptorum : nimirum ſi filius exheredatus vel probetur ingratus, vel fuerit in aliqua re inſtitutus. Nam in priore caſu non excluditur querela, ſed ſuccumbit nepos qui ex patris ſui perſona querelam proponit. Poſteriore verò caſu excluditur quidem querela inofficioſi, ſed non excluditur tranſmiſſio quam ex lege Iuſtinianus inducit. Tantundem enim iuris habet eo caſu nepos, quantum filius
35 ipſe haberet, ſi viueret, actionem † ſcilicet ad ſupplementum *ex leg. omnimodo 30. C. eod.* quam actionem Iuſtinianus ſubſtituit in locum querelæ. Cæterum nullo
36 caſu patiar dari † querelam, aut actionem ad ſupplementum huic nepoti ex propria perſona, quamuis fuerit exheredatus, ſi vel minimo inſtanti ſuperuixerit patri, quia cum filius ſuperuixerit, & ſemel ſucceſſio delata fuit vel ipſi, vel alij ipſo viuo, nullæ prorſus ſunt partes neporis in ſuccedendo, ſiue contra teſtamentum, ſiue ab inteſtato : tanquam qui nec inter liberos connumeretur, quod ad cauſam ſucceſſionis attinet, cum à patre ſuo anteuertatur. Quid ergo ei prodeſſet habere querelam? Nam etſi caſu obtineret, nihil tamen victoria ei prodeſſet, qui nullo modo poſſit ab inteſtato ſuccedere auo, in cuius familia non tenuit ille primum gradum mortis tempore. Mortis enim tempus etiam in hoc nepote præcise ſpectandum eſſe, cùm de inteſtati ſucceſſione quæritur, conſtat ex *d. l. ſi quis filio*, nec quiſquam ex interpretibus negat. Nec rurſus poſſet ea victoria prodeſſe filio, qui tam tum non modò defunctus, ſed etiam vtiliter & efficaciter exheredatus reperiretur, confirmato ſcilicet teſtamento per aditionem extranei heredis *l. patronus 12. §. ex teſtamento. D. de bon. libertor. leg. ſi patroni 55. §. qui fideicommiſſum. D. ad Senatuſconſultum Trebellianum.* Nam qui ſemel à ſucceſſione aliqua efficaciter excluſus fuit, in perpetuum remanet excluſus. Ideóque bene prudentes noſtri ſolent
37 dicere inutilem † eſſe querelam inofficioſi teſtamenti ei qui nullo caſu poſſit ſuccedere ab inteſtato, etiamſi caſu obtineat *d. l. poſthumus 6. §. 1. D. de inoffic. teſtam.* Quòd
38 cùm ita ſit, non poſſum intelligere quid ſibi velit Baldus, † cùm ait, vt effugiat obiectionem quæ fit ex *d. l. ſi quis filio*, cum textum procedere quando nepos venit ex cauſa præteritionis, quòd tunc attendatur ſtatus nepotis tempore mortis aui : ſecus autem eſſe, quando venit per querelam, vbi habet locum edictum ſucceſſorium. Nam præter id quòd iſta principij petitio eſt, quæro quis alius finis & effectus huius querelæ eſſe poſſet, niſi vt faceret auum inteſtatum? Quid autem ea res prodeſſet, cùm neque poſteà ipſe ex propria perſona ſuccedere ab inteſtato poſſet, neque ex perſona patris qui exheredatus fuiſſet? Deinde hæc reſponſio Baldi præſupponit, poſſe competere querelam ei qui ſit præteritus, quamuis eius præteritio non habeatur pro exheredatione. Iam enim oſtendimus neporem hunc qui à patre ſuo mortis aui tempore anteuertitur, non ſolùm pro exheredato non haberi, in quo ipſe Baldus nobiſcum ſentit contra Bartolum, ſed etiamſi fuerit exheredatus, eam tamen exheredationem † ineptam & illuſo-
39 riam eſſe, cùm non poſſit magis excludere nepotem hunc, qui iam ſatis ſuperque excluſus ſit per patris ſui, ſiue inſtituti, ſiue exheredati, ſiue præteriti ſuperexiſtentiam, quemadmodum eſſet inepta in extraneo, *l. quidam cum filium 132. D. de verbor. oblig.* niſi fortè hactenus vt eum excludat à nouo beneficio tranſmiſſionis quod ei Iuſtinianus indulſit in *d. l. ſi quis filium*, iuxta ea quæ ſuprà diximus : ſed non pertinet adiectio hæc ad quæſtionem noſtram, quæ eſt de nepote, querelam ex propria ſua proponente. Et in hoc ego non tantùm à Dyno, Bartolo, Baldo, & aliis penè innumeris ſequacibus diſſentio, ſed etiam à Iacobo Butr. à quo iidem omnes diſſenſerunt. Nam cum ille defenderet, quod nos volumus in querela non eſſe locum ſucceſſorio edicto, & tamen vrgeretur ex reſponſo Pauli in *d. l. pen. D. de inoff. teſtam.* non aliud habebat vir bonus quod poſſet reſpondere, vt Baldus refert, niſi quod lex illa debeat intelligi de nepote non præterito, ſed exheredato, quaſi †
40 permittendum huic ſit inſtituere querelam nomine proprio, propter iniuriam exheredationis. Si quis enim eandem ſententiam & interpretationem contra nos tueri pergat, reſpondeat obſecro ad ea quæ nos proximè contra Baldum diſputauimus. Sed fefellerunt omnes
41 iſtos verba † Pauli, *an ſequens admittatur, videndum eſt*, ſequentem enim omnes intelligunt eum, qui ſequatur in gradu ex eadem tamen linea, ſiue aſcendentium, ſiue deſcendentium. Atque ita ſi ponas adeſſe perſonas diuerſorum graduum, in linea deſcendentium ſequentem intelligunt neporem, quia qui præcedit filius eſt. Si

verò in linea aſcendentium ſequentem intelligent auum aut auiam, quoniam qui præceſſit, pater aut mater fuit. At non iſta Pauli ſententia eſt: ſequentem enim intelligit, non qui ſequitur in gradu eiuſdem lineæ, quo ſenſu nunquam poteſt gradus poſterior priori ſuccedere, ſiue de aſcendentium, ſiue deſcendentium, aut tranſuerſalium linea diſputemus: ſed cum demum, qui cum ſit ex alia planè diuerſa, minúſque fauorabili linea, non potuit admitti ad querelam: quandiu alius fauorabilioris lineæ ipſum præcedebat, poſt quem admitti iure ſuo nihilominus poteſt: vt puta ſi quis exheredauerit filium, & præterierit, vel exheredauerit patrem, vt in ſpecie quam explicauimus, *d.l. pater filium*. Aut ſi quis inſtituta turpi perſona exheredauerit patrem, vel matrem, & præterierit fratrem conſanguineum. Sicut enim præcedente cauſa filiorum patris intentio pendet, ita vt non poſſet pater querelam exercere ad proprium commodum, quandiu filius defuncti ad accuſationem admitti poteſt, *d.l. pater filium*, quia nec ab inteſtato poſſet admitti pater defuncti, niſi poſt ipſius liberos: ita & nullis exiſtentibus liberis potior eſt cauſa aſcendentium quàm fratrum, qui nonniſi ex latere coniuncti ſunt, & conſequenter ſicut excluſo filio, qui ad querelam prior admitti potuit, locus fit patri, *d. l. pater filium*, & quidem, etiamſi defunctus reliquerit nepotem ex filio ſuperſtite (ſic enim locus ille ex ratione iuris neceſſariò intelligendus eſt, cùm nepos nullo caſu poſſit ab inteſtato ſuccedere auo, cui filius ſuperuixit) ita & excluſo patre qui fuerat præteritus, aut quod idem eſt, exheredatus, ſiue nolit, ſiue ex aliqua cauſa non poſſit admitti ad accuſationem, ſequens in iure proponendæ querelæ admitteretur, id eſt, frater ob inſtitutam à fratre turpem perſonam, & præfertur auo defuncti, cui ſanè non præferretur, ſi edictum ſucceſſo-
42 rium hic locum habere poſſet. Edictum † enim ſucceſſorium eoſdem vocat, & eodem ordine qui, & quo vocantur in ſucceſſione inteſtati. In qua porrò certum eſt hodie potiorem eſſe cauſam aſcendentium cuiuſcunque gradus, quàm collateralium. *Nouel.* 118. *de hered. ab inteſt. venient.* Præfertur autem frater auo in querela, non tanquam potior in ſucceſſione ſi inter auum & fratrem res agatur, ſed quia nullus poteſt locus eſſe auo in ſucceſſione neporis, quandiu auum pater præcedit, ſicut nec nepoti in ſucceſſione aui, quandiu nepotem pater anteuertit. Dices multò minùs poſſe locum eſſe fratri, quandiu ſupereſt aliquis ex aſcendentibus cuiuſcunque gradus ille ſit. Fateor, cùm de ſucceſſione inteſtati quæritur, ſed nos ponimus factum eſſe teſtamentum, & tractamus de querela, quæ non ſicut competit ex propria perſona fratri præterito cùm turpis heres inſtitutus fuit, ita & auo præterito competere poteſt, ſi cum pater tempore mortis anteuertebat. Itaque excluſo patre à proponenda querela, quòd vel eam repudiauerit, vel tempore mortis excludi ſe paſſus ſit, cum adhuc teſtamentum ſubſiſtat, per quod tam auus quàm alius quilibet legitimus ſucceſſor excluditur, apparet neque de ſucceſſione inteſtati, neque de iure aui quidquam quæri poſſe, ſed ad alias perſonas progrediendum eſſe, quæ ius habent querelæ proponendæ, inter quas perſonas auus non eſt, quem pater in ſucceſſione anteuertit, & quem ideò exheredare nepos non debuit, *arg. d. l. ſi quis filio*. Frater verò eſt, cui defunctus iniuriam fecit, cùm ei turpem perſonam prætulit. Nec quod fratrem quoque pater anteuertit, ad rem pertinet: non enim anteuertit eum pater in ſucceſſione inteſtati, quæ nulla eſt, quandiu teſtamentum ſubſiſtit, ſed tantùm anteuertit eum in querela, quam ſi quoquomodo amittat, amittit quoque ius ſuccedendi ab inteſtato, tamerſi poſtea contingat teſtamentum rumpi per querelam à fratre inſtitutam. Non enim poteſt querela fratris ei prodeſſe, qui ex propria perſona quæri cùm poſſet, tamen noluit, aut obtinere non potuit. Itaque hoc caſu auum † excludit non tantùm pater, ſed etiam teſtamen- 43
tum, contra quod non poteſt auus venire per querelam, cùm ſit ex iis perſonis quas defunctus potuit impunè præterire. Patrem verò nihil excludit niſi teſtamentum, & ideò poteſt queri de inofficioſo. Fratrem denique excludit pater, & teſtamentum: ideóque nec habet querelam, quandiu pater queri poteſt: ſed excluſo patre habet, quia tunc incipit primum locum tenere in ſucceſſione inteſtati, nec excluditur aut per auum, quem & teſtamentum & pater excludit, aut per patrem qui ipſe quoque excluſus reperitur, non modò à querela, ſed conſequenter etiam à ſucceſſione, nec ſolùm teſtamentaria, ſed etiam legitima. Denique poteſt imputari teſtatori, cur turpem perſonam & patri & fratri prætulerit, non etiam cur auo: quia cùm pater & auus in eadem ſint linea, facit interpoſita patris perſona vt nulla prorſus aui ratio habeatur, quòd non ſimiliter poteſt dici de fratre, qui & in alia linea, & in ea primus eſt, cui proinde iniuriam fecit frater, cùm præterito vel exheredato patre, atque ita per conſequentias excluſo quoque auo, fratrem nihilominus præterit, aut exheredauit, prælata perſona turpi. Non enim ſicut excludendo patrem excludit auum, ita & excludit fratrem, qui & in alia linea eſt, & ad ſucceſſionem inteſtati hodie ex nouo iure, ſi modò vtrinque coniunctus eſt, ſimul cum patre admitteretur, *Auth. defuncto. C. ad SC. Tertyll.* ſiquidem pater & auus cùm ſint diuerſorum graduum, in eadem linea concurrere nunquam poſſunt: pater verò & frater poſſunt, quia licèt ſint in diuerſis gradibus, pater nimirum in primo, frater verò in ſecundo, ſunt tamen in diuerſis lineis. Vnde poſſit quis, meo iudicio, non improbabiliter defendere hodie † concurrere illos non minùs in 44
querela inofficioſi teſtamenti quàm in ſucceſſione inteſtati, cùm ius & ordo querelæ ex iure & ordine ſucceſſionis inteſtati æſtimetur, nempe ſi frater ſit vtrinque coniunctus. Nam ſi ſit conſanguineus tantùm, non poteſt ex Iuſtiniani conſtitutione concurrere cum patre in ſucceſſione inteſtati, nec igitur in querela: ſed poſt excluſum demum patrem erit admittendus, non vt ſuccedat in locum patris excluſi, ſed vt ex propria perſona proprióque gradu admittatur remoto patris obſtaculo, & citra edicti ſucceſſorij poteſtatem. Iſque verus & germanus ſenſus eſt, *d. l. pen. de inoff. teſtam.* At alius hic ſcrupulus ſupereſt. Nam ſi verum eſt quod diximus, † 45
ius & ordinem querelæ æſtimandum eſſe ex iure & ordine ſucceſſionis inteſtati, conſequens videtur vt ſucceſſorium edictum habeat locum in querela fauore neporis, quemadmodum nepos ſuccedit in locum filij ex ſucceſſorio edicto, cùm agitur de ſucceſſione inteſtati. Sic enim plerique putant, vt quamuis iure ciuili non ſit in ſuis ſucceſſio, ſit tamen iure prætorio ex *l. vlt. C. vnde lib. Ildefunctis 6. C. de legit. hered.* Verùm reſpondeo † 46
factum hoc eſſe, vt nepos habeat beneficium edicti ſucceſſorij, cùm filius ipſe ſucceſſit, licèt poſtea abſtinuerit, vt dicemus in ſequentibus ad *d. l. vlt. C. vnde liber.* Ergo retenta etiam comparatione querelæ & ſucceſſionis inteſtati, non poteſt nepos habere querelam, ſi filius eam ſemel propoſuerit, licèt ſuccubuerit. Deinde & apertiùs reſpondeo poſſe admitti comparationem † 47
querelæ & ſucceſſionis ab inteſtato ciuilis, non etiam ſucceſſionis prætoriæ. Querela ſiquidem iuris ciuilis eſt, non prætorij, vt nemo neſcit. Atqui iure ciuili non eſt in ſuis ſucceſſio, quantum ad ſucceſſionem inteſtati, *l. 1. §. ſciendum. D. De ſuis & legit.* Ergo neque in querela inofficioſi teſtamenti edictum ſucceſſorium locum habere poteſt, quamuis locum habeat in ſucceſſione inteſtati iure prætorio. Plus dico, & quod nemo fortaſſis hactenus dixit. Nec iure prætorio poſſe nepotem ex filio ſuperſtite admitti per edictum ſucceſſorium ad ſucceſſionem aui, ſi filius in poteſtate retentus fuit, quia etiam apud Prætorem ſemper obſtat nepoti filius in poteſtate retentus, ſi modò tanquam naturalis retentus

fuerit,

fuerit, non tanquam adoptiuus, *l.1.§. si quis filium 7. in fin. leg. si quis ex his. D. Vnde liberi :* tunc enim sunt omnia integra nepoti, vt possit admitti tanquam nepos, ex capite Vnde liberi, quamuis pater sit superstes cùm pater & emancipatus fuit, & bonorum possessionem petere noluit, aut ex aliqua causa non potuit. dict. l.5.§. vltim, vt intelligamus si alterum istorum defit, hoc est, si vel pater in potestate retentus fuerit, vel cùm emancipatus esset, bonorum possessionem semel petierit, etiamsi postea fortè per in integrum restitutionem abstentus sit, nullum nepoti ex successorio edicto locum superesse, *d. §. si quis filium. iunct. leg. vltim. D. de succes. edict.* Atqui quæstio nostra est de nepote ex superstite filio in potestate retento. Non igitur in eius persona potest locum habere querela inofficiosi, vt ad eam post patrem admittatur, siue exheredatus ipse fuerit, siue non fuerit, etiamsi mala illa querelæ inofficiosi & successionis intestati prætoriæ comparatio recipia-
48 tur. Dixi malam † esse comparationem non ob id solùm, quòd querela inofficiosi sit ex iure ciuili, sed etiam quia cùm dicimus ius & ordinem querelæ inofficiosi testamenti æstimandum esse ex iure & ordine successionis intestati, non illud significamus, vt omnes qui suo loco & ordine possent ab intestato succedere, possint querelam exercere (sic enim fieret vt etiam vltra fratres porrigeretur ius proponendæ querelæ, sicut & porrigitur ius successionis intestati, quod tamen falsum est, *dict. l.1. D. de inoff. testam. l. fratrib* 21. *C. eod.*) sed hoc tantùm volumus, inter eas personas quæ ius habent querendi de inofficioso testamento, vt semper habiles termini præsupponantur, eum ipsum ordinem seruari debere, qui seruaretur in successione intestati, cum per querelam conqueratur actor quòd non fuerit sibi relicta pars eius portionis quam ab intestato erat habiturus. Prius ergo probandum esset, quod nunquam probari poterit, nepotem ex filio superstite ex iis personis esse, quæ ad querelam admitti possunt, quàm vt probari queat, habere illum in iure proponendæ querelæ beneficium edicti successorij. Nam si ne tum quidem, cùm exheredatus immeretur fuit, potest tamen habere querelam, vt nos contra Iacob. Buttig. disputauimus, quanto minùs habere poterit ex persona propria ob exheredationem patris, cùm ipse exheredatus non sit, quia nec exheredari debuit? Vnus tantum iuris locus superest explicandus, quo potissimùm nostri abutuntur, vt probent in querela inofficiosi testamenti successorio edicto locum esse: is est in *d.l.3.§. si emancipatus. D. de bon. poss. contr. tabul.* de cuius vera sententia & interpretatione iam videamus.

ERROR VI.

De sententia l.3.§. si emancipatus. D. de bon. poss. contra tabulas.

SVMMARIA.

1 *Responsum Vlpiani in l. 3. §. si emancipatus. D. de bon poss. contr. tab.*
2 *Interpretatio de respons. à Bartolo allata.*
3 *Expositio d.§. ex authoris sententia.*
4 *Non valent nuptiæ, quas sine patris voluntate filius qui est in patris potestate contrahit.*
5 *Iniustarum nuptiarum proprium ius. & n.23.*
6 *Inducta ad vnum effectum non debent operari contrarium.*
7 *Etiam nepos quem filius emancipatus ex ignominiosa vxore suscepit citra voluntatem patris ad bon. possessionem aui admittitur.*
8 *Verba Vlpiani ab interpretibus accepta.*
9 *D. Verborum vera interpretatio.*
10 *Ratio responsi Vlpiani.*
11 *Querela inoff. testamenti inducendæ causa.*
12 *Ignominiosa vxor qua.*
13 *An nepos innocens in quantum natus ex ignominiosa filij vxore possit ab auo exheredari: & num. 15. & 17.*
14 *Ex alterius delicto vt alius exheredaretur veteribus prudentibus quandoque probatur, vt in posthumis.*
16 *An iusta fuerit olim exheredationis causa si filius nuptias contraheret sine consensu patris.*
17 *In extranei persona exheredatio inepta est.*
18 *Non delinquit filius emancipatus qui sine patris consensu vxorem ducit, nisi fuerit ignominiosa.*
19 *Filius emancipatus qui ignominiosam vxorem ducit, potest ea de causa à patre exheredari, an & nepos ex ea susceptus? & n.24.*
20 *An Iustinianus hoc ipsum correxerit in Nouell. 115.*
21 *Filia potest merito exheredari si post 25. annum nupserit homini ignominioso.*
22 *Iusta est exheredatio filiæ, qui citra consensum patris vxorem ignominiosam ducit.*
25 *Iniuria qua fit patri per ignominiosas nuptias filij, ad quod caput causarum ingratitudinis referatur.*
26 *Contractus nuptiarum publicam magis quàm priuatam causam habere existimatur.*
27 *Nepotem ex vxore ignominiosa à filio susceptum auus exheredare olim potuit: hodie non potest.*
28 *Hodie posthumus à patre exheredari non potest.*
29 *Interdum exheredatio fit bona mente.*
30 *Ex Iustiniani constitutione nemo debet exheredari ob alienum delictum.*
31 *Sententia quam Bart. & alij d.§. si emancipatus, assinguntur explodituR.*
32 *Nepos ex filio superstite ad bona aui non admittitur sine filius fuerit institutus, siue exheredatus.*

IN hoc §. tractans Vlpianus † de nepote ex filio emancipato, qui filius vxorem duxerat citra voluntatem patris, dat nepoti querelam inofficiosi testamenti, his verbis, *nec enim minùs in hoc nepote is qui de inofficioso cognituruus est meritis nepotis, quàm patris eius delicta perpendet.* Quod quoniam pugnare videtur cum eo quod Vlpianus in principio eiusdem §. dat huic nepoti bonorum possessionem contra tabulas aui, Bartolus, sic † interpretandum esse ait, vt totus quidem locus ille loquatur de nepote præterito, sed tamen principium de nepote qui fuerat præteritus post mortem patris, atque ita eo tempore quo institui debuerat, vel exheredari, quia tum nemo cum præcedebat. Filius verò de nepote qui fuerit præteritus viuo patre, nec proinde institui debuerit, quæ res facit vt non possit admitti per bonorum possessionem contra tabulas, querelam tamen habere debeat, *ex dict. leg. pater filium.* Sed qui totum illud responsum Vlpiani legerit, non dubitabit quin longè alia sit sententia eius loci. Totum enim responsum † est de nepote ex filio emancipato prædefuncto, ita vt tempore mortis aui solus nepos in rerum natura reperiretur, qui posset petere bonorum possessionem contra tabulas aui. Sic enim Vlpianus scribit, *dein nepos si patre iam mortuo ad bonorum possessionem aui velit venire, admittendus est ad eam.* Nec in sequentibus verbis quidquam est, ex quo possit coniici Vlpianum transire ad aliam speciem de nepote præterito in vita patris. Nam quod sequitur, *Non enim per rescissionem is qui filius iustus est, efficietur non filius*, nihil nisi ratio est sententiæ præcedentis, & responsio ad rationem dubitandi, quæ ex eo moueri poterat, quòd neque filius emancipatus, neque nepos ex filio emancipato admitti possint ad bonorum possessionem aui alio colore,

1

1

1

lore, quàm quòd per prætorem ex æquitate naturali rescindatur emancipatio, quæ faciebat vt filius emancipatus & consequenter nepos ex eo post emancipationem susceptus, non tam filius aut nepos, quàm extraneus intelligeretur, *leg. quin etiam* 55. *in fin. D. de rit. nupt.* Porrò cùm rescissa per prætorem emancipatione filius emancipatus perinde habeatur ac si semper in potestate mansisset, inde videtur fieri vt nepos ex eo susceptus amittere debeat nomen nepotis, tanquam qui nec patri suo filius vnquam fuisse intelligeretur, si pater emancipatus nunquam fuisset: siquidem iuris certissimi est
4 non valere † nuptias quas contrahit sine patris voluntate filius qui est in patris potestate, *l. 2. & 3. leg. si nepos 9. cum duabus sequent. D. de rit. nupt.* quod in filio emancipato secus est, *l. filium emancipatus* 25. *D. eod.* Videbatur itaque secum pugnare hic nepos ex filio, petens bonorum possessionem contra tabulas aui, cùm eius pater sine aui voluntate vxorem duxisset. Nam ex qua parte tanquam nepos petebat bonorum possessionem, vtique petebat rescindi emancipationem patris sui, qua scilicet non rescissa, non posset ille videri nepos ex filio, qui ipse filius nunquam fuisse crederetur. Ex qua verò parte petebat rescindi emancipationem, hoc ipso videbatur petere vt pronuntiaretur non esse
5 nepos, tanquam qui eo obtento reperiretur susceptus ex iniustis nuptiis, quarum ius proprium illud est, vt ex iis neque vir, neque vxor, neque dos, neque matrimonium, neque liberi vlli fuisse existimentur, §. *si aduersus. Instit. de nupt.* Nam si filius non esset patris sui, multò minùs posset dici nepos aui, cui nonnisi per mediam patris personam coniungitur, *l. dotem* 6. *D. de collat. bonor.* Sed respondet ad hanc obiectionem Vlpianus emancipationis rescissionem: quæ fit per prætorem, cùm vocat emancipatos tanquam filios ad bonorum possessionem siue contra tabulas in casu testamenti, siue Vnde liberi ab intestato, non idcircò fieri, vt eò minùs, sed vt eò magis liberi admittantur. Id enim est quod & nostri, licèt minùs eleganter, suo more solent dicere,
6 Inducta † ad vnum effectum non debere cõtrarium operari, *l. legata inutiliter*, 14. *D. de adim. leg* Subiungit Vlp. *Nam etsi tam ignominiosam duxerit vxorem filius, vt dedecori sit tam ipsi quàm patri muliorem talem habere, dicemus & ex ea natum ad bonorum possessionem aui admitti.* Quibus verbis apparet non mutari casum, sed eam ipsam speciem continuari, quæ sola hucvsque fuit proposita de nepote prætcrito, ex filio emancipato prædefuncto, qui filius vxorem duxerat citra voluntatem
7 patris. Cùm enim possit fieri, vt filius † emancipatus non solùm vxorem citra patris voluntatem duxerit, sed etiam talem vxorem, quam sine ignominia ducere non potuerit, vult docere Vlpianus etiam posteriore casu admittendum esse nepotem ad bonorum possessionem aui, vt hoc ipso probet multò igitur magis admittendum esse priore. Minùs siquidem videtur dignus vt admittatur ad aui bonorum possessionem nepos, qui ex ignominiosa vxore susceptus esset, quàm qui ex honesta. At quoniam videbatur hoc iniquum, vt contra tabulas aui veniret hic nepos, quem filius ex ignominiosa vxore præter patris voluntatem susceperisset, rationem
8 adfert Vlpianus † iis verbis quæ statim sequuntur: *cùm possit auus vti iure suo; eúmque exheredare.* Hæc verò verba sunt, quæ Bartolum, aliósque interpretes fefellerunt. Nam cùm absurdum putent vt nepos innocens possit ob delictum patris exheredari, ex *d. l. diui fratres* 17. *De iur. patron. l. Paulus respondit* 47. *in princ. D. de bon. lib. l. diuo Marco* 11. *C. de quæst.* malunt quod aut Vlp. *eúmque exheredare*, de filio intelligere, quàm de nepote. Indéque coguntur dicere, mutari casum, & incipere Vlpianum loqui de nepote ex filio adhuc viuo. Alioqui fatercntur eandem speciem retineri de nepote ex filio præmortuo, neque tamen nepotem, sed filium ipsum fuisse exheredatum, ponendum esset filium † est
mortem suam exheredatum fuisse, quod absurdissimum esset, *l. si ita scriptum* 13 §. *vlt. l. Gallus* 29. §. *in omnib. D. de lib. & posthum.* Hoc verò præsuppolito, cùm tamen videant Vlpianum in sequentibus dare huic nepoti querelam inofficiosi testamenti, quam ex propria persona nemo habere potest, nisi qui vel expressim, vel silentio sit exheredatus, coguntur dicere non admitti hunc nepotem ad querelam, nisi ex persona patris sui exheredari, atque ita post patrem, & consequenter ex edicto successorio. Sic enim Vlpianus necessariò accipiendus est, vt pro Bartolo contra nos vrgere videatur. At nos dicimus longè aliam Vlpiani sententiam esse, totóque illo § vnam eandémque speciem proponi, de præterito nepote ex filio emancipato præmortuo: ac proinde verba illa † quæ Bartolum fefellerunt, *cùm possit* 9
auus vti iure suo, eúmque exheredare, non de filio, sed de nepote accipienda esse: quo sanè optima est ratio quam adfert Vlpianus, ne quis miretur nepotem hunc susceptum ex ignominiosa vxore, quam alius duxerat, non ex patris sui voluntate, admitti nihilominus ad successionem aui contra ipsius voluntatem, id est, per bonorum possessionem contra tabulas. Est enim quod huic † 10
auo imputari possit, cur, cùm testamentum conderet, iure suo vsus non sit, neposémque hunc, quem præterijt, non potiùs exheredauerit, vt eum arceret à beneficio bonorum possessionis contra tabulas, quam Prætor nunquam defert liberis exheredatis, quibus nimirum ob eam rem omnino necessaria est querela inofficiosi testamenti, vt doceant se immerenter exheredatos, *l. non putamus* 8. *D. de bonorum possess. contra tabulas.* An igitur mutat casum Vlp. vt initio loquatur de nepote præterito, posteà verò de nepote exheredato? Minimè verò. Tractat enim semper de præterito nepote, non de exheredato, sed qui tamen potuerit, & debuerit ab auo exheredari, vt à bonorum possessione contra tabulas submoueretur. At, inquies, quis ferat nepotem exheredari ob delictum filij, & alieno odio prægrauari innocentem, vt loquitur Iustinianus *in l. si quis suo* 33. §. *legis. C. de inoff. testament.* Et hoc, inquam, nimirum est, † quod 11
inducit querelam inofficiosi testamenti, cùm immerenter exheredatus reperitur is, qui omnino vel institui debuit, vel nonnisi cum iusta causa exheredari. Itaque nihil in eo absurdi aut iniqui est, quòd hic nepos, quamuis innocens, exheredetur, sed absurdum & iniquum emergere inciperet, si ex solo patris delicto, cùm esset ipse innocens, omniáque pietatis obsequia auo præstitisset, nihilominus condemnaretur. Quanquam, si propiùs inspicere volumus, non tam ex persona patris, quàm ex propria videtur exheredatus hic nepos, qui ideo fuit exheredatus, quòd susceptus sit ex vxore ignominiosa. Nam cùm ignominiosa † filij vxor illa sit, 12
quam habere dedecus sit non tantùm ipso filio eam habenti, sed etiam ipsius patri, apparet iustum esse dolorem aui, si nepotem † hunc, quamuis alioqui innocen- 13
tem, ex ea causa exheredet, vel ob hoc ipsum, ne agnoscendo nepotem ex ignominiosa natum, ipsam quoque ignominiam agnoscere, ac vltro subire videatur. Neque rursus nouum fuit † iurisprudentiæ veteri, vt ex alte- 14
rius delicto alius exheredaretur. Nam & posthumos adhuc in vtero matris constitutos exheredare olim patentes poterant, & plerunque exheredabant, adróque vtiliter, id est, ita vt nec per querelam testamentum rumpi posset, *leg. posthumus* 9. *D. de inoff. testam. & tot. de lib. & posthum. hered. instit. vel exher. D. &c.* non quod in eo statu aliquam ingratitudinis causam admittere potuissent, sed odio matrum, si fortè minùs castæ fuissent, vt eius exheredationis metu in officio & pudicitia retinerentur, scientes alioqui fore vt partum ederent miserum futurum, perpetuaque egestate laborantem. Eádem ergo ratione poterat & debebat permitti auo, † vt ne- 15
potem ex ignominiosa filij vxore non ex sua voluntate susceptum exheredare posset, vt eo metu liberi alioquin

quin proterui & contumaces ab eiuſmodi nuptiis abſtinerent. Quàm multi enim ſunt, qui ne delinquant, magis liberorũ ſuorum cauſa, quàm proprio pudore, propriiue periculi metu deterrentur, *leg. iſti quidem* 8. *D. quod met. cauſ. leg. quiſquis C. ad l. Iul. maieſtat.* In quo rurſus obſeruandum eſt, errare vulgo noſtros exiſtimã-
16 tes † iuſtam olim fuiſſe cauſam exheredationis, ſi filius aut filia nuptias cõtraheret ſine conſenſu patris, idque probari *ex dict. §. ſi emancipatus.* Vtrumque enim falſum eſt. Nam ſi perſona, quæ ſine patris conſenſu nuptias contraxit, in eius poteſtate fuit, vſque adeò iniuſtæ & inutiles ſunt nuptiæ, vt nec nepotis nomen mereatur is, qui ex ipſis ſuſceptus eſt *dict. §. ſi aduerſus, Inſtit.* inſpecto nimirum iure ciuili (nam iure canonico aliud eſt 27. *qu.* 5. *can. ſufficiat.* propter religionem ſacramenti matrimonij, cuius maiorem, quàm patriæ poteſtatis auctoritatem eſſe ſacroſancti Pontifices, vt cætera omnia decreuerunt, quod & Tridentina Synodus contra miſeros ſæculi noſtri Nouatores ſub anathematis pœna ſanxit.) Proinde non eſt, quòd nepotem ex talibus nuptiis ſuſceptum exheredare auus debeat, aut etiã poſſit, tametſi maximè velit: quia cùm nepos non ſit, ſed ex-
17 traneus; certum eſt in † extranei perſona exheredationem prorſus ineptam eſſe, *leg. quidam* 132. *D. de verb. oblig.* Nec magis ei Prætor daret bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quaſi præterito; quàm ciuilis legislator ius dicendi nullum, ſiue patris, ſiue aui ſui teſtamentũ, vt omnium optimè Vlpianus probat in *dict. §. ſi emancipatus.* Ergo nec haberet querelam iure ciuili, quamuis eſſet exheredatus, niſi eo modo, quo habent cæteri omnes qui obtinendi ſpem non habent, & qui melius facerent, ſi ſumptibus ſe non vexarent, vt ſcriptum eſt in *l. 1. D. de inoff. teſtam.* id eſt, tanquam accuſationem publicam, ad quam omnes admittuntur, ſed in qua tamen non alius poteſt vincere, vt ex ſua victoria lucrũ ſentiat, quàm qui rem ab inteſtato habere poteſt, *dict. leg. poſthumus* 6. *§. ſi quis ex his perſonis. D. eod.* In quo numero non eſt hic nepos, qui nec nepos eſt. Quòd ſi ponas filium, qui vxorẽ duxit ſine patris voluntate fuiſſe emancipatum, conſtat non ſolùm valere nuptias iure ciuili, *dict. leg. filius emancipatus* 25. *D. de ritu nupt.* ſed neque
18 vllum in ea re delictum † eſſe filij, qui cùm extra familiam eſſet patris, conſenſum requirere non cogebatur. Cur ergo exheredari ob eam cauſam poterit? Multò minùs licebit auo nepotem ex iis nuptiis legitimè ſuſceptum exheredare, cuius fauorabiliorem certè non deteriorem cauſam eſſe oportet, quàm filij, qui nuptias contraxit. Quare nec Vlpianus in *d. §. ſi emancipatus*, ita loquitur, vt dicat auum potuiſſe vti iure ſuo, nepotémque exheredare ob id ſolùm, quòd filius emancipatus vxorem duxerat, non ex patris tui voluntate, ſed ob id tantùm quòd ignominioſam vxorem duxerat, & quam habere dedecus erat, non tantùm ipſi, ſed patri eius. Non offendit patrem filius emancipatus cùm vxorem ducit præter patris voluntatem, licèt honeſtiùs, & longè menùs facturus ſit, ſi patris conſenſum exigat: tantùm abeſt vt eam vxorem ducere debeat, quam ab eo duci pater nolit. At offendit patrem filius, quantumuis emãcipatus, cùm ignominioſam vxorem ducit, quoniam ignominia filij patris quoque eſt, *d. l. iſti quidem.* Nec permittendum eſt filio qui proprium pudorem negligit, vt patris quoque honorem lædat impune. Ideóque
19 verum eſt † quod Vlpianus ait, iure ſuo vti auum, qui nepotem ob talem delictum filij exheredat, tantum abeſt vt non ſit ea iuſta cauſa ipſius filij exheredandi. Quanquam hoc à Iuſtiniano correctum hodie putant, in Nouell. 115. *vt cùm de app. cogno. cap.* 3. *§. cauſas*, vbi
20 conſtituit, † vt ex quatuordecim duntaxat cauſis poſſint liberi a parentibus exheredari, inter quas hæc non eſt. Idque Bartolus ſentit ad *d. §. ſi emancipatus, n.* 1. ſed vereor ne non ſatis bene. Nam Iuſtin. in *dict. §. cauſas verſ. ſi alicui ex prædictis* nõ obſcurè innuit poſſe exheredari filiam, quæ ante vigeſimum quintum annum ſine conſenſu patris marito ſe copulauerit, non minùs quàm ſi in corpus ſuum peccauerit, adeóque illam quæ poſt 25. annum nuptit ſine voluntate patris, ſi non liberi hominis nuptias elegerit. Eo namque ſolo caſu vult Iuſtinianus non poſſe filiæ ad ingratitudinem imputari, quòd ſine patris voluntate nupſerit, cùm non culpa ſua, ſed parentum id commiſiſſe cognoſcitur. Culpa parentum nulla eſt, niſi cùm negligentes fuerunt in quærenda cõditione filiæ ad annum vſque ipſius 25. vt in eod. verſi. ſcriptum eſt. Sed ex ratione illa Iuſtiniani videtur mihi poſſe probari non malè, Filiam † poſſe meritò exhere- 21
dari, ſi etiam poſt vigeſimum quintum annum nupſerit homini ignominioſo, quamuis libero: non enim poſſit illa ſe tueri hac ratione, quam pro ea vnicam Iuſtinianus adfert, *quia non ſua culpa, ſed parentum id commiſiſſe cognoſcitur.* Quod enim pater negligentior fuerit quàm debuerat in filia collocanda, iuſtam quidem præbet filiæ excuſationem ſi poſtea ſine patris conſenſu nubat, itémque ſi pauperi, aut minus nobili, aliúſve inæqualis conditionis viro; at non etiam ſi ignominioſum virum eligat, & talem, cui honeſtius fuerit præfatura, ſeruum hominem, dummodò probum, & frugi. 22
Quod ſi in filia verè hæc dicuntur, multò magis † in filio locum habere debent, qui vxorem ignominioſam duxerit ſine conſenſu patris, in cuius erat poteſtate. Siquidem longè maiorem facit iniuriam patri filius, qui vxorẽ ignominioſam ducit ſine patris voluntate, quàm filia quæ ignominioſo viro nubit, cum ex nuptiis filij agnaſcatur ſuus heres auo inuito, cui nullus agnaſcitur ex nuptiis filiæ, ex qua qui naſcitur, ſuus heres ſit patri & auo paterno, non auo materno, *l. penult. D. de agnoſc. lib. iunct. leg. cùm nepos. 6. leg. ſi quis nepotem* 10. *& ſeq. D. de adopt. §. ſed ſi quis nepotis inſtit. eod.* Nec eſt quòd quis obiiciat in tota Iuſtiniani ſupradicta conſtitutione nihil eſſe ſcriptum de filiofamilias vxorem ducente citra patris voluntatem. Reſponderi enim poteſt ex eo factum hoc eſſe, quòd inſpecto iure ciuili, vt diximus, ipſo iure 23
† non valerent nuptiæ quas filiusfamilias ſine cõſenſu patris contraxiſſet, vt proinde nullus eo caſu relinqueretur locus quæſtioni de exheredando filio, qui nullam patri feciſſet iniuriam, nuptias inutiles contrahendo. Multò minus de exheredando nepote ex iis nuptiis ſuſcepto, qui nec nepos eſſet. Poſteà verò quàm placuit eas nuptias iure Pontificio valere, & quod eſt conſequens, magnam ex eiuſmodi nuptiis fieri iniuriã patri, ſi filius ignominioſam vxorem duxerit, quam pater nunquam fuiſſet electurus, nihil cauſæ eſt cur non ſit ea iuſta cauſa exheredationis hodie, perinde atque olim erat in maſculo, & perinde atque etiam hodie eſt in filia, manente incorrecta hac parte Vlpiani ſententia in *d. §. ſi* 24
emancipatus. Dices, ita ergo futurum, † vt in filio quoque emancipato idem dicendum ſit. Nam & de eo loquitur Vlpianus in *d. §. ſi emancipatus*, quod tamen Iuſtinianus nec exprimit, nec prætermittere debuerat, cùm nihil Pontificio iure innouatum ſit, quãtum ad nuptias emancipatorum, quæ etiam olim valebant ſine cõſenſu patris. Ego verò fatebor non illi bene ita eſſe, vt etiam in filio emancipato iuſta hæc ſit hodie, vt olim, cauſa exheredationis: ſed negabo nihil de hoc Iuſtiniani conſtitutione contineri. Poteſt namque iniuria quæ fit 25
patri per ignominioſas † filij nuptias, referri ad ſecundum illud caput cauſarum ingratitudinis, quod Iuſtinianus perſtringit his verbis, *ſi grauem & inhoneſtam iniuriam eis ingeſſerit.* An non enim grauis & inhoneſta eſt illa iniuria, quæ ingeritur patri per ignominioſas filij nuptias, cùm per eas non tantùm filius, ſed etiam pater, adeóque tota familia, & cognatio dedecore afficiatur? Neque verò exiſtimandum eſt Iuſtiniani mentem illam fuiſſe, cùm cauſas ingratitudinis tam in liberorum, quàm in parentum perſonis certo numero concluſit, vt eas abrogaret, quas vetus Iuriſprudentia

pro

pro iuſtis agnouerat: præſertim quæ adnexam habeant rationem pietatis, aut etiam publicæ honeſtatis: ſed tantùm vt non eſſet in poteſtate teſtatoris nouas ſibi exheredandorum liberorum, aut parentum cauſas comminiſci, & pro arbitrio aut hos aut illos exheredare. Atqui hæc ingratitudinis cauſa, de qua agimus, eſt ex earum numero, quas prudentes noſtri, quibus nihil vſquam prudentius, pro bonis iuſtiſque agnouerunt: & quæ non poteſt videri ſublata per Iuſtinianum, quin publica etiam honeſtas ab eo violata dici poſſit, cuius rameo, cùm in omnibus, tum præcipuè in nuptiis & coniunctionibus rationem haberi oportet, *l. ſemper in coniunct.*
26 42. *D. de ritu nupt.* quia nimirum contractus † nuptiarum publicam magis, quàm priuatam cauſam habere exiſtimantur, nec tam à contrahentibus ipſis fieri, quàm à familiis vniuerſis, quibus heredes legitimi ex iis nuptiis parantur. Quare non eſt quòd iam quis miretur filium hunc, qui non ex patris voluntate vxorem ignominioſam duxerit, à patre exheredari, vt olim potuit, ita & hodie poſſe. Sed illud magis mirari quis poſſit, nepo-
27 tem † ex eo ſuſceptum exheredari olim potuiſſe, quem ſanè fatendum eſt hodie exheredari nullo modo ob hanc cauſam poſſe. Nec enim de eo dici poteſt, quod de filio ipſo diximus, & quod conſtitutio requirit, ingeſſiſſe illum auo inhoneſtam hanc iniuriam, propter quam deberet exheredari. Sicut nec quiſquam bene di-
28 xerit, poſſe hodie poſthumum † innocentem exheredari à patre ob delictum matris, niſi fortè bona mente, & eo conſilio, vt exheredatio illa profit magis quàm noceat:
29 quomodo iam olim plerunque † exheredatio fiebat, *leg. multi* 18. *D. de lib. & poſth. l. ſi patronus.* 12. *§. ſi quis non mala mente. l. Paulus reſpondit* 47. *in princ. D. de bon. libert.* Nec enim Iuſtinianus id egit, vt liberorum, quos exheredare pater vellet, deteriorem cauſam faceret, ſed vt meliorem. Fit autem melior cùm exheredantur bona mente, datúrque iis fideicommiſſum in tempus, quo in ſuam tutelam venerint, quoties prudens pater lubrico tutelæ, fideicommiſſi remedium præfert: vt loquitur Papinianus in *l.* 3. *§. cùm Pollidius. D. de vſur.* At ſit deterior quoties exheredantur mala mente. Nec ſanè iniquum quod Iuſtinianus conſtituit, vt propter delictum
30 † aut perſonam matris, quæ ſola fortaſſis ſuſpicione pudicitiæ laboret, exheredari non poſſit filius, qui eſt innocens, quemque nuptiæ demonſtrant filium eſſe illius, à quo exheredatur. Alieno enim odio prægrauari nemo debet, quomodo prægrauatur is, qui vel à patre odio matris, vel à matre odio patris exheredatur, ſiue ſit poſthumus, ſiue infans, de quo Iuſtinianus in *l. ſi quis ſuo* 33. *§. legis 6. de inoff. teſt.* ſiue etiam extra infantiam conſtitutus, dum nec ipſe deliquerit *l. ſi pen. ver. cùm enim & ad ipſarum. C. de legit. hered.* Etſi enim qui extra infantiam aut pupillaritatem conſtitutus eſt, poteſt, ſi velit, delinquere, & aliquam ingratitudinis cauſam committere, nemo tamen ob id iuſtè exheredatur, quòd potuit delinquere, ſi non etiam deliquit. Imò tantò fauorabiliot eſt qui potuit delinquere, ſi non deliquit, quemadmodum Deo opt. Max. acceptior eſt qui potuit tranſgredi, & non eſt tranſgreſſus. In perſona tamen nepotis, quo de agimus, & quem dicimus potuiſſe iure vetere exheredari ob delictum patris qui ignominioſam duxerit vxorem, vnum illud eſt quod iuris veteris aſperitatem, ſi non in totum tollit, certè minuit, quod Vlpianus in *d. §. ſi emancipatus*, vt huius iniquitatis obiectioni occurrat, non prætermittit, quòd de inofficioſo cognoſcet, non minùs merita huius nepotis quàm patris eius delicta perpendere debebit, vt ſi videat ipſum perpetuam auo pietatem, plenúmque obſequium præſtitiſſe, pro eo pronunciet contra teſtamentum: quaſi immerenter ſit exheredatus is, cuius meritis plus tribuere auus debuerat quàm delictis patris: quorum ratio ita demum haberi deberet, ſi non ea propriis meritis & officiis nepos obliteraſſet. Obſeruandum enim eſt non ita loqui Vlpianum, vt dicat non debere tunc nepotem condemnari, & ſuccumbere in querela propter delictum patris, vt Bart. & cæteri exiſtimant, & interpretantur: ſed in ea cognitione non minùs perpendenda eſſe merita nepotis, quàm delicta filij. Vtraque igitur perpendenda ſunt, delicta patris, eiuſdémque filij ad iudicandum contra neporem, ſi non probet ille ſe de auo bene meritum eſſe, licèt nec demeritus probetur: Merita verò nepotis ſi qua ſunt ad iudicandum pro nepote contra teſtamentum, licèt patris, propter quem fuit exheredatus, delicta probentur: quomodo interpretati ſumus in errore 4. Decad. huius. Ex his verò apparet quàm falſum & improbabile ſit † quod Bartol. & poſt 31
eum alij notant ad *d. §. ſi emancipatus*, ſententiam eius loci hanc eſſe, vt nepos poſſit venire contra teſtamentum aui, non obſtante quòd filius fuerit iuſtè exheredatus, vel iuſtè potuerit exheredari. Id enim non minus ab Vlp. verbis & mente quàm à ratione iuris alienum eſt. Nec enim Vlp. tractat de filio, qui fuerit exheredatus, quive potuerit vtiliter & cum effectu exheredari, quippe quem ponit mortuum eſſe viuo patre ſuo, ſed de nepote, qui fuerit præteritus, cùm primum gradum liberorum teneret tempore mortis aui: & quem ideò ait poſſe venire ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas aui, propterea quòd auo poſſit imputari, cur non eum exheredauerit, cùm poſſet id facere ob delictum patris, qui ſine aui voluntate vxorem duxerat tam ignominioſam, vt dedecori eſſet non minùs auo, quàm marito. Quòd ſi nepotem hunc auus exheredaſſet ſuo iure, non aliud auxilium ei ſuperfuiſſet, quàm querelæ inofficioſi teſtamenti. In qua querela ſuccumberet quidem ob delictum patris, ſi nulla ſua erga auum bene merita probare poſſet, ſed contrà vinceret, ſi non tantùm de auo non demeritus, ſed bene quoque meritus probaretur. Ceterum quoties filius † patri ſuperſtes eſt, nepos ex 32
eodem filio ſiue emancipato, ſiue in poteſtate retento nunquam admitti poteſt ad bona aui, ſiue filius inſtitutus fuit, ſiue exheredatus, neque per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quia non dat eam prætor aliis liberis, quàm qui iure ciuili facerent teſtamentum nullum, ſi emancipatio nulla interuenilſet: hoc eſt, qui primum gradum teneant in caula ſucceſſionis: in quo numero nunquam eſt nepos, quem pater anteuertit mortis tempore, neque per querelam inofficioſi teſtamenti, quoniam aliis ea non competit, nec ſi exheredati ſint, quàm qui exheredari, vel inſtitui debuerunt: in quo etiam numero nepos non eſt, quem mortis tempore pater præcedit, nec ſi pater foerit exheredatus, & poſt aditam hereditatem à iure proponendæ querelæ excluſus. Multò minùs igitur querelam habere poterit prætextu edicti ſucceſſorij hic nepos, ſi præteritus tantum fuerit, non exheredatus: cùm impunè potuerit præteriri, ſi pater eum præceſſit. Si verò pra mortuo iam patre in locum ipſius ſucceſſit teſtamentum, quod ipſe ſuccedendo iam rumpit, ampl.us rumpi per querelam non poteſt, ita vt nullo caſu querelam habere poſſit. Bonorum poſſeſſionis ab inteſtato ex capite Vnde liberi, alia ratio eſt, ea namque poteſt competere nepoti ex filio emancipato ſuperſtite ſi modò filius emancipatus bonorum poſſeſſionem ipſe non petierit, *l. ſi quis ex his. §. vlt. D. vnde lib.* Quod tamen quomodo accipiendum ſit, quoniam in eo quoque ab omnibus interpretibus errari video, pluribus explicandum eſt.

* * *

ERROR

ERROR VII.

De varia interpretatione l. qui se patris vlt. Cod. vnde liber.

SVMMARIA.

1 *Species l. qui patris vlt. C. vnde liberi.*
2 *Cur obscura differentia quæ ab Imperatore inter ius ciuile & prætorium videtur constitui.*
3 *Iure ciuili superstes filius in successione aui obstat nepoti.*
4 *In suis heredibus iure non est successio.*
5 *Contraria sententia Baldi.*
6 *Baldus autumat suum heredem qui se abstinuit non esse habendum pro herede.*
7 *Opposita Baldi disputatio.*
8 *Interpretatio d. l. qui patris, à Baldo allata.*
9 *Iure ciuili non admittitur ad hereditatem aui, si recusset hereditatem patris sui superstite.*
10 *Nepos iure prætorio admittitur ad hereditatem aui, etiamsi recusset hereditatem patris.*
11 *Ratio dubitandi, quia qui recusat hereditatem patris, hoc ipso censetur iuncta recusare aui hereditatem.*
12 *Cuiacius censet filium in specie d. l. prius decessisse quàm se immiscuerit, glossatores verò abstinuisse.*
13 *Cuiacy interpretatio euertitur.*
14 *Se abstinere & se non immiscere differunt.*
15 *A suis heredibus etiam ignorantibus transmittitur paterna hereditas ad quoscunque.*
16 *Baldi & glossatorum filium se abstinuisse ponentium interpretatio refellitur.*
17 *Ratio Fachinei aduersus relatam interpretationem reiicitur.*
18 *Alia ratio Fachinei ab authore comprobata.*
19 *Error Fachinei.*
20 *Alberici, Decij, & Duareni interpretatio refertur, & refellitur, n. 21.*
22 *Fachinei interpretatio d. l. qui patris.*
23 *Fachinei explicatio refellitur.*
24 *Cùm aliquis alicui succedit hereditas defuncti sit patrimonium heredis viuentis.*
25 *Vera sententia l. si quis filiusfamilias. 7. §. vltimo D. de acquirenda hereditate quâ nititur Fachin.*
26 *Abstinere facti est, heredem esse iuris.*
27 *Lapsus Fachinei in interpretatione regulæ, In suis non est successio.*
28 *Errores alij Fachinei.*

QVam difficilis omnibus interpretibus & geteribus & recentioribus visa sit huius legis interpretatio, facilè est videre tam ex glossatorum, quàm ex aliorum commentariis, in quibus videas neminem ex eis vel sibi ipsi satisfeciſſe. Solus Iacobus Cuiacius libro quarto obseruationum capit. sexto scripsit sibi apertissimam videri speciem & sententiam legis. Et sanè quid tanto viro difficile videri potuit, aut debuit? Sed tamen ille sic explicat, vt appareat magis eum laborare in explicando eo quod per se apertissimum erat, nullâque explicatione indigebat, quàm in iis difficultatibus eleuandis, quàm cæteri minus ingenioſi hucusque diluere non potuerunt. Verba legis primùm proponenda sunt. Lex enim
1 breuis est, † & si nihil nisi constructionem quæras, perspicua & plena. *Qui se patris*, inquit Imper. Constantius, *post auum intestatum defuncti negat heredem, mortui aui paterni facultates susci pere non potest, maximè emancipatus, nisi per bonorum possessionem ad huiusmodi beneficium peruenerit.* Sensus verò vt sit obscurus illud facit quòd non obscurè videatur Imperatoriis verbis insinuare dif-
2 ferentiam † quæ in hac specie constituenda sit inter ius ciuile & prætorium, cum prior pars legis loquatur de successione, quæ sit ex iure ciuili, posterior verò de ea quæ sit ex prætorio. Prior de herede, & consequenter de hereditate: posterior autem de bonorum possessione, & consequenter de bonorum possessore. Quæ tamen differentia inter ius ciuile & prætorium quænam hic sit, & quem effectum habere possit vix dici potest. Nam cum lex sit de legitima intestati successione tam ciuili quàm prætoria, & de nepote ex filio suo herede superstite, qui nepos volebat omissa paterna hereditate auitam amplecti: Certum est, si ius ciuile † inspicias, in successione
3 aui filium qui superstes fuit, ol stare omnimodo nepoti ne possit nepos vllo casu suus heres esse, nec tanquam suus, nec tanquam proximus agnatus, siue filius se immiscuerit, siue se abstinuerit, siue non declarata voluntate decesserit, quia cum filius ipse sit suus heres ipso iure, ita vt possit dici auum non esse sine herede qui filium habuit suum heredem, quamuis se abstinentem, *l. cùm quasi 30. §. sed etsi suus. D. de fideic. libert.* apparet non posse neporem, aut alium quemquam eidem auo heredem esse, siue quòd vni duo in solidum heredes esse nequeant, *l. quod contr. 141. §. vni duo de reg. iur.* siue quod non possit auo suus heres esse nepos, qui delatæ successionis tempore à patre anteuertitur, *l. si quis filio 6. D. de iniust. rupt. l. scripto 7. D. vnd. lib.* Nec est quod quis dicat aperiri locum nepoti, vt possit fieri suus heres auo per filij abstentionem. Repugnat enim quod toties diximus, & repetere cogimur non esse iure ciuili † in
4 suis heredibus successionem, vt apertè scriptum est in *l. 1. §. sciendum. D. de suis & legit.* In eoque & Cuiacius, & cæteri omnes tam veteres quàm recentiores interpretes consentiunt, nisi quòd Baldus *ad d. l. vlt. n. 7.* ausus dicere, de mera quidem iuris subtilitate id verum esse, sed tamen de æquitate † etiam iuris ciuilis secus esse,
5 cùm inquit, edictum successorum habeat locum in suis, non tantùm hodie & nouo iure quod induxit Iustiniani constitutio, de qua in §. *placebat. Inst. de legit. agnat. succeſſ.* sed etiam inspecto iure vetere, *ex l. defuncto. 6. C. de legi. hered.* cuius verba hæc sunt, *Defuncto suis existentibus heredibus & abstinentibus vel repudiantibus hereditatem frater iure consanguinitatis succedere potest.* Quæ lex, inquit Baldus, debet intelligi de æquitate iuris ciuilis, etiam antiqui, non de rigore iuris ciuilis, vt aperta sit via nepoti etiam de iure ciuili antiquo & constitutionibus Principum *d. l. defunctis*, non etiam responsis prudentum *d. §. sciendum.* Ex quo infert ille, Eos qui dicunt necessariam esse hoc casu bonorum possessionem, verum dicere de mero rigore, sed de æquitate posse adiri hereditatem iure ciuili non quidem ex iure suitatis, sed ex iure agnationis, quia nepos hic ex liberis est, adeo vt etiam ignorans possit transmittere hanc aui hereditatem in suos heredes, non quidem quoscunque, quia necessarius non est, sed in descendentes ex Theodosij constitutione in *l. vnic. C. de his qui ant. apert. tab.* In eoque valdè laborat Baldus, † vt probet suum here-
6 dem qui se abstinuit non esse habendum pro herede, ne quidem iure ciuili, cùm non sit efficaciter heres, nec proinde impedire debeat quin alius efficaciter heres esse possit, etiam ex iure ciuili. Nec enim inquit, suitas impedit ius ciuile ex quo repudiata est, *l. cum hereditate 55. de acq. hered. iunct. l. Celsus 29. de leg. 2.* nec vanũ nomen debet tollere effectum rei, *l. pro herede 20. §. Papinianus. D. de acq. hered.* Addit repudiati ius mobile, id est, separabile fingi retro ius non fuisse delatum: vt proinde saltem attenta fictione posterior veniens præferẽdus sit, *l. proinde. 8. D. si cer. pet.* Item eos qui non habent nisi nudũ nomen, vt filiumfamilias, heredem instituturum, & præterea quisquis alteri fideicommissariam hereditatem restituit, postremò cedentem quemlibet non obstante patre, aut fideicommissario, aut cessionario quominus habeant isti efficaciam iuris ciuilis, *l. cùm filiofamilias 11. De leg. 1. l. qui liberis 8. §. hac verba. De vulg. & pup. substit.*

ſtit.l.ex aſſe 28.*D.ad SC. Trebell.*In ſumma nõ debent, inquit,iura noſtra fundari in chimera, quæ nihil habet ſpiritus viuentis,& quæ nihil ſignificat entitatis.*l.* 1.*C.*
7 *de dedit.libert.tollend.* Idem tamen Baldus † ſubinde in contrarium multa adfert, quæ probant ſuum heredem, etiã cùm ſe abſtinuit, non nudo tantùm nomine heredẽ eſſe, ſed in pleriſque cum effectu, vt & eũ qui reſtituit hereditatem,vt in *l.ex facto* 43.*§.vlt. D.de vulg.& pup. ſubſtit.l. quia perinde* 42.*D.ad SC. Treb. l. ſi mulier* 59.*§.ex aſſe D.de iur. dot.* In hoc præſertim quod interque actiones omnes & actiuas & paſſiuas in ſua perſona retinet ipſo iure ita vt & conuenire debitores hereditarios,& viciſſimà creditorib.hereditariis conueniri poſſit,*l.neceſſariis* 57. *D. acq.hered.l. ita tamen.*27.*§ qui ex Trebell.D.ad SC. Trebell.* Quæ rationes etſi tam magnæ, vrgenteſque ſunt,vt ad eas reſponderi non poſſit, relinquit tamen ille ſtudioſis cogitandum quid reſpondere
8 debeant, nulliſque allatis reſponſionibus concludit † intelligendam eſſe Conſtantij legem de eo caſu,quo pater nepotis cùm eſſet in poteſtate, & ſuus heres abſtinuerit ſe beneficio prætoris,& ſic accipiendam, vt permittatur nepoti ſuccedere auo etiam omiſſa patris hereditate.Et quidem iure prætorio, ex quo eſt beneficium abſtenſionis,quia prætor ſuum heredem,qui ſe abſtinuit non habet pro herede *d.l.neceſſariis. l. ſi filius* 12. *D. de interr. action.* Sed tamen hoc etiam ad legem addendum eſſe vt iure quoque ciuili,non quidem ſummo ſed æquo,i.ex æquitate iuris ciuilis poſſit hic nepos ſuccedere ſine auxilio prætoris,etiam iure vetere inſpecto ex *d.l.defunctis*:multò magis inſpecto iure nouo, ex quo defendit ille,inductam fuiſſe edicti ſucceſſorij poteſtatem,non minùs in ſuis heredibus, quàm in agnatis, ex ſupradicta Iuſtiniani conſtitutione, cuius mentio fit,vt in *d.§.placebat*,de quo an verum ſit, itémque de ſententia *d. l.defunctis*, diſputandum erit latiùs in c.ſeq.Nunc ſufficiat monere quod ad legis noſtræ interpretationem pertinet,& quod nec Baldus negat,alienum prorſus eſſe
9 à ſententia Imp. vt nepos † admittatur iure ciuili ad hereditatem aui,ſi recuſet hereditatem patris ſui, etiam illo caſũ quo pater abſtentus proponatur,cùm verba illa legis ſint abſoluta, *paterni aui ſuſcipere facultates non poteſt*:ea verò exceptio quæ nepotem admittere videtur, *niſi per bonorum poſſeſſionem ad huiuſmodi beneficium peruenerit*,non loquatur niſi de iure prætorio, ex quo ſunt omnes omnino bonorum poſſeſſiones, nulla prorſus iuris ciuilis. Admittamus ergo quod cæteri admittunt, Nepotem hunc temporibus Conſtantij non potuiſſe auo ſuccedere ex iure ciuili,niſi per mediam patris perſonam,ſi paternam quoque hereditatem cum auita conjunctam agnoſcere voluiſſet. Quæramus autem, an admitti poſſit iure prætorio,& quam ob rationem.Et qui-
10 dem admitti poſſe ex iure † prætorio nemo dubitat, quoniam verbis legis hoc ipſum expreſſim cautum eſſe putant:ſed qua ratione id ſtat,omnes diſputant, nec inueniunt quod ſatisfaciat. Difficultas autem ex eo naſci-
11 tur,quòd ſi pater † quem lex ponit auo inteſtato ſuperſtitem fuiſſe,patri ſuo ſuus heres fuit, quomodo fuiſſe ponendum eſt,cùm non proponatur fuiſſe emancipatus, illud ſtatim conſequens eſt, vt patris & aui hereditas iuncta eſſe cœperit, *l.ſed ſæpiùres* 10.*§. filio. de vulg. & pup.ſubſt.*ac proinde, vt nepote paternam hereditatem omittente,auita quoque ad eos pertinere debeat, ad quos paterna pertinebit. Ergo non ad nepotem, ſed ad defuncti patris fratrem conſanguineum, ſi quis ſit ex *d. l.defunctis*.Neque verò aliter facere Prætor poſſet,etiamſi nepoti fauere maximè vellet, quin læderet ius conſanguinei,Quod tamen nunquam Prætor faceret,cuius beneficia id perpetuum habent ne cuiquam ſint captioſa, néve cum alterius iniuria concedantur,*l.Paulus* 8.*D.de ſtipulat.prat.l.ſed cùm ab herede* 12.*D.ad SC. Treb.* Nec Cuiacius ipſe hoc diſſimulat.Ait enim, quòd ſi mortuo auo inteſtato filius hereditari ipſius ſe immiſcuiſſet, nihil eſſet de quo dubitari poſſet.Tũc enim niſi per patrẽ nepos aui hereditatem obtinere nõ poſſet, nimirum nec ciuili iure,nec prætorio.Indéque ſumit occaſionem diuinandi,filium † in hac ſpecie priùs deceſſiſſe quàm ſe 12
immiſcuiſſet:quæ interpretatio non multùm diſtat ab ea quam diximus fuiſſe Baldi,& quæ fuit veterum etiam ferè omnium gloſſatorum qui ponunt filium ſe abſtinuiſſe,aut vt alij minùs propriè loquuntur, repudiaſſe (non enim repudiare dicuntur ſui heredes, ſed ſe abſtinere,ſicut nec adire,ſed ſe immiſcere)niſi quòd cùm ſit 13
æquè commentitia & diuinatoria,ſiquidem nullum † in tota lege de abſtentione aut immixtione verbũ eſt, multò tamen eſt improbabilior.Non enim idem eſt ſe abſtinere,† & ſe non immiſcere,nec ſicut is,qui ſe abſtinuit, 14
pro herede non habetur apud prætorẽ *d.l.ſi filius*, ita & dici poteſt non habendum pro herede illum qui ſe non immiſcuit.Nam & eum qui ſe non immiſcuit, verum eſt nec etiã abſtinuiſſe, quãuis abſtinere poſſit.Vt autẽ ſuus heres non habeatur pro herede à prætore, non ſufficit quòd poſſit abſtinere,niſi re vera abſtinuerit,*d.l.neceſſariis l.*1.*§.qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſa cauſa teſtam.*Id enim eſt quod ſolemus dicere,A ſuis † heredi- 15
bus etiam ignorantibus,tranſmitti paternam hereditatẽ ad quoſcunque,*l.apud hoſtes* 9.*C.de ſuis & legit.l.ſi quis filiũfamilias.*7.*§.*1.*de acquirenda hereditate*,alioqui quomodo poſſet ſe immiſcere is qui patrem ſuũ defunctum eſſe ignoraret:*l.is qui heres* 13.*§.*1.*inſtit. l. cum bonis* 87. *eodẽ tit.*Ergo quanuis permittatur tibi diuinare cũ Cuiacio filium in hac ſpecie nunquam ſe immiſcuiſſe, nihil tamen profeceris,niſi addas cum Baldo, & cæteris etiam abſtinuiſſe,vt apud Prætorem pro herede non habeatur. At rurſus nec illud ſufficere † poteſt ad tollendam diffi- 16
cultatem quòd filius ſe expreſſim abſtinuerit, quia cùm non eo minùs verũ ſit filium qui ſe abſtinuit,heredẽ remanere ipſo iure,*d.l.ſed etſi ſuus.l.cùm quæſi* 30.*de fideic. libert.* Illud quoq; verũ eſt iunctas eſſe aui & patris hereditates ipſo iure,nec proinde patris hereditatem,quam nepos omittit, ad alios ſiue heredes,ſiue bonorũ poſſeſſores peruenire poſſe, quin ad eoſdem aui quoque hereditas quaſi permixta & confuſa perueniat. Addunt alij vt hanc interpretationem impugnent, ſecundùm eam fore vt nepos † ex iure ciuili ſuccederet in hereditate 17
aui ex *d.l.defunctis*.Sic enim Andreas Fachineus qui totam quæſtionem hanc diligentiſſimè tractat, vt ſolet lib. 6.Controuerſiur.c. 66. ſed parum probabiliter, vt ex iis conſtabit, quæ ſequenti capite de illius loci ſententia differemus.Quantumuis enim filius abſtinuerit, nepos tamen ex eo ſuſceptus ſuccedere iure ciuili nunquã poteſt,ſiue iuris ciuilis rigorem inſpicias, ſiue æquitatem, 18
quia ſemper ei filius obſtat. Illa probabilior † ratio eſt, quam idẽ Fachineus adfert,quòd filij hereditas à nepote omiſſa ad ipſius filij fratres conſanguineos peruenire deberet ſimul cum hereditate aui quæ ei iuncta eſſet: vt proinde ſine ipſorum iniuria non poſſit ad nepotẽ peruenire etiam iure prætorio. Cur enim prætor ius aliis quæſitũ tolleret,ac heredem aut ad conſanguineos pertinentẽ nepoti applicaret? Item quod neque verbis legis conuenit,vt filium hunc ponamus abſtinuiſſe.Nam cùm lex ita ſcribit,*qui ſe patris poſt annum inteſtatum defuncti negat heredem,mortui aui paterni facultates ſuſcipere non poteſt*,innuit non obſcurè hunc nepotem, ſi patris ſui hereditatem ſuſcipere voluiſſet, hoc ipſo paterni aui facultates tanquam patris heredem ſuſcepturum fuiſſe: quòd nõ vetè diceretur,ſi pater aui hereditate abſtinuiſſet.Nec enim quod ipſe repudiaſſet, aut ſaltẽ abieciſſet, tranſmittere in aliũ potuiſſet, *l. ſi quis filium* 34. *in fin. C.de inoff.teſta.d.l.ſi quis filiũfamilias* 7.*§.*1.*D.de acquirend.heredi.* Quãquam cùm etiã poſt abſtentionẽ heres iure ciuili manſiſſet,vt diximus ex *d.§.ſed etſi ſuus*, non eo minùs potuiſſet fieri iure ciuili tranſmiſſio hereditatis auitæ à qua filius abſtinuiſſet. In quo erat † ſanè 19
Fachineus, cùm ait nihil poſſe huic nepoti prodeſ-

ſe

se quod agnoscat paternam hereditatem, vt auitam quoque iure ciuili consequatur, si pater abstinuisset. Quasi verò abstentio illa, quæ tota est iuris prætorij possit immutare rationem iuris ciuilis. Nec probabilius est
20 quod olim Albericus,† ex recentioribus verò Decius & Duarenus dixerunt, Nepotem hunc ideò posse per bonorum possessionem consequi facultates aui, quamuis patris sui heres esse nolit: quòd negando se patris heredem, non idcircò bonorum poss. Vnde liberi omittile videatur, cùm alia sint iura successionis ciuilis, alia verò prætoriæ. Vnde è contrario est quod suus heres omissa bonorum possessione, paternam successionem iure ciuili obtinere potest, *l. suum heredem* 13. *C. de iur. de-*
21 *lib. l. quoties duplici* 91. *de regul. iur.* Nã præter † id quod hereditatis appellatione bonorum quoque possessio cõtinetur, vt Cagnolus contra Decium argumentatur ex *l. hereditatis* 138. *D. de verb. signif.* non video quomodo possit fieri quod isti volunt, vt suus heres qui ipso iure & necessarius iure ciuili heres est, exclusus vnquam sit eodem iure ciuili ab adeunda hereditate, cuius nec vlla indigeat additione, *l. in suis* 14. *D. de suis & legit. iunct. l. in suis* 11. *D. de liber. & posth.* Nec illud quoque videre possum quomodo sui heredis abstentio, quod vnicum ei remedium est omittendæ paternæ hereditatis, possit concurrere cum bonorum possessione. Vnde liberi. An enim se bonis abstinet is qui petit bonorum possessionem Vnde liberi? an non potiùs gerit se pro herede, vsque adeò vt etiamsi extraneus heres esset, qui proinde vel additione, vel gestione pro herede indigeret ad acquirendam hereditatem hoc ipso etiam iure ciuili heres factus videretur *l. puberem* 12. *C. de iur. delib.* Neque verò Imperator, cùm ait, nepotem negando se patris heredem, non posse aui facultates suscipere, ad id respicit quòd nepos iure ciuili heres non esset, sed ad id potiùs quòd bona patris non haberet, nec proinde possit habere auita, quæ cum paternis iuncta & confusa fuissent. Et quod addit, *nisi per bonorum possessionem nepos ad huiusmodi beneficium peruenerit*, non de beneficio accipi potest, per quod nepos succedendo in bonis paternis possit succedere in auitis (quid enim noui aut beneficij in eo esset, vt iunctis aui & patris hereditatibus nepos patri succedendo, auo quoque succederet?) sed per quod consequatur, vt quamuis paternam hereditatem amittat, nihilominus aui facultates possit suscipere. In quo tamen illa semper dubitatio manet, qua ratione possit prætor bonorum possessionem aui concedere nepoti abstinenti se à patris hereditate, cùm ad alios ipsius patris heredes pertineat & hereditas, & bonorum possessio aui, quæ cum paterna hereditate in vnum patrimonium est redacta, vt bene Fachineus argumentatur. Nam si dicas cum Cagnolo & aliis quibusdam ex antiquioribus, æquitatem prætoris hoc efficere propter summam aui & nepotis coniunctionem, vt hereditas non deuoluatur ad extraneos: facilis replicatio est, quam nec Fachineus prætermittit, quod imputare sibi nepos debeat cur abstineat ab hæreditate patris, quæ aui etiam hæreditatem admixtam habeat: item quod eius coniunctionis tanta vis esse non debeat, vt ideò prætor alijs ius suum auferre possit, & iuris formam. Superest igitur sola Fachinei
22 † interpretatio, & referenda & refellenda. Is supradicto loco admittit, quod sanè verba legis euincere prima fronte videntur, nepotem hunc, de quo agitur, suum heredem esse patris sui, qui pater fuerit etiam suus heres auo. Prima enim pars legis videtur de liberis in potestate: secunda de emancipato nepote, quæ incipit ab illis verbis, *maximè emancipatus*. Itaque ponit & hereditatem aui fuisse ipso iure quæsitam filio, & hereditatem filij nepoti, qui cùm ita vtramque hereditatem haberet, paternam omittere volebat, auitam verò retinere. Hoc verò negat Fachineus permittendum ei fuisse ex iure ciuili, quia post confusionem vna hereditas est, nec nisi tanquam vna consideratur. Permittendum tamen ei esse vult, inspecta æquitate iuris prætorij, quæ duas istas hereditates tanquam duas, non tanquam vnam considerat. Idque probat ex *d. l. si quis filium familias* 7. §. 1. *D. de acquir. hered.* vbi Paulus scribit, Si filius priusquàm sciret se necessarium patri suo heredem extitisse, decessent relicto filio necessario, permittendum esse nepoti abstinere se ab aui hereditate, quia & patri eius idem permitteretur. Quomodo enim posset Prætor hoc permittere nepoti, vt iunctam hereditatem separaret, si non eam pro duplici non pro vna haberet? Idem ergo inquit Fachineus, permittendum esse nepoti: veranque & patris & aui hereditatem habenti, vt paternam hereditatem possit omittere, auitam verò retinere. Idque non ex iure ciuili quo in suis non est successio de persona in personam, id est de filio in nepotem *d. l.* 1. §. *sciendum. D. de suis & leg.* sed ex iure prætorio per bonorum possessionem Vnde liberi, iuncta edicti successorij potestate, cùm huic nepoti, neque filius, neque extraneus quisquam obstet, Verba sunt viri doctissimi, cuius eruditioni & subtilitati, licet multò plus debere me agnoscam, quàm possit ille debere meæ, ac qua, si aliqua esset, plerisque scriptorum suorum locis testatur se præclarè & honorificè sentire, non possum tamen tantum tribuere vt hanc ipsius interpretationem probem. Primum, † quia in iure nostro inauditum est, vt postquam duæ hereditates iunctæ 23
sunt ex voluntate illius in cuius persona ea coniunctio facta est, separatio illa fiat per Prætorem, nisi fauore cred tonum in Edicto *de separationibus*, *l.* 1. *ill. sit. D. de separat. Dixi ex voluntate*, quoniam in eo qui duorum necessarius heres est, facilius admitti potest, vt si alterius quidem heres esse velit, ab alterius verò bonis abstinere, hoc ei permittendum sit à prætore, vt puta si filius qui patri ac postea fratri ex secundis tabulis heres extitit, hereditatem patris recuset, fraternam autem retinere malit, vt in specie *l. si filius* 12. *D. de vulg. & pup. substit.* Nam vt eo loco Papinianus ratiocinatur, iustiùs Prætor faciet, si fratri separationem bonorum patris concesserit, cùm ius dicenti propositum esse debeat liberos ab oneribus hereditarijs non sponte susceptis liberare, non inuitos ab hereditate remouere. Sola enim iuris potestas illa est, non etiam filij eiusdémque fratris voluntas, quæ paternam hereditatem cum fraterna iungit, ob id nimirum quòd quisquis patri necessarius heres est, idem etiam sit fratri, *l. sed si plures* 10. §. *quod possum. eod.* Sed cùm defuncti, quisquis ille fuerit hereditas cœpit esse patrimonium viuentis, & volentis, sicut non potest ille abdicere hereditatem quam vltrò agnouit: ita nec heredi eius permittendum vnquam est, vt hereditatem heredis separet ab hereditate defuncti, siue hanc, siue illam duntaxat retinere velit, alterum autem omittere, *l. paterfamilias* 18. *D. de rebus auct. iud. poss. aliàs l.* 13. *D. de priuil. credit.* Quoties enim aliquis heres † 24
sit alterius: siue voluntarius, siue necessarius, desinit esse hereditas, quæ fuit, fitque patrimonium viuentis heredis, nec minùs prætorio iure, quàm ciuili. Impossibile igitur est, vt eam hereditatem quæ amplius non sit hereditas, & quæ iam alteri quæsita fuit, Prætor consideret tanquam hereditatem, cùm hereditas quæ semel desiit esse, nunquam possit rursus fieri hereditas, non magis quàm vt iterum viuat & moriatur is qui iam semel mortuus fuerit: siquidem hereditas nihil nisi fictio est quam lex inducit moriente demum testatore, nec vt perpetuò sit, sed vt duret in id vsque vsque tempus duntaxat quo aliquem fecerit heredem. Nec æquitas prætoria cum iuris ratione hic pugnat, nisi quoties heredis persona talis est, cui hereditas fuerit acquisita ipso iure, ac citra vllam eius voluntatem, vt euenit in suis & necessarijs heredibus, aut cùm ea mixtio & confusio patrimoniorum damnosa est eis quibus nihil imputari potest, puta creditoribus defuncti, vt in edicto De separationibus. Et tamen nec in suis heredibus facit prætor vt patrimonium defuncti non sit patrimonium

heredis, ſed tantùm vt poſſint ſe abſtinere, ſi velint: vnde eſt, quòd ſiue ſe immiſcuerint, ſiue non declarata voluntate deceſſerint, dummodò non expreſſim ſe abſtinuerint, tranſmittunt hereditatem ad quoſcunque, non etiam beneficium illud abſtentionis, quod ipſorum proprium & perſonale fuit. Hoc enim eſt quod Paulus
25 † ſcribit in *d.l. ſi quis filiumfamilias* 7.§. *vlt.* In omni ſucceſſione ſi quis heres extiterit ei qui Titio heres fuit, Titio quoque heredem eum fuiſſe videri, nec poſſe Titij omittere hereditatem. Nec alius caſus eſt in quo poſſit ſui heredis heres habere beneficium abſtentionis præter eum quem Paulus ponit in §. 1. eiuſdem legis, cùm ſuus heres deceſſit priuſquàm ſciret ſe heredem, ac proinde priuſquam poſſet abſtinere (nec enim alius poteſt abſtinere quàm qui ſcit factum ſe heredem neceſſarium, quique, ſi extraneus eſſet, ac remoto familiæ vinculo repudiare poſſet) & præterea relicto alio neceſſario herede: quorum alterum ſi deſit, non poteſt nepos tanquam heres neceſſarius habere beneficium abſtinendi à bonis aui, non quidem eo caſu quo filius ſciuit ſe neceſſarium heredem, neque abſtinuit, quia nec abſtinendi conſilium habuiſſe credendus eſt, quandiu ſe non abſtinuit, licèt nec ſe immiſcuerit. Nec rurſus eo caſu quo extraneum heredem reliquerit, quia extraneo heredi poteſt imputari cur filij hereditatem cum patris hereditate iunctam vltrò agnouerit, quod non ſimiliter neceſſario heredi imputari poteſt, *d. l. paterfamilias*. Ergo etiamſi verum eſſet quod vult Fachineus tam facile eſſe vt permittatur nepoti omiſſa patris hereditate aui hereditatem retinere, quàm facilè eſt vt omiſſa hereditate auita retineat paternam: adhuc tamen dicendum eſſet, id non aliter poſſe locum habere, quàm ſi filius ignorans patris ſui mortem, deceſſiſſet: ac proinde ſuppleri hoc oporteret ad Conſtantini legem, quæ nihil aliud ponit, niſi quòd deceſſerit filius poſt patrem ſuum inteſtatum. At neque ſi hoc ſuppleat, quicquam tamen aſſequêris. Ignorantia enim filij qui priùs deceſſit, quàm ſciret ſe patri factum heredem, facilè poteſt inducere tranſmiſſionem beneficij abſtinendi in perſonam nepotis, quia facit, ne poſſit dici filium non habuiſſe voluntatem ſe abſtinendi, qui nec habuit poteſtatem. Ideoque æquiſſimum eſt permitti nepoti vt abſtineat, quod patri eius, ſi viueret, permitteretur, vt Paulus ratiocinatur. Sed non perinde poteſt ea ignorantia facere vt permitti debeat nepoti omiſſa patris ſui hereditate auitam retinere, quia non ſicut ignorans ſuus heres abſtinere non poteſt: ita & poſſis dicere,
26 ſuum illi heredem eſſe non poſſe. Abſtinere † enim facti eſt, & voluntatis. Heredem verò eſſe, iuris eſt, præſertim in ſuo herede qui nullo facto indiget, vt ſit heres ipſo iure. Ignorans nemo quicquam facit, non magis quàm ſine voluntate faciendi. Ignorans verò heres eſt, quiſquis ſuus heres & ipſo iure heres eſt. Non igitur bona ratiocinatio à caſu quem tractat Paulus in *d.l. ſi quis filiumfam.* 7.§.1. ad eum quem tractamus *ex d.l. vlt. C. vnde liber.* ſed & alia ratio eſt, quæ facit ne ſit bona. Cùm enim prætor permittit nepoti vt abſtineat ſe ab hereditate aui, retenta nihilominus patris ſui hereditate, vt in d.§.1. nemini facit iniuriam, cum ex eo damnum nemo ſentire poſſit, lucrum verò poſſint percipere illi ad quos bona ex edicto peruentura ſunt, puta fratres cõſanguinei, ſi qui fuerint auo, qui licèt iure ciuili ſuccedere non poſſint fratri ſuum heredem habenti, quia neque in ſuis neque in agnatis eſt ſucceſſio, vt toties diximus, poſſunt tamen iure prætorio, aut tanquam legitimi, aut tanquam cognati, *d.l. defunctis 6. C. de legit. hered.* At ſi permitteret nepoti abſtinenti ſe à patris hereditate, nihilominus aui hereditatem retinere, faceret illis iniuriam, ad quos patris hereditas ſiue ciuili ſiue prætorio iure pertineret, quoniam auferret iis hereditatem aui, quæ tamen iuncta iam cum hereditate patris ſimiliter ad
27 eos ſpectaret, vt nec Fachineus † ipſe diſſimulat: qui & in eo labitur, quòd ſententiam illam iuris noſtri, quæ habet, iure ciuili in ſuis non eſſe ſucceſſionem, ſic interpretatur, vt non ſit locus edicto ſucceſſorio. Quaſi verò edictum ſucceſſorium ſit ex iure ciuili, ac non potiùs ex iure prætorio. Nam ſi eſt, vt eſt ex iure prætorio, quid attinet monere locum non eſſe edicto ſucceſſorio iure ciuili in ſuis heredibus? aut in agnatis? An fortè ad differentiam cognatorum, aut quòd aliquo nullo caſu poſſit edictum ſucceſſorium iure ciuili habere locum? At neque hoc dici poteſt, cùm neque cognati ſint iure ciuili qui cognati tantùm ſunt. Aliud ergo eſt dicere, In ſuis ſucceſſionem non eſſe: aliud verò, quomodo Fachineus cum cæteris interpretatur, In ſuis heredibus ſucceſſorio edicto locum non eſſe. In ſuis ſucceſſio non eſt iure ciuili, id eſt, Qui ſuus heres non fuit tempore mortis: quòd alius eum anteuerterit, nunquam poteſt ſuccedere in locum ſui heredis, & fieri ſuus heres. At in ſuis quoque heredibus locus eſt edicto ſucceſſorio, quia ſi ſuus heres repudiat eam bonorum poſſeſſionem quæ ſuis heredibus defertur ex capite Vnde liberi, ſuccedit ille ſibi ipſi vt poſſit petere Vnde legitimi, & poſt legitimos ſuo etiam ordine. Vnde cognati *l. 2. D. vnd. legit.* Multo magis poſt ſuum heredem admittet prætor legitimos, ſi ſuus heres non ex primo tantùm capite, ſed ſimpliciter repudiauerit bonorum poſſeſſionem, *d.l. 1. §. quibus, & §. ſeq. D. de ſucceſſ. edict.* Item cùm addit Fachineus nepotem non vocari ad hereditatem aui, quia filius gradu eum præcedit, & ſuus heres eſt ipſo iure, *Nec enim* inquit, *abſtinuit in caſu.* An non innuit aliud dicendum fore ſi filius abſtinuiſſet? quaſi potuiſſet abſtentio facere, vt filius non eſſet heres ipſo iure: quod tamen pugnat euidentiſſimè cum *d. §. ſed etſi ſuus l. cum quaſi* 30. *D. de fideic. libert. & d.l. neceſſarius* 57. *D. de acquir. hered.* ſed omnium grauiſſimus error † ille eſt 28
quod addit, Iure tamen prætorio poſſe hunc nepotem obtinere bonorum poſſeſſionem Vnde liberi, *Quandoquidem*, inquit, *filius ei non obſtat, nec alius extraneus heres.* Vtrumque enim falſum eſt, quorum tamen neutrum probat ille, quia nec Papinianus ipſe probare poſſet. Falſum eſt filium huic nepoti non obſtare. Cui non enim obſtabit, nec tantùm ciuili iure, ſed etiam prætorio, cùm præcedat eum in caſu ſucceſſionis, neque minùs, quod attinet ad prætorem, quàm quod ad ius ciuile? Præſertim ſi ponas quomodo Fachineus ponit, & nos ponendum admittimus, filium ſe nunquam abſtinuiſſe, ſuus enim heres, qui nunquam ſe abſtinuit, heres eſt iure ciuili, & habetur pro herede iure prætorio, tum quoq; cùm abſtinere ſe adhuc poteſt. *d.l. 1. §. qui ſunt in poteſtate D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.* Quanto magis cùm deſiit poſſe abſtinere, id eſt, cùm defunctus fuit? Quonam igitur caſu, obſecro poterit vnquam filius nepoti obſtare, ſi ne quidem illo caſu obſtat, quo verè heres ipſe fuit, nec vnquam abſtinuit? Falſum etiam illud eſt, nullum eſſe extraneum heredem qui huic nepoti obſtet. Obſtat enim ij omnes, ad quos bona filij, à quibus nepos abſtinet, peruenire debent iure prætorio, puta fratres conſanguinei, *d.l. defunctis.* aut ſi ij non ſint alij remotiores agnati vel cognati, qui ſicut filij bona omnia propter nepotis abſtentionem habere debent: ita & aui facultates quæ in perſona filij cum ipſius bonis iunctæ eſſe cœperunt. Denique legis quæſtionem non illam eſſe, quam putat Fachineus, An nepos omiſſa patris ſui hereditate aui facultates retinere poſſit, ex eo apparet quod lex ita loquitur, *Mortui aui paterni facultates ſuſcipere non poteſt.* Nemo enim non videt, longè aliud eſſe *facultates ſuſcipere*, aliud *retinere*. Retinemus ſiquidem quæ iam ſuſcepimus, & habemus: ſuſcipimus verò ea ſola, quæ nunquam ante habuimus. Verùm, iam tempus eſt vt confutatis aliorum interpretationibus noſtram proferamus.

ERROR

ERROR VIII.

De bonorum poſſeſſione Vnde liberi in perſona nepotis ex filio, ſine ſuo herede, ſine emancipato ſuperſtite.

SVMMARIA.

1 *Difficultas l.qui patris.C.vnde liberi,vnde proſtuat.*
2 *Reſcriptum Conſtantij tantùm pertinere ad nepotem emancipatum autoris ſententia ſingularis, & n.8.*
3 *Reſcripta Imopp. & reſponſa prudentum qui differant.*
4 *In ſpecie l.qui patris filius erat in poteſtate aui.*
5 *Nepos emancipatus heres eſſe patris ſui non poteſt niſi ab eo inſtituatur.*
6 *Prætor non poteſt facere heredem, ſed tantùm bonorum poſſeſſorem.*
7 *Leg.qui patris non poſſe intelligi de nepote qui fuerit retentus in poteſtate.*
9 *Partem primam l. non ad ius ciuile, ſed prætorium referendam.*
10 *Vulgata d.l.interpretatio refellitur.*
11 *Senſus exceptionis d. l.* niſi per bonorum poſſeſſionem ad hoc beneficium peruenerit.
12 *An aliquo caſu nepos emancipatus ex filio ſuperſtite admitti poſſit ad ſucceſſionem aui per bonorum poſſeſſionem vnde liberi, etiamſi non ſit heres patris.*
13 *Caſus vnicus quo filius non obſtat nepoti quamuis emancipato, ne admittatur ad ſucceſſionem aui.*
14 *Omni caſu filius in poteſtate retentus & ſuperſtes mortis tempore aui inteſtati nocet nepoti.*
15 *Abſtentionis effectum.*
16 *Vbi acquiſita fuit alicui bonorum poſſeſſio tota edicti ſucceſſorij poteſtas perimitur.*
17 *Edicti ſucceſſorij proponendi cauſa.*
18 *Etiam cùm filius in poteſtate ſe abſtinuit, obſtat nepoti ne poſſit petere bonorum poſſeſſionem Vnde liberi.*
19 *Nepos ex filio emancipato, ciuili iure ſuccedit auo, prætorio verò ſimul cum patre emancipato admittitur.*
20 *Nepos emancipatus vt ſuccedat auo inteſtato indiget prætoris auxilio.*

NIhil eſſet difficile in toto eo Conſtantij Imperatoris reſcripto, cuius tamen multas ex interpretibus noſtris ſuperiore capite attulimus explicationes, ſi non eſſent adiecta
1 † poſtrema illa verba, *maximè emancipatus, niſi per bonorum poſſeſſionem ad huiuſmodi beneficium peruenerit*: omnes enim reſcriptum intelligerent de filio, itémque de nepote retentis in poteſtate: neque dubitarent, quin nepos omittendo patris hereditatem, auitam quoque amitteret, quæ coniuncta eſſet cum paterna. Sed ſuperiora verba faciunt, vt Imperator aliud ſenſiſſe & reſcripſiſſe videatur inſpecta æquitate iuris prætorij. Nec tantùm in perſona neporis emancipati, ſed etiam in perſona eius qui fuerit retentus in poteſtate propter dictionem illam *maximè*, quæ ſemper habetur pro ampliatiua & cõprehenſiua aliorum caſuum, niſi quando abundat. Hinc verò tot rixæ, tórque opinionum varietates. Ego pri-
2 mus, † & hucuſque ſolus in ea ſum opinione, vt putem reſcriptum hoc non ad aliam ſpeciem pertinere, quàm in qua nepos ſit emancipatus. Idque probo ex duobus, primum ex illis verbis *maximè emancipatus*. Non enim ſic accipienda ſunt ac ſi ſcriptũ eſſet *maximè ſi ſit emancipatus*, ſed ſic potiùs *maximè cùm ſit emancipatus*. Nam
3 cùm reſcripta † omnia Imperatorum aptentur ad ſpeciem propoſitam, in eoque differant à reſponſis aut quæſtionibus prudentum, quæ per varios & commentitios caſus vt plurimùm vagantur, propoſita autem eſſet ſpecies de nepote, qui porrò non poterat eſſe & in poteſtate, & emancipatus: conſequenter fatendum eſt, vel emancipatum in ea ſpecie fuiſſe nepotem, vel nihil cauſæ fuiſſe cur verba illa *maximè emancipatus* adderentur, niſi fortè putamus conſultorem non ſatis aperte expreſſiſſe an nepos hic in poteſtate fuiſſet, an emancipatus, vt proinde Imperatorem reſcribere oportuerit in vtrumque caſum, vt in *l.precibus* 8 *C.de impub.& aliis ſubſt.& alias pleriſq; Cod.legibus*, ſed hoc non eſt probabile, cùm prima legis verba oſtendant valdè diſtinctè propoſita fuiſſe omnia quæ ad facti ſpeciem pertinebant: fuiſſe ſcilicet in rebus humanis auum habentem filium in poteſtate, & ex filio nepotem à ſe emancipatum: deceſſiſſe auum vtroque ſuperſtite, & quidem inteſtatum, atque ita facultates aui omnes ad filium, eundémque ſuum heredem pertinuiſſe: poſtea nepotem emancipatum heredem ab eo filio patre ſuo inſtitutum fuiſſe, ſicque defuncto filio hereditatem ipſius ad nepotem ex teſtamento pertinuiſſe. Alioqui ſi filius quoque, ſicut auus inteſtatus deceſſiſſet, quid attinebat de ſolo auo dicere inteſtatum eum deceſſiſſe? ſicut & de nepote quid opus erat monere quòd emancipatus eſſet ſi filius quoque emancipatus fuiſſet? Annon & breuius & commodiùs poterat ſcribi, & auum & nepotem deceſſiſſe ambos inteſtatos? itémque patrem & filium fuiſſe ambos emancipatos? deinde † quomodo 4
poſſet colligi fuiſſe filium auo inteſtato heredem, idcóque aui facultates habuiſſe, ſi non erat filius in aui poteſtate? Nam ſi erat emancipatus, indigebat vtique auxilio prætoris & bonorum poſſeſſionis Vnde liberi, ad acquirendam, non hereditatem, ſed bonorum poſſeſſionem: quod tamen lex non ponit. At rurſus quomodo poſſet nepos ſe negare heredem patris, ſi heres ipſius fieri non poſſet, tametſi maximè vellet? Atqui non poteſt † nepos 5
emancipatus heres eſſe patris ſui, niſi fuerit ab eo inſtitutus, tanquam alius quilibet extraneus, quem certum eſt per additionem fieri heredem poſſe. Si enim non ſit inſtitutus, nullum aliud ius habere poteſt ſuccedendi patri niſi per bonorum poſſ. Vnde liberi, ex iuriſdictione Prætoris, † qui tamen non poteſt facere heredem, ſed 6
tantum bonorum poſſeſſorem, qui heredis vice & loco ſit, §. *quos autem. Inſt. de bon.poſſ.& l.2.& 3.D.de bon.poſſ.* Illa ergo verba reſcripti, *qui ſe patris negat heredem*, oſtẽdunt fuiſſe nepotem hunc emancipatum à patre ſuo heredem inſtitutum. Eadem probant, quæ ſecundæ noſtræ interpretationis ratio eſt, non poſſe intelligi hanc legem de nepote † qui fuerit retentus in poteſtate, nec magis 7
priorem quàm poſteriorẽ legis partem. Quomodo enim poſſet nepos, qui eſſet in patris ſui poteſtate, negare ſine mendacio ſe patris heredem eſſe? An fortè prætextu abſtentionis, ſi aut iam abſtinuiſſet, aut nondum immixtus nunc primùm abſtinere vellet? At quamuis apud prætorem hoc poſſit dici, quoniam prætor non habet heredis loco ſuum heredem qui ſe abſtinuit, *l. ſi filius* 12. *de interrog.in iur faciend.* apud Cæſarem tamen qui iuris ciuilis & cuſtos & caput eſt, non idem dici poteſt, quia verum eſt, filium qui ſuus heres eſt & ipſo iure quãtumuis abſtineat, nihilominus eſſe heredẽ iure ciuili, nec quicquam agere, ſi ſe heredem neget: niſi quòd mentitur *d. §. ſed etſi ſuus l. cùm quaſi* 30. *D.de fideic.libert.l.neceſſariis* 57. *D. de acquir. her.* nec ideò poſſe haberi pro abſtento, ſi non expreſſim vtatur verbo abſtentionis, quod in hac re videtur ſolenne fuiſſe, *l. penult. D. de autor. tutor.l.ex contractu* 44. *D.de re indic.* Et verò quomodo poſſet quis videri ſe abſtinuiſſe, negando ſe heredem, cùm non alius poſſit ſe abſtinere, quàm qui ſit heres? Et quod proximè diximus ex *d.l.ſi filius*, poſſe filium ſe abſtinentem non improbè negare ſe heredem eſſe apud prætorẽ, verum quidem eſt in eo qui ſe iam abſtinuit, de quo & illa lex loquitur: at non in eo qui nondum ſe abſtinuit, ſiue conſilium gerat ſe abſtinendi, ſiue non, *d. l.7. §. qui ſunt in poteſtate, ſi quis omiſſ.cauſſ. teſt.* Sed neque poteſt

nepoti in poteſtate retento conuenire quod lex ait, *mortui aui paterni ſuſcipere facultates*. Si enim nepos eſſet in poteſtate, non eſſet tractandum an aui facultates ſuſcipere poſſet, ſed an retinere, quod Fachineus fatetur in ſua illa huius loci interpretatione, quam nos retulimus & refutauimus ad finem capitis præcedentis. Eſt igitur
8 omninò lex tota intelligenda de nepote † emancipato, qui à patre ſuo herede aui inſtitutus heres, noluerit tamen adire hereditatem, nec eo minùs voluerit ſuſcipere aui ſui inteſtatò defuncti facultates: & conſequenter non ex teſtamento, ſed ab inteſtato, nec iure ciuili, quòd emancipatos nullo modo, nullóque caſu agnoſcit, non magis quàm extraneos, *leg quin etiam 5 5. D. de rit. nupt.* ſed iure prætorio, ex quo admittuntur etiam emancipati per bonorum poſſeſſionem Vnde liberi, reſciſſà emancipatione, *lege 3. §. ſi emancipatus. D. de bonorum poſſ. contra tabulas*. His verò ita conſtitutis faciendum eſt † quod lex
9 ait in prima parte, Eum qui ſe patris poſt auum inteſtatum defuncti negat heredem, non poſſe mortui aui paterni ſuſcipere facultates, non ad ius ciuile referendum eſſe, ſed ad ius prætorium, nec ad hereditatis acquiſitionem, ſed ad agnitionem bonorũ poſſeſſionis. Quis enim adeò inſulſus eſſet, vt crederet nepotem emancipatum poſſe iure ciuili ſuccedere auo inteſtato, præſertim poſt aui hereditatem acquiſitam filio, eidémque patri nepotis emancipati? Quod cùm ita ſit, illud etiam ſequitur, vltimam illam legis partem, *niſi per bonorum poſſeſſionem ad huiuſmodi beneficium peruenerit*, non ſolùm eſſe reſtringendam ad nepotem emancipatum, de quo totam legem eſſe diximus: ſed in emancipato quoque longè aliter accipiendam, quàm vulgò ab interpretibus omnibus reci-
10 piatur. Sic enim omnes accipiunt, † ac ſi Imperator ita ſcripſiſſet, *niſi in propoſito caſu nepos per bonorum poſſeſſionem ad hoc beneficium perueniat, vt aui ab inteſtato defuncti ſuſcipere facultates poſſit*. Quæ interpretatio ſi reciperetur, dicendum neceſſariò eſſet ad euitandam contradictionem, priora legis verba de alio iure quàm de prætorio, ac de alio quàm bonorum poſſeſſionis accipienda eſſe, quod nos iam oſtendimus dici non poſſe. Alioqui perinde erit ac ſi ſcriptum eſſet, *Qui ſe patris poſt auum inteſtatum defuncti negat heredem, mortui aui paterni facultates ſuſcipere iure prætorio & per bonorum poſſeſſionem non poteſt, maximè emancipatus, niſi per bonorum poſſeſſionem ad hoc beneficium peruenerit*: quæ ſententia, verborúmque conceptio planè inepta & ridicula
11 eſſet. Quis ergo ſenſus eſſe poterit eius † exceptionis quam lex ponit, *niſi per bonorum poſſeſſionem ad hoc beneficium peruenerit*? In hoc ſanè, tota, vt præfatus ſum, legis difficultas verſatur. Quæ tamen aut nulla, aut perexigua eſſet, ſi verba bene perpenderentur. Non enim ſic loquitur Imperator, vt dicat quomodo interpretes intelligũt, *niſi in hoc caſu per bonorum poſſeſſionem ad hoc beneficium perueniat*, ſed ſimpliciter, *niſi per bonorum poſſeſſionem ad hoc beneficium peruenerit*, quorum verborum non alius ſenſus eſt, quàm ſi ſcriptum eſſet, *niſi eo caſu quo nepos emancipatus*, non hic de quo agimus, ſed alius etiã quilibet, *bonorum poſſeſſionem accipere poſſit, per quam aut facultates acquirat ſibi ab inteſtato*. Quam verò bonorum poſſeſſionem? Nempe Vnde liberi, quæ liberis omnibus ab inteſtato defertur ex edicto. Ita verò ſi Imperator ſcripſiſſet, facilè omnes intelligerẽt quod ille ſibi voluiſſet, in eóque vno laborandum eſſet, vt inueſtigaremus quiſnam eſſet ille caſus in quo poſſet nepos emancipatus ex filio ſiue præmortuo, ſiue ſuperſtite admitti ad bonorum poſſeſſionẽ aui etiam repudiata patris hereditate. Quemadmodum autem caſum illum vſpiam reperire impoſſibile eſt, ſi cum interpretibus eum quæramus in propoſita ſpecie, id eſt, in nepote ex ſuperſtite filio in poteſtate, qui filius auo eidémque patri ſuo fuerit ſuus heres, quia omni omnino caſu filius in poteſtate retentus & ſuperſtes mortis tempore aui inteſtati, nocet nepoti, nec minùs iure prætorio quàm iure ciuili, vt mox probabimus: ita reperietur facilè, ſi mutata ſpecie propoſita, quæ erat coarctata ad nepotem emancipatum ex filio in poteſtate ſuperſtite, quæramus generaliter, An aliquis † caſus ſit 12
in quo nepos emancipatus ex filio quamuis ſuperſtite admitti poſſit ad ſucceſſionem aui per bonorum poſſeſſionem Vnde liberi, etiamſi non ſit heres patris ſui. Concipio quæſtionem de nepote emancipato ex filio ſuperſtite, tum ne longiùs diſtet quæſtio iſta generalis à quæſtione ſpeciali legis, quæ ponit filium auo ſuperſtitem fuiſſe: tum etiam quia ſi poneremus filium deceſſiſſe ante auum, certiſſimi iuris eſſet, quòd ſiue in poteſtate fuiſſet, ſiue emancipatus, nullo modo noceret nepoti quãtumlibet emancipato, non magis quàm in poteſtate retento, nec proinde quærendus eſſet caſus in quo nepos emancipatus admitti poſſet ad ſucceſſionem aui iure prætorio per bonorum poſſeſſionem Vnde liberi, cùm è contrario vix vllus excogitari poſſet, quo non admitteretur. Eſſet enim hoc ipſo caſu ille excluſus, quo hic nepos fuiſſet exheredatus, cùm exheredatio non poſſit fieri ab inteſtato, vt nec inſtitutio heredis. At cùm filius patri ſuperſtes fuit, quamuis non fuerit in poteſtate, ſed emãcipatus, difficile tamen eſt, vt non obſtet nepoti in ſucceſſione inteſtati iure prætorio. Reperio tamen caſum † 13
eúmque vnicum, in quo non obſtat nepoti quamuis emancipato. Hoc enim neceſſariò addendum eſt, quia ſi nepos hic ex filio emancipato eſſet retentus in aui poteſtate, nunquam ei obſtaret filius emancipatus, niſi hactenus vt coniungerentur ex edicto *de coniung. cum emancip. liber. eius*, ne in totum ſuccederet nepos, qui alioquin ſolus ex iure ciuili ſuus heres eſſet, *tot. tit. de coniung. cum emancip. lib. eius*. Is caſus à Pomponio proditus mihi videtur in *l. ſi quis ex his §. vlt. D. ſi tab. teſt. null. ext. tab. Vnd. liber.* in hæc verba, *Si filius emancipatus non petierit bonorum poſſeſſionem, ita integra ſunt omnia nepotibus atque ſi filius non fuiſſet, vt quod filius habiturus eſſet, petita bonorum poſſeſſione hoc nepotibus ex eo ſolis non etiam reliquis adcreſcat*. In quibus verbis illud primum obſeruandũ eſt, quod Pomponius nonniſi de filio emancipato loquitur, quia cùm filius in poteſtate eſt, non indiget bonorum poſſeſſione, nec vt eam petat ad acquirendam patris ſui ſucceſſionem, cùm ſit ſuus heres ipſo iure, ſufficiatque fuiſſe illum ſuperſtitem auo inteſtato. Vnde eſt quod ſuprà intulimus reſcriptum Imperatoris in *d. l. vltim. C. vnd. liber.* non poſſe accipi de alio filio, quàm qui fuerit in poteſtate, cùm alioqui ponendum eſſet quod lex non ponit, fuiſſe petitam ab eo bonorum poſſeſſionem, atque ita ei acquiſitas patris ſui facultates, quæ ob eam cauſam nullo modo, nullóque caſu potuerint peruenire ad nepotem, qui ſe ipſius filij eiuſdémque patris ſui neget heredem. Et inde etiam illud fit, vt cùm filius emancipatus non aliter obſtet nepoti quamuis etiã emancipato, quàm ſi petat bonorum poſſeſſionem, filius † tamen in poteſtate ſemper ei obſtet, non ſolùm ſi ſe im- 14
miſcuerit, ſiue petendo bonorum poſſeſſionem Vnde liberi, *vt in l. puberem 12. C. de iur. deliber.* ſiue quo alio modo: ſed etiam ſi ſe non immiſcuerit, cùm nec immiſtio neceſſaria ſit, vt ſuus heres & heres ſit iure ciuili, & pro herede habeatur apud prætorem, dum ne abſtinuerit *d. l. 2. §. qui ſunt in poteſtate, D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Dico ampliùs, Etiamſi ſe abſtinuerit filius qui fuit in poteſtate, adhuc tamen obſtat nepoti, ne poſſit nepos ſiue in poteſtate retentus, ſiue emancipatus admitti ad ſucceſſionem aui inteſtati per bonorum poſſeſſionem Vnde liberi, quia nec facit abſtentio, quominus verum ſit filio non modò delatam, ſed etiam acquiſitam fuiſſe ipſo iure hereditatem, nec tantùm ipſo iure, ſed etiam iure prætorio in tempus vſque abſtentionis, quamuis ex quo abſtentus eſt filius, deſinat haberi pro herede apud prætorem, *d. l. ſi filius 12. D. de interrog. in iur. fac.* Sed neque abſtentio † facit vt omnimodo & in omnibus habeatur 15
pro non herede is qui abſtinuit, ſed duntaxat vt non habeatur pro herede quod ad hoc, ne à creditoribus here-

ditariis

ditatiis conueniri possit *d. Lnecessariis 17. D. de acquir. hered.* Nam extra hanc causam habetur pro herede in cæteris omnibus etiam quæ ex iurisdictione prætoris proficiscuntur, cuiusmodi est restitutio fideicommissi, *l. ista tamen 27. §. si pater. D. ad SC. Trebell.* vbi Iulianus scribit, Si pater filium, quem in potestate habebat, heredem scripserit, & ab eo petierit vt hæreditatem Sempronio restitueret, iisque suspectam sibi esse dicet, nihilominus posse illum ex Trebelliano hæreditate restituere: ita vt quamuis se non immiscuerit hereditati, actiones tamen, quæ ei & in eum competebant, ad Sempronium transferantur. Quomodo enim prætor fideicommissarius posset cogere hunc heredem filium ad restitutionem fideicommissi post abstentionem, si non haberet eum pro hærede citra vllam additionem aut immistionem? aut quid aliud est, suspectam dici à suo herede hereditatem, quam abstinere illum ab hæreditate? Itaque omissa etiam iuris ciuilis subtilitate, si nihil nisi ius prætorium in hoc filio, qui se abstinuit, intueri velis, non est comparandus filio emancipato, qui non petierit bonorum possessionem, de quo Pomponius in *d. §. vlt. l. 5. D vnd. lib.* sed ei potiùs, qui bonorum possessionem à prætore petierit, & impetrauerit, postea verò ab eodem prætore restitutus sit in integrum ob lubricum ætatis, aut ex qua alia causa aduersus eam bonorum possessionis agnitionem. Nam quemadmodum abstentio non facit vt filius, qui se abstinuit, heres non fuerit, sed tantùm vt exinde habeatur pro non hærede: adeo vt quamuis bona sub creditoribus fiant, tamen rata haberi debeant, etiam apud prætorem quemcunque filius bonâ fide gesserit, vt diserte ac notabiliter scriptũ est *in l. quoties D. de acquir. her.* ita nec restitutio facit vt non fuerit hæres vel bonorum possessor is, qui aduersus hæreditatis vel bonorum possessionis acquisitionem restitutus fuit, sed tantùm vt pro eo habeatur à prætore, ac si nec hæres nec bonorum possessor fuisset, *l. ait prætor 7. §. sed quod Papinianus. D. de minor. l. 1. C. si minor ab hered. se abstin.* Atqui quoties

16 † acquisita fuit alicui bonorũ possessio, quamuis postea per in integrum restitutionem facta sit abalienata, ne dicam repudiata (quia quod semel acquisitum est, repudiari nunquam potest, *l. 1. §. decretalis. D. de succes. edict.*) tota tamen edicti successorij potestas perimitur, ita vt alij deinceps nulli possit deferri bonorum possessio ex vlla parte edicti, fiantque bona vacantia, & consequẽter fisco deferantur, *l. vlt. eod. tit. de succes. edict.* vbi elegans & apertum extat in hanc rem responsum Papiniani, cu-

17 ius nec ratio valdè obscura est. Cùm enim alia non † fuerit causa proponendi edicti successorij, quàm ne bona diutiùs iacerent, vt scriptum est in *d. l. 1. in princ. & in §. largius eod. tit.* desinant autem iacere ex quo tempore sunt acquisita, sequitur ex primo instanti acquisitionis perimi totam potestatem edicti, quæ porrò vbi semel extincta fuit, postea reuiuiscere nunquam potest, & sine qua tamen fieri nequit vt aliqua in bonorum possessionibus successio inducatur, siue à gradu in gradum, siue à persona in personam, siue ab vno capite edicti ad aliud caput. Cùm enim esset ordo ille successiuus inter suos & agnatos iure ciuili omninò incognitus, primus prætor in bonorum possessionibus eum induxit, non alio tamen edicto, quàm eo ipso quod hanc ob causam successorium appellauit, cui proinde si qua ex causa locus non sit, nec vlli successioni inter eos qui per bonorum possessionem succedunt, locus esse potest. Ergo tùm quoque

18 † cùm filius in potestate se abstinuit, obstat nepoti ne possit nepos petere bonorum possessionem Vnde liberi, perinde atque obstaret, si bonorum possessionẽ petiisset, ac postmodum aduersus eam petitionem in integrum restitutus fuisset. Idque satis euidenter meo iudicio Vlpianus docet in *l. 1. §. si quis filium D. vnd. liber.* cùm ad hoc, vt filius obstet nepoti in causa bonorum possessionis Vnde liberi (de hac enim sola agitur toto illo titulo) nihil aliud exigit nisi vt filius fuerit in potestate, non quasi adoptiuus, sed quasi naturalis, non adhibita illa distinctione, An bonorum possessionem Vnde liberi filius ipse agnouerit, an verò se abstinuerit. Itém quæ Pomponius in *d. l. si quis ex his 5. in princip. eod. tit.* vbi ait prætorem non aliter deferre bonorum possessionem Vnde liberi nepotibus etiam in familia retentis, quàm si filius non fuerit in potestate morientis parentis de cuius bonis agitur. Sufficit ergo filium fuisse in potestate, licèt se abstinuerit, quia non facit abstentio quominùs verum sit defecisse conditionem, sub qua nominatim nepotes vocat prætor. Nec enim fieri vllo casu potest vt nepos ex filio superstite vocetur ad hereditatem aui sine auxilio & beneficio prætoris. Nec si ponas, quod mirere, filium superstitem emancipatum fuisse, nepotem verò in potestate retentum. Etli enim nepos, † qui in potestate re- 19
tentus est ex filio emancipato, potest suo iure heres esse, nec indiget auxilio prætoris vt succedat auo si prætor non se interponat. Cùm tamen prætor se interponit vt faueat filio emancipato, perindéque illum admittat ad partis sui successionem ab intestato ex capite Vnde liberi, acti emancipatus non fuisset, incipit hoc ipso necessarium esse auxilium prætoris nepoti, quem alioqui à successione aui sui in totum excludi oporteret, non minùs quàm si filius nunquam fuisset emancipatus: nempe quia prætor, vt admittat emancipatum tanquam filium, qui quandiu emancipatus manet, extraneus est, necesse habet rescindere emancipationem, & filium emancipatum non alio iure admittere, quàm quasi non emancipatum, *l. 3. §. 5. emancipatus. D. de bonor. poss. cont. tab.* Atqui si filius emancipatus mansisset semper in potestate, obstaret hodie nepoti, & quidem in totum, quia esset suus heres, & in vtraque successione, siue testamentaria, siue intestati auteueniret nepotẽ *l. scripto 7. eod. tit. Vnde liber. l. si quis filio 6. de iniust. rupt.* Vt ergo nepos etiam in potestate retentus possit ex aliqua parte auo suo succedere cum patre, quem prætor rescissa emancipatione admittit, necessariò indiget auxilio & beneficio prætoris: qui porrò ficuti non putat æquum esse vt filius emancipatus excludatur à patris sui successione ob id solùm quod emancipatus fuerit, cùm non ob id desierit esse naturaliter: Ita nec vsque adeò ei faciendum putat, vt in eius commodum velit excludere nepotem, qui ex iuris ciuilis ratione totum habiturus esset tanquam suus heres: Ideóque ambos coniungit in iure istius bonorum possessionis Vnde liberi, vt simul admittantur, sed ita tamen vt non filium cum nepotibus, at nepotes cum filio coniungat. Nec enim sic titulus conceptus est De coniungendo emancipato cum liberis eius, sed è contrario De coniungendis cum emancipato liberis eius, Vt puta, ex illa edicti parte prætorem fauere nepoti, non filio, cui melius esset nullam coniunctionem esse, vt solus ipse succedere & in solidum posset. Quòd si nepos etiam in potestate retentus indiget auxilio prætoris vt succedat auo, quanto magis indigebit nepos † emancipatus? Etsi enim edictum prætoris De bonorum possessionibus, quantum ad liberos attinet, emancipatorum præcipue gratia comparatum est, ne iniuriam vel à suis heredibus, vel etiam ab agnatis paterentur, quos alioqui ius ciuile solos vocabat, nusquam tamen prætorem plus fauere emancipatis, quàm si emancipati non essent, cùm neque alio colore iis faueat, vt diximus, quàm quasi nec fuerint emancipati. Porrò non vocantur nepotes ex edicto, nisi sub conditione illa, Si filius non fuerit in patris morientis potestate, nec proinde possunt dicere vocatos, nisi ostendant conditionem sub qua prætor eos vocat, extitisse. Cùm ergo non tantùm non extiterit, sed etiam defecerit conditio eo casu, quo filius superstes reperitur in potestate, consequens est vt filius in potestate semper, & omni casu obstet nepoti tanquam semper faciens deficere conditionem sub qua nepos vocatur à prætore ad bonorum possessionem. Die enim quantum voles, 20

suum

ſuum heredem qui ſe abſtinuit non haberi pro herede apud prætorem, nunquam tamen aſſequeris vt non videatur eſſe in poteſtate, quia abſtentio nihil commune habet cum iure poteſtatis, ſed tantùm cum effectu ſucceſſionis hereditariæ, quia nec abſtentio fit eo tempore quo poteſtas adhuc aliqua ſit, vel eſſe poſſit, ſed tunc cùm patria poteſtas iam finita fuit morte patris. Abſtentio ſiquidem non fit niſi poſt mortem, & eo tempore, quo de iure ſucceſſionis iam quærendum eſt. Quæ autem iam morte extincta fuit patria poteſtas, non poteſt aut magis tolli, aut effici per abſtentionem. Quare & prætor in concipienda conditione, ſub qua nepotes vocauit, expreſſit tempus mortis aui, poſuitque in conditione filium, qui fuerit in poteſtate eo tempore quo paterfamilias moriebatur. Quicquid ergo poſtea de hoc filio contingat, id eſt, ſiue ſe abſtineat, ſiue non, ſemper verum eſt defeciſſe conditionem bonorum poſſeſſionis delatæ nepoti, ſi modò filius ſuperſtes fuerit vel vno inſtanti.

ERROR IX.

De differentia bonorum poſſeſſionis Vnde liberi, Vnde legitimi, Vnde cognati *in cauſa ſucceſſorij edicti.*

SVMMARIA.

1 *Difficultas emergens ex comparatione ſui heredis ſe abſtinentis cum emancipato qui petitam bonorum poſſeſſionem per in integrum reſtitutionem poſtea amiſit.*

2 *Filius in poteſtate ſuperſtes qui ſe abſtinuit quibus obſtet aut non obſtet in petitione bonor. poſſeſſionis, & n.4. D.14.*

3 *Delatio quæ fit ex aliquo capite edicti ſucceſſorij illius quidem capitis totam vim conſumit, at ſequentium neutiquam.*

5 *Suo herede repudiante vtramque bonorum poſſeſſionem Vnde liberi & vnde legitimi, ceteri legitimi non admittuntur, niſi vt cognati, & n.7.*

6 *Primo agnato repudiante bonor. poſſeſſionem ſequentes agnati admittuntur ante alios cognatos qui non ſuus agnati.*

8 *Filio omnem repudiante bonor. poſſeſſionem an admittatur nepos.*

9 *Nepos emancipatus nec ſuus eſt nec agnatus.*

10 *Quo iure admittatur nepos emancipatus ad bonorum poſſeſſionem aui patre repudiante.*

11 *Nepoti ex filio in poteſtate ſuperſtite nunquam defertur bonor. poſſeſſio Vnde liberi.*

12 *Ex capite vnde cognati admittitur ſucceſſio etiam poſt delationem ex eodem alij factam.*

13 *Inferior cognatus non ſuccedit ex eo capite ex quo prior iam accepit bonor. poſſeſſionem.*

1 AT difficilius † illud videtur, quod in præcedentibus diximus, Suum heredem qui ſe abſtinuit, non eam comparandũ eſſe emancipato, qui bonorum poſſeſſionem non petiit, quàm ei qui petiit quidem, ſed eam poſtea per in integrum reſtitutionem omiſit. Ex quo nimirum inferri poſſe diximus, obſtare illum nepoti, ne poſſit ille iuuari edicto ſucceſſorio, cui ſcilicet locus nullus ſuperſit agnita ſemel bonorum poſſeſſione, tametſi poſtea per in integrum reſtitutionem abſtenſio ſequatur, *l. vlt. D. de ſucceſſ. edict.* Nam ſi ratio bona eſſet, dicat aliquis, ſequeretur quòd ſuperſtite filio, vel vno in poteſtate, ſolus ipſe poſſet habere bonorum poſſeſſionem, nec, abſtinente illo ab hereditate aut bonorum poſſeſſionem Vnde liberi repudiante, poſſet amplius quiſquam in iiſdem bonis ſuccedere ex vlla parte: quod tamen falſum eſt. Nam & poteſt ille ipſe ſibi ſuccedere, & à bonorum poſſeſſione Vnde liberi excluſus, vel tempore, vel repudiatione, poſtmodum ſuccedere ex capite Vnde legitimi tanquam agnatus, & rurſum poſt legitimos ſuo ordine tanquam cognatus, aut ſi bonorum poſſeſſionem non ex certo aliquo capite, ſed ſimpliciter repudiet, proximis agnatis locum facit, vt perinde poſſint bonorum poſſeſſionem Vnde legitimi agnoſcere, acſi filius non fuiſſet *l. 1. §. quibus. & §. ſed videndum. D. de ſucceſſ. edict. l. in princ. D. vnd. legit. l. 4. §. 1. D. quis ord. in bon. poſſ. ſeruet.* † *l. defunctis 6. C. de legit. her.* Sola igitur ſui heredis ſu- 2
petexiſtentia ſucceſſorij edicti poteſtatem non tollit: idque optima ratione, quia ſi Prætor filium qui ſe abſtinuit non habet pro herede, multò minùs poteſt eum habere pro bonorum poſſeſſore. Bonorum enim poſſeſſor neceſſarius & ipſo iure nemo eſt, nec alius quàm qui bonorum poſſeſſionem accepit à prætore, quod non tam iuris & nudæ voluntatis, quàm facti eſt. Quomodo igitur poteſt prætor habere pro bonorum poſſeſſore filium, qui non modò bonorum poſſeſſionem nunquam petierit, ſed etiam vltrò abſtinuerit? Ego verò reſpondeo filium in poteſtate ſuperſtitem, ſicuti non obſtat ſibi ipſi, ne repudiata bonorum poſſeſſione Vnde liberi poſſit ſibi ipſi ſuccedendo petere bonorum poſſeſſionem Vnde legitimi, ita nec cæteris legitimis obſtare, ne ex eodem capite ſuccedere prohibeatur, ſi bonorum poſſeſſionem ſimpliciter repudiauerit, *d. §. quibus*, aut ex capite Vnde cognati ſi repudiauerit bonorum poſſeſſionem Vnde legitimi, §. *placebat. Inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ.* ſed tamen ſemper & omni caſu obſtare nepoti perinde ac ſi bonorum poſſeſſionem petiiſſet, vt nullo caſu, nullaque ex parte edicti nepos admitti poſſit. Non obſtat ſibi ipſi, quia quòd ei tanquam filio defertur bonorum poſſeſſio Vnde liberi, non poteſt conſumere aliam delationem bonorum poſſeſſionis, quàm quæ fit ex capite illo Vnde liberi, qua conſumpta nihil vetat deferri bonorum poſſeſſionem ex alio capite Vnde legitimi, & quidem illi ipſi, ſi velit, aut ſi nolit, proximo cuique agnato ex edicto ſucceſſorio. Cùm enim ſuus heres repudiat bonorum poſſeſſionem Vnde liberi, atque ita abſtinet tanquam ſuus, certum eſt adhuc iacere bona quæ nullum adhuc poſſeſſorem habent, ac proinde nihil cauſæ eſt cur ceſſet poteſtas edicti quæ in id ſolùm comparata eſt, vt diximus, ne bona diu iaceant, ſi modò poſſeſſorem aliquem ex edicto inuenire poſſint. Atqui poſſunt inuenire, non quidem ex primo illo capite, ex quo facta delatio eſt, ſed ex ſequenti, quoniam delatio
† quæ ſit ex aliquo edicti capite, illius quidem capitis 3
vim totam conſumit ex exemplo legis 12. tab. cuius tota vis & poteſtas prima delatione conſumitur, ſed ſequentium capitum non conſumit, idque propter authoritatem edicti ſucceſſorij quod in bonorum poſſeſſionibus introductum eſt, in hereditatibus non item. Ex eo igitur nihil aliud inferre poſſis, niſi quòd volo filium hunc obſtare † nepoti, quamuis non obſtet ſibi ipſi ſi 4
velit ſuccedere Vnde legitimi, nec legitimis, ſi eam quoque bonorum poſſeſſionem quæ ſibi Vnde legitimi defertur, repudiauerit: nempe quia neporem ex huiuſmodi filio neceſſe eſt ſuccedere vel ex capite Vnde liberi, vel nullo modo, cùm non ſit agnatus *d. l. ſcripto 7. D. vnde liber.* Atqui non poteſt ſuccedere Vnde liberi, vt iam probauimus. Ergo nullo modo. Alioqui ſi poſſet ſuccedere Vnde legitimi, obſtaret non tantùm cæteris legitimis remotioribus, verùm etiam patri qui bonorum illam poſſeſſionem Vnde legitimi repudiaſſet. Nec enim filius qui tantùm ex prima parte Vnde liberi, ſed etiam ex ſecunda Vnde legitimi, repudiauit, poteſt ſibi ipſi ſuccedere vt admittatur tanquam cognatus, & ex capite Vnde cognati *l. 4. §. 1. D. quis ordo in bonor. poſſ. ſeruet.* niſi ſuo ordine & poſt legitimos, vt loquitur Vlpianus

in

in *d.§.sed videndum l.1. D. de succeſſ. edict.* Legitimi namque ſemper præcedunt cognatos, tum quoque cùm ex capite Vnde cognati admittuntur, cùm cognati non admittantur, niſi ex meta prætoris indulgentia, *l.1. D. vnde cognat.* tanquam qui legibus incogniti ſint, quibus è contrario cogniti ſunt agnati, qui & ideo legitimi appellantur. Addidi *tum quoque cùm ex capite Vnde cognati admittuntur*, quia in propoſito caſu, id eſt, cùm ſuus † heres repudiauit vtramque bonorum poſſeſſionem Vnde liberi & Vnde legitimi, quamuis locum aperiat cæteris legitimis, non ideo tamen fit vt cæteri legitimi poſſint ſuccedere ex capite Vnde legitimi, quia ſicuti tota poteſtas edicti ex capite Vnde liberi conſumitur per eam delationem quæ fit filio, licèt maneat ſine effectu propter filij repudiationem, ita & tota poteſtas edicti ex alio & ſequenti capite edicti Vnde legitimi conſumitur per delationem quæ fit filio tanquam proximo agnato, *leg. ſi filius* 12. *D. de ſuis & legit. leg. Iuriſconſultus* 10. §. *proximiores* 3. *D. de gradib. & adfin.* Ideóque tametſi eam quoque ſecundam bonorum poſſeſſionem filius tanquam proximus agnatus repudiet, nihilo magis tamen cæteri agnati poſſint iure agnatorum admitti, quia edictum ſucceſſorium, cuius authoritas in eam rem & neceſſaria & comparata fuit hactenus, tantùm ijs prodeſt vt admitti poſſint tanquam cognati, non tanquam agnati, §. *placebat. Inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ.* Vnde nec poſſit quiſquam dicere de agnato in bonorum poſſeſſione Vnde agnati, quod de nepote ſcribit Pomponius in bonorum poſſeſſione Vnde liberi, *d. l. ſi quis* §. *vlt.* primo agnato repudiante bonorum poſſeſſionem Vnde legitimi, cæteris agnatis conſeruari iura integra, ac ſi primus non fuiſſet, Alioqui admittendi eſſent ſequentes agnati ex capite Vnde legitimi, non Vnde cognati, quemadmodum nepos admittitur per Vnde liberi quoties eius pater emancipatus ei non obſtat, ſiue ideo non obſtet quod ante auum deceſſerit, ſiue quod cum ſuperſtes fuit bonorum poſſeſſionem non petierit *d. l. ſi quis* §. *penult. & vltim* Quamuis ſequentes † agnati admittantur ante alios cognatos qui non ſunt agnati: qui ſenſus eſt *d. l. 1. §. quibus de ſucceſſ. edict. vt conſtat ex d. l. placebat*, & ex *d. §. ſed videndum*, in illis verbis, *& poſt hos ſuo ordine ex illa parte vnde proximi cognati vocantur.* Nam ſi excluſo filio à cap. Vnde agnati, ſuccederetur ex cap. Vnde cognati ſine vlla agnatorum & cognatorum diſtinctione, & ſolo cognationis gradu, dubitandum non eſſet quin filius ante agnatos omnes ſuccederet tanquam proximus, ſiquidem quæ ratio facit vt filius patri agnatus proximus ſit, eadem facit etiam vt ſit per eos cognatus. Quis enim patri proximior eſſe poteſt quàm filius, ſiue de ſuis heredibus tractes, ſiue de agnatis, aut de cognatis? Succedunt † igitur poſt filium in poteſtate excluſum agnati, & quidem tanquam agnati, ſed non ex capite Vnde agnati, aut quod idem eſt, Vnde legitimi, at ex capite Vnde cognati, & ob id nimirum præferuntur ipſi filio, non amplius valenti, aut volenti venire, niſi tanquam cognato. Præferretur ergo ex filio nepos ipſi filio, ſi admitti poſſet tanquam legitimus, ſiue ex capite Vnde legitimi, ſiue ex capite Vnde agnati admitteretur. Quod tamen & abſurdum & iniquum eſſet. Quo enim iuris aut æquitatis colore præferri filio poſſit nepos, qui non niſi per filium auo coniungitur? Sed etſi poneres, filium † non vnam aut alteram, ſed omnem omnino bonorum poſſeſſionem ſimpliciter repudiaſſe vt in *d. l. 1. §. qui ſemel. D. de ſucceſſ. edict.* adhuc tamen dicendum eſſet non poſſe admitti nepotem, neque tanquam agnatum, neque tanquam cognatum, ſed fratrem defuncti conſanguineum, ſi quis fuit *l. defunctis, 6. C. de legit. hered.* quia cùm poſt ſuos heredes vocentur iure ciuili conſanguinei, *l. 1. §. poſt ſuos. l. 2. in princ. D. de ſuis & legit.* & poſt conſanguineos cæteri agnati, Prætor autem in deferenda bonorum poſſeſſione Vnde legitimi, eum ipſum ordinem ſequatur quem lex præſcribit, apparet nepotem ex ſuperſtite filio in poteſtate, ſicuti non eſt ſuus heres, quippe quem pater antecurrit ſemper extra caſum ſingularem, *d. l. ſi impubes*, ita nec poſſe ſuccedere ante conſanguineos, nec proinde ante cæteros agnatos, quia nec agnatus eſſe poteſt, niſi cùm eſt ſuus. Vel enim pater eum præcedit, vel non. Si præcedit, nõ poteſt nepos eſſe agnatus, ſcilicet proximus, vt explicauimus *lib. 10. Conſect. cap. 12.* Si non præcedit pater, nepos ſuus eſt, ideóque nec indiget vt ſit agnatus, cùm & præferri poſſit agnatis omnibus, adeóque conſanguineis tanquam ſuus. Loquor enim de nepote in poteſtate retento, quoniam alioqui ſi eſſet † emancipatus, nec ſuus dici poſſet, nec agnatus, ſiquidem per emancipationem, & familiæ mutationem tam ſui quam agnati eſſe deſinunt, *l. tutelas 7. D. de cap. minut.* Et ob eam nimirum cauſam ſi ponas emancipatum fuiſſe nepotem, & ex filio emancipato, tametſi filius ille emancipatus non petierit bonorum poſſeſſionem Vnde liberi, adhuc tamen nepos excluderetur per ſolam delationem filio factam ex illo capite Vnde liberi, niſi prudentum † interpretatio ad edictum prætoris ita rem hanc temperaſſet, vt iura omnia integra conſeruentur nepoti, acſi filius non fuiſſet, quomodo loquitur Pomponius in *d. l. ſi quis ex his §. vlt.* Nam cùm nepos emancipatus ſiue ex filio in poteſtate, ſiue ex emancipato, non poſſet admitti tanquam filius ex capite Vnde liberi propter conſumptam totam illius capitis poteſtatem per delationem factam filio, vt diximus, neque tanquam legitimus, ne quidem cum cæteris legitimis, ac multò minùs ante legitimos cùm legitimus non ſit, neceſſe fuit ipſius fauore ſpeciale ius induci, vt eo caſu quo filius fuiſſet emancipatus, nec bonorum poſſeſſionem Vnde liberi petiiſſet, perinde poſſet nepoti deferri bonorum poſſeſſio Vnde liberi iam delata filio acſi nunquã ei delata fuiſſet: nec aliter poſito iure abſurdum illud ſequeretur vt excluſo emancipato filio & à bonorum poſſeſſione Vnde liberi, per repudiationem, & à bonorum poſſeſſione Vnde legitimi, quia non eſſet ex legitimis: agnati omnes præferrentur huic nepoti, qui tamen naturaliter & re vera eſſet ex liberis, quemque prætor reſciſſa emancipatione non minùs quàm filium ipſum emancipatum redderet numero liberorum, *d. l. ſi quis ex his §. 1.* Nec enim verendum eſt hoc caſu ne hic nepos patri ſuo obſtet in gradu agnatorum & legitimorũ, cùm ponimus nec agnatum, nec legitimum eſſe patrem qui eſt emancipatus. Quod planè diuerſum eſt in nepote ex filio in poteſtate. Is enim patri ſuo obſtaret, ſi filio ſe abſtinente ac repudiante bonorum poſſeſſionem Vnde liberi, nepos adhuc integrum ius haberet agnoſcendæ eiuſdem poſſeſſionis Vnde liberi, ſiquidem certum eſt quãdiu bonorum poſſeſſio ex priore edicti capite deferri poteſt, ex poſteriore numquam deferri. Prius autem eſt caput Vnde liberi quàm Vnde legitimi vocantur. Ergo nec mirum eſt nepoti † ex filio in poteſtate ſuperſtite, numquam deferri bonorum poſſeſſionem Vnde liberi, nec ſi filius eam poſſeſſionem repudiauerit, quia patri ſuo obſtaret. Dices fortaſſe, Imo non obſtaturũ, ſi fingas filium non ſolùm repudiare bonorum poſſeſſionẽ Vnde liberi, ſed ſimpliciter ſe abſtinere, cùm eo caſu excludat ſe ab omnibus partibus edicti. At reſpondeo hoc quoque caſu non quidem obſtaturum filio nepotem, ſed nihilominùs obſtare nepoti filium ne poſſit nepos petere poſſeſſionem Vnde liberi, quia filius ſuus heres ſe abſtinens, pro eo habendus eſt qui bonorum poſſeſſionem petierit, ac poſtea abſtentus fuerit per in integrum reſtitutionem, vt ſupra diximus. Quo caſu nemo dixerit ex eodem capite poſſe deferri bonorum poſſeſſionem, licèt ex alio & ſequenti poſſit deferri. Itaque deferetur quidem conſanguineis & agnatis ex capite Vnde legitimi, ſi filius in poteſtate ſimpliciter ſe abſtinuerit, ſed non deferetur nepoti, quia deferenda eſſet ex eo ipſo capite à quo filius iam excluſus fuiſſet, id eſt Vnde liberi, quod fieri nequit, cùm non poſſit nepos etiam in poteſtate retentus,

5 6 7 8 9 10 11

retentus, multo minùs qui emancipatus est, admitti ex capite Vnde legitimi, neque tanquam legitimus ex capite Vnde cognati, propter eas rationes quas attulimus. Indéque est quod si quis ex proximioribus cognatis bonorum possessione accepta Vnde cognati, postmodum abstentus sit per restitutionem, nihilo magis cæteri cognati ex successorio edicto admittantur, *d.l.vltim. D. de succes. edict.* qui scilicet nullum aliud superesset caput edicti ex quo admitti possint. Tota autem potestas edicti Vnde cognati, consumpta est per agnitionem bonorum possessionis ab vno ex cognatis factam. Non dico *per delationem*, vt in liberis & in agnatis, *sed per acquisitionem*,
12 quia hoc proprium & speciale habet caput † cognatorum, quòd ex eo ipso admittitur successio etiam post delationem ex eodem alij factam, quia vltimum caput est ex quo deferuntur successiones iure sanguinis, & quod sicuti totum pendet ex indulgentia prætoris, ita & qualem prætor voluit legem, ab eo potuit accipere. Proinde quod dicimus filium in potestate, qui se abstinuit, comparandum esse ei qui restitutus fuit in integrum, posteaquàm bonorum possessionem Vnde liberi accepit, cùm ipso iure sit heres, & plus quàm bonorum possessor, & tamen non eo minùs post eum admitti posse agnatos ex capite Vnde legitimi *d. l. 2. D. Vnde legit.* non pugnat cum eo quod Papinianus scribit in d.l. vlt. inferioris gradus cognatum edicti successorij beneficium non habere, si prior ex parte sua bonorum possessionem acceperit. Tractat enim Papinianus eum casum quo necesse
13 esset inferiorem † cognatum succedere ex eo ipso capite ex quo prior iam bonorum possessionem accepisset: quod fieri nullo modo potest. Nos verò illum, quo successorium edictum præstet facultatem succedendi ex alio nouo capite, quàm ex quo fuerit adhuc delata & acquisita successio: nempe ex capite Vnde legitimi, quæ nunquam fuerat delata suo heredi, nisi tanquam filio & Vnde liberi. Nam etsi poneres filium hunc eundémque suum heredem agnouisse bonor. poss. Vnde liberi, atque ita pro herede gessisse iuxta *l. puberem 12. C. de iur. delib.* mox abstentum fuisse beneficio in integrum restitutionis, æquè dicerem adhuc non obstaturum eum agnatis, sed nepoti soli, quia in nepote quidem haberet locum supradicta Papiniani sententia, cùm non posset nepos succedere nisi per Vnde liberi, ex quo capite non solùm delata iam sed etiam acquisita fuisset bonorum possessio: at non similiter in agnatis, quibus saluum supereſt caput Vnde legitimi, itémque Vnde cognati, etiam post extinctam prima delatione & acquisitione totam potestatem capitis edicti Vnde liberi. Nihil
14 igitur vetat filium in potestate retentum etiam cùm ab initio se abstinuit perinde obstare nepoti, atque si bonorum possessionem petiisset quam posteà beneficio restitutionis abiecisset: nec tamen obstare legitimis, quamuis vtroque casu habeamus ipsum pro eo qui agnouerit bonorum possessionem, quoniam alia iura sunt nepotis, alia legitimorum & agnatorum, alia iura bonorum possessionis Vnde liberi, quæ consumitur per primam delationem, alia bonorum possessionis, Vnde legitimi, quæ non consumitur nisi per secundam. At nec bonorum possessio Vnde cognati per tertiam delationem consumitur, sed tantùm per acquisitionem ex tertia illa delatione secutam. Quæ omnia si bene distinguantur, nihil in tota hac nostra interpretatione aut absurdi, aut iniqui reperietur, sed fient omnia apertiora, si ea bene intelligentur quæ sequenti capite dicenda supersunt circa hanc disputationem.

ERROR X.

De sententia l. defunctis 6. C. de legit. hered. & §. Placebat. Inst. de legit. agnat. succeſſ.

SVMMARIA.

1 *Sententia l. defunctis. C. de legit. hered. ex interpretatione Bartoli.*
2 *Secundum Bartol. & gloss interpretationem l. defunctis pugnat cum l. vlt. C. vnd. lib.*
3 *Interpretatio d. l. defunctis à Baldo allata.*
4 *In d. l. defunctis nihil scriptum esse de nepote vtrum succedat suo herede se abstinente, aduersus Bart. & Bald.*
5 *In §. placebat. Instit. de legit. agnat. succeſſ. nihil de nepote post filium admittendo constitutum est.*
7 *Ratio precipua cur Iustinianus in agnatis successionem admiserit.*
8 *Interdum meliorem esse conditionem agnatorum, quàm liberorum qui non sunt sui heredes aduersus Baldum.*
9 *Suorum heredum & agnatorum conuenientia secundum ius 12. tab.*
10 *Discrimen inter suos heredes & agnatos ex iure prætorio.*
11 *Prætores in deferendis bonorum possessionibus eundem seruarunt ordinem quem in deferendis hereditatibus seruauerat lex 12. tab.*
12 *Heres suus iure ciuili nunquam succedit vt agnatus.*
13 *Lex 12. tab. nunquam putauit admittendum nepotem ex filio tanquam agnatum.*
14 *Agnatorum & suorum heredum differentia.*
15 *Nepos quem pater auteuerit cur non possit ex iure ciuili admitti tanquam agnatus, & n. 17.*
16 *Cur filius licet sit suus vocetur à prætore ex capite Vnde legitimi.*
18 *Nepos suus heres qui repudiauit bonorum possessionem Vnde liberi admittitur ex capite Vnde legitimi.*
19 *Filio suo herede se abstinente nepos ex eo potest admitti iure prætorio post legitimos ex capite Vnde cognati.*
20 *Iustinianus fecit vt in agnatis esset successio iure ciuili, sicut iure prætorio successio prius erat in cognatis.*
21 *Potestas edicti Vnde cognati non extinguitur per primam delationem, sed tantum per acquisitionem.*
22 *Casus singularis quo duplex fit delatio ex edicto Vnde liberi.*
23 *Differentia inter filium in potestate & emancipatum, quod ille obstet nepoti in bonorum possessione Vnde liberi: hic nentiquam, nisi ipse bonorum possessionem petierit.*
24 *Quas differentias inter suum & emancipatum sustulerit Iustinianus in Nou. 118.*
25 *Discrimen inter suum & emancipatum quod etiam hodie remanet.*
26 *Nouella Instin. 108. non sustulit omnes bonorum possessiones, vt quidam perperam autumant.*
27 *Lex vlt. C. Vnde liberi non est correcta, vt volunt Ascurs. & Bart.*
28 *Vera sententia d. l. defunctis. C. de legit. hered.*
29 *An sui heredes dicantur repudiare hereditatem, & n. 32.*
30 *Hereditatis vocabulum quandoque significat bonorum possessionem.*

31 Cur

31 *Cur ſuus heres qui etiam poſt abſtentionem remanet heres ipſo iure non obſtet fratri conſanguineo defuncti æquè ac nepoti.*

32 *In reſcriptis Imperatorum exacta verborum proprietas ſæpe deſideratur.*

33 *Expenduntur prima d. l. defunctis verba*, defunctis ſuis extantibus heredibus.

34 *Emendatio d. l.*

35 *Quibus caſibus frater fratri ſuccedere poſſit ab inteſtato etiamſi defuncti liberos habeat.*

36 *Argumentatio Baldi exploſa.*

DUo iuris loci ſunt præcipuè, quorum interpretatio difficilem facit & obſcuram totam hanc de edicto ſucceſſorio quæſtionem. Nec infacetè Baldus † ad l. vlt. *C. vnd. liber. num. 6.* ſcribit *l. defunctis 6 C. de legit. hered.* eſſe *de propria burſa domini Bartoli, per quam ſua ſtinetur gloſſ. d. l. vlt.* quæ defendit hodie filium ſe abſtinentem non obſtare nepoti, nec ei obiici quominus poſſit nepos ſuccedere etiam de iure ciuili. Sic enim textus ille à Bartolo cæteriſque interpretibus acceptus eſt, quaſi formaliter dicat, vt Baldus loquitur, quòd defunctis ſuis abſtinentibus vocatur ſequens de iure ciuili, quia agnationis iure. Ergo, inquit, ſi vt agnatus venit, clarum eſt quòd venit per legem duodecim tabularum quæ conſiderat ius agnationis. Sed tamen bene videt Baldus † hanc quam putant eſſe ſententiam *d. l. defunctis*, neque cum iure vetere, neque cum nouo conſentire, multo minùs cum opinione gloſſ. & Bart. ad d. l. vlt. Gloſſa enim dicit ita olim ius fuiſſe vt filius in poteſtate obſtaret nepoti de iure ciuili ex d. l. vlt. Aliud verò eſſe hodie per Iuſtiniani conſtitutionem, de qua in §. *placebat. Inſtit. de legit. agna. ſucceſſ.* Atqui probatur ex d. l. *defunctis*, iuxta vulgarem interpretationem id ipſum iam olim obtinuiſſe, quod Iuſtinianus conſtituit. Ergo pugnabit d. l. *defunctis* cum d. l. vlt. & cum gloſſa. Nec in eo ſolùm quod d. l. vlt. negat poſſe nepotem admitti de iure ciuili ad ſucceſſionem aui inteſtati, qui filium ſuperſtitem reliquerit, ſed in eo maximè quòd lex illa diſtinguit hac parte ius ciuile à prætorio, quæ tamen diſtinctio nulla eſt, ſi lex *defunctis* intelligatur de ſucceſſione quæ ſit ex iure ciuili. Quam ob cauſam idem Baldus † ſubiungit d. l. *defunctis* videri interpretandam & declarandam ſecundùm d. l. vlt. vt intelligatur ſuccedere nepotem per bonorum poſſeſſionem, non de iure ciuili, ſiue vetere, ſiue nouo. Poſtea tamen concludit magis conuenire verbis legis *defunctis*, vt admittatur nepos etiam ex iure ciuili, non quidem ex rigore, inquit, iuris ciuilis: ſed ex eiuſdem iuris æquitate, nec de iure ſuitatis, ſed iure agnationis, quia eſt de liberis, & talis, qui licèt non ſit ſuus & neceſſarius propriè loquendo, abuſiuè tamen poteſt dici ſuus, tanquam qui ſit in poteſtate & de liberis, ex d. §. *placebat*. Sed non poſſunt iſta bene intelligi quin verba legis proponantur. Ait lex, *Defunctis ſuis extantibus heredibus, & abſtinentibus, vel repudiantibus hereditatem frater iure conſanguinitatis ſuccedere poteſt.* In quibus verbis illud primum obſeruandum eſt nihil † ſcriptum eſſe de nepote, ne quidem per interpretationem. Nec enim lex ait, Suo herede ſe abſtinente, ſuccedere nepotem ſiue iure ciuili, ſiue prætorio, ſed ſuccedere fratrem conſanguineum, & quidem iure conſanguinitatis. Loquuntur ergo ſine lege qui aliam nullam legem habent, ex qua probent poſſe nepotem ex ſuperſtite filio in poteſtate ſuccedere iure ciuili, ſiue id referant ad rigorem iuris ciuilis, & ad legem duodecim tabularum, vt Bartolus, ſiue ad æquitatem iuris ciuilis, vt Baldus. Idémque etiam dici poteſt de ſententia † *d. §. placebat*. Nihil enim eo loco de ſuis heredibus, aut de nepote poſt filium admittendo Iuſtinianus exprimit, ſed hoc tantùm ait conſtitutum à ſe fuiſſe in ea lege, quam de iure patronatus tulit, & quæ tamen in Codice noſtro non extat, vt in agnatis hæc ſit ſucceſſio quæ olim non erat, niſi forte cum eodem Baldo, † ſic argumentari volumus, vt dicamus Iuſtinianum hoc ipſo quod loquitur eo loco de omnibus agnatis, loqui etiam de ſuis, quia, inquit, non debet fauere edictum tranſuerſalibus, & denegare liberis. Iſta enim eſſet ſtultitia, non iniuſtitia. At longè maior ſtultitia meo iudicio illa eſt, ſi quod de agnatis ſuis conſtitutum eſt, ad ſuos protrahatur. Etſi enim verum eſt ſuos heredes proximos videri agnatos, & eſſe, vt loquitur *l. filius* 12. *D. de ſuis & leg.* aut vt Paulus ait in *l. Iuriſconſultus* 10. §. 3. *D. de gradib. & affin.* proximiores ex agnatis ſuos dici: apparet tamen ex iis quæ apud Iuſtinianum præcedunt, præſertim §. *ſi plures*, & in principio ipſius tituli, toto eo titulo de iis tantùm agnatis agi qui non ſint ſui heredes, ideóque nec ſuorum loco. Sic enim Iuſtinianus initio tituli præfatur: Si nemo ſuus heres, vel eorum quos inter ſuos heredes prætor vel conſtitutiones vocant, exiſtat, qui ſucceſſionem quoquomodo amplectatur, tunc ex lege duodecim tabularum, ad agnatum proximum pertinere hereditatem. Et verò ratio † præcipua qua Iuſtinianus motum ſe fuiſſe ait, vt conſtitueret in agnatis ſucceſſionem: Nempe quòd in onere tutelarum, quæ ad exemplum hereditatum deferuntur, primo gradu deficiente, ſequens ſuccedat: eadem autem deberet eſſe ratio lucri & honoris quæ oneris. Ea proculdubio non poteſt aptari ad ſuos cæteróſque deſcendentes, quibus ſcilicet nunquam aſcendentium tutelæ deferuntur, cùm neque pupillus eſſe poſſit qui habet iam deſcendentes ex ſe liberos, neque eius ætatis, vt tutelam gerere poſſit is qui patrem, adeóque auum impuberem haberet, quod nec natura patitur. Fatendum igitur eſt Iuſtiniani conſtitutionem de agnatis factam ad ſuos heredes, aliósque ex iis deſcendentes nullo modo pertinere. Sed an non ſtultum eſt denegare nepotibus qui ſunt in poteſtate & de liberis id quod conceditur etiam agnatis? Dignus enim Baldus eſt cui ſatisfaciamus, vel ob hoc ipſum ne ſtulti videamur. Ego verò reſpondeo non eſſe nouum † vt alia cauſa ſit agnatorum, alia ſuorum heredum, aut vt meliùs dicam, liberorum, id eſt, vt melior in quibuſdam ſit conditio agnatorum, quàm liberorum qui non ſint ſui heredes. Sic enim loquendum eſt, quoniam qui ſunt ſui heredes, ſemper melioris conditionis ſunt quàm agnati, aut certè nunquam deterioris, cùm ſint ipſi quoque agnati, & ex agnatis omnibus proximiores. Aut ſi mauis, ſint agnati eminenter, quia ſunt plus quàm agnati, ſicut & agnati ipſi excluſi à capite. Vnde agnati, adhuc tamen poſſunt ſuccedere non modò cum cæteris cognatis, ſed etiam ante ipſos, tanquam qui ſint & ipſi cognati, eminenter hoc ipſo, quòd ſunt plus quàm cognati, cùm ſint etiam agnati. Dicam amplius, Non tantùm iure ciuili verum eſſe quod volo, Meliorem eſſe hac parte conditionem agnatorum quàm liberorum deſcendentium ex ſuis heredibus: ſed etiam iure prætorio idem obtinere: quod ſanè Baldus ſi audiret, multò magis miraretur, ſtultúmque diceret, ſi non à nobis dicti noſtri ratio aliqua afferretur. Diſtinguenda hîc ſunt tria tempora iuris veteris, iuris prætorij, & iuris noui, ac Iuſtinianei. Iure veteri fuit † eadem hac in re ratio ſuorũ heredum & agnatorũ. Nam neque in ſuis, neque in agnatis erat ſucceſſio: ita vt ſi quis tempore delatæ hereditatis ſuus heres, aliúſve proximus agnatus fuiſſet, qui tamen hereditatem aut retinere ſibi, aut acquirere noluiſſet, nihilo magis ſequentes in gradu liberi aut agnati admitterentur, *d. l.* 1. §. *ſciendum. D. de ſuis & legit. hered. d. §. placebat*. Ratio erat quia lex duodecim tabul. quæ & ſuos heredes primùm, & poſt eos agnatum quemque proximũ vocauerat, & ſine qua nec liberi, nec agnati, nec alij vlli ſuccedere poterant, de vno tantùm cóque primo gradu

do loquuta fuerat, nimirum in numero singulari, tam de suo herede, quàm de agnato, his verbis, *si suus heres non erit, agnatus proximus familiam habeto*, quo singulari numero etsi plures personæ comprehendi possunt, quæ sint eiusdem gradus, *d. §. si plures. Instit. de legit. agn. succeff.* plures tamen diuersique gradus comprehendi nullo modo possunt. Proinde consumpta per primam delationem tota legis potestate, nihil supererat ex quo sequentes in gradu liberi vel agnati admitti possent, nouaque fuisset opus lege: ariure prætorio † diuersa fuit ratio suorum heredum & agnatorum. Nam
10 quod ad agnatos non putauit prætor conuenire æquitati, vt ius ciuile incorrectum relinqueret, induxitque inter eos potestatem edicti successorij, non quidem in hereditatibus ex iure ciuili acquirendis, in quo prætoris nulla erat authoritas, cùm heredem facere ipse non posset, §. *quos autem Instit. de bon. poss.* sed in bonorum possessionibus: vt qui erant excluſi ab omni auxilio iuris ciuilis, adhuc ex iure prætorio admitti possent, at non ex capite Vnde legitimi, quod summopere notandum est, quia sicuti bonorum possessio ex illo capite defertur ad exemplum hereditatis per legem delatæ. Ita & per primam delationem agnato proximo factam tota illius edicti potestas consumitur, quemadmodum & tota potestas legis in differenda hereditate, sed ex capite Vnde cognati *d. §. placebat.* Cùm enim prætor in deferendis bonorum poss. sionibus non semel tantùm, vt lex XII. tab. in deferendis hereditatibus, sed sæpiùs loquutus sit, non tantum proponendo diuersa edicti capita, ex quibus vocari possint gradatim plures personæ diuerso iure, sed etiam inducendo edictum successorium, cuius potestate posset vna eademque persona etiam sibi ipsi succedere in agnoscenda bonorum possessione, non potest dici de toto illo prætoris edicto, quod de lege XII. tab. dicitur, totam ipsius potestatem prima delatione consumptam esse, quandoquidem variæ sunt delationes, quarum singulæ singulas edicti partes ex quibus fiunt, consumunt: sed sequentes ex quibus non fiunt, non consumunt. Quod verò ad suos heredes pertinet, id quidem prætores etiam immutarunt, vt si suus heres nolit se immiscere tanquam suus, nec petere bonorum possessionem. Vnde liberi, quam è contrario repudiauerit, possit sibi ipsi quoque succedere, & agnoscere bonorum possessionem Vnde legitimi, tanquam agnatus, *l. 2. in princip. D. Vnde legitimi:* & rursus Vnde cognati, tanquam cognatus, *l. 4. §. 1. D. quis ord. in bon. poss. seruet.* si modò non se abstinuerit, expressim ab hereditate, quo casu esset vtique excluſus ab omnibus partibus edicti, sed nunquam fecerunt prætores, vt suo herede se abstinente, nepos in ipsius locum possit succedere, & ad bonorum possessionem agnoscendam admitti siue ex capite Vnde liberi, siue ex capite Vnde agnati, vt proinde quod pertinet ad nepotem cæteróſque deinceps à suo herede succedentes, vera manserit regula iuris veteris, & incorrecta, quæ extat in *d. §. sciendum.* Non esse in suis heredibus successionem. Sed cur ita? An quia minùs fauendum fuerit nepotibus, quàm agnatis? aut quid vetabat nepotem ex suo herede, licèt non posset in patris sui locum ita succedere vt fieret suus, admitti tamen ex capite Vnde legitimi, & tanquam agnatum eo saltem casu, quo suus heres non tantùm repudiasset bonorum possessionem Vnde liberi, sed etiam simpliciter abstinuisset, ita vt verendum non esset ne qua in parte edicti nepos patri suo obiceretur? Ratio, ni fallor, illa fuit, quod † prætores in deferendis bonorum possessionibus eundem ordinem seruauerunt, quem in deferendis hereditatibus seruauerat lex duodecim tabularum. Incepit enim, vt illa, primùm à successione testati, deinde fecit transitum ad successionem intestati, *l. in princ. D. si tabul. testam. null. ex tab. vnd. liber.* & ab intestato vocauit primùm suos, & eos quos suorum loco habet, id est, emancipatos filios primi gradus, quos sicut pro filiis habet, ita & pro suis heredibus post rescissam emancipationem dicti tit. *de legit. agnat. succeff. in princ. & §. emancipati autem liberi Inst. de hered. quæ ab intest. defer.* Deinde post suos vocauit consanguineos, & post consanguineos cæteros agnatos, ex capite Vnde legitimi, quia & omnes legitimi sunt, & eo ordine per legem vocantur: aut saltem per interpretationem ad legem 12. tab. Lex enim de proximo tantùm agnato loquuta, sic accepta fuit à prudentibus, vt consanguinei fratres iure consanguinitatis admitterentur, nec tam quasi agnati, quàm quasi consanguinei, licèt sint etiam agnati, *l. 1. §. post fuos. l. 2. in princ. & §. 1. D. de suis & legit. & d. tit. de legit. agnat. succeff. in princip. & §. si plures.* Cùm autem legis 12. tab. verba illa fuerint, quæ suprà retulimus, *si suus heres non erit, agnatus proximus familiam habeto*, apparet satis agnati proximi nomine significatum à lege illum qui non esset suus heres, cùm non aliter vocauerit proximum agnatum, quàm sub illa conditione, *si suus heres nemo esset*, vt proinde verum sit, ne quidem filium † primi gradus posse vnquam succedere tanquam agnatum, quia licèt sit agnatus proximus, tum 11
quoque cùm est suus, *d. l. filius 12. D. de suis & legit.* non est tamen ex iis agnatis, de quibus lex sensit, quando agnatos vocauit ad successionem cùm sit suus, nec agnatus quisquam vocetur ad successionem eo casu quo aliquis est suus. Nec ei quicquam prodest quod præter ius & nomen sui heredis habeat etiam nomen agnati proximi, nisi vt si nolit suscipere hereditatem iure ciuili tanquam suus heres, possit adhuc succedere iure prætorio tanquam agnatus, *d. l. 2. in princip. D. vnde legit. d. l. 4. §. 1. D. quis ordo in bonor. poss. seruet.* sed vt possit tanquam agnatus iure ciuili succedere, casus nullus dari potest, quia cùm aliquis adest suus hæres, sicuti cæteros omnes agnatos excludit, vtpote defectos conditione sub qua vocati sunt per legē, ita & excludit ipsum ex qua parte agnatus est: multò magis excludit filium suum, eundémque nepotem patrisfamilias, de cuius hereditate agitur, quia nepos ille cùm non possit succedere tanquam suus, multò minus potest succedere tanquam agnatus proximus, cùm à patre suo antecedatur non minùs in iure agnationis, quàm in iure suitatis. Rursus cùm lex XII. tab. de suo herede non aliter in numero singulari loquuta sit, vt supra monuimus, atque ita vnum duntaxat gradum: non plus designauerit, appareat nullo casu † tensisse ipsam de admit- 13
tendo nepote ex filio tanquam agnato, quoniam vel ponimus superesse filium, qui ipse sit suus heres, & eo casu excluditur per filium nepos ne admitti possit, siue tanquam suus, quia suus non est, siue tanquam agnatus proximus, quia suus alius est, vel præmortuum fuisse filium, aut aliter à patris sui potestate liberatum. Et eo casu cùm nepos sit suus heres auo, idem dici potest, & debet quod diximus de filio suo herede, vt qua ratione cæteros agnatos à ciuili successione excludit, eadem seipsum excludat, faciens quippe deficere conditionem sub qua lex vocat agnatos. Illa igitur tantùm dubitatio superesse potest, cur quemadmodum filius ipse suus heres per prætorem admittitur tanquam agnatus postquam repudiauit bonorum possessionem Vnde liberi, quæ ei tanquam suo competebat, ita vt cæteris quoque agnatis & legitimis omnibus obstet, etiam consanguineis, *d. l. 2. vnd. legit.* Non sic tamen nepos à Prætore admittatur, ne quidem post patrem: quasi vero pater ei obstet ne sit agnatus, sicut ei obstat ne sit suus. Quod certè nemo bene dixerit. Non enim sicut suus esse non potest qui proximus non est in linea descendentium quod ad causam succedendi, *l. scripso 7. D. vnd. lib. l. si filius fam. 33. D. de test. mil.* Ita & dicere possumus, agnatum non esse eum qui proximus non sit, Agnatorum enim † plu- 14
res

res gradus ſunt, qui omnes æquè ſunt agnati, licèt non æque proximi, cùm tamen ſuorum heredum plures eſſe gradus impoſſibile ſit: ideóque nec ſic locuta eſt, vt dixerit, *ſi ſuus heres proximus nemo erit*, ſed ſimpliciter, *ſi ſuus heres nemo erit*: & e contrario cùm de agnatis locuta eſt, non dixit ſimpliciter *agnatus familiam habeto*, ſed adiecit *proximus*, ne alioqui priore c. plures ſuorum heredum gradus abſurdè inducere videretur: poſteriore verò agnatos omnes etiam qui proximi non eſſent ſimul cum proximioribus, nedum poſt proximiores admittere, quod æquè abſurdum fuiſſet. Quamuis igitur filius obſtet nepoti quominus ille ſit proximus agnatus, ſicut ei obſtat ne ſit ſuus, cum tamen ei non obſtet ne ſit agnatus, ſemper illa manet dubitatio, cur non admittat prætor hunc agnatũ tanquam agnatũ, & ex capite Vnde legitimi, ſaltem poſt patrẽ & inter cæteros agnatos qui poſt patrem ſunt primi? Reſpon-
15 dendum eſt quod iam dixi, nepotem hunc, † quem pater in iure ſui heredis anteuertit, nullo modo, nullóque caſu poſſe admitti ex iure ciuili tanquam agnatum aut legitimum, non ob id ſolum, quòd neque ſuus, neque agnatus proximus ſit (eadem enim ratio locum haberet in excludendis remotioribus agnatis, quos tamen prætor ex ſucceſſorio edicto admittit ſuo ordine) ſed ob id maximè quòd numquam poteſt eſſe ex eorum agnatorum numero, quos lex ad ſucceſſionem vocat: nempe qui nullo caſu poteſt eſſe proximus agnatus, niſi cùm eſt ſuus: quo tamen caſu, id eſt, ſi ſit ſuus, iam non eſt ex iis agnatis quos lex vocauit, cùm eos ſolos vocauerit quos a ſuis heredibus diſtinxit, ac proinde qui ſui non eſſent. Quod ſi replices eandem rationem locum habituram in filio primi gradus, qui vtique cum ſit ſuus: non poteſt videri per legem vocatus tanquam proximus agnatus, nec eo minùs tamen vocetur a Prætore ex capite Vnde legitimi: Reſpondebo, ita facere
16 prætorem † quia cùm ſuum heredem filium admittit ad bonorum poſſeſſionẽ ex capite Vnde legitimi, nullam facit iniuriam cæteris legitimis, adeóque conſanguineis. Præfert enim illum, qui ſuo iure omnes eos excludere potuit, ſiue hereditatem iure ciuili tanquam ſuus heres poſſidere, ſiue bonorum poſſeſſionm ex primo capite Vnde liberi, agnoſcere voluiſſet, quique agnoſcendo bonorum poſſeſſionem ex alio quolibet capite, ſiue Vnde legitimi, ſiue Vnde cognati, hoc ipſo pro herede gerere videtur, *l. puberẽ* 12. *C. de iur. delib.* ita vt non tantùm fiat bonorum poſſeſſor, ſed etiã appareat ſuus heres, nec minùs apud Prætorem, quàm iure ciuili. Quis enim pro abſtento habeat ſuum heredem, qui bonorum poſſeſſionem agnouerit, etiamſi ex vltima edicti parte prioribus repudiatis? Credibile enim eſt, quod non repudiaſſet bonorum poſſeſſionem Vnde liberi, niſi ſequentes edicti partes adhuc ſaluas & integras fore proſpexiſſet. Non ergo habent quod conquerantur agnati de prætore, cùm prætor iis præfert ſuum heredem tanquam agnatum proximum, tametſi non ſit ille ex iis agnatis, quos lex ſub agnati proximi nomine vocauit, quia licèt non ſit ex eo agnatorum numero, ea tamen perſona eſt, quam eadem lex, ſi non vocaſſet, ſaltem admittit ad hereditatem tanquam ſuum heredem. Et quid, obſecro, agnatorum intereſt an prætor eum admittat tanquam ſuum heredem, an verò tanquam agnatum, cum talis ille ſit qui omnimodo ſuccedere poſſit, & ciuili iure, & prætorio ante agnatos cæteros, & iis quoque iniuriis? An fortè ideò minùs agnatus aut legitimus dici poteſt, quòd hoc amplius ſit etiam ſuus? præſertim cùm ex eiuſdem prætoris beneficio hoc ipſum habeant agnati, quòd poſt ſuos heredes per abſtentionem, aut per repudiationem excluſi ſuccedẽndi ius habent, quod ex iure ciuili nullum haberent. Quidni enim liceat prætori beneficia ſua interpretari, & pro arbitrio quem velit eis modum conſtituere? At non idem tractari poteſt circa perſonam ac-
poris † ex filio ſuo herede ſuperſtite. Cùm enim is nul- 17
lomodo per legem admittatur, neque tanquam ſuus, neque tanquam agnatus proximus, quoties à patre ſuo anteuertitur, faceret prætor iniuriam legitimis, ſi nepotem hunc tanquam legitimum admitteret etiam poſt patrem. Legitimus enim dici non poteſt, quem lex nullo caſu admittit, neque tanquam ſuum, neque tanquam agnatum. Cæteri agnati etiam remotiores poſſunt tamen eſſe proximi aliquo caſu, etiam ſuo hærede exiſtente: nempe ſi alij agnati qui eos aliquando præceſſerunt, deſierint eos præcedere in cauſa ſuccedendi, hue per mortem, aut alium caſum morti ſimilem, ſiue per repudiationem. Nam quamuis ſuus heres, ſi quis ſit, obſtet iis ne poſſint ſuccedere, non ideò tamen obſtat, quali ſit ipſe proximus agnatus, atque ita impediat ne ſint illi proximi agnati, ſed obſtat iis quia ſuus eſt, lex autem non vocauit agnatum, ne quidem proximum, niſi ſub ea conditione *ſi ſuus heres nemo eſſet*. Idcóque ſi poſſes aliquem fingere caſum, in quo filius primi grad. in defuncti morientis poteſtate conſtitutus, ex cauſa tamen aliqua ſuus heres eſſe non poſſet, vt in ſpecie *d. l. ſcripto vnde lib.* nec nepos quiſquam eſſet, qui ius illud & nomen ſui heredis vindicare ſibi deberet, non eſſet dubitandum quin agnatus proximus ex lege XII. tab. admitteretur, nec ei obſtaret filius qui non eſſet ſuus, tamet ſi fuiſſet proximus agnatus, etiam tempore delatæ hereditatis: nimirum quia nec eſſet, nec vnquam fuiſſet ex iis agnatis, de quibus lex locuta eſt: id eſt, quos à ſuis heredibus diſtinxit. Hic enim etſi nec ſuus heres eſt, tamen eſſe potuit, lex autem cùm agnatos proximos vocauit ſi ſuus heres nemo eſſet, de iis agnatis ſenſit procudubio, qui non ſolùm ſui non eſſent, ſed neque ſui eſſe vnquam poſſent, cùm de iis ſenſerit quos vocauit poſt ſuos, quique proinde ſui heri non poſſent. Præpoſterum enim eſſet vt quis agnatus primùm eſſet, deinde ſuus: quandoquidem non alia de cauſa ſuus heres agnatus proximus eſt, quàm quia ſuus eſt: ob idque nec dubitari poteſt quin lex XII. tab. eo agnatorum nomine ſolos tranuerſales intellexerit, liberis omnibus, & cuiuſcunque gradus ab ea appellatione excluſis quia omnes eos qui ſunt & in poteſtate & conſequenter in numero liberorum, neceſſe eſt, vel eſſe ſuos hæredes, vel eſſe potuiſſe. Eadem igitur ratio facit vt ſuo herede excluſo, nec per abſtentionem, aut per repudiationem, non poſſit ex eo nepos admitti tanquam legitimus citra iniuriam cæterorum legitimorum, quos lex ſolos vocauit, non hunc nepotem, qui proximus agnatus nunquam eſſe potuit, niſi tanquam ſuus: nec rurſum ſuus, quoties eum pater mortis tempore præceſſit. Itaque ſemper ei obſtat pater qui ſuus heres eſt, non ſolùm ne poſſit ipſe nepos ſuus heres eſſe, ſed etiam ne poſſit dici ex iis eſſe agnatis, de quibus lex ſenſit, cùm ſuo herede exiſtente nullo caſu poſſit eſſe proximus agnatus. In ſumma agnatus quidem eſt, quia coniunctus per maſculum, quamuis non proximus, vt diximus, ſed non eſt agnatus eo ſenſu quo agnati dicuntur in lege XII. tab. cùm non ſit ex iis quos lex vocauit, qui ſenſus eſt *dictæ legis, ſcripto*, in his verbis, *qui ſine dubio non eſt agnatus*. Denique non eſt legitimus, id eſt, à lege vocatus ſub nomine agnatorum, ſed tantùm ſub nomine ſui heredis, eo videlicet caſu quo ſuus heres eſſet, nec à patre, eodémque ſuo herede anteuerteretur. Mirum igitur non eſt, ſi neque prætor vnquam vocet eum ex capite Vnde legi-
timi, præterquam ſolo illo caſu, quo ſit ſuus, † patre ni- 18
mirum prædefuncto. Tunc enim cum ſit à lege vocatus, aut ſaltem admiſſus tanquam ſuus, non dubito, quin ſi repudiauerit bonorum poſſeſſionem Vnde liberi poſſit ſuccedere ſibi ipſi, & à Prætore admitti Vnde legitimi, etiam ante legitimos cæteros, ſicut & pater ipſius ſi viueret, ſuúſque heres eſſet, admitteretur. Idque probatur non malè ex *dd. 2. D. vnde legit.* quæ non de filiis primi

gradus, ſed de ſuis heredibus loquitur, cùm ait poſſe illos ſuccedere Vnde legitimi, ſi repudiauerint bonorum poſſeſſionem Vnde liberi. Ideóque nimirum ſic conceptus eſt à prætore titulus ille edicti Vnde legitimi, non Vnde agnati, quia non tam agnationis, quàm legis rationem in eo edicto habet Prætor, vt verba illa edicti oſtendunt, quæ poſita ſunt in l. 1. eod. *tum quem ei heredem eſſe oporteret*, ſcilicet ex lege XII. tab. lex autem non agnatos quoſlibet ad ſucceſſionem vocat, ſed eos tantùm qui vel ſint ſui: & hos ſub nomine ſui heredis, vel eos qui nec ſint, nec vnquam potuerint eſſe ſui: hoc eſt, qui nunquam fuerint in poteſtate, id eſt ex latere agnatos, & illos ſub nomine proximi agnati.
19 Sanè tum quoque cùm filius † ſuus heres fuit, ſi ſe abſtinuerit, non dubito quin nepos ex eo poſſit admitti poſt legitimos omnes ex capite Vnde cognati, tanquam cognatus. Nec enim negari poteſt quin cognatus ſit, vt ſaltem poſt agnatos omnes cum cognatis admittatur: nec quæ ratio facit vt nepos ex filio in poteſtate ſuperſtite non poſſit admitti ex capite Vnde legitimi, quamuis ſit agnatus, nimirum quia legitimus non eſt, eadem facit vt non poſſit admitti tanquam cognatus, cùm in edicto Vnde cognati nihil aliud intueamur prætor niſi ius cognationis, non legem vllam, ſiue XII. tab. ſiue aliam, quia nec vlla erat quæ cognatos ab agnatis diſtinctos agnoſceret, ob idque pars illa edicti meram prætoris indulgentiam continere dicitur in *l. 3. D. vnde cognat.* Et hæc quidem de iuris prætorij ſententia & ratione dixiſſe ſufficiet. Iure autem Iuſtinianeo, de quo nobis tertio lòco dicendum propoſuimus, immutatum quidem fuit ius & vetus & prætorium, quod obtinebat in agnatis & legitimis, ſed non illud ſimiliter quod obtinebat in ſuis. Fecit enim Iuſti-
20 nianus † vt in agnatis non minus ſit ſucceſſio iure etiã ciuili, quàm ſit in cognatis iure prætorio, *d. §. placebat*: id eſt, vt quemadmodum iure prætorio cognati poſteriores habent beneficium edicti ſucceſſorij, vt prioribus repudiantibus bonorum poſſeſſ. Vnde cognati, poſteriores ex eodem capite admittantur, nec per primam delationem tota illius edicti poteſtas conſumpta intelligatur, ſed per ſolam acquiſitionem, ſiue poſtea ſequatur abſtentio per in integrum reſtitutionem, ſiue non, *l. vlt. D. de ſucceſſ. edict.* Ita & proximis agnatis hereditatem iure ciuili repudiantibus remotiores admittantur, non ſolùm iure prætorio, vt antea, ſed etiam iure ciuili, neque tanquam cognati, aut ex ordine cognatorum, vt iure prætorio, ſed tanquam agnati, & ex ordine agnatorum: quaſi non conſumpta per primam delationem poteſtate legis quæ hereditatem iis defert, ſed ita demum conſumenda, ſi proximo agnato hereditas per additionem acquiratur. Tunc enim, id eſt, ſi proximus agnatus hereditatem adierit, dubitandum nõ eſt quin & legis veteris duodecim tab. & conſtitutionis Iuſtinianeæ tota poteſtas conſumatur, ita vt etiamſi poſtea in integrum reſtitutione ob auxilium ætatis impetrata, velit eam hereditatem omittere, non eo magis tamen ſequentes agnati poſſint admitti tanquam agnati & ex capite agnatorum, ſed tantùm ex ordine cognatorum & iure prætorio per edicti ſucceſſorij poteſtatem. Hoc autem addo, ne quis putet fieri debere hoc caſu bona vacantia, & fiſco deferri, vt in ſpecie d. l. vlt. Ibi enim ideò locus aperitur fiſco, quia conſumpta per acquiſitionem bonorum poſſeſſionis tota poteſtate edicti Vnde cognati, nullum aliud edictum ſupereſt, ex quo ſequentes cognati admitti poſſint. At etiam poſt conſumptam partem edicti Vnde legitimi, totámque vim & poteſtatem legis XII. tab. & conſtitutionis Iuſtinianeæ ſupereſt adhuc vltimum caput edicti Vnde cognati, ex quo poteſt eos prætor admittere, atque ita nulla neceſſitas eſt vt ad fiſcum bona deferãtur, quandiu aliæ ſuperſunt perſonæ, quibus deferri poſſint, *d. l. 1. §. qui ſemel. de ſucceſſ. edict. l. 2. §. vlt. D. ad SC. Tertyl. l. habere licere. 57. D. de euict.* Nam & inde etiam eſt quod in præcedentibus diſputauimus, † poteſtatem 21
edicti vnde cognati, non extingui per primam delationem, ſed tantùm per acquiſitionem *d. l. 1. §. ſed videndum*, in illis verbis, *& poſt hos ſuo ordine ex illa parte vnde proximi cognati vocantur, iunct. d. l. vlt. de ſucceſſ. edict.* In prioribus verò edicti partibus Vnde liberi & Vnde legitimi aliud eſſe, nec vnquam duplicẽ fieri delationem ex edicto Vnde legitimi, *d. §. placebat*, vtneq; ex edicto Vnde liberi, *l. 1. §. ſi quis filiũ l. ſi quis ex his. §. in prine. & §. 1. D. vnde liberi*, excepto caſu vnico † & 22
ſingulari *d. l. ſi quis §. vlt.* id eſt, cum filius emancipatus, ex quo ſupereſt etiam nepos, noluit petere bonorum poſſeſſionem Vnde liberi, aut ab ea petenda tempore exclufus eſt, quo caſu perinde ſunt integra omnia nepoti, ac ſi filius non fuiſſet, vt ibi Pomponius ait: ■ eſt, perinde nepoti defertur bonorum poſſeſſio Vnde liberi ac ſi ipſi filio nunquam delata fuiſſet, ratione illa quam ſuprà attulimus, quòd alioqui nulla ſupereſſet ratio admittendi huius nepotis ante legitimos, cùm tamen ſit ex liberis, ac proinde talis, qui licèt non ſit legitimus, quia eſt emancipatus, reſciſſa tamen emancipatione per prætorem, reperitur in numero eorum qui ſuorum heredum iure cenſentur, ac proinde qui etiam legitimis præferri debent. Nec æquum eſt ei obſtare patrem qui non vult vti iure ſuo, & qui tamen ei obſtaret, ſi in poteſtate fuiſſet mortis tempore, quoniam qui in poteſtate eſt, cùm ipſo iure ſuus heres ſit, habet ius acquiſitum, tametſi malit abſtinere, perinde ac ſi abſtineret per in integrum reſtitutionem poſt agnitam bonorum poſſeſſionem, vt in ſpecie *d. l. vltim. de ſucceſſ. edict.* Emancipatus autem cui prætor defert Vnde liberi, nullum ius habet acquiſitum, ſed acquirendum, quod totum euaneſcit per repudiationem. Eáque differentia filij † in poteſtate, & emancipati, vt filius in 23
poteſtate non minus obſtet nepoti iure prætorio in bonorum poſſeſſione Vnde liberi, quàm iure ciuili in iure ſui heredis: emancipatus verò non aliter obſtet filio ſuo ſiue in poteſtate retento, ſiue emancipato, quàm ſi petierit ipſe bonorum poſſeſſionem Vnde liberi, adhuc tamen durat, neque ſublata eſt per Iuſtiniani conſtitutiones, non per illam de qua nunc loquimur & cuius mentio fit in *d. §. placebat*, quæ, vt diximus, de agnatis tantùm loquitur, non etiam de ſuis, quorum longè diſſimilis cauſa eſt, non ob id ſolùm quòd ratio, quam Iuſtinianus ſumit ex onere tutelæ, quæ agnatis ſucceſſiuè defertur, ad ſuos hæredes accommodari nequeat, ſed ob id etiam, quòd in perſona agnati proximi, cui lex defert hereditatem, vt eam adire poſſit, ſi velit, nullum eſt ius adhuc acquiſitum, quod proinde impediatur acquiri ſequentibus agnatis, quomodo iam acquiſitum eſt in perſona ſui hæredis, qui quantumuis abſtineat, facere tamen non poteſt, quin & iure ciuili hæres maneat, *l. tùm quaſi. 30. §. ſed etſi ſuus. D. de fideic. libert.* & à prætore quoque heredis loco habeatur in omnibus præterquàm quod ad hoc, ne à creditoribus conueniri poſſit, tametſi ſummo iure iis teneatur, *l. neceſſariis 57. D. de acquir. hered. iunct. l. ita tamen 17. §. ſi pater D. ad SC. Trebellia.* Nec rurſum per aliam Iuſtiniani conſtitutionem quæ extat *Nouell. 118. De hered. ab inteſt. veniens.* qualicèt Iuſtinianus tollat eo loco † differentias omnes ſuitatis & emancipationis, 24
itémque agnationis & cognationis, quantum ad cauſam ſuccedendi, non vſque adeò tamen confundit omnia, vt quiſquis hodie ſuus heres eſt, poſſit dici emancipatus, aut contra: neque vt emancipatus, cùm ab inteſtato ſuccedit, ſuccedat tanquam ſuus, aut ſuus tanquam emancipatus (quæ fœdiſſima eſſe nominum rerúmque & perſonarum confuſio, quam nec Iuſtinianus ipſe pati poteſt in *l. vlt. C. de legit. tutel.*) ad hoc tantùm Iuſtinianus conſtituit, vt emancipati, qui olim erant omninò incogniti iure ciuili, nec poterant ſuccedere

ſuccedere niſi ex beneficio prætoris, §. *emancipati autem Inſtitut. de hered. quæ ab inteſt. defert. & d. l. vlt. C. vnde liber.* poſſint hodie ſuccedere iure ciuili, & ex Imperatoriæ conſtitutionis authoritate, nec indigeant auxilio prætoris vt olim. Quæ res facit vt non ſint hodie coniungendi cum emancipato liberi eius, quomodo coniungebantur olim ex edicto *De coniung. cum emancip. lib. eius.* quia nec coniunguntur cum ſuo herede, qui & iure ſuo ſuccedit, & filium ſuũ in cauſa ſucceſ-
25 ſionis anteuertit. Cæterum illa ſemper differentia † manet inter ſuum & emancipatum, quòd qui ſuus heres eſt, non minùs ipſo iure heres reperitur quàm olim: ideóque & ignorans ſit heres, & paternam hereditatem tranſmittit ad heredes quoſcumque, *l. apud hoſtes 9. Cod. de legit. hered. l. 1. §. qui ſunt in poteſtate D. ſi quis omiſſ. cauſ teſtam.* Nec enim ſuorum heredum iura Iuſtinianus imminuit, ſed emancipatorum auxit: emancipatus verò ſuccedit quidem hodie iure ciuili ſimul cum ſuis, ſi modò ſit in eodem gradu, nec minùs quàm ſi ſuus eſſet, at non ſuccedit tanquam ſuus, ſed tanquam filius licèt emancipatus, ideóque indiget aditione vt fiat heres, nec ſi ante aditionem decedat, tranſmittit hereditatem ad quoſcumque, ſed tantùm ad deſcendentes, idque non ex ſupradicta Iuſtiniani Nouella, ſed ex conſtitutione Theodoſij *in l. vnic. C. de his qui ant. apert. tabul.* Fuit enim hoc vnum Iuſtiniani propoſitum, vt emancipatos ſimul cum ſuis vocaret ad hereditatem parentum, at non etiam vt faceret eos & ſuos, & neceſſarios heredes iure ciuili. Quæ conſti-
29 tutio fecit † quidem minùs neceſſarium vſum bonorum poſſeſſionis, præterquàm in certis caſibus, in quibus hodiè non minùs neceſſarius eſt quàm olim, ſed non ideo ſuſtulit, quod malè quidam putauerunt, omnes omnino bonorum poſſiones nec iura per prætorem veterémque illam iuriſprudentiam tam diligenter & accuratè conſtituta. Ideoque dicendum eſt, etiam hodiè ſuum heredem filium ſuperſtitem obſtaturum nepoti in aui hereditate, non etiam emancipatum, qui neque iure ciuili ſuccedere voluerit, neque bonorum poſſeſſionem iure prætorio petierit. Proinde etiam hodiè neceſſaria erit huic nepoti ex filio emancipato bonorum poſſeſſio Vnde liberi ſi ad aui ſucceſſionem peruenire velit. Nec enim Iuſtinianus edicti ſucceſſorij poteſtatem vel auxit vel tranſtulit ad hereditates, *d. Nouell. 118.* vbi nullum verbum de ſucceſſione, niſi vt ſi filius moriatur ante patrem, nepos in locum ipſius ſuccedat, quod olim tam in ſuis heredibus iure ciuili, quàm in emancipatis iure prætorio obtinebat, §. *cum filius Inſtit. de heredit. quæ ab inteſt. defer. l. 1. §. 1. D. de bonor. poſſ. contr. tabul.* vbi dicitur, vocari liberos ad bonorum poſſeſſionem eo iure eóque ordine quo vocantur ad ſucceſſionem iure ciuili, vt appareat numquam admitti nepotem poſt patrem ne quidem iure prætorio, quoties pater ipſe ſucceſſit ſiue ciuili tantùm, ſiue prætorio tantùm, ſiue vtroque iure ſucceſſe-
27 rit. Non eſt igitur, quòd † cum Accurſio & Bartolo dicamus legem *vlt. C. vnd. liber.* correctam eſſe à Iuſtiniano in *d. §. placebat.* Multò minùs verò per *d. l. defunctis 6. C. de legit. hered.* quæ cùm ſit Imperatorum Diocletiani & Maximiani, non potuit corrigere poſterioris Imperatoris legem, ſiue Conſtantij, vt putat Cuiacius, ſiue Conſtantini eſſe velis dictam legem vltimam. Apparet autem ex ſuperioribus, quid ſibi Im-
28 peratores velint in *d. l. defuncti*: nimirum † ſi ſui heredes extent, qui tamen abſtineant, poſſe fratrem defuncti ſuccedere iure conſanguinitatis, non quidem iure ciuili, cùm neque in ſuis, neque in agnatis ſit ſucceſſio, ſiue rigorem, ſiue æquitatem iuris ciuilis ſpectes (id enim eſt quòd ait *l. 2. vnde liber.* filio vel nepote ſuo herede exiſtente neminem poſſe ab inteſtato heredem exiſtere) ſed iure prætorio & ex capite Vnde legitimi, propter edicti ſucceſſorij poteſtatem. Non enim obſtat legitimis ſuus heres qui ſe abſtinet, quomodo obſtat is qui duntaxat repudiat bonorum poſſeſſionem Vnde liberi *d. l. 2. D. vnd. liber. legit.* quia longè plus eſt ſe abſtinere, quàm vnam aut alteram bonorum poſſeſſionem repudiare, cùm is qui ſe abſtinet, omnes ſimul repudiet, quarum ſcilicet aliquam vel vltimam ſi agnoſceret, hoc ipſo pro herede gerere videretur, *l. puberem 12. C. de iur. delib. l. ſi filius 12. D. de interrog. action.* Cùm autem lex generaliter & indiſtincte dicat. Suis heredibus extantibus & abſtinentibus fratrem conſanguineum ſuccedere iure conſanguinitatis, ego id generaliter quoque intelligo, id eſt, etiamſi ex ſuo herede qui ſe abſtinuit, ſuperſit nepos. Alioqui debuerat addi exceptio, quam ſupplent ij qui nepotem ex ſucceſſorio edicto admittendum putant, *ſi nulli ſint ex ſuo herede liberi*, quod tamen Imperatores nec addunt, nec prætermittere debuerunt, ſi addendum erat. Cur verò ſuis heredibus abſtinentibus frater conſanguineus ſuccedat, adeóque nepoti præferatur? ratio non alia quærenda eſt, quàm quæ à nobis allata fuit, quòd quantum ad ſuos & legitimos attinet, & eo iure & ordine vocentur illi à prætore quo vocantur ex iure ciuili, *d. l. 1. §. 1. De con. tabul.* Iure autem ciuili nunquam nepos vocatur poſt patrem, neque tanquam ſuus: neque tanquam legitimus. Sed poſt ſuos vocantur conſanguinei, & poſt conſanguineos cæteri agnati *l. 1. §. poſt ſuos l. 2. in princip. D. de ſuis & legit.* Quoties ergo nepos neque ſuus eſt, neque ſui heredis loco, quod contingit quoties pater eum anteuertit, & ante ipſum ſuccedit ſiue iure ciuili, ſiue prætorio, nullæ nepotis partes ſunt in ſuccedendo, locúmque conſanguineo fieri ex iure prætorio neceſſe eſt. At illud difficilius videtur quod lex addit, † *vel repudiantibus hereditatem*, cùm ſui he- 29
redes non dicantur repudiare, ſed ſe abſtinere, vt nec adire, ſed ſe immiſcere. Verùm reſponderi poteſt, Suos heredes poſſe etiam repudiare non quidem hereditatem, quæ iam ipſo iure iis acquiſita ſit, ſed bonorum poſſeſſionem quæ à prætore hic iis defertur, vt tamen nec ignorantibus, nec inuitis acquiratur, *d. l. 2. D. vnde legit.* Non enim ſicut ius ciuile facit filium patri ſuum heredem & neceſſarium, ita & prætor facit ipſum ſuum & neceſſarium poſſeſſorem. Tantum ſi quidem abeſt vt prætor vllos faciat neceſſarios bonorum poſſeſſores, vt è contrario iis qui iure ciuili heredes neceſſarij ſunt, vltrò indulgeat beneficiũ abſtentionis aut ſeparationis *d. l. neceſſarijs 57. D. de acq. hered. leg. 1. §. vlt. D. de ſepara.* Ergo lex aut *repudiantibus hereditatẽ*, minùs propriè dictũ videri debet pro bonorũ poſſeſſione. Sed tamẽ id factũ eſt, vt puto per occaſionẽ præcedentis verbi *abſtinẽtibus*. Non enim dicitur ſuus heres abſtinere bonorum poſſeſſione, ſed hereditate, quia hereditatis bonorũ poſſeſſionis nomẽ eſt ex iure ciuili, ex quo etiã eſt nomẽ & ius ſui heredis. Facilius autem fuit & tolerabilius vt hereditatis † nomen pro vtroq; acciperetur, id eſt, & pro 30
hereditate, & pro bonorũ poſſeſſione, vt in *l. hereditatis 138. de verb. ſignif.* quàm nomen bonorum poſſeſſionis, quia & nomen & ius bonorum poſſeſſionis inductum eſt ad exemplum & ſubſidium hereditatis, non contrà *l. 1. 2. & 3. D. de bonorum poſſ.* Cur verò ſuus heres qui etiam poſt abſtentionem † remanet heres ipſo iure 31
non obſtat fratri conſanguineo defuncti, quemadmodum obſtat nepoti? nempe quia cùm prætor induxerit ius bonorum poſſeſſionis vt facilius induceret defuncto ſucceſſorem, qui creditoribus hereditariis reſponderet *l. 1. D. de ſucceſſ. edict.* nec pro herede habeat ſuum heredem qui ſe abſtinuit, quantum ad hoc vt hereditarijs creditoribus reſpondere teneatur, *d. l. neceſſarijs, & d. l. ſi filius.* Conſequens eſt vt eodem iure & ordine deferat ſucceſſionem fratri, quo deferret, ſi ſuus heres nullus eſſet, dummodo repudiauerit ille bonorum poſſeſſionem, non tantùm ex capite Vnde liberi, ſed abſolutè, id eſt, etiam ex capite Vnde legitimi. Sic

enim

enim accipiendum est quod de repudiatione scribitur in *d.l. defunctis. Exd l.2. D.vnde legit.* alioqui non iure consanguinitatis, vt lex ait, admittendus esset frater, sed ex ordine cognatorum, vt loquitur Iustin. in *d. §. placebat.* consumpta scilicet tota potestate edicti ex capite Vnde legitimi per declarationem quæ suo heredi ex illo ipso capite per prætorem facta esset, vt suprà explicuimus. Ille vnicus supereſt scrupulus, quod cum *d.l. defunctis*, posita sit sub titul. *De legit. hered.* durum videtur eam intelligere de prætoria tantùm, non etiam ciuili & legitima successione. Est enim etiam in Codice separatus tractatus De bonorum possessionibus ab illo De legitimis successionibus: nec facilè per huiusmodi interpretationes confundi earum iura debent. Nec sanè dissimulo durum id mihi semper
52 visum fuisse, etsi non soleo † tam exactam verborum proprietatem in rescriptis Imperatorum requirere, quàm in responsis prudentum perpetuam obseruo præsertim verò in rescriptis Imperatorum posteriorum quibus familiare est à Gordiano ad Iustinianum vsque valdè impropriè loqui, vt & in proposito factum est à Gordiano, qui tractans de suo herede in *l. 2. eod. tit.* nihilominus ponit repudiatam ab eo patris hereditatem, & à Iustin. in *l. vlt. C. de repud. vel abstin. hered.* vbi scribit in hæc verba, *si quis suus recusauerit paternam hereditatem, deinde malnerit eam adire*, & postea, *adire hereditatem & suam abdicationem reuocare.* Sed neque illud possum † concoquere quod initio legis scriptum est, *Defunctis suis extantibus heredibus*, quomodo enim possunt ista simul stare, vt sui heredes & defuncti sint & extent? Scio poni à nostris virgulam post dictionem *defunctis*, quasi ea dictione non tam sui heredes, de quibus postea loquitur, quàm illi significentur, quibus succedere frater consanguineus potest. Quod si ita est, ponunt igitur agi ea in lege de plurium personarum successionibus, quæ vni tantùm deferantur. At hoc ipsum adhuc durius mihi videtur. Est enim conuenientius, vt vni personæ plures qui eiusdem gradus sint, simul & immediatè succedant quàm vt vnus pluribus, cùm vix fieri queat vt plures habeant immediatè vnum eundémque heredem, nisi ponas decessisse illos in eadem naui, aut eadem oppressos ruina, quod tamen rarius est, quàm vt ad hunc casum coarctari debeat rescriptum Imperatorum. Scribendum itaque erat, *defunctis* non *defunctis*. Quare probabi-
54 lius existimo dici posse locum corruptũ †, & ita emendandum, vt legamus *Defunctis suis, vel extantibus heredibus.* Voluerunt enim Imperatores comprehendere
55 omnes casus † in quibus frater fratri succedere potest ab intestato, etiamsi defunctus liberos habuerit. Primus casus est, si sui heredes illi defuncti sint antequàm extarent & apparerent heredes, id est, aut viuo adhuc patre, aut eo quidem mortuo, sed priusquàm certum esset decessisse illum intestatum, vt in specie *d. l. 1. §. sciendum & l. 2. §. pen. De suis & legit.* Secundus est, si extent quidem heredes, sed abstineant se ab hereditate, vt in l. *cùm hereditate 55. & seqq. D. de acq. hered.* Tertius, si non abstineant se solenni illa abstentione, sed repudient bonorum possessionem simpliciter & indistinctè, vt in d.l. 1. §. *qui semel de succeſſ. edict.* Primo casu succedit fratri frater consanguineus, nec prætorio tantùm iure, sed etiam ciuili, d l. 1. § *post suos & d.l. 2. in princ. D. de suis & legit.* Posterioribus verò duobus casibus, cùm non possit frater succedere iure ciuili, necesse est vt succedat iure prætorio d.l. 2. *Vnd. legit.* Appositè igitur & accommodatè Imperatores cùm eam speciem tractarent, in qua posset locus esse vtrique successioni, & ciuili & prætoriæ, vsi sunt verbo *succedendi*, quod ad vtramque successionis speciem aptari potest. Nam & in aliis plerisque eiusdem tituli legibus de vtraque successione agitur, & ciuili & prætoria, vt in l. 1. 3. 4. 5. 7. 8. *& 11. eod.* Nec quod lex ait, fratrem hunc fratri succedere iure consanguinitatis, facere debet, vt intelligamus eum succedere iure legitimo & ciuili tantùm. Nihil enim vetat quem succedere & consanguinitatis & agnationis iure, tametsi succedat petita bonorum possessione, vt *in l. 1. & l. si his 8. C de legit. hered.* Nimirum si succedat aut ex capite Vnde legitimi, aut etiam ex sequenti quidem capite Vnde cognati, sed tanquam legitimus, vt in *d. §. placebat iunct. d.l. 1. §. sed videndum. D. de succeſſ. edict.* Minùs autem
56 bona † est argumentario Baldi scribentis *ad l. vlt. Cod. vnd. liber.* sicut frater fratri succedit iure agnationis, etiam suis extantibus heredibus, ita & admittendum esse vt possit nepos ex filio succedere tanquam agnatus. Plus enim iuris hac in re habet frater quàm nepos, non quòd sit proximior, aut fauorabilior, aut quòd nepos etiam agnatus non sit, sed quia nemo potest aut ex lege duodecim tabularum succedere, aut ex iure prætorio Vnde legitimi, ob id solum quòd agnatus sit, si non sit etiam legitimus successor. Nepos autem ex suo herede, licèt agnatus sit, non tamen est legitimus, quia non alius vocatur per legem, quàm qui sit vel suus, vel extra lineam suorum heredum proximus agnatus: quorũ neutrum potest dici de nepote quẽ filius in potestate anteuertit *l. scripto 7. D. vnd. liber.* At frater fratri agnatus proximus est, & ex iis agnatis, de quibus lex locuta est, quia nec est, nec vnquã potuit esse suus.

Digitized by Google

ANTONII FABRI
IC. SEBVSIANI,
ET IN SVPREMO SABAVDIÆ SENATV PRÆSIDIS PRIMARII,
HEMISCHILIAS,
DE ERRORIBVS PRAGMATICORVM, & Interpretum Iuris.

DECAS TRIGESIMA.

ERROR PRIMVS.

De diſtinctione Bartoli, An filia per ſtatutum excluſa ſit extantibus maſculis vel agnatis, an verò quoadusque maſculi vel agnati ſuperexerunt.

SVMMARIA.

1 *Diſtinctio Bartoli inter excluſionem filiæ fauore maſculorum factam per ablatiuos abſolutos, & eam quæ fit per verba ſuſpenſiua,* quandiu, *&c.*
2 *Reſponſio Bartoli ad l. Imperatores. § 2. D. de manum. teſtam. ipſius diſtinctioni aduerſantem.*
3 *Libertatem ad tempus, teſtator dare non poteſt.*
4 *Bartolus putat hereditatem poſſe per ſtatutum dari ad tempus, non verò ab homine in teſtamento aut contractu.*
5 *Verba ſuſpenſiua,* quandiu, donec, quoadusque *& ſimilia, non poſſunt inducere excluſionem fœminarum temporalem, contra Bart.*
6 *Vbi maſculis acquiſita eſt hereditas, excluſis per ſtatutum feminis non tam ſtatutum obſtat ne poſtea ſuccedant, quàm acquiſitio hereditatis.*
7 *Diſtinctio Bartoli n. 1. propoſita eſt fictitia.*
8 *Vbi patris hereditas acquiſita eſt filio, non poteſt alius habere hereditatem patris quàm qui habiturus eſt hereditatem filij.*
9 *Falſa hypotheſis Bartoli.*
10 *Verba conditionalia non diſponunt in ſpecie l. ſi ita ſtipulatio. 39. D. de oper. liber.*
11 *Licet maſculi ponantur in conditione, non tamen cenſentur vocati per ſtatutum, ſed ex iure communi.*
12 *Excluſio non eſt temporalis ſed perpetua, cùm ſtatutum excludit feminas quoadusque maſculi ſupernixerint.*
13 *Iuris communis beneficium non auferetur maſculis, quorum fauore per ſtatutum excluduntur fœminæ.*
14 *Error pragmaticorum putantium excluſionem feminæ eſſe temporalem, cùm excluditur filia per iuris tam renuntiationem fauore maſculorum.*
15 *Error eorum qui cenſent temporalem eſſe eam excluſionem, quæ facta eſt fauore maſculorum.*

ADhibet hanc † diſtinctionem Bartolus ad *l. vlt. §. quando in pendenti n. 2. in fin. D. ad SC. Tertyll.* & ſequitur Bald. ad *l ſiquis filium 34. n. 7. C. de inoff. teſt.* 1
An ſtatutum excludens fœminas fauorem maſculorum, aut agnatorum ita conceptum ſit, *quandiu maſculi vel agnati ſupererunt*, aut per diſtinctionem *donec*, aut *quoadusque*: an verò per ablatiuos illos abſolutos, qui ſunt in hanc rem familiares, *extantibus maſculis* vel *agnatis*. Priore caſu vult Bartolus excluſionem fœminarum eſſe temporalem, nec durare niſi quandiu durent maſculi vel agnati, ita vt ſi poſt aditam à maſculis vel agnatis hereditatem eos deficere contingat, fœminæ quæ in id vſque tempus fuerant excluſæ, exinde poſſint heredes eſſe ab inteſtato pro ea ipſa parte quam ex iure communi habituræ fuerant, ſi per maſculos excluſæ non fuiſſent. Poſteriore verò caſu vult excluſionem eſſe perpetuam, adeò vt ſemel adita per maſculos hereditate, quamuis poſtea ij omnes moriantur, ſuperſtitibus fœminis, nihilo magis fœminæ admitti poſſint propterea quòd ablatiui abſoluti non tam tempus, quàm conditionem includant, quæ vbi ſemel extitit & impleta eſt, non poſſit effectum

ſuum perpetuum non habere quod non ſimiliter dici poteſt de dictionibus illis, *quandiu, donec, quoad vſque*, quæ ſenſum & effectum habent non ſuſpenſiuum, ſed tamen limitatum tempore, quanuis incerto. Idq; probat Bart. ex *l. 1. §. vlt. D. de ventr. in poſſ. mit. l. ſiue manifeſtus* 10. §. *tam diu. D. de cond. furt. l. in delictis* 4. §. *ſi extraneum. D. de noxal. action. l.* 1. *D. de curat. furioſ. l. pater Seuerianam* 101. *in princ. D. de cond. & demonſtr. l.* 1. *Cod. de legat.* 1. *l. Caio* 13. §. *Imperator. de alim. & cibar. legat. l. ambiguitatem* 2. *reſp. Cod. de vſufr.* in quibus omnibus locis varia exempla proponuntur de vi & poteſtate huiuſmodi dictionum *quandiu, donec quoadusque*, quòd habeant eam vim vt inducant effectum limitatum non perpetuum, ſiue à lege, ſiue à teſtatore, ſiue à contrahentibus proferantur. Ac quoniam
2 videt Bartolus † huic diſtinctioni valde obſtare quod Paulus ſcribit in *l. Imperatores* 52. *D. de manum. teſtam.* Libertate his verbis adſcripta, *Stephanum ſeruum meum liberum eſſe iubeo. Sic tamen vt cum herede meo ſit quoadusque inuenis ſit. Quod ſi noluerit, aut contempſerit, iure ſeruitutis teneatur*, libertatem ex prioribus quidem verbis competere ipſo iure, ſed ſi ſeruus liber factus nolit parere voluntati, & cum teſtatoris herede manere, non eſſe tamen poſteriora verba ad reuocandam libertatem quæ iam competit, efficacia, nec ſi à milite prolata proponantur, multóque magis idem in paganorum teſtamentis obſeruandum eſſe: Reſpondet ille, ita Paulum in ea ſpecie reſpondiſſe, quia teſ-
3 tator † libertatem ad tempus dare non poteſt, vt ſcriptum eſt in *l. libertas ad tempus* 33. *eod. tit.* quæ eſt ex eiuſdem Pauli eodem libro. Idcò inquit Bartolus mirum non eſt illa verba non operari extinctionem libertatis, quia neque expreſsè poſſet teſtator hoc facere, vt libertas, quæ ſemel competiiſſet, extingueretur. At rurſum quia videt non minùs de hereditate quàm de libertate dici vere, quòd ad tempus dari non poſſit l. *hereditas* 34. *D. de hered. inſtit.* Subiungit,
4 Non poſſe quidem dari hereditatem † ad tempus ab homine ſiue in teſtamento, ſiue in contractu, ſed poſſe tamen dari à lege ſicut & à milite, *l. miles ita* 41. *D. de teſtam. milit.* Hîc autem tractare nos de lege, cùm tractemus de ſtatuto quod legis vim & poteſtatem habet. Ex quibus Bartoli verbis apparet, non alia ratione moueri Bartolum, vt hanc diſtinctionem inducat quàm quia putat hereditatem poſſe per ſtatutum dari ad tempus. Atqui probauimus in præcedentibus, maximè in Error. 1. *Decad.* 27. non poſſe ſtatutum hoc facere, vt quis heres ſit, vel ex tempore, vel ad tempus, quia ne quidem per legem hoc fieri poſſet, licèt poſſet fieri à milite in teſtamento, non etiam in cauſa inteſtati, de qua tamen ſola nunc tractamus. Ergo vel ex
5 ipſa Bartoli traditione conſequens eſt, † vt quemadmodum verba illa *quandiu, donec, quoadusque*, & ſimilia non habent eam ſignificationem vt inducant effectum temporalem in illis, quæ ad tempus dari vel fieri non poſſunt, puta in cauſa libertatis, vt probatur ex *d. l. Imperatores*: Ita nec poſſint inducere excluſionem fœminarum temporalem, quandiu duntaxat maſculi ſupererunt, quia hereditas maſculis ſemel acquiſita non poteſt fieri vt non ipſis in perpetuum acquiratur: ac proinde nec illud fieri poteſt vt non in perpetuum fœminæ excludantur. Etſi enim antequàm hereditas maſculis acquiſita ſit, ſolum ſtatutum illud eſt quod fœminas excludit, & impedit ne ad ſucceſſionem
6 admittantur, vbi tamen ſemel acquiſita † maſculis cœpit eſſe hereditas, excluſis per ſtatutum fœminis, non tam ſtatutum obſtat fœminis in futurum ne poſſint ſuccedere, quàm acquiſitio ipſa hereditatis. Neque enim hereditas iam ex aſſe acquiſita, aliis iterum acquiri vnquam poteſt, ne alterutrum euenire neceſſe ſit, vt vel plures in ſolidum heredes inducantur contra l. *de hereditate* 19. §. *pater. D. de caſtren. pecul. l. quod contra* 141. §. *vni duo. de regulis iur.* vel hereditas maſculis ad tempus duntaxat acquiſita videatur, quod pugnaret cum *d. l. hereditas* 34. *D. de hered. inſtit.* Sicut igitur hereditatis acquiſitio non eſt temporalis in perſonis maſculorum, ita neque temporalis poteſt eſſe excluſio in perſonis fœminarum: qualis enim acquiſitio eſt ex vna parte, talem quoque ex alia parte excluſionem eſſe neceſſe eſt, quæ ex acquiſitione neceſſariò inducitur. Proinde concludamus † nihil plane intereſſe an ſtatu- 7
tum excludat fœminas per illa verba, etiam omnia ſi voles ſimul iuncta, *donec, quandiu, & quoadusque maſculi vel agnati ſuperſunt*, an verò per ablatiuos illos abſolutos *extantibus maſculis vel agnatis*. Vtroque enim caſu verum eſt ſolos maſculos ad ſucceſſionem admitti, non tanquam proximiores, ſed propter fœminarum excluſionem ſtatuto inductam: poſteà verò quàm hereditas patris fuit agnita per filium, iam cœpit eſſe hereditas filij, vt Bartolus loquitur, aut potiùs vt loqui debuit, iam cœpit eſſe patrimonium filij. Vnde fit vt eodem † filio poſtea moriente non alius 8
poſſit habere hereditatem patris, quam qui habiturus eſt hereditatem filij cùm vtraque ſit iuncta l. *ſed ſi plures* 10. §. *filio. D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* & ſic de patris hereditate non eſt ampliùs tractandum, ſed tantùm de hereditate filij. Atqui ponimus, non fœminas quæ à patris ſucceſſione excluſæ fuerint, ſed alias perſonas in filij hereditate ſuccedere. Fieri ergo nequit vt patris hereditas poſt mortem maſculi ad fœminas, quæ ſemel excluſæ fuerunt, reuertatur, ad quas ipſius filij hereditas non venit. In eóque ſanè Bartolus errauit. Sed & in eo, † quod priuſquàm ad hanc diſtin- 9
ctionem accedat, præſupponit pro vero, cùm ita conceptum eſt ſtatutum, *donec, & quoadusque maſculus ſuperuixerit, fœmina non ſuccedat*, maſculum videri ad ſucceſſionem inuitatum & vocatum quoadusque ſuperuixerit. Quod certè falſum eſt. Siue enim maſculi poſiti ſint in conditione per ablatiuos abſolutos, ſiue per verba illa *quandiu, donec, quouſque & quoadusque*, nunquam debent haberi pro vocatis per ſtatutum, ſed tantum videtur iis reſeruatum ius antiquum legis xii. tabularum, vt diſputauimus & probauimus ſuo loco. Nunquam enim conditionalia verba † di- 10
ſponunt, ne quidem in ſpecie *l. ſi ita ſtipulatio D. de oper. libert.* qui tamen locus omnium apertiſſimus eſſe creditur ad probandum illa etiam quæ in conditione tantùm poſita ſunt, in diſpoſitione quoque poſita intelligi. Si enim ſtipulatio ibi interpoſita proponebatur, *Si decem dierum operas non dederis, viginti nummos dare ſpondes*. Quibus verbis apparet quod & in ea lege Paulus fatetur, operas nullas promiſſas fuiſſe, ſed tantummodò poſitas in conditione. Et tamen vt eadem lex ait, ſic prætor ſentit vt ſolæ operæ promiſſæ videantur. Sed reſpondeo id fieri, non quòd operarum promiſſio poſſit dici facta per verba conditionalia, alioqui falſum eſſet quod lex ait, operas in ea ſpecie promiſſas non fuiſſe, ſed quia debent fingi promiſſæ, & promiſſas prætor fingit, ne patronus omnimodo excludatur, qui alioqui ex ſupradicta ſtipulatione, neque pecuniam promiſſam poſſe petere, tanquam quæ libertatis onerandæ gratia promiſſa eſſet, neque operas, quæ reuera promiſſæ non eſſent, & ita omnino excluderetur, quem tamen apparet non eſſe excludendum, cùm ſibi proſpicere voluerit per ſupradictam ſtipulationem. Præter id verò, quod æquiſſimum eſt, ſic prætorem agere, vt patronus non omnimodo excludatur, qui tantum beneficium contulit in libertum, illa etiam ratio facit vt fingendum potiùs ſit promiſſas fuiſſe operas, tametſi promiſſæ non fuerint, quòd natura debentur, tum quoque cùm promiſſæ non ſint adeò vt nec poſſint condici tanquam indebitæ, ſi ſolutæ fuerint quaſi promiſſæ, cùm nó eſſent, nimirum ſi officiales operæ ſint, & (vt vulgo

vocant

vocant) obſequiales, non etiam ſi fabriles & artificiales, *l. ſi non ſortem* 26. §. *libertus. D. de cond. indeb.* At in ſpecie quam nunc tractamus nihil tale aut ſimile eſt.

11 Nam † poſitis maſculis in conditione, licèt non fingas eos vocatos eſſe, vt nec reuera vocati ſunt, nihil tamen ex eo abſurdi aut incommodi ſequetur, quia non ideò à ſucceſſione excludentur, cùm ſufficiat per eam conditionem fuiſſe iis conſeruatum ius antiquum & commune, vt ex eo poſſint ſuccedere: ſiquidem etiamſi per ſtatutum verbis expreſſis vocati eſſent, adhuc tamen poſſent omiſſo ac repudiato iure nouo, id eſt beneficio ſtatuti ſuccedere ex iure vetere & communi legis duodecim tabularum, *l. quoties dupli.* 91. *de regul. iur.* Porrò cùm ſuccedunt ex iure communi, nemo dixerit eos ſuccedere ad tempus, quia etiam admiſſo eo quod vult Bartolus, & nos negamus, Poſſe heri per ſtatutum & per legem, vt quis ſit heres ex tempore & ad tempus præſertim ab inteſtato: illud tamen Bartolum vobis vltrò concedere neceſſe eſt, non eam eſſe iuris communis diſpoſitionem, vt hereditates ſiue teſtamentariæ, ſiue legitimæ ex tempore aut ad tempus deferantur, *d. l. hereditas.* Cùm ergo in propoſita ſpecie maſculi non ſuccedant ex ſtatuto, ſed ex iure communi planè conſequens eſt, vt ſemel heredes facti remaneant in perpetuum heredes, nec vnquam eſſe deſinant, vt & in *l. ei qui ſoluendo* 88. *D. de hered. inſtit. l. ait prætor* 7. §. *ſed quod Papinianus. D. de minor.* Quo admiſſo illud quoque fateri oportet fœminarum

12 † excluſionem perpetuam eſſe, non temporalem, cùm fieri nequeat vt iam illæ heredes, vel ex ipſis verbis ſtatuti, quandiu hereditas fuit & remanet maſculis acquiſita. Nec video quid pro Bartolo reſponderi poſſit, niſi illud fortè quod nemo hucuſque dixit, Statutum ponens maſculos in conditione excluſionis fœminarum ita inuitare maſculos ad hereditatem ex priuilegio, vt iis auferat beneficium iuris communis:

13 quod tamen eſt omnino † improbabile cùm huiuſmodi ſtatuta non fiant niſi fauore maſculorum, & vt eo magis, non eo minùs admittantur, arg. *l. 3. §. emancipatus* 1. *D. bonor. poſſeſſ. contr. tab.* Neque enim exiſtimandum eſt iuris communis beneficium ei auferri, cui nouum priuilegium datur. Cæterùm ſi errat Bartolus, vt errat proculdubio, cùm putat excluſionem fœminarum eſſe temporalem ſi ſtatutum excludat fœminas quoadùſque maſculi ſuperuixerunt, quanto gra-

14 uiùs errant pragmatici, † qui putant idem dicendum eſſe tum quoque cùm excluditur filia per iuratam renuntiationem fauore maſculorum, & quandiu maſculi ſupererunt? Sentiunt enim iſti non ſolùm contra iuris rationem, ſed etiam contra Bartolum, qui ſupradicto loco non dubitat quin hereditas ab homine dari ad tempus non poſſit, id eſt, ne quidem à teſtatore, præterquam à milite: quanto minus ergo dari poterit per pactum, cùm hereditas pacto dari non poſſit, ſed tantùm teſtamento? *l. hereditas SC. de pact. conuent. tam*

15 *ſup. dot.* At omnium grauiſſime errant, † & contra doctrinam Bartoli peccant, qui exiſtimant ad inducendam temporalem filiæ excluſionem, ſiue per ſtatutum, ſiue per pactum ſufficere vt excluſa ſit filia fauore maſculorum: quaſi hoc ipſo appareat ſatis non eſſe filiam excluſam, niſi quoadùſque maſculi ſupererunt. An non enim etiam fauore maſculorum excluditur filia quam ſtatutum vel pactum excludit per ablatiuos illos abſolutos *extantibus maſculis*: Et tamen dubitat Bartolus quin ea excluſio perpetua ſit, non temporalis. Ergo vt temporalis dici poſſit, non ſufficit quod appareat factam eam eſſe fauore maſculorum, ſed illud præterea omnimodò requiritur vt facta ſit præciſe ac formaliter per illa verba, quæ requirit Bartolus, *donec, quandiu, quoadùſque*, quorum ſi nullum ſit in ſtatuto, aut in pacto, licèt neque ablatiui illi abſoluti ſint adhibiti, dicendum eſt indubitatè etiam ex traditione Bartoli perpetuam eſſe excluſionem, non temporalem. Sola enim eorum verborum vis eſt, quam Bartolus intuetur, vt faciat aliquo caſu temporalem excluſionem, quam non dubitat ille perpetuam eſſe debere ex ſui natura, ſi nihil niſi iuris communis ratio inſpiciatur. Vbi ergo verba illa non reperiuntur, neque vlla eorum vis reperiri poteſt, ſtandumque neceſſariò eſt iuri communi, quòd ad hoc vt patris hereditas maſculo acquiſita nunquam poſtea filiæ ab inteſtato acquiri immediatè poſſit, hoc eſt, niſi per ipſius filij perſonam, ſi fortè is ſororem ſuam, quam viuus excluſit, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato heredem reliquerit. De quo videnda ſunt quæ fuſiùs ſcripſimus in Error. 3. Decad. 17.

ERROR II.

De filia dotata ſtatuto excluſa propter maſculum, an rumpat patris teſtamentum, in quo fuit præterita.

SVMMARIA.

1 *Sententia Bartoli & Baldi affirmantium filiam excluſam per ſtatutum ſi ſit præterita rumpere teſtamentum & n.* 21.
2 *Differentia inter excluſionem ſtatutariam & commemorationem, & differentia ratio.*
3 *Qui ſint neceſſariò inſtituendi aut exheredandi, & qui impunè prætiriri queant ex Bart. ſententia.*
4 *Filia excluſa per ſtatutum fauore maſculorum impunè prætiriri poteſt, nec prætirita facit teſtamentum nullum apud Bart.*
5 *Liberi primi gradus iam nati & in poteſtate tempore mortis nunquam dicuntur rumpere teſtamentum, licet prætiriti id faciant nullum, & n.* 19.
6 *Suus poſthumus non facit teſtamentum ipſo iure nullum, nec retrò rumpit, ſed ab eo tempore tantùm, quo natus eſt & n.* 12.
7 *Poſthumus vnde ſuus dicatur.*
8 *Teſtamentum quod nullum eſt rumpi non dicitur.*
9 *Ex teſtamento in quo poſthumus ſuus prætiritus eſt quamdiu per agnationem poſthumi rumpi poteſt, nemo poteſt heres eſſe.*
10 *Poſthumus non poteſt retrofingi natus eo tempore quo pater moriebatur.*
11 *Quò pertineat illud, poſthumus qui eſt in vtero habetur pro iam nato in iis quæ ad ipſius commodum ſpectant.*
13 *Differentia inter filium iam natum prætiritum & poſthumum prætiritum.*
14 *Alia differentia inter filium iam natum & poſthumum.*
15 *Retrofictionis natura.*
16 *Omnes fictiones debent eſſe de poſſibili, licet ſint de falſo.*
17 *Retrofictio rupti teſtamenti per agnationem poſthumi an recurrat ad diem mortis teſtationis*
18 *Filius captus ab hoſtibus & prætiritus à patre an retro rumpat teſtamentum patris.*
20 *Sententia auctoris de quæſtione propoſita an filia dotata quæ per ſtatutum excluſa eſt fauore maſculorum prætirita rumpat teſtamentum.*
22 *Sententia Bartoli refellitur & n.* 25.
23 *Perſona quæ non obſtat in caſu inteſtati obſtat tamen in caſu teſtati in ſpecie l. ſcripto.* 7. *D. vnd. liber.*
24 *Error pragmaticorum.*
26 *Teſtamentum ex quo acquiſita eſt hereditas eo tantùm caſu rumpi poteſt quo proponitur querela inofficioſi teſtamenti.*

27 *Querela inofficiosi non datur contra lignum, sed contra heredem.*

28 *Testamenti inofficiosi querela quatenus odiosa.*

29 *Quo pertineat illud vulgatum, ex testamento non potest acquiri hereditas quamdiu rumpi testa. pot.*

30 *Per querelam inofficiosi testamentum non rumpitur ipso iure.*

DIuersa est quæstio ab illa quæ à nobis tractata fuit in Error. 1. Decad 13. Ibi enim egimus de filia excluſa per renuntiationem: hîc agemus de filia excluſa per ſtatutum,
1 quam Bartolus, † Baldus, & cæteri putant, ſi ſit præterita, rumpere teſtamentum. Quantùm verò intereſt an excluſio ſit ſtatutaria, an conuentionalis, iam explicauimus in Error. 8. Decad. 27. vbi docuimus inter cæ-
2 tera, Præteritione filiæ † quæ per renuntiationem excluſa ſit à ſuccedendo, eſſe teſtamentum nullum: quod tamen non ſimiliter nullum eſſe creditur præteritione filiæ quæ ſit excluſa per ſtatutum. Et ratio differentiæ quæ tum à nobis afferebatur illa erat, quia renuntiatio filiæ quantumlibet iurata non impedit quominus hereditas filiæ deferatur, ſed tantummodò filiam obligat vt cogatur ſe abſtinere: immò cùm tacitam conditionem habeant omnes huiuſmodi renuntiationes ſi hereditas ab inteſtato deferetur, neceſſe eſt deferri herediratem vt renuntiationis conditio impleatur: deferri autem non poteſt filiæ in poteſtate ab inteſtato, quin fatendum ſit ob eius præteritionem teſtamentum nullum eſſe. Nam vt & Bartolus, & cæteri
3 fatentur, inſtituendi † vel exheredandi neceſſariò ſunt omnes quotquot in deſcendentium, vel in aſcendentium linea ſunt, ſi in eo ſint gradu vt ab inteſtato ſint ſucceſſuri: & è contrario poſſunt impunè præteriri omnes qui ab inteſtato ſuccedere non poſſunt, id eſt, quibus ab inteſtato nunquam deferri poteſt hereditas, *l. 1. §. pen. D. de bonorum poſſ. cont. tab. l. ſi quis filio 6. D. de inuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* At excluſio ſtatutaria potentior eſt, quia cùm ſtatutum vim legis habeat, impedit non ſolùm acquiſitionem, ſed etiam delationem hereditatis in ea perſona quam à ſucceſſione excludit. Verum igitur eſt, & indubitatum ſi Bartolo & interpretibus credimus, quibus & nos aliquando credebamus, filiam † quæ fauore maſculorum per
4 ſtatutum excluſa eſt, impunè præteriri poſſe, id eſt, non facere teſtamentum nullum, quia neque ſua heres eſt, cùm ſuus heres non ſit, niſi qui & in poteſtate eſt, & primum gradum obtinet in cauſa ſuccedendi *d. l. ſi quis filio. l. ſcripto 7. D. vnd. liber. l. ſi filiusfamilias 33. D. de milit. teſtam.* Cur ergo dubitamus an poſſit rumpere teſtamentum? an quia plus ſit facere teſtamentum ipſo iure nullum, quàm rumpere, ideóque facilius ſit vt filia per ſtatutum excluſa rumpat teſtamentum, quàm vt illud faciat nullum? At dici hoc
5 non poteſt, quia liberi † primi gradus, qui & in poteſtate, & iam nati ſunt: ſi præteriti ſint, neceſſe eſt vt vel ab initio faciant teſtamentum nullum, vel nunquam rumpant. *l. ſi filius 7. D. de liber. & poſth.* Nec in toto iure noſtro locus vel vnus eſt, quo probari poſſit rumpi teſtamentum per aliquem ex liberis, qui & iam natus, & in poteſtate fuerit tempore mortis. Nam quod Bartolus ſupradicto loco, & Baldus ad *l. 1. numero ſeptimo, Codice de lib. prat.* dicunt ſimilem eſſe caſum in poſthumo præterito, qui quandiu in vtero eſt, non poteſt dicere teſtamentum nullum, & tamen natus tetrò rumpit, ſanè per quàm falsùm & ridicu-
6 lum eſt. Poſthumus † enim quantumuis ſuus ideò non poteſt facere teſtamentum ipſo iure nullum, quia ab initio & mortis patris tempore non eſt in poteſtate, cùm necdum homo ſit, *l. vltim. D. de collat. bon. l. in Falcidia 9. §. 1. ff. ad leg. Falcid.* Nec ad rem
7 pertinet, quòd eum poſthumum † ſuum appellamus. Non enim id ſit, quòd moriente patre iam ſit re vera ſuus, qui nec adhuc eſt in poteſtate, nec adhuc gradum vllum tenet in familia, multóque minùs in cauſa ſuccedendi, quæ tamen omnia concurrere oportet ad conſtituendum ius ſui heredis, vt diximus: ſed ideò ſuus dicitur, quia ſi moriente patre iam natus fuiſſet, ſuus ei heres fuiſſet, ad differentiam alieni poſthumi, qui è contrario ſic appellatur, quia etiamſi moriente teſtatore iam natus fuiſſet, ei tamen inter ſuos futurus non fuiſſet, §. *poſthumo. Inſt. de legat.* Potiò cùm naſcitur poſthumus ſuus qui à patre præteritus fuit, rumpit quidem teſtamentum, ſed non rumpit retro, vt Baldus loquitur, id eſt, non facit teſtamentum iam inde ab initio vel nullum, vel ruptum fuiſſe videatur. Pugnaret enim ſecum fictio, ſi retrofingeret
8 nullum teſtamentum quod rumperetur, cùm non † poſſit rumpi teſtamentum quod nullum eſt, *l. nam etſi 5. ff. de inuſt. rupt.* Neque rurſus vlla ſubeſt neceſſitas retrotrahendæ illius fictionis ad tempus mortis patris, quia iuris ciuilis prudentúmque autoritate ſatis prouiſum, ne vllum efficatum poſſit habere teſtamentum in quo † poſthumus ſuus præteritus eſt: ita nimi-
9 rum conſtituto iure, vt ex eo teſtamento, quandiu per poſthumi agnationem rumpi poteſt, nemo poſſit heres eſſe, ne quidem ſuus, *l. venire preterito 84. ff. de acquir. hered. l. ſi filius 16. ff. de liber. & poſthum.* Et verò cùm poſthumi ſui agnatio illa ſit quæ rumpit teſtamentum, *l. 1. & tot. tit. de inuſt. rupt.* intelligimus non magis fieri poſſe vt poſthumus legitimè natus retrò rumpat, quàm vt retrofingatur † fuiſſe natus eo tempore
10 quo pater moriebatur, quæ retrofictio ſi admitteretur, ſeipſum deſtrueret. Faceret enim quod nec ipſa natura facere vnquam poteſt, vt partus legitimè, ac decimo demum menſe natus primo aut ſecundo menſe editus videretur, atque ita vt & legitimus eſſet, & non
11 legitimus. Nec quod dici ſoler, poſthumum † qui eſt in vtero haberi pro nato in iis omnibus quæ ad ipſius commodum ſpectant, *l. qui in vtero 26. ff. de ſtat. hominum*, ad hunc tractatum pertinet, id eſt, ad cauſam teſtamenti annullandi, ſed tantùm hereditates legitimas aut teſtamentarias in ſuſpenſo retinendas, ne interim deferantur iis quibus deferrentur, vtique ſi poſthumus in rerum natura non eſſet. Alioqui teſtamentum eſſet ipſo iure nullum, in quo eſſet præteritus poſthumus ſuus: nec expectandum eſſet vt poſthumus ederetur, ſi modò plenum ventrem eſſe certum eſſet: aut ſaltem tunc cùm ille naſceretur, dicendum eſſet teſtamentum eſſe pro iure nullum, non autem rumpi. Quod vtrumque tamen euidenter falſum eſſet. Nunquam enim poſthumus † facit teſtamentum nullum,
12 ne quidem cùm natus eſſet, ſed tum demum cùm agnaſcitur, rumpit, non priùs. Et quod Pomponius ſcribit in *l. ſi primo 8. D. de liber. & poſthum.* poſthumum cùm natus eſt, loco eius eſſe qui ſuperſtes eſt, præter id quod oſtendit ſatis: non igitur haberi eum pro ſuperſtite & iam nato quandiu in vtero eſt, non ita accipi debet, vt tum quoque cùm poſthumus editus fuit, nihil intereſſit an fuerit iam mortis tempore ſuperſtes, an verò poſtea natus ſit. Illa enim ſemper differentia manet, quòd † filius iam natus præteritus facit teſta-
13 mentum omnimodò nullum: poſthumus verò ſuus præteritus nunquam facit nullum, ſed tantùm rumpit: nec ſemper rumpit, ſed ita demum ſi naſcatur, & tum quoque cùm naſcitur, rumpit tantùm ex eo tempore, nec retrò rupiſſe intelligitur: ex differentia illa etiam naſcitur, quam nos latiùs explicauimus libro 8. Coniect. cap. vltim. Quod ſi plures † heredum gra-
14 dus facti ſint in eo teſtamento, in quo filius iam natus præteritus fuit, ille tantùm gradus nullus eſt & euaneſcit in quo præteritus eſt filius, non etiam cæteri ſequentes in quibus reperitur exheredatus. At ſi poſthumus præteritus ſit in primo gradu, in ſequen-

tibus

tibus vetò exheredatus, ita rumpit primum gradum agnaſcendo, vt etiam ſequentes omnes rumpat, nec vlla ex parte teſtamentum valere patiatur quia rumpendo ſuccedit, ſibique locum facit *d. l. nam etſi* 5. *D. de iniuſt. rupt. iunct. l. ſi poſthu.* 14. *in prin. & §.* 1. *D. de lib. & poſt.* Ex quo apparet tanto manifeſtiùs quam verum ſit quod volumus, Præteritione poſthumi ſui nunquam teſtamentum fieri nullum ipſo iure, quoniam ſi fieret nullum ſequeretur quòd pluribus factis heredum gradibus ille ſolus eſſet nullus, in quo poſthumus præteritus reperiretur: quod falſum eſt. Apparet etiam agnatione poſthumi teſtamentum non retro rũpi, quia ſi retro rumperetur, fieret vt fingendum eſſet ruptum per poſthumum, non modò priuſquam natus eſſet, ſed priùs etiam quàm conceptus ex die ſcilicet
15 conditi teſtamenti. Retrofictio enim † quælibet eò vſque ſolet recurrere, iquouſque neceſſe eſt vt recurrat ad effectum ſuum conſequendum. Ergo & in propoſito ad tempus facti teſtamenti, vt teſtamentum retroruptum dici poſſit. Eſſet enim illud quoque non tantùm abſurdum, ſed etiam longè abſurdius, retrofingi ruptum ex certo tempore duntaxat, non etiam ex præcedenti. Atqui nemo dixerit retrofingi poſſe ruptum teſtamentum agnatione poſthumi priuſquam conceptus fuerit poſthumus, quia id manifeſtam implicaret contradictionem. Retrofictiones autem &
16 fictiones † omnes debent eſſe de poſſibili, licèt ſint de falſo *leg. confeſſionibus* 13. *in princip. iuncta leg. ſequenti, §. vlt. D. de interrog. in iur. faciend.* Neque igitur poteſt retrofingi rupiſſe ex quo die conceptus fuit, quia perinde impoſſibile eſt eodem die concipi quem & naſci hominem. Dices fortaſſe, imò admittendam neceſſariò eſſe retrofictionem † rupti teſtamenti ſaltem
17 ex die mortis teſtatoris, quia cùm poſthumus rumpendo ſuccedat, vt diximus: quiſquis autem ſuccedit ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, iam inde ex die mortis ſucceſſiſſe retrofingatur, *l. heres quandoque* 49. *D. de acquir. hered. l. omnia* 131. *de regul iur.* conſequens videtur vt ex die quoque mortis teſtamentum rupiſſe retrofingatur. Sed facilis reſponſio eſt, aliam eſſe cauſam rupti teſtamenti, aliam ſucceſſionis. Succeditur iure ciuili: rumpitur verò teſtamentum facto cùm rumpitur agnatione. Vnde eſt quòd poſthumus agnaſcendo ſicut rumpit, ita & ſibi locum facit, quia & aliquid facit & cùm naſcitur, & cùm rumpit. Suus autem heres iam natus & præteritus nihil facit, niſi quòd ex perſona ſua inducit poteſtatem iuris. Ius enim illud eſt, quod facit teſtamentum nullum ob ſui heredis iam nati præteritionem. Et minùs propriè loquitur quiſquis dicit, ſuum heredem iam natum facere teſtamentum nullum, niſi accipiat hoc ſenſu, quòd faciat vt teſtamentum annulletur per legem. Sicuti namque ſolius legis eſt, non hominis dare vires teſtamento, ita & vires tollere, nullúmque facere ſola lex poteſt, non homo: dicit filius teſtamentum nullum, non facit. Quod ergo pertinet ad cauſam ſucceſſionis, facilè poteſt induci retrofictio poſtquam teſtamentum agnatione ruptum eſt, quia cùm ſucceſſio iuris ſit, certum eſt in iis quæ iuris ſunt, fictionem, quæ ipſa etiam iuris eſt, facilè induci póſſe. At quod pertinet ad cauſam rumpendi teſtamenti, aliud eſt, quia rumpi teſtamentum, præſertim per agnationem, facti eſt, ſiue effectum & ruptionem ipſam ſpectes, ſiue cauſam rumpendi, quæ nihil niſi agnatio eſt. Naſci enim facti eſt, non iuris: in iis autem quæ facti ſunt, fictio induci nequit, *l. denique* 19. *D. ex quibus cauſis maior. l. in bello* 12. *§. ſulti. D. de capt. & poſtlim.* Vnde eſt, quòd quanuis viuo adhuc patre neque poſthumus præteritus, neque alius quiſquam poſſit ſuccedere, quia viuentis ſucceſſio nulla eſt, tamen poteſt rumpere, & rumpit ſi naſcatur viuo patre, adeóque tametſi poſtea eodem patre adhùc viuo decedat, *l. poſthumus* 12. *D. de iniuſt. rupt.* quoniam qui poteſt rumpere teſtamentum naſcendo, neceſſe eſt vt vel rumpat cùm naſcitur vel nunquam. Ex eóque magis intelligimus non poſſe argumentum trahi à ſucceſſione ad ruptionem teſtamenti, aut contra. Nam in ſucceſſione retrofictio quæ poteſtatem iuris inducitur, ideò non poteſt retrorſum egredi tẽpus mortis patris, quia viuentis hominis, vt dixi, nulla hereditas, nulla ſucceſſio eſt, *l. 1. D. de hered. vel act. vendit. l. 1. D. pro hered.* At in cauſa rumpendi teſtamenti, ſi qua fictio locum haberet, ea poſſet recurrere ad tempus vſque conditi teſtamenti, cùm nihil vetet rumpi teſtamentum viuo adhuc teſtatore. Ergo vel nulla inducenda eſt, vel talis inducenda eſt quæ ad teſtamenti tempus trahatur. Atqui abſurdum eſſet, vt probauimus, retrofingi teſtamentum ruptum eſſe agnatione poſthumi antequàm conceptus poſthumus fuiſſet, cùm fieri poſſit vt poſthumus qui natiuitatis ſuæ tempore præteritus inuenitur, fuerit conceptus poſt teſtamentum. Concludamus igitur agnatione poſthumi rumpi quidem teſtamentum, ſed non ita rumpi, vt verè ruptum eſſe fingatur. Accommodatius videtur exemplum quod adfert Baldus de filio † capto ab ho- 18
ſtibus, & præterito à patre cùm eſſet in eo ſtatu. Nam cùm hoc caſu teſtamentum ab initio valeat, quia non poteſt videri filius ſuus heres, aut in morientis patris poteſtate fuiſſe, qui eo tempore in hoſtium poteſtate erat, *l. penult. D. de iniuſt. rupt.* neceſſe eſt vt filio ab hoſtibus redeunte rumpatur, ſi filius in eo præteritus fuit, *l. Gallus* 29. *§. quid ſi qui filium: de liber. & poſth.* (ſi enim eſſet inſtitutus, vtique non rumperet, qui ſenſus eſt *l. ſed nec filius. D. de iniuſt. rupt.*) Cùm autem rumpit, illud quoque neceſſarium videtur vt retro rumpat, quia rumpit propter poſthuminij fictionem, quæ facit vt filius retrò in ciuitate ſemper fuiſſe videatur. Sed non eſt bona conſecutio, & in hoc quoque Baldus errauit. Etſi enim filius cùm ab hoſtibus redit, rumpit teſtamentum patris eo colore quòd ſemper in ciuitate fuiſſe intelligatur, non ideò tamen retrofingitur rupiſſe, quia nec vllum tempus eſt ad quod retrofictionem illam poſſis trahere, etiamſi maximè velis: ſiquidem ea poſthuminij vis & poteſtas eſt, vt iuncto inſtanti reditus cum inſtanti captiuitatis deleat memoriam totius eius temporis quo filius apud hoſtes fuit, vt proinde ſi qua retrofictio hac in re fieret, eam neceſſe eſſet fieri ad id tempus, quod nunquam fuiſſe intelligeretur. Rumpit ergo teſtamentum filius præteritus cùm redit ab hoſtibus, ſed non retrò rumpit, nec facit quin ab initio & valuerit, & valuiſſe intelligatur, quia verum eſt non fuiſſe illum in patris morientis poteſtate, *d. §. quid ſi. iunct. l. lex Cornelia* 12. *D. qui teſtam. fac. poſſunt.* Ponimus enim factum eſſe eo tempore, quo iam filius captus erat, alioqui ab initio & ipſo iure nullum eſſet, nec rumpi amplius poſſet, *d. l. pen. D. de iniuſt. rupt.* Ex ſuperioribus igitur apparet, verum eſſe quod initio diximus, † nunquam rumpi teſtamentum per 19
præteritionem liberorum, qui ſint ſui heredes tempore teſtamenti, hoc eſt, qui eo tempore & in poteſtate ſint, & primum gradum teneant in cauſa ſuccedendi, ſed eſſe tunc ipſo iure nullum. Et rurſus, cùm teſtamentum rumpitur per liberos præteritos, quod contingit, quoties ex poſt facto apparent ſui heredes qui antè & teſtamenti tempore non fuerunt, ſic rumpi, vt tamen non retrò ruptum eſſe fingatur. Aliud eſt, ſi quæramus an retrò valuerit teſtamentum, quod rumpi oportuit per contra tabulas, ſi ea poſſeſſio nunquam poſteà petita ſit. Etſi enim quandiu peti poteſt contra tabulas, non defert prætor ſecundùm tabulas: excluſis tamen iis qui contra tabulas petere potuerunt, reuertitur poſſeſſio ad ſcriptos, vt ſcriptum eſt in *l. 2. D. de bonor. poſſeſſ. ſec. tab.* non quòd teſtamentum fingatur retrò valuiſſe, vt vult Baldus, ſed

quia reuerà ſemper valuit,cùm nunquam ruptum fuerit, licèt rumpi potuerit. Ergo vt ad propoſitam quæ-
20 ſtionem † veniamus, de filia dotata, quæ per ſtatutum excluſa ſit à ſucceſſione patris quoaduſque maſculi ſupererunt, vel ponimus eam eſſe & remanere ſuam heredem, quomodo diximus manere ſuam heredem, quæ non excluſa eſt niſi per renuntiationem :vel ponimus, quod omnino fatendum eſt, per excluſionem ſtatutariam fieri vt amittat illa & nomen, & ius ſui heredis, eo demum caſu, & tempore, quò per maſculum à ſucceſſione excluditur. Si ponimus eam manere ſuam heredem, conſequens erit vt ipſius præteritione teſtamentum ſit nullum, & iniuſtum, *l.ſi filius* 7. *l. inter cætera* 30. *D.de lib. & poſth. l.* 1. *D. de ininſt. rupt.* Sin dicimus non poſſe illam retinere ius ſuitatis, propter excluſionem ſtatutariam, ſequetur non magis poſſe per ipſius præteritionem rumpi teſtamentum, quàm nullum & iniuſtum eſſe. Nullo igitur caſu verum eſſe po-
21 teſt, quod vult Bartolus, † filiam hanc impunè quidem præteriri poſſe, quandiu maſculus aliquis ſupereſt, ſed mortuis poſteà maſculis licèt poſt iam agnitam & acquiſitam ex teſtamento patris hereditatem, rumpi ab ea teſtamentum, vt inteſtatus fiat pater, & prohibeatur habere heredem ex teſtamento maſculum
22 filium ſuum. Et verò ſi teſtamentum † poſſet aliquo caſu vel tempore rumpi per filiam, ſequeretur, quod nec interpretes negant,vt interim non poſſet maſculus heres inſtitutus ex eo acquirere ſibi heredem *d.l.venter* 84. *& l. cùm quidam* 30. *§. quod dicitur. eod. tit. de acquir. hered.* & ita fieret vt filia per ſtatutum excluſa obſtaret fratri inſtituto ne poſſet ille heres eſſe ex teſtamento, qui tamen non obſtaret, ſi pater deceſſiſſet inteſtatus. Fatentur enim omnes filiam, quæ non eſt excluſa per ſtatutum, niſi quandiu maſculi ſupererunt, non poſſe impedire quominus defuncto patre inteſtato hereditas tota maſculo deferatur, & acquiratur, vt ſit ille heres quandiu viuit, quia tale ſtatutm non ſit ſuſpenſiuum delationis ſucceſſionis inteſtati quantum ad maſculos, ſed tantùm quod ad fœminas : alioqui non eſſet maſculus heres ad tempus, nec filia ex tempore, quod vtrumque tamen & Bartolus & Baldus, & cæteri admittunt.Potrò quis ferre illud poſſit,vt huiuſmodi ſtatutum faciat deteriorem conditionem maſculi heredis inſtituti quàm ſi pater inteſtatus deceſſiſſet?
23 Scio fieri aliquando vt perſona † quæ non obſtat in caſu inteſtati, obſtet tamen in caſu teſtati, vt in ſpecie illa valdè ſingulari, de qua reſpondit Papiniamus in *d.l. ſcripto* 7. *ff. vnd.liberi.* Sed valdè diſſimilis eſt illa ſpecies ab ea quam nunc tractamus. In illa enim decedit pater inteſtatus, non quia non feciſſet teſtamentum : ſed quia teſtamentum quod fecerat, & in quo filium exheredauerat, nepotémque ex eo præterierat, ex poſt facto deſtitutum proponebatur per extranei heredis inſtituti repudiationem, quo deliberante filius exheredatus deceſſerat,vt proinde eo tempore quo certum eſſe incipiebat deceſſiſſe patrem familiàs inteſtatum, non eſſet ampliùs in rerum natura filius, vt nepoti obſtaret, cui tamen obſtabat tempore conditi teſtamenti & mortis patris. Cæterùm ſi in ea ſpecie deceſſiſſet pater inteſtatus, vtique filius obſtitiſſet nepoti non minùs quàm in caſu teſtati. At in ſpecie quam tractamus, volunt interpretes vt filia quæ nullo modo obſtaret fratri ab inteſtato,eidem obſtet facto teſtamento. Hoc verò eſt quod ego abſurdum eſſe dico, nec mi-
24 nùs carere ratione quàm exemplo. Error omnium † in eo eſt,quòd putant poſſe fieri ex autoritate ſtatuti vt maſculus ſit heres ad tempus,filia verò poſt mortẽ maſculi & ex tempore, quod nos iam ſæpiùs ac ſæpiùs refutauimus. Siue igitur ex teſtaméto,ſiue ab inteſtato filius patri ſemel heres extiterit,nunquá poteſt filia heres eſſe nec ſua,nec aliena immediatè, id eſt, niſi per mediam maſculi perſonam, & eo iure quo alius quilibet heres heredis poſſet dicit heres teſtatoris,*l. vltim. Cod. de hered. inſtit. l.qui liberis* 8.*§.vltim de vulg. & pupill. ſubſt.* Nec proinde teſtamentum † poteſt rumpere 25
quod ſemel habuerit effectum,fueritque confirmatum non modò per legem, ſed etiam per aditionem. Semel enim adita hereditate omnis defuncti voluntas ratã conſtituitur, vt ait Papinianus in *l.ſi patroni* 55. *§. qui fideicommiſſum. D.ad SC. Trebell.* Alioqui nec permittendum eſſe maſculo vt ex eo teſtamento heres eſſet, quamdiu rumpi poſſet,facerétque inteſtati exitum pater, qui tamen inter liberos teſtamentum ab initio feciſſet,adeóque validum ſi interpretibus credimus : ita fieret vt deterior eſſet cauſa filij inſtituti, quàm ſi pater ſine teſtamento deceſſiſſet,cùm tamen nemo neſciat fauorabiliorem eſſe cauſam filij, cùm ex teſtamento ſuccedere poteſt, quàm ab inteſtato, propter coniunctum fauorem teſtamenti,qui etiam ipſi liberorum fauori præualet, *l. ſi pars* 10. *D. de inoff. teſtam.* Et ſanè quid abſurdius eſt,quàm obſtare maſculo fœminam eo caſu quo ſit excluſa non modò per ſtatutum, ſed etiam per teſtamentum, nec tamen eidem obſtare eo caſu quo ſit excluſa duntaxat per ſtatutum. An non potentior eſt, & eſſe debet duplex excluſio, quàm ſimplex ? & contrà, annon fauorabilior eſt filius,cui & ſtatutum, & patris teſtamentum fauet,quàm cui ſtatutum ſolum ? At rurſus ſi admittas quod negant interpretes, acquiri poſſe hereditatem ex huiuſmodi teſtamento, ſequetur nunquam poſſe rumpi. Vnus enim † tantùm 26
caſus eſt in quo poſſit rumpi teſtamentum, ex quo iam acquiſita ſit hereditas, nimirum ſi proponatur querela inofficioſi teſtamenti, *l.circa*, 24. *& paſſ. D. de inoff. teſt.*Sed ille caſus habet ſpecialem rationem,quia metus rumpendi per querelam teſtamenti, non poteſt impedire ne adeatur interim hereditas ex teſtamento, cùm querela † non detur contra lignum, vt bonorum poſ- 27
ſeſſio contra tabulas, *l. quod vulgò* 19. *ff. de bon. poſſ. contr. tab.* ſed contra heredem *l. Papinianus*, 8. *§.ſi condition. ff. de inoff. teſtam.* qui portò non poteſt heres eſſe, niſi adita demum hereditate, *l. ſi quis filium* 34. *in fin. C. eod.* Hoc autem ideò, quia cùm querela † 28
in officioſi ſit odioſa ex duplici capite, & quia reſcindit teſtamentum, & quia reſcindit eo colore quaſi teſtator fuerit demens & furioſus, *l.* 2. *&* 4. *l. Titia.* 13. *ff. eod.* non priùs viſum eſt permittendum vt exerceatur, quàm appareat nulla alia ratione fieri poſſe inteſtatum teſtatorem. Quod tamen tunc demum incipit eſſe certum,cùm adita eſt hereditas ex teſtamento, quia non poteſt inteſtatus decedere, qui aliquem ex teſtamento heredem iam habet. Quandiu autem non eſt adita hereditas, tamdiu poteſt deſtitui teſtamentum, atque ita locus fieri ſucceſſioni inteſtati. Nec pugnat quod dici ſolet, † Ex teſtamento non poſſe aditi aut 29
acquiriri hereditatem quandiu rumpi teſtamentum poteſt : id enim tunc verè dicitur, cùm poteſt rumpi teſtamentum ipſo iure, vt contingit per agnationem poſthumi ſui, aut per filij capti reditum ab hoſtibus. Quod enim à iure ipſo rumpi poteſt, quis dixerit iam confirmatum eſſe à iure, vt ex eo poſſit aditi hereditas? At per querelam † inofficioſi teſtamenti non 30
rumpitur ipſo iure, ſed reſcinditur per ſententiam centum virorum qui de inofficioſo cognoſcunt, & pronuntiant, *l. ſi pars* 10. *d. l. Titia. eod.* Quid autem illi pronuntiaturi ſint, planè incertum eſt, & in dubio nihil aliud poteſt lex præſumere aut ſperare niſi quòd pro teſtamento pronuntiabunt *d. l. ſi pars.* Mirum igitur non eſt, ſolum metum rumpendi per querelam teſtamenti non poſſe impedire quominus interim ex teſtamento hereditas deferatur, & conſequenter per aditionem acquiratur : ſicut nec aditio ſecuta poteſt facere quominus teſtamentum per querelam poſtea propoſitam reſcindatur. Sed extra hunc caſum fieri nunquam poteſt vt teſtamentum ſemel à

lege

Digitized by Goog

lege confirmatum, subsecuta præsertim additione posteà vel rumpatur, vel rescindatur.

ERROR III.

De iure suitatis in persona filiæ quæ à patris intestata successione per statutum exclusa est fauore masculorum.

SVMMARIA.

1 *Sententia Bartoli & Baldi de quæstione An filia quæ per statutum exclusa est fauore masculorum amiserit ius suitatis.*
2 *Contraria sententia autoris rationibus stabilitur.*
3 *Licet filia exclusa per statutum non succedat, non eò minus tamen est sua heres.*
4 *Exclusionis per mortem & eius quæ fit per statutum differentia.*
5 *Propositio Bartoli, Impune præteriri possunt omnes, qui ab intestato succedere non possunt, non est vniuersaliter vera.*
6 *Exclusionis fœminæ per statutum conditio duplex.*
7 *Suus heres cur instituendus aut exheredandus.*
8 *Cur ab intestato suus heres omnimodo succedat.*
9 *Ius sui heredis non est æstimandum ex successione intestati.*
10 *Valeat argumentum à causa testati ad causam intestati, non contrà.*
11 *Argumentum à minori ad maius an valeat negatiue.*
12 *Exclusiones sunt odiosæ.*
13 *Testamentum filij familiæ militis de castrensi peculio, quo præteritus est testatoris filius an valeat.*
14 *Cùm quæritur de iuribus testamenti, in quo præteritus est filius, quid inspiciendum sit.*
15 *Ius sui heredis vnde proficiscatur.*
16 *Ordo statutarius non tollit sus suitatis.*
17 *Filia exclusa per statutum est sua heres patri etiam inspecto tempore mortis.*
18 *Quo instanti testamentum per legem confirmetur.*
19 *Exclusio filiæ statutariæ non tollit vitium præteritionis filiæ.*
20 *Diluitur obiectio qua probant aduersarij eum impunè præteriri posse qui non possit succedere ab intestato.*
21 *Deportatus nullo casu succedit, nisi restituatur in integrum viuo patre.*
22 *An ex eo quod intestato patri exclusa filia non succedit, aliquid referat quod præterita faciat testamentum nullum.*
23 *Filia per statutum exclusa potest petere bonorum possessionem contra tabulas.*
24 *Quo casu necessaria sit bonorum possessio contra tabulas suis heredibus præteritis.*
25 *Statutum exclusorium fœminarum loquens tantum de successione intestati non est protrahendum ad casum facti testamenti.*

1 SEd præcipuus Bartoli, Baldi, & aliorum in proposita quæstione error † ille est, quòd putant filiam quæ fauore masculorum, & extantibus masculis ab intestato succedere prohibetur, impunè præteriri posse tanquam quæ
2 non sit sua heres. Nam si bene inspicias, imò verò † testamenti tempore sua heres est non obstante statuto perinde acsi statutum nullum esset. Nec enim statutum illud facit quominus filia sit in potestate, primúmque gradum teneat etiam in causa succedendi: quippe quam statutum non excludit à successione, nisi sub illa conditione, Si masculi extabunt, eo scilicet tempore quo de successione quæri poterit, & oportebit, hoc est, quo mortuus erit pater. Itaque quamdiu viuit pater, licet masculi supersint, qui succederent soli, exclusa filia, si testamenti tempore pater moreretur, nondum tamen dici potest impletam esse conditionem exclusionis filiæ quæ non potest impleri nisi mortuo demum patre, cùm possit fieri vt ante patrem decedant omnes masculi positi in conditione exclusionis, solàque supersit filia tempore mortis patris: quo casu nemo dubitauerit quin futurum sit vt tota statuti vis euanescat, filiáque sola succedat iure communi ac proinde tanquam sua heres, & quæ semper talis fuerit, nec vnquam talis esse desierit. Quoties enim naturalis mors alicuius expectanda est, nunquam interim mutanda iuris ratio est ob personam eius qui interim potest mori, vt constat ex *l. Statius Florus* 48. §. *Cornelio Felici D. de iure fisci.* Non ergo possunt facere masculi qui testamenti tempore superstites reperiuntur, quominus filia † quæ tum & in 3
potestate & in primo gradu est, sua heres dici debeat, quamuis nondum eo tempore succedat, nec possit succedere, quia quòd non succedit, non fit propter masculos, nec propter statutum, sed quia pater viuit, vt ex eo constat, quòd etiamsi masculi nulli essent, adhuc tamen succedere non posset, quamuis nec statutum vllum esset per quod ipsa excluderetur: nec si moriente patre supersit masculus aliquis, qui succedere possit, quique per statuti potestatem solus succedere debeat, facit eas vt filia impune potuerit præteriri in testamento patris: quoniam cùm quæritur an præteritione filij vel filiæ tanquam sui heredis testamentum sit nullum & iniustum, non est inspiciendum an sit suus heres tempore mortis, sed an tempore testamenti, quia nec posset ex post facto conualescere testamentum, quod ab initio & eo tempore, quo fiebat, non valuisset, *lege prima, D. de iniust. rupt. l. quæ ab initio penult. de regulis iuris.* Alioqui dicendum esset non fore inutile testamentum in quo præteritus fuisset suus qui viuo patre decessisset. Nec enim potest dici filia magis exclusa per statutum propter masculos, quando aliqui supersunt masculi tempore mortis patris, quàm exclusus sit per mortem contingit, quòd de ea non dubitatur quin sit perpetua, quomodo de illa dubitatur, quæ inducitur per statutum. Atqui exclusio filij quæ per ipsius mortem contingit viuo patre, non impedit quominus testamentum sit nullum in quo filius ille præteritus fuerat, vt differè scriptum est in *l. si filius* 7. *D. de liberis & posthumis*, adeò vt in formula quoque Galli Aquilij necesse sit præcedere institutionem filij ad hoc vt possit valere testamentum in quo sit institutus posthumus nepos Aquilianus, quamuis per eam formulam nec instituatur, nec possit institui posthumus nepos, nisi in eum nominatim casum quo filius primi gradus viuo testatore moriatur, *l. Gallus* 29. §. *in omnib. eodem* Eadem igitur multo & maiore ratione dicendum est filiæ exclusionem quæ per statutum inducitur post mortem duntaxat patris, non posse facere quominus nullum sit testamentum in quo præterita fuit hæc filia, licèt in eo masculi ipsi per quos, & propter quos filia excluditur, instituti proponantur. Si quid enim esset quod contrarium suaderet, illud maximè esset, quòd nunquam potest hæc filia cum masculis succedere. Quæ tamen ratio in filio quoque Aquiliano locum habet, quem certum est cum posthumo nepote concurrere nunquam posse, *l. cùm in testament.* 3. *D. de hered. instit.* Nec eo minùs tamen necessaria est filij institutio, vt nepos ipse vtiliter & ritè institutus videatur, *dicto* §. *omnib. iunct. l. si quis eum* 16. *in fin. D. de vulg & pupill. substit.* Ergo nec valebit testamentum in quo præterita sit filia institutis masculis, tametsi cum masculis succedere non possit. Hoc enim plus habet hæc filia, quàm filius Aquilianus quòd potest ipsa succedere saltem aliquo casu, id est, si masculi

omnes decedant viuo patre: quinimò & ſimul cum ipſis maſculis, ſi fuerit cum ipſis inſtituta. Nec enim ſtatutum vſque adeò eam excludit, vt prohibeat eam ſuccedere ex teſtamento. Filius verò Aquilianus, id eſt, quem ponimus mori viuo teſtatore, nullo caſu poteſt ſuccedere, nec ſi teſtator velit, quia non eſt in teſtatoris poteſtate facere, vt qui iam mortuus eſt ſuccedat vllo caſu: tantum abeſt vt cum Aquiliano nepote inſtituto ſuccedere vllo caſu poſſit. Non eſt igitur verum
5 † quod tam generaliter noſtri poſt Bartolum pro vero conſtituunt, Impunè præteriri poſſe omnes eos qui ab inteſtato ſuccedere non poſſunt. Nam ſi verum id eſſet, vtique poſſet omnium maximè præteriri impunè filius Aquilianus, quem certum eſt nullo penitus caſu ab inteſtato ſuccedere poſſe, at neque vt diximus, ex teſtamento: ſiquidem ſi patri ſuperſtes eſſet, iam Aquilianus filius dici non poſſet. Quanto minùs ergo præteriri poſſunt ij qui aliquo caſu ſuccedere ab inteſtato poſ-
7 ſunt? Atqui in hoc numero filia eſt, de qua diſputamus: poteſt enim ab inteſtato ſuccedere: non ſolùm ſi maſculi, qui tempore teſtamenti ſunt ſuperſtites, ante patrem moriantur, vt iam diximus, & apud omnes in confeſſo eſt, ſed etiam ſi fortè iidem maſculi patri ſuperſtites, ei tamen ſuccedere vel nolint ex aliqua cauſſa, vel non poſſint, ſi interpretibus noſtris credere magis velis, quàm iis quæ contra hanc ſententiam in præcedentibus à nobis diſputata ſunt. Cur ergo poterit impunè præteriri? Sed & cùm filia hæc non excludatur per ſtatutum niſi à ſucceſſione inteſtati, non etiam à ſucceſſione teſtati, quid obſecro eſt quòd impediat ne
6 ſit ſua heres in caſu conditi teſtamenti? Ea ſiquidem † excluſio ſtatutaria duplicem conditionem habet, priorem illam, de qua ſæpius iam diximus, ſi maſculus aliquis ſupererit: poſteriorem iſtam, ſi pater inteſtatus morietur. Nec enim id agit ſtatutum, vt patri interdicat teſtamenti factione, aut vt eum liget ne filiam, ſiue cum maſculis poſſit inſtituere, ſiue etiam ſine maſculis, ſi fortè iuſtam habeat maſculorum exheredandorum cauſam. Patre igitur mortuo teſtato deficit vna ex conditionibus excluſionis ſtatutariæ, ac proinde ceſſante ſtatuto remanent omnia in iuris communis diſpoſitione, ſecundùm quam nemo negauerit eſſe hanc filiam ſuam heredem, cùm & in poteſtate ſit, & primum gradum teneat in cauſa ſuccedendi. Et quemadmodum Papinianus in *dicta lege ſcripto*, putat non eſſe abſurdum vt filius in cauſa inteſtati non obſtet nepoti, cui tamen obſtaret in cauſa teſtati, ita nec in propoſito nouum, aut mirum videri debet, maſculos obſtare filiæ in cauſa inteſtati, nec ei tamen obſtare in cauſa teſtati: ſic nimirum facientibus verbis ſtatuti, per quod filia excluditur in caſu inteſtati tantùm, non etiam in caſu teſtati. Alioqui ſi ad adiuuandum liberis ius ſuitatis ſufficeret excludi eos à ſucceſſione inteſtati, ſequeretur quòd impunè ſemper & quilibet ſuus heres in teſtamento patris præteriri poſſet. Quid enim aptius eſt ad excludendum ab inteſtati ſucceſſione legitimum ſucceſſorem, quàm vt teſtamentum fiat? Inteſtatus namque is propriè decedit qui teſtamentum non fecit *l. 1. in princip. D. de ſuis & legit.* Neque verò ſi quæramus
7 cur ſuus † heres omnimodo inſtituendus ſit vel exheredandus, ratio illa afferri debet quòd eſſet ille ab inteſtato ſucceſſurus, ſed quia etiam viuo adhuc patre, atque ita eo iam tempore, quo tamen nondum ſuccedi ab inteſtato poteſt, bonorum paternorum quodammodo dominus eſſe intelligitur, vt loquitur Paulus in l. *in ſuis* 11. *D. de lib. & poſthum.* non expectato, nec inſpecto eo an teſtatus an inteſtatus pater moriturus ſit. Vnde etiam eſt quod facto quoque teſtamento, ſi filius in eo inſtitutus ſit, perinde ſtatim & ipſo iure ſit heres ex teſtamento, & quidem tanquam ſuus & neceſſarius, atque heres eſſet ab inteſtato, ſi teſtamentum nullum factum eſſet, *l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Imò, ſi quæramus cui † ab 8
inteſtato ſuus heres omnimodo ſuccedat, non illud reſponderi poterit, quòd à lege primus vocatus ſit ad hereditatem (nam vt alibi monuimus, nunquam lex vocauit ſuos, nec eorum mentionem vllam fecit, niſi ponendo eos in conditione, cùm vocauit proximum agnatum ſub illa conditione, ſi ſuus heres nemo eſſet. Neque verò potuit lex eos vocare ad hereditatem, quæ quantum ad ipſos attinet, nulla eſſe intelligitur, *d. l. in ſuis*) ſed à contrario reſpondendum erit, quia nec pater ipſe teſtando potuiſſet ſine cauſa auferre ſuo heredi dominium, quod ille in bonis viui patris habuiſſet, *l. vltim. D. de bon. damnat.* niſi eo iure quo potuiſſet etiam eum occidere, vt ſcriptum eſt in *dicta l. in ſuis*. Itaque tantum abeſt vt ius † ſui heredis, cùm teſta- 9
mentum factum eſt, ſit æſtimandum ex ſucceſſione inteſtati: vt contrà æſtimandum ſit ius ſui heredis in ſucceſſione inteſtati ex eo iure quod habet ſuus heres aduerſus patrem ipſum teſtantem. Eſt enim optima conſecutio, vt qui patris teſtamentum impugnare, aut nullum dicere poteſt, aut etiam per inofficioſi querelam rumpere, multo magis poſſit ſuccedere ab inteſtato: At non ſimiliter è conuerſo, vt qui ab inteſtato ſuccedere poteſt, omnino inſtituendus ſit, vel exheredandus, aut, vt poſſit habere querelam, ſi fuerit ſine cauſa exheredatus: ne aliter dicendum ſit, eadem fore iura legitimi cuiuſlibet ſucceſſoris, facto teſtamento, quæ ſunt ſui heredis. Cauſa enim teſtati præcedit cauſam inteſtati, ſicut dignitate, ita & tempore: ideóque valet argumentum † à cauſa teſtati ad cauſam 10
inteſtati, tanquam à maiori ad minus adfirmatiuè, vt quiſquis poteſt impugnare teſtamentum, multò magis poſſit ab inteſtato ſuccedere, non retrò à cauſa inteſtati ad cauſam teſtati, vt quiſquis ab inteſtato poteſt ſuccedere, poſſit etiam teſtamentum impugnare, vt cernere eſt in liberis naturalibus & illegitimis, itémque in adoptiuis qui licèt ab inteſtato poſſint ſuccedere iuxta eum modum, quem Iuſtiniani conſtitutiones præſcripſerunt, attamen contra teſtamentum venire nunquam poſſunt *l. vlt. C. de natur. liber. l. penult. C. de adopt.* Dices fortaſſe, valere argumentum † à minore 11
ad maius negatiuè, vt qui non poteſt quod eſt minus, multò minus poſſit quod eſt plus, hinc ergo conſequens eſſe vt qui non poteſt ab inteſtato ſuccedere, poſſit multò minùs dicere nullum teſtamentum, aut alio iure ipſum impugnare. Reſpondeo, fore bonam ratiocinationem ſi in vtraque propoſitione iidem termini reperirentur, puta ſi quis ſic diceret: Non poteſt filia per ſtatutum excluſa ſuccedere ab inteſtato: Ergo multò minùs poterit ex autoritate ſtatuti teſtamentum impugnare: Aut etiam hoc modo, Filia non poteſt ſuccedere ab inteſtato iure communi: Ergo multò minùs poterit ſuccedere contra expreſſam patris voluntatem. Sed in hoc caſu noſtro longè aliter fit argumentatio contra filiam, & peſſimè in hunc modum: Filia non poteſt ab inteſtato ſuccedere ex ſtatuto: Ergo neque poterit ſuccedere contra teſtamentum ex iure communi: ſunt enim ſeparata iura ſtatuti & iuris communis ſicut & ſucceſſionum teſtati atque inteſtati: Cumque par, & æquale ius habeat ſuus heres, ſiue teſtatus ſiue inteſtatus pater deceſſerit: Non poteſt eſſe bona conſecutio, vt ſtatutum quod ſuo heredi ademit ius ſuitatis, quod habiturus erat ab inteſtato, videatur etiam ei ademiſſe ius quod habet in caſu teſtati: Imò ſic in contrarium pro filia argumentari debemus: Statutum abſtulit ei ius ſuitatis ab inteſtato: Ergo ſaluum eidem remanet ius ſuitatis ex iure communi, quoties teſtamentum factum fuit. Cur enim ſtatutum quod de ſucceſſione inteſtati diſtrictè loquitur, volumus extendere ad cauſam ſucceſſionis teſtati? An non prorſus † 12
odioſæ ſunt huiuſmodi excluſiones, & quia liberos grauant, & quia commune ius lædunt? Quis ergo

ferat

ferat vt adiuuentur & extendantur per interpretationem ? *l. cùm quidem* 19. *D. de liber. & post.* Præterea
13 vt hoc melius intelligatur, finge filiumfamilias † militem testamentum fecisse de castrensi peculio, in eóque testamento præteriisse filium quem iam tum habebat in eiusdem patris potestate: Valebit quidem testamentum non obstante filij præteritione, quia non potest videri præteritus suus heres, cùm suum heredem habere non potuerit testator eo tempore quo erat ipse in potestate: sed tamen si postea mortuo militis patre miles ipse fiat paterfamilias, & filium in potestate habere incipiat, testamentum proculdubio rumpitur, idque non tam quasi agnatione sui heredis, cùm nullo circa filium nouo facto, sed ordine quodam naturali pater nactus sit potestatem, quàm qui filius ille præteritus fuit: qui si vel institutus fuisset, vel exheredatus, non rumperet quomodo rumperet nepos Velleanus, ideſt, qui viuo auo in patris locum succedit, si lex Vellea non esset, vt subtiliter disputat Tryphonius in *l. filius* 28. §. 1. *D. de liber. & posthum. instit.* §. *pen. l. Gallus* 29. *sed & l. si filius fa.* 33. *D. de testam. milit.* Et tamen in illa specie verum est, filium hunc præteritum potuisse succedere patri suo ab intestato tempore testamenti: cùm, si eo tempore pater decessisset intestatus, neque hereditatem, neque heredem vllum habuisset, bonaque ipsius castrensia, non ad filium, quem non habebat in potestate: sed ad patrem, in cuius ipse potestate erat, pertinuissent, *l* 2. *D. de castrens. pecul.* Cùm ergo quæritur de iuribus testamenti in quo præteritus est filius aut filia, non illud inspici debet, vtrum persona præterita potuerit ab intestato succedere, si testator tempore testamenti intestatus decessisset, at illud vnum potius, an eo testamenti tempore fuerit, aut posteà cœperit esse in potestate. Quòd si filius qui testamenti tempore in patris militis potestate non fuit, rumpit patris testamentum quandocunque in patris potestatem venit, quanto magis in hoc casu testamentum erit nullum ob præteritionem filiæ quæ iam ipso testamenti tempore sit in po-
14 testate? Illud enim vtrique casui † commune est, quòd neque filius ille, neque filia hæc succedere ab intestato potest, si testamenti tempus præcise inspicias. Potest tamen vterque aliquo casu succedere, si tempus illud inspiciatur quo succedi potest, id est, tempus. Nam sicut morientis militis patre ante militem, filius militis incipit capax esse succedendi patri suo intestato: Ita & filia, de qua agimus, nil obstante exclusione statutaria potest succedere patri suo si masculi præmoriantur. Sed hoc plus habet filia exclusa per statutum, quàm filius filiusfamilias militis, quod in testatoris potestate est iam ipso tempore condiri testamenti, ille autem non est in potestate patris sui, sed aui. Melior ratio est quæ impugnat testamentum in quo hæc filia præterita fuit, quàm quæ testamentum rumpit in quo filius ille præteritus. Ius enim potestatis illud est, quod patri necessitatem adfert instituendorum
15 liberorum aut exheredandorum, quia & ex eo † potestatis iure proficiscitur ius sui heredis, si modò is, qui in potestate est, primum gradum teneat in causa succedendi, *d. l. scripto* 7. *vnde libr.* Est ergo in proposito casu filia sua heres, quia non solùm in potestate est, sed etiam in primo gradu. Nec eam frater masculus antecedit in gradu, sed tantùm in ordine succedendi: in ordine, inquam, per statutum inducto non qui sit ex iure ciuili. Non enim distinguit ius ciuile ordinem à gradu, cùm succedendi ordinem constituat ex solo graduum ordine. Portò ius sui heredis ex iure ciuili est & ex lege 12. tabul. non ex sta-
16 tuto. Non potest igitur † ordo statutarius secundùm quem non vocantur fœminæ nisi post masculos, tollere ius suitatis, æstimandum ex ordine & gradibus iuris ciuilis. Præsertim verò cùm neque ordo ille iuris ciuilis per statutum interuersus sit absolutè & in totum, sed limitate quatenùs ad successionem intestati, manente consequenter incorrecto iure ciuili, & communi in cæteris omnibus, id est quantum ad successionem testati, de qua nihil statuto cautum est. Sed iubet agere subtilius. Dico filiam hanc esse suam † 17
heredem patri, non tantùm inspecto tempore testamenti, sed etiam inspecto tempore mortis, id est, eo instanti, non quo pater iam sit mortuus, sed quo moriatur. Nam cùm nihil sit quod ei obici queat, quominus sit sua heres, nisi quòd per statutum à successione intestati excluditur, planè consequens esset manere illam suam heredem quamdiu exclusa non est à successione intestati, cui portò certum est locum nullum esse posse facto testamento, vt iam diximus. † Sed 18
hoc etiam concesso, quod nunquam euinci posset, vt statutum loquens de solo casu intestati trahatur ad casum etiam testati, concedendo non eo minùs fore hanc filiam suam heredem inspecto tempore mortis, qui non magis de testamentaria, quàm de legitima successione tractari potest viuo eo de cuius successione agitur, vt proinde exclusio illa statutaria, siue legitima sit, siue testamentaria, non prius possit incipere quàm mortuus sit pater. Atqui instans quo moritur pater, præcedit instans quo iam sit mortuus, quia computatur vitæ non morti, *leg. virum. D. de condic. instit. l. qui duos* 18. *D. de manum. testamen.* Verum igitur est dicere eo instanti, quo pater moritur, nondum esse filiam exclusam à successione siue testati siue intestati, & consequenter adhuc suam heredem esse, cum sola exclusio statutaria illa sit, quæ ius sui heredis potest ei adimere. Atqui testamenti confirmatio fit per legem non eo instanti, quo testator mortuus est, sed eo ipso quo moritur, quia exinde certum esse incipit suprematn esse illam vim adhuc hominis voluntatem, & quæ mutari amplius nunquam potest: quæ si non confirmaretur eo instanti, quo testator adhuc aliquis est, sera esset confirmatio quæ fieret posteaquam is iam mortuus esset, id est nullus. Rursus non potest confirmari per legem testamentum illud, in quo suus heres præteritus fuit, quia nullum, & iniustum est, & nullius momenti. Cùm itaque eo instanti quo pater moritur filia sit adhuc sua heres, & nihilominus præterita reperiatur, fatendum necessariò est eius testamenti confirmationem nullam fieri tunc posse, & consequenter exclusionem statutariam, quæ non nisi post mortem superuenit, nullum effectum habere, ad inducendam testamenti validitatem, quod & ab initio, & mortis tempore nullum fuerit, neutróque tempore confirmari potuerit: exemplo eius quod de bonorum possessione decretali scribit Vlp. in *l.* 1. §. *decretalis. D. de succes. edict.* non posse illam repudiari, quia, inquit, priusquàm fuerit decreta nondum delata est, Rursum posteaquam decreta est, sera repudiatio est, quoniam id quod acquisitum est, repudiari non potest. Nec valdè dissimile quod scriptum est *l. si ego* 9. §. *si res. ff. de iur. dot.* Sic igitur & in proposito dicendum est † exclusionem filiæ statutariam non 19
posse tollere vitiũ præteritionis filiæ, quia antequàm pater sit mortuus, nulla exclusio est quæ facere possit ne testator malè & contra iuris regulas testatus videatur, patre autem iam mortuo, cum exclusio vires habere incipit, sera testamenti confirmatio est, quod neque testamenti, neque mortis tempore valuit, & quod post mortem confirmari nunquam potest. Nec pro interpretibus quicquam facit *l.* 1. §. *penult. D. de bonor. possess. contr. tabul* quo † vno loco mouentur omnes, 20
vt dicant posse impunè præteriri eum, qui non possit succedere ab intestato. Ibi enim agitur de filio deportato, cúmque Vlpianus ait verius esse non nocere nepoti deportatos enim mortuorum loco habendos. Sed quid simile aut commune habet deportatus, qui neque

in

in patris potestate, neque ciuis est, cum filia per statutum duntaxat exclusa? nec nisi à successione intestati, & quam nos diximus & probauimus nil obstante exclusione statutaria, suam heredem esse, non solùm si testamenti, sed etiam si mortis tempus inspiciatur? Est enim filia hæc & ciuis, & in potestate patris vtroque tempore, primúmque gradum tenet etiam in causa succedendi, saltem ex testamento. Denique potest aliquo casu succedere etiam ab intestato, nempe si masculi omnes præmoriantur: itémque si interpretibus credimus, eo casu quo masculus superstes, heres patri esse vel nolit vel non possit: quorum omnium nihil est quod de deportato dici possit. Is enim nullo
21 † penitus casu potest succedere, nisi in integrum restitutus sit viuo patre: qui casus magis incertus & fortuitus est, quàm vt sperari possit, *l. Gallus* 29. §. *& quid si tantum. D. de liber. & post.* extra casum *l. intercidit* 59. *D. de condict. & demonstrat.* de quo alibi scripsimus. Vnus tantùm scrupulus superesse potest aduersus ea quæ toto hoc capite disputauimus. Nam cùm nihil
22 prosit dicere, † testamentum in quo hæc filia præterita est, nullius esse momenti, nisi ad hoc vt sit patet intestatus, ab intestato non possit ipsa succedere, quid potest, obsecro, interesse an faciat testamentum nullum, necne? Sed facilis responsio est, etiamsi nihil interesset filiæ, non esse tamen otiosam quæstionem, cùm possit masculorum interesse, siue ponas eos fuisse exheredatos instituto herede extraneo, siue cum extraneo institutos, quorum proinde interfit succedere ab intestato potius, quàm ex testamento ne extraneus ille faciat iis partem, aut si soli quidem masculi sint instituti, sed inæqualibus portionibus, quæ ab intestato æquales forent. Certum enim est etiam institutos liberos posse petere bonorum possessionem contra tabulas ex persona fratris præteriti, vel sororis edictum committentis, *l. is qui* 15. *& seq. D. de leg. præst.* Cuius possessionis vtilitas non parua etiam in eo est, quòd exonerat successorem ne cogatur præstare legata, nisi quæ exceptis personis relicta sunt, *l.* 1. *& tot. ill. eod. titul.* sed addo, quod magis est, ipsius etiam filiæ præteritæ valdè interesse, vt testamentum hoc nullius momenti esse fateamur, nec solùm illis casibus in quibus possit ipsa succedere ab intestato, siue quòd prædefuncti sint masculi viuo adhuc patre, siue quòd heredes esse vel nolint, vel non possint: sed etiam eo casu quo certum sit non posse illam succedere ab intestato propter statutariam exclusionem: Nimirum si velit
23 succedere † per bonorum possessionem contra tabulas, quod iuris prætorij auxilium competit omnibus liberis præteritis etiam qui non fuerunt in patris potestate, neque testamenti neque mortis tempore, multo magis eis qui vtroque tempore fuerunt: Neque enim dici potest beneficium hoc iuris prætorij tolli per statutum, de quo tractamus. Supponimus enim quòd statutum non excludit filiam nisi ab intestato, saltem non etiam ex testamento. At cùm filia petit bonorum possessionem contra tabulas, succedit ex testamento, §. *sunt autem. Inst. de bon. possess.* & quidem ita vt prior & potior sit ipsius causa quàm heredum institutorum, quibus nunquam dat prætor bonorum possessionem secundùm tabulas, nec quæ sit sine re, quandiu peti contra tabulas potest, *l.* 2. *D. de bon. poss. sec. tab.* Quemadmodum ergo cùm testamentum factum est in fauorem siue masculorum, siue extrancorum nulla vis est statuti loquentis tantùm de successione intestati, quia causa testati facit cessare causam intestati: ita & multo magis fatendum est non posse per statutariam exclusionem impediri filiam, ne petat bonorum possessionem contra tabulas, quæ præcedit ipsam causam testamenti. Scio liberos, qui non admittuntur ad bonorum possessionem contra tabulas, non facere partem cæteris qui admittuntur *l. si post mortem.* 10. §. *liberi. D. de contr. tab.* sed non similiter possis dicere illos, qui non faciunt partem ab intestato, non posse admitti ad contra tabulas. Quidni enim admittantur vt succedant ab intestato ex testamento, præsertim cùm & testamenti, & mortis tempore fuerunt sui heredes? Nam nec filius emancipatus præteritus potest ab intestato succedere per Vnde liberi, obstante scilicet ei testamento, nec eo minùs tamen potest succedere per contra tabulas, quæ ob eam causam ipsi necessaria est, *l.* 2. *D. vnde liberi.* Æquè igitur vt necessaria, ita & vtilis erat filiæ bonorum possessio contra tabulas, quia cùm filia quæ per statutum excluderetur à successione intestati, præterita est in testamento patris, non obstat ei statutum, quod ipsum per testamentum excluditur, sed testamentum solùm. Atqui contra testamentum haberet paratum auxilium in bonorum possessione contra tabulas, si nullum esset statutum, ergo habebit etiam non obstante statuto. Præposterum enim esset & absurdum, vt remedia quæ contra testamentum competunt, excluderentur propter statutum, cui nullus omnino locus sit facto testamento. Et hic casus valdè notandus, † & fortè 24
singularis atque vnicus est, in quo bonorum possessio contra tabulas necessaria sit suis heredibus præteritis. Nam extra hunc casum vtilis quidem esse potest, sed necessaria esse non potest, cùm sui heredes præteriti sicut faciunt testamentum ipso iure nullum, ita & suo iure ab intestato succedere possint sine beneficio prætoris, si modò ius suum exequi velint *d. l. is qui.* Sed cùm in iis quæ contra rationem iuris constituta sunt non possimus sequi regulam iuris *l. in his* 15. *D. de ll.* mirum non est singulare aliquid esse in hoc casu, propter statutum, quod cùm non faciat, vt filia hæc sua heres non sit, facit tamen vt non magis ab intestato succedere possit, quàm vt sua heres nec testamenti nec mortis patris tempore fuisset. Nec replicari potest non esse verosimile vt statutum voluerit admitti posse filiam contra testamentum, quam voluit exclusam à successione intestati. Nam cùm statutum † tam odiosum, & vt loquuntur, 25
exorbitans à iure communi non loquatur nisi de successione intestati, nulla ratio est cur protrahatur ad casum facti testamenti, præsertim cùm quæ fuit statuentibus necessitas prouidendi in casum intestati, vt bona in familia remanerent, aut vt melior esset causa masculorum quàm fœminarum, eadem nulla fuerit eo casu, quo pater testaretur, in cuius arbitrio & potestate fuit & solennia legum seruare, & iis seruatis filiam suam, si vellet, à sua successione excludere per exheredationem, aut ea instituta in aliqua vel minima hereditatis parte, vt si relicto contenta esse noluisset, nihil tamen nisi legitimæ supplementum petere posset. Quod nec statuta solent denegare filiabus, quas ab intestati successione excludunt, cùm exigant hoc saltem, vt filia sit dotata: dotem autem vix aliter congruam habeant, quàm si respondeat ei quantitati, quæ pro legitima deberetur: quanquam nec omnino id necesse est. Atque ita omnimodo sentiendum puto contra Baldum ad *l. maximum vitium.* 4. *num.* 16. *& seq. C. de lib. præt.* vbi licet multis rationibus diuersam probare nitatur sententiam, nihil tamen adfert, quod non satis ex superioribus refellatur. Nec vnquam mihi persuadebit Baldus statutum, quod non disponit nisi ab intestato, habere locum etiam ex testamento, Quod nec potuit probare *Ab. cons.* 13. *& cons.* 76. quem refert & probat Andr. Barbat. in Apostill. ad Baldum loco supradicto, cùm verbis statuti, præsertim quòd se habeat derogatiuè ad ius commune, nihil addere vel detrahere debeamus: vt tractat, pluribúsque probat idem Baldus ad *d. l.* 4. *num.* 15. *C. de liberis præteritis.*

ERROR IV.

De alia Bartoli distinctione, An filia per statutum prohibeatur succedere, an verò venire contra testamentum quandiu masculi supererunt.

SVMMARIA.

1 *Bartoli distinctiones in tractatu de exclusione filiæ per statutum fauore masculorum.*
2 *Bartoli suppositiones falsæ.*
3 *Vulgatum illud, ex eo testamento quod rumpi quandoque potest, nemo potest heres existere, quatenus verum.*
4 *Quinam ipso iure rumpant testamentum.*
5 *Quatenus quis rumpat testamentum per inofficiosi querelam.*
6 *Comparatio inter filiam per statutum à successione intestati exclusam, & eum qui agit de inofficioso comprobatur.*
7 *Sui heredis ius & nomen cui conueniat.*
8 *Suum heredem testator etiam si miles non facit, sed ipsa lex.*
9 *Preteritio militis quatenus differat à preteritione matris.*
10 *In suis heredibus non est successio.*
11 *In agnatis cognatisue qua sit ex iure pretorio & Iustinianeo successio.*
12 *Si filia sit sua heres, eius preteritio facit testamentum nullum.*
13 *Si filia exclusa per statutum non sit sua heres patri filio viuente, non poterit fieri sua heres ex post facto.*
14 *Si filia non sit sua heres patri, non poterit eius rumpere testamentum post mortem filij, neque ipso iure, num. 15. neque per inofficiosi querelam, num. 16.*
17 *De inofficioso qui possint conqueri.*
18 *Legitima quid, & in quibus bonis debeatur.*

1 SVbdistinctio † hæc est Bartoli ad *d. l. vlt. §. quando in pendenti D. ad SC. Tertyll.* Nam posteaquàm distinxit, An statutum excludat filiam à successione intestati fauore masculorum per ablatiuos absolutos in hunc modum, *extantibus masculis filia fœmina non succedat*, An verò per verba illa suspensiua, *quandiu*, & *quoadusque masculi supererunt*, vt priore casu acquisita semel masculo hereditate, patris filia sit & maneat in perpetuum exclusa ne admitti ad successionem intestati vnquam possit, ne quidem post masculorum omnium extinctionem, posteriore verò casu non sit exclusa nisi quandiu masculi viuunt, post eos verò extinctos possit succedere suo iure quasi finita exclusione, quæ non fuerat nisi temporalis. Infert ille ex ea distinctione, Si pater testamento præterierit filiam quæ non nisi ad tempus exclusa sit per statutum, quandiu scilicet masculi supererunt, interim quidem, id est, quandiu masculus viuit, non posse filiam dicere nullum testamentum, aut ipsum rumpere, quia nec posset succedere: sed tamen esse testamentum in pendenti cùm in ea causa sit vt rumpi aliquando possit per hanc filiam præteritam, eo nimirum casu quo contingat eam succedere post masculos omnes defunctos. Ex quo rursus infert: Filium igitur, quem ponit eo testamento instituturum non posse interim heredem esse, quia ex eo testamento quod in pendenti est, & aliquo casu rumpi potest, hereditas interim deferri nequit. Ac quoniam videt huic sententiæ statim fore qui obiiciat, nimis durum esse vt filius masculus heres institutus impediatur ne possit heres esse quandiu viuit, esseque multo expeditius vt dicamus, esse quidem illum heredem, & quidem ex testamento, quandiu viuit, sed tamen rumpi testamentum post ipsius mortem, aut vt loquitur, masculo decedente, *arg. l. miles ita 41. D. de test. mil.* Respondet subdistinguendum esse. An statutum aliquid disponat circa testamentum, an verò tantùm circa personam ipsam filiæ. Nam si tantùm circa *personam filiæ disponat*, puta quòd non succedat extantibus masculis (voluit scribere *quandiu masculi supererunt*, ne aliquid secum ipse pugnet) tunc quia possibile est quod aliquo casu filia reperiat se præteritam, & possit succedere, ideo testamentum interim est in pendenti, sicut dictum est de posthumo & de filio capto ab hostibus, *l. pen. D. de liber. & posthum.* Sed si statutum disponeret circa testamentum, vt si diceret quòd filia nupta non possit rumpere testamentum quousque superuixerit masculus, tunc testamentum interim valeret, sed masculo decedente rumperetur, *arg. d. l. miles ita. D. de test. mil.* Quæ tota Bartoli traditio, licèt vulgo laudata & approbata, mirum est quàm multis & quàm grauibus scateat erroribus, præter eos qui iam à nobis demonstrati sunt in superioribus. Præsupponit † enim 2
hereditatem per statutum dari posse & ex tempore & ad tempus, quod nos falsum esse ostendimus. Præsupponit etiam testamentum, in quo præterita sit filia quæ per statutum à successione intestati exclusa est, nihilominus valere ipso iure, quod æquè falsum est, & à nobis proximo capite refutatum, vt & distinctio illa, An statutum filiam excluserit per ablatiuos absolutos, an per verba illa suspensiua, & limitatum tempus significantia. Omni enim casu sicut verum est filiam hanc esse suam heredem quandiu pater viuit, perinde acsi statutum nullum esset, cùm toto eo tempore exclusio statutaria nullius sit effectus: ita & verum est vbi semel exclusa est filia, quod contingit impleta istius statutariæ exclusionis conditione per masculorum existentiam, manere illam perpetuò exclusam. Quo admisso illud etiam consequens sit, vt ab intestato succedere nunquam possit: testamentum verò rumpere, & contra patris sui voluntatem succedere multò minùs. Sed etsi verum esset vtrumque quod vult Bartolus, Et valere ipso iure testamentum in quo præterita est filia quæ per statutum ab intestati tantùm successione excluditur: Et posse rumpi per filiam contingente casu quo possit illa succedere post masculos extinctos: non ideò tamen verum esset quod ille vult, manere interim testamentum in suspenso, neque posse ex eo masculis licèt institutis acquiri hereditatem. Nam quod vulgo dici solet, Ex eo testamento † quod rumpi quandoque 3
potest, neminem posse ne quidem sum heredem existere, *l. ventre 84. iuncta l. cùm quidam 20. §. quod dicitur. D. de acquir. hered.* tum demum verè dicitur, cùm fieri potest vt testamentum rumpatur ipso iure, quod contingit vel agnatione posthumi, vel reuerso ab hostibus filio qui testamenti & mortis tempore fuerat captiuus, vt in *d. l. ventre, l penult. D. de liber. & posthum. iuncta l. filius à patre 28. §. 2. eod.* Cæterùm si testamentum possit quidem aliquo casu rumpi, sed non ipso iure: at per officium iudicis quomodo contingit si subiaceat querelæ inofficiosi testamenti, non potest metus ille impedire vim & effectum testamenti, ne ex eo possit acquiri hereditas etiam extraneis, multo magis suis heredibus, vt superioribus capitibus disputauimus. Atqui etiamsi filia hæc, de qua agimus, testamentum patris rumpere posset, vt vult Bart. non tamen rumperet ipso iure, sed ita demum si vellet succedere, vt ex eo apparet, quòd si filia succedere ex aliqua

cauſa vel nollet, vel non poſſet, vtique non rumperet.
4 Illi † enim demum rumpunt ipſo iure, qui & rumpendo ſuccedunt; & ſuccedendo rumpunt, adeóque qui & ſuccedunt, & rumpunt non ſolùm inuiti, ſed etiam ignorantes: addamus, Et quorum factum aliquod in rumpendo intercedit. Hæc enim omnia concurrunt tam in ſuo poſthumo præterito, quàm in filio captiuo ab hoſtibus reuerſo. Interuenit factum poſthumi in eo quod naſcitur, filij verò ab hoſtibus redeuntis in hoc ipſo, quòd redit. Iuris verò effectus in vtroque ille eſt, vt tam hic quàm ille rumpat teſtamentum ipſo iure, & rumpendo ſuccedat etiam ipſo iure & ignorans, & inuitus. Ideò enim vterque rumpit quod primo illo inſtanti, quo extare incipit, & ſuus, & neceſſarius heres reperitur, non rupturus proculdubio ſi ſuus & neceſſarius non eſſet: omnia verò contrà ſe habent in perſona illius qui rumpit teſtamentum per querelam in-
5 officioſi teſtamenti. Hic enim non rumpit † quaſi ſuus & neceſſarius, ſed tanquam filius, aut tanquam parens, aut tanquam frater, iis videlicet caſibus, quibus omnes iſti ad querelam admittuntur. Alioqui non alij eſſent admittendi ad querelam, quàm qui eſſent ſui heredes & neceſſarij: cùm tamen competat illa & liberis emancipatis, & parentibus, adeóque fratribus inſtituta turpi perſona: quorum omnium nemo eſt qui ſuus heres dici poſſit. Indéque eſt quod nec prudentibus noſtris dicitur rumpi teſtamentum per querelam inofficioſi, ſed infirmari tantùm & reſcindi, nempe per ſententiam, non ipſo iure: nec rurſus per eum qui conqueritur de inofficioſo, ſed per centumuiros qui de querela ſoli cognoſcunt & pronuntiant. Is enim qui præteritus fuit, vel exheredatus, nihil aliud facit, nec facere poteſt, niſi vt conqueratur. Ideóque nec ſi obtinuerit, hoc ipſo tamen heres eſt quaſi adita iam hereditate per propoſitam querelam, ſed tantùm hoc ius nanciſcitur, vt poſſit facto iam patre familias inteſtato eam hereditatem ſibi acquirere ſi velit. Quod ſi nolit, aut non poſſit, proficiet ipſius victoria cæteris qui heredes eſſe & volent, & poterunt, *l. poſthumus 6. §. ſi quis ex his. D. inoff. teſtam.* Videamus ergo cui potiùs com-
6 paranda ſit filia † per ſtatutum à ſucceſſione inteſtati excluſa, An poſthumo, aut filio redeunti poſtliminio ab hoſtibus, vt volunt interpretes, an potiùs agenti de inofficioſo. Nam ſi illis comparandus ſit, verum erit quod vult Bartolus, teſtamentum interim eſſe in pendenti, neque ex eo acquiri hereditatem poſſe. Sin iſti potiùs qui agit de inofficioſo, nihil obſtabit quominus teſtamentum interim valeat abſolutè, & ex eo hereditas acquiratur. Puto autem longè aptiorem eſſe poſteriorem quàm priorem comparationem, ſi cum Bartolo ipſo ſupponas, etiam facto teſtamento excludi hanc filiam à ſucceſſione, vt neque teſtamentum impugnare poſſit quandiu ſuperſunt maſculi. Iam enim eò deuenimus, vt contra Bartolum non meliùs quàm ex ipſis Bartoli traditionibus diſputare poſſimus. Ratio qua moueor illa eſt, quòd ſecundùm eam Bartoli ſententiam non poteſt filia hæc ſua heres eſſe eo tempore quo vult Bart. per eam rumpi teſtamentum, id eſt, poſt maſculos extinctos, quibus viuis delata & acquiſita fuerit patris hereditas, quia licèt in poteſtate vtroque tempore & teſtamenti & mortis, adeóque primum gradum tenuerit etiam in cauſa ſuccedendi, ſecundùm ea quæ contra Bartolum proximo capite diſputauimus. Verum tamen eſt eo tempore quo vult ipſa ſuccedere maſculos iam fuiſſe heredes, & ita priorem eorum quàm filiæ cauſam fuiſſe in ſuccedendo, licèt fuerint omnes in eodem gradu, id eſt in primo. Certum enim
7 eſt ſui heredis † neque ius, neque nomen poſſe ei conuenire, quem alius in ſuccedendo anteuertit, idque vnum maximè ſpectandum eſſe, quoties de suo herede diſputatur, *l. ſcripto 7. D. vnde liber.* Non igitur poteſt dici ſua heres & neceſſaria poſt mortem maſculorum qui iam heredes extiterunt. Quid enim neceſſe eſt heredem ei eſſe, qui iam alium heredem habeat? Fateor poſſe militem, ſi teſtetur, facere ſibi heredem Titium quandiu viuet, poſt mortem verò Titij Sempronium, *d. l. miles ita.* Sed nego eſſe in poteſtate militis habentis duos filios, vtrumque in poteſtate vt vnum ex ipſis faciat ſibi ſolum heredem ſuum, & neceſſarium ad tempus, alium verò æquè ſuum & neceſſarium ex tempore, quia implicat contradictionem, vt quis ſuus & neceſſarius heres ſit alio iam priùs ſuo & neceſſario herede exiſtente, cùm ſuus eſſe non poſſit is in quo nulla continuatio eſt dominij iam per alium interrupti, *l. in ſuis 11. D. de liber. & poſthum.* Suum enim heredem † & neceſſarium neque teſtator 8
facit, neque aliud quicquam præter legem: lex autem nunquam facit ad tempus, ſed vt in perpetuum talis ſit qui ſemel fuit, *leg. ei qui ſoluendo 88. D. de hered. inſt.* adeo vt nec patiatur dici, Eſſe ſine herede illum qui ſuum heredem habet, quamuis ſe abſtinentem, *leg. cùm quaſi 30. §. ſed etſi ſuus. D. de fideic. liber.* Poteſt miles facere heredem, ſed non ſuum heredem. Quamuis ergo heredi quem ad certum tempus ſcripſit, auferre hereditatem poſſit, ſuo tamen heredi, quem non fecit, auferre illam non poteſt, niſi per exheredationem vel expreſſam, vel tacitam, qualis illa eſt quæ inducitur per præteritionem, *leg. ſicut cert. 9. Cod. de teſtam. milit.* Atqui ſi miles duos habens filios in poteſtate, alterum heredem ſcripſiſſet, *quandiu viuet*, alterum verò ex tempore mortis fratris ſui, neutrum exheredaſſe dici poſſet, neque expreſsè nulla, vt appareat, adſcripta exheredatione, neque tacitè, neutro ſcilicet præterito, ſed vtroque inſtituto. Neceſſe igitur eſſet vtrumque ſuccedere tanquam ſuum & neceſſarium heredem, ſimul & coniunctim ſublato vitio temporis, quod extantibus heredibus ab eo ſcriptis non tolleretur. Alioqui, ſi quis militum teſtantium fauor in eo eſſet, quòd ſuos heredes ex teſtamento nullos haberent, niſi quos, & quomodo vellent, nil erat neceſſe ita ius conſtituere vt militis præteritio pro exheredatione haberetur: cùm poterat ſufficere vt filius etiam ſuus heres à milite præteritus pro præterito relinqueretur. At viſum eſt, habendum eum pro exheredato, & quidem pro nominatim exheredato, ne teſtamentum eſſet nullum ſuo herede neque inſtituto neque exheredato, quomodo nullum eſt ſi præteritus ſit filius in poteſtate, quem pater miles ignorabat *d. l. ſicut*, niſi ſi eo animo ferat miles, vt quiſquis ſibi filius eſſet, eum exheredem eſſe vellet, *l. qui iure 7. D. eod.* vt intelligamus militis præteritionem hoc † caſu ha- 9
beri pro exheredatione longè alio ſenſu, quàm cùm dicimus præteritum à matre filium haberi pro exheredato. Non enim teſtamentum matris eſſet nullum, etiamſi filius præteritus pro exheredato haberetur, quia non habet fœmina ſuos heredes, *l. nulla fœmina 13. ff. de ſuis & legit.* Sed teſtamentum militis nullum eſſet habentis ſuum heredem, ſi ſuus ille heres præteritus non haberetur pro exheredato *d. l. ſicut.* Sed & cùm in
ſuis non ſit † ſucceſſio iure ciuili, ſiue ius vetus, ſiue 10
nouum & Iuſtinianeum conſideres, adeóque nec iure prætorio extra caſum *l. 5. §. vltim. ff. vnd. liber.* vt oſtendimus Decade præcedenti ad *l. vlt. C. eod.* quomodo poteſt fieri vt in propoſito caſu filius quidem ſit ſuus heres, & ſolus quandiu viuit, eo verò mortuo filia fiat ſua heres quæ in eum vſque diem fuerat excluſa? An non eſſet hoc inducere ſucceſſionem in ſuis heredibus contra iuris omnis & ciuilis & prætorij, & veteris, & noui rationem? At præterea quàm nouam, & ab ea forma, quam in agnatorum hereditatibus Iuſtinianus, in bonorum verò poſſeſſionibus prætor introduxit, alienam? Siquidem neque prætor † in edicto 11
ſucceſſorio-

ſucceſſorio, neque Iuſtinianus in illa conſtitutione quam ipſe refert in §. *placebat. Inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ.* vllam induxerit ſucceſſionem in agnatis cognatiſque niſi de vno capite edicti in aliud caput, vt cùm liberi excluſi à capite Vnde liberi petunt bonorum poſſeſſionem Vnde legitimi, deinde poſt legitimos & ſuo ordine ex capite Vnde cognati, *l. 2. ff. vnd. legit. l. 1. §. ſed videndum. ff. de ſucceſſ. edict. l. 4. §. 1. ff. quis ordo in bonor. poſſ. ſeruet.* aut de vno gradu in alium gradum: ex eodem capite edicti, vt inter illos qui veniunt ex capite Vnde cognati, *d. §. ſed videndum, & l. vltim. eod. titul. De ſucceſſ. edict.* Sed vt de perſona in perſonam, quæ ſit eiuſdem gradus, fiat ſucceſſio, planè inauditum eſt, quia nec vnquam euenit ſiue ciuili, ſiue prætorio iure, vt non ſimul ſuccedant, & heredes ſint ab inteſtato, aut bonorum poſſeſſores, qui eodem ſunt gradu. Neceſſe igitur eſt, vt filia quæ in primo gradu eſt æquè ac filius, vel ſit ſua heres & neceſſaria eo tempore quo ipſius frater ſuus heres eſt, vel nunquam: Si ſua heres † eſt eodem tempore quo filius: 12
Facit ergo ipſius præteritio teſtamẽtum nullum, quemadmodum & prætheritio filij faceret: ideóque nec poſtea tractandum eſt de teſtamento rupto, vel rumpendo, quia quod ipſo iure nullum eſt, rumpi non poteſt. Quòd ſi non fuit filia † ſua heres quandiu filius vixit, 13
quæ Bartoli & interpretum opinio eſt, nunquam igitur ex poſtfacto ſua fieri poteſt. Nam quemadmodum non putat Bartolus poſſe filiam eſſe ſuam heredem quandiu filius viuit, adeóque nec moriente patre, quia licèt tunc fuerit in poteſtate patris, primúmque gradum tenuerit, hoc tamen ei defuit, quod in cauſa ſuccedendi eam frater præceſſit: Ita & nos dicimus, mortuo filio, etiamſi capax illa eſſet ſucceſſionis, ceſſante iam excluſione ſtatutaria, quam nos, vt Bartolo indulgeamus, ponimus eſſe temporalem, non ideo tamen poſſe illam fieri ſuam heredem, quia vt ſit ſua heres, non ſufficit quòd poſſit ſuccedere niſi ſit etiam in poteſtate primúmque gradum teneat, quantum ad cauſam ſuccedendi quorum neutrum concurrit in hac filia eo tempore quo frater mortuus inuenitur. Quomodo enim poteſt eſſe in poteſtate patris iam defuncti? *l. vltim. D. de collat. bonor.* Atqui fuit, inquies, eo tempore quo pater moriebatur. Ego verò non nego, qui tam fortiter contra Bartolum hoc defendo. Sed cùm Bartolus non patiatur quicquam ei prodeſſe quòd fuerit in patris morientis poteſtate, propter impedimentum extrinſecus ſuperueniens excluſionis ſtatutariæ, dico extincta per mortem patris illa patria poteſtate, quæ ius ſuitatis in perſona huius filiæ inducere non potuerit, alia & noua opus eſſe poteſtate, & conſequenter, Deus bone, quot & quanta abſurda nouo parte, vt rurſum poſſit fieri ſua heres quæ deſierat eſſe eo tempore quo eſſe debuerat! Nec tamen quicquam profeceris etiamſi nouũ huic filiæ & reſuſcitatum patrem dederis, vt facias eam ſuam heredem, niſi facias etiam vt primum gradum teneat in cauſa ſuccedendi, quod tamen facere non poſſis, quia ſemper verum erit dicere, filium toto vitæ ſuæ tempore eam præceſſiſſe: nec tantùm in delatione quod ſufficeret ad faciendum, ne filia eſſet ſua heres *dicta l. ſcripto. l. ſi quis filio 6. in princip. D. de iniuſt. rupt.* ſed quod multo plus eſt in ipſa etiam acquiſitione hereditatis, cùm non dubitet Bart. quin patre inteſtato defuncto ſolus filius hereditatem quandiu ipſe viueret, habiturus eſſet etiam ignorans. Quo igitur iure niſi ſui heredis? Quòd ſi filia non † eſt ſua heres patri qui filium 14
habuit ſuum heredem ſolum quandiu vixit, quo ergo iure poterit rumpere teſtamentum poſt mortem filij? Nam quod Bartolus reſpondet, quia poſſibile eſt, vt aliquo caſu ſuccedat, ſatisfacere non poteſt. Facto enim per patrem teſtamento, prius eſt vt teſtamentum vel inutile dicatur, vel rumpatur, quàm poſſit tractari de admittenda filia ab inteſtato. Præpoſterum igitur eſt vt dicamus eam rumpere teſtamentum, quia tunc ſucceſſura ſit ab inteſtato: Cùm è contrario etiamſi poſt mortem filij, qui ſolus ab inteſtato heres extitiſſet, integrum eſſet ius filiæ vt ipſa quoque ab inteſtato ſuccedere poſſet, quod nunquam admittendum eſt, dicendum eſſet ideò poſſe filiam ſuccedere ab inteſtato, quòd teſtamentum vel nullum feciſſet, vel rupiſſet. Is enim demum rumpit qui non ſolùm inuenit ſe prætheritum, ſed etiam ita vt alium nullum inueniat qui iam ſit heres. In propoſito autem cùm appareat filiam non eſſe ſuam heredem tempore mortis patris, nec quamdiu filius viuit, adeóque nec poſt filij mortem, vt probauimus, quidni fatebimur, filium, quandiu vixit, ſuum heredem fuiſſe patri, & quidem ex teſtamento cùm fuerit inſtitutus? *l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.* An fortè deteriot conditio erit filij ob id quod præter ſtatuti fauorem & autoritatem habeat etiam patris ſui voluntatem? Atqui ab inteſtato non ei obſtaret ſoror quominùs eſſet ipſe ſuus heres patri. Ergo neque obſtabit facto teſtamento, ſi non aliâ ratio eſt rumpendi per filiam teſtamenti, quàm quòd aliquo caſu poſſit ſuccedere ab inteſtato, quia nec poſſet ſuccedere niſi poſt filium eo caſu, quo filius ſuperuixiſſet. Sed permittamus etiam huic filiæ, quantum voles, vt rumpat teſtamentum patris. Nunquam tamen probabis rumpere † ipſo iure, & ſola ſuperexiſtentia. Quid enim ſi nollet illa patri ſuccedere vt in ſpecie *l. filio præterito 17. D. de iniuſt. rupt.* Quid ſi non poſſet, fortè excluſa per pactum de non ſuccedendo initum cum fratre ſuperſtite poſt mortem patris? Eo neque tempore huiuſmodi pactiones de non ſuccedendo etiam iure ciuili, valere certum eſt *l. ſi quando 35. §. illud C. de inoff. teſtam.* Quis diceret his caſibus teſtamentum rumpi per filiam ipſo iure? An fortè ſtatutum quod excludit filiam à ſucceſſione inteſtati quãdiu maſculus viuit, hoc ipſo iubet vt poſt mortem maſculi filia ſit ipſo iure heres patri ſua & neceſſaria, ac proinde etiam inuita, vt egeat beneficio abſtentionis ex edicto prætoris ſi fortè paternam hereditatem velit omittere? An non potius id agit hoc ſtatutum, vt quãdiu maſculi ſuperſunt, nulla prorſus filiæ huius ratio habeatur, non magis quàm ſi in rerum natura non eſſet? Et vt quemadmodum poſt edictum prætoris, quo beneficium abſtentionis inductum fuit, ſui heredes qui iure ciuili ſunt etiam neceſſarij, deſinunt eſſe neceſſarij, manentes tamen ſui: ſic per huiuſmodi ſtatutum filia quæ alioquin & ſua & neceſſaria heres foret, non ſolùm neceſſaria heres non ſit, ſed nec ſua, at ne quidem voluntaria, id eſt, nec ſi velit quandiu filius vixit. Poſt mortem igitur filij etiamſi admittatur, quod ſemper negabo, poſſe illam eſſe heredem ſi velit, aliqua tamen voluntatis declaratione opus eſt vt poſſit illa fieri heres patri, tum quoque cùm nihil ei obſtat quominus heres ſit ſi velit, hoc eſt, cùm pater deceſſit inteſtatus. Quanto magis cùm ei obſtat teſtamentum quod prius rumpi oporteat, quàm poſſit ipſa ab inteſtato ſuccedere etiam ſi maximè velit? Atſi aliqua voluntatis declaratione opus eſt vt rumpat teſtamentum, non ergo rumpit ipſo iure: nam ipſo iure fieri dicitur, quod fit ſola iuris poteſtate, & nullo hominis facto in eam rem requiſito: vt cùm dicimus actionem aliquam tolli ipſo iure, aut per exceptionem. Porrò ſtatim atque admittis filiam hanc prætheritam non rumpere teſtamentum ipſo iure, habeo quod volo, Non poſſe igitur metum illum rumpendi per filiam teſtamẽti impedire ne interim filius inſtiturus poſſit heres eſſe ex teſtamento: Quia iam probaui tum demum nó poſſe acquiri hereditatem ex teſtamento, quod in eo eſt vt rumpi poſſit, cùm poteſt rumpi ipſo iure, non etiam ſi rumpendum ſit aut reſcindendũ per hominis factum & volũtatẽ. At rurſũ ſi filius ex eo teſtamẽto quãdiu vixit heres ſuus eſſe potuit, & fuit, quomodo fieri poteſt vt 15

poſtea rumpatur teſtamentum quod ſemel confirmatum fuit non tantùm per legem, ſed etiam per ſubſecutam ex eo hereditatis acquiſitionem? Eſſet tolerabilius
16 vt diceremus teſtamentum † hoc reſcindi per querelam inofficioſi teſtamenti, cùm dixerimus hoc vnum ſupereſſe auxilium filio immerenter exheredato, etiam poſt aditam ex teſtamento hereditatem. At neque hoc dici poteſt. Non enim teſtatus eſt contra pietatis officium pater qui filiam præteriit quam ſciebat non poſſe ſibi ab inteſtato ſuccedere quandiu maſculi ſupereſſent:
17 neque verò alij poſſunt de inofficioſo † conqueri quàm qui ius habent ſuccedendi ab inteſtato, *l. poſthumus 6. §. 1. D. de inoff. teſtam.* & quidem inſpecto tempore
18 mortis, cùm legitima † nihil aliud ſit quàm portio portionis ab inteſtato contingentis, id eſt, quæ moriente teſtatore contingeret, ſi is inteſtatus deceſſiſſet, vnde eſt quod nec in aliis bonis legitima debetur, quàm quæ teſtator reliquit tempore mortis ſuæ, *l. cùm quæritur 6. l. parentibus 8. l. qua ſuper 3. 1. C. de inoff. teſtam.* Atqui inſpecto tempore mortis patris nullum ius habuit hæc filia ſuccedendi ab inteſtato propter ſtatutariam excluſionem: Ergo neque legitimæ perendæ: proinde nec proponendæ querelæ inofficioſi teſtamenti.

ERROR V.

De aliis abſurdis quæ ex ſupradicta Bartoli diſtinctione ſequuntur.

SVMMARIA.

1 *Abſurda quæ ſequuntur ſententiam Bartoli dicentis filiam excluſam non quidem efficere nullum teſtamentum patris in quo præterita eſt, ſed quandoque rumpere.*
2 *Declaratio l. ſi filius 16. D. de lib. & poſt. & differentia ſpecies quæ in ea tractatur ab illa de quâ hîc diſceptatur, & num. 5.*
3 *Impoſſibile eſt vt eodem inſtanti incipiat quis & deſinat ius aliquod habere.*
4 *Filium non poſſe fieri heredem eo inſtanti quo moritur, ne quidem pro ſua parte.*
6 *Ex ſententia Bartoli ſequi filium neque ex teſtamento, neque ab inteſtato heredem eſſe, adeóque deteriorisconditionis eſſe quàm filiam.*
7 *Commentitia verborum ſtatuti interpretatio à Bartolo allata reiicitur.*
8 *Filia ſemel excluſa à ſucceſſione inteſtati per maſculorum ſuperexiſtentiã, non poteſt amplius ſuccedere.*
9 *Verba legis in ſucceſſionem iure inducendo qualia eſſe debeant.*
10 *Statutum quo vocatur filia non extantibus maſculis quomodo interpretandum.*
11 *Sententia Bartoli de his dictionibus quoad, quandiu, donec, quoad vſque.*
12 *Vbi hereditas filio acquiſita eſt, filia non tam per ſtatutum quàm per acquiſitionem excluſa cenſetur.*
13 *Cur nullum prodatum ſit ſtatutum quod iniungat vt poſt extinctos maſculos etiamſi heredes extiterint, filia ſuccedat.*
14 *Argumentum à contrario ſenſu in quæſtione propoſita quatenus non ſuccedat.*
15 *In dubio non eſt præſumendum ſtatuentes velle vt admittatur filia poſtquam filius heres extiterit.*
16 *Suſpenſiua dictionis per quam ſtatutum conceptum eſt, efficacia.*

AC ſanè ſi vera eſſet opinio Bartoli, vt teſtamentum in quo filia hæc præterita eſſet, valeret quidem ipſo iure, ſed per filiam tamen præteritam rumpi aliquando poſſet, ideóque filius interim ex eo ſuccedere prohiberetur, non illud tantùm abſurdum † ſequeretur quod iam diximus, vt deterioris conditionis eſſet filius heres à patre ex toto aſſe inſtitutus, quàm ſi pater inteſtatus deceſſiſſet: ſed illud etiam longè abſurdius, vt filius quandiu vixiſſet, neque ex teſtamento, neque ab inteſtato heres fuiſſe intelligeretur, ne quidem pro ea parte quam habere debuiſſet, tametſi ab initio coheredem ab inteſtato ſororem habuiſſet, atque ita vt nihil ad ſuos heredes, ſiue deſcendentes, ſiue extraneos tranſmiſiſſe videretur, cùm tamen in vtrumque euentum, id eſt, ſiue ſubſiſtente, ſiue rupto teſtamento fuiſſet ille omnimodo ſucceſſurus, ſi ſtatutum nullum fuiſſet, ex teſtamento quidem in totum: ab inteſtato autem ſaltem ex ſemiſſe. Probo hanc conſecutionem, quia ſicuti volunt interpretes, ex huiuſmodi teſtamento quandiu per filiam rumpi poteſt, ſuccedere filium non poſſe: ita & multò magis fatendum eſt quandiu aliquo caſu ſuccedi ex teſtamento poteſt, non deferri ab inteſtato hereditatem, *l. quandiu 3 9. ff. de acquir. hered. l. quandiu 89. de reg. iur.* Atqui ex hoc teſtamento poteſt filius retro videri heres fuiſſe, ſcilicet ſi teſtamentum per filiam nunquam rumpatur, ſiue quod nolit, vt diximus, ſiue quod non poſſit ſuccedere poſt fratris mortem, cùm non ipſo iure rumpatur, ſed ea demum volente. Deinde quid ſi filia moritur eodem tempore quo frater, fortaſſis in eadem naui, vt non poſſit probari eam ſuperuixiſſe: quando rumpet teſtamentum filia quæ nunquam ſuccedet? Ergo ſecundum Bartoli ſententiam dicendum erit, filium hunc neque ex teſtamento, neque ab inteſtato heredem fuiſſe intelligi: atque ita neceſſarium ei eſſe decretum prætoris, id eſt, decretalem bonorum poſſeſſionem vt ei iniquitati occurratur quæ emergeret, ſi interea moriens ad heredem ſuum tranſmitteret nihil, quemadmodum Papinianus ſcribit in *l. ventre 84. de acquir. hered. iuncta l. 4. §. vlt. & l. 5. D. de bonor. poſſeſſ. contr. tabul.* & tamen quis vnquam vel ex ipſis interpretibus hoc dixit vt in caſu propoſito neceſſarium ſit filio decretum, & propter ſtatutum in ipſius fauorem factum nihil habeat is qui ſecluſo ſtatuto ſaltem ab inteſtato partem ſuam virilem ipſo iure habiturus fuiſſet, & ad quoſcunque heredes quantumuis extraneos tranſmiſſurus, *leg. apud hoſtes 9. Cod. de legit. hered.* Nec poſſis dicere filium in hac ſpecie, quo inſtanti moritur, eſſe ſuum heredem patri ab inteſtato, quod exinde certum eſſe incipiat non poſſe illum amplius heredem eſſe ex teſtamento, vt in caſu illo eleganti quem Africanus † tractat in *l. ſi filius 16. D. de liber. & poſthum.* de cuius ſententia & conciliatione cum *d. l. ventre* ſcripſimus libr. 1. Coniect. cap. 10. Nam reſpondeo multis modis: primùm in ſpecie Africani hoc eſſe diſſimile, quod ſuberat metus rumpendi ipſo iure teſtamenti per agnationem poſthumi præteriti, quæ res impedit ne interim poſſit filius ſuus heres eſſe ex eo teſtamento, niſi vno illo caſu quem nec Africanus prætermittit, quo ſubſtitutus aliquis ſit, qui ſuſtineat teſtamentum in id vſque tempus, quo ſciri poſſit an poſthumus naſciturus ſit, necne. At in caſu noſtro certum eſt, nullo modo, nullóque caſu poſſe rumpi teſtamentum ipſo iure per filiam, vt ſuprà probauimus. Deinde in illa ſpecie Africani filius ideò intelligitur patri heres eſſe ab inteſtato eo primùm inſtanti quo moritur, quia tunc ſemel factus heres remanet in perpetuum heres etiam poſt mortem ſuam, nimirum in perſona heredis ſui per quam repræſentatur, & ad quem tranſmittit hereditatem paternam, quaſi iam ipſo iure acquiſitam. At in ſpecie quam tractamus, etiam ſi filius in mortis ſuæ inſtanti inciperet eſſe heres ab inteſtato in ſolidum, tamen non duraret acquiſitio illa hereditatis niſi vnico illo inſtanti. At neque illo ipſo inſtanti, in quo nempe deſineret

filius

filius heres esse ab intestato, tametsi antea fuisset. Quoties enim statutum ita conceptum est *extantibus masculis filia fœmina non succedat*, aut Bartolus ponit, *quoadusque masculi supererunt*, certum est, si quando necesse sit euenire quod vult Bartolus, vt filius desinat heres esse ad hoc vt filia heres fieri possit, non aliter posse illum desinere esse heredem, quam si desinat eo instanti quo moritur, quia, vt suo loco ostendimus, non posset is qui iam esset mortuus desinere heres esse, vt nec incipere, *leg. si ita scriptum* 13. §. *vltim. de liber. & posthum. l. Gallus* 29. §. *in omnibus*, *eodem.*

3 At nihil absurdius dici potest aut impossibilius, † quàm vt eodem instanti incipiat quis & desinat ius aliquod habere, *l. Titio cùm morietur.* 15. *D. de vsufr.* Non potest igitur filius incipere heres esse ab intestato eo instanti quo moritur, cùm eo ipso instanti desineret esse, si antea fuisset. Dices, non defecturum filium heredem esse pro ea parte quæ ipsum ab intestato contingit, sed tantum pro parte sororis. Nec enim statutum cùm admittit filiam post mortem filij, admittit eam ad hereditatem ex asse & pro parte filij, sed pro ea tantùm parte quam ex tempore mortis patris habitura erat ab intestato filia, si per statutum excluſa non fuisset. Quidni ergo dicere liceat, incipere filium esse heredem ab intestato eo instanti quo moritur, saltem pro virili sua portione, ita vt transmittat eam ad heredes quoscunque etiam extraneos?

4 Verùm respondeo, † ne quidem hoc dici posse, quia fieri nequit vt filius sit heres ab intestato pro parte quin sit in totum & ex solido asse, si nullum habeat, nec habere vnquam possit coheredem, si quidem ius hereditatis indiuiduum est, nec potest defuncti persona pro parte repræsentari. At qui pro parte quæ filiam contingeret nemo heres esse potest eo instanti quo filius moritur: non ipse filius, quia, vt dixi, desineret potiùs eo ipso instanti heres esse si anteà fuisset, non filia, quoniam per statutum excluſa est quandiu filius viuit: verum autem est eo instanti filium adhuc viuere. Quomodo enim iam mortuus moreretur? Illud ergo consequens necessariò est, vt filius non possit fieri heres eo instanti quo moritur, ne quidem pro sua parte, quia soror quæ viuo eo admitti nunquam potest, nec partem ei facere potest, cùm is demum partem faciat, qui concurrere aliquando posset, *l. planè* 34. § *si coniunctim. de legat. l. si post mortem* 10. §. *liber. D. de bonorum possess. cont. tabul.* Quisquis autem heres potest esse ex semisse, cum necesse est, si coheredem nullum habeat, nec habere vnquam possit, vel ex toto asse heredem esse, vel ne quidem ex semisse.

5 Accidit quod in † specie *d. l. si filius* 16. *de liber. & posthum.* licet filius non incipiat heres esse ab intestato, nisi quo instanti moritur: poterat tamen fieri vt longo ante mortem suam interuallo heres esset, aut ex testamento, aut ab intestato. Ex testamento quidem si mulier prægnans abortum feciſſet, nec posthumus natus fuisset: Ab intestato autem si è contrario posthumus prætetitus eo viuo natus fuisset, quia nascendo rupisset, rumpendo autem successioni intestati locum aperuisset, adeóque ipse ab intestato exinde ipso iure successisset. In specie verò nostra tam misera est conditio filij secundùm Bartolum, vt nullo penitus casu possit heres esse, neque ex testamento, quandiu viuit filia, neque ab intestato, quandiu ipse viuit, nisi incipiat esse eo instanti quo moritur, id est, quod desinit: ita fieret vt post filij obitum filia superstes sola patri heres esset ab intestato, hoc est non pro sua tantùm & dimidia hereditaris portione, sed in solidum, & ex toto asse acsi fratrem nullum vnquam habuisset. Ad quid enim aut quomodo obstaret frater, post cuius duntaxat mortem testamentum patris destitueretur vt subtilissimè, nec valdè dissimiliter ratiocinatur Papin. in *l. vlt. vers. altera verò species. D. de condic. instit.* Nam si testamentum rumpi non potest nisi per filiam, eámque succedentem patri: ea verò ad patris successionem non priùs admitti potest quàm frater decesserit, annon bene sequitur non posse testamentum rumpi nisi post mortem filij? Præsertim cùm possit filia mori quandiu filius viuit, hoc est, eo ipso instanti quo filius ipse moritur, ita vt non possit probari filiam superuixisse, *l. quod de pariter* 16. *cum duab. seq. D. de reb. dub. iunct. l. Statius* 48. §. *Cornelio D. de iur. fis.* Quod si eueniret, vtique filius hic ex testamento heres fuisse diceretur. Quæ res facit, vt non possit dici eum ab intestato heredem extitisse, vt nec in specie *d. l. ventre*, quia tunc sit filius heres ab intestato in mortis suæ instanti, cùm eo moriente certum esse incipit neminem ex testamento heredem fore: vt Africanus disputat in *d. l. si filius.* Nam si replices in specie illa Africani æquè potuisse obiici quòd testatoris vxor prægnans poterat mori eo ipso instanti quo filius moriebatur, quo casu eueniente nihil obstitisset filio instituto quominus patri suo heres ex testamento fuisse videretur. Dicam potuisse quidem mori matrem, sed non statim consequens fore vt non potuisset adhuc rumpi testamentum per posthumum, si quidem poterat moriens mater partum viuum edere, aut etiam ex morientis eius vtero exsecto posthumus extrahi. *l. 2. D. de mort. infer.* quod sufficiebat vt posthumi agnatione testamentum rumperetur *l. quod dicitur* 12. *D. de liber. & post.* Quòd si vrgeas potuisse etiam posthumum mori eo instanti quo & filius iam natus moriebatur, adhuc respondebo, præposterum esse & abominabile vt de morte posthumi tractetur priusquàm sit editus: Non potuisse autem illum eo instanti quo filius moriebatur & nasci simul, & mori. Est itaque nostra species similior vtrique ex iis quæ apud Papinianum tractantur in *d. l. ventre, & d. l. vlt.* quàm ei quæ apud Africanum in *d. l. si filius.* Et consequenter in proposito casu dicendum est, admissa † Bartoli sententia,

6 filium neque ex testamento, neque ab intestato posse heredem esse quandiu viuit, nec proinde obstare illum filiæ quominus post eius mortem sit ipsa heres patri ab intestato in solidum, id est, vt iam interpretati sumus, non pro ea tantùm portione quam ab intestato habitura erat viuo filio, si per statutum excluſa minimè fuisset, verùm etiam pro parte fratris prædefuncti, etiam qui fortè superuixerit patri per annos plus quàm quinquaginta. An enim posset mortuus partem facere qui viuus non feciſſet. Quo tamen admisso illud etiam absurdi sequetur, vt exclusio ista statutaria quæ ex statuentium mente solis masculis prodesse, solis verò fœminis ab intestato nocere & potuit & debuit, è contrario prosit filiæ ad acquirendam totã patris hereditatẽ, adeóque ab intestato, noceat autem filio ne propriã quoque portionem vllã habere possit, aut ad successores suos transmittere, etiam cùm fuit à patre suo institutus. Quid verò est, obsecro: quod absurdius dici possit? quid improbabilius? quid ineptius? Auget verò ineptias istas non parum meo iudicio, quòd Bartolus † ea statuti verba *ex-* 7
tantibus masculis, aut si mauis, *quandiu masculi supererunt, filia non succedat*, sic accipit, acsi haberẽt expressam adiectionem hanc, *masculis verò defunctis filia succedat etiamsi masculis iam successerint*, quod non modò commentitium, sed etiam ridiculum est. Primum quia cum statutum prohibet filiam succedere ab intestato, masculis extantibus, aut quandiu masculi supererunt, abrogat proculdubio ius ciuile & vetus & nouũ, ex quo fœminæ simul cum masculis, si in eodem aut pari gradu sint, ad successionem maximè parentum admittuntur. Abrogat autem sub illa vnica conditione, *si masculi supererunt.* Proinde si conditio illa exclusionis istius statutariæ semel impleta sit per masculorum superexistentiam, iustia postmodum filia per statutum excluſa implorat auxilium iuris communis ad succedendum etiam post extinctos masculos, non solum si heredes ipsi aliquando extiterint qui casus longè minorem, aut

potiùs nullam dubitationem habet, cùm hereditas ad tempus acquiri non possit, sed etiam si ex aliqua causa vel noluerint, vel non potuerint succedere, vt in superioribus probauimus: quia conditio semel impleta deficere ampliùs nunquam potest, vt neque ius abrogatum reuiuiscere. Proinde noua lege opus esset vt filia posset admitti post mortem filij, etiam qui heres nunquam fuisset, nouóque statuto, sicut opus fuit & auxilio prætoris, & Iustiniani constitutione, vt suo abstinente, vel proximo agnato repudiante, sequens admitti posset, §. *placebat. Instit. de legit. agn. succes. leg. defunctis 6. C. de legit. hered.* quia scilicet lex duodecim tabularum, quæ solos agnatos vocauerat, de proximo tantùm agnato fuerat locuta, nec rursus proximum agnatum vocauerat, nisi sub ea conditione, *Si*
8 *suus heres nemo extaret.* Filia † ergo quæ per statutum semel exclusa fuit à successione intestati, abrogato hac parte iure communi, etiam si non esset excluta nisi ad tempus, vt vult Bartolus, attamen non eo magis post illud tempus succedere posset, quia vt quis succedere possit, non sufficit quòd non sit exclusus, (quomodo certè non potest dici post tempus exclusus is qui non fuit exclusus nisi ad tempus) sed illud præterea & omnino requiritur, vt per legem aliquam sit vocatus ad successionem, cùm ius omne succedendi siue ex testamento siue ab intestato sit ex legibus *l. 3. qui testam. fac. poss. l. vlt. D. de suis & legit. l. lege obuenire 130. De verb. signif.* In casu autem nostro filia per statutum exclusa non potest dicere se vocatam, etiam post masculos qui patri superstites fuerint, vel vno instanti, neque ex iure communi, quod abrogatum, vt diximus, fuit per statutum, & quidem in totum, quia pro parte non potuit abrogari: neque ex iure statutario, siquidem statutum quod excludit fœminas, quomodo videri potest easdem vocare? An fortè per argumentum à contrario sen-
9 su? At hoc non sufficit, quoniam verba † legis cuiuslibet, maximè verò in successionum iure inducendo debent esse aperta, expressa, dispositiua, affirmatiua & imperatiua. Quorum omnium nihil est quod possis obseruare in illis statuti verbis, *Quandiu masculi superexunt fœmina non succedat:* sed debuerat statutum addere vt filiam post masculos vocaret, *si masculi extare desierint, fœmina succedat:* Non dico, *vt filiam vocaret deficientibus masculis*, id est, eo casu quo patrem sine masculis decedere contingeret. Nec enim eo casu indigeret filia auxilio statuti ad patri succedendum, quippe sufficeret ei ius commune, quod in hac specie non posset videri abrogatum per statutum, quandoquidem exclusionis statutariæ conditio per defectum masculorum defecisset, sed dico, *vt filiam post masculos vocaret*, id est, post extinctionem masculorum qui patri superstites fuissent, quia verum est extitisse masculos, si vel vno instanti superstites fuerint, atque ita conditionem exclusionis statutariæ impletam esse, ex eóque tempore nouæ legis, nouique ad succedendum auxilij implorandi necessitatem huic filiæ accessisse, cùm ad iuris communis beneficium, à quo semel exclusa fuit, redire sine lege non possit. Quòd si dicas non fuisse abrogatum ius commune, nec ademptum filiæ simpliciter, sed limitatè, & ad tempus, *quandiu masculi superessent.* Iam respondi nec adimi aut minui posse ius filiæ, nec augeri vicissim ius filij ad tempus, nec abrogari ius commune
10 pro parte: & ideò quamuis poneres expressam † in statuto fuisse adiectionem illam, quam Bartolus supplet in hunc modum, *si verò masculi extare desierint, filia succedat*, adhuc dicendum esse: iis verbis non alium casum significari, quàm quo masculi decessissent ante patrem, non etiam illum quem Bartolus tractat, id est, quo masculi non solùm superuixissent, nudóque nomine sui heredes extitissent, sed etiam effectu ipso successissent. Esset enim ea statuti interpretatio facienda, quæ à iuris communis ratione minùs dissideret, non quæ totum ius ciuile De legitimis successionibus peruerteret, omnésque regulas violaret. Quomodo violat illa quæ facit vt videantur statuentes cogitasse de hereditate ad tempus danda, non etiam nostra, quæ filiæ pristinum ius conseruat succedendi immediatè patri intestato, si masculus mortis tempore nullus sit qui cum ea possit concurrere: quod contingere potest ex duplici causa, siue quòd pater masculos nullos habuerit, siue quòd eos, quos aliquando habuit, viuus amiserit. Nam si verum est quod Vlpianus scribit in *leg. cùm pater 11. D. de pact. dotal.* cùm pater dotem pollicitus, pacisceitur ne *à se viuo, néve constante matrimonio petatur:* ita pactum hoc interpretandum esse, quasi dictum sit *se viuo*, vt posterior quoque pars conuentionis ad vitam patris relata videatur, ne diuersa sententia fructum dotis ab oneribus matrimonij separet, quódque indignissimum est, inducat vt non habuisse dotem existimetur. Quidni etiam nobis multò maiore ratione liceat dicere, statutum quod filiam admittit ad patris successionem deficientibus masculis, ita interpretandum esse, si masculi defecerint viuo patre, & ante acquisitam sibi paternam hereditatem, ne alioqui diuersa sententia inducat, vt hereditas ad tempus data filio esse videatur, filiæ verò delata ex tempore, & quidem ex eo tempore quo non erat ampliùs hereditas, quippe conuersa iam in patrimonium filij qui heres fuit: vt denique duo in solidum eidem patri heredes esse possint aut potius vt filia in quibusdam casibus melioris conditionis sit, & filius deterioris, quàm si filia per statutum exclusa non esset secundùm ea quæ proximè disputauimus. Quare & iis statuti verbis retentis quæ ponit Bartolus *quandiu masculi superexunt filia non succedat*, sic interpretatio facienda omnino est, acsi scriptum esset, *quandiu masculi superexunt viuo patre*, vt appareat eam statuentium mentem fuisse vt filia excluderetur non absolutè & in omnem euentum, sed sub conditione *si masculi extarent tempore mortis patris*, & quandiu extarent viuo adhuc patre. Et huic sententiæ nostræ conuenit ad primè quod Bartolus † 11
ipse tradit ad *d. l. vlt. §. quando in pendenti D. ad SC. Tertyll.* distinctiones illas *quoad, quandiu, donec, quoadusque:* quibus ille mouetur vt ex statuto admittat filiam ad successionem post mortem filij qui heres extitit, quasi non exclusa filia præcisè, sed potiùs suspensiuè, si apponantur actui habenti ex sua natura limitationem circa tempus, facere magis diem, seu quandam suspensionem, quàm conditionem suspensiuam scilicet propter tempus subintellectum, inquit ille, & probat ex *l. 3. §. si quis ita tutor. D. de suspect. tutor. l. penul. D. de excus. tutor.* quibus locis agitur de tutela testamentaria sic data, *Titius quoad reipublicæ causa non aberit, tutor esto.* Nec dubitatur quia desinat Titius tutor esse post completum ab impubere annum decimum quartum, licèt non eo minùs verum sit Titium esse in Italia, & reipublicæ causa non abesse: nimirum quia tutela pubertate finitur sui natura, nec vltra eam ætatem porrigi potest. *Vnde ego dico*, inquit Bart *quòd verba illa*, Quoad reipublicæ causa, non aberit, *intelliguntur*, scilicet infra decimum quartum annum, vt & in *l. vlt. §. donec. C. de iur. deliber.* Iustinianus scribit, donec inuentarium conscribitur, non posse heredem à creditoribus, vt & legatariis, vel fideicommissariis inquietari. Et tamen nemo dixerit si heres negligens sit in conscribendo inuentario per annũ aut bienniũ interim non debere vrgeri eũ, quia sic debet intelligi constitutio in illis verbis, *donec inuentariũ conscribitur*, ac si adiectum esset dũmodo conscribatur intra tẽpus constitutũ. Similiter ergo & in proposito dicendũ est, statutũ ita conceptum, *quandiu masculi supererunt, filia non succedat*, ita intelligi debere acsi adiectum esset *quandiu masculi supererũt*, durante scilicet toto eo tempore, quo succedi potest. Semper enim præsupponendi sunt termini habiles:

&c

Digitized by Google

& quemadmodum ridiculus esset qui diceret, aut intelligeret Titium tutorem datum quoad erit in Italia, aut quandiu reipublicæ causa aberit, videri datum tutorem, talémque manere etiam post annum vicesimum, eo prætextu quòd verba per quæ tutor datus est nihil aliud exigant, nisi vt sit in Italia, vel vt non absit causa reipublicæ: ita & æquè stultus is fuerit, qui cum interpretibus sentiat, supradictis statuti verbis excluſam esse filiam quandiu masculi supererunt, etiam post acquisitam masculis hereditatem, vt inferat à contrario sensu & per interpretationem, cessare igitur exclusionem, & quod necessariò addendum est, vocatam esse & admittendam filiam omni tempore, omnique casu quo deficiant masculi etiam post acquisitam hereditatem. Non enim magis absurdum aut impossibile est vt tutorem habeat is, qui iam factus est pubes, quàm vt possit filia succedere in ea hereditate quæ iam filio fue-
14 rit acquisita. Neque verò, cùm hereditas † filio acquisita est, potest amplius dici excluſa filia per statutum, sed per acquisitionem, vt ex eo apparet, quòd etiam alij quàm masculo acquisita esset hereditas, puta extraneo heredi, non minùs excluſa esset filia, etiam si statutum nullum esset, quia nec vlla supereſſet hereditas, quæ acquiri posset, conuersa iam ea quæ fuit in patrimonium heredis. Itaque si ei fauere statutum vellet, non sufficeret vt tolleretur impedimentum masculorum per illa verba, *quandiu masculi supererunt*, sed oporteret præterea & ante omnia tolli impedimentum acquisitionis hereditatis, Quam in rem nemo dixerit apta esse aut sufficientia verba illa *quandiu masculi supererunt*, cùm is, qui semel heres fuit, non desinat esse heres moriendo, sed transmittat ad heredes suos quoslibet hereditatem acquisitam. Opus igitur esset statuto
15 † quod diceret apertis & diſertis verbis affirmatiuis, *Post extinctos masculos etiamsi heredes extiterint, filia succedat.* Quale testamentum in toto terrarum orbe vix vllum extare arbitror: adeò fuerunt statuentes omnes interpretibus nostris omnibus prudentiores, qui viderunt non posse ex iuris ratione, ac neque ex publica hominum vtilitate dari hereditatem ex tempore & ad tempus. Ita enim fieret vt hereditates etiam postesquàm essent acquisitæ, adhuc tamen in suspenso manerent, non minùs quàm si iacerent. Quo admisso, eueniret necessariò vt nec locupletior factus videretur is, qui hereditatem quantumuis opulentam acquisiuisset, saltem pro ea parte quæ post eius mortem aliquando peruenire ad alios posset: totúmque ferè commodum acquisitæ hereditatis primo heredi eriperetur solo metu futuri aliquando alterius heredis, priùs etiam quàm hereditas ad alterum deuolueretur. Sed & vbinam quæso, gentium, reperias statutum ita conceptum, *quandiu masculi non supererunt, filia succedat?* Nam præter id quod eiusmodi verbis apertè daretur hereditas filiæ ad tempus contra manifestam iuris rationem, haberet etiam ea verborum conceptio implicitam euidentem contradictionem: nempe quia non alius statuti sensus esse posset, quàm vt filia post masculos extinctos admitteretur, non etiam quandiu masculus vel vnus supereſſet. Potrò non possunt aliquando in futurum non supereſſe masculi qui iam defecerunt. Nec igitur fieri potest vt non nisi ad tempus propter masculos admittatur filia quæ post masculos iam extinctos admittitur: & tamen cùm statutum negatiuè conceptum est eu quem proposuimus modo, *quandiu masculi supererunt, filia non succedat*, si quis ex eo inferre vellet quod per argumentum à contrario sensu inferunt interpretes, Posse igitur filiam ex statuto succedere post masculos, necesse esset concipi statutum illud imaginarium & interpretatiuum: *Ergo quandiu masculi non supererunt, filia succedat.* Nam si quis inferret,
14 † *Ergo masculis deficientibus filia non succedat*, non esset bonum argumentum à contrario sensu, non retentis scilicet in sensu contrario iisdem ipsis verbis quæ vsurpata essent in sensu directo. Sed vnde hoc, vt sensus qui absurdus non est in directa propositione negatiua, hat absurdus in contraria propositione affirmatiua? Ex eo nimirum, quod in sensu directo negatiuo filia excluditur ab hereditate, quod & sub conditione & ad tempus fieri potest quandiu nemo adhuc successit, nec heres fuit (si quis enim successisset, iam esset excluſio perpetua non temporalis, quippe quæ necessariò induceretur ex acquisitione alteri facta, quàm impossibile esset temporalem esse.) In sensu autem contrario affirmatiuo filia vocatur ad hereditatem, & quidem post masculos & ad tempus per dictionem *quandiu*, quod fieri nullo modo potest, nec si hereditas illa nemini adhuc fuerit acquisita: tantum abest vt possit ad hereditatem admitti aut vocari ad tempus, adeóque nec sub conditione posteaquàm hereditas filio iam acquisita fuit. Item quia, vt diximus, per verba illa *quandiu masculi supererunt*, ponuntur in conditione temporali masculi, quos tamen necesse est iam defeciſſe. Sed & si poneres statutum ita conceptum esse, *Deficientibus masculis filius succedat*, id tamen sic intelligi deberet, si masculi defecissent eo tempore quo adhuc posset succedi, hoc est, quo necdum ipsi successissent, nec alius quisquam. Vbi enim aut aliquis ex masculis, aut alius quilibet successit, prorsus impossibile est vt filia succedat. Alioqui sic interpretandum esset statutum, ac si scriptum esset, *Deficientibus masculis etiam postea quam succedi amplius non potest, filia succedat*, quod esset stultum, & manifestam implicaret contradictionem. Nam si succedi amplius non potest quomodo potest filia succedere? Sed etsi admitteremus posse hoc fieri per statutum, vt admitteretur filia postquàm filius heres extitisset. In dubio † tamen nun- 15
quam credendum esset id facere statuentes voluisse exemplo eius quod scriptum est in *l. in testamento 6. C. de testam. milit.* Si miles testamento suo heredem instituerit impuberem, & alium puberem, eósque inuicem substituerit, quamuis potuerit miles vtique substituere in vtrumque casum ex priuilegio militari, id est, siue non essent heredes, siue essent, non intelligi tamen in eum casum substituisse quo heredes iam fuissent, nisi expressè id voluerit, Non defectu potestatis, sed voluntatis, quia tam alienum est à ratione iuris vt postquam vnus heres fuit, alius possit heres esse in eadem hereditate, vt non facilè præsumendum sit de eo fuisse cogitatum. Nihilne ergo poterit, quòd statutum † conceptum sit per eiusmodi distinctionem *quandiu*, 16
aut aliam similem quæ sit suspensiua? Imò proderit, quod ad hoc, vt possit filia succedere quandiu masculi non successerint cum effectu, licèt fuerint superstites tempore mortis, non quasi vocata ipsa per statutum, sed tanquam non excluſa. Nam & semoto statuto si masculi qui patri superstites fuissent ab hereditate paterna abstinerent, adhuc posset filia succedere etiam pro fratrum portionibus, non quidem iure ciuili ex quo sui heredes sunt masculi etiam qui se abstinuerunt, sed iure prætorio per bonorum possessionem, *l. ex contractu 45. De re indic. l. defuncti 6. C. de legit. heredit.* Poterit ergo succedere ex eodem iure communi prætorio filia quandiu masculi non successerint cum effectu, quæ tamen alioqui & ab initio, & in perpetuum excluſa esset, si statutum ita conceptum proponeretur *extantibus masculis filia non succedat*, quia eo casu ad excludendam filiam, auferendúmque ei ius commune sufficeret masculos tempore mortis extitisse, & eo instanti quo cœpit succedi posse: quoniam ea verba *extantibus* præciſa sunt, & præcisè relata ad instans mortis, non suspensiua, nec tractum temporis habentia, vt scripsimus in *Error. 9. & 10. Decad. 27.* Perpetuò autem verum est semel excluſam filiam remanere in perpetuum excluſam, saltem cùm excluſa est per acquisitionem

hereditatis ſecutam in perſona maſculorum. Sed pergamus ad refutanda cætera quæ in Bartoli diſtinctione ſequuntur.

ERROR VI.

De ſtatuto diſponente quòd filia nupta non poſſit rumpere teſtamentum quoadusque maſculus ſuperuixerit.

SVMMARIA.

1 *Sententia Bartoli refertur.*
2 *Refellitur Bartolus exiſtimans valere teſtamentum in quo praterita eſt filia excluſa quoad vſque maſculus ſuperuixerit.*
3 *Bartoli falſa hypotheſes.*
4 *Bartolum abuti l. miles ita. D. de teſt. mil.*
5 *Teſtamentum quod ſemel effectum habuit rumpi non poteſt, licet quandoque reſcindatur.*
6 *Statuto non fieri vt filia praterita ipſo iure rumpat teſtamentum quod filio viuo valuit.*
7 *Argumentum à contrario ſenſu quando valeat.*
8 *Quibus caſibus filia rumpat teſtamentum patris ex iure communi.*
9 *Suppoſito ſtatuto filia excluſorio, quando detur filia exheredata querela inofficioſi.*
10 *Filia quæ ſtatuto prohibetur contra teſtamentum venire an praterita poſſit teſtamentum dicere nullum.*
11 *Filia ſtatuto prohibita ab inteſtato ſuccedere quandiu maſculi ſupererunt quatenus audiri poſſit praterita.*

POſterior hæc pars eſt diſtinctionis Bartoli *in d. l. vlt. §. quando in pendenti. num. 5. D. ad SC. Trebel.* An ſtatutum excludens filiam, quoadusque maſculus ſuperuixerit, non tam diſponat circa perſonam ipſius filiæ, quàm circa teſtamentum: vt ſi diceret, inquit, quòd illa teſtamentum rumpere non poſſet quoadusque maſculus ſuperuiueret. Tunc enim teſtamentum interim valeret quandiu viueret maſculus, deinde maſculo decedente rumperetur, *l. miles ita* 41. *D. de teſtam. milit.* Admittit ergo Bartolus quòd hoc caſu maſculus quandiu viuit, heres ſit ex eo teſtamento, in quo filia fuit præterita. Nec eo minùs tamen poſſit filia tanquam præterita teſtamentum rumpere, & rupto teſtamento ſuccedere ab inteſtato poſt mortem maſculi, acſi maſculus ex eo teſtamento heres nunquam fuiſſet. In qua traditione tota nihil eſt, quod à iuris ratione & regulis
2 non abhorreat. Et illud imprimis, † quod ponit valere poſſe hoc teſtamentum in quo filia fuit præterita. Nam ſi verum eſt, vt eſt, quod in ſuperioribus oſtendimus filiam hanc eſſe ſuam heredem nil obſtante ſtatuto quo excluſa eſt à ſucceſſione inteſtati, ſiue teſtamenti, ſiue mortis tempus ſpectemus, illud etiam omnino conſequens eſt, huiuſmodi teſtamentum valere non poſſe, quod & à nobis probatum fuit. Rurſus etiamſi Bartolo largiri hoc vellemus vt teſtamentum ab initio valeret exemplo illius in quo prætéritus fuit poſthumus aut filius captiuus, non ideo tamen poſſet verum eſſe quod vult Bartolus, vt adiri ex eo teſtamento hereditas poſſet. Nam ſi bona eſt comparatio, ſequitur è contrario vt non poſſit adiri hereditas ex eo teſtamento quod aliquando rumpi poteſt *l. ventre* 84. *D. de acquirenda hereditate.* In propoſito autem caſu, licèt ſtatuto cautum ſit ne poſſit filia teſtamentum rumpere quandiu maſculus aliquis viuit, tamen etiam viuo maſculo verum eſt poſſe aliquo caſu rumpi teſtamentum. i. ſaltem poſt mortem maſculi. Ergo non magis poteſt viuus maſculus ex eo teſtamento heres eſſe, quàm ſi viuo maſculo teſtamentum rumpi poſſet. Parum enim intereſt quando teſtamentum rumpatur, ſi modò aliquo tempore caſúve rumpi poſſit. Vnde eſt quod prætor nunquam dat bonorum poſſeſſionem ſecundùm tab. quandiu contra tab. peti poteſt, *l. 1. D. de bon. poſſ. ſecund. tab.* Aut ſi dicas, quod nos contra Bart. ſupra diſputauimus, non rumpi hoc caſu teſtam. ipſo iure, quomodo rumperetur per agnationem poſthumi, aut per captiui reditum ab hoſtibus, & ideò non prohiberi heredem maſculum quominùs interim ex eo teſtamento heres ſit, quomodo eſſet ex teſtamento, quod per inofficioſi querelam rumpi poſſet. Adhuc replicabo, Idem igitur dicendum eſſe in prima etiam parte diſtinctionis Bart. i. eo caſu quo ſtatutum nihil depoſuerit circa teſtamentum, ſed tantùm circa perſonam ipſius filiæ, puta in hunc modum vt filia non poſſit ſuccedere quandiu maſculi ſuperexerunt. Nec enim magis eo caſu poteſt fieri vt teſtamentum rumpatur ipſo iure, quàm cùm ſtatuti verba ſic concepta ſunt, vt diſponant etiam circa teſtamentum: ſiquidem non idcirco aut hoc aut illo caſu poteſt rumpi teſtamentum, quod ſtatutum vel his vel illis verbis conceptum eſt, ſed quia, vt ipſe Bartolus ait, poſſibile eſt quòd aliquo caſu filia reperiat ſe prætéritam, & nihilominùs poſſit ab inteſtato ſuccedere. Quæ ratio perinde locum habet, quibuſcunque tandem verbis ſtatutum conceptum eſſe proponatur. Atqui non admittit Bartolus, poſſe maſculum heredem eſſe ex eo teſtamento quod per filiam prætéritam rumpi aliquando poteſt, quoties ſtatutum nihil diſponit circa teſtamentum, ſed tantùm circa ipſius filiæ perſonam. Ergo nec illud admittere debuit eo caſu quo ſtatutum diſpoſuerit circa teſtamentum, cauendo ne filia prætérita poſſit teſtamentum rumpere, quoadusque maſculi ſuperuixerint: ſed & vtroque caſu, ideſt ſiue ſtatutum circa perſonam ipſius filiæ, ſiue circa teſtamentum diſpoſuerit, & ſiue dicas rumpi hoc teſtamentum ipſo iure per filiam prætéritam, ſiue non ipſo iure, illud ſemper obſtat Bartolo, 3
quod pro vero † ſupponit. Et hereditatem, quæ iam acquiſita ſit maſculo, adhuc filiæ acquiri poſſe, & Teſtamentum quod aliquando valuerit fueritque confirmatum vtiliter, non ſolùm per legem, ſed etiam quod magis eſt, per ſubſecutam hereditatis additionem nihilominùs rumpi adhuc poſſe. Quod vtrumque falſum eſſe apparet ex iis quæ tam in hac Dec. quam in præcedentibus diſputauimus, nec repetere hîc opus eſt. Nec video quid pro Bartolo † facit textus ille, quo vno in 4
tota hac quæſtione mouetur in *d. l. mil. ita* 41 *D. de teſt. mil.* Etſi enim ex eo loco probatur optimè, poſſe militem decedere ſtatim ad tempus, & ex tempore inteſtatum, non æquè tamen inferre poſſis hoc idem per ſtatutum fieri poſſe, quia, vt ſæpius monuimus in præcedentibus, plus poteſt hac parte miles quàm ſtatutum, licet ſtatuto tantam vim & autoritatem tribuas, quanta eſt legis, quandoquidem & plus poteſt quàm lex ipſa, cùm poteſtatem ſuam habeat, non à legibus, ſed ab Imperatoribus qui ſunt ſupra leges. At multò minùs ex eodem loco inferre poſſis, quòd tamen Bartolo probandum fuit, Poſſe militem ita decedere teſtatum ad tempus, & inteſtatum ex tempore, vt teſtamentum quod ab initio ritè fecerit, poſtea rumpatur contra ipſius voluntatem. Tantum enim abeſt vt hoc verum ſit, vt è contrario non alia ratione admittamus militem decedere pro parte temporis teſtatum, & pro parte temporis inteſtatum, quàm ne alioqui fiat contra ipſius voluntatem quam nos ponimus talem fuiſſe: in illo nimirum exemplo quod ibi Tryphonius adfert, non cùm teſtator ita ſcripſit, *Quoad viuit Titius heres eſto, poſt mortem eius Septicius heres eſto* (hoc enim caſu vterque heres eſt ex teſtamento, Titius quidem ad tempus, Septicius

verò

verò ex tempore) ſed cum inſtituit Titium vſque ad annos decem, aut etiam, ſi voles, nihil enim refert *quod vixit*, nemine ſubſtituto. Hoc enim caſu obtinet quod Tryphonius ait, poſt mortem Titij, aut poſt decem annos cauſam inteſtati locum habere. At in eo caſu, de quo Bartolus & nos tractamus, ſi teſtamentum militis, qui filio maſculo herede inſtituto filiam præteriſſet obtentu ſtatuti, per quod filia excluſa eſſet à ſucceſſione inteſtati, quandiu maſculi extarent, poſſet rumpi per filiam poſt mortem maſculi, eueniret in contrarium vt voluntas militis euerteretur, & vt priuilegium militare in ipſius militis perniciem & iniuriam conuerteretur. Neque enim miles qui ſolum filium ex aſſe heredem inſtituit, filiam autem præteriit, neque aut hoc, aut illud ad tempus, ſed ſimpliciter & abſolutè, eo animo fuit vt vllo tempore heredem ab inteſtato vllum haberet, præſertim filiam quam & præteriit, & à ſucceſſione ſua inteſtati excluſam ſciuit. Quid ergo? Voluit in omne tempus decedere teſtatus? Maximè verò, ſi contingeret vt filium quem heredem habere voluit, haberet etiam ſuperſtitem, & cum effectu ſucceſſorem. Nemo igitur probabiliter dixerit, quod tamen pro tuenda Bartoli ſententia, neceſſariò dicendum eſt, Poſſe ex militis priuilegio fieri vt rumpatur ipſius teſtamentum per filiam præteritam, hatque locus ſucceſſioni inteſtati poſt mortem filij qui viuus exiterit cum effectu heres patri. Militis enim priuilegium ſicuti nullum eſt hac in re niſi cùm teſtatur, ita nec in eo eſt vt rumpatur illis caſibus quibus alioqui iure communi rumpi non poſſet, ſed in eo potiùs vt ſubſiſtat & valeat quòd iure communi non valeret: niſi fortè putamus militem hunc, cùm teſtatus fuit iure militari, hoc genus teſtandi elegiſſe ad iudicia ſua impugnanda, quod tamen nemo credendus eſt facere velle, inquit Vlp. tractans de milite in *l. 3. D. de teſt. mil.* Ergo quod miles facere non poteſt vt filiam heredem habeat ab inteſtato poſtquam filium heredem habuit ex teſtamento, quod voluerit in perpetuum valere, multo minùs facere poterit ſtatuti autoritas, quæ minor eſt quàm militis poteſtas. Nam & ſimili argumento docuimus in ſuperioribus, non poſſe ſtatutum facere ab inteſtato quis habeat heredem ex tempore & ad tempus, quia nec miles hoc facere poſſet. Et verò tum quoque cùm ſtatutum ita conceptum eſt vt diſponat circa teſtamentum, cauendo ne filia poſſit teſtamentum rumpere quandiu maſculi ſuperetunt: quæro quo iure poterit filia tanquam præterita rumpere teſtamentum poſt mortem filij qui heres fuerit, an iure communi, an potiùs ſtatutario? Iure communi certè non poteſt, quia nullus in toto iure noſtro locus reperietur quo probare poſſis, rumpi ex poſtfacto teſtamentum quod ſemel effectum habuerit. Repetes poſſe reſcindi per querelam inofficioſi teſtamenti, ſed rumpi numquam, ac neque reſcindi extra caſum querelæ inofficioſi: multò minùs verò rumpi per præteritionem filiæ, quæ & teſtamenti & mortis tempore fuit in poteſtate. Talem enim filiam neceſſe eſt, vel ab initio nullum facere teſtamentum, vel nunquam rumpere, cùm circa eam nullum factum nouum interueniat, propter quod permittendum ei ſit vt rumpat, *arg. l. filium* 28. §. 1. *D. de liber. & poſt.* Quid enim noui accidit, vt poſſit rumpere, niſi quòd mortuus nunc ſit filius qui quandiu vixit heres fuit? Atquin neque factum vllum, neque nouum eſt, vt quis moriatur, ſed tantùm priuatio, eaque circa perſonam filij non filiæ. Nihil ergo cauſæ eſt cur filia rumpat poſt mortem filij, non magis quàm ſi filius ipſe viueret. Dices, non eſſe bonam conſecutionem, quia & in ſpecie d. §. 1. *l. filium*, idem euenit vt nullum factum nouum intercedat circa perſonam filij qui tamen rumpit teſtamentum in quo fuit præteritus. Verùm in ſpecie noſtra illud diſſimile eſt quod ponit Bartolus, teſtamentum interim valuiſſe, ex eóque filium, quandiu vixit, heredem fuiſſe non obſtante filiæ præteritione: quæ res facit vt tantò durius & abſurdius ſit poſtea illud rumpi. At in ſpecie Tryphonini nunquam ita valuit teſtamentum, vt ex eo potuerit acquiri hereditas, quia in ea cauſa ſemper fuit vt potuerit aliquo caſu rumpi. Deinde apud Tryphoninum id noui accidit, quod, vt lex ait, incipit pater poſt teſtamentum habere in poteſtate filium quem antea non habuerat. At in caſu noſtro ponimus fuiſſe filiam in poteſtate & teſtamenti & mortis tempore. Nihil igitur noui accidit circa eam propter quod poſſit rumpere tanquam præterita, cum ab initio fuerit præterita, & eo tempore quo iam erat in poteſtate. Vrgebis, lunò noui hoc accidere, quòd filia poſt mortem filij ſit capax ſucceſſionis, cuius fuit incapax quandiu filius vixit. At præter id quod non ſit hoc ex iure communi, ſed ex poteſtate ſtatuti, ſi Bartolum pro bono ſtatuti interprete admittimus, probandum illud eſſet, quod tamen nec Bartolus, nec pro eo alius quiſquam probat. Poſſe filiam hanc capacem fieri ſucceſſionis poſtquam alius iam ſucceſſit, quod nos negamus, ſi iuris communis ratio inſpiciatur. Faciendum igitur eſt, non poſſe fieri ex iure communi vt poſt mortem filij rumpat filia teſtamentum, quod viuo filio valuit. An verò ad ius ſtatutarium confugiemus vt Bartoli commentum tueamur? Ne hoc † quidem quicquam proderit. Nam nec probare vnquam poſſis, Per ſtatutum fieri hoc poſſe vt filia præterita rumpat teſtamentum ipſo iure, quod neque vllum dicere, neque rumpere potuit viuo filio, neque impedire quominus ex eo filius quandiu vixit, heres fuerit. Sed etſi ſtatutum hoc facere poſſet, adhuc tamen negarem id factum eſſe per ea ſtatuti verba quæ Bartolus proponit, *quouſque maſculi ſupererunt fœmina teſtamentum non rumpat*. Cur enim ex his verbis inferamus cogitaſſe ſtatuentes de teſtamento per filiam rumpendo in eo caſu quo non poſſet rumpere ſi ſtatutum nullum eſſet? An probabile eſt eam ſtatuti mentem fuiſſe, vt rumpendi teſtamenti caſus, qui tam multi iam ſunt, multiplicaret, nonúmque & iuri communi incognitum induceret, ac non potiùs vt minueret, tantóque firmius teſtamenti ius faceret in fauorem maſculorum, & ad excluſionem fœminarum? Loquor de ſtatuti mente, quoniam inſpectis verbis multò minorem dubitationem res habet, cùm verba negatiuè concepta ſint, & id expreſsè ferant, vt filia non rumpat: vt proinde non poſſit ex iis colligi, ne quidem per diuinationem ius eſſe filiæ præteritæ vt ex eo ſtatuto rumpat teſtamentum poſt mortem filij, niſi à contrario ſenſu ſic argumentere, quomodo videtur argumentatus Bartolus, *Statutum prohibet ne filia preterita rumpat teſtamentum quandiu maſculi ſupererunt. Ergo maſculis deficientibus permittis vt rumpat.* Quæ tamen collectio mala eſt, etiam admiſſo eo quod æquè falſum eſt, vt ad rem tam nouam abſurdamque conſtituendam poſſit ſufficere nuda ſtatuentium voluntas à contrario ſenſu collecta, nulliſque affirmatiuis verbis expreſſa. Notiſſimum † enim eſt apud noſtros quoque interpretes, nunquam valere argumentum à contrario ſenſu, quoties abſurdus, & vt ipſi loquuntur, abſonus ex eo ſequitur intellectus, quod probare ſolent ex *l. conuenticula* 15. *C. de epiſc. & cleric. aliiſque plurimis iuris noſtri locis.* Malam verò collectionem eſſe apparet ex eo quod non teuuet Bartolus in propoſitione contraria eoſdem terminos qui fuerunt in directa. Sic enim argumentandum eſſet à contrario ſenſu, *Statutum prohibet ne filia preterita rumpat teſtamentum quandiu maſculi ſupererunt: Ergo permittis vt rumpat quandiu maſculi non ſupererunt.* Quibus tamen verbis ſi ſtatutum conceptum eſſet, haud dubiè eſſet ridiculum: ſignificaret enim permittendum filiæ vt rumpat teſtamentum ad tempus, ſcilicet *quandiu maſculi ſupererunt*, quod planè nouum & inauditum eſt. Item ſignificaret poſſe aliquod tempus venire in quo maſculi ſupereſſent, quos tamen ponimus iam extinctos omnes priuſquam filia poſſit rumpere.

Abſurda igitur eſſet eorum verborum & conceptio & ſententia. Dices, Quid ergo proderit, quòd filia non ſit prohibita rumpere, niſi cum illa adiectione ſuſpenſiua & limitatiua, *quandiu maſculi ſupererunt?* Hoc enim nimirum eſt quod Bartolum, & alios omnes decepit: quaſi verò difficile ſit animaduertere nihil aliud eiuſmodi verbis ſignificari, niſi vt quandiu maſculi ſuperetunt filia non rumpat teſtamentum iis ſcilicet caſibus, quibus alioqui rumperet ex iure communi, ſi ſtatutum non eſſet: ac proinde vt ſi maſculi ſuperſint, rumpat.

8 Sed quibus caſibus? Iis videlicet † quibus poteſt rumpere ex iure communi: puta ſi ſit poſthuma præterita, aut filia viuo patre à Turcis capta, ſeruáque hoſtium facta. Nam cùm nullus reſtat maſculus, nihil aliud induci poteſt ne quidem ex mente ſtatuti, niſi vt prohibitio rumpendi tollatur, quam ſtatutum induxerat: ea verò ſublata, ſupereſt ius commune, ex quo licet quidem filiæ præteritæ rumpere teſtamentum, ſed vel agnatione, vel reditu ab hoſtibus, vel petita bonorum poſſeſſione contra tabulas, ſi fuerat tantùm excluſa à ſucceſſione inteſtati; at non etiam per ſolam mortem ſolius maſculi, præſertim poſtquàm ille vitæ & mortis ſuæ tempore heres fuit. Prohibitio enim ſtatutaria facit quominùs, non quo magis teſtamentum rumpere filia poſſit, *arg. l. 3. §. ſi emancipatus 1. D. de bon. poſſ. contr. tab.* Addam etiam ſi voles, tertium caſum, quo poſſit huic ſtatuto locus eſſe etiam à contrario ſenſu, ſi fortè poſſit

9 locus eſſe querelæ † inofficioſi teſtamenti: etſi hoc caſu non tam rumpitur teſtamentum. Permittam enim filiæ exheredatæ vt proponat querelam poſt extinctos maſculos, etiam qui heredes fuerint, quam proponere non poſſet ſi quis adhuc ex maſculis viueret: niſi malis quod ego ex vi & proprietate verborum probabilius arbitror, filiam, quæ per ſtatutum prohibetur tantùm rumpere teſtamentum, quandiu maſculi ſupererunt, non ideò prohiberi de inofficioſo conqueri teſtamento, quia non rumpit, quæ conqueritur, licèt ea obtinente in querela futurum ſit vt teſtamentum per iudicem reſcindatur: erátque ſtatutum ita concipiendum, vt *quandiu maſculi ſupereſſent, filia non poſſet venire contra teſtamentum*, ſi id agebant ſtatuentes, vt à querelæ quoque beneficio propter maſculos filiam arcerent. Venit enim proculdubio contra teſtamentum filia, quæ proponit querelam, cùm id agat vt teſtamentum reſcindatur, fiatque teſtator inteſtatus. Nec dubitarem ita concepto ſtatuto, quin audienda eſſet filia proponens querelam poſt mortem filij, etiamſi filius toto vitæ ſuæ tempore heres fuiſſet, quia hereditatis acquiſitio non ſicut impedit ne teſtamentum iam confirmatum ampliùs rumpi poſſit, ita impedit ne per querelam reſcindatur, adeò vt neque huic filiæ noceret quod intra quinquennium ex die acquiſitæ hereditatis non veniſſet ad querelam, ſi modò per quinquennium integrum à die mortis filij non tacuiſſet: quoniam totum illud tempus quo filius vixit deducendum eſt propter ſtatuti prohibitionem quæ paſſa non eſt filiam interim conqueri de inofficioſo: iniquum enim eſſet imputari ei tempus quo agere non potuiſſet, *l. 1. §. vlt. C. de annal. except. l. 1. §. vlt. inſtit.*

10 *Auth. C. de bon. matern.* Atqui ſi ſtatutum † ita conceptum eſſet de non veniendo per filiam contra teſtamentum quandiu maſculi ſupereſſent. An poſſet filia præterita nullum dicere teſtamentum? Poſſet meo iudicio, ſi modò teſtamenti tempore in poteſtate fuiſſet. Vt enim huiuſmodi teſtamentum ſit nullum, in quo aliqua perſona ex ſuis heredibus præterita eſt, ſola iuris ratio facit, non voluntas filiæ, quæ etiam volente non poſſet teſtamentum conualeſcere ſecundùm ea quæ pleriſque locis ſcripſimus contra interpretes de ſententia *l. filio praterito D. de inoff. teſt.* Facit *l. 5. §. 1. l. ſi teſtamentum 24. D. de his quæ vt indign.* Si tamen poneres

11 † alia ſtatuti parte filiam hanc excluſam eſſe ab inteſtati patris ſucceſſione quandiu maſculi ſupererunt, aliud reſponderem, quia eo caſu non poſſet audiri niſi veniendo per contra tabulas, vt diſputauimus ad finem Error. 3. Decadis huius. In petenda verò bonorum poſſeſſione contra tabulas, non tam ratio iuris verſatur quàm factum petentis, qui per hanc bonorum poſſeſſionem & rumpi teſtamentum, & rumpendo ſuccedit, *l. 1. & tot. tit. D. bon. poſſ. contr. tab.* Ergo filia quæ prohibetur venire contra teſtamentum, hoc ipſo prohibetur petere contra tabulas, licèt non prohibeatur dicere teſtamentum nullum ſi capax ſit ſuccedendi ab inteſtato. Quòd ſi prohibeatur & contra teſtamentum venire, & ab inteſtato ſuccedere quandiu maſculi ſupererunt, omni auxilio deſtituetur filia præterita, ſi quis maſculus & ſuperuixerit, & heres fuerit, at non etiam ea quæ fuerit à patre exheredata. Huic enim competeret, vt diximus, querela inofficioſi teſtamenti, quæ non ſimiliter poteſt vnquam competere filiæ præteritæ à patre in cuius fuit poteſtate. Filia enim à patre præterita nunquam poteſt queri de inofficioſo, ſi non fuerit emancipata: neque huic exheredata in propoſito caſu nocebit, quòd per ſtatutum facta ſit incapax ſuccedendi ab inteſtato, & prohibita ſit venire contra teſtamentum. Vtrumque enim habuit eam conditionem temporalem, *ſi & quandiu maſculi ſupereſſent*, quibus deficientibus & extinctis, iam neque prohibitio ſtatutaria impedit querelam, neque ipſa etiam acquiſitio hereditatis, quæ tamen & ius dicendi teſtamentum nullum vel illud rumpendi, ſiue ipſo iure, ſiue per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, impediret.

ERROR VII.

De clauſula codicillari appoſita in teſtamento, in quo fuit præterita filia excluſa ſuſpenſiuè per ſtatutum quandiu maſculi ſupererunt, qui prædeceſſerint.

SVMMARIA.

1 *Exhibet quæſtionis inter Bartolum & Baldum controuerſia.*
2 *Bartoli ſententia multiplici diſtinctione ſubnixa.*
3 *Contraria Baldi & collegij Florentini aſſertio.*
4 *Diuerſa ſententia Rainerij Forolimienſis & collegij Senenſis.*
5 *Rationes collegij Senenſis à Baldo & collegio Florentino quomodo diluerentur.*
6 *Iudices illi qui non habent poteſtatem legis condendæ coguntur ſequi communes interpretum opiniones, licet erroneas.*
7 *In propoſita quæſtione errare omnes ſuprà relatos.*
8 *Erroneæ propoſitiones in quibus conſentiunt ſuprà relati interpretes, & n. 13.*
9 *Error collegij Senenſis rectiùs tamen quàm cæteri ſentientis.*
10 *Bartoli, Baldi & collegij Florentini error refellitur.*
11 *An ex diſpoſitione legis incipiat quis heres eſſe ab inteſtato, & alius deſinat heres eſſe ex teſtamento.*
12 *Statutum non excludit filiam ad tempus vitæ fratris, ita vt eam vocet ad ſucceſſionem poſt mortem fratris aduerſus Baldum.*
14 *Alij errores Baldi & collegij Florentini.*
15 *Autoris ſententia de propoſita quæſtione.*

Prima hæc quæſtio eſt ex iis quas tractat Bartolus ad *dictam l. vltim. §. quando in pendenti. D. ad SC. Tertyll.* eaque celebris, quia diſſentientem à Bartolo Baldum habuit, & conſequẽtes diſſentientes

dissentientes cæteros quoque interpretes, quibusdam Bartoli, aliis Baldi opinionem magis probantibus. Pater filium † heredem instituerat ex asse: filiam verò nuptam & dotatam prætenerat, & adiecerat, *si non valet vel valebit testamentum iure testamenti, valeat iure codicillorum*, quæ vulgaris & amplissima est formula clausulæ codicillaris. Filius decesserat superstite sorore, quæ tanquam à patre prætenta dixerat testamentum patris nullum, adeóque ex eo interpretum errore quem nos hucusque refutauimus, obtinuerat. Quærebatur de fideicommisso, id est, an per clausulam codicillarem videretur grauata filia de portione sua per fideicommissum restituenda heredibus fratris prædefuncti. 2 Bartolus † putabat quæstionem in eo esse, An testamentum retrò nullum fuisset, necne: vt si retrò nullum fuisset, id est, etiam viuo adhuc filio, quamuis non nisi post mortem filij tale declaratum esset, tunc filia teneretur heredibus fratris fideicommissum restituere, quia dies fideicommissi viuo filio omnimodo valuisset, nec nisi post eius mortem nullum esse cœpisset, tunc nihil prodesset filij heredibus supradicta clausula codicillaris, tanquam quæ non habuisset effectum nisi post mortem filij, quo proinde viuo fideicommissi dies non cessisset. Itaque filij heredibus fideicommissum non deberetur, sed remaneret apud filiam grauatam ex *l. vnica. §. sin autem sub conditione. C. de caduc. tollend. l. si in personam. C. de fideicomm.* Cùm enim clausula codicillaris semper habeat conditionem illam siue expressam, siue tacitam *si testamentum non valeat*, ita vt nullo vnquam casu possit euenire vt valeat testamentum valente clausula codicillari, aut contrà: certum est prius esse vt eius clausulæ conditio impleatur, id est, vt testamentum non valeat, quàm vt ea clausula effectum aliquem habere possit. In proposita igitur quæstione eò recidit Bartoli distinctio, vt distingui rursum oporteat quomodo concepta sint verba statuti, An ita vt disposuerit statutum duntaxat circa personam filiæ dotatæ in hunc modum, *quandiu masculi supererunt filia dotata non succedat*, an verò disposuerit etiam circa testamentum, hoc modo *quandiu masculi supererunt, filia nupta non possit rumpere testamentum.* Priore casu respondendum erit cum Bartolo pro heredibus filij, posteriore verò pro filia secundùm eam distinctionem eiusdem Bartoli quam supra retulimus & refutauimus. Porrò statutum Perusinum, de quo Bartolus consulebatur, ita conceptum erat, vt disponeret circa personam filiæ tantùm, non autem circa testamentum. Verba enim illa erant, *Filia dotata non succedat quoadusque superuixerit aliquis masculus*, vt idem Bartolus refert ad *d. §. quando in pendent. num.* 1. Ergo pro filij heredibus in ea specie quæ proponebatur, respondendum putauerat Bar- 3 tolus, & responderet Baldus † contrà, cùm esset aduocatus partis aduersæ, defendebat, nihil posse hîc operari clausulam codicillarem, sed hereditatem remanere penes filiam sine onere, vt ipse refert ad *l. 2. C. de liber. prat. num. 7. & ad l. si quis filium 34. num. 7. C. de inoff. testam.* Mouebatur ex eo, quòd illa conditio, *si non valet, vel valebit iure testamenti*, nunquam fuit impleta viuo filio masculo, sed eo demum mortuo, nec testamentum retrò nullum fuit, vt vult Bartolus, sed cœpit nullum esse ex nunc, id est, ex quo die potest filia succedere, ac proinde ex eo die quo filius mortuus est. Super qua quæstione idem Baldus refert Rayne- 4 rium † quendam de Forlino, & collegium Senense consuluisse, quòd filia nihil poterat habere, neque testamentum in quo prætenta fuerat, nullum dicere, quia tempore mortis patris & aditæ hereditatis per filium masculum se inuenit exclusam ex forma statuti, & nunquam potest redire ad ius dicendi nullum, nec de iure ciuile, nec de iure prætorio cùm inueniat hereditatem alij applicatam arg. *l. in quibus 7. C. de secund. nupt.* Nullum enim nisi tunc tempore mortis, confirmatur testamentum inexpugnabiliter, *l. si quis filio 6. D. de iniust. rupt.* Et ideò in tota *l. Gallus 19. de liber. & posth.* non consideratur, nisi quis præcedat an filius, an nepos tempore mortis testatoris. Sentiebant igitur isti non minùs contra Bartolum, quàm contra Baldum. Nam sicut Baldus respondebat indistinctè pro filia, ita isti indistinctè contra filiam, Bartolus verò non nisi cum supra dicta distinctione. Baldi tamen sententiam, vt ipse gloriatur, probat collegium Florentinum, nec dubitabat quin filia succederet in dimidia parte hereditatis ab intestato non obstante clausula codicillari. Ad eas verò rationes † quæ à collegio Senensi adferebantur: respondebat collegium Florentinum, filiam istam esse heredem ano malam, vt Baldus loquitur, & concedebat hereditatem quidem totam fuisse filio applicatam, sed nihilominus ex dispositione legis municipalis pro parte dimidia euinci posse mortuo filio masculo sine liberis. Quasi non sit nouum quod ex dispositione legis vnus incipiat, & alius desinat heres esse ex not. ad *l. in substitutione 31. D. de vulg. pupill. substitut. & Instit. de eo cui libert. cauff. bon. addic. §. vltim.* Nam statutum, inquit Baldus, excludit regulas iuris communis excludendo filiam ad tempus vitæ fratris, sed postea includendo & integrando ipsam ad successionem, argum. *l. statutum 11. §. Stichum, de legat. 2.* Concludit itaque Baldus, verè filium interim heredem esse in solidum ex testamento, & non filiam, sed mortuo filio rem redire ad causam intestati ex defectu & vitio præteritionis, & sic causam finalem, quæ in medio tempore obstitit filiæ, deficere per mortem masculi, ita quòd filia possit succedere sine obstaculo tanquam ex nunc, id est, post amotionem obstaculi finalis. Ex quo infert ille non placere sibi consilium collegij Senensis, quia non sumus in materia statuti, sed simplici materia iuris communis. Nec rursus consilium Bartoli, quia sequeretur quòd interim masculus non esset heres, & non posset agere, nec conueniri: vel posito quòd posset conueniri per *l. vlt. C. de hered. pet.* tamen agere non posset vt not. ad *d. l. vlt. iunct. l. 1. §. apud Iulianum. D. depos.* Ergo cùm istas tam magnas video conditiones inter tantos Doctores, adeóque inter ipsa Doctorum collegia, de re quæ nullam prorsus, aut sanè perexiguam dubitationem admitteret, si iuris ratio non violaretur, facere non possum quin exclamem, Deus bone, quàm misera non tolùm iurisprudentiæ nostræ, sed hominum omnium conditio est, quorum fortunas in iure tam aperto dubias facit infelix ista & litigiosa interpretum imperitia, quam tamen pro certa lege sequi cogantur etiam reluctante conscientia ij quoque iudices † qui sint peritiores, si non 6 præterea tales sint qui legis condendæ habeant potestatem. Supremos magistratus intelligo, quibus solis liberum est à Bartoli, receptisque interpretum traditionibus, quanquam id quoque perratò, recedere, quia & legem facere possunt, aut saltem legi similem constitutionem. Nos qui legem facere non possumus, legum tamen iam factarum autoritatem, quantum in nobis est, tueamur: dico † neque Bartolum, neque Bal- 7 dum, neque collegium aut Senense, aut Florentinum respondisse quod in proposita quæstione responderi ex iuris ratione oportuit, sed, quod malè iactis principiis euenire necesse fuit, iisdem fetè erroribus deceptos omnes in diuersas quidem, sed omnes erroneas distractos fuisse sententias, etsi collegium Senense videtur mihi ad veritatem propiùs accessisse. Errant enim omnes in eo in quo consentiunt, nec minùs tamen in eo quoque in quo dissentiunt. Consentiunt † & errant 8 omnes in eo quod putant statuto ita concepto, *filia non succedat quoadusque masculus aliquis supererit*, posse

posse filiam succedere, adeóque ad successionem inuitari ex statuto: sed grauiùs cæteri qui addunt, etiam posteaquam masculus heres extiterit, si modò mortuus proponatur. Consentiunt, & errant omnes in eo quod putant & pro certo habent, Posse fieri per statutum vt quis heres sit ex tempore & ad tempus: sed grauiùs illi qui putant posse fieri per statutum vt possit quis heres esse ab intestato, postquam alius heres fuit ex testamento. Quæ omnia falsa sunt, & in præcedentibus plus quàm satis refutata. Longè melùs collegium Senense hac parte sensit quod & nos sentimus, fieri nullo modo posse, nec magis per statutum quàm ex iure commmuni, siue ciuili, siue prætorio, vt post mortem filij succedat filia in hereditate patris, quæ iam masculo acquisita, & vt loquebantur, applicata reperiatur. In quo igitur maximè errauit collegium
9 Senense? In eo † quod cum cæteris credidit filiam in proposita specie potuisse impunè à patre præteriri, ita vt nullo tempore possit testamentum ob eam causam nullum dicere. Verius enim est quod probauimus in Error. 2. & 3. huius Decadis, filiam istam, nil obstante exclusione statutaria, fuisse patri suam heredem, & quidem vtroque tempore, & testamenti & mortis: ac proinde ipsius præteritione testamentum ab initio nullum fuisse. Hoc enim constituto, statim illud etiam consequens fit, masculum ex eo testamento heredem existere non potuisse, nec magis quandiu vixit, quàm post mortem suam, sed per contra tabulas partem dimidiam hereditatis ad filium, aliam dimidiam ad filiam pertinuisse, licèt nulla pars potuerit ad filiam pertinere ab intestato. Et, quod addebat collegium Senense, testamentum confirmari inexpugnabiliter, si tempore mortis nullitas nulla sit, tanto magis pro filia faciebat. Nam & mortis & testamenti tempore inspecto suberat nullitas testamenti, quæ impediebat ne per legem confirmari posset ob filiæ, eiusdémque suæ heredis præteritionem, cùm nulla dum eo tempore esset exclusio statutaria, quippe quæ non possit incipere nisi post mortem, & ex quo instanti succedi potest. Confirmatio autem testamenti per legem fit, & fieri necessariò debet eo instanti, quo quis moritur, non quo mortuus iam sit, vt suo loco demonstrauimus. Ergo priusquàm exclusio statutaria vires suas exercere possit. Postremò quòd iidem Senenses dicebant in tota lege *Gallus* 29. *de liber. & posthum.* non considerari nisi quis præcedat, an filius, an nepos tempore mortis testatoris, pro filia ipsa maximè vigebat. Si enim tempus mortis inspicias, non minùs tua heres est filia quàm filius, cùm & in potestate sit, & in eodem gradu, id est, in primo, etiam quòd ad causam succedendi, saltem ex testamento, quamuis non æquè ab intestato. Sed & fallum est in specie *l. Gallus* non considerari nisi tempus mortis. Nam imò verò quod ad testamenti validitatem attinet, consideratur maximè ac præcipuè tempus ipsius testamenti, non mortis: ideóque nimirum necessaria est ante omnia institutio filij, vt testamentum valeat, quamuis necesse sit tempore mortis testatoris iam mortuum esse filium ad hoc vt posthumi nepotis institutio valere possit, tanquam quæ fiat sub ea necessaria, & expressa conditione, *si filius viuo testatore moriatur*, *d. l. Gallus. in princip. & §. in omnibus, & pass. eod. lege.* Quemadmodum igitur filius Aquilianus obstat nepoti Aquiliano in causa testati, quamuis certum sit eum filium ab intestato nunquam successurum (qui enim præmoritur, succedere patri suo ab intestato nunquam potest) ita & in specie nostra dicendum est, filiam, licèt ab intestati successione per statutum exclusam, obstare fratri in causa testati, non quidem in eo ne frater possit instituí, quomodo filius anté excogitatam formulam Aquilianam obstabat institutioni nepotis, sed hactenus ne possit filius heres esse ex eo testamento in quo filia hæc prætenta fuerit. Dices filium Aquilianum esse capacem successionis ab intestato, ideóque mirum non esse quòd ipsius præteritione testamentum sit nullum: aliud verò iuris esse in filia, de qua tractamus, quam ponimus per statutum exclusam esse à successione intestati. Verùm facilis responsio est, filium quidem posse & debere patri succedere ab intestato, sed non filium Aquilianum, id est, quem instituendum esse diximus in formula Galli Aquilij: hunc enim ponendum necessario est morituum esse viuo patre, ac proinde nunquam patri successurum. Alioqui posthumus ex eo nepos institui nullo modo posset. Quidni ergo valebit testa-stamentum in quo posthumus nepos fuerit heres institutus sub ea conditione, *si filius meus me viuo moritur*, tametsi præteritus sit filius? Nimirum quia eo quoque casu, quo filius primi gradus moriatur, licèt certum sit nunquam successurum illum ab intestato, non eo minùs tamen verum est esse illum suum heredem, & in potestate tempore testamenti, & consequenter talem qui non potuerit præteriri. In filia porrò, de qua agimus, eadem ratio locum habet, imò maior, quia etiam secundùm interpretes succedere aliquo casu ab intestato potest: nec tantùm si filius viuo testatore moriatur, qui casus nullam habet dubitationem: sed etiam si patri quidem superstes sit filius, sed patri ab intestato succedere ex aliqua causa vel nolit, vel non possit. Quis ergo ferat impunè ipsam præteriri, & in æstimanda validitate testamenti tempus illud inspici, quo testator iam sit mortuus, non autem illud, quo testamentum faciebat, nec illud etiam quo moriebatur? Sed grauior, vt iam diximus, Bartoli, † Baldi, & Collegij Florentini error 10
fuit in eo, quòd putarunt filiam præteritam posse post mortem filij ab intestato succedere, quamuis filius, quandiu vixit, heres fuerit, adeóque ex testamento. Id enim non modò absurdum, sed etiam penitus impossibile est, vt in præcedentibus probauimus. Nec quòd filiam hanc anomalam heredem vocant, facere potest vt ob id solùm in eius persona sint negligendæ omnes normæ & regulæ iuris: multò minùs verò vt possit euincere partem hereditatis, quæ tota fuerit filio masculo acquisita, licet filius sine liberis decesserit. Nec enim statuti verba id ferunt, quæ nihil aliud habent, nisi vt è contrario filia non succedat, quandiu masculus aliquis superuixerit, eo nimirum casu, quo alioqui succedere ex iure communi posset, tantum abest, vt filiam vocare statuentes voluerint eo casu, quo etiam semoto succedere tamen ex iure communi non posset. Quàm verò alienius illud est, vt possit hereditatem euincere fratris heredibus, cùm de eo nullum penitus verbum sit in statuto? Itaque, vt apparet, deficitur hæc filia non tantùm potestate, sed etiam voluntate statuti, *argum. l. penultim. D. de testament. tutel.* vbi cùm quidem proponeretur tutores ita decessisse, *Lucium Titium tutorem do, si is non vixit, tum Caium Plantium tutorem do:* negat Iauolenus post Trebatium posse admitti Plantium post mortem Titij, si Titius vixerit, & tutelam gesserit: quòd illa verba, *si is non vixit*, ad mortis tempus referantur, quamuis tutela, præsertim testamentaria, sit ex earum rerum genere, quæ & ex tempore, & ad tempus dari possunt, *leg. tutor* 8. §. *tutorem. eodem tit.* Quanto magis idem in hereditate dicendum est, quæ nec ad tempus, nec ex tempore dari potest? Maximè cùm verba statuti siue de succedendo, siue de non succedendo loquantur, non de alio tempore possint intelligi, quàm quo possit succedi? deinde quid si filius decessisset nullo quidem superstite masculo, sed relicta filia? Dicendum esset secundùm Baldi & Doctorum

Florentinorum

Florentinorum ſententiam, adhuc fore, vt poſſet filia præterita euincere partem hereditatis filiæ prædefuncti, quia æquè verum eſſet dicere, maſculum nullum ſupereſſe. Et tamen annon eſſet abſurdum, eum maſculum, qui ex toto aſſe heres fuiſſet, quandiu vixiſſet non poſſe tranſmittere totam hereditatem ad filiam ſuam eandémque heredem? *argument. leg. cum auus* 102. *D. de condic. & demonſtrat. leg. cum acutiſſimi* 30. *Cod. de fideicommiſſ. leg. cum pater* 77. *§. cum inter. De legat.* 2. Idque nec Baldus ipſe negare audet, qui cùm ait huius hereditatis dimidiam poſſe per filiam euinci ex diſpoſitione legis municipalis mortuo filio, addit *ſine liberis*, nec adiicit *maſculus*, quod tamen adiiciendum erat ſi putabat Baldus eam ſententiam induci poſſe ex verbis ſtatuti, Statutum enim Perusinum, de quo tractamus, non excludit filiam niſi fauore maſculorum, & quoadusque maſculus aliquis ſupererit: verum autem eſt, maſculum nullum ſupereſſe, quamuis ſupertit filia ex maſculo. Rurſus quod dicebant Doctores Florentini, non eſſe nouum
11 vt ex diſpoſitione † legis incipiat quis heres eſſe ab inteſtato, & alius deſinat heres eſſe ex teſtamento, falſum eſt. Caret enim id exemplo, & ratione, ſi excipias caſum illum, de quo in *d. l. in ſubſtitutione* 31. *D. de vulg. & pupill. ſubſtitut.* id eſt, quo teſtamentum reſcißum ſit per querelam inofficioſi teſtamenti: qui tamen caſus ad propoſitam ſpeciem aptari nullo modo poteſt. Sed quod addit Baldus, ſtatutum hoc exclu-
12 dere regulas iuris communis, excludendo filiam † ad tempus vitæ fratris, & poſteà includendo & integrando eam ad ſucceſſionem: hoc verò eſt quod ferè nullomodo poſſum. Etſi enim fateor, huiuſmodi ſtatutum excludere regulas iuris communis, cùm excludit filiam, quæ alioqui ſimul cum fratre ſucceſſura eſſet ab inteſtato, nego tamen quod ille ſupponit, in ſtatuti verbis, *filia non ſuccedat quoadusque maſculus aliquis ſupermixerit*, excludam eſſe filiam ad tempus vitæ fratris ſim; licitet: ſed dico excludi filiam per ſtatutum ne poſſit ſuccedere quandiu frater & viuit, & in eo eſt, vt ſuccedere poſſit. Vbi verò frater ſucceſſit, non iam eſſe excluſam filiam ad tempus, ſed in perpetuum, nec propter ſtatutum, ſed propter acquiſitionem hereditatis in perſona filij ſecutam. Itaque quod ſubiungit Baldus, eodem ſtatuto excludi & integrari filiam ad ſucceſſionem poſt mortem fratris, non poteſt verum eſſe illo caſu quo frater heres fuerit, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato. Non enim ad hunc effectum conſequendum ſola redintegratio ſufficeret, ſed alio ac multo potentiore remedio eſſet opus, vt filia hæc poſſet ſuccedere poſt mortem fratris qui heres patri extitiſſet. Quid enim aliud poſſet facere ſtatutum redintegrando expreſſim filiam, puta his verbis, etiam ſi voles, additis, *deficientibus verò maſculis filia ad ſucceſſionem redintegretur*, niſi vt filia redderet quod ei ſtatuaria exclutio abſtulerat? Atqui licèt ſtatutum excludat filiam ne poſſit cum fratre concurrere, partemque ipſi facere ab inteſtato, attamen vbi filius ſolus ſucceſſit, iam eſt excluſa filia in perpetuum, ne poſſit vnquam ſuccedere, non propter ſtatutum, ſed propter hereditatis acquiſitionem. Nihil ergo fecerit ſtatutum, etſi redintegret filiam ad iura priſtina amouendo obſtaculum ſtatuti, niſi etiam amoueat obſtaculum acquiſitionis: quod eſſet multò plus quàm redintegrare. Eſſet enim tribuere filiæ plus iuris, quàm fuerat habitura, etiam ſi per ſtatutum excluſa nunquam fuiſſet. Nam etſi ſtatutum nullum extaret, non tamen hoc ius haberet filia, vt poſſet vnquam ſuccedere in ea hereditate, in qua frater aliquando ſucceſſiſſet. Potuiſſet quidem ipſa ſuccedere cum fratre, & eo caſu nunc partem dimidiam hereditatis haberet, quod vnum Baldus inuetur. Sed tamen non potuiſſet ſuccedere poſt fratrem, qui porrò etiam circa ſtatutum potuiſſet ſolus ſuccedere pluribus caſibus, puta ſorore vel exheredata, vel per renuntiationem excluſa, aut aliqua de cauſa cum fratre concurrere, vel non volente, vel non valente. Ergo erat opus nouo ſtatuto, nec tantùm redintegratorio, ſed etiam noui iuris inductiuo, vt ex eo poſſet filia ſuccedere pro ſua parte, etiam poſtquam maſculus in ſolidum heres extitiſſet: idque admiſſo etiam eo, quod tamen ſemper negabo, per ſtatutum fieri poſſe vt hereditas vni iam acquiſita iterum alteri acquiratur, tanquam ab eodem patrefamiliâs immediatè procedens. Sed omnium errorum † grauiſſimus ille eſt, in quo tamen omnes con- 13
ſentiunt, quòd putant ſtatutum, cuius verba diſertè ad cauſam inteſtati reſtricta ſint, protrahendum eſſe ad cauſam teſtati, vt filia, quæ ab inteſtato ſuccedere prohibetur, de teſtamenti quoque iure diſputare prohibeatur. Item in eo quod addunt Florentini Doctores cum Baldo, Etiam poſteaquam filius heres extitit patri ex teſtamento, redintegratam † nihi- 14
lominus video filiam ad inteſtati ſucceſſionem. Nam & hæc plus quàm redintegratio eſſet, cùm facto teſtamento ex quo filius heres fuerit, in ſolidum excluſa ſit filia à ſucceſſione, non per ſtatutum, ſed per teſtamentum primò, deinde per ſubſecutam hereditatis ex teſtamento acquiſitionem. Non poſſet igitur redintegratio aduerſus ſtatutum facta reddere filiæ ius quod ei non ſtatutum abſtuliſſet, ſed teſtamentum & acquiſitio hereditatis ex teſtamento, & egeret filia redintegratione aduerſus teſtamentum ipſum, itemque aduerſus acquiſitionem hereditatis, quorum tamen neutrum eſt quod vllo modo inferre poſſis, ne per ſomnium quidem ex ſupra dictis illis verbis ſtatuti, *filia non ſuccedat quoadusque maſculus aliquis ſupererit*, quia neque ad caſum teſtati pertinent, neque ad illum quo filia ſit excluſa per hereditatis acquiſitionem in alterius perſona ſecutam. Errant igitur rurſum iſti omnes in eo, quòd volunt hanc filiam à patre præteritam impunè, quandiu maſculus vixit, poſſe adhuc poſt mortem filij rumpere teſtamentum, quod iam fuerit confirmatum, & habuerit viuo filio pleniſſimum effectum. Sed errat grauius Bartolus quàm Baldus, cùm vult filiam hanc ita rumpere teſtamentum poſt mortem filij, vt retro nullum fuiſſe teſtamentum videatur. Nam & hoc ſuprà refutauimus. Mea igitur ſententia eſt. In propoſita † ſpe- 15
cie, teſtamentum in quo præterita eſt, filia, nullius eſſe momenti, quamuis excluſa eſſet illa per ſtatutum. Neque tamen ideò poſſe illam ab inteſtato ſuccedere, cùm ab inteſtati ſucceſſione excluſa ſit, ſed poſſe exemplo cuiuſlibet alterius ſui heredis præteriti petere bonorum poſſeſſionem contra tabulas, atque ita rem habere nil obſtante excluſione ſtatuaria, quippe nullomodo ad hunc caſum pertinente: quod pluribus à nobis probatum eſt in Error. 3. ad fin. Secundùm quam ſententiam ſuccedet filia præterita in dimidia parte bonorum, non poſt mortem filij, vt Bartolus, Baldus & alij putant, ſed viuo ipſo filio.

Beneficium enim bonorum poſſeſſionis
contra tabulas commune eſt liberis
omnibus qui eo vti volunt,
& qui in eodem
ſunt gradu.

* * *

ERROR

ERROR VIII.

De poteſtate clauſulæ codicillaris cùm teſtamentum nullum eſt ex cauſa præteritionis, & ſucceditur per contra tabulas.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio in ſupra propoſita ſpecie expendenda, An ob clauſulam codicillarem teneatur filia reſtituere filio ſuam hereditatis partem.*
2 *Bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas quando detur.*
3 *Succedit ex teſtamento qui ſuccedit per contra tabulas.*
4 *Teſtamenti & Tabularum differentia.*
5 *In propoſita ſpecie clauſula codicillaris nullum eſſe effectum.*
6 *Clauſula codicillaris quid.*
7 *Quid iuris ſit ſtatuto ita concepto, filia dotata neque teſtamentum rumpat, neque ab inteſtato ſuccedat, quandiu maſculus aliquis ſupererit. & n. 9.*
8 *Conditio clauſulæ codicillaris defecit ſtatim atque teſtamentum valuit.*
10 *Quando non poſſit filia excluſa per ſtatutum ſuccedere petita contra tabulas bonorum poſſeſſione.*
11 *Excluſionis conuentionalis & ſtatutariæ differentia.*
12 *Filia excluſa à ſucceſſione inteſtati non illico cenſetur excluſa à ſucceſſione teſtati, nec contrà.*
13 *Impunè præteriri poteſt filia excluſa per ſtatutum ab omni ſucceſſione teſtati & inteſtati.*
14 *Præteritione filiæ omnimodo excluſa teſtamentum eſt nullum etiam quod attinet cæteros liberos.*
15 *Non eſſe contrarium quod ſupra dictum, alios rumpere non poſſe teſtamentum per contra tabulas ex perſona filiæ quæ ad eam bonorum poſſeſſionem admitti nequeat.*
16 *Cùm ob ſororis præteritionem teſtamentum patris eſt nullum, fratres ſine inſtituti ſine exheredati ſuccedunt ab inteſtato.*
17 *Cautela ad eludendam poteſtatem clauſulæ codicillaris.*
18 *Error Bartoli & Baldi de tranſmiſſione fideicommiſſi.*
19 *Fideicommiſſum vniuerſale non tranſmittitur ad fideicommiſſarij heredem, ſi fideicommiſſarius ante reſtitutionem deceſſerit.*

1 SOla igitur quæſtio † illa ſupereſſe poteſt, An ob clauſulam codicillarem teneatur filia reſtituere partem hereditatis ſuam, non heredibus filij, quo adhuc viuo ſuccedit, ſed ipſi filio: vt proinde otioſum & ſuperuacuum ſit quærere id, in quo vno tamen interpretes tantopere laborant? An fideicommiſſi dies ceſſerit viuo filio, necne? & an ruptum fuerit teſtamentum per filiam viuo adhuc maſculo, an poſt mortem demum maſculi. Rumpit enim per contra tabulas, & rumpendo ſuccedit ſimul cum fratre, non poſt fratrem cui omnino obſtat ne poſſit petere bonorum poſ-
2 ſeſſionem ſecundùm tabulas, quàm † certum eſt à prætore dari nunquam quoadusque expectatur qui contra tabulas petere poſſit, *l. 2. D. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tabul.* Tantum diſtat vt poſſit frater ex eo teſtamento, quod iure iniuſtum & nullius momenti eſt, adire, & ſibi iure ciuili acquirere hereditatem. Cùm ergo teſtamentum ab initio non valeat ipſo iure, videtur exiſtere codicillaris clauſulæ conditio expreſſa, quæ illa eſt, *ſi teſtamentum non valet iure teſtamenti*, & conſequenter rogata eſſe filia, vt partem ſuam hereditatis, quam ideò ſequitur quod teſtamentum ſit nullum, fratri ſuo reſtituat ex fideicommiſſo.

At ego neque hoc admittendum eſſe puto: quia licèt filia ſuccedendo per contra tabulas ſuccedat contra patris voluntatem, non tamen ſuccedit ab inteſtato, ſed potiùs ex teſtamento §. *ſunt autem. Inſtit. de bonor. poſſeſſ.* Dicitur enim ſuccedere † ex teſtamento quiſquis 3
ſuccedit per contra tabulas, non quaſi minimè ſuccedat contra teſtamentum, quod ſi nullum factum eſſet, neceſſario ſuccedendum ei eſſet ab inteſtato: & quemadmodum non ſucceditur ab inteſtato ſiue ciuili, ſiue prætorio iure quandiu vel aditi hereditas iure ciuili poteſt, vel bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas peti, quæ ſit cum re, ita neque quandiu bonorum poſſeſſio contra tabulas peti poteſt, cùm bonorum poſſeſſio contra tabulas præcedat bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas *d. l. 2. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tab. iunct. l. 2. D. vnd. liber.* ſufficiatque ad eam impetrandam vt tabulæ tales ſint, ex quibus potuerit aliquo caſu peti bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas, licet poſtea id neque ſecutum ſit, neque ſequi potuerit, vt loquitur *I.C. in l. quod vulgo* 19. *D. de bon. poſſ. contr. tab.* quorum verborum quis ſenſus ſit, pluries explicauimus. In propoſita verò ſpecie etſi teſtamentum ipſo iure nullum eſt, tabulæ tamen non ſunt nullæ, quominùs ſecundùm eas bonorum poſſeſſionem dare poſſit prætor, ſi modo ſeptem teſtium ſignis ſignatæ ſint, & habuerit teſtator factionem teſtamenti vtroque tempore, teſtamenti ſcilicet & mortis, *l. 1. §. exigit. D. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tab.* Aliud ſiquidem eſt dicere teſtamentum, aliud verò dicere tabulas. Teſtamenti † nomen, iuris nomen eſt. Ta- 4
bularum verò nomen, facti & corporis. Indéque eſt quod præteritio ſui heredis, quamuis faciat nullum teſtamentum, non tamen facit nullas tabulas, quæ ſi nullæ eſſent, vtique nec ſecundùm eas, nec contra eas bonorum poſſeſſio dari poſſet: quod nec nos ipſi aliquando videmur ſatis benè obſeruaſſe. Etſi autem bonorum poſſeſſio, quam prætor dat ſecundùm tabulas teſtamenti, in quo filius fuit præteritus, non eſſet futura cum re, ſi filius præteritus vellet vti iure ſuo, & hereditatem ab inteſtato vindicare, etiam poſteà quàm excluſus eſſet vel tempore, vel repudiatione à bonorum poſſeſſione contra tabulas: poteſt tamen aliquo caſu eſſe cum re, quamuis occaſione magis quàm iure, ſcilicet ſi filius præteritus exequi ius ſuum nolit, nec partem ſuam fratribus auocare, neque per contra tabulas, neque ab inteſtato. Et quamuis omni caſu futura eſſet ſine re, non eo minùs tamen peti poſſet contra tabulas, quia ſufficit eiuſmodi eſſe tabulas, vt ſecundùm eas potuerit dari bonorum poſſeſſio, ſiue cum re, ſiue ſine re. Nec enim Tryphonius diſtinguit in *l. quod vulgò*, vbi ſatis apertè ſcribit ſufficere vt non ſit inanis & ſine effectu bonorum poſſeſſio contra tabulas. Inanis porrò non eſt, cùm impedit ne dari vnquam poſſit ſecundùm tabulas, quæ alioqui daretur. Hoc igitur admiſſo, vt filia hæc præterita, nec niſi à ſucceſſione inteſtati per ſtatutum excluſa, poſſit rumpere teſtamentum per contra tabulas, atque ita ex teſtamento ſuccedere (Perufinum enim ſtatutum, de quo loquimur, nihil diſponit circa teſtamentum, ſed tantùm circa perſonam filiæ quantum ad ſucceſſionem inteſtati) dico † non eſſe impletam conditionem clau- 5
ſulæ codicillaris, quæ licèt ita concipiatur, *ſi teſtamentum non valeat iure teſtamenti*, hunc tamen ſenſum habet, *ſi ab inteſtato ſuccedetur.* Quid enim aliud eſt † clau- 6
ſula codicillaris, quàm codicilli ab inteſtato facti, per quos rogatus videtur quiſquis ab inteſtato ſucceſſurus eſt, vt hereditatem ſcripto heredi reſtituat? *l. ab inteſtato 16. & paſſ. D. de iur. codicill. l. Titia* 13. *D. de inoff. teſtament. l. Lucius* 88. §. *virum. De legat. 2. leg. ex ea ſcriptura* 29. §. 1. *D. qui teſtament. facer. poſſ.* In ſpecie autem noſtra licèt teſtamentum non valeat ipſo iure

propter

valeat ipso iure propter suæ heredis prætetitionem, non ideo tamen succeditur ab intestato, sed ex testamento per contra tabulas, vt dictum est. Clausula ergo codicillaris nihil operari potest tanquam cuius conditio defecerit. Qua etiam ratione cessante, adhuc dicendum esset, rupto per bonorum possessionem contra tabulas toto testamento, nulla alia legata vel fideicommissa deberi posse, quàm quæ prætor excipit, & præstari voluit edicto *De legat. præst. bonorum possess. contra tabulas perit.* Quod si ageremus † de statuto ita 7
concepto, *filia dotata neque testamentum rumpat, neque ab intestato succedat quandiu masculus aliquis supererit*, tunc quia hæc filia non magis posset admitti ad bonorum possessionem contra tabulas, quàm ad successionem intestati, neque viuo filio qui ex testamento heres esse vellet, neque post ipsius mortem, postquàm ipse, siue ex testamento siue ab intestato heres extitisset, æquè superuacua & ridicula esset quæstio, An censeretur rogata de restituenda per fideicommissum hereditate propter clausulam codicillarem, quandoquidem æquè verum esset defecisse conditionem clausulæ codicillaris quantum ad filiam præteritam, quippe quæ ab intestato non magis succederet, quàm si testamentum vel omnimodo valeret, vel per bonorum possessionem contra tabulas rumperetur. Prius namque est, vt quis ab intestato succedat, quàm vt per clausulam codicillarem de hereditate, vel tota, vel pro parte restituenda rogatus videatur cùm ab aliis non possit fideicommissum ab intestato relinqui, quàm qui legitimi heredes futuri sunt, *l. 3. l. conficiuntur* 8. §. 1. *D. de iur. codicill. l ab exheredati* 126. *De legat.* 1. Idque expeditius erit, si defendas cum Baldo filium instituturn potuisse heredem esse, & fuisse ex eo testamento quandiu vixit. Non enim potest negari quin † defecerit conditio clausulæ codicillaris statim atque testamentum valuit vel vno instanti: at multo magis si adeo valuerit, vt confirmatum sit per additionem, siue ponas concepeam esse exclusam per verbum præsentis temporis *si non valet iure testamenti*, siue per verba illa etiam futuri temporis quæ Bartolus addit *vel non valebit*. Nam præter id quod distinctio illa tota commentitia est, & alibi à nobis confutata, certum etiam est verba illa, quantumlibet ad futurum tempus relata non posse extendi vltra tempus illud quo agnita fuerit & acquisita ex eo testamento hereditas: cùm exinde non possit fieri vt vllo casu non valeat testamentum, aut vi rumpatur, quod semel per acquisitionem hereditatis fuerit confirmatum; extra eum casum quo inofficiosi testamenti querela proponi possit, per quam tamen nec nullum dicitur, nec rumpitur, sed rescinditur, tanquam quòd & valeat ipso iure, & ita valeat vt ipso iure rumpi nunquam possit nec per prætorem. Quis 9
ergo † hereditatem patris habebit hoc casu? Filius qui heres institutus fuit, & quidem totam, adeóque in perpetuum, non ad tempus vitæ suæ, sed non tanquam heres ex testamento: quod toties diximus ipso iure nullum esse ob suæ heredis præteritionem, non obstante statutaria exclusione, sed vel ab intestato, si velit, vel si malit, iure bonorum possessionis secundùm tabulas, si nihil aliud desit ex solennibus à prætore requisitis, cùm neque subsit metus vllus repetendæ bonorum possessionis contra tabulas, ad remorandam eam quæ datur secundùm tabulas, neque supersit persona quæ hereditatem vllo casu possit euincere ab intestato, & facere vt sine re sit bonorum possessio secundùm tabulas data. Ponimus enim agi tem inter filium & filiam duntaxat, nec alios esse liberos qui ab intestato succedere & possint, & velint. Si enim fingeres in eo testamento, in quo præterita fuit filia institutum fuisse siue in totum, siue pro parte extraneum aliquem, aut plures fuisse testatori masculos, eósque omnes quidem institutos, sed ex disparibus portionibus, vt proinde interfit vel masculorum omnium, vel eorum saltem, qui ex minore parte scripti sunt, ab intestato succedere, potiùs quam per bonorum possessionem, secundùm tabulas, non esset dubitandum, quin is qui testamento scriptus esset, siue filius, siue extraneus, neque testamento iure ciuili heres fieri posset, neque iure prætorio bonorum possessor cum re. Est enim bonorum possessio secundùm tabulas sine re, quoties adest qui iure legitimo potest euincere hereditatem, vt scribit Vlp. in fragment. *Tit. de bonorum possess.* Neque tamen permittendum puto, vt si qui sint liberi eo testamento instituti, ex minore portione possint petere bonorum possessionem contra tabulas ex persona sororis tanquam edictum committentis. Etsi enim verum est, suam heredem fuisse præteritam, quomodo tamen potest edictum aut sibi aut alius committere, quæ statuto vetatur rumpere testamentum? An non absurdum esset plus iuris habere alios ex ipsius persona, quàm ipsa habeat? Atqui hic † casus est, de quo intelligi volumus quæ disputauimus in Error. 1. Decad. 3. vbi scripsimus filiam exclusam per statutum, non posse succedere ne quidem petita contra tabulas bonorum possessione. Id enim ita verum est, si generaliter exclusa sit, id est, non tantùm à successione intestati, sed etiam à iure quolibet rumpendi testamenti, ne alioqui pugnent quæ de danda huic filiæ contra tabulas bonorum possessione tractauimus ad finem Error. 5. Decadis huius, & vt bona sit comparatio exclusionis statutariæ, & eius quæ inducitur per iuratam renunciationem; de qua ibi ex professo agebamus. Solent enim filiæ cùm renuntiant iurare se nullum ad bona paterna regressum habituras, ex *capit.* 2. *De pactis. in 6.* quibus verbis abdicant à se omne commodum, non tantùm successionis intestati, sed etiam cuiuslibet bonorum possessionis, nisi quæ possit peti secundùm patris voluntatem. In eóque durior est exclusio † conuentionalis 11
quàm soleat esse statutaria, quæ vt plurimùm non pertinet nisi ad causam & successionem intestati, ne quicquam cauet de iure rumpendi testamenti: ideò fortasse quòd nihil necesse sit prouidere masculis cùm pater testatur, cui liberum est, seruatis solennibus iuris de hereditate sua pro arbitrio inter cuiuscumque sexus liberos disponere. Nec sanè ratio vlla est cur filia † non nisi ab intestati successione per statu- 12
tum exclusa contra tabulas petere prohibeatur: aut è contrario, vt filia testamentum rumpere, aut contra testamentum venire prohibita hoc ipso prohibeatur succedere ab intestato; si qua ratione locus fiat successioni intestati, siue quod paterfamilias ab initio intestatus decesserit, siue quòd testamentum ab eo factum ipso iure non valuerit, vel ex post facto per alium quoquomodo ruptum sit. Sunt enim omnes casus isti diuersi, habentque diuersam rationem, cùm fieri potuerit vt statuentes vno casu prouidere voluerint, non etiam alio. Nam cùm testamenti causa sit fauorabilis, quid vetat prohiberi filiam ne rumpat testamentum, & nihilominus posse illam ab intestato succedere? Nam & similiter agnati, qui sunt post fratrem, possunt succedere ab intestato, nec eo magis tamen possunt vincere si agant de inofficioso *leg. . D. de inoffic. testament.* At quid si, vt omnes casus comprehendamus, statutum † ita con- 13
ceptum sit, vt filia non solùm testamentum rumpere aut contra testamentum venire, itémque ab intestato succedere prohibeatur, sed etiam à iure dicendi testamentum nullum excludatur fauore masculorum & quandiu masculi supererunt? Vtique fatendum erit hoc vno casu admittendam esse interpretum sententiam, vt impunè præteriri possit filia, cui nullum aduer-

ſus tantam iniquitatem auxilium ſupereſſe ſtatuentes
14 voluerunt. Sed impunè † quod ad filiam ipſam duntaxat, non etiam quod ad cæteros liberos, ſi aliquorum intereſſit, teſtamentum, quod reuera ipſo iure non valet, pro nullo haberi: niſi ſtatutum præterea expreſsè diſponeret vt huiuſmodi filiæ præteritione teſtamentum nullum dici non poſſet. Nam quemadmodum in iis quæ expreſſim per ſtatutum diſpoſita ſunt maiorem agnoſcimus poteſtatem ſtatuti, quàm iuris communis: ita & in iis omnibus in quibus & ſtatuti & iuris communis ratio haberi poteſt, vtriuſque habenda eſt. Nihil autem vetat vtrumque verum eſſe, vt & teſtamentum ipſo iure nullum ſit, & tamen filia præterita, quæ nullum facit, nullum dicere non poſſit. Sufficit enim vt alij ſint qui poſſint dicere, idque non ad filiæ præteritæ vtilitatem, ſed ad propriam. Nec ſimile aut con-
15 trarium † eſt quod ſuprà diximus, non poſſe alios rumpere teſtamentum per contra tabulas ex perſona filiæ, quæ ipſa ad eam bonorum poſſeſſionem admitti nequeat. Aliud enim eſt de bonorum poſſeſſione contra tabulas, aliud verò de iure dicendi teſtamentum nullum diſputare. In petenda bonorum poſſeſſione contra tabulas facta aliquo petentis opus eſt: at vt teſtamentum ſit nullum, ſola iuris poteſtas facit. Proinde mirum non eſt fratres inſtitutos non poſſe petere contra tabulas ex perſona ſororis præteritæ quæ ipſa ad petitionem non admitteretur, poſſe tamen teſtamentum nullum dicere ob præteritionem ſororis, quæ etiamſi teſtamentum millies approbare vellet, facere tamen nunquam poſſet vt conualeſceret, non magis quàm ſi ante patrem moreretur *l. filium 7. D. de liber. &*
16 *poſthum.* Sed & cùm ob ſororis † præteritionem teſtamentum patris nullum ſit, & iniuſtum, poterunt tamen alij fratres etiam inſtituti aut exheredati ſuccedere ab inteſtato, quamuis ſoror ipſa quæ præterita fuit, & quam ponimus à ſucceſſione inteſtati per ſtatutum excluſam eſſe, ſuccedere non poſſit: nempe, quia non ex ſororis perſona ſuccedunt, ſed ex ſua, licèt ob ſororis ipſius præteritionem. Sed hoc caſu effectum habebit codicillaris clauſula vt videantur rogati liberi iſti ab inteſtato ſuccedent de reſtituenda hereditate per fideicommiſſum ei quem teſtator vel ſolum vel ex maiore parte ſcripſerat heredem: quod tamen non perinde dicendum eſſet, ſi poſſent illi ſuccedere per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ſiue ex propria perſona, ſiue ex perſona ſororis præteritæ edictum committentis. Nam vt ſupra diſputauimus pro filia, defecit conditio clauſulæ codicillaris quoties ſucceditur per contra tabulas, quia tunc non ſucceditur ab inteſtato, ſed ex teſtamento, adeóque ante teſtamentum, licèt contra-
17 teſtamentum. Eſtque hæc aptiſſima cautio, † & vt loquuntur, cautela, nec dum fortaſſis Cæpollæ, aut alij vlli ex interpretibus vel pragmaticis cognita ad eludendam poteſtatem clauſulæ codicillaris eo caſu quo teſtamentum nullum ſit ob alicuius ex ſuis heredibus præteritionem. Vt nimirum qui præteriti ſunt non ab inteſtato ſuccedant, ſed per contra tabulas, ne dici vnquam poſſit clauſulæ codicillaris conditionem extitiſſe. Poſtremum, quod in huiuſmodi quæſtione aduerſus Bartolum, Baldum, aliósque omnes interpretes
18 notari volo, illud eſt, quòd de fideicommiſſo † per clauſulam codicillarem inducendo ſic diſputant, quaſi in propoſita ſpecie potuerit tranſmitti ad heredes filij ſi modò eius dies ceſſerit viuo filio. Idcirco enim adeò anxiè diſputant. Vtrum teſtamentum retrò nullum & ruptum fuiſſe videatur, an verò ex eo tantùm die quo filius ſit mortuus, quòd priore tantùm caſu, non etiam poſteriore dici poſſit ceſſiſſe diem fideicommiſſi ante mortem filij, vt Bartolus arguimentatur. Neque Baldus meliorem habet rationem contra Bartolum, vt neget filiam præteritam fideicommiſſum vllum debere heredibus filij, quàm quia non rumpat teſtamentum, niſi ex nunc, vt ipſe loquitur, id eſt, ex quo die filius mortuus ſit, nec proinde impleta vnquam fuerit conditio clauſulæ codicillaris viuo maſculo. Itaque non dubitat quin reſpondendum fuiſſet pro heredibus filij ſi dies fideicommiſſi viuo filio ceſſiſſet: In eóque omnes conſentiunt: & errant, meo iudicio, etiam omnes. Fideicommiſſum † enim vniuerſale, 19
etiam cuius dies ceſſerit viuo fideicommiſſario, non ideò tranſmittitur ad fideicommiſſarij heredem ſi fideicommiſſarius ante reſtitutionem deceſſerit, quia non reſtitueretur hereditas ſicuti teſtator voluit ſi heredi fideicommiſſarij reſtitueretur, atque ita non transferrentur actiones, niſi proponas contractam fuiſſe moram ab eo qui hereditatem ex fideicommiſſo reſtituere debuit. Sed de tota illa quæſtione (eſt enim perelegans & ſatis obſcura) tractandum erit pluribus Decade ſequenti. Nunc monuiſſe ſufficiat textus illos quibus mouetur Bartolus vt errorem ſuum tueatur ex *leg. vnic. §. prò ſecundo. C. de caduc. tollend. l. ſi in perſona* 21. *C. de fideicommiſſ.* ad rem non facere, quia ad fideicommiſſa ſingularia, non ad vniuerſalia pertinent, vt poſteà oſtendemus.

ERROR IX.

De filia per ſtatutum excluſa, quandiu maſculus ſupererit, An interim tranſmittat ad heredem ius dicendi nullum, aut ſaltem petendæ legitimæ.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio an filia per ſtatutum excluſa ad heredem tranſmittat ius dicendi nullum teſtamentum patris in quo eſt praterita, à Bartolo, & Bald. agitata.*
2 *Sententia Bartoli filiam ius tranſmittere negantis.*
3 *Baldi in vtramque partem diſputatio.*
4 *Sententia autoris de propoſita quæſtione.*
5 *Teſtamentum in quo ſuus heres præteritus eſt ita nullum eſt vt nunquam conualeſcere poſſit.*
6 *Suus heres præteritus quibus modis rumpat teſtamentum.*
7 *Filiam nihil tranſmittere potuiſſe ad heredes, admiſſis interpretum hypotheſibus.*
8 *Obiectio Baldi diluitur.*
9 *Poſthumus præteritus, viuo patre natus, etiamſi eodem viuo moriatur teſtamentum rumpit: ideoque diſſimile exemplum poſthumi quo Baldus vtitur.*
10 *Filia non poteſt ſuccedere in hereditate patris quæ maſculo iam fuerit acquiſita.*
11 *Bartoli diſtinctiones explosæ.*
12 *An filia excluſa & præterita ius petendæ legitimæ ad liberos tranſmittat.*
13 *Affirmantium firmamenta.*
14 *Negantium rationes.*
15 *Autoris ſententia.*
16 *Cur legitima filiæ de qua quæritur deberi non poſſit.*
17 *Quæ legitima dicatur æs alienum.*
18 *Statutum Ferrarienſe de redintegratione legitimæ filiæ excluſæ.*
19 *Facilius eſt vt filia redintegretur ad petitionem legitimæ poſt extinctos maſculos, quàm ad ſucceſſionem inteſtati.*
20 *Dies incertus pro conditione habetur.*

21 Filia

21 *Filia nullo ſtatuto excluditur à ſucceſſione inteſtati niſi fuerit congruè dotata.*

1 NOn poſſum facere quin hanc queſtionem † ſubiiciam quæ à Bartolo primùm propoſita in *d.l.vlt. §.quomodo in pendente D.ad SC.Tert.n.*3. eadem à Baldo quoque diligentiùs tractata eſt ad *l.*2. *num.*8. *C. de liber.preter.* Præſuppoſito ſtatuto ita concepto, *filia dotata non ſuccedat quoadusque maſculus aliquis ſupererit*, quomodo ſtatutum Perusinum conceptum eſt,& quod ex eiuſmodi ſtatuto filia etiam præterita prohibeatur, dicere teſtamentum nullum quandiu maſculus viuit, non etiam poſt mortem maſculi, quamuis ille patri heres extiterit, An ſi filia interim decedat, id eſt,viuo adhuc filio, poſtea verò filius ſine maſculis moriatur, videbitur tranſmiſiſſe ius ſuum ad heredes vt poſſint dicere teſtamentum nullum, quomodo poſſet filia ipſa ſi
2 hodie viueret. Et Bartolus † quidem reſpondet cum diſtinctione, Vt ſi huius filiæ liberi velint ſuccedere ex perſona matris, non poſſint, quia cùm hereditas matri delata nunquam fuerit, nihil potuit tranſmittere, ne quidem ius deliberandi.*l.cum antiquioribus* 19.*C.de iur. delib.* Si verò velint adire ex perſona propria, poſſint, dummodò fuerint nati aut ſaltem concepti tempore mortis aui *l.*2. *§. ſi quis proximior. D. vnd. cognat.* Ex qua diſtinctione apparet non dubitaſſe Bart. quin hæc filia nihil tranſmittere potuerit, ne quidem ad ſuos deſcendentes, nullúmque ſuccedendi ius habeant ipſius heredes ſi ſint extranei, quippe qui non poſſint ſuccedere ex propria perſona. Nam neque ratio vlla eſt alia, cur putet Bart. non eſſe permittendum nepotibus ex hac filia vt auo materno ſuccedant ex propria perſona ſi fuerint concepti poſt mortem aui, quàm quòd eo caſu ſint extranei, *l. Titius 6. cum l. ſeq. ff. de ſuis & legit.* Baldus † verò in vtramque partem latiùs rem
3 diſputat. Ac primùm pro Bartoli opinione, quòd filia hæc nihil poſſit tranſmittere, quia ius iſtud quod filiæ, quandiu vixit, competit dicendi nullum teſtamentum patris, conditionale eſt, & in diem incertam: Ergo non tranſmiſſibile, *l. heres meus* 79.*iunct. l.quibus diebus* 40. *§. quidam Titio D. de condic. & demonſtrat.* Item, quia cùm filius interim quandiu vixit, fuerit heres efficaciter: Ergo filia non habuit interim ius deliberandi, nec adeundi, quorum tamen alterutrum habere oportet eum, qui velit dicere teſtamentum nullum, *l.ſuus C. de repud.vel abſtin. hered.* Proinde ſi nihil habuit, nihil tranſmittit, *d. l. cum antiquioribus l. ſi quis filium* 34. *Cod. de inoff. teſtam.* In contrarium tamen argumentatur Baldus contra Bartolum ex eiuſdem Bartoli opinione, quam in ſuperioribus illam eſſe diximus, vt in propoſita ſpecie filia ſuccedens poſt mortem filij retrò rumpat teſtamentum, faciátque vt iam inde ab initio nullum fuiſſe videatur. Id enim ſi ita eſt, inquit Baldus,habuit proculdubio filia quod tranſmittere potuerit, licèt deceſſerit antequàm potuerit agere de nullitate, *ex l. ſi primo* 8. *D. de liber. & poſthum.* vbi Pomponius ſcribit, ſi primo herede inſtituto filium exheredauero, à Secundo autem quem Primo ſubſtitui, non exheredauero: & dum pendet an prior aditurus ſit, filius deceſſerit, ſecundùm ſententiam qua vtimur, non fore Secundum heredem, quaſi ab initio inutiliter inſtitutum, cùm ab eo filius non fuerit exheredatus. At quoniam hæc Bartoli ſententia Baldo non probatur, qui, vt diximus contra defendit ita rumpi teſtamentum per hanc filiam præteritam, vt tamen ex nunc tantùm non etiam retrò rumpatur: concludit ille cum Bartolo, non fieri tranſmiſſionem iuris dicendi nullum teſtamentum: ratione illa, quam tamen Bartolus nunquam probaret, quòd interim valeat patris teſtamentum, & quidem cum effectu: ſicut, inquit, cum decedit poſthumus præteritus viuo teſtatore, quia tale ius non eſt adhuc in potentia efficiendi aliquid. Ego verò † quæſtionem hanc otioſam eſſe dico, & inep-
4 tam, vt pote quæ ex præſuppoſitionibus erroneis pendeat. Supponit enim Teſtamentum hoc valere in quo præterita ſit filia, quam ſtatutum à ſucceſſione excludit quoadoſque maſculus ſupererit. Quod tamen falſum eſt. Ab initio enim nullum & inuſitum eſt ob iuſ heredis præteritionem, ita vt non ſolùm valere non poſſit cum effectu, quod vult Baldus, ſed neque in pendenti eſſe, vt Bartolus exiſtimabat. Teſtamentum † namque, in
5 quo ſuus heres præteritus fuit, adeo nullum eſt, vt nec poſſit vllo vnquam caſu vel tempore conualeſcere, nec ſi filius viuo patre moriatur, *l. ſi filius 7. D. de liber. & poſth.* Quòd ſi teſtamentum ab initio valeret, vt illi volunt, ſaltem eſſet, quod tamen pro vero ſupponunt fieri poſſe vt per filiam præteritá rumpatur aliquando. Inauditum enim eſt vt ſuus heres præteritus † rumpat, nili vel agnaſcendo, vel quaſi agnaſcendo, vel ab hoſtibus
6 redeundo, qui omnes caſus nihil cum hoc noſtro ſimile aut commune habent. Rurſus etiam admitteremus filiam hanc poſſe aliquo caſu rumpere ex poſt facto teſtamentum patris, non tamen poſſet eo ſenſu, quo interpretes poſſe volunt, id eſt, illo etiam caſu, quo hereditas agnita fuerit & maſculo acquiſita. Nam nec poſthumus præteritus, nec nepos in locum huius ſuccedens, nec filius ipſe ſeuerus ab hoſtibus ita rumpere vnquam poſſet. Sed ponamus, & habeamus iſta omnia pro veris, vt quæramus & inducamus difficultatem nouam, & qua re vera nulla eſt: At interim decedens filia
7 † tranſmittet aliquid ad heredes ſuos, ſiue ſint ex liberis, ſiue extranei. Dico non poſſe quicquam tranſmittere, ſiue defendas cum Baldo contra Bartolum valuiſſe interim teſtamentum cum effectu, filiumque quandiu vixit, ex eo heredem extiſſe, ſiue cum Bartolo contra Baldum fuiſſe interim teſtamentum in pendenti, & poſteà retrò nullum. Nec enim poteſt in pendenti eſſe quandiu maſculus viuit, niſi filia quoque viuat, & ſuccedere aliquando poſſit. Magis namque vita filiæ ſuſpenſionem hanc inducit, quia incertum eſt an moritura ſit ante vel poſt fratrem, quàm vita filij, quem certum eſt aliquando moriturum: quamquam hoc quoque incertum eſt an moriturus ſit cum maſculis, aut ſine maſculis. Si enim ſuperſtitibus maſculis moreretur, perinde illi amitam excluderent, atque frater ſororem. Filia igitur præmoriente, cùm ſit certum non poſſe amplius illam ſuccedere, fatendum eſt definere teſtamentum per eam rumpi poſſe, ideoque ſaltem ex eo tempore inexpugnabiliter confirmari, vt Baldus loquitur, ſi iam antea non erat inexpugnabiliter confirmatum. Prius enim eſt vt filia ſit adhuc in rerum natura eo tempore quo deficiunt maſculi, quàm vt poſſit quæri an teſtamentum rumpat: ſicut & prius eſt vt rumpat, quàm vt retro rumpat, aut retro nullum faciat. Neque dubitandum eſt, etiamſi ſtatutum ita conceptum, *filia dotata non ſuccedat quoadusque maſculus aliquis ſupererit*, eam interpretationem a contrario ſenſu recipere poſſet quam dant interpretes, vt deficientibus maſculis etiam qui heredes extiterint filia poſſit ſuccedere, hoc ipſum tamen ſic intelligi deberet, quaſi habens tacitam illam conditionem, ſi modò filia eo tempore adhuc viueret & ſuccedere poſſet. Quomodo enim iam mortua vel ſuccederet, vel rumperet, vel nullum faceret teſtamentum? Alioqui non video qua ratione Bartolus velit hoc teſtamentum eſſe in pendenti, ac non potiùs iam inde ab initio nullum eſſe, aut pro rupto ſaltem vel nullo haberi. cùm dubitari non poſſit omnimodo futurum aliquando vt maſculi deficiant nec aliud quicquam ſit propter quod ſperari poſſit futurum, vt non rumpatur teſtamentum, quàm quia poſſit facilè contingere vt ante filium filia moriatur. Cur enim expectaretur tempus omnimodo venturum, aut conditio quam certum eſſet omnimodo exiturum *d l.heres meus 79.in princip. De condition. & demonſtr.d.quod ſi* 18.*De cond.indeb.l ſi quis ita* 35. *D.*

8 *de hered. inſtit.* Nec ad rem pertinet † quod Baldus obiicit ex *diſt. l. ſi Primo* 8. *De liber. & poſth.* vt probet filium præteritum tranſmittere ad heredem ius dicendi nullum, licèt antè deceſſerit, quàm poſſet ipſe nullum dicere. Nam falſum eſt in illa ſpecie tranſmitti ius vllum à filio præterito ad ipſius heredem, licèt poſt mortem filij deſtituto per inſtituti repudiationem primo gradu, teſtamentum quod incipit à ſecundo in quo filius erat præteritus, nullum reperiatur: quia imò verò in ea ſpecie legitima patris hereditas ad eos pertinet qui legitimi heredes & proximiores quantum ad cauſam ſuccedendi reperiuntur eo tempore quo teſtamentum deſtituitur, vt apertè ſcriptum eſt in *l. ſi quis poſthumos* 9. §. *ſi filium. verſ. ſed ſi heres & l. poſthumus* 14. *verſ. quo & ipſe caſu eod. tit. De liber. & poſthum.* è contrario autem quod idem Baldus exemplum adfert de poſthumo præterito ante patrem defuncto, vt probet filiam hanc ſi ante fratrem moriatur, nihil ad heredem tranſmittere, alienum etiam eſt,
9 & omnino incongruum. Poſthumus † enim præteritus viuo teſtatore natus, etiamſi eodem viuo decedat, nihilominùs teſtamentum rumpit: adeo vt opus fuerit conſtitutione Diui Hadriani, non ad hoc, vt teſtamentum ipſo iure ruptum conualeſceret (nec enim vnquam conualeſcit) neque vt ex eo prætor bonor. poſſeſſ. ſecundùm tabulas daret, quam & citra vllam conſtitutionem, ac de plano daturus æquè fuerat, ſi modò tabulæ ſeptem teſtium ſignis ſignatæ proponerentur, ſed vt ea bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas, quam prætor daret heredi ſcripto, eſſet cum re, quæ alioqui futura omnimodo erat ſine re, *l. poſthumus* 12. *D. inius. rupt.* Itaque non eſt quod quæramus an tranſmittat ille ius rumpendi. Quid enim eget iſta tranſmiſſione cùm ipſe rumpat? Aut ad quem poſſet tranſmittere cùm heredem nullum haberet, nec habere poſſit qui moritur filiusfamihâs, & in patris ſuperſtitis poteſtate? At nos tractamus de filia, quæ facta ſui iuris per mortem patris heredem aliquem habere potuerit, & habuerit, de quo poſſit dubitari, an ex ipſius perſona & tranſmiſſionis iure poſſit ruptum aut nullum dicere teſtamentum. Nam & ipſa ſi viueret, non ſolùm rumperet, ſi interpretibus credimus, ſed etiam rumpendo ſuccederet, tanquam quæ ſucceſſionis capax eſſet mortuo iam patre, mortuo item fratre, per quem, & propter quem excludebatur: cùm tamen poſthumus viuo patre natus rumpat quidem, ſed nihilo magis rumpendo ſuccedat, quia viuentis nulla hereditas eſt in qua poſſit ſuccedere, *l. 1. D. de hered. vel act. vendit. l. 1. D. pro hered.* quo autem inſtanti poſſet ſuccedi, hoc eſt, mortuo demum patre, iam non eſt in rerum natura poſthumus vt poſſit ſuccedere ab inteſtato. Ponimus enim defunctum illum viuo adhuc patre: mortuus autem ſuccedere nullo modo poteſt. Debuerat igitur Baldus ita poſthumi comparatione vti ad hoc potiùs, vt probaret filiam præteritam, quæ per ſtatutum prohibeatur ſuccedere quandiu maſculus aliquis ſupererit ſi maſculis omnibus ſit ſuperſtes, qui heredes extiterint, non ob id tamen poſſe ſuccedere, etiamſi admiſſo eo, quod neque admittendum fuit, vt poſſet rumpere, quia non ſemper qui rumpit, ſuccedit, ſed ita demum ſi termini ſint habiles, id eſt, ſi rumpat eo tempore quo ſuccedi adhuc poteſt. Atqui non magis
10 fieri poteſt vt filia † ſuccedat in hereditate patris quæ maſculo fuerit iam acquiſita, quàm vt poſthumus patri adhuc viuenti & ſuperſtiti ſuccedat. Eſt enim hoc vtrique caſui commune, quòd nulla hereditas eſt in qua poſſit ſuccedi, licet diuerſa ratione: viuo enim patre nulla adhuc ipſius eſt hereditas. Eo tamen defuncto ſi ſuperſtes filius heres ei extiterit, iam nulla ampliùs eſt, deſinitque eſſe per aditionem, cùm ex eo tempore conuerſa ſit in patrimonium filij, *l. ſed ſi plures* 10. §. *filio. D. de vulg. & pupill. ſubſt. l. per curatorem* 90. §. 1. *D. de acq. hered.* Ergo etiamſi largiamur hoc Bartolo & Baldo vt filia præterita poſſit rumpere teſtamentum patris poſt mortem filij, fortè ſtatuto ita concepto, *vt filia dotata non poſſit rumpere teſtamentum quoadusque maſculus ſupererit.* Non erit tamen bona conſecutio, ſi ex eo inferas poſſe igitur illam ſuccedere in hereditate patris. Priùs enim tibi probandum eſſet ſupereſſe aliquam patris hereditatem, in qua poſſit ſuccedere: quod tamen nunquam probabis. Sicuti qui dicit & probat poſthumum præteritum rupiſſe teſtamentum, non ideò probat eum ſucceſſiſſe, vel ſuccedere potuiſſe, niſi probet ruptum fuiſſe teſtamentum eo tempore, quo potuerit poſthumus ſuccedere, quamuis dici ſolet poſthumum ſuccedere rumpendo, & rumpere ſuccedendo, *l. nam etſi* 5. *D. de inius. rupt.* tantum abeſt vt in caſu noſtro ius aliquod tranſmittere potuerit filia vel rumpendi, vel ſuccedendi. Minùs enim iuris neceſſe eſt habere hanc filiam, quàm poſthumum, quia poſthumus licèt non poſſit ſuccedere, cùm moritur ante patrem, poterat tamen aliquo caſu, & aliquo tempore ſuccedere: nimirum ſi contigiſſet eum patri ſuperſtitem eſſe: ideóque rumpit, non rupturus proculdubio, ſi nullo caſu eſſet ſucceſſurus. At filia hæc nullo caſu potuit ſuccedere, poſtquam filius heres fuit. Nam hereditas quidem quæ nulla eſt, nec vnquam fuit, quia patet adhuc viuit, aliquando tamen erit, nempe cùm patet morietur, quem aliquando moriturum certum eſt, & cui ſuperſtites fore liberos ſperari poteſt ex ipſo quoque non tantùm naturæ, ſed etiam parentis voto, *l. nam etſi* 15. *D. de inoff. teſtam.* At hereditas quæ iam aliquando fuit, ſed eſſe iam deſiit, nunquam eſſe amplius poteſt, quia nullo modo poteſt reuiuiſcere. Neque igitur fieri vllo modo poteſt vt filia hæc rumpat. Cur enim rumperet quæ ſuccedere nunquam poteſt? Quare nec illa Bartoli diſtinctio † probabilis videri poteſt, An liberos heredes hæc 11
filia reliquerit, an extraneos: nec illa rurſus, An liberi ſuccedere velint ex perſona matris, an ex propria, & an concepti ſint viuo auo, an poſtea. Nam quæ ratio impedit filiam ipſam, ne poſſit ſuccedere poſtquàm filius heres fuit, eadem liberos ipſius quamuis viuo patre conceptos excludet, ne poſſint ſuccedere quia hereditas nulla eſt, in qua ſuccedi ampliùs poſſit. Et inueniunt proculdubio ius quæſitum auuncu lo prefectè & inexpugnabiliter, vt Baldus loquitur ad *l. ſi quis filium num.* 8. *C. de inoff. teſtam.* at non quia mortua ſit mater quæ ex beneficio ſtatuti poterat admitti, vt ille ibidem putat, ſed quia hereditas maſculo acquiſita fuit, quæ ſi non eſſet, vtique & filia ipſa poſſet ſuccedere poſt mortem maſculi, & multo magis liberi filiæ. Subinde quærit Baldus, An non † ſaltem ius 12
petendæ legitimæ ad huius filiæ liberos tranſmittatur. Durum enim videtur vt nihil habeant neque ex propria perſona, neque ex perſona matris, id eſt, ne quidem legitimam, quæ tamen iure naturæ in bonis aui ipſis aut ipſorum matri debeatur, *arg. l. ſi quis filium*, 34. *Cod. de inoff. teſtam.* In contrarium verò argumentatur, quia cum filia interim fuerit excluſa, nec potuerit ſuccedere aut iure ciuili, aut prætorio, nihil videtur interim habuiſſe quod tranſmiſerit, arg. *l. non eſt ambigendum* 12. §. *fin. D. de bonor. poſſeſſ.* Refert tamen Doctores † quoſdam ſubtiles pro ſitu conſuluiſſe, 13
quòd tranſmiſerit ius petendæ legitimæ ad heredem, quali legitima debeatur filiæ interim, licèt non poſſit eam petere in vita fratris. Nam ſtatutum, inquiebãt iſti, non priuat eam præcisè, ſed imponit ei temporale ſilẽtium, & non intendit aliud ſtatutum facere, niſi quòd fœmina non agat contra maſculum: interim ergo fœmina habet ius in habitu, ſed nõ in exercitio, & ad trãſmittendum ſufficit ius in habitu habere, *d. l. ſi quis filium, & l. illud* 4. §. *vlt. D. de bonor. poſſ. contra tab. l. ſi quis in gran. §. vlt. cum leg. ſeq. D. de SC. Silan.* Addebãt iſtam

legitimam

legitimam cenſeri æs alienum. Quidni ergo, ſi interim decedet filia, tranſmittet legitimam ad poſteros? quam ſcilicet ius commune defert, & ſtatutum non aufert, ſed ſuſpendit ad tempus. Et licèt tempus ſit incertum, non debet haberi pro conditione, ſed pro dilatione fauore filiæ, arg. *l. ex his verbis, Cod. quando dies legat. ced. l. Seius. 46. D. ad SC. Trebell.* Sed concludit
14 Baldus Doctores † magis communiter contrà exiſtimare, quia iura quæ competitura ſunt alicui poſt mortem alterius, & non antè, ſiue ſint vniuerſalia, ſiue quaſi vniuerſalia, ſiue ſimpliciter particularia, interim non recipiunt tranſmiſſionem. Addit non poſſe negari quin iſta legitima ſit ſimilis mortis cauſa capioni: & talia iura niſi ſint certa, non tranſmittuntur, *l. vnic. §. ſin autem aliquid, & §. vlt. Cod. de caduc. tollend.*
15 Mihi tamen videntur parum † ſubtiliter agere, qui iſta diſputant. Nam cùm legitima non ſint niſi portio portionis ab inteſtato contingentis, certum eſt non poſſe deberi legitimam ei qui ab inteſtato ſuccedere non poteſt vt pluribus ſuprà docuimus. Atqui filia hæc non potuit ab inteſtato ſuccedere quandiu filius vixit. Ergo neque potuit legitimæ petendæ ius habere, nec magis habitu, quàm exercitio. Rurſum poſt mortem filij, quem ponimus vitæ ſuæ tempore heredem patri extitiſſe, vel volumus filiam poſſe ſuccedere ab inteſtato rupto patris teſtamento in quo præterita fuerit, vel non poſſe, ſi mecum ſentias, ne tum quidem poſſe illam ſuccedere ab inteſtato, propterea quod nulla ampliùs hereditas ſit, in qua ſuccedi poſſit, illud ipſum conſequens fiet quod modò dicebam, vt neque legitimam poſſit petere quandiu à ſucceſſione inteſtati excluſa eſt. Si verò cum Bartolo, Baldo, ceteriſque interpretibus admittas eam ad ius rumpendi teſtamenti, ſuccedendique ab inteſtato, iam non erit quod de legitima tractetur. Nec enim poteſt deberi legitima ei quæ ab inteſtato ſuccedat in tota hereditate, imò nec ei quæ poſſit ſuccedere, quamuis nolit, cùm placeat interpretibus, nec malè *ad l. 4. D. ad SC. Trebell.* filium qui omiſſa repudiata paternis hereditate ſolam legitimam habere mauult, non eſſe audiendum. Apparet igitur falſum eſſe quod ſubtiles iſti doctores dicebant legitimam deberi interim filiæ quamuis non poſſit eam petere in vita fratris. Duo
16 enim ſunt † quæ faciunt ne deberi poſſit: vnum, quòd filia interim ſit penitus excluſa à ſucceſſione inteſtati, alterum, quòd in eo tamen adhuc ſit ſecundùm interpretes, vt aliquo caſu, & aliquo tempore poſſit ſuccedere ab inteſtato. Sola namque ſpes ab inteſtato ſuccedendi ſufficere poteſt ad petitionem legitimæ excludendam. Æque falſum illud eſt, quod iidem addebant, ſtatutum hoc non priuare filiam præciſè, ſed ei imponere duntaxat ſilentium temporale, nec intendere aliud facere, niſi quòd fœmina non agat contra maſculum. Nam etſi quandiu non eſt acquiſita maſculo hereditas, verum eſt, filiam non eſſe per ſtatutum excluſam præciſè, ſed ad tempus duntaxat, id eſt, quandiu maſculi ſupererunt qui poſſint ſuccedere, id vnum agente ſtatuto ne fœmina poſſit cum maſculo concurrere, & impedire ne ſuccedat ſolus maſculus, acquiſitio tamen hereditatis, quæ ſtatuti beneficio in ſolius maſculi perſona radices egit, illa eſt quæ filiam ſemel excluſam in perpetuum excludit, cùm ex quo tempore filius ſemel heres fuit, nunquam poſſit deſinere heres eſſe, nullaque ſuperſit hereditas, in qua ſiue filia, ſiue alius quiſpiam patri ſuccedere iterum poſſit, conuerſa iam hereditate patris in patrimonium filij, eiuſdémque heredis. Tantum abeſt, vt poſſit filia rumpere teſtamentum quod iam confirmatum ſit pleniſſimè, non ſolùm per mortem teſtatoris, ſed etiam per acquiſitiodem hereditatis. Nec illud turſum verum eſt quod iſti dicebant, legitimam cenſeri æs alie-
17 num. Neque enim ad aliam † legitimam id pertinet,

quàm ad eam quæ impuberi adrogato debetur ex conſtitutione Diui Pij, de qua in *l. ſi abrogator. 22. D. de adop. & in l. Papinianus 8. §. ſi quis impubes. D. de inoffic. teſtamento.* Nam ſicuti viuo patre præmatura eſt non tantùm petitio, ſed etiam ſpes legitimæ conſequendæ, *l. 1. §. ſi impubere. D. de collat. bonor.* ita poſt mortem patris neceſſe eſt vt legitima vel ſtatim debeatur, vel nunquam, cùm neque voluntas patris, neque aliud quicquam poſſit moram adferre petitioni, præſertim poſt Iuſtiniani conſtitutionem in *l. quoniam in prioribus 32. C. de inoff. teſt.* Scio pleraque eſſe ſtatuta in Italia, quale
18 † eſt Ferrariæ, quibus cauetur, vt filia quæ propter maſculos in perpetuum excluditur à ſucceſſione inteſtati, poſt eos tandem extinctos ad legitimæ ſuæ petitionem redintegretur. Sed id fit per expreſſa verba ſtatuti, & ex nouo iure quod ei ſtatutum tribuit, non ex priſtino illo iure communi, quod habuerat filia petendæ legitimæ tempore mortis patris. Ius enim illud commune fuit omnino, & in perpetuum extinctum per excluſionem ſtatutariam, quæ propter maſculos ſummouit filiam non minùs à legitima quàm à ſucceſſione tota inteſtati, ob idque nouo iure indiget filia & noua prouiſione ac diſpoſitione ſtatuti, vt etiam poſt extinctos maſculos legitimam tuam conſequatur. Quo exemplo facilè admitterem poſſe etiam in tota hereditate ſuccedere filiam poſt maſculos extinctos tametſi fuerint illi heredes, ſi hoc ipſum expreſſim ſtatuto caueretur, præſuppoſito, quod interpretes volunt, & nos ſemper negabimus, poſſe fieri per ſtatutum vt heres quis ſit ex tempore, aut ad tempus. Sed dico neceſſariam eſſe in eam rem ſtatuti expreſſam autoritatem, vt filia poſſit ab inteſtato ſuccedere ex iure ſtatutario, cùm fieri nequeat vt ſuccedat illa ex iure communi, à quo fuit excluſa ex inſtanti acquiſitæ maſculo hereditatis.
19 Quanquam multò facilius eſt † vt redintegretur filia per ſtatutum ad petitionem legitimæ poſt maſculos extinctos, quàm redintegretur ad ſucceſſionem inteſtati, à qua fuerit excluſa non modò per ſtatutum, ſed etiam per acquiſitionem hereditatis in maſculi perſonam ſecutam: maximè verò ſi maſculus heres fuerit ex teſtamento, quoniam acquiſitio hereditatis ſiue ex teſtamento fiat, ſiue ab inteſtato non tollit intellectum legitimæ, nec eius petitionem, ſi quidem è contrario legitimæ petitio non poteſt inſtitui, adeóque nec querela proponi, niſi aduerſus eum qui iam ſit heres, *d. l. Papinianus 8. §. ſi conditioni. & l. ſi quis filium 34. in fin. C. eod.* At tollit intellectum hereditatis, facitque vt nulla amplius hereditas ſit in qua ſuccedi poſſit: vt proinde impoſſibile ſit filiam redintegrari per ſtatutum ad ſucceſſionem inteſtati etiam verbis expreſſis, quin noua per ſtatutum inducatur hereditas, vt poſſit induci nouum quoque ius ſuccedendi ab inteſtato. Ideoque nec puto vllum eſſe ſtatutum in Italia, aut alio vllo orbis terrarum loco, quod ita conceptum ſit, vt poſteaquam filius patri ſolus heres extiterit, præſertim ex teſtamento, adhuc tamen poſſit filia extincto maſculo heres eidem patri eſſe ab inteſtato. Certè in hunc vſque diem tale nullum vidi, nec audiui. Poſtremò quod iidem iſti ſubtiles Doctores dicebant ſuſpenſionem iſtam ſtatutariam non tam pro conditione, quàm pro mora habendam eſſe fauore filiæ, vt illa interim petere tantùm, non etiam tranſmittere prohibeatur, prorſus improbabile eſt. Non enim fieri poteſt vt conditio † non ſit, aut ſaltem pro conditione 20
haberi debeat incertus dies in quem confertur ius filiæ, ſi quod tamen ei ſupereſt poſt acquiſitam maſculo hereditatem, *vulg. l. dies incertus 75. & dict. l. heres meus 79. D. de cond. & demonſt.* & longè diuerſa eſt ſpecies, de qua in *l. ex his verbis 5. Cod. quand. dies leget. ced. & in l. Seius 46. D. ad SC. Trebell.* Nam in illis ſpeciebus nihil eſt quod excludat petitionem, ſed tantùm quod ſuſpendat. In propoſito autem licèt verba

ſtatuti dilationem tantùm facerent, non etiam conditionem, eſſet tamen filia excluſa in perpetuum à ſucceſſione inteſtati per hereditatis acquiſitionem in perſona maſculi magis quàm per ſtatutum, licèt nonniſi occaſione ſtatuti. Et in ſumma verum eſt generaliter, quod contra Doctores iſtos Baldus diſputat, Iura omnia, quæ non niſi poſt alterius mortem alicui competitura ſunt, eſſe conditionalia, quia poteſt fieri vt qui poſt mortem alterius aliquod ius habiturus eſt, prior moriatur, quod cùm euenit, ius illud intercidere neceſſe eſt, non tranſmitti, *l. Statius* 48.§.*Cornelio D.de iur. fiſc.* ſi modò addas exceptionem quam Baldus non addit, niſi cùm differendæ ſolutionis cauſa potiùs quàm animo conſtituendi incertum diem fideicommiſſi collata eſt diſpoſitio in alterius mortem, vt ſcribit Iauolenus in *d.l. Seius. in fin.* aut vt dicam apertiùs & generaliùs, cùm dies adiecta eſt fauore honorati, non in gratiam onerati, vt in *l.ſi ita relictum* 43.§.*Pegaſus de legat.*2.*l.*3. §.*cùm Pollidius de vſur. l. Iauolenus* 15 *alias*,*l.cum qui. D.de an.legat.* Nihilne ergo,inquies, habebit hæc filia quandiu viuet aut quod ſaltem poſſit tranſmittere ad heredem? Nihil inquam, præter dotem, quæ ipſa quamuis non ſit legitima, tamen legitimæ loco eſt, cùm legitima nulla deberetur, ſicut & ſi legitima aliqua deberi poſſet, dos in legitimam imputaretur, *l. quoniam nouella* 29.*C.de inoff. teſtam.* Vix
21 enim † ſtatutum vſpiam gentium eſt, quia nec valere poſſet, ſi eſſet tam inhumanum, quod excludat filiam à ſucceſſione inteſtati propter maſculos, niſi cùm filia fuit dotata. Quod ipſum ſemper ſic intelligendum eſt, ſi congruè & competenter dotata fuerit: tunc autem competenter dotata videtur cùm doris quantitas reſpondet quantitati, quæ fuiſſet debita filiæ pro legitima, ſi datæ dotis tempore pater deceſſiſſet, tùncque legitima aliqua filiæ debita fuiſſet, aut ſaltem cùm proximè accedit ad eam quantitatem. Non enim facilè & ex minima cauſa recedendum eſt è iudicio paterno, ſi pater ipſe dotem conſtituerit, magnæque probationes malè affecti ſine cauſa paterni erga filiam animi afferri debent, vt malum pro filia conſilium pater capere voluiſſe exiſtimetur, cùm dici ſoleat, quod & veriſſimum eſt, nullum affectum vincere paternum, *l. vltim. C. de curat. furioſi.* Cùm autem filia congruam dotem habet, nimis iniquum eſt excludi eam à ſucceſſione inteſtati, adeóque à legitima per ſtatutum, quia & per teſtamentum excludi poſſet, niſi quòd ſi quid deeſſet integræ legitimæ ex tempore mortis æſtimandæ, ſupplendum filiæ eſſet per actionem ex teſtamento, *ex l.omnimodo* 30.*C.de inoff.teſtam.*

ERROR X.

De cautione non alienandi nec diſſipandi, præſtanda per fratrem ſorori ſtatuto excluſæ quandiu maſculus aliquis ſupererit.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio, An ſoror excluſa quandiu maſculus ſupererit poſſit à fratre cautionem exigere de non alienando aut diſſipando.*
2 *Bartolus in hac quæſtione dubius.*
3 *Baldi multò audacioris Bartolo affirmatiua ſententia.*
4 *Baldi aſſertio ex eo falſa quòd hereditatis acquiſitio impediat ne vnquam filia ſuccedat.*
5 *Iniqua verò, quòd libero homini rerum ſuarum liberam adminiſtrationem auferat propter incertum ius filiæ.*
6 *Caſus quibus cautionem de non diſſipando præſtat dominus à quæſtione propoſita valdè remoti.*
7 *Legatariis & fideicommiſſariis conditionalibus item ſubſtitutis cur caueatur.*
8 *Futuro heredi legitimo caueri prætor nunquam iubet.*
9 *Quando poſſit heres ſcriptus ſub conditione petere bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas ex eo teſtamento cuius conditio defecit, & de cautione ab eo præſtanda.*
10 *Excutitur cauſa præſtandæ à fratre cautionis quam adferunt pragmatici.*
11 *Acquiſitio hereditatis non obſtat quominus fideicommiſſario reſtituatur hereditas, ſed potius neceſſaria eſt.*
12 *Legitima capitur per manus heredis, non verò propria autoritate occupatur.*
13 *Exceptiones.*
14 *Baldum abuti l. inter omnes. D. qui ſatisdat. cogant.*
15 *Hereditatis petitio eſt vindicatio.*
16 *Statuti verba non inducere fideicommiſſum in gratiam filiæ.*
17 *Concluſio, filiam cautionem exigere non poſſe.*

POſt tot errores ab interpretibus † excogitatos circa interpretationem ſtatutorum excludentium fœminas propter maſculos, ſiue per ablatiuos illos abſolutos *extantibus maſculis*, ſiue per verba ſuſpenſiua, & temporalem duntaxat excluſionem præ ſe ferentia, *quandiuſque maſculus aliquis ſupererit*, teſtabat vt de hoc quoque dubitarent, An cùm ſtatutum poſteriore modo conceptum eſt ita vt poſt mortem filij filia admitti poſſit, ius ſit filiæ petendi cautionem à filio de non diſſipando, nec dilapidando bona, & de hereditate reſtituenda in caſum, quo filius poſtea ſine liberis decedat. Sic enim quæſtionem concipit Bartolus † *ad d. l. vlt. §. quando in pendenti.* 2
num. 4. *ad SC. Tertyll.* nec tamen audet reſpondere quid ſentiat, ſed nobis relinquit cogitandum quid ſentire debeamus: adeo arduam ſcilicet, ſi diis placet, ac difficilem putat eſſe quæſtionem. Baldus verò, † vt 3
ſolet ille multò eſſe audacior intrepidè reſpondet in *l. ſi quis filium* 34. *num.*9. *C. de inoff. teſtam.* poſſe cogi filium vt caueat: ſi incipiat dilapidare, aut ſit ſuſpectus, ex *l. Imperator* 50. *D. ad SC. Trebell. & l. inter omne* 12. *D. qui ſatisd. cogant.* vt caueat, inquam, non ſolùm de non diſſipando & dilapidando, quomodo locutus fuerat Bartolus, ſed etiam de non alienando. Quæ ſententia apertè non ſolùm falſa eſt, verùm etiam iniqua. Falſa, † quoniam vt probauimus in præce- 4
dentibus, ſtatutum quod excludit filiam fauore maſculorum etiam per illa verba *quandin* aut *quoadiuſque maſculus aliquis ſupererit*, non quidem excludit eam illo caſu, quo maſculus vel nullus vnquam ſuperſtes fuerit vel eſſe deſierit, ſed tamen non idcirco eam admittit, aut vocat vllo caſu, verùm conſeruat ei duntaxat ius ſuccedendi quod habet à lege communi, eo caſu quo maſculus deſinit præſtare impedimentum, vt quæ alioqui ex iure communi erat ſucceſſura cum fratre, ſuccedat ſaltem poſt excluſum fratrem, ſiue morte excluſus ſit, ſiue abſtentione aut etiam repudiatione: non tanquam vocata hoc caſu per ſtatutum, ſed tanquam non excluſa. Sed ſi præter ſuperexiſtentiam maſculi aliud quippiam obſtet filiæ ne poſſit ſuccedere, quomodo euenit cùm filius non ſolùm per aliquod tempus ſuperuixit, ſed etiam heres fuit, quo caſu obſtat filiæ acquiſitio hereditatis, per quam acquiſitionem fit vt exinde ſiue viuo ſiue mortuo filio nulla ſit hereditas, in qua ſuccedere poſſit filia, abſurdum eſt dicere, Filiam ob id ſolùm poſſe ſuccedere patri poſt mortem fratris quòd frater ſit mortuus: quaſi

verò

verò persona fratris mortui, qui viuens heres fuit, non perinde obstare illi debeat, acsi adhuc viueret. Quomodo enim videri potest morte filij sublatum impedimentum, quod attulerat hereditatis acquisitio, cùm etiam post mortem filij effectus acquisitionis duret, ac quæ primum patris hereditas fuit, nihil sit nisi patrimonium filij, mutata scilicet conditione bonorum per mutationem personarum, *l. per curatorem* 90. §. 1. *D. de acqui. hered. l.* 1. *& tot. titul. D. de separat.* Alioqui perinde dicam. Etiamsi filia hæc mortuo fratre incapax successionis ex aliqua causa reperiatur, adhuc admittendam eam esse ad successionem, tanquam ex statuto vocatam, si ad eam admittendam ex statuto nihil aliud requireretur nisi vt frater prædefunctus esset. Atqui nemo non videt quàm absurdè id diceretur. Nec enim sola mors filij posset reddere capacem filiam quæ alioqui incapax foret: quia sicut mors nihil inducit noui, nisi quòd personam fratris è medio tollit: itaque aliud impedimentum potest remouere, quàm quod ex ipsius persona proficiscebatur, non si quod aliud suberat ex parte filiæ. Ergo neque si quod aliud suberat ex parte ipsius rei, cùm nihil sit in verbis statuti vnde possit colligi statuentes de impedimento eiusmodi amouendo cogitasse. Si enim cogitassent, vtique debuissent non tantùm conseruare filiæ ius commune, sed etiam expressis verbis, & ex speciali iure ipsam vocare, amotis omnibus impedimentis quæ non tam statutum ipsum, quam ius commune inuexerat. Nam ea quidem quæ per statutum inducuntur contra ius commune ad lædendum ius filiæ in fauorem masculi quandiu masculus viuit, facile per statutum aut per statuti interpretationem à contrario sensu tolli possunt, vt redeatur ad ius commune: quare illud est, vt si filius nullus superstes sit: vel si quis est, abstineat se bonis paternis, perinde possit filia succedere ex iure communi acsi statutum nullum esset, quasi cessante his casibus exclusione statutaria per defectum conditionis sub qua filiam excludi statutum vellet. Sed quæ impedimenta non à statuto ipso præcise & immediatè, sed magis à iure communi proficiscuntur ea quis credat sublata esse, aut probabili interpretatione esse habenda pro sublatis per statutum, quod non aliam ob causam factum sit quàm vt filiæ propter masculum, etiam ius ipsum cómune auferretur? Atqui in proposita quæstione, licet per statutum ipsum fiat, non per ius commune, vt solus filius patri possit succedere exclusa filia in totum, quamuis non in perpetuum exclusa, vt tamen impediatur heres esse posteaquàm filius heres fuit ex toto asse, non fit ex statuto, sed ex iure communi, nouúmque istud & multò potentius impedimentum est ad filiam in perpetuum & incommunicabiliter excludendam, quia causam habet perpetuam, acquisitionem scilicet hereditatis, quæ acquisitio nunquam fit ad tempus, cùm tamen impedimentum statuto inductum, quandiu solum fuit, id est, stetit in finibus deferédæ soli masculo hereditatis, non potuerit esse nisi temporale, quia nec filius potuit in perpetuum viuere, nec arbitrium omittendæ per abstentionem, vel agnoscendæ hereditatis morte ipsius non finiri. Quænam ergo potest esse ista interpretum ratiocinatio, vt sublato per mortem filij impedimento statutario & temporali, sublatum quoque videri debeat impedimentum perpetuum & iuris communis quod attulit acquisitio hereditatis? Debuerant potiùs dicere nec statutarium illud, & temporale impedimentum tolli potuisse per statutum, tanquam factum ex temporali perpetuum, & ex statutario commune per subsecutam in masculi persona hereditatis acquisitionem. Non potest igitur falsa non esse Baldi sententia, cùm supponat falsum, posse scilicet filiam succedere patri ab intestato etiam postea quàm masculus heres fuit. Sed quia de hoc multa iam scripsimus in præcedentibus, attendamus, etiamsi veris suppositionibus niteretur, adhuc tamen iniquam † eam 5
fore. Nam cùm fateantur interpretes filiam hanc quandiu vixit, heredem esse, si paternis bonis se immiscere velit, quomodo sanè vult se immiscere quisquis aliquid ex iis alienat, & dilapidat, quid iniquius est quàm auferri libero homini rerum suarum liberam administrationem? *l.* 2. *D. si a parent. quis manum. fuer. l. in re mandata* 21. *Cod. mandat. l. quæ ratione* 9 §. *hæ quoque res. D. de acquir. rer. domin.* Aut cur propter incertum ius futurum filiæ, certum ius filij lædi interim oportebit? Certum enim est filium, quandiu viuit, heredem esse: incertum verò an filia sit vnquam successura, cùm vt possit succedere, admissis quoque interpretum ineptiis, duo concurrere oporteat: nimirum vt & filius decedat sine liberis, & filia superuiuat. Quorum alterutrum si desit, nec ipsi negant succedere filiam nullo modo posse. Atqui vtrumque fieri facile potest, vt & filia moriatur ante masculum, & vt masculus siue prior, siue posterior moriens liberos relinquat, qui filiam etiam superstitem excludere debeant, siue ex vi verborum, si sint masculi: siue ex coniectura pietatis, de qua in *l. cùm anus* 102. *De condic. & demonst.* quamuis sint fœminæ *l. cum acutissimi* 30. *Cod. de fideic.* Non ergo propter solam spem filiæ cuius tam incertus sit euentus, onerari filius debet superuacua vel saltem odiosa cautione, præsertim cùm agatur de patris hereditate, quam habet ille iure sui heredis, & cuius etiam viuo patre dominus quodammodo existimabatur, nihil nactus morte patris nisi liberiorem administrationem, *l. in suis* 11. *D. de liber. & post.* An verò habebit liberiorem administrationem si cogatur cauere sorori de non alienando? Atqui, inquies, solet plerisque aliis casibus ea cautio præstari, etiam ab iis qui interim sunt domini, vt videre est in iis legibus quas pro se Baldus adducit, vt puta † si quis rogatus sit de hereditate alteri sub conditione, vel in diem restituenda *tot. titul. Vt legat. seu fideic. serv. cauf. caueat.* ita vt si cautio ex aliqua causa interponi non possit obstante fortassis iure patriæ potestatis, cùm patet rogatus fuit vt post mortem suam filio hereditatem restituat, & in fraudem fideicommissi aliquid fiat, potiùs eò veniendum sit vt damnum conditionis propter fraudem infligatur, id est, fideicommissi conditio pro iam impleta habeatur, quàm vt permittatur heredi grassari impunè in bonis fideicommisso subiectis. Quæ species & sententia, & ratio est, *d. l. Imperator* 50. *D. ad SC. Trebell.* Sed & cùm quis sub conditione heres scriptus est, si in defectum conditionis habuit substitutum, & interim pendente adhuc conditione agnouerit bonorum possessionem secundùm tabulas, quam facilè prætor dat & de plano, & sine vlla causæ cognitione *l. sub conditione* 5. *& seq. D. de bonor. poss. secund. tabul.* certum est cauere eum substituto debere *l. Paulus notat.* 8. *D. de prætor. stipulat.* Et, si defecerit conditio, adeuntem postea substitutum & petere hereditatem posse, &, si obtinuerit in petitione hereditatis, committi stipulationem, vt scribit Vlpianus in *d. l. inter omnes.* Verùm quis non videt esse casus istos speciales? Cauetur enim † & le- 7
gatariis & fideicommissariis, quibus in diem aliquid vel sub conditione relictum est, itémque substitutis, non ob id solùm quòd spem habeant consequendi aliquando legatum vel fideicommissum, vel hereditatem, sed quia eam spem habent ex defuncti voluntate, vt scriptum est in *d. l. Paulus. §.* 1. *cuius voluntatis præcipuam semper rationem habet prætor l.* 1 *ibi. tit. D. vt legat. seu fideicom. seruand. cauf. caueat.* Itaque si quis speret quidem hereditatem, sed non ex defuncti voluntate, at quia † futurus sit legitimus heres deficiente conditione institutionis, inauditum est vt ei caueri iubeat prætor: alioqui scribendum erat in *d. l. Paulus. & in d. l. inter omnes.* cauendum esse omnibus ad quos hereditas etiam legitimo iure peruenire potest, quod tamen 8

non ita eſt. Loquuntur enim Iureconſulti de ſolo ſubſtituto, quia cum factum eſt teſtamentum, & heres aliquis inſtitutus eſt, quanuis non niſi ſub conditione, attamen dici non poteſt legitimum heredem ſuccedere ex voluntate teſtatoris expreſſa : at nec fere ex tacita, licèt dici ſoleat credi patremfamilias ſponte ſua relinquere legitimis heredibus ſuam hereditatem, *l. 3. in princip. l. conficiuntur* 8. §. 1. *D. de iur. codicill.* quia teſtator qui heredem inſtituit ſub conditione, nec legitimum heredem vllum habere voluit, ſi conditio impleretur, nec in caſum deficientis conditionis præuidere potuit quis eo tempore agnatus proximus & legitimus ſucceſſor futurus eſſet. An ergo heredi teſta-
9 mentario, † qui non niſi ſub conditione ſcriptus fuit permittendum erit, vt legitimum heredem quiſquis ille tandem ſit, impunè fraudauerit, petita bonorum poſſeſſione ſecundũ tabulas ex eo teſtamento cuius cõditio defecerit? An non ita heret, vt prætoris beneficium legitimis heredibus eſſet captioſum, contra, quàm propoſitum ſit prætori? Neque enim is beneficium ſuum cuiquam vult eſſe captioſum, vt ex Pauli ad Papinianum nota ſcriptum eſt in *dict. l. Paulus.* Verùm reſpondeo nullam ineſſe legitimi heredis captionem, quia deficiente conditione inſtitutionis, ea bonorum poſſeſſio quam interim ſcriptus heres ſecundùm tabulas acceperit, futura eſt ſine re, niſi proponas heredem ſcriptum eſſe ex liberis, aut ex aliis, qui ab inteſtato bonorum poſſeſſores eſſe poſſunt, *d. l. ſi ſub conditione* 5. *D. de bonor. poſſ. ſecund. tab.* vbi Vlpianus ſcribit, ſi filius ſit qui pendente conditione bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas accepit, tuendum eum eſſe quaſi contra tabulas bonorum poſſeſſione accepta, ita vt ſolis liberis parentibuſque legata præſtare cogatur, non etiam cæteris, præterquàm ſi quis ſit, cui fuerat relictum fideicommiſſum ab inteſtato. Huic enim erit omnimodo præſtandum à filio, quaſi videatur hoc ipſo fraudatus hic fideicommiſſarius quòd ex teſtamento petita ſit bonorum poſſeſſio : ſicut è contrario præſtantur etiam ab inteſtato legata & fideicommiſſa quæ in teſtamento relicta fuerant, quoties ſcriptus heres omiſſa cauſa teſtamenti dolo malo poſſidet ab inteſtato hereditatem *l. 1. & tot. tit. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam. hered. ab inteſt. poſſid.* Si verò non filius ſit, ſed agnatus cognatúſve is, qui ſub conditione ſcriptus fuit, & bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas interim petiit, rem habere videbitur, quaſi ab inteſtato, ideoque nec vlla legata, vel fideicommiſſa debebit quæ teſtamento relicta fuerant, niſi ſi quæ fuerint etiam ab inteſtato repetita. Quod ſi nec filius, nec agnatus cognatúſve ſit, non poterit rem habere, ſed fiet ſine re ea bonorum poſſeſſio, quam accepit, rémque habebit ſolus ille qui ab inteſtato vel legitimus heres, vel bonorum poſſeſſor erit. Cui proinde nil nocebit quid heres inſtitutus alienauerit medio tempore, cum ex poſt facto appareat alienandi ius nullum habuiſſe illum qui neque dominus, neque poſſeſſor vnquam fuiſſe intelligitur. Si tamen conſtaret heredem hunc ſub conditione ſcriptum accepta bonorum poſſeſſione ſecundum tabulas diſſipare bona in fraudem eius qui deficiente conditione legitimus heres futurus eſſet, non negarem cogendum eum vt cautionem præſtaret, quam ſcilicet prætor ſolet iubere interponi, quoties eius interponendæ cauſa aliqua eſt, *dicit l. inter omnes. l. in omnibus* 41. *D. de iudic.* Cauſa verò iuſtior nulla eſſe poteſt, quàm ſi à poſſeſſore quid fiat in fraudem *d. l. Imperator.* Sed hoc
10 contendo, non eſſe iuſtam, † cauſam interponendæ cautionis ſolam illam, quòd poſt mortem filij bona peruentura ſint ad filiam ſi non etiam fraudis conſilium & probatio accedat. Et tamen cum hanc quæſtionem proponit Bartolus, nihil de fraude addit, & ſic loquitur quaſi ad extorquendam à filio cautionem ſufficere illud poſſit, quòd poſt eius mortem filia ſit ſucceſſura. Melius hac parte Baldus, qui cum reſpondet cogẽdum filium vt caueat, conditionem addit, *Si incipit dilapidare bona*, ſed ſi non alio caſu voluit cautionem præſtari, non fuit ille audentior Bartolo, qui vix reliquiſſet nobis cogitandum quid ſentiendum eſſet præſuppoſita dilapidatione cum fraudis cõſilio. Nã nec dilapidatio, nec fraudis conſilium requiritur ad extorquendam conditionem in ſpecie *d. l. inter omnes*, quam pro ſe Baldus adducit : et neque cum ipſo legato vel fideicommiſſo in diem, aut ſub conditione relicto cautio poſtulatur. Et hoc nimirum erat, quod Bartolo materiam dabat exiſtimandi filium in hac ſpecie cauere cogendum, etiam prius quàm dilapidare frauditque conſilium gerere probaretur, quaſi non malè poſſet filius æquiparari heredi grauato per fideicommiſſum, poſt cuius ſcilicet mortem peruentura ſit ad filiam hereditas, quæ proinde & ipſa æquiparanda eſſet fideicommiſſariæ ſaltem conditionali. Nam & ſic Bartolus quæſtionem concipit, An filius cauere debeat de hereditate reſtituenda. Sic enim Bartolum ſcripſiſſe non dubito, vt vulgò legitur, *retinenda* : Et ſanè ſiue de ſtatutaria, ſiue de conuentionali excluſione & redintegratione loquamur, nulla penitus ratio eſt redintegrandæ filiæ ad ſucceſſionem patris, à qua iam excluſa ſit non modò per ſtatutum ob exiſtentiam maſculi, ſed etiam per acquiſitionem hereditatis in perſona maſculi ſecutam niſi fiat ea redintegratio per modum reſtitutionis & velut fideicommiſſi, hoc eſt, per manus heredum maſculi. Rationes enim quas attulimus in præcedentibus ad probandum hereditatem † ſemel filio acquiſitam, fi- 11
liæ acquiri directò poſtea nunquam poſſe, non habent locum in fideicommiſſo : cui tantum abeſt vt obſtet acquiſitio filij, vtè contrario neceſſe ſit præcedere acquiſitionem vt reſtitutio ſequi poſſit : Siquidem reſtituere nemo poteſt id quod non habet, quemadmodum videre eſt in toto tractatu Senatuſconſulti Trebelliani, itémque in legitima quæ dicitur reſtitui & reddi in *l. ſi quis ſuo* 33. *C. de inoff. teſtam.* quia capitur neceſſariò per manus heredis, à quo ponendum eſt aditam fuiſſe hereditatem priuſquam de legitima quæratur, *d. l. ſi quis filium* 34. *in fin. l. ſcimus* 36. §. *illud. eod.* licèt Baldus ad *d. l. ſi quis ſuo parent.* iis verbis *reſtituendi & reddendi* ſignificari in ea lege actum facti magis quàm modum ſuccedendi : motus ex eo, quod legitima hodie debeatur iure directo non fideicommiſſi : quod falſum eſt, ſi ſic ille intelligi vt poſſit filius † legitimam pro- 12
pria autoritate capere, nec eam debeat conſequi per manus heredis. Præſertim cùm certum corpus pro legitima legatum non eſt. Nam ſi legatum eſſet, vtique non deberet filius deterioris conditionis eſſe quàm alius quilibet legatarius : cui licebat olim relicto per vindicationem legato, capere illud propria autoritate non expectato herede, vt Caius in Inſtit. ſcribit, ſed cùm hoc quoque à Iuſtiniano immutatum hodie ſit, protracto interdicto, *Quod legatorum* ad omnia legata, additiſque ob eam cauſam in legati definitione illis verbis, *ab herede præſtanda.* §. 1. *Inſtit. de legat.* verius eſt ſemper legitimam peti præſtarique debere, nunquam verò propria autoritate occupari, ſinon † eam nominatim poteſtatem teſtator dederit, aut titulo inſtitutionis certum 13
corpus pro legitima reliquerit, quod non ſemper fieri neceſſe eſt, vt alio loco probauimus. Et quod idem Baldus † pro tuenda ſua interpretatione tanquam ſimile 14
adduxit *ex d. l. inter omnes*, quaſi in ea ſpecie caueat heres de hereditate reſtituenda ſubſtituto, qui tamen directo iure ſuccedit, hoc verò ad rem non pertinet. Neque cùm lex ait cauendum eſſe in ea ſpecie de hereditate reſtituenda, ſed de hereditate ſimpliciter, ſcilicet conſeruanda, ne qua ex parte in ſubſtituti fraudem diminuatur. Quamquam hereditatem quoque reſtituturi neceſſe eſt ſi hereditatis petitio inſtituatur *l. vltim. D. de hered. petit.* At non tanquam ex fideicommiſſo, ſed eo

iure

iure quo poſſeſſores omnes etiam à quibus res aliqua ſingularis petitur per vindicationem, id ipſum quod petitur reſtituere iubentur, *l. officium 9. l. qui reſtituere* 15 *68. & paſſ. D. de rei vindicat.* Nam & hereditatis † petitio vindicatio eſt, licèt habeat etiam mixtam perſonalem actionem, *l. hereditatis 7. Cod. de petit. hered.* quia vniuerſale iudicium eſt quod pleraſque admittit præſtationes perſonales, *l. ſed etſi 25. §. penultim. D. eod.* Cùm ergo non alio iure poſſit filia poſt maſculi mortem ſuccedere, quàm ex fideicommiſſo quando filius heres fuit, apertè conſequens ſit non poſſe illam ſuccedere ex ſtatuto ita concepto, *Filia dotata non ſuccedat quoadusque maſculus aliquis ſupererit*, cùm in to- 16 ta hac formula † nulla ſint verba fideicommiſſi, aut ex quibus fideicommiſſum etiam per commentitiam interpretationem induci poſſit. Neque ſanè video, quomodo ſtatutum poſſit fideicommittere, quod ſolus hominis, non etiam legis proprium eſt. Poteſt quidem lex verba hominis directa flectere ad fideicommiſſum ex aliqua cauſa, vt in ſpecie, *l. Scæuola 76 D. ad Treb.* aut etiam obligare aliquem vt alteri reſtituat, quod habet per actum facti, vt Baldus loquitur, ſed non per modum ſuccedendi, vel fideicommiſſum per ſe inducat. Primus enim eſt vt alicuius fidei ſit commiſſum ab aliquo, & in alicuius fauorem, quàm vt ex fideicommiſſo ſuccedi poſſit. In propoſito autem ſi ſupradicta ſtatuti verba ad fideicommiſſi cauſam trahi poſſent, vtique non ad actum facti, ſed ad modum ſuccedendi neceſſariò pertinèrent, cùm ſint de ſuccedendo, aut potiùs de non ſuccedendo. Quam formulam negatiuam nemo negauerit multò ineptiorem eſſe ad inducendum fideicommiſſum, quod ſine verbis affirmatiuis adeóque diſpoſitiuis induci nunquam poteſt. §. *vltim. Inſt. de ſingul. reb. per fideic. relict. l. quidam cùm filiumfamilias. 46. D. de her. inſt. l. qui filium. 74. l. Lucius 78. §. tres heredes in fi. D. ad SC. Treb.* Concludamus † itaque, ſiue filius dilapidet bo- 17 na patris ſiue non dilapidet, nullo prorſus iure facturam filiam ſi velit eum adigere ad præſtandam cautionem, cùm ipſa nullo caſu nulloque tempore ſit ſucceſſura. Niſi fortè tanquam ipſius fratris heres, ſi eam heredem habere frater velit, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato. Quo caſu eueniente erit quidem illa heres patris, ſed mediatè, id eſt, per mediam ipſius filij perſonam. Sed quis dixerit cogendum quem caucre futuro ſuo heredi tanquam heredi, nec vllum ius aut adhuc habenti, aut vnquam niſi ex hereditatis ipſa cauſa habituro? Nam neque iurata pactione poſſet ſe frater obſtringere, vt eam heredem relinqueret, *l. pactum quod dotalis 15. Cod. de pact. l. ex eo. 4. Cod. de inut. lib. ſtipul. l. hereditas 5. C. de pact. conuent. l. ſtipulatio hoc modo concepta 61. D. de verb. obligat.*

ANTONII FABRI IC.

Decas Trigeſimaprima.

ERROR PRIMVS.

De ceſſione ac tranſmiſſione fideicommiſſi vniuerſalis.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio de fideicommiſſi vniuerſalis ceſſione & tranſmiſſione.*
2 *Fideicommiſſum ſingulare tranſmiſſibile & ceſſibile.*
3 *Fideicommiſſum vniuerſale primùm ex eo, quòd cedi nequeat, tranſmitti non poſſe.*
4 *Secundò ex eo quòd in reſtitutione hereditatis ex Trebelliano attenda ſit voluntas teſtatoris qui de fideicommiſſarij herede non cogitauit.*
5 *Ratio cur fideicommiſſum vniuerſale cedi non poſſit.*
6 *Molinæus cenſet fideic. vniuerſale cedi poſſe.*
7 *Quilibet heredis rogati ſucceſſor rectè ex Trebelliano hereditatem reſtituit.*
8 *At fideicommiſſarij heredi reſtitutio fieri non poteſt.*
9 *Valdè intereſſe cui reſtituatur hereditas.*
10 *Ad quem heredem rogatum pertineat SCti Trebellianæ auctoritas.*
11 *De ſententia l. apud. Iulianum. 11. §. vtrum D. ad SC. Trebell. vbi Bartoli interpretatio explodituꝛ.*
12 *Cur non habeatur hereditas pro reſtituta quam heres adiit coactus vrgente procuratore.*
13 *Alia confirmatio ex l. poſtulauit. 44. D. ad Trebell. cuius ſententia exponitur.*
14 *Prima obiectio interpretum petita ex d. l. poſtulante diluitur.*
15 *Secunda obiectio ducta ex l. 16. §. item Mæcianæ D. ad Trebell. refellitur.*
16 *Etiam in fideicommiſſo vulgaris ſubſtitutio fieri poteſt.*
17 *Subſtitutus vulgaris ſuccedit in locum, non in ius eius cui fuit ſubſtitutus.*
18 *Tertia obiectio petita ex eo quod fideicommiſſa conditionalia tranſmittuntur ad heredem per diſtinctionem euertitur.*
19 *Fideicommiſſi etiam vniuerſalis dies ex quo tempore cedat, vbi Dyni error.*
20 *Ex eo quod fideicommiſſum purum cedit à die mortis teſtatoris, non rectè infertur illud ad heredem tranſmitti.*
21 *Ex eo quòd heres ſuccedat in omnia iura defuncti non ſequi vniuerſa fideic. tranſmitti poſſe.*
22 *Exponitur l. Seius Saturnius. 46. D. ad Treb. quæ pragmaticorum errorem tueri videtur.*
23 *Obiectio deprompta ex l. 3. C. de fideicom. refertur & refellitur.*
24 *Alia obiectio ex l. quidam ita. 25. D. ad Treb. remouetur & Bartoli ſententia reiicitur.*
25 *Inſtantia, quâ probatur in ſpecie d. l. quidam ita fideicommiſſum fuiſſe vniuerſale, diluitur.*
26 *Fideicommiſſarius puer quando tranſmittat fideicommiſſum.*
27 *Alia obiectio petita ex l. à teſtatore. 109. de condit. & dem. refellitur: & d. l. ſenſus explanatur.*
28 *Non ſequi fideic. vniuerſale non tranſmitti, quod non adita hereditas non tranſmittatur.*
29 *Hereditas non adita cur non tranſmittatur.*

Duplex

1 DVplex † quæstio est, sed simul à nobis tra-
2 ctanda, de fideicommisso vniuersali, An cedi possit, & an transmitti. De singulari † enim, quod male nostri vulgò particulare vocant, nemo dubitat quin ad heredem transmitti possit si modò eius dies fideicommissario viuo cesserit ex *l. 2. & 3. C. quand. dies legat. vel fideicommiss. ced.* & consequenter cedi, ex ea iuris regula quam interpretes pro verissima habent. Quicquid transmissibile est, esse cessibile, & contrà, *l. ex pluribus* 42. *D. de administrat. & peric. tutor.* At de vniuersali maior dubitandi ratio
3 est, licèt iam ferè præter nos nemo dubiret. Video † enim non posse illud cedi, ne quidem dotis causa, idque tam apertè scriptum esse in *l. si mulier* 59. *§. ex asse D. de iur. dot.* vt nec ferè quisquam diffiteatur. Consequens igitur est superiori iuris regulæ, vt neque transmitti possit, & tamen transmitti posse communiter creditum est, & à pragmaticis nostris receptum, non alia ratione, quàm quia plerisque iuris locis idipsum probari crediderunt, de quorum veriore interpretatione quærenda cur non laborauerint, illud in causa fuit, quod iuris rationem qua præcipuè moueri debuerant, aut non inuestigarunt, aut negligentiùs inuestigata non inuenerunt. Me, vt contrà sentirem, illud iampridem impulit, quod scio fideicommissi †
4 vniuersalis restitutionem non aliter fieri posse quàm ex autoritate Senatusconsulti Trebelliani, cuius solius potestate fit, quod alioquin ex iuris communis ratione fieri nunquam posset, vt ab herede rogato, qui etiam post hereditatis restitutionem heres manet, actiones vtiles in fideicommissarium transferantur, & quas habet, & quibus obstrictus est, vtque heredi, si post restitutam hereditatem directis actionibus, vel debitores hereditarios conueniat, vel à creditoribus hereditariis conueniatur, prosit ei, nocéatque vicissim exceptio restitutæ hereditatis, *l. 1. ita tam* 27. *qui ex Trebelliano, & pas. D. ad SC. Treb. §. restituta, & seq. Inst. de fideicomm. hered.* Atqui Senatusconsulti Trebelliani verba eum duntaxat casum complectuntur, quo hereditas restituatur ex testamento, & sicuti testator rogauit *d. l. 1. & l. sed etsi alio* 9. *§. vlt. cum l. seq. eod.* vbi hanc ob causam scriptum est, si quis sub conditione fuerit heres scriptus, aut purè quidem, sed rogatus sub conditione vel in diem restituere hereditatem ante diem, vel ante conditionem restituerit, nihil agi, nec transferri actiones, quia, inquit lex, non ita restituitur hereditas sicuti testator rogauit: adeò vt etiamsi postea extiterit conditio, vel dies venerit, non tamen conualescat restitutio, ne quidem ex benignitate, nisi benigniorem sententiam illud inducat quòd heres ratam habuerit restitutionem eo tempore, quo si restitueretur, voluntati testatoris satisfactum dici posset. Ergo restitutionem hereditatis factam heredi fideicommissarij fatendum non valere, aut alio quàm Senatusconsulti Trebelliani iure defendenda erit, quandoquidem nemo rectè dixerit restitui hereditatem ex testamento, & sicuti testator voluit, si non ipsi fideicommissario, sed eius heredi, siue testamentario, siue legitimo restituatur. Nec enim sicut de fideicommissario testator locutus est, ita & de fideicommissarij herede sensisse videri potest, cùm is ad testatoris successionem non veniat ex ipsius iudicio neque expresso, neque tacito, vt de heredis herede scriptū est in *l. quiliberis* 8. §. 1. *De vulg. & pup. subst.* quia semper est incertus *l. sciendum* 70. *De verb. signif.* Quæ
5 etiam † ratio & quidem vnica est propter quam fatentur omnes fideicommissum vniuersale cedi non posse: quam nec obscurè insinuat in *dict. l. si mulier* 59. *§. ex asse. de iur. dot.* licèt eius vim & potestatem pauci perceperint. Non illi sanè qui ausi sunt dicere cessionem fideicommissi vniuersalis valere, quod primus sensit
6 Card. † Molin. consil. 1. non sibi temperans, quin & inuehatur in interpretes qui tam absurdam, vt ille putat, sententiam induxerint, & in supremarum quoque Curiarum magistratus, quorum decretis tam multis, & si ipsi credimus, iniquissimis, ea sententia passim fuerit comprobata. Multò minùs autem illi qui tale fideicommissum, quod cedi posse negant, transmitti posse volunt. Quod tantum abest vt prudentes nostri vnquam senserint, vt nec de eo dubitasse vsquam reperiantur. Videas quidem eos nonnunquam quærere, An hereditatis restitutio fieri possit per heredem heredis, quasi nec Senatusconsulti Trebelliani autoritatem habitura ea sit, cùm solius heredis instituti persona Trebelliano contineatur, vt Paulus disputat in *l. quamuis* 40. §. 1. *ad SC. Trebell.* vbi tamen concludit hoc iure nos vti, vt & successor † heredis quilibet rectè ex Trebelliano restituat, siue heres ille sit, siue bonorum possessor, vel patet dominúsve, quibus acquisita sit hereditas. Omnes enim, quicquid iuris habent, ex Trebelliano Senatusconsulto restituere debent, nec interest, an is qui scriptus est, an pater, dominúsve restituere rogatus sit. Absurdum si quidem esset, ac calumniosum prætextu conseruandæ voluntatis defuncti, qui ab herede instituto, non ab ipsius successore restitui hereditatem iusserit, impedire restitutionem hereditatis, atque ita facere vt hereditatem sibi retineat heredis successor, quam heres ipse testatori multò dilectior, si viueret, restituere cogeretur. Sufficere igitur debet aditam esse testatoris hereditatem ab hoc vt tum ipsius voluntas rata constituatur, *l. si patroni* 45. §. *qui fideicommissam. eod. tit.* nec possit amplius decipi fideicommissarius morte heredis, vt loquitur Vlp. in *l. ille à quo* 13. §. 1. *versic. quid ergo, in fin. eod. tit.* At non similiter † 8
possit quis nisi ineptè dicere, restitutionem hereditatis fieri posse heredi fideicommissarij, quamuis Senatusconsulto solius fideicommissarij persona contineatur, quia in personis successorum heredis & fideicommissarij omnia sunt diuersa. Testator vtique magis diligit fideicommissarium, quàm heredem proprium quod ad effectum retinendi commodi hereditatis, & consequenter multò magis quàm heredis successorem, quem nec cognouit, vel honorauit. Sed fideicommissarij heredem, quisquis ille sit, non potest videri tantopere dilexisse, vt eum proprio heredi suo prælatum voluerit, id est, hereditatem fideicommissariam ad eum, si fideicommissarius præmoreretur peruenire, potiùs quàm penes heredem institutum remanere. Et in summa parum interest quantum ad testatoris voluntatem à quo restituatur hereditas, sed valdè † refert cui restituatur. Non 9
enim curæ fuit testatori qui restitueret, dum ne hereditas penes heredem rogatum ipsiúsve successores potiùs quàm penes fideicommissarium remaneret. At curæ illi maximè fuit cui hereditas restitueretur, adscripto in hanc rem fideicommisso, & præterea hoc acto, vt sic restitutio fieret ne post restitutam hereditatem oneribus hereditariis obstrictus esset heres, qui testatoris voluntati plenissimum obsequium præstitisset. Nam & ad hunc solum Trebelliani Senatusconsulti autoritas pertinet, non etiam ad eum qui ex hereditate restituenda deducit quartam Hic enim, quia non restituit sicuti testator voluit, contra cuius voluntatem retinet quartam, non transfert actiones in fideicommissarium, neque quas habet, neque quibus obstrictus est, si iuris rationem spectes, ex quo † ob hanc causam fiebat olim 10
vt stipulationes emptæ & venditæ hereditatis, aut partis, & pro parte inter heredem & fideicommissarium interponi oporteret, vt vtriusque indemnitati consuleretur, quemadmodum Iustinianus refert *in tit. de fideicommiss. hered.* quamuis, vt ille ibidem ait, sublatus sit hodie vsus earum stipulationum quantum ad hanc speciem, sublato scilicet Senatusconsulto Pegasiano, translatóque in Trebellianum, vt omni casu, quo restitutio hereditatis fit, translatio quoque actionum fiat. Hanc verò sententiam nostram † apertè probat Vlpianus in 11

l. apud

l. apud Iulianum XI. §. vtrum. D. ad SC. Trebell. in illis verbis, *& ante decesserit fideicommissarius quam ei restituatur hereditas.* Quid enim esset vetendum ne moraretur in damno heres, fideicommissario ante restitutionem decedente, si ita ius esset vt heredi quoque fideicommissarij restitui fideicommissum hereditatis posset? Scio totum illum locum sic à Triboniano corruptum esse, vt Triboniani magis quàm Vlpiani esse videatur. Idque pluribus docui lib. 18. Coniectur. Sed tamen non sunt verba illa ex Tribonianea iurisprudentia, sed ex vetere, vt facilè quiuis videre potest, siue Vlpiani, siue Triboniani. Nec responderi potest quod vnus Bartolus & alij respondent in *l. cùm filiofamilias* 11. *D. de leg.* 1. fideicommissarium in illa specie decessisse sine herede. Nam præter id, quòd commentitia restrictio est, non est etiam probabilis. Æquè facilè enim poterant adiici verba illa *Sine herede*, si alio nullo casu periculum erat vt heres in damno moraretur, sicut & in *l.* 1. §. *Pomponius quærit. D. de posſ. l. habere* 57. *D. de euict. l. Stichum aut Pamphilum* 95. §. 1. *in fin. D. de solut.* Fateor in alia specie, quam Tribonianus de Anstitia subiungit tractari de fideicommissaria quæ decesserit sine herede, & ante acceptam libertatem. Sed & principium & finis tractatus generaliorem habet sententiam pertinentem ad omnes casus, in quibus agitur de compellendo herede vt adeat & restituat. Illud magis mirum est, cur non † habeatur hereditas pro restituta quam heres adiit coactus vrgente procuratore. Sed dici potest, id fieri, quia plerunque circa mandatum multæ dubitationes emergunt, propter quas vt plurimùm necessaria est cautio de rato, *l. qui ita* 66. §. 1. *D. eod.* quibus locus nullus est cùm fideicommissarius ipse cogit heredem. Quo enim colore posset ille postea restitutionem recusare, aut etiam illius heres? Sed an non moram restitutioni facit heres, qui non adit nisi coactus? Atqui mora facit vt fideicommissum exinde pro restituto habeatur, vt postea dicemus. Haber ergo is locus, quantum ad hoc, specialem rationem, quòd coactio facta fuerat per procurationem. Huc etiam solet referri quod tractat † Marcellus in *d. l. postulante* 44. *D. ad SC. Trebell.* si seruus, qui eodem testamento & libertatem directam & fideicommissariam hereditatem acceperat, heredem suspectam dicentem adire coegerit per prætorem mox priusquam in recipiendi hereditate moram faceret, decesserit relicto herede Titio, qui postea oblatam sibi hereditatis restitutionem accipere nolit, non aliter posse in Titium transire actiones quàm si Senatusconsultum, cuius eo loco fit mentio, quod de solo manumisso locutum est, ad ipsius heredem protrahatur. Quid enim hoc esset necesse, si ex iuris ratione fideicommissaria hereditas fideicommissarij heredi restitui posset? Fateor in ipso manumisso necessarium fuisse Senatusconsultum, quoniam ita semper ius fuit vt seruus non posset conueniri post acceptam libertatem ex eo quod in seruitute gessisset, tanquam qui tunc non tam alius quàm nullus fuisset, *l. 1. & tot. tit. Cod. an seruus ex suo fact. post man. ten.* Sed ita inducto per Senatusconsultum iure, vt factum serui cogentis heredem adire, licèt ante acceptam libertatem ipsi noceret ne restitutionem hereditatis recusare posset, dico non fuisse necessariam interpretationem prudentum ad hoc vt Senatusconsultum illud ad manumissi heredem porrigeretur, si ita ius erat vt in fideicommissarij heredem transire actiones possent. Quonam enim colore posset heres recusare restitui sibi hereditatem quæ defuncto restitui potuit etiam inuito? Id igitur per Senatusconsulti interpretationem fieri necesse fuit, non vt heres non posset recusare quod defunctus non potuisset, sufficiente nimirum in eam rem sola iuris ratione, sed vt in heredem, cui restituta esset hereditas, transirent actiones; idque non tam vi restitutionis, quàm potestate Senatusconsulti, quod fecerat vt in manumissum ipsum, etiam si hereditatem sibi restitui nollet, actiones competerent ipso iure. Æquè enim facilè fuit senatui facere vt transirent actiones siue in fideicommissarium, siue in fideicommissarij heredem sine restitutione, atque vt transirent per eam restitutionem cui autoritas Senatusconsulti Trebelliani non suffragaretur. Superest duntaxat faciendum vt ad eas leges, quibus in contrarium & interpretes & pragmatici nostri mouentur, respondeamus. Primùm autem † obiicere 14
solent illud ipsum quod modò diximus scriptum esse in *d. l. postulante*, vbi Marcellus, cùm quærit an in Titium heredem fideicommissarij competant actiones ex Senatusconsulto, si nolit ille recipere fideicommissam hereditatem, hoc ipso non dubitat quin possit ille recipere si velit. Sed facilis responsio est cùm heres coactus adiit, hoc ipso haberi hereditatem pro restituta, cùm nihil apud eum remanere possit propter autoritatem Senatusconsulti Pegasiani, *l. ita tamen* 27. §. *qui suspectam. l. si patroni.* 55. §. *adeo. l. si postulante* 46. §. *fin. D. eod.* Nimirum cùm fideicommissarius talis est, cui ea coactio imputari potest, quod euenit quoties liber homo est. Non etiam si sit seruus, quia is ex facto suo conueniri post manumissionem non potest, vt teneatur accipere restitutionem. Ideóque opus fuit Senatusconsulto alio quàm Pegasiano, eo scilicet de quo in *dict. l. postulante*, quod Senatusconsultum non fuit locutum nisi de manumisso, quia in cæteris heredibus non erat necessarium. Erat tamen necessarium quod ad heredem manumissi, perinde ac quod ad ipsum manumissum, ideóque protrahendum fuit & protractum per Marcelli interpretationem, cum iuris communis ratio sufficere non posset ad hoc vt transirent actiones ex Trebelliano in heredem manumissi sine restitutione. Cæterùm hereditatem, quam heres coactus adiit etiam postulante seruo exinde manumisso, habendam esse aliquando pro restituta, constat satis ex eo quod scriptum est in *dict. l. postulante*, si fortè libertus ante hereditaris restitutionem sine herede decesserit, proinde bona eius vendere creditoribus hereditariis permittendum esse ac si restituta hereditate decessisset. Nam plus quàm moram facit qui recusat adire, supremáque defuncti preces destituit, *d. §. adeo.* Alioqui videnda essent bona sub nomine defuncti, non sub nomine fideicommissarij, vt euenit cùm heres cogitur adire postulante eo qui non est capax suscipiendæ statim restitutionis, vt in specie *d. l. apud Iulianum* 11. §. *Antistia. D. eod.* Secundo † interpretes obiiciunt, quod scriptum est in 15
l. cogi 16. §. *item Macianus. D. eod.* eum qui duobus vel pluribus hereditatem restituere rogatus est, posse vel vno ex iis postulante cogi adire, nec eo magis tamen in aliorum portionibus, qui non idem desiderauerint Falcidiæ beneficio vti posse, *sine*, inquit lex, *ipsi quoque desiderent sibi restitui, sine alium in locum eorum successerit.* Sic enim postrema hæc verba accipiunt ac si non de alio possent intelligi quàm de herede, sed parum acutè, meo iudicio. Debent enim potiùs accipi de illo qui in fideicommisso fuerit vulgariter substitutus, quomodo certum est fieri posse † vulgarem substitutionem, id est, non minus in fideicommisso, quàm in hereditate, aut legato, *l. vt heredibus* 50. *l. Titio Seio* 87. §. *Seia libertis, iuncta. l. cùm proponebatur* 64. *D. de leg.* 2. *l. Scæuola* 76. *D. ad SC. Trebell.* Heres enim non tam in locum quàm in ius defuncti succedere dicitur, *l. quoties* 9. § *heredes. D. de hered. instit. l. si rem.* 6. *D. de except. l. cum heres* 11. *D. de diuers. temp. præscription.* Substitutus † verò vulgaris in locum, non in ius illius 17
cui fuit substitutus, *l. coheredi* 41. §. *vlt. D. de vulg & pupill. substitut.* Cur verò meliorem faciamus conditionem eius qui fideicommissario vulgariter substitutus est, quàm eius qui fideicommissarij heres sit, ratio ex iis, quæ iam diximus, obscura non est. Vulgari namque substituto restituitur hereditas, sicuti testator voluit,

non

18 non etiam heredi fideicommissarij. Obiiciunt † rursum quod plerisque iuris nostri locis scriptum est, fideicommissa etiam conditionalia transmitti ad heredem, dummodo eorum dies cesserit, hoc est, conditio extiterit viuo fideicommissario, in eamque rem solent adferre, *l. si in personam* 21. *C. de fideicomm. l. vlt. Cod. quand. dies legat. vel fideic. ced.* Sed quemadmodum in fideicommissis singularibus verum illud esse non negamus, ita in vniuersalibus falsum esse contendimus: Supradictos verò locos non ad fideicommissa vniuersalia, sed ad singularia pertinere constat, tam ex iis verbis *d. l. si in personam* 21. *ab auo tuo relicta*, quorum non alius sensus est, quàm si scriptum esset *res ab auo tuo relictas*, quibus verbis fideicommissum singulare significatur *l. in causa* 16. §. *Pomponius. de minor.* quàm ex titulo ipso *quand. dies leg. vel fideicomm. cedat.* In quo sicuti legatorum & fideicommissorum coniuncta mentio est, ita intelligimus non de aliis fideicommissis agi quàm de iis quæ sint exæquata legatis, id est, de fideicommissis singularibus, vt & in *tit. C. commun. de*
19 *leg. & fideic.* Quid? nonne fideicommissi † etiam vniuersalis dies cedit ex quo tempore impleta conditio est, si fuit conditionale fideicommissum, aut ex die mortis, si fuit purum? ita est, in eóque errauit proculdubio Dynus qui putauit non cedere diem fideicommissi vniuersalis, nisi ab adita hereditate ex *l. quidam ita* 25. *D. ad SC. Trebell. post gloss. ibid. & in l. 3. D. de regul. Caton.* vt Bartolus refert *ad d. l. cum filiofamilias* 11. *num.* 13. Cedit enim ex die mortis sicut & fideicommissorum singularium purè relictorum, inspecto scilicet iure vetere & nouo, non medio, quo lex Papia induxerat vt non cederet dies nisi ab apertis tabulis. Sed
20 non ideo † transmitti fideicommissum vniuersale potest, licèt cùm de legati vel fideicommissi transmissione agitur, nihil aliud inspici soleat nisi an legatario vel fideicommissario viuo dies cesserit. Quia cùm de heredis iure quærimus non illud attendimus an defunctus aliquod ius aliquando habuerit, sed an habuerit eo tempore quo moriebatur. At cùm vniuersale fideicommissum est, intercedit ius fideicommissarij adhuc viui, quia eo instanti quo moritur, certum esse incipit non posse amplius restitui fideicommissum sicut testator voluit, cùm ea restitutio quæ facti est, non possit fieri in instanti, præsertim verò in persona morientis. Tamdiu verò ius fideicommissarij durat, quandiu fideicommissi restitutio ex testatoris voluntate & ex Senatusconsulti autoritate fieri potest. Verum igitur est, fideicommissarium viuum desiisse ius habere fideicommissi vniuersalis, nec proinde ad heredem suum illud
21 transmittere potuisse. Ex quo apparet † quàm parum ad rem pertineat quod vulgò solet obiici, heredem succedere in omnia iura defuncti, vt inferatur vniuersale quoque fideicommissum eum transmitti. Potius enim ex eo esset inferendum non transmitti, cùm ius hoc fideicommissarius ipse mortis tempore non habuerit. Quamquam nec nouum est vt interdum plus minusue iuris habeat quàm habuerit defunctus, vt in specie *l. si per imprudentiam* 51. §. *non mirum. D. de euict.*, *l. hereditarium* 7. *D. de reb. aut indic. possid. l. vnic. C. vt act. ab hered. incip.* Miror ab Interpretibus non ad-
22 duci textum † qui omnium maximè *y*rgere videtur in *l. Seius Saturninus* 46. *D. ad SC. Trebell.* vbi & agitur de fideicommisso vniuersali hereditatis restituendæ, & respondetur transmitti fideicommissum ad heredem, priùs etiam quàm tempus venerit si modò fideicommissi dies cesserit viuo fideicommissario. Sed non difficilis responsio est, agi eo loco de herede fiduciario, vt verba sonant, id est, qui non tam vt heres, quàm quasi minister rogatus est hereditatem restituere, ac proinde qui neque dominium, neque vllas actiones proprio iure habuisse intelligatur: hereditas siquidem fiduciaria, priùs etiam quàm restituatur, non tam heredis fiduciarij esse videtur, quàm fideicommissarij: quæ ratio & sententia est *l. si postulante* 67. §. *vlt. D. eod.* Proinde hoc casu mortuo post diem fideicommissi cedentem fideicommissario non indiget ipsius heres vt vllæ actiones in eum à fiduciano herede transferantur, sed ei sufficit vt competat petitio bonorum quæ fuerunt in fideicommisso, perinde ac cæterorum quæ iam in fideicommissarij hereditate reperiuntur, & quidem sine vlla restitutione. Et ob id nimirum in specie *d. l. Seius*, Mallius Seneca, qui se auunculum fideicommissarij dicebat, non postulabat sibi restitui hereditatem ex fideicommisso, sed ea bona proximitatis nomine petebat, tanquam quæ Seij Oceani iam propria veriùs, quàm ei debita fuissent. Idque est etiam quod lex ait, *fiduciaria hereditas ad eum pertinet, ad quem cætera bona Oceani pertinuerint*, vt intelligamus in eodem bonorum cumulo fiduciariam quoque hereditatem inueniri. Denique tutela illa dicenda est potiùs quàm hereditas fideicommissaria, vt postrema illa legis verbis probant, *tutelam magis heredi fiduciario permisisse*, &c. Isque sanè præcipuus erat vsus heredum fiduciariorum vt impuberibus prospiceretur, & lubrico tutelæ fideicommissi remedium præferretur, vt loquitur Papin. in *l. 3.* §. *cum Pollidius D. de vsur. l. si ita* 43. §. *Pegasius. D. de leg. 2. l. liberto.* §. *filium*, *l. Iauolenus* 15. *D. de ann. legat.* Difficilior obiectio † illa est quæ fit ex *l. 3. C.* 23
de fideicomm. vbi cùm agitur de fideicommisso restituendæ hereditatis, non alia tamen ratione fideicommissum vniuersale ad fideicommissarij heredes pertinere negatur, quàm quòd illi ipsi, qui fideicommissum præstare debuerant, fideicommissario successissent, atque ita confusis per aditionem actionis nulla fideicommissi persecutio superesse posset, ñe dubitare possimus quin aliud fuerit rescripturus Imperator, si alios heredes fideicommissarius habuisset. Nec sanè id negare velim, sed obseruari volo in ea specie tractari de fideicommisso hereditatis debito puellæ, id est, virgini, siue impuberi, siue adultæ, cui etiam libertatem ex eodem testamento iidem heredes præstare debuerant, & præstiterant. Ex hac enim facti circunstantia infero factam fuisse moram puellæ ab heredibus in præstatione fideicommissi: non ob id solùm quòd idem fuisset dies præstandæ ab iis & libertatis & hereditatis, ideoque vix potuerit præstari libertas sine he[illegible]itate quin mora fuerit facta fideicommisso, *l. si quis heres* 84. *de legat. 2. l. sicuti* 92. *in fin. D. de condit. & demonstr.* si excipias casum *d. l. postulante* 44. *vers. potest tamen euenire. D. ad SC. Trebell.* Sed ob eam potissimùm causam quòd minoris ætatis priuilegium illud est, vt etiam citra interpellationem moram in re ipsa patiatur hoc ipso quòd non præstantur ea quæ minori debentur, *l. in minorum* 3. *C. in quibus caus. in integr. restit. necess. non est. l. si tamen* 5. *D. de minor. l. 1.* §. *vltim. D. de vsur. l. Titia Seio.* §. *vsuras. D. de legat. 2.* si modò minor adsit, aut pro eo alius cui solui possit, *l. cum quidam* 17. §. *si pupillo. D. de vsur.* Cùm igitur in proposito casu puella moram passa esset in restitutione hereditatis, quid mirum transmitti ab ea potuisse fideicommissi persecutionem ad heredes? Vnus hic siquidem est ex effectibus moræ, vt ex quo die mora restitutioni facta est, hereditas habenda sit pro restituta in præiudicium eorum qui moram contraxerunt, hactenus saltem ne fideicommissum ampliùs intercidere possit vnquam. Hereditatem enim cùm habemus pro restituta propter moram, habemus vtique pro restituta ex voluntate testatoris, eóque ipso modo quo testator restitui voluerat: idcóque postmodùm defuncto fideicommissario qui moram passus fuit, non potest ampliùs ea ratio impedire fideicommissi transmissionem, quòd non possit hereditas restitui sicuti testator rogauit. Habet enim locum hæc ratio cùm agitur de transmissione fideicommissi restituendi, non etiam cùm de transmissione

fideicommissi

24 fideicommiſſi iam reſtituti, aut quod haberi debeat pro reſtituto, *dicta lege, poſtulante.* Si ponderes verba illa, *nec Stichus antequam moram in recipienda hereditate faceret, deceſſit.* Innuunt nimirum ſi in ea ſpecie Stichus deceſſiſſet poſt moram à ſe factam in recipienda hereditate, futurum vt heres, qui eo poſtulante adierat, nullo eguiſſet auxilio Senatuſconſulti, de quo ibi Marcellus tractat, nec interpretationis prudentum ad illud Senatuſconſultum adhibendæ, ad cogendum Stichi heredem, vt hereditatis reſtitutionem, quam recuſabat, ſuſcipere cogeretur. At quid reſpondebimus † *ad leg. quidam ita 25. D. eod.* vbi diſertè ſcriptum eſt, fideicommiſſum relictum puero ante aditam quidem hereditatem, ſed poſt diem fideicommiſſi cedentem defuncto ad ipſius heredes tranſmitti? An fortè idem quod ad obiectionem proximam, fuiſſe heredem in mora fideicommiſſi præſtandi quod puero debebatur, id eſt, vt ipſa nominis proprietas demonſtrat, filio impuberi aut minori? Minimè. Nam etſi millies ponas fuiſſe illum impuberem, non poſſet tamen dici contracta eſſe moram re ipſa ob ipſius perſonam, cùm proponatur deceſſiſſe ante aditam hereditatem, ac proinde eo tempore, quo licèt dies fideicommiſſi iam ceſſiſſet, nemo tamen erat qui poſſet ſoluere impuberi. Quomodo enim, aut quo iure ſolueret is qui nondum eſſet heres? Nec igitur quiſquam eſt qui poſſit dici eſſe in mora, ſicut neque ſi nemo ſit qui ſolutionem accipere poſſit, puta ſi pupillus non habeat tutorem, *l. cùm quidam. 17. §. ſi pupillo. D. de vſur.* vt proinde ridiculum ſit, quod ſomniat Bartolus, puerum in ea ſpecie fuiſſe non modò puberem, ſed etiam maiorem xxv. annis, vt effugiat obiectionem quæ fieri poterat ex *l. 3. §. 1. D. de adim. legat.* vbi ſcribitur, fideicommiſſum, cuius dies ceſſerit, licèt tranſlatum ſit in alium, ad heredem tamen pueri fideicommiſſarij potiùs quàm ad eum in quem tranſlatum ſit, pertinere, qui tamen locus non obſtat, imò potiùs congruit. Non enim aliter admittit heredem pueri ad petitionem fideicommiſſi, quàm ſi mora puero facta ſit, vt diximus, fieri potuit, quandiu pupillus vixit, nondum adita ſcilicet hereditate. Reſpondendum igitur eſt in hac ſpecie fideicommiſſum non eſſe vniuerſale, ſed ſingulare, quamuis ſit vniuerſi patrimonij. Illa enim verba *quicquid ex hereditate ad te pervenerit*, non comprehendunt vniuerſum ius hereditatis, ſed id tantùm quod ſupereſt deductis oneribus hereditariis, quia nec aliud cum effectu peruenire intelligitur, *l. 2. §. perueniſſe. D. de heredit. vel act. vend l. cogi. 16. §. 1. D. ad SC. Trebell.* Ergo non vniuerſale fideicommiſſum eſt, vt malè vult idem Bartolus, ſed ſingulare: ideoque nec mirum eſt ſi poſt diem cedentem tranſmittatur ad heredem, vt cætera omnia legata & fideicommiſſa ſingularia. Dices, Imò fideicommiſſum † hoc eſſe vniuerſale, cùm ex eo tranſeant actiones, & cogi heres poſſit vt ad fideicommiſſum hoc reſtituendum hereditatem adeat & reſtituat, *d. l. cogi. §. 1.* quorum neutrum dici poteſt de alio fideicommiſſo quàm de vniuerſali. Sed reſpondeo eſſe quidem hoc fideicommiſſum ex ſui natura ſingulare, ſi proprietas verborum ſpectetur, ſed fieri vniuerſale ex voluntate heredis rogati, nolentis vllam facere deductionem, ſiue recuſet adire hereditatem, ſiue adeat quidem ſponte, ſed reſtituat ſine vlla deductione, qui nec inuitus deductionem facere cogitur, nec quidquam facit contra vel præter voluntatem teſtatoris, cùm reſtituit ſine vlla deductione, quamuis faceret ſi teſtator adieciſſet *deductis oneribus hereditariis.* Expreſſa enim adiectio illa noceret, quod nec Bartolus negauit ad *dict. §. 1.* Nec nouum eſt vt expreſſa noceant, non expreſſa non noceant ſecundùm regulam iuris. Sed & poteſt dici quod ait Bartolus ad *d. §. 1.* hoc fideicommiſſum haberi pro vniuerſali ſumpto largè & propriè verbo *pervenerit*, ne intercidat fideicommiſſum, quæ non tam Bartoli quàm Vlpiani eo loco ratio eſt. Eadem igitur facere è contrario ratio debet, vt idem verbum *pervenerit* ſumatur propriè, ſi quæretur de tranſmiſſione fideicommiſſi, ne alioqui intercidat fideicommiſſum, cuius tamen dies vtiliter ceſſerit: quomodo vtique intercideret ſi pro vniuerſali haberetur, non pro ſingulari. Quid ergo ſi in ſpecie dict. l. quidam ita fideicommiſſum vniuerſale quæſiuiſſet? Non potuiſſet tranſmitti ad heredem fideicommiſſarij, ne quidem pupilli, ſi puer ante aditam hereditatem deceſſiſſet, quamuis defuncto iam patre. Nullum enim priuilegium habet pupillus ad inducendam re ipſa moram ſi nemo ſit qui poſſit ei ſoluere. Sed ſi deceſſiſſet † adita iam hereditate, tranſmiſiſſet non tan- 26
quam fideicommiſſarius, ſed quod diligenter obſeruandum eſt, tanquam reuera moram paſſus, vt eleganter ſcribit Vlpianus in *d. l. 3. §. 2. verſ. idem dicendum. D. de adim. legat.* vbi tractans ille de fideicommiſſaria hereditate addit *puero data*, vt intelligamus aliud iuris fore in hereditate quæ maiori relicta eſſet, ſi de fideicommiſſi vniuerſalis tranſmiſſione quæreretur, ſiue ſimpliciter, ſiue ad legati tranſlationem excludendam. Non enim eſſet locus quæſtioni in alterius quàm in pueri perſona, ſi non mora fideicommiſſo facta eſſet. Poſſit etiam fortaſſis quis contra nos moueri ex eo quod Scæuola † reſpondit in *l. à teſtatore 109. D. de* 27
cond. & demonſtr. Sempronius rogatus vt acceptis centum portionem ſuam hereditariam reſtitueret Titiæ coheredi ſuæ, adita hereditate deceſſiſſet, ſimiliter & Titia priuſquam daret centum, & quereretur an heres Titiæ offerendo centum partem hereditatis conſequi ex fideicommiſſo poſſet, heredem conditioni parere non poſſe. Quid enim attinebat quærere an conditio impleri per fideicommiſſarij heredem poſſet, ſi ita ius erat, vt nec purum fideicommiſſum vniuerſale ad heredem tranſmitteretur? Sed reſpondendum eſt talem in eo loco proponi ſpeciem, in qua ſi conditionem Titia viuens impleuiſſet, fideicommiſſi perſecutionem tranſmittere ad heredem ſuum potuiſſet, non quidem vi conditionis expletæ, ſed tanquam conſtituto in mora coherede qui fideicommiſſum præſtare iuſſus erat. Etſi enim qui fideicommiſſi conditionem implet ſimpliciter, non idcirco fideicommiſſum ſibi acquirit, niſi illud etiam expreſſim agnoſcat poſt impletam conditionem, quomodo de legato & hereditate ſcriptum in *l. ei qui 13. l. ſi pupillus 26. D. de condit. inſtitut.* in illa tamen ſpecie, id eſt, coherede rogato, vt acceptis centum portionem ſuam hereditariam reſtitueret, fieri vix poteſt vt centum ei à coherede dentur, quin hoc ipſo, aut ſaltem eodem tempore interpelletur de fideicommiſſo præſtando. Quis enim alius poſſet eſſe effectus dationis, aut quæ alia mens fideicommiſſarij vniuerſalis? cui vtique nihil prodeſſet dediſſe pecuniam, putúmque fideicommiſſum feciſſe quod fuerat antèà conditionale, ſi non proficeret ad conſtituendum in mora heredem qui iuſſus eſt à teſtatore acceptis centum, id eſt, ſtatim atque centum accepiſſet, reſtituere hereditatem. Ac ſanè multum refert an conditionis implendæ cauſa detur pecunia ei ipſi qui legatum aut fideicommiſſum præſtare debet, an alij: ſi alij conditio tantùm impletur, non etiam id quod relictum eſt, aut acquiritur, aut petitur. Si verò ei ipſi qui oneratus eſt, conſtituit ſe in mora, proculdubio is qui pecuniam accepit, niſi ea accepta præſtat ſtatim quod debet, quodque accepta pecunia præſtare ſtatim iuſſus eſt: nec malè quis dixerit eſſe caſum hunc vnum ex iis in quibus mora contrahitur re ipſa, vt in ſpecie *lege cùm verò 26. §. 1. D. de fideicommiſſ. libertat. & lege curabit 5. Codice, de actionib. emption. l. 2. Cod. de vſuris.*

25 hoc eſſe vniuerſale, cùm ex eo tranſeant actiones, & cogi heres poſſit vt ad fideicommiſſum hoc reſtituendum hereditatem adeat & reſtituat, *d. l. cogi. §. 1.* quorum neutrum dici poteſt de alio fideicommiſſo quàm de vniuerſali. Sed reſpondeo eſſe quidem hoc fideicommiſſum ex ſui natura ſingulare, ſi proprietas verborum ſpectetur, ſed fieri vniuerſale ex voluntate heredis rogati, nolentis vllam facere deductionem, ſiue recuſet adire hereditatem, ſiue adeat quidem ſponte, ſed reſtituat ſine vlla deductione, qui nec inuitus deductionem facere cogitur, nec quidquam facit contra vel præter voluntatem teſtatoris, cùm reſtituit ſine vlla deductione, quamuis faceret ſi teſtator adieciſſet *deductis oneribus hereditariis.* Expreſſa enim adiectio illa noceret, quod nec Bartolus negauit ad *dict. §. 1.* Nec nouum eſt vt expreſſa noceant, non expreſſa non noceant ſecundùm regulam iuris. Sed & poteſt dici quod ait Bartolus ad *d. §. 1.* hoc fideicommiſſum haberi pro vniuerſali ſumpto largè & propriè verbo *pervenerit*, ne intercidat fideicommiſſum, quæ non tam Bartoli quàm Vlpiani eo loco ratio eſt. Eadem igitur facere è contrario ratio debet, vt idem verbum *pervenerit* ſumatur propriè, ſi quæretur de tranſmiſſione fideicommiſſi, ne alioqui intercidat fideicommiſſum, cuius tamen dies vtiliter ceſſerit: quomodo vtique intercideret ſi pro vniuerſali haberetur, non pro ſingulari. Quid ergo ſi in ſpecie dict. l. quidam ita fideicommiſſum vniuerſale quæſiuiſſet? Non potuiſſet tranſmitti ad heredem fideicommiſſarij, ne quidem pupilli, ſi puer ante aditam hereditatem deceſſiſſet, quamuis defuncto iam patre. Nullum enim priuilegium habet pupillus ad inducendam re ipſa moram ſi nemo ſit qui poſſit ei ſoluere. Sed ſi deceſſiſſet † adita iam hereditate, tranſmiſiſſet non tanquam fideicommiſſarius, ſed quod diligenter obſeruandum eſt, tanquam reuera moram paſſus, vt eleganter ſcribit Vlpianus in *d. l. 3. §. 2. verſ. idem dicendum. D. de adim. legat.* vbi tractans ille de fideicommiſſaria hereditate addit *puero data*, vt intelligamus aliud iuris fore in hereditate quæ maiori relicta eſſet, ſi de fideicommiſſi vniuerſalis tranſmiſſione quæreretur, ſiue ſimpliciter, ſiue ad legati tranſlationem excludendam. Non enim eſſet locus quæſtioni in alterius quàm in pueri perſona, ſi non mora fideicommiſſo facta eſſet. Poſſit etiam fortaſſis quis contra nos moueri ex eo quod Scæuola † reſpondit in *l. à teſtatore 109. D. de cond. & demonſtr.* Sempronius rogatus vt acceptis centum portionem ſuam hereditariam reſtitueret Titiæ coheredi ſuæ, adita hereditate deceſſiſſet, ſimiliter & Titia priuſquam daret centum, & quereretur an heres Titiæ offerendo centum partem hereditatis conſequi ex fideicommiſſo poſſet, heredem conditioni parere non poſſe. Quid enim attinebat quærere an conditio impleri per fideicommiſſarij heredem poſſet, ſi ita ius erat, vt nec purum fideicommiſſum vniuerſale ad heredem tranſmitteretur? Sed reſpondendum eſt talem in eo loco proponi ſpeciem, in qua ſi conditionem Titia viuens impleuiſſet, fideicommiſſi perſecutionem tranſmittere ad heredem ſuum potuiſſet, non quidem vi conditionis expletæ, ſed tanquam conſtituto in mora coherede qui fideicommiſſum præſtare iuſſus erat. Etſi enim qui fideicommiſſi conditionem implet ſimpliciter, non idcirco fideicommiſſum ſibi acquirit, niſi illud etiam expreſſim agnoſcat poſt impletam conditionem, quomodo de legato & hereditate ſcriptum in *l. ei qui 13. l. ſi pupillus 26. D. de condit. inſtitut.* in illa tamen ſpecie, id eſt, coherede rogato, vt acceptis centum portionem ſuam hereditariam reſtitueret, fieri vix poteſt vt centum ei à coherede dentur, quin hoc ipſo, aut ſaltem eodem tempore interpelletur de fideicommiſſo præſtando. Quis enim alius poſſet eſſe effectus dationis, aut quæ alia mens fideicommiſſarij vniuerſalis? cui vtique nihil prodeſſet dediſſe pecuniam, putúmque fideicommiſſum feciſſe quod fuerat antèà conditionale, ſi non proficeret ad conſtituendum in mora heredem qui iuſſus eſt à teſtatore acceptis centum, id eſt, ſtatim atque centum accepiſſet, reſtituere hereditatem. Ac ſanè multum refert an conditionis implendæ cauſa detur pecunia ei ipſi qui legatum aut fideicommiſſum præſtare debet, an alij: ſi alij conditio tantùm impletur, non etiam id quod relictum eſt, aut acquiritur, aut petitur. Si verò ei ipſi qui oneratus eſt, conſtituit ſe in mora, proculdubio is qui pecuniam accepit, niſi ea accepta præſtat ſtatim quod debet, quodque accepta pecunia præſtare ſtatim iuſſus eſt: nec malè quis dixerit eſſe caſum hunc vnum ex iis in quibus mora contrahitur re ipſa, vt in ſpecie *lege cùm verò 26. §. 1. D. de fideicommiſſ. libertat. & lege curabit 5. Codice, de actionib. emption. l. 2. Cod. de vſuris.*

Non enim valdè diſtat hic cohæres qui iuſſus eſt

portionem hereditariam reſtituere accepta pecunia quam accepit à venditore qui rei à ſe venditæ pretium iam accepit, necdum rem tradidit, quem dicimus hoc ipſo eſſe in mora, ideóque teneri ad fructuum reſtitutionem, ne alioqui & rem & pretium retineat contra bonam fidem, *l. ex empto* 11. §. *qui autem. l. Iulianus* 13. §. *veniunt* 20. *D. de action. empt. l. liberalitatis* 16. §. *D. de vſur.* Cùm enim figura conditionis expreſſa non eſt, videtur pretij nomine dari pecunia, quæ alioqui conditionis potiùs implendæ cauſa dari diceretur, *l. in ratione* 30. §. *tametſi. D. ad l. Falcid.* Et conſequenter pecunia, quam in caſu, de quo tractamus, Titia Sempronio coheredi dare debuit, ſi eam Titia dediſſet, cùm non poſſet videri data conditionis implendæ cauſſa, neceſſariò habenda eſſet pro data ad interpellandum eum, & in mora conſtituendum: quo admiſſo non eſt mirum in ea ſpecie tranſmitti fideicommiſſum ad heredem fideicommiſſarij, tanquam fideicommiſſario ipſo, dum viueret, moram paſſo. Ideóque Claudius elegantèr ad Scæuolam notat in *dict. l. à teſtatore*, Scæuolam magno ingenio de iure aperto reſpondiſſe, cùm dubitari poſſet an in propoſito eſſet conditio. Senſus eſt, in illa ſpecie quæ propoſita fuit Scæuolæ duplicem occurrere quæſtionem: vnam illam, vtrum teſtator voluiſſet facere conditiõnem ex iis verbis *acceptis centum*, an potiùs duplex inducere fideicommiſſum inter coheredes: alteram, vtrum poſſet heres Titiæ parere conditioni. Prior quæſtio eſt facti, quia voluntatis defuncti quæſtio in æſtimatione & arbitrio iudicis eſt, *l. voluntatis* 7. *Cod. de fideicommiſſ.* poſterior verò iuris. Ergo ad poſteriorem tantùm reſpondere Iuriſconſultus debuit, non ad priorem, quia de iure non de facto reſpondere iuriſperiti ſolent & debent, quod Scæuolæ præ cæteris omnibus familiariſſimum fuiſſe conſtat. Facit autem Scæuola non ſolùm magno ingenio, ſed etiam cautè, qui nolit illam quæſtionem attingere an ea verba *acceptis centum* facerent conditionem necne, vt aliam quoque effugeret quæ ex iſta naſcebatur, an duplex fideicommiſſum, an ſimplex iis verbis contineretur, id eſt, an quemadmodum rogatus erat Sempronius Titiæ coheredi ſuæ acceptis centum portionem reſtituere, ita & rogata videretur Titia centum dare Sempronio accepta ab eo hereditaria portione.

Duplex enim eſſe fideicommiſſum non poteſt, ſi verba illa *acceptis centum* conditionis tantùm loco accipiantur, quia conditio nunquam facit diſpoſitionem. Si verò non tam implendæ conditionis quàm pretij nomine pecuniam dari dicamus, nihil vetat duplex induci fideicommiſſum, dummodò inter eos res agatur qui mutuo fideicommiſſo grauari potuerunt, id eſt, coheredes, qui adeundo ſinguli hereditatem pro ſua quiſque portione hereditaria voluntatem defuncti agnouerunt. Quam ſpeciem diſertè tractat Vlpianus in *l. fideicommiſſa* 11. §. *cùm eſſet. D. de legat.* 3. Nam ſi ponas iuſſum eſſe heredem aliquid extraneo præſtare, acceptis ab eo centum, licèt relictum agnouerit, non eo magis tamen oneratus videri poteſt vt ea centum cogatur præſtare, cùm talis oneratio magis pro ipſo quàm contra ipſum poſita eſſe videatur, vt diſputat Marcianus *l. in ratione* 30. §. *tametſi. D. ad l. Falcid.* & nos explicauimus 6. coniectur. cap. 3. Sed hæc ab inſtituto noſtro aliquantulum remotiora ſunt, quanquam dignus fuit hic Scæuolæ locus de quo aliquid diceremus. Hoc vnum addendum reſtat, ſi qui erunt qui nobiſcum probabunt fideicommiſſariam hereditatem † non tranſmitti, non hac debere illos ratione 28
moueri quæ prima facie occurrit, quòd generale ſit vt non adita hereditas non tranſmittatur *l. vnic. §. in nouiſſimo Cod. de caduc. tollend. extra l. vnic. Cod. de iis qui ant. ape. tabul. & l. cùm antiquioribus* 19. *C. de inr. delib.* fideicommiſſaria verò hereditas ſit hereditas, *tot. tit. Inſtitut. de fideicomm. heredit.* Nam imò verò fatendum eſt fideicommiſſariam hereditatem non poſſe dici propriè hereditatem, cùm deſinat eſſe hereditas, fiátque patrimonium defuncti ex quo adita eſt. Aditam autem eſſe neceſſe eſt antequam de fideicommiſſo tractari poſſit *l. 1. & l. 4. D. ad SC. Trebell.* Et cùm dicimus fideicommiſſariam hereditatem, non tam ſignificamus eam quæ nunc ſit hereditas quàm quæ aliquando fuerit, aut, vt loquar cum Vlpiano, in *l. fideicommiſſaria* 8. §. *quoties D. eod.* id quod fuit hereditatis. Quanquam ſi pergat quærere cur hereditas † non 29
adita non tranſmittatur, alia ratio quærenda non eſt, quàm quæ ſecundum nos fideicommiſſi quoque vniuerſalis tranſmiſſionem impedit: nimirum quod fieri nequeat vt is, cui viuo delata fuerat ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato hereditas, plus iuris ad heredem ſuum tranſmittat, quàm ille ipſe in mortis ſuæ inſtanti habuerit ex *reg. l. nemo plus iuris* 54. *D. de Reg. iur.* An quia amiſit heres ius adeundi ex quo inſtanti cœpit mori, quia ex eo inſtanti certum eſſe cœpit non poſſe ampliùs ei acquiri hereditatem, quæ nec ſine aditione acquiri poteſt, nec per aditionem acquiri in inſtanti, cùm odioſa ſit facti: nihil autem naturaliter fiat, fierive poſſit in inſtanti, ſed omnia in tempore. Proinde illud etiam verum eſſe deſiiſſe hereditatem viuo ei delatam eſſe, ex quo ſpes eius acquirendæ intercidit, quia neque defertur à lege hereditas, neque delata perſeuerat quam quis adeundo non poſſit conſequi, *l. delata* 151. *D. de verb. ſign.* Nec enim lex quidquam facit aut retinet fruſtrà non magis quàm natura. Mirum igitur non eſt ius adeundi, quod viuo inſtituto aut agnato proximo intercidit, ſiquidem inſtans mortis vitæ adſcribitur *l. qui duos* 8. §. 1. *D. de man. teſtam.* non poſſe tranſmitti ad ipſius heredem, qui neque inſtitutus, neque agnatus proximus reperitur. Quam rationem non tranſmittendi iuris adeundi neſcio an adhuc quiſquam bene docuerit.

ERROR II.

De interruptione graduum in fideicommiſſaria ſubſtitutione.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio an interruptio graduum vitiet fideicommiſſariam ſubſtitutionem.*
2 *Negans pragmaticorum ſententia.*
3 *Ratio pragmaticorum, quòd nec vulgaris ſubſtitutio ex graduum interruptione vitietur.*
4 *Oppoſita autoris ſententia.*
5 *Fideicommiſſarius & vulgaris ſubſtitutus quî conueniant.*
6 *Quibus modis differant.*
7 *Interruptio graduum vitiat fideicommiſſariam ſubſtitutionem, quia interruptis gradibus reſtitutio fieri nequit eo modo quo teſtator voluit.*
8 *Firmatur autoris ſententia ex l. ſi eius* 34. *D. ad Trebell cuius vera adfertur ſententia.*
9 *Ratio decidendi d. l.* 34.
10 *Quibus caſibus ex l. ſancimus, pen. C. ad Treb. transferantur actiones in fideicommiſſarium, quæ antea transferri non poterant.*
11 *Quomodo Nou. 1. de hered. & Falcid. SC. Trebellia-no derogauit.*
12 *Speciem quæ hic tractatur ad caſus in Iuſtiniani conſtitutionibus expreſſos non pertinere.*
13 *Obiectioni occurritur.*
14 *Alia obiectio diluitur.*
15 *Fundamentum pragmaticorum ruinoſum.*

16 *Aliud*

16 *Aliud fulcrum pragmaticorum subnixum l. vnic. §. pro secundo, C. de cad. toll. stabilitur.*
17 *Et responsione autoris subuertitur.*
18 *Fideicommissi singularis & vniuersalis differentia.*
19 *Pupillaris substitutio ex omnium confessione solâ graduum interruptione vitiatur.*
20 *Sententia l. qui habebat. D. de vulg. & pup. & eiusd. l. varia lectio.*

1 COmmodissimè tractatio † hæc præcedenti subnecterur : Pendet enim ex iisdem principiis iuris. Testator heredem instituturum Titium rogauit vt hereditatem post mortem suam restitueret Sempronio, itémque Sempronium vt post mortem suam restitueret eandem hereditatem Mæuio : Si viuo Titio decesserit Sempronius, deinde Titius superstite Mæuio : quæri solet an fideicommissum Mæuio debeatur, an verò interciderit propter interruptum ordinem graduum fideicommissi quem testator præscripserat. Et vulgò creditum est,
2 passimque † in tribunalibus receptum interruptionem graduum non vitiare fideicommissariam substitutionem. Sic enim Guid. Pap. post Bart. ad *l. quandiu 69. D. de acquir. hered.* Cuius sententiæ ratio illa afferri solet, quod substitutio fideicommissaria hac parte sit similis vulgari, cùm per vtramque succedatur testatori non heredi ex *l. coheredi 41. §. cum filia. D. de vulgar. &*
3 *pupill. substit. l. 2. D. ad SC. Trebell.* Vulgarem † porrò substitutionem certum est ex graduum interruptione non vitiari, quia substituitus substituto censetur substitutus instituto *dict. l. coheredi. in princip. & d. l. quandiu.* Eodem igitur modo volunt in proposita specie Mæuium fideicommissarium Sempronij pro Titij fideicommissario habendum esse. In quo † tamen,
4 ni fallor ipse, falluntur euidentissimè. Etsi enim fideicommissarius † vulgari substituto similis in eo est,
5 quòd in bonis testatoris succedit, non in bonis heredis, non ideo tamen verum est fideicommissarium †
6 perinde succedere testatori, atque succedit ei vulgaris substitutus. Siquidem alteri succedere dicitur ille, qui in alterius hereditate succedit, vt de substituto vulgari scriptum est in *d. l quandiu.* At fideicommissarius non succedit in hereditate testatoris, quia nec hereditas vlla est quę iam per aditionem scilicet facta est patrimonium heredis, sed succedit in eo quod fuit hereditatis, quemadmodum ad finem superioris capitis dicebamus. Non ergo potest dici succedere defuncto non magis quàm heredi. Et in eo manifesta differentia est fideicommissi & vulgaris substitutionis, quia non tantùm hereditas est ea in qua succedit vltimus substitutus, sed quod magis est, ea ipsa hereditas quæ fuit delata primo instituto, cùm adita nunquam fuerit, nec conuersa in patrimonium alterius siue instituti, siue substit. alioquin si esset adita, nihil supereesset, quod de vulgari substitutione tractari posset, *l. post aditam 5. C. de impub. & aliis substit.* Indeque etiam est, quòd legata ab instituto relicta, intelliguntur à substituto vulgari tacitè repetita, *l. licèt Imperator 74. de legat. 1.* at non æquè bene quis dixerit legata ab herede relicta censeri à fideicommissario repetita vt ex ipsius fideicommissarij persona vnquam debeantur, quoniam cùm de fideicommissario hereditatis quæri non oporteat, nisi adita priùs hereditate, fieri nequit vt non debeantur legata ab herede ipso, quæ ab eo testator reliquerit, solaque illa inspectio restat, an deductis legatis, an cum onere legatorum restitui fideicommissum testator voluerit *d. l. 2. l. 3. §. item Pomponius. D. ad SC. Trebell.* nam nec à fideicommissario relinqui legata possunt, vt neque à legatario, sed fideicommissa tantùm, vt scribit Vlpian. *sit. 24. de legat. §. à legatario.* propterea quòd legata non nisi imperatiuis verbis relinquuntur, vt in princip. eiusd. tit. Vlpianus scribit : imperare autem alij quàm tibi & heredi suo is qui priuatus est, nec potest, nec debet, sed preces in eam rem necessariæ sunt ne quid minùs honestè, ac minùs ciuiliter factum dici possit, *l. fideicommissum 78. l. filiusfamiliàs 114. §. apud Marcellum de legat. 1. l. vers. & hac dispositum. C. commun. de legat.* Fatendum igitur est non esse bonam fideicommissarij & substituti vulgaris comparationem, nec quæ ratio facit vt substitutus vulgariter substituti censendus sit, substitutus instituto, eandem facere posse vt fideicommissarius fideicommissarij debeat videri fideicommissarius instituti. Neque sanè de hoc dubitabit qui rationem † intel- 7
liget qua nos mouemur vt contra interpretes sentiamus, nimirum quod vt superiore capite probauimus, non aliud hereditatis fideicommissum deberi possit, quàm ex quo transire possint actiones in fideicommissarium Senatusconsulti Trebelliani autoritate, ne alioqui eueniat vt translatio in fideicommissarium vniuerso hereditaris commodo, hereditaria onera remanent penes heredem, qui posteaquam semel iis obstrictus esse cœpit ex potestate legis duodecim tabularum, postea se iis exuere non potest, non magis quàm heredis nomen amittere, si non interueniat autoritas legis, vel saltem Senatusconsulti quod legis vim habeat. Porrò Senatusconsultum Trebellianum quod vnum in hanc rem factum est, non aliter patitur transire actiones hereditarias, siue actiuas, siue passiuas ab herede in fideicommissarium, quàm si restituatur hereditas eo ipso modo quo restitui testator voluit *l. 1 l. sed etsi ante diem 10. D. ad SC. Trebell. l. si mulier 59. §. ex asse. D. de iur. dot.* Nemo autem dixerit restitui hereditatem, sicuti testator voluit si Titius qui erat rogatus restituere Sempronio, restituat Mæuio, de quo non fuerat rogatus, quandoquidem sicut alia est persona Sempronij, alia Mæuij, ita & aliud fideicommissum, quod à Titio præstandum sit Sempronio, aliud verò quod à Sempronio præstandum sit Mæuio. Ergo fieri non potest vt fideicommissum quod Sempronio, si viueret, præstandum esset, eo iam prædefuncto restituatur Mæuio, siue testamenti verba inspicias, siue testatoris voluntatem, siue denique Senatusconsulti autoritatem, *l. Lucius 78. §. tres heredes. D. ad SC. Trebell. l. quidam 46. D. de hered. instit.* Omnium verò accommodatissimus in hanc rem textus † mihi semper visus est ille esse, quem respon- 8
sum Marciani præbet in *l. si cum 34. D. ad SC. Trebell.* Si cius, inquit, qui nouissimus ex liberis moreretur partem hereditatis propinquo restitui pater voluerit, & simul fratres diem suum obierint propinquum, si non ostenderit quis nouissimus obiisset, ad partem hereditatis non admitti, sed matrem ex Senatusconsulti Tertyll. ad vtriusque hereditatem admittendam esse constat. Ambos igitur filios pater heredes instituerat, & quidem ex æquis portionibus, vt proinde non posset dici quicquam interesse fideicommissarij, vtrum huius an illius portionem ex fideicommisso haberet. Ambo simul perierant, vt nesciri posset vter prior, aut posterior decessisset, ac consequenter etiam ex vi & proprietate verborum vterque nouissimus decessisse videbatur, quia nouissimus ille est, non ante quem alius, sed post quem nemo, *l. qui duos 9. D. de reb. dub.* vbi hac sola ratione motus Tryphoninus concludit in ea specie quam ibi tractat, eum qui nouissimo decedenti ex duobus impuberibus pupillariter substitutus erat, duobus in nauc simul mortuis, vtrique ex substitutione pupillari heredem esse, propterea quòd cùm neuter fratri superstes fuit, ambo vltimi decessisse intelligantur, sicut è contrario in lege duodecim tabularũ proximus agnatus dicitur etiam is qui solus est, quique neminẽ antecedit, *l. 1. §. proxim. D. vnd. cogn.* quod & scriptũ est in *l. ex duobus 34. D. de vulg. & pup. subst. l. proxim. 92. l. proximi 155.*

l. in vulgari 162. *De verb. signific.* Cur non igitur & in ſpecie Martiani admittimus fideicommiſſariam, licèt non poſſit oſtendere quis liberorum poſtremus deceſſerit? Non quæro cur non admittatur ad portionem vtriuſque, quoniam video non ſic ei relictum eſſe fideicommiſſum, vt qui poſtremus decederet, hereditatem ipſi reſtituere cogeretur (quo caſu non dubitarem quin ad vtriuſque portionem ex fideicommiſſo admitti deberet tanquam impleta in vtriuſque perſona fideicommiſſi conditione) ſed ita vt nominatim partem duntaxat hereditatis ſuæ in fideicommiſſum venire teſtator voluerit. Propter quam cauſam abſurdum eſſet nos totum ei dare cui teſtator non niſi partem dediſſet, ac in re teſtatoris eſſe liberaliores ipſo teſtatore, *l. debitor* 59. *in fin. princ. l. ſella* 63. §. *ſi ſub conditione. D. ad SC. Trebell.* At de illo quæro, & quæror, ſi vera eſt interpretum ſententia, qui fideicommiſſariam ſubſtitutionem ex graduum interruptione non vitiari volunt, cur non admittatur hic fideicommiſſarius ſaltem ad partem vnius ex liberis ſimul mortuis, cùm neceſſe ſit, vt vel alteruter, vel ſimul vterque nouiſſimus deceſſerit atque ita extiterit omnimodo conditio fideicommiſſi, nec quicquam referat aut matris ſuperſtitis, quæ vtrique ſuccedit ab inteſtato, aut fideicommiſſarij, an huius vel illius portio ei reſtituatur, ſiquidem ponimus hereditarias portiones æquales fuiſſe, ex quibus fuerant inſtituti. Si enim poneres factas inæquales, difficilius eſſet vt vel hanc vel illam partem fideicommiſſarius petere poſſet ni probaret vel hunc vel illum poſteriorem deceſſiſſe. Quanquam ſi ea portione, quæ minor eſſet, contentus eſſe velit, non video quid ei poſſet obiici quominùs hanc ſaltem conſequi deberet, qui alioquin, id eſt, ſi negaret nouiſſimum hunc deceſſiſſe qui minorem portionem habuerat, hoc ipſo maioris petendæ ius nanciſceretur, *argum. l. heredes mei* 57. §. *cùm ita ad SC. Trebell.* Quid ergo illud eſt quod fideicommiſſarium hunc poſſit totum excludere vt ad neutram partem admittatur, qui ad nouiſſimi partem vocatus eſt, vtroque licèt nouiſſimo defuncto? Vna certè
9 ratio illa eſt, † quòd cùm non ſit vocatus niſi ad partem hereditatis, neque totam hereditatem conſequi, vt iam diximus, poteſt, neque patris fideicommiſſum petere, niſi probet præcisè quis ex liberis poſtremus deceſſerit, quod aliter fieri nullomodo queat vt reſtituatur ei hereditas ex Trebelliano, nec proinde vt in eum tranſlatio actionum fiat, ſine qua tamen cogi matrem ei reſtituere, nec æquum, nec teſtatoris voluntati conſentaneum eſſet. Itaque ſi poneres ſub eadem verborum conceptione factam ſubſtitutionem pupillarem, id eſt, in parte tantùm hereditatis, hoc etiam ſi voles expreſſim addito, ne tota hereditas ad ſubſtitutum pervenire poſſet: non perinde tamen dicendum eſſet, ſubſtituto nullam partem deberi: ſi non probaret quis nouiſſimus deceſſiſſet, dummodo vel partes factæ eſſent æquales à teſtatore, vel factis inæqualibus ipſe minore contentus eſſe vellet, nempe quia hic de transferendis actionibus quæri non oporteret, niſi de iis quæ ex poteſtate legis duodecim tabularum à teſtatore in heredem transferuntur, ad quarum tranſlationem nihil aliud exigitur, niſi vt heres ſit is, qui eſſe & voluit & potuit. In propoſito autem is qui ſubſtitutus eſſet in parte nouiſſimi, quamuis probare non poſſet, vter ex impuberibus diem ſuum poſtremus obiiſſet, probaret tamen facilè vel alterutrum, vel vtrumque nouiſſimum deceſſiſſe, & ita pupillaris ſubſtitutionis conditionem extitiſſe, quia alterutrum euenisſe omnino neceſſe eſt, vt vel vterque vel ſaltem alteruter nouiſſimus deceſſerit. Nec aliud admitterem in vulgari ſubſtituto, ſi fingeres Titio & Sempronio inſtitutis heredibus, ſubſtitutum fuiſſe Mæuium in parte duntaxat illius qui ex inſtitutis nouiſſimus ante aditam hereditatem deceſſiſſet, quia illo etiam caſu tractandum eſſet de transferendis in Mæuium actionibus, non quæ fuiſſent vnius ex inſtitutis, (nec enim vllas habere poteſt inſtitutus qui non adiit, cùm non tranſeant actiones in inſtitutum quatenus inſtitutus, ſed quatenus heres eſt) ſed quæ teſtatoris, quod ipſum ſicut ex ſolius legis duodecim tabularum poteſtate fit, non ex Senatuſconſulti Trebelliani autoritate, ita ne fiat, nihil impedit. Et hinc quoque petenda eſt interpretatio † conſtitutionis Iuſtinianeæ, quæ extat in *l. jancimus, pennlt. Cod. ad SC. Trebell.* vbi ſeptem caſus proponuntur in quibus placet Iuſtiniano transferri actiones in fideicommiſſarium, quæ olim transferri non poterant, quòd iis caſibus non reſtitueretur hereditas eo ipſo modo quo reſtitui teſtator voluiſſet. Primus caſus eſt, ſi hereditas quæ pupillo reſtitui ex fideicommiſſo debuit, reſtituta ſit ſoli tutori, cùm pupillus adhuc fari non poſſet, nec proinde reſtitui hereditas pupillo ipſi, autore tutore. Secundus eſt, ſi pupillus hic fari quidem poſſit, ſed abſens ſit. Tertius ſi hereditas furiolo reſtituenda, reſtituta ſit ipſius ſoli curatori. Nam furioſus nec vocem habere, nec præſens eſſe creditur. Quartus, qui tres implicitos continet, ſi vel pupillus, qui aut fari non poteſt, aut abſens eſt, vel furioſus rogatus fuerit de reſtituenda hereditate, eámque vel tutor pupilli vel curator furioſi reſtituerit. Quintus, ſi heres rogatus de reſtituenda hereditate celauerit ſe dolo malo, nec cogi poſſet ad eundem & reſtituendum, ſiue ante, ſiue poſt litem conteſtatam. Sextus, ſi morte præuentus hic heres poſt aditam quidem hereditatem, ſed ante reſtitutam eam deceſſerit, nullo penitus relicto ſucceſſore. Septimus & poſtremus caſus eſt, ſi primus fideicommiſſarius alteri hereditatem reſtituere rogatus ſit: qui caſus ad eum de quo noſtra diſputatio eſt, propiùs accedit, quia nec alia ratio erat propter quam olim non poſſent in ſecundum fideicommiſſarium transferri actiones à primo, quàm quòd Senatuſconſultum Trebellianum de primo tantùm, non etiam de ſecundo fideicommiſſario locutum eſſet, itémque de fideicommiſſi reſtitutione quæ ab herede fieret, non de ea quæ à fideicommiſſario. Cæteris verò omnibus quoque ſupradictis caſibus ſicut commune illud eſt vt in iis non fiat reſtitutio, quomodo teſtator voluit, ita & ante Iuſtinianum, vt ex eiuſmodi reſtitutionibus actiones transferri non poſſent, ob idque fideicommiſſum intercidere neceſſe eſſet. Hodiè transferuntur, poſtquam ita placuit Iuſtiniano, cuius autoritati abſurdum eſſet minùs tribui, quàm poteſtati Senatuſconſulti Trebelliani, cui ſanè fatendum eſt fuiſſe conſtitutione illa maximè derogatum, ſed multo magis eiuſdem † Iuſti- 1
niani *Nouel.* 1. *De hered. & Falcid.* quæ induxit, vt nec hereditatem ipſam ab herede rogato aditi neceſſe ſit, ſed eo vel recuſante, vel cunctante liceat ipſi fideicommiſſario vniuerſali, adeóque ſi talis nullus ſit, legatario cuilibet aut fideicommiſſario ſingulari adire, ſibique acquirere hereditatem: poſt quam cõſtitutionem vix dici poteſt, quonam caſu ſuperſit aliqua vel neceſſitas, vel vtilitas Senatuſconſulti Trebelliani, præterquàm ſi heres inſtitutus ſponte adierit hereditatem, eámque paratus ſit reſtituere ſecundùm teſtatoris ſui voluntatem. Hunc enim caſum omnes Iuſtiniani conſtitutiones intactum reliquerunt, quibus tamen ceſſantibus, nihil aliud dici poteſt niſi vt ius vetus incorrectum manſiſſe fateamur. Atqui ſpecies † quam tractamus, ad hunc ca- 1
ſum pertinet, non ad vllum ex aliis qui Iuſtiniani legibus continentur. Ponimus enim Titium ſponte adiiſſe hereditatẽ, vt neque de Senatuſconſulto Pegaſiano tractandũ ſit, quod iam alia Iuſtiniani conſtitutione ſublatum erat, trãſlatumque in Trebellianum, neque de nouo iure inducto per edi& *Nouel.* 1. ſed tantum de Senatuſcõſulti Trebelliani autoritate. Rurſũ ponimus deceſſiſſe

Sempronium

Sempronium cui Titius hereditatem reſtituere rogatus erat, ſolumque ſupereſſe Mæuium, cui reſtituere Sempronius tantum debuerit: Titius verò nihil. Quæ ſpecies nihil commune habet cum ſupra relatis, in quibus placuit Iuſtiniano transferri actiones ipſo iure in commodum eius ipſius, cui hereditatem reſtitui teſtator voluerat: Hic verò transferrentur in eum, cui nihil teſtator reliquiſſet ab herede reſtitutionem facientе, & conſequenter longè aliter quàm quomodo teſtator voluiſſet, ac quod magis eſt, citra Senatuſconſulti Trebelliani aut Iuſtinianeæ legis autoritatem. Quo igitur iure obſecro, aut quonam colore dicemus tranſlationem fieri actionum, aut ſine tranſlatione reſtitu-
13 tionem? Nec obiici † poteſt, quod vnum ſuperioribus fortaſſe quis obiicere velit, eum qui poſt mortem ſuam reſtituere hereditatem rogatus eſt, ſi antequam moriatur, hereditatem reſtituat, benè reſtituere, ita vt in fideicommiſſarium tranſeant actiones *l. poſt mortem 12. Cod. de fideicomm.* quo tamen caſu non eo ipſo modo reſtituitur hereditas quo teſtator voluit. Nam imò verò reſtituitur hoc caſu quomodo voluit teſtator, cùm nihil referat an rogetur quis reſtituere poſt mortem ſuam, an cùm morietur, an cùm incipiet mori, an pridiè quam morietur. Hinc namque eſt quod ex ipſa etiam voluntate, ne dicam ex verbis quoque teſtatoris qualibet die reſtitui hereditas poteſt ab eo, qui quod prudentiſſimi hominis eſt, ſic in ſingulos dies viuit, quaſi poſtridie moriturus, quique, ſi verum amamus, & philoſophari volumus, cùm etiam cùm viuit, quotidie moritur, vt plurибus explicauimus *lib. 18. Coniect. cap. 5.*
14 Minùs † obſtat ſi quis obiiciat quod ſcriptum eſt in *l. ſi ſeruum 28. §. 1. D. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam.* eum qui omiſſa cauſa teſtamenti hereditatem ab inteſtato poſſidet, ſi hereditatem reſtituere rogatus fuit, non minùs eſſe cogendum vt reſtituat, quàm vt præſtet cætera & legata & fideicommiſſa ſingularia. Nam & hoc caſu reſtituitur hereditas ſicuti teſtator voluit cùm fideicommiſſum hoc ſicut cætera non alio colore conſeruet prætor quàm quaſi adita ex teſtamento hereditate, *l. ſi filius 23. in fin. eod. tit. cum l. ſeq.* Quid ergo eſt quod interpretes fefellit, vt ſine lege tam erroneam
15 ſententiam innexerint? Illa primùm ratio, † quam nos ſuperioribus iam refutauimus, quòd vulgari ſubſtituto fideicommiſſarium æquiparandum eſſe crediderunt. Sed illud magis quòd putarunt hoc † eſſe conſequens alij conſtitutioni Iuſtiniani in *l. vnic. §. pro ſecundo. C. de caduc. tollen.* vbi generaliter conſtituit vetus ius in corrigendo, inquit, vt ſi qua relicta defecerint viuo teſtatore, maneant quidem apud eos, à quibus, ſi non defeciſſent, præſtari deberent, ſiue heredes illi ſint, ſiue legatarij aut alij qui fideicommiſſo grauari poſſunt, niſi in hunc caſum vel ſubſtitutus, vel coniunctus eos antecedat: ſed tamen omnes perſonæ quibus lucrum per hunc ordinem defertur, etiam grauamen quod ab initio complexum fuerat, ſentiant, ſiue in dando ſit conſtitutum, ſiue in quibuſdam faciendis, vel in modo, vel conditionis implendæ gratia, vel alia quacumque
16 via excogitatum. Id enim ſi ita eſt, quid aliud in propoſita ſpecie dicere poſſumus, quàm vt fideicommiſſum quod Sempronio præſtari debuerat à Titio herede, ac tutus reſtitui Mæuio à Sempronio, maneat quidem penes Titium prædefuncto Sempronio ſed cum onere illud ipſum reſtituendi Mæuio, cui reſtituere debuiſſet
17 Sempronius, ſi non prædeceſſiſſet? At videamus ne † conſtit. illa Iuſtin. quantumlibet generalis eſſe videatur, ad fideicommiſſa ſingularia tantùm pertineat, nec ad heredit. fideicommiſſariam aptari poſſit, de qua diſputamus. Diuerſitatis † enim manifeſta ratio illa ſemper ſubeſt, quod in fideicommiſſis ſingularibus non eſt quod de actionum tranſlatione quæratur, non magis quàm in legatis, cùm nec fideicommiſſarij ſingulares nec legatarij ſucceſſores ſint iuris *l. quædam 9. §. nihil intereſt. D. de edend.* In vniuerſali autem fideicommiſſo tractandum neceſſariò eſt de actionibus tranſferendis, quæ porrò ſine alicuius legis, aut Senatuſconſulti autoritate tranſferri non poſſunt, ab eo qui non fuit rogatus in eum cui alius reſtituere debuit. Alioqui reſtituta hereditate eueniret, vt commodum hereditatis fideicommiſſariæ totum tranſiret in eum cui reſtitueretur: incommoda verò & onera omnia penes eum remanerent qui reſtituiſſet, quod quàm alienum futurum eſſet, non ſolùm à teſtatoris mente, ſed etiam à Iuſtiniani propoſito, apparet ex ea ipſa ratione qua mouetur Iuſtinianus, vt nouæ conſtitutioni colorem quærat, nempe quod ferendus non ſit is qui lucrum quidem amplectitur, onus autem ei annexum recuſat. Quis ergo ferre debeat Mæuium petentem ſibi ex fideicommiſſo reſtitui hereditatem, ex cuius reſtitutione totum ille lucrum ſenſurus ſit, Titius verò totum damnum? Locuti verò ſumus hucuſque de vulgari & de fideicommiſſaria ſubſtitutione ad differentiam pupillaris, † quam fatentur omnes ex ſola graduum interruptione vitiari. Nam cùm † is qui habebat filium & fi- 19
liam impuberes, filio herede inſtituto filiam exheredaſſet, & filio, ſi intra pubertatem deceſſiſſet, filiam ſubſtituiſſet: filiæ verò, ſi antequam nuberet, moreretur, vxorem ſuam ſubſtitutam voluiſſet: deinde filia impubes prior, poſtmodùm filius quoque impubes deceſſiſſet: Scæuola reſpondit non poſſe filij hereditatem ex ſubſtitutione ad vxorem teſtatoris pertinere, in *l. qui habebat 47. D. de vulg. & pup. ſubſtit.* nempe quia per pupillarem ſubſtitutionem is qui ſubſtitutus eſt, ſuccedit impuberi, id eſt, in hereditate impuberis cui fuit ſubſtitutus *l. ſed ſi plures 10. §. filio, & §. ad ſubſtitutos. De vulg. pup. ſubſtit.* Alia autem eſt hereditas primi inſtituti, alia primi ſubſtituti, & conſequenter non poteſt fieri vt ſubſtitutus ſubſtituto videri poſſit ſubſtitutus inſtituto, cum pupillaris ſubſtitutio eſt. Ideo autem in hac ſpecie apud Scæuolam tractata ponimus filiam quæ prior deceſſit, impuberem deceſſiſſe, Florentinam lectionem ſecuti, quoniam ſi cum vulgo interpretum legeremus *pubes* pro *impubes*, in illis verbis, *cum filia impubes prior deceſſerit*, non ea tantùm ratio ſubſtitutionem irritam faceret quantùm ad filij hereditatem, quòd præſcripti à teſtatore gradus interrupti eſſent, ſed illa etiam quòd conditio, ſub qua teſtatoris vxor ſubſtituta filiæ proponebatur, defeciſſet, vt nec ad ipſius filiæ hereditatem admitti iure ſubſtitutionis poſſet. Sicut & Papiniano reſponſum legimus in *l. coheredi 41. §. penul. eod. tit.* cùm pater impuberi filiæ, quæ nouiſſima diem ſuum obiiſſet, tabulas ſecundas feciſſet, ac impubes filia ſuperſtite ſorore pubere vita deceſſiſſet, irritam factam eſſe ſubſtitutionem in perſona quidem prioris, quia non nouiſſima deceſſit: in alterius verò: quia puberem ætatem compleuerit. At apud Scæuolam non dubito quin dicendum ſit admitti vxorem ſubſtitutam ad hereditatem filiæ, quia tametſi filia prior deceſſiſſet, impubes tamen deceſſerat, quod vnum requirebatur ad implendam ſubſtitutionis conditionem, cùm apud Papin. è contrario requireretur vt & impubes & nouiſſima decederet. Ob idque de ſola filij hereditate dubitat Scæuola, quòd eam non aliter ſubſtituta vxor habere poſſet, quàm ſi vel ipſi filio ſubſtituta reperietur, vel filij hereditatem in filiæ, cui ſubſtituta erat, hereditate inueniret: quorum vt prius dici non poterat propter interruptos, vt diximus, ſubſtitutionis gradus, ita nec poſterius præmortua ſorore viuo fratre, cuius nulla dum erat hereditas. 20

ERROR III.

De transmissione conditionali fideicommissi ex coniecturis inducenda.

SVMMARIA.

1 *An fideicommissum conditionale transmittatur ex aliqua voluntatis coniectura, si fideicommissarius ante cadentem diem decesserit.*
2 *Quæ delicta sunt sub conditione, eo cui delicta sunt pendente conditione mortuo, penitus intercidunt.*
3 *Legatarius conditionalis pendente conditione creditor nullatenus dici potest.*
4 *Dd. traditio de coniecturis ex quibus volunt transmitti fideicommissum conditionale.*
5 *A iuris ratione alienum esse, vt testatori liceat quantumcunque expressis verbis cauere vt legatum vel fideicommissum conditionale ad heredem transmittatur.*
6 *In conditionibus testatoris voluntas primum locum quomodo obtineat.*
7 *Exemplum, quo vtitur Baldus vt probet transmissi conditionale fideicommissum, improbatur.*
8 *Discrimen inter legata & fideicommissa.*
9 *In fideicommissis conditionalibus ex coniectura ius transmissionis non inducitur.*
10 *Rationabilius est vt fideicommissarij heredes, de quibus nihil dixerit testator pro fideicommissariis habeantur, quàm vt fideicommissi conditionalis ius ad eos pendente conditione transmittatur.*
11 *Absurda quæ sequuntur transmissionem legati seu fideicommissi conditionalis.*
12 *Potest testator efficere, vt si pendente relicti conditione decesserit fideicommissarius relictum ad ipsius heredes perueniat.*
13 *Per nudas coniecturas voluntatis fideicommissum conditionale haud quaquam est transmissibile, præsertim vniuersale.*
14 *Fideicommissum conditionale non magis admittit transmissionem quàm purum.*
15 *Quid iuris sit vbi testator expressè iubet vt fideicommissum conditionale transmittatur ad heredes.*
16 *In fideicommissis conditionalibus transmissioni locum non esse confici ex l. heredes mei, 57. D. ad Trebell. in cuius explicatione agitur de quinque coniecturis ex quibus interpretes fideicommissum transmissi autumant.*
17 *Prima est, cum heres fideicommissarij est ex descendentibus testatoris.*
18 *Secunda si testator plures gradus substitutionum fecerit.*
19 *Tertia, quùm filius prædefuncti fideicommissarij positus est in conditione.*
20 *Quarta, cum heres pluries in conditione ponitur.*
21 *Quinta, cum substituitur per fideicommissum ea persona quæ non erat dilectior testatori, quàm heres fideicommissarij.*

SVnes meherculè sunt interpretes nostri, qui pro certo habentes quod falsissimum esse probauimus? Fideicommissum vniuersale, cuius dies viuo fideicommissario cesserit, ad fideicommissarij heredem transmitti posse, eique restitui oportere, de hoc tantùm dubitant: Vtrum
1 fideicommissum † conditionale fuerit, & ante cedentem fideicommissi diem fideicommissarius decesserit, fideicommissi transmissio saltem ex aliqua voluntatis coniectura inducatur, vt heres fideicommissarij perinde admitti debeat ad petendam hereditatis restitutionem, atque fideicommissarius ipse, si viueret, admitteretur. Etsi enim non ignorant quod nemo nescit, eorum† 2
omnium quæ sub conditione relicta sunt, naturam illam esse, vt mortuo pendente conditione, cui relicta fuerunt, intercidant, quippe quorum dies nunquam cessisse dici possit *l. vnic. §. sin autem aliquid sub conditione C. de caduc. toll. l. intercidit 59. & pass. De condic. & demonstr. l. 4. 5. & pass. D. quand. dies legat. ced. l. Statius Florus 48. §. Cornelio Felici. D. de iur. fisc.* adeò vt fideicommissarius aut legatarius † conditionalis, 3
quandiu pendet conditio, creditor dici nullo modo possit, id est, ne quidem conditionalis, *l. is cui 42. D. de oblig. & action.* putant tamen ex voluntate testatoris fieri posse transmissibile ad heredes id quod alioqui ex sua natura non sit transmissibile, *ex l. in conditionibus 19. §. 1. vbi Imol. & Socin. Sen. num. 3. & seqq. De condic. & demonstr. post Bald. in l. vnic. num. 10. C. de his qui ant. aperi. tabul. & in l. vnic. num. 1. Cod. vt action. ab hered. & contr. hered.* indéque paulatim etiam eò dilabuntur,† vt existiment in eam rem sufficere quam- 4
libet tacitam testatoris voluntatem, quæ ex coniecturis colligatur, nec se cruciant nisi in quærendis, & inuestigandis coniecturis ex quibus hoc induci possit, dum prætextu voluntatis tuendæ alij alias & leuissimas quasque comminiscuntur, tandemque arbitrio iudicis rem relinquunt, vt solent hodie cætera ferè omnia etiam quæ sint iuris certissimi & constituti. Quamquam fatentur debere aut necessarias esse, aut multum probabiles, siue ex iis, quæ in testamento scripta sunt, deducantur, siue ex iis quæ testator dixerit aut fecerit ante vel post conditum testamentum, cum hac tantùm distinctione, quòd quæ ex ipso testamento deducuntur, vt plurimùm contenta sunt sola prudentum interpretatione, aut duobus ad summum testibus: quæ verò extrinsecus colliguntur, quasi nouam dispositionem faciant septem testes requirunt, vt ex communi Doctorum traditione refert Franc. Mantic. *lib. 11. De coniect. vltim. voluntat. titul. 20.* Ego verò illud primum à iuris
† ratione prorsus alienum esse arbitror, vti liceat testa- 5
tori quantumcunque expressis verbis cauere vt legatum vel fideicommissum conditionale ad heredem transmittatur. Quid enim hoc aliud est quàm cauere vt legati vel fideicommissi conditionalis dies statim cedat, non ex tempore impletæ conditionis? An non verò hoc vtrumque est cauere ne leges in testamento suo locum habeant? quod tamen à nemine caueri posse certum est, *l. nemo potest 55. de legat. 2.* vbi exemplum ponitur si testator præceperit, vt vel tempore, vel loco, vel conditione obligatio heredis legatorum nomine finiatur. Legatum enim quod semel deberi cœpit, fieri nequit vt ad certam vsque conditionem, aut ad certum vsque diem locumve debeatur, cùm neque tempus, neque conditio, neque locus fit tollendæ obligationis, non magis quàm inducendæ *l. obligationum ferè 44. §. 1. D. de obligat. & action.* idque adeò verum est vt quamuis stipulator qui ad certum vsque tempus tantum sibi deberi voluit, si post tempus petat, summoueri possit exceptione pacti conuenti vel doli, non idem tamen de legatario dici possit, si post tempus quod finiendæ legatorum obligationi testator præfinuit, legatum persequatur, *d. §. 1. verf. planè. innct. d. l. nemo potest.* Et ratio differentiæ est, quia contractus valent ex contrahentium voluntate, & quamuis autoritate iuris ciuilis adprobentur, cuius fuit certas inducendis perpetuandisque & finiendis obligationibus formas inducere, sumunt tamen vires suas ab æquitate naturali & à iure gentium, quatenus ex consensu æstimantur. At legata sicut & cæteræ omnes vltimæ voluntatis species nullomodo valent nisi ex indulgentia & dispositione legum, quæ hominibus permiserunt vt de bonis suis legem facere possit, ac pro arbitrio disponere in id tempus quo nec dominus esset, nec vllus, *l. verbis legis 120. De verb.*

verb. sign. l. 1. ff. ad leg. Falcid. l. Stichus 39. *D. de manum. testam.* Cur ergo testatori licere possit, aut debeat contra leges testari, aut legibus ipsis legem dicere, qui non nisi ex legibus testandi facultatem habet, eamque certis legibus constrictam, quibus si parére nolit, beneficium legum abiicere compellatur? Tanta verò hac in re vis & autoritas legum est, vt nec pactiones, si quæ in contrarium factæ sint inter viuos, valere patiantur, propterea quòd priuatorum conuentiones legum autoritate non debeant censeri, *l. quod bonis* 15. §. 1. *D. ad leg. Falcid. l. vlt. D. de fnis & legit.* Quanto minùs igitur licebit testatori cauere vt quod alicui sub conditione reliquerit, possit ad ipsius heredem transmitti etiamsi pendente conditione decesserit? Qui enim ita testatur, cum fateri necesse est, vel pugnare cum legibus, si relictum conditionale, quod tale maneat velit esse transmissibile, priusquam dies eius cesserit, vel etiam cum seipso, si idem legatum aut fideicommissum & pro conditionali & pro puro haberi velit. Non nego
6 testatoris † voluntatem in conditionibus primum locum obtinere *d. l. in conditionibus* 19. *De condic. & demonstr.* indéque fieri facilè posse, vt quamuis verba vim & potestatem conditioni præ se ferant, conditio tamen nulla sit, si fuerit testator ea mente vt non faceret conditionem, aut contra, quemadmodum in specie §. 1. *eiusd. leg. in conditionibus*, (qui vnus locus est quo in hanc sententiam interpretes abuntur) id est, si testator ita scripserat, *si primus heres erit. damnas esto dare.* Hanc enim scripturam ait Vlpian. pro conditione accipiendam non esse, quia magis demonstrauerit testator quando legatum debeatur, quàm conditionem inseruerit, nisi fortè, inquit, hoc animo fuerit hic testator vt faceret conditionem. Quo exemplo fatebor etiam legato ita relicto, *Illi, si volet, Stichum do, lego*, legatum quidem esse conditionale sui natura, ideóque non aliter ad heredem legatarij legatum transmitti, quàm si legatarius voluerit ad se pertinere, *l. si ita legatum* 65. §. 1. *de leg.* 1. quasi condictione iniuncta personæ *l. si ita expressum* 69. *De cond. & demonstr.* sed tamen posse fieri ex testatoris voluntate vt non sit legatum conditionale, si testator noluerit ea verba *si volet* facere conditionem, quia licèt sæpenumero mutetur rei effectus, quamquam id expresserit, quod etsi non fecisset, inesset tamen, vt Marcellus ait in *l. seruo* 47. *& Modest. in l. nonnumquam* 54. *eod. tit.* nihilominus facilè est testatori assequi, vt quæ futurum erat vt tacitè inessent, ea si expresserit per modum conditionis, non idcirco faciant conditionem. Quandoquidem & regulare illud est, vt quæ tacitè insunt, non faciant actum conditionalem, *l. aliquando* 107. *eod. l.* 3. *de legat.* 1. Denique vt legatum sit conditionale necne, testator pro arbitrio facere potest, quia est illud voluntatis & facti: sed vt quod conditionale est sit transmissibile ad heredem, facere non magis potest, vt iam diximus, quàm vt idem legatum & conditionale sit & purum, quia hoc meri iuris est, non facti: nec igitur voluntatis, quia quod voluntatis est, facti est, non iuris, *l. voluntatis* 7. *C. de fideicom. iunct. l. ordine* 15. *D. ad municip.* Et exemplum
7 † quod adferre nostri solent de testatore, qui sub conditione aliquid legauerit ei, de cuius heredibus in alia testamenti parte locutus fuisset, vt tractat Baldus in *l. si pater num.* 19. *Cod. de instit. & substit.* prorsus improbabile est. An enim legatum aut fideicommissum eo minùs erit conditionale, ac proinde tale quod ante conditionis euentum sit non transmissibile? Nisi fortè hoc Baldus sensit, istius heredes, quorum nulla mentio facta sit in legato aut fideicommisso, perinde tamen habendos acsi essent nominati, quia ex alia eiusdem testamenti parte appareat per errorem omissam eorum mentionem potiùs, quàm quòd legatario ante conditionem impletam defuncto, nihil ipsius heredibus ac-
8 quiri testator vellet. Sed hæc sententia, † quamuis interdum admitti in fideicommissis possit, vt in specie *l. cùm proponebatur* 64. *de legat.* 1. vbi rationem Papinianus reddit quòd in causa fideicommissi vtcumque precaria voluntas quæratur, admittenda sit coniectura, in legatis tamen locum sinaliter habere non potest quæ voluntatem habent non precariam, sed directam & imperatiuam, ideóque non nisi apertissimis verbis iisque directis & imperatiuis exprimendam, vt is ipse Papiniani locus ostendit. Etsi verò sublata hodie ista verborum differentia est, vt legatorum & fideicommissorum ex Iustiniani constitutionibus in *l. 1. & 2. C. communia de legat.* eam tamen retinere iuuat ad refutandos interpretes, qui, cùm relicta conditionalia ex voluntate testatoris transmissibilia fieri posse volunt, non magis distinguunt ius nouum à vetere, quàm legata à fideicommissis, vt vel ex hoc maximè appareat, nulla illos satis certa iuris ratione moueri. Sed & si de fideicommissis tantùm loquerentur in quibus non quidem inducendis, vt ij malè putant, sed interpretandis, fateor cum Papiniano multùm posse coniecturam voluntatis, non tamen nisi inepte possunt ex eadem † coniectura 9
quam Papinianus probauit, ius transmissionis inducere, quia heredes huius cui fideicommissum sub conditione relictum fuisse ponimus, dicendi essent ipsi fideicommissarij, si ob id tantùm essent admittendi quòd eorum mentionem in alia testamenti parte expressam testator in clausula fideicommissi per errorem omisisset: sicut & apud Papinianum ij quorum omissa fuerat in fideicommisso mutua substitutio, nihilominùs habentur pro mutuò substitutis, acsi, quod per voluntatis coniecturam duntaxat colligatur, nominatim expressum reperiretur. Et sanè admittam † multo facilius le- 10
gatarij aut fideicommissarij heredes, de quibus testator nihil dixerit pro legatariis aut fideicommissariis esse habendos (etsi quàm absurdum & ridiculum id futurum sit, nemo non videt) quàm vt legati vel fideicommissi conditionalis ius ad eos pendente conditione transmittatur. Priore enim casu violatur tantùm voluntas testatoris, cui potest imputari cur non eam declarauerit, aut aptius, aut apertiùs, si quid sit in testamento tam obscurum, vt dubitationi & coniecturæ locum relinquat, alioqui certum est, si in verbis nulla sit ambiguitas, non esse admittendam coniecturam, ac ne quidem quæstionem voluntatis, *l. ille aut ille* 25. §. 1. *de leg.* 3. Posteriore autem casu ratio ipsa iuris, & à testatore, & à iudice violaretur, quod nunquam ferendum est. Quòd si ponetes testatorem nominatim præcepisse vt legatum vel fideicommissum conditionale ad legatarij vel fideicommissarij heredes transmitteretur, tanto esset apertius eam fuisse ipsius voluntatem vt vel iuris ratio peruerteretur, quod proculdubio facere non potuit, vel vt ipsis quoque heredibus idem legatum vel fideicommissum relictum esse intelligeretur: quo admisso, non iure transmissionis admitterentur, sed ex propria persona, vt dici solet, cum quis in legato aut fideicommisso alteri substitutus est, siue expressim siue tacitè, vt supradicto loco tractat idem Mantic. num. 7. Nam & in proposito legatarij aut fideicommissarij heres, quisquis ille sit, substitutus intelligitur, si ea testatoris voluntas fuit vt ad eum relicti commodum perueniret post mortem illius cuius heres esset, argument. *l. fideicommissa* 11. §. *hæc verba iunct.* §. *plerumque & §. interdum. de legat.* 3. *l. vt heredibus so. De legat.* 2. Qua sententia recepta † paulatim, de illo etiam quæri 11
incipiet, An impleta quoque conditione viuo legatario aut fideicommissario, eóque testatoris liberalitatem consecuto, aliud fideicommissum inducendum sit in fauorem heredum ipsius legatarij aut fideicommissarij, vt de eadem re ipsis restituenda rogatus esse videatur. Nec deerunt qui hoc quoque audacter dictum sint arg. *d. §. hæc verba & leg. filiifamilias* 42. *De condic. & demonstr.* præsertim postquàm inducto per Iustinianum

inuentarij beneficio factum est, vt possit heres saluis actionibus quas habuit contra debitorem suum, à quo fuerit institutus, hereditatem ipsius adire *l. vlt. §. in computatione. C. de iur. delib.* Ita fiet, vt legatum vel fideicommissum quod re vera intercidisse dicendum esset, non solùm pariat nouum fideicommissum in gratiam heredum legatarij vel fideicommissarij ab eo ipso præstandum, qui legatario aut fideicommissario, si viueret, præstare id deberet, sed etiam duplex, id est, aliud quod ab ipso quoque legatario aut fideicommissario heredibus suis deberetur, si quod sibi relictum fuerat, esset ille consecutus. In summa nihil interierit an testator iusserit legatum aut fideicommissum conditionale ad heredes transmitti, an verò conditionali legatario aut fideicommissario ipsius heredes substituerit dupliciter, id est, & vulgariter & per fideicommissum in casum scilicet & non agniti & agniti fideicommissi vel legati, acsi toti familiæ legatarij aut fideicommissarij relictum esset, vt in specie *l. omnia 32. alias, l. cum ita §. in fideicommisso, l. Titia Seio 87. §. Seia libertis de legat. 2.* Quæ omnia cùm absurdissima futura sint, concludamus planè nullius momenti esse voluntatem testatoris si præcipiat expressim vt legatum vel fideicommissum conditionale ad heredes pendente conditione transmittatur. Etsi enim negari non potest quin
12 fit † in testatoris potestate facere vt quamuis relicti conditione pendente decesserit legatarius aut fideicommissarius, nihilominus ad heredes ipsius perueniat id quod relictum fuerat, debuit tamen aliis verbis id facere, quàm iis quæ iuri & legibus aduersarentur, cùm posset iubere vt eo casu essent ipsi legatarij aut fideicommissarij, non transmissarij. Hoc verò si ita est vt neque verbis expressis possit legatum vel fideicommis-
13 sum conditionale † fieri transmissibile, quantominùs ferendum erit vt tale fieri possit per nudas coniecturas voluntatis, vtque maiorem potestatem habeat tacitum quàm expressum? Ac quoniam quæ adhuc diximus non pertinent nisi ad legata & ad fideicommissa singularia quæ passim legatis æquiparantur, consideremus, obsecro, quàm longè improbabilior sit hæc tam trita interpretum traditio, si ad fideicommissa vniuersalia, de quibus possent illi tractare, accommodetur. Nam si verum est quod superioribus capitibus probauimus, fideicommissum vniuersale non posse transmitti ad heredem fideicommissarij, adeóque nec ad secundum fideicommissarium, ne tum quidem cùm fideicommissum ab initio purum fuit, elúsque dies vtiliter cessit, omnino certè consequens sit vt multo minùs transmitti vllo casu possit cùm ab initio fuit conditionale, decessitque fideicommissarius ante impletam conditionem. Quid enim aliud facere potest voluntas testatoris fideicommissum conditionale transmitti iubentis nisi vt non minùs iuris habeat fideicommissarius ad transmittendum fideicommissum, quàm si purum esset? Dicet aliquis? Imò hac parte diuersam esse & fauorabiliorem
14 causam fideicommissi † conditionalis, quòd testator transmitti posse voluerit, & eius quod ab initio sit purum: quia puri transmissionem secundùm ea quæ diximus, illa tantùm ratio impedit quòd non possint transferri actiones ex fideicommissariæ hereditatis restitutione, nisi restitutio fiat ex testamento, & eo ipso modo quo testator voluit: quæ ratio cessat in fideicommisso conditionali, si ponas iussisse testatorem vt ad heredem transmitteretur. Restitueretur enim hæc hereditas sicuti testator voluit, cùm ex ipsius voluntate restitueretur heredi præmortui fideicommissarij. At huic ego respondeo, cessare primùm hanc obiectionem in eo casu, quo ius transmissionis non inducatur nisi ex tacita testantis voluntate. Cùm enim necesse sit restitui hereditatem sicuti testator rogauit, vt loquitur *l. sed etsi ante 10. D. ad SC. Trebell.* quis potest dicere quomodo testator rogauit hereditatem restitui heredibus fideicommissarij, si de eo nihil expresse dixerit? Velle aliquid testator potest, etiamsi voluntatem suam non exprimat disertis verbis, sed rogare heredem vt fideicommissarij heredibus restituat, non potest quin precariis verbis vtatur, *l. quidam 46. ibi. nec quicquam ab eo petitum est*, & in illis sequentibus *non aliter tamen ab eo fideicommissum peti posse quàm si & ipsum testatorem fidem eius secutum esse probaretur. D. de hered. instit. l. Lucius 78. §. tres heredes*, eo loco respondit non proponi Seium rogatum vnciam restituere *D. ad SC. Trebell. §. vlt. instit. de singul. reb. per fideicomm. relict.* Igitur hoc saltem fatendum est falsum esse quod interpretes volunt, fideicommissum vniuersale ex sola tacitæ voluntatis coniectura transmitti posse. Cùm verò testator † expressim iussit vt transmittatur, iam diximus 15
non solùm eam voluntatem non valere, quæ legibus tam apertè refragetur, sed etsi valeret, ita accipiendam, vt hoc ipso inuitari heredes videantur ad aliud nouúmque fideicommissum quod petere possint ex propria persona: vt proinde non de fideicommissi transmissione quæri hoc casu oporteat sed perinde tractari omnia acsi in fideicommisso substituti essent. Cessante autem expressa substitutione, aut ea saltem verborum formula quæ expressæ substitutioni æquipolleat, transmissioni locum esse non posse, videtur mihi apertissimè probari ex eo Papiniani † responso, quod extat in *l. heredes* 16
mei 57. §. cum ita. D. ad SC. Trebell. in cuius specie pereleganti concurrebant pleræque ex iuris coniecturis quas pro efficacibus habere solent nostri, vt fideicommissum transmissibile faciant, nec eo magis tamen putat Papinianus ad præmortui fideicommissarij heredes transmitti quicquam posse. Illa primùm aderat coniectura † quòd heres fideicommissarij erat ex des- 17
cendentibus testatoris, videlicet nepos ex filio & quidem instituto simul & substituto. Quod vnum sufficere multi putant, vt fideicommissum conditionale siue singulare, siue vniuersale transmittatur, sicuti glos. in *d. l. is cui 42. D. de obligat. & action. ex l. vnic. C. de his qui ant. apert. tabul.* etsi eam sententiam frequentiore calculo improbatam esse refert Gabriel. *lib. 4. commun. opin. tit. De hered. instit. conclus. 2. num. 10. post glos. Cin. Bart. & alios ad d. l. vnic.* Secundo aderat etiam illa coniectura, quòd testator fecerat plures gra- 18
dus † substitutionum: quam coniecturam admittendam esse post alios multos concludit idem Gabriel. *dict. conclus. 2. num. 33.* & defendunt ij omnes, qui eandem sufficere volunt vt liberi positi in conditione vocati esse intelligantur. Multo enim plus est substitutos esse, quàm transmissarios, licet multo sit facilius, meo iudicio, vt testator faciat eos fideicommissarios quàm vt transmissarios. Tertio illa † quoque, quòd filius præ- 19
defuncti fideicommissarij positus fuerat in conditione fideicommissi, cùm sic relictum esset fideicommissum, vt qui ex filio prior sine liberis diem suum obiisset, partem suam superstiti fratri restitueret. Qua coniectura passim mouentur interpretes vt liberos in conditione positos non tantùm pro transmittentis habeant, sed etiam pro substitutis, vt ex iis videre est quos refert & congerit Mantic. *dict. lib. 11. cap. 2. & seq. & dict. cap. 20. num. 15. & 16.* vbi quamuis non audeat concludere hanc coniecturam omnimodo esse recipiendam ad inducendum ius transmissionis fideicommissi conditionalis, præsupposita, inquit, eorum sententia qui negant eam sufficere vt liberi videantur substituti, concludit tamen esse recipiendam si qua alia coniectura sit, aliáve iudicia & adminicula quibus sustineatur, vt quæ non prosunt singula, saltem multa collecta iuuent. Atqui in specie Papiniani præter superiores duas coniecturas quas attulimus, quòd & fideicommissarij heres esset ex descendentibus, & testator ad plures gradus substitutionum digressus esset, illa etiam concurrebat, quam nos pro quarta † computabimus, quòd non semel 20
tantùm,

tantùm, sed bis heres ille positus erat in conditione, scilicet in vtraque substitutione: in priore quidem iis verbis quæ retulimus, in posteriore verò istis, *quod si vterque sine liberis diem suum obiisset*, quæ geminatio, mirum est quantis apud interpretes nostros fulgeat miraculis, quoties occurrit vt in ore habeant *l. Ballista* 32. quæ potissimùm in hanc rem abuti solent, *D. ad SC. Trebell.* Sed addamus etiam quintam coniecturam omnium fortissimam, si iisdem interpretibus credimus, quòd substituta erat per fideicommissum ea persona quæ non fuerat dilectior testatori, quàm heres fideicommissarij prædefuncti: imò minùs dilecta cùm eam testator non aliter substituisset vltimo filio decedenti, quàm si ambo filij inuicem substituti sine liberis præmorerentur. Sic enim vulgo nostri, non solùm vt heredes fideicommissarij prædefuncti faciant transmissarios, sed etiam vt liberos in conditione positos habeant pro substituris, teste Mantica *dict. cap. 20. n. 21. & cap. 3. num. 13. vers. tunc etiam maximè.* Etsi enim apud Papinianum substituta non erat persona extranea, sed neptis testatoris, nostri verò loqui soleant de substituto extraneo, eadem tamen vtriusque casus ratio est, quoties non solùm ij quibus substitutus communiter datus fuit, sed eorum quoque liberi & heredes dilectiores fuerunt substituto. Nec enim loquimur de substituto extraneo, nisi quoniam minùs diligi solet substitutus qui extraneus est. At in specie quam Papin. tractat, tales erant personæ & oneratorum & liberorum in conditione fideicommissi positorum vt non posset dubitari, quin omnes fuissent dilectiores nepte substituta, cùm ij qui onerati erant, liberi essent primi gradus, illa neptis in secundo gradu constituta, illi instituti, hæc substituta, *l. Publius* 36. §. 1. *De condic. & dem.* Rursum liberi oneratorum, in eodem quidem gradu, in quo & neptis, id est, in secundo, sed tamen nepotes ex masculis qui solent esse dilectiores, illa verò, vt credibile est, neptis ex filia: illi nepotes ex prædictis: ergo hoc ipso dilectiores ea quæ fuit neptis ex minùs dilecto, etiam si fuisset ille masculus. Denique illi positi in conditione vt neptem hanc substitutam excluderent: ergo dilectiores ea quam per ipsos excludi testator voluit, *l. Lucius* 86. *in fin. D. de hered. instit.* Concurrebant igitur apud Papinianum coniecturæ quinque, & quod obseruatione dignius est, omnes ex iis, quas interpretum plerique singulas sufficere volunt, non solùm ad inducendam fideicommissi conditionalis transmissionem, sed etiam ad faciendum, vt fideicommissarij grauati filius in conditione positus censeatur substitutus: quarum verò duas, si concurrant, sufficere debere omnes consentiunt post Iulium Clarum in §. *testam. qu. 79. in fin. & Mantic. dict. cap. 3. num. vlt.* Et tamen non dubitat Papinianus quin liberi in illa specie nec transmissarij sint, nec fideicommissarij, cùm & primam substitutionem cessare dicat, & in portione nouissimi qui sine liberis decessit, neptem liberis prædefuncti fideicommissarij anteponat. Illa ergo sola nobis electio relinquitur, an cum interpretibus, an verò cum Papiniano sentire malimus. Sed sentiant cæteri, qui volent cum cæteris. Apud me nunquam interpretum omnium conspirans & conglobata autoritas tanti erit, quanti vnius Papiniani. Etsi memoria teneo fuisse mihi rem aliquando cum pragmatico magno nostrate qui Baldum vnum, etiam solum, toti Papiniano anteponere non erubescebat. Adeo sibi placebat ille in receptis interpretum ineptiis, tum etiam cùm ad Papinianum respondere non poterat, defendendis.

ERROR IV.

De coniecturis, ex quibus fideicommissi conditionalis transmissio induci posse creditur.

SVMMARIA.

1 *Referuntur aliæ coniecturæ ex quibus volunt interpretes fideicommissum conditionale transmitti.*
2 *Expenditur & resicitur illa coniectura si testator non modò substitutum extraneum, sed etiam eius heredes ad fideicommissum inuitauerit post filios.*
3 *Refellitur & illa, si futurum esset vt extraneus aliquis anteponeretur descendentibus testatoris, nisi fideicommissum transmissibile intelligeretur.*
4 *Errores interpretum in explicanda decidendi ratione l. cùm auus 102. D. de cond. & dem.*
5 *Alius interpp. error de vi tacitæ conditionis quæ inest fideicommisso simpliciter iniuncto vni ex descendentibus, si sine liberis decesserit.*
6 *Explodituer tertia coniectura, si testator aliis personis in eodem parive gradu constitutis in quo sit filius, aliúsve quilibet heres fideicommissarij ipsis prospexerit.*
7 *Quid sentiendum sit de aliis duabus coniecturis, si testator agnationi sua prouidere voluerit & si bona sua alienari prohibuerit.*
8 *Quando censeatur testator agnationi prouidere voluisse.*
9 *Expenditur coniectura illa, si testator ad fideicommissum inuitauerit non modò substitutum, sed etiam ipsius heredes, vbi Mantica sententia conuellitur.*
10 *Quomodo voluntates morientium ex arbitrio viuentium æstimanda.*
11 *Imprudenter aduersus Iurisprudentiæ normas interpretes varios casus comminisci, quibus conditionalia fideicommissa transmittantur.*
12 *Sequi ex interpretum sententia fideicommissum quod in persona fideicommissarij fuit conditionale ad heredes purum transire.*
13 *Quid sequatur si fideicommissum ad heredem transmittatur cum sua conditione.*
14 *Ratio elegans cur fideicommissum conditionale nullo casu ad heredem transmittatur. & n. 21.*
15 *Regula iuris, incertis personis relinqui nihil potest, & eius limitatio duplex.*
16 *Ratio d. regulæ.*
17 *Incerta persona mortis causa capere possunt, at non iure testamenti.*
18 *Ex testamento capere olim prohibiti cælibes: hodie apostatæ, liberi perduellionum, nati ex incestuoso concubitu.*
19 *Si, quod incertis personis relictum est, solutum fuerit, eius repetitio non datur.*
20 *Datum incapacibus repeti potest.*

AT, inquies, sunt etiam aliæ coniecturæ ex quibus volunt interpretes fideicommissum conditionale transmissibile fieri posse, quæ tamen in Papiniani specie non aderant, puta si † testator ad fideicommissum inuitauerit non modò substitutum, sed etiam ipsius heredes, si descendentibus suis substituerit omnino extraneum, eiusque heredes, si futurum esset vt extraneus anteponeretur descendentibus testatoris, nisi fideicommissum transmissibile intelligeretur: si alios in eodem gradu constitutis per fideicommissum prospexerit, si appareat testatorem agnationi prouidere voluisse, si prohibuerit alienationem adiecta ratione quòd vellet bona sua deuenire

Digitized b

nire ad ſuos deſcendentes in infinitum, ſi denique verisimile ſit (quæ omnium periculoſiſſima, & pernicioſiſſima coniectura eſt) teſtatorem ita reſponſurum fuiſſe de eo fuiſſet interrogatus. Hæ ſiquidem ferè coniecturæ omnes ſunt, quas ab interpretibus receptas video, & à Mantica ſupradicto loco cumulatas. Verùm reſpõdeo ex his omnibus coniecturis alias tam leues eſſe, vt nullius momẽti eſſe debeant, alias verò tam graues vt ius fideicommiſſi debeant inducere potiùs quàm ius tranſmiſ-
2 ſionis. Leuis illa eſt, † ſi teſtator non modò ſubſtitutum extraneum, ſed etiam eius heredes ad fideicommiſſum inuitauerit poſt filios. Nam præter id quod nulla ratio eſt argumentandi à ſecundi fideicommiſſarij heredibus æquè per fideicommiſſum expreſſim ſubſtitutis, ad filiorum eorundémque priorum fideicommiſſorum heredes, qui & perinde extranei eſſe poſſunt, & ſubſtituti nullomodo fuerunt, adeóque nec poſiti in conditione (nec enim omnia fideicommiſſa conditionalia illam habent conditionem, *ſi grauatus decedet ſine liberis aut ſine herede:* noſtra verò diſputatio generaliter de quolibet conditionali fideicommiſſo inſtituta fuit) illud etiam conſiderandum eſt, ſi ea coniectura reciperetur, vt in priorum fideicommiſſariorum heredes tranſmitti fideicommiſſum deberet, vt ob id ſolùm quod poſterioris fideicommiſſarij heredes eſſent ſubſtituti, fore vt poſteriori fideicommiſſario iniuria fieret, cui prioris heredes præferrentur, atque ita poſteriori noceret quod eum teſtator tantopere dilexiſſet, vt ipſius contemplatione futuros, & alioquin incertos & incognitos eius heredes etiam inuitaſſet. Nec enim poſſet capi hæc coniectura in fauorem heredum prioris ſi nihil de poſterioris heredibus ſcriptum eſſet. Igitur ſecundum hanc ſententiam fiet deterior conditio poſterioris fideicommiſſarij ob id quòd fuerit ille magis dilectus, quod tamen nec quemquam ex interpretibus vnquam dicturum fuiſſe crediderim, ſi cogitaſſent id fore conſequens ei, quòd dicerent, non debere heredes prioris fideicommiſſarij qui dilectior fuiſſet, deterioris eſſe conditionis, quàm heredes poſterioris, quem vtique minùs quàm priorem teſtator dilexiſſet. Id enim duntaxat egerunt, vt quam proportionem adfectionis teſtator inter fideicommiſſarios ipſos ſeruauerat, eandem inter ipſorum heredes inducerent, nec animaduerterunt id fieri non poſſe inducto tacitè tranſmiſſionis iure, quin hoc ipſo facerent iniuriam poſteriori fideicommiſſario per ius illud tacitum tranſmiſſibilitatis, vt loquuntur, excludendo, quem tamen, ſicuti fateor, minùs dilectum fuiſſe quàm priorem, cum ex ordine vocationis ordo etiam adfectionis colligatur *l. Publica* 36. §. 1. *D. de condit. & demonſtr. l. omnia* 32. *alias l. cum ita.* §. *in fideicommiſſo, de leg.* 2. *l. heredes mei* 57. §. *vlt. D. ad SC. Trebell.* ita nec negare illi poſſunt fuiſſe magis dilectum, cùm expreſſim fuerit vocatus, quàm heredes prioris fideicommiſſarij, qui nullomodo ne quidem per coniecturas vocati proponantur. Tractamus ſiquidem cum interpretibus eum caſum, quo fideicommiſſarij prioris heredes non fuerint, aut expreſsè, aut tacitè ſubſtituti, & quærimus duntaxat an tranſmiſſionis iure admittendi ſint. Quamquam etſi nihil de poſteriore fideicommiſſario tractandum eſſet, ſed tantùm de facienda inter prioris & poſterioris fideicommiſſarij heredes comparatione, hanc tamen coniecturam illa etiam explodere deberet, quòd ſi bona eſſet, æquè ſubſtitutos dicere oporteret heredes prioris fideicommiſſarij, atque heredes poſterioris, cùm fuerint iſti ſubſtituti, quamuis perſonæ minùs dilectæ ſucceſſerint. Quod ſi admittas, quid aliud inferendum ſupererit, niſi vt nihil iam interſit futurum ſit hoc caſu an ſub conditione fideicommiſſum alicui, aut eius heredibus relictum fuerit, an ipſi duntaxat, nulla penitus heredum factamentione? Nec minùs † ea leuis alia coniectura eſt, ſi futurum eſſet vt extraneus aliquis antepo-
3 neretur deſcendentibus teſtatoris, niſi fideicommiſſum tranſmiſſibile intelligeretur, licèt plures autores habere videatur, ſolcátque confirmari ex eo quòd à Iuſtiniano diſertis verbis expreſſum eſt in *l. cùm acutiſſimi* 30. *C. de fideicomm.* non eſſe veriſimile teſtatorem ſuæ poſteritati alienam ſobolem anteponere voluiſſe. Nam, vt nonnulli ante nos iam obſeruarunt, huic coniecturæ locus eſt cùm id agitur vt faueatur liberis, grauati deſcendentibus à teſtatore contra ſubſtitutum, quilque ille ſit, ſiue ſuus, ſiue extraneus, ſed in portione patris duntaxat, non etiam vt fateatur liberis fideicommiſſarij conditionalis ante conditionem impletam defuncti & in portione alterius quàm patris contra ſubſtitutum, ſiue patruus ille ſit, vt in ſpecie *l. cùm auus* 102. *De condic. & demonſtr. ſiue extraneus, vt in dict. l. cum acutiſſimi.* Sic enim & bene, ſi quid vnquam bene Franciſc. Rip. in *l. heredes mei*, §. *cum ita. num.* 66. *verſ. præterea D. ad SC. Trebell.* In eóque duplex † interpre-
4 tum vulgarium error eſt, quoties eo Papiniani reſponſo quod erat in *d. l. cum auus* miſerè abutuntur. Primus idem qui fuit Triboniani in *d. l. cum acutiſſimi*, quòd exiſtimant Papinianum ea ratione motum fuiſſe vt pro liberis grauati contra fideicommiſſarium reſponderet, quia non ſit credendus quiſquam alienas ſucceſſiones propriis interponere, cùm tamen in ſpecie Papiniani nepos patruo eidémque teſtatoris filio primi gradus hereditatem reſtituere rogatus proponeretur, non extraneo. Alter, quòd putant coniecturam pietatis, quia ſola moueri ſe Papinianus profitetur, explicandam eſſe ex adfectione teſtatoris erga liberos grauati qui erant ex deſcendentibus, cùm à contrario vim ſuam deſumat ex eiuſdem teſtatoris animo & affectu erga grauatum ipſum, quem ſiue ſit filius, ſiue nepos, & ſiue filio alteri teſtatoris, ſiue extraneo reſtituere rogatus, credibile eſt adeò dilectum fuiſſe, vt in ea ſaltem portione, in qua fuit inſtitutus, noluerit teſtator grauatum eum eſſe in eum caſum quo liberos habeat, ne poſſit eam ipſis, ſi malit, relinquere ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, vt in præcedentibus Decadibus à nobis explicatum eſt. Sed quod ad propoſitum noſtrum attinet, multò gra-
5 uior in eo error † eſt, quòd volunt iſti conditionem illam tacitam, quæ ineſt fideicommiſſo ſimpliciter iniuncto vni ex deſcendentibus, *ſi ſine liberis deceſſerit*, inuitare ipſius liberos ad fideicommiſſum, iure noui fideicommiſſi ab ipſo etiam patre præſtandi, qui tamen, etiamſi in expreſſa conditione poſiti eſſent, videri non deberent inuitati ad fideicommiſſum aliquod inuito patre conſequendum, quin potius patri prodeſſe, ne is fideicommiſſo à ſe alioquin præſtando teneretur, vt ſuo loco probauimus. Quòd ſi tum quoque cùm liberi poſiti ſunt in expreſſa conditione fideicommiſſi, nullomodo ſunt vocati, ne quidem ad patris ſui portionem, quanto minùs dici poteſt tranſmitti in eos ius fideicommiſſi conditionalis, quod non ipſis, ſed ipſorum patri relictum fuerat, & cuius verbis non ſolùm in diſpoſitione non ſint illi poſiti, ſed nec in conditione? Eſt ſanè multo facilius vt de iis cogitaſſe teſtator videri debeat in fideicommiſſo quod ab ipſorum patre reliquit, quàm in eo quòd ipſorum patri, qui prioris coniecturæ effectus non alius eſt quàm vt fideicommiſſum à patre præſtandum eludat, poſſintque ipſi poſt patrem ad ipſius portionem admitti eodem planè iure quo ſi fideicommiſſo nullo grauatus pater fuiſſet. Poſterioris verò effectus ille eſſet, vt & voluntatem teſtatoris & rationem iuris violaret admiſſis ad fideicommiſſum conditionale iis de quibus nihil in fideicommiſſo dictum fuiſſet. Hoc enim eſt, tranſmiſſibile fieri fideicommiſſum. Denique tranſmiſſio fideicommiſſum extendit, & quodammodo perpetuat, ſubintellecta extrinſecus perſona, quam ſolet dici numquam eſſe ſubintelligendam, *l. ſi ita ſtipulatus* 126. §. *Chryſogonus in fin. D. de verb. oblig.* Conditio autem illa, *ſi ſine liberis*,

liberis, siue expr imatur, siue subintelligatur, fideicommissum duntaxat restringit. Illud verò multo difficilius est, quia odiosius, hoc verò facilius, quia fauorabilius, cùm fideicommissum sit onus. Tertia † coniectura leuior ea est, si testator aliis personis in eodem parive gradu constitutis in quo sit filius, aliúsve quilibet heres fideicommissarij ipsis prospexerit. Ex eo namque potiùs inferri oporteret, tanto igitur minùs dilectum hunc fuisse cui non prospexerit, cùm præter hunc defectum voluntatis nihil prohibuerit quominùs etiam huic prospexerit, cui æquè prospicere poterat si voluisset, *l. vnic. §. vbi autem, vers. sin autem ad deficientes, C. de caduc. tollend.* Nec quod mutua substitutio interdum per errorem omissa colligitur ex alia parte testamenti, ex qua eædem personæ fuerint inuicem substitutæ, vt in specie *l. cùm proponebatur 64. de legat. 2.* facere potest vt similiter videri debeat testator de vnius fideicommissarij herede cogitasse ob id solùm quod de alterius senserit & scripserit. Esset namque illa extensio de persona in personam quæ multo improbabilior & absurdior est quàm de casu ad casum, *dict. §. Chrysogonus. l. si quis ita 16. §. si quis cùm ignoraret D. de testam. tutell.* nec nostri ipsi diffitentur ad *l. Gallus 29. §. & quid si tantum, de liber. & posthum.* Sed & admissa eiusmodi extensione dicendum esset fideicommissarium esse hunc heredem non transmissarium, quandoquidem illi ex quorum personis hæc coniectura sumitur, non transmissarij sunt, sed fideicommissarij. Alioquin dum id agunt interpretes, vt faciant istos æquales, faciunt euidenter inæquales. Sequentes verò
7 duæ † coniecturæ quas præpotentes solent illi appellare, si testator agnationi suæ prouidere voluerit, aut si bona sua prohibuerit alienari, adiecta ea ratione quod vellet ea conseruari in familia & ad descendentes in infinitum peruenire, sicut expressam iustamque testatoris voluntatem præ se ferunt, ita dignæ sunt, quæ alio quàm coniecturarum nomine appellentur, cùm sufficiant ad inducendum fideicommissum in eorum gratiam qui sunt ex familia, & agnatione perinde acsi disertis verbis fideicommissum agnationi & familiæ relictum esset; vt in *d. l. omnia 32. aliàs l. cum ita. §. in fideicommisso de legat. 2. l. vlt. C. de verbor. signific.* solàque illa quæstio supereſt quæ tractatur in *d. §. in fideicommisso*, & de qua separatim aliquando disseremus, quis ex agnatis præferri debeat, aut tanquam prior nominatus, aut tanquam proximior agnatus. Et hoc quidem expeditum est, vt & Mantica fatetur, si testator expresserit vt fideicommissum ad descendentes in infinitum perueniat. Quibus enim verbis apertius fideicommissum relinqui omnibus potuit? Sed quod
8 aiunt interpretes, & nos probauimus, de testatore † qui agnationi prouidere voluit, non ita simpliciter & indistinctè, vt iidem putant, accipiendum arbitramur. Volunt enim illi sufficere vt testator de masculis descendentibus locutus sit, vt præsumatur respexisse ad fauorem agnationis, & fideicommissum transmissibile fecisse: quod ego ferre non possum. Nam nihil prohibet testatori dilectiores fuisse masculos, adeóque ob hoc ipsum, quòd per eos non per fœminas familia conseruetur ac perpetuetur, nec eo magis tamen masculos ad fideicommissum inuitatos videri, aut transmissarios fieri, scilicet si testator nec eos substituerit, nec de fideicommisso, quod alij reliquerat, in eos transmittendo quicquam præceperit. De quo etiam in præcedentibus disputauimus, cùm probauimus liberos in conditione fideicommissi positos etiam adiecta qualitate masculinitatis, vt loquuntur, non idcirco censeri substitutos. Quod si censerentur substituti, quæ receptior Doctorum opinio esse creditur, frustrà est quod iidem volunt, esse etiam transmissarios, quia transmissarij esse non possunt, nec eo iure indigent, qui ex propria persona vocantur ad fideicommissum. Tantùm abest vt ad commentitium hoc ius transmissionis inducendum permitti debeat, certissimam perpetuámque, si qua vlla perpetua est, iuris regulam violare. Igitur agnationi prouidere tunc voluisse testator dicendus est, cùm iussit fundum in familia & agnatione remanere, qui casus differt ab illo quo prohibita est fundi alienatio, vt in familia remanere possit, quia prius fideicommissum purum est, posterius verò conditionale, si contra prohibitionem testatoris alienatio fiat, vt suo etiam loco diximus. His coniecturis, eo quem volumus modo, acceptis, illa similis est, quam primo loco posuimus, si testator † ad fideicommissum inuitauerit non 9
modò substitutum sed etiam ipsius heredes. Nam si sic intelligitur vt in ipso fideicommisso facta sit mentio heredum, quænam obsecro coniectura hæc est quæ tam apertis & indubitatis verbis exprimatur? Et verò ne absurdum hoc eueniat, cogitur Mantica fateri sic accipiendam esse Baldi sententiam, qui primus hanc coniecturam induxit, vt heredum mentio facta sit, non in scriptura ipsa clausulaque fideicommissi, sed in qua alia parte testamenti. Quasi verò ea sola res facere possit, vt qui fideicommissum præstare iussus est certæ personæ, nec nisi in casum euenientis conditionis, idem etiam heredibus fideicommissarij prædefuncti præstare illud ipsum teneatur: quod tamen, quoniam nec iuris, nec voluntatis colore vllo probabili defenditur, concludit tandem Mantica iudicis arbitrio relinquendum esse. Qui hodie vsitatissimus & facillimus apud imperitos interpretes & iudices modus est difficillimus, & controuersas quasque iuris quæstiones expediendi, cùm arbitrio iudicantium relinquitur, quod quale sit, sola iuris ignoratione nascitur. Annon verò iam satis deplorandum erat his nostris temporibus testamenta, quòd plerumque fiant, nullo adhibito, vt olim Iureconsulto, fieri ex barbarorum & rudium notariorum potiùs quàm ex testatorum arbitrio, nisi etiam illud adderetur, vt defuncti hominis verba ruendæ voluntatis incognitæ prætextu, cuiuslibet iudicis quantumlibet insulsi arbitrio suppleri possent, aut potiùs euerti? Multùm verò ad hanc rem iuuit, quod solent nostri passim iactare, Pro scripto & expresso habendum esse id omne quod veri simile est responsurum fuisse testatorem, si de eo fuisset interrogatus ex *l. Titius 25. §. Lucius de lib. & posthum. l. vlt. C. de posthum. heredit. instit. l. 3. C. de inoff. testam. l. quoniam 4. C. de natur. liber. l. qui grani 11. D. de iur. codicill. l. cum 77. §. cum existimaret de legat. 2. l. mulier 22. l. D. ad SC. Trebell. l. tale pactum 40. §. vltim. vbi gloss. D. de pact.* Inde namque passim videas consulentes & pragmaticos nostros inferre, omnia quæ in defunctorum voluntatibus interpretandis quantumlibet temerè inepréque diuinant, pro expressis habenda esse, quia, inquiunt, si de eo interrogatus testator fuisset, ita respondisset. Hoc ipsum verò, quod fuerit defunctus ita responsurus, quod vnum maximè probandum esset, ideò pro bene probato haberi volunt, quod probare nullo modo possunt. Itaque vt initio præfatus sum, est hæc coniectura omnium periculosissima & reipublicæ perniciosissima, quæ si à scholis & tribunalibus explosa esset extra eos casus qui in libris nostris tractantur, & alios non vsque adeò dissimiles, quin eadem maiorve voluntatis ratio iis accommodari possit, vix illa litium materia, quæ hodiè tam multæ sunt circa vltimas voluntates supereſſet. Fateor plerumque fieri vt pars vna testamenti per aliam declaretur *l. qui filiabus 19. de legat. 1. §. antepen. De instruct. vel. instrum. legat.* & vt eleganter scriptum est in *dicta l. quoniam 4. C. de natur. liber.* desideria morientium ex arbitrio viuentium æstimanda esse. Sed nego † in arbitrio cuiusque siue priuati, siue iudicis posi- 10
tum id esse oportere: alioqui non tantùm iura omnia, sed etiam testamenta subuerterentur, hactenus saltem vt nihil certi & explorati de hominis mortui voluntate

adhirmari

adfirmari possit, si cuique licear de illa, quicquid velit adfirmare. Súntque ista longè differentia. Æstimari voluntates morientium, eórumque desideria ex arbitrio viuentium, & æstimari ex arbitrio cuiusque viuentis. Prior propositio vera est, nihilque habet incommodi, quia vix est, vt obscurum esse possit id, in quo viuentium omnium, qui aliquo iudicio præditi sunt arbitrium consentiat. Posterior falsa est, & iis indigna qui ius nostrum tractant, à cuius dignitate & vtilitate nihil alienius est, quàm vt quod reuera certum & finitum est, incertum & infinitum esse existimetur, *l. 2. D. de iur. & fact. ignor. dict. l. ordine* 15. *D. ad municip.* Quàm verò ex his brocardicis facta sint perplexa & incerta omnia inter nostros, quoties de vltima defuncti voluntate disputant, cùm ex innumeris consiliorum voluminibus constat, quorum mole non ipsa tantùm iurisprudentia nostra, sed etiam respublica miserè obruitur, tum vel ex iis maximè quæ in hanc rem diligenter & methodicè congerit Illustriss. D Mantic. lib. 3. tit. 19.

11 Et sanè quis non miretur † tam multas ab iis excogitatas cumulatásque coniecturas, ex quibus fideicommissum conditionale transmitti debeat in heredem, cùm in tot iuris nostri locis, qui sunt de fideicommissis conditionalibus, nullibi transmissionis mentio fiat, cuius quippe non solùm ius, sed etiam nomen hoc casu incognitum fuerit: adeò vt nec vnquam dubitauerint prudentes, An aliquo casu aut ex aliqua causa fideicommissum conditionale ad heredem fideicommissarij transmitteretur. Aut igitur imprudentes sunt, aut prudentibus ipsis prudentiores nostri, qui non solùm dubitationes istas nouas induxerunt, sed nouam illam opinionem, quæ facit vt plures hodiè casus sint, in quibus fideicommissum conditionale transmittatur, si interpretibus credimus, quàm quibus non transmittatur. 12 Illud miror † cur non iidem induxerint, vt fideicommissum quod in persona fideicommissarij fuit conditionale, transmittatur ad heredes purum, præsertim si conditio non tam legato quàm personæ iecta proponatur, vt in specie *l. si ita expressum* 69. *De cond. & demonstr.* fideicommisso ita relicto alicui, *si voluerit.* Hoc enim casu necesse est vt vel fideicommissum transmittatur purum & sine conditione vel nullomodo transmittatur. Nam vt conditio mera personalis quæ fuerat iniuncta personæ fideicommissarij transeat in heredem ipsius, non magis dici potest, quàm vt heredis persona sit in diuiduo persona ipsissima defuncti, aut quod idem est, vt voluntas defuncti sit voluntas heredis, quod disertè negat *d. l. si ita expressum, l. si ita legatum* 65. §. 1. *de legat.* 1. *l. qui Romæ* 122. §. *Agerius, de verb. obligat.* Et tamen quis vnquam admittere possit, fideicommissum, quod fuerit conditionale in persona fideicommissarij, transire purum in heredem? atque ita plus iuris habere heredem transmissionis iure & ex persona defuncti quàm defunctus ipse habuerit? Annon id manifestam implicaret contradictionem? Sed & si eam sententiam admitteremus vt fideicommissum

13 conditionale † ad heredem fideicommissarij cum sua conditione transmitteretur, eodem errore fatendum esset præmortuo etiam herede antequam conditio impleretur, in ipsius quoque heredem transmissum iri ius idem fideicommissi conditionalis, atque ita per multorum personas ambulaturum non modò ius fideicommissi quod certæ personæ relictum fuit, sed etiam, quod difficilius est, ius conditionis implendæ, quod personalissimum esse constat, nec ad heredem etiam primum transire, nedum ad heredem heredis *l. ab omnibus* 104. §. 1. *De legat.* 1. *l. à testatore* 109. *De condic. & dem.* quia impleri debet in forma, vt loquuntur, specifica *l. qui heredi* 44. *l. Mœuius* 55. *eod.* quod fieri non potest mutata persona eius cui conditio fuerat adscripta. Eadem enim subesset ratio transmittendi in heredes omnes in infinitum vtriusque iuris, & fideicommissi, & conditionis implendæ, quandoquidem heres heredis in gradu quantumcumque remoto dicitur heres testatoris *l. vlt. C. de hered. instit. l. patersamilias* 46. *De vulg. & pupill. & subst.* Nec tamen negari potest quin si primi quoque heredis persona est incerta, quoniam quis ille futurus sit, à testatore ignoratur, *l. sciendum* 70. *De verbor. signific.* ob quam nec dicitur venire ex iudicio testatoris, sed fortuitò *l. qui liberis* 8. §. 1. *l. sed si plures* 10. *in princip. De vulg. & pupill. substit.* multo incertior videri debeat persona illius qui secundus aut

14 tertius fideicommissarij heres est. Quæ † alia & noua ratio est propter quam defendimus fideicommissum conditionale nullomodo nulloque casu ad heredem posse transmitti. Cur enim, aut quomodo transmitteretur etiam ex testatoris voluntate in eum, cui nec si voluisset testator expressim quicquam relinquere aut

15 legari aut fideicommissi iure potuisset? Illa siquidem & veteris iuris regula est & noui, Incertis † personis relinqui nihil posse, nisi relinquatur incertæ personæ ex certis §. *incertis Instit. de legat. & apud Vlp. tit.* 24. *De legat.* §. *incerta, & apud Paulum lib.* 3. *sentent. tit.* 6. §. *legatum, l.* 4. *& 5. l. si quis* 14. *D. de reb. dubit. leg. qui plures* 18. *D. de vsufr. legat.* excepto eo si quid pauperibus fuerit relictum, *l. in quod pauperibus* 24. *C. de Episcop. & cleric.* quasi pauperes sint ad instar collegij quod certæ personæ vicem repræsentat, vt ad eum locum Baldus notat. Et ratio huius regulæ † est, vt alibi

16 monuimus, quia certum esse debet iudicium & consilium testantis tanquam qui dicatur legem facere cùm testatur, *l. qui in testamento* 14. *D. qui testam. facer. poss. innct. l. verbis legis* 120. *in verb. legassit. D. de verb signific.* certum verò iudicium & consilium esse non potest quod in personam incertam confertur: adeò vt dubitatum sit an † conditionis quoque implendæ gratia

17 possit quid conferri in personam incertam, *l.* 3. §. *Paulus respondit. D. de reb. dubit.* vbi tamen ex Paulo traditur non minùs incertis, quàm certis personis dari debere vt fideicommissi petitio possit competere, nempe quia quod implendæ conditionis causa capitur, non capitur ex iudicio testatoris, quomodo legatum *l. si quis sub conditione* 8. *D. si quis omiss. caus. testam.* neque iure testamenti *l. Mœuius* 55. *in fin. De condic. & demonstr.* sed mortis causa tantùm, & ex voluntate potiùs eius qui dat, *l. qui pretio* 8. *D. de mort. caus. donat. & capion. extra casum l. pro herede* 20. §. *Papinianus, D. de acquir. hered.* Et quod dicitur in *l. omnibus* 9. *De mort. caus. don.* omnibus mortis causa capere permitti, qui legata videlicet capere possunt, non ita generaliter accipi debet è contrario vt incertæ personæ possint legata capere ideò quia & mortis causa capere possunt, aut prohibeantur mortis causa capere ob id solùm quòd iis legari non potest (vtrumque enim falsum est) sed ita scriptum fuit, ad exclusionem eorum duntaxat qui ex testamento capere prohibentur, cuiusmodi erant † olim cœlibes

18 apud Vlp. *tit. De cœlib. orb. & solit. damnati in met allum l.* 3. *D. de his quæ pro non script. deportati. l.* 1. *Cod. de hered. instit.* hodie verò etiam apostatæ *l.* 3. *Cod. de apost. collegia illicita. l. collegium* 8. *C. de hered. instit. l. hæretici* 4. *C. de hæret.* liberi eius qui læsæ maiestatis crimine condemnatus sit, *l. quisquis* 5. *C. ad leg. Iul. maiest.* nati ex incestuoso concubitu. *Nouell.* 89. *quib. mod. natur. effic. sui.* §. *vlt.* nimirum si quid iis relinquatur vltra causam & necessitatem alimentorum, *cap. cum haberet. Extr. de eo qui duxit in matrim. quam poll. per adult.* At incertæ personæ in istorum numero non sunt, quia quod iis legari, alitérve relinqui nihil potest, non ob eorum personam fit, quod capere prohibeantur, sed ex parte testatoris, cuius, vt diximus, certum iudicium esse debet: ideóque si † quod iis relictum est, solutum fuerit, repeti

19 non potest. Id enim sacris constitutionibus cautum fuisse refert Iustin. *dict.* §. *incertis, in fin.* quia scilicet capaces sunt acquisitionis, quod in incapacibus diuersum

ſum eſt, quibus non magis acquiri poteſt quod implendæ conditionis cauſa datur, quàm ſi legati vel fideicommiſſi iure iis relictum eſſet *dict. l. Manius*. Ob
20 idque nec dubito, quin quod † iis datum eſt, repeti poſſit, ſi eum, qui dedit, pœniteat, nec iam velit conſequi quod ſibi relictum fuerat ſub ea dandi conditione. Repeti, inquam, non per condictionem, cùm dominium nummorum qui dati fuerunt non tranſierit in accipientem ſed per vindicationem, niſi fuerint conſumpti nummi, vt in *l. interdum* 29. *D. de cond. indeb.* Planè quiſquis id quod ſibi relictum eſt vult conſequi, cogitur implere conditionem, ſiue incertæ perſonæ, ſiue incapaci dare debeat, in eóque cauſæ iſtæ ſimiles ſunt, quia conditionibus omnibus commune illud eſt, vt & actum ſuſpendant, & impleri debeant in forma ſpecifica *d. l. Manius & l. qui heredi* 44. *eod. tit.* Sed hoc obiter dictum ſit, ne quis fortè contra nos defenderet, *ex d. l. omnibus*, poſſe incertis quoque perſonis legari ob id quod in eorum perſonam conditio
21 dandi conferri poſſit. Cùm ergo certiſſimum † ſit neque legatum, neque fideicommiſſum incertæ perſonæ relinqui poſſe, cur volumus fideicommiſſum quod perſonæ certæ relictum fuit ſub conditione, cui nec acquiſitum nec debitum vnquam fuerit, tranſmitti poſſe in perſonam heredis ipſius incertam, cui nec ab initio relinqui vtiliter potuiſſet? Plúſne poterit comm entitium hoc ius tranſmiſſionis, quàm legatum vel fideicommiſſum expreſſa voluntate ſubnixum? Aut ſi ad violandas iuris regulas omnes, nihil aliud exigimus, niſi vt de voluntate teſtatoris etiam tacita qualitercunque conſtet, quidni eadem audacia dicimus poſſe teſtatorem facere vt hereditas etiam non adita in heredis ſcripti heredem tranſmittatur? Quo admiſſo quid ſuperetit niſi vt ex libris noſtris deleamus ſententiam Pomponij in *d. l. nemo poteſt* 55. *de legat.* 1. & quotquot alij iuris loci ſunt ad hanc rem pertinentes, atque in contrarium concludamus, quod tamen hucuſque qui auſus ſit dicere, nemo tam impudens aut imperitus fuit, teſtatori cuilibet licere teſtamento ſuo cauere ne leges in eo teſtamento locum habeant, adeóque ad ſubuertendam legum omnium poteſtatem ſufficere quodcumque indicium tacitæ voluntatis?

ERROR V.

De tranſmiſſione fideicommiſſi conditionalis vniti cum iure adcreſcendi.

SVMMARIA.

1 *Refertur alia coniectura ex qua volunt interpretes conditionale fideicommiſſum in heredem tranſmitti, ſi fideicommiſſum conditionale vnitum ſit cum iure adcreſcendi.*

2 *Argumentum quo probant interpretes ſuam ſententiam ex l. qui patri. D. de acquir. hered. deductum.*

3 *Fideicommiſſum conditionale, licet fuerit vnitum heredit ati, tranſmitti non poteſt.*

4 *Fideicommiſſum cum iure accreſcendi vniri non poteſt. & n. 8.*

5 *Fideicommiſſum non aliter nec prius valet quàm adita ſit hereditas.*

6 *Praeter aditionem hereditatis quid requiratur vt fideicommiſſum valeat.*

7 *Ius adcreſcendi nunquam in portionibus agnatis locum habet.*

9 *Differentia inter fideicommiſſum & pupillarem ſubſtitutionem.*

10 *Pupillaris ſubſtitutio nihil aliud requirit, quàm vt adita ſit ex aliqua parte patris hereditas, vt paternum teſtamentum confirmetur.*

11 *Heres ab initio voluntarius per aditionem fit neceſſarius.*

12 *Patris & filij cui ſubſtitutum eſt pupillariter, duæ ſunt hereditates, quæ quadantenus vnius loco quandoque cenſentur.*

13 *Licet patris & filij, cui ſubſtitutum eſt pupillariter duo ſint teſtamenta, vnum eſt tamen patris iudicium.*

14 *Qui patris iudicium agnouit, adeundo eius hereditatem, non poteſt idem iudicium improbare repudiando pupillarem.*

15 *Vna aditio ſufficit ad acquirendam tum paternam, tum pupillarem hereditatem.*

16 *Differentia inter vulgarem & pupillarem ſubſtitutionem ratione tranſmiſſionis.*

17 *Portio adcreſcit portioni, & ſubſtitutio perſonæ.*

Et etiam hæc vna ex iis coniecturis† quarum poteſtate volunt interpretes fideicommiſſum conditionale in heredem tranſmitti poſſe, ſed digna quæ ſeparatum habeat tractatum, Si fideicommiſſum conditionale, inquiunt, vnitum ſit cum iure adcreſcendi. Exemplum adferunt, Si filij erant inſtituti & inuicem ſubſtituti ſub conditione, ſi ſine liberis decederent. Hic enim ſubſtitutio fideicommiſſaria fuit coniuncta cum iure adcreſcendi, & adeò quemadmodum qui liberos, eoſdemque heredes reliquit prædefuncto, ius accreſcendi quod in coheredis portione habere poterat, ſi ſuperuixiſſet, ad heredes ipſius tranſmittitur, *l. ſi ex pluribus* 9. *D. de ſuis & legit. l. qui ex duabus* 53. *in princip. & §.* 1. *D. de acquir. heredit. l. vnic. C. quand. non petent. part. petent. adcreſ.* ita & fideicommiſſum, quamuis conditionale, quod cum eo adcreſcendi iure vnitum fuit ad eoſdem heredes tranſmitti neceſſe eſt, ſi fortè frater ſuperſtes poſt fratris præmortui mortem ſine liberis moriatur. Huius verò ſententiæ argumentum † vnicum 2
quidem, ſed vt putant fortiſſimum, & vt Baldus loquitur, mirabile deſumunt ex *l. qui patri* 59. *D. de acquir. heredit.* quaſi in eius legis ſpecie ſubſtitutio pupillaris, quæ ſui natura non magis eſt tranſmiſſibilis ad heredes, quàm conditionale fideicommiſſum. *l. qui liberis* 8. §. 1. *l. ſed etſi* 10. *in princip. l. penult. D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* fiat tamen tranſmiſſibilis ob id quod vnita eſſet cum iure adcreſcendi. Proponebatur enim idem à patre, & in ipſius hereditate patris inſtitutus, & filio impuberi exheredato ſubſtitutus. Hunc verò Neratius ait, ſi patris hereditatem adierit, non poſſe pupillarem prætermittere, idque ſic accipiendum etiamſi viuo pupillo mortuus erit, deinde pupillus impubes deceſſerit. Nam is qui patri heres extiterit, erit pupillo quoque heres neceſſariò (ſic enim lego adiecta dictione *erit*: & ex poſterioribus literis præcedentis dictionis *extiterit* repetita. Nam ſi ipſum inuitum pupillaris hereditas, vt eam cùm viuit, repudiare non poſſit, conſequens eſt vt paternæ hereditati coniungatur, & adcreſcendi iure cuicunque patris heredi acquiratur. Vſque adeò autem hæc ſententia, quæ tam fideicommiſſi conditionalis, quàm pupillaris ſubſtitutionis tranſmiſſionem inducit, interpretibus noſtris placet, vt ſi quando contingat, ſubſtitutionem quæ ab initio pupillaris fuerat, conuerſam eſſe in fideicommiſſariam, vt in ſpecie *leg. quærebatur* 19. *D. de teſtament. milit. l. Scæuola* 76. *D. ad Senatuſconſultum Trebellianum* Itémque ſecundùm interpretes in ſpecie *leg. precibus* 8. *Cod. de impub. & aliis ſubſtitution.* noua hæc fideicommiſſaria aſſumat ſecundùm eos naturam pupillaris ſubſtitutionis quæ vnita fuerat cum iure adcreſcendi, fiatque tranſmiſſibilis. Sic enim *Socin. ſenior conſil.* 6. *num.* 14. *volum.* 3. *& ad leg. heredes*

*mei.§.cum ita.nu.*13.*D.ad SC.Trebell.*cuius opinionem licèt à nonnullis improbatam,magis tamen communiter receptam esse refert,fatetúrque Mantica *dict. lib.*12. *tit.*10. *num.* 12. & 13. Quod sanè miraret ego, nec facilè crederem, si non iam pridem exploratum apud me esset id passim vsuuenire interpretibus nostris, vt quo alienior à iure aliqua opinio est, eo sit illa receptior. In proposito autem tractatu accidisse ostendemus facilè, si iuris rationi locus aliquis relictus videri
3 potest. Nam vt hinc exordiamur, tum quoque cum fideicommissum † conditionale vnitum est hereditati, adeóque iam acquisitæ, quam proinde in heredem heredis transmitti necesse est: certum tamen non eo magis transmitti posse conditionale fideicommissum, ne quidem singulare, puta si testator qui ab herede certas res legauerat Titio, eundem Titium subinde rogasset vt si sine liberis moreretur, easdem res eiusdem heredi restitueret: mortuo enim ante Titium herede, nihil ad heredis heredem transmitteretur. Textus est in *leg. In causa* 16. §. *Pomponius*, *de minor.* Quid autem potest facere ius adcrescendi plus quàm acquisitio hereditatis? An fortè magis transmissibile est ius adcrescendi, quàm hereditas iam acquisita? Deinde aut quid fi-
4 deicommissum, quidve ius adcrescendi sit, non intelligo, aut fieri nullo casu potest vt fideicommissum † siue purum, siue conditionale cum adcrescendi iure
5 vniatur. Siquidem fideicommissum, siue vniuersale sit, siue singulare, nec aliter nec priùs valere † potest quàm adita sit hereditas, ideóque contra ipsas etiam regulas iuris induci necesse fuit, vt heredem, qui de fideicommissaria hereditate restituenda rogatus esset, nolente adire damnosam fortasse aut quoquo modo suspectam hereditatem, cogere posset fideicommissarius per prætorem & ex Senatusconsulto Pegasiano vt aditet *l.*4.& *pass. D. ad SC. Trebell. iunct. l. nec emere* 16.*Cod.de iur.*
6 *delib. l. ea quam* 14. *Cod. de fideicomm. l. si nemo* 9.*D.de testam. tutel.* Nec rursum sufficit aditam † esse hereditatem, vt debeatur fideicommissum quod ab aliquo quàm ab herede relictum est, nisi etiam illud concurrat, vt qui grauatus est fideicommisso, & honoratus fuerit, & quod sibi relictum fuit, perceperit *l. ab eo* 9. *Cod. de fideicomm. l fideicommissum* 78. *l. filiusfamilias*
7 114. §. *apud. Marcellum de legat.*1. *l.*1. §. *si is qui quadringenta D. ad SC. Trebell.* Atqui ius adcrescendi † nunquam in portionibus agnitis locum habet, *l. vnic.* §. *his ita definitis C. de caduc. tollend. solo excepto vsufructu*, *l.* 1. §. *interdum.* vbi ratio diuersitatis eáque
8 perelegans redditur, *D. de vsufr. adcresc.* Ergo fieri nequit vt ius adcrescendi † vnitum sit cum iure fideicommissi in eadem portione fratris superstitis, qui & posterior, & sine liberis decesserit. Nam si is portionem suam agnouit, exinde ius adcrescendi in ea nullum esse potuit: si non agnouit, fideicommissum ex die repudiatæ portionis euanuit, vt verè dici possit generationem alterutrius corruptionem esse alterius. Ita fit vt quamuis frater qui prior decessit transmissurus fuerit ius adcrescendi ad heredes, si decessisset ante agnitam à fratre portionem hereditariam, eámque postea frater repudiasset, non tamen inde possis inferre ius quoque fideicommissi eum transmisisse. Sed contrà potius, hoc ipso quòd ius adcrescendi transmisit, non transmisisse ius fideicommissi, cùm fideicommisso locus nullus esse potuerit, nisi in eum casum quo ius adcrescendi desineret locum habere posse. Ex hoc enim rectissimè ac necessariò infertur vnius transmissionis alterius transmissionem impediri, & vtrumque ius simul transmitti nunquam. In eóque
9 differentia pereuidens est fideicommissi † & pupillaris substitutionis, cuius comparatione in hanc rem nostri aburuntur, quia pupillaris substitutio non eo minùs locum habere potest, quod pupillus, cui facta est, decesserit ante aditam portionem suam, ex qua fuerit institutus. Et idcirco nihil impedit quominùs coheres pupilli, eidemque substitutus, si ante agnitam à pupillo hereditatem decesserit, cùm ipse iam portionem suam agnouisset, transmittat in heredem & ius adcrescendi & pupillarem substitutionem. Nihil enim aliud requirit pupillaris † substitutio, nisi vt patris hereditas adita sit 10
ex aliqua vel minima parte ad hoc vt paternum testamentum tanquam principale confirmetur, *l. Papinianus* 8.§.*sed nec impuberis in fin. D.de inoff. testam. l. illa tamen* 27. §. *qui suspectam & §. à patre in fin. D. ad SC. Trebell. iunct. l.* 2. §. 1. *l. sed si plures* 10. §. *si ex asse. de vulg & pupill. substit.* Sed tamen pupillari quoque substitutione facta tractari de iure adcrescendi non aliter potest, quàm si duo pluresve heredes instituti proponantur, quorum alterutrius portio deficiat, & coheredi adcrescat, vt in ea specie quam interpretes proponunt. Quæ tamen species multum distat ab ea quam Neratius tractat in *dict. l. qui patri*, vbi solus proponebatur institutus ille qui idem filio impuberi fuerat substiturus. Etsi non nego idem responsurum fuisse Neratium, si institutus coheredem aliquem, siue pupillum ipsum, siue alium habuisset. Eadem enim ratio locum habuisset omni casu, quòd quisquis patri heres extitit, si eidem filio impuberi substitutus sit præterire impuberis hereditatem nullomodo possit, siue patri fuerit ab initio heres necessarius, siue voluntarius. Nam & qui voluntarius † fuit antequam hereditatem aditet, per adi- 11
tionem fit necessarius, cùm ex eo tempore hereditatem repudiare amplius non possit, *l.*4. *C.de repud.vel abst. hered.l.*1.§.1.*decretalis.D.de succeff.edict.* Quisquis autem patri necessarius heres est, siue ab initio siue ex postfacto eundem filio quoque impuberi, cui substitutus fuerit, necessarium heredem esse necesse est quodam velut adcrescendi iure, scilicet adcrescente pupillari hereditate paternæ hereditati, acsi vna tantùm esset patris & filij hereditas & pupillaris nihil nisi portio quædam esset paternæ. Etsi enim non quemadmodum prudentibus placuit patris & filij vnum esset testamentum *l. paterfamilias* 28. *D.de reb.auct.iudic.possidend.* aut saltem duo illa patris & filij testamenta vnius loco haberi tam prætorio quàm ciuili iure, *l.patris & filij* 20. *De vulg.& pup. subst.* ita & illud dici potuit, & patris & filij vnam duntaxat hereditatem esse, cùm re vera † duæ sint here- 12
ditates diuersis temporibus deferendæ diuersarum personarum diuersis temporibus morientium, § *igitur.inst. de pup. subst.* Possunt tamen duæ istæ hereditates etiam vnius loco censeri, quod ad hoc vt qui paternam adquisiit, non magis pupillarem postea repudiare possit, quam si de vacua vel deficiente aliqua pupillari hereditatis parte repudianda tractaretur, cùm vtraque non tantùm ex vno eodémque testamento deferatur, sed etiam quod certius, & ad rem nostram aptius est, ex vno eodémque eiusdem testatoris iudicio. Nam & illi ipsi qui duo † testamenta esse dicerent, quam sententiam pleri- 13
que ex ipsis etiam prudentibus secuti videntur, præsertim Vlp. in *l.*1 §.1. *D.si cui plus quàm per leg.Falcid.* non tamen negarent vnum & idem iudicium esse, scilicet patris. Quomodo enim posset iudicium esse filij impuberis, etiam quantum ad pupillarem hereditatem, cùm impubes iudicium prorsus nullum habere intelligatur? *l.pupillus* 9. *D. de acquir.hered.* Indéque manifestum est, quod de inofficioso filij impuberis testamento mater quantumuis immerenter exheredata, aut etiam, quod effectu idem est, præterita, dicere non potest, vt ex Papiniano subtiliter scribit Vlpianus in *l. Papinianus* 8. §. *sed nec impuberis. D. de inoff.testam.* quia, inquit, pater hoc ei fecit, id est, quia licèt filij testamentum sit, non patris: tamen patris, non filij iudicium est: Sicut è contrario, si pater, qui fratrem habebat, filio suo impuberi turpem personam substituisset, non posset frater contra fratris iudicium proponere querelam inofficiosi testamenti, vt ibidem subiungit Vlpianus quia quamuis

sit

ſit iudicium patris, tamen filij teſtamentum eſt. Quiſquis autem agit querela inofficioſi, conqueritur de teſtatoris iudicio, quaſi fuerit ille inſanus & furioſus potiùs quàm iudicij compos: atque ita ipſius teſtamentum euertit *l. 2. 3. & 4. D. eod. tit. De inoff. teſtament.* ac proinde vt querelæ locus eſſe poſſit, neceſſe eſt vtrumque concurrere, id eſt, & iudicium & teſtamentum eius eſſe, cuius & iudicium & teſtamentum actori liceat impugnare. Hoc autem probato quòd patris filiique teſtamentum, non niſi vnum idemque ſit patris iudicium, ſuccedit certiſſima iuris regula quæ non patitur induci vnquam diuiſionem iudicij & voluntatis, *l. eum qui 18. §. vlt. D. de his quæ vt indign. l. legatarius 38. de legat. 1. l. nam abſurdum 7. D. de bon. li-*
24 *bert.* Ergo qui iudicium † patris agnouit in eo quod ipſius hereditatem adiit, non poterit idem iudicium improbare repudiando pupillarem, quoniam ita faceret vt idem eiuſdem hominis iudicium partim confirmaretur, partim euerteretur, aut ſaltem deſtitueretur, quod æquè abſurdum eſſet. Quid enim refert an pupillare teſtamentum euertatur, an deſtituatur? Hoc ipſo igitur quòd patris hereditatem adiit ille qui filio impuberi etiam ſubſtitutus eſt, ſe exinde obligat, vt quandocunque morituri poſteà impuberis hereditatem agnoſcere compellatur, ſiue interim & ante pupillum decedat ipſe, ſiue ſuperuiuat. Et quemadmodum lex cùm patris mortui teſtamentum confirmat, hoc ipſo confirmat etiam tabulas pupillares, non vt ex iis iam tum deferat pupilli hereditatem, quæ adhuc viuente illo nulla eſt, ſed vt defuncto quandocumque pupillo nulla pupillaris ſubſtitutionis confirmatione noua opus futurum ſit ad ipſius hereditatem ſubſtituto deferendam: & è contrario non confirmato tunc per legem patris teſtamento, pupillare neque tunc neque poſteà vnquam confirmari poſſet, vnde etiam eſt quòd mortuo patre, licèt viuo pupillo dies legatorum à ſubſtituto pupillari datorum ſtatim cedit, *l. heredis 7. §. tantumdem & ſeq. D. quand. dies legat. ced.* Ita & cùm
25 per aditionem † paternæ hereditatis teſtamentum patris ab homine confirmatur, quæ ſecunda teſtamenti confirmatio eſt, eaque omnino neceſſaria, ne prior illa quam lex fecerat omnino inutilis maneat, fatendum eſt pupillares quoque tabulas intelligi confirmatas, vſque adeò vt impubere poſteà defuncto nulla ſit opus noua aditione, tanquam ſufficiente priore quamuis per eam non fuerit hereditas pupillaris acquiſita, ſed paterna tantùm. Nam & idem eueniret, ſi is qui adiit, fuiſſet ſubſtitutus ex parte hereditatis paternæ purè, ex alia verò parte ſub conditione, aut etiam coheredi quem in alia parte habuiſſet vulgariter ſubſtitutus. Nemo enim diceret egere hunc noua aditione, ſi quando ſubſtitutionis conditio exiſtat, *l. ſi tu ex parte 76 l. ſi ſolus 80. in princ. & in fin. D. de acquir. hered.* multo minùs verò ſi in alia parte non fuerit ſubſtitutus, ſed ſub conditione inſtitutus *dict. l. qui ex duabus 53. in princip. & §. 1. eod.* cùm nec euentum conditionis tanquam ſuperuacuæ cogatur hic expectare, *l. ſi quis ita 33. D. de hered. inſtit.* Cùm igitur vna ſufficiat aditio, nihil ſanè eſt quod impediat tranſmiſſionem, quam ea ſola ratio impedire poſſet, quòd ius adeundæ hereditatis tranſmitti ad heredem non poſſit. Proinde parum refert, an qui à patre inſtitutus fuiſſet, idemque impuberi ſubſtitutus deceſſerit ante pupillum, an poſt: & quod dici ſolet, ſubſtitutionem ſiue vulgarem ſiue pupillarem non tranſmitti tanquam quæ in bonis noſtris non ſit priuſquàm eius conditio extiterit, *l. tories 81. de acquir. heredit. l. ſubſtitutio 42. De acquir. rer. dom.* non poteſt hoc caſu locum habere, in quo iam antequam conditio ſubſtitutionis exiſtat, reperitur obligatus ſubſtitutus, ne ſubſtitutionem, ſi quando competat, repudiare poſſit. Quid enim aliud eſt, non poſſe repudiare, quàm eſſe iam factam acquiſitionem? Quam-

quam inter vulgarem † & pupillarem ſubſtitutionem 26
etiam hac parte differentia eſt: Vulgaris enim quæ non fuit delata non tranſmittitur, nec ſi vnita ſit cum iure adcreſcendi, *d. l. ſi ex pluribus 9. De ſuis & legit.* nempe quia non ex eo inducitur diuiſio voluntatis, cùm portio deficiens, quæ ſubſtitutionis iure acquiri nondum poteſt, nec proinde ad heredem tranſmitti, ſequatur acquiſitam portionem, eique adcreſcat iure ſubſtitutionis & conſequenter iure voluntatis. At pupillaris ſubſtitutio non poteſt ſequi paternam hereditatem, nec ei adcreſcere iure inſtitutionis, cùm alia ſit hereditas, ideóque is qui in hereditate paterna ſcriptus eſt, nihilomagis in pupillari ſcriptus videri poſſit, niſi ponas in ea quoque ſeparatim & expreſſim fuiſſe inſtitutum, quod non fit niſi per pupillarem ſubſtitutionem. Itaque diuideretur neceſſariò iudicium teſtatoris, ſi is qui patri heres extitiſſet pupillo etiam neceſſariò heres non eſſet. Vt autem neceſſariò heres ſit pupillo, præſertim ſi ante pupillum deceſſerit, non aliter fieri poteſt quàm ſi pupillaris hereditas paternæ adcreſcat: in eamque rem manco iure ſubſtitutionis inducendum neceſſariò eſt ius adcreſcendi, quia portio † adcreſcit portioni velut 27
alluuio, *l. ſi Titio 33. in fin. D. de vſufr.* ſubſtitutio autem omnis acquiritur perſonæ, non portioni: perſona porrò nulla eſt, quæ iam mortua reperitur.

ERROR VI.

De differentia pupillaris & fideicommiſſaria ſubſtitutionis cùm de tranſmiſſione agitur: itémque de differentia pupillaris ſubſtitutionis & iuris adcreſcendi.

SVMMARIA.

1 *Sententiam l. qui patri, D. de acq. hered. ad fideicommiſſariam ſubſtitutionem extendi non poſſe.*
2 *Fideicommiſſum neque inſtitutio, neque pars inſtitutionis dici poteſt.*
3 *Ius accreſcendi non eſt inter eos qui ex diuerſo iure ſuccedant, nec inter eas portiones, quæ ex diuerſo iure vni & eidem perſonæ deferuntur.*
4 *Poteſt coheres cui per præceptionem aliquid relictum eſt, repudiata portione ſua hereditaria legatum petere, aut omiſſo legato partem hereditariam retinere.*
5 *Ius adcreſcendi nequidem fideicommiſſarium particularem vnquam ſequi poteſt.*
6 *Conuenientiæ inter ſubſtitutionem pupillarem & fideicommiſſum ab interpretibus allata refellitur.*
7 *Cur ſubſtitutio pupillaris ad eius ante pupillum ſubſtituto non tranſmittatur.*
8 *Species l. qui patri. D. de acquir. hered. deciſio, & decidendi ratio.*
9 *Exponuntur verba, d. l. qui patri.*
10 *Quibus caſibus pupillaris ſubſtitutio conuertatur in fideicommiſſariam, aliáve directa in precariam.*
11 *Subſtitutio pupillaris pura eſt, non conditionalis.*
12 *Quale ſit fideicommiſſum in quod ſubſtitutio pupillaris conuertitur.*
13 *Conſecutionem à pupillari ſubſtitutione ad fideicommiſſum, quâ huius tranſmiſſibilitas concluditur, haud bonam eſſe.*
14 *Sententia l. planè 94. in pr. D. de legat. 1.*
15 *Caſus duo valde inter ſe diſſimiles qui ab interpretibus confunduntur.*

Atque proculdubio & ſententia & ratio eſt dictæ 1
l. qui patri, quam † proinde iam intelligimus non niſi ineptè ad fideicommiſſariam ſubſtitutionem extendi poſſe:

posse : siquidem ea neque testamentum est, neque pars testamenti, cùm testamentum non æstimetur nisi ex institutione *l. 2. §. prius autem. de vulgar. & pupill. substit. l. quod per manus* 10. *D. de iur. codicill.* fideicommissum † autem, siue vniuersale sit, siue singulare, neque institutio dici possit, neque pars institutionis. Qua etiam ratione soleo defendere, substitutionem fideicommissariam substitutionem dicendam non esse, quia substituti secunda institutio est, aut secundi heredis, vt apud Vlpianum & Caium in Instit. scriptum est, fideicommissarius verò institutus nullomodo est. Neque verò si testator vni ex pluribus heredibus aliquid per legatum aut fideicommissum reliquerit, prohibetur ille etiam post agnitam portionem hereditariam fideicommissum repudiare, nec quisquam dixerit inuito ei adcrescere id debere, quia sicuti ius adcrescendi † non est inter eos qui ex diuerso iure succedunt, *l. sed cum patrono* 6. *D. de bonorum possess. l.* 1. *Cod. de testam. milit.* non magis quàm inter eos, qui ex duobus testamentis veniunt, *l. si sub conditione* 16. *D. quib. mod. vsusfruct. amitt.* ita nec inter eas portiones quæ ex diuerso iure vni eidémque personæ deferuntur, puta, quarum vna ex institutione, altera ex legato vel fideicommisso deferatur. Alioqui non posset coheres, † cui per præceptionem aliquid relictum esset repudiata portione sua hereditaria, legatum petere, aut omisso legato partem hereditariam retinere, & contra, quod tamen vtrumque falsum est, *l. & quidem totum* 18. *instit. §. vltim. l. præced. de legat.* 1. *l. ex parte* 21. *D. de adim. legat. leg. si Titius* 96. *de legat.* 3. Et sanè tantum abest vt fideicommissum possit vnquam sequi aut concomitari ius adcrescendi, vt nec † ius adcrescendi possit vnquam sequi fideicommissarium particularem, *dict. l. si Titius. Extra casum leg. Papinian.* 43. *D. ad SC. Trebell.* id est, præterquàm si is qui ex parte fuerat institutus, eámque Sempronio restituere rogatus, compulsus adierit, vt ideo sit indignus qui ex eo testamento quicquam consequatur. Nam neque hereditas potest dici pars fideicommissi, nec fideicommissum pars hereditatis, quomodo hereditas pupillaris videri potest, vt diximus, pars quædam hereditatis paternæ. Denique si pupillaris hereditas non adcresceret paternæ, non haberet pupillus heredem ex testamento, quæ res impugnaret pupilli vtilitatem, cuius vtique interest testamentarium heredem habere potiùs quàm legitimum, *leg. Iulianus* 43. *D. de acquir. hered.* atque ita ex duabus institutionibus, quæ vno eodemque testamento continerentur, vna valeret, alia non valeret, quod tam absurdum esset, quàm si quis diceret vnum idémque testamentum partim valere posse partim non valere, aut ex vno eodémque testamento hereditatem pro parte acquiri, pro parte non acquiri, aut denique vnum & eundem testatorem decedere pro parte testatum pro parte intestatum. Iam enim diximus vnum & eundem testatorem esse, videlicet patrem, qui & de sua & de pupilli hereditate eodem testamento disponit, cùm & sibi & filio heredem facit. At in fideicommisso quodcumque tandem illud sit, nihil tale tractari potest, nec aliud vllum absurdum sequitur, etsi fideicommissum ad fideicommissarium non perueniat, multo minùs etiamsi ad fideicommissarij heredem non transmittatur, quia remanet eo casu penes illum qui fuit rogatus. Quid ergo necesse est vt violemus iuris regulas ad hoc vt ad fideicommissum conditionale porrigamus ea quæ in pupillari substitutione constituta è contrario ob hoc ipsum, ne iuris communis regulæ pupillique vtilitates impugnarentur ? Sed & vereor ne in eo decipiantur interpretes, qui pupillarem † substitutionem fideicommisso conditionali æquiparant, quod pupillarem substitutionem conditionalem esse putant, (quò enim alioqui hæc comparatio pertineret ?) cùm tamen sui natura, si nullam extrinsecus conditionem testator induxerit, pura constitutio sit, non conditionalis, *leg. qui liberis* 8. *in princip. D. de vulg. & pupill. substitut.* Illa enim verba quæ in omni substitutione pupillari apponi necesse est, *si filius meus impubes decesserit*, licet conditionem præ se ferre videantur, re vera tamen nullam continent, quoniam non testamenti pupillaris verba sunt, quippe quod incipit à sequentibus illis verbis, *Titius heres esto*, illisque concluditur, sed patris veluti præparatio quædam, ea est accingentis se ad faciendum filio testamentum & præfantis, non aliter se velle filio facere testamentum, quàm si decedat ille impubes, quia nec aliter ex legibus potest. Quare si quis me roget, cur † substitutio pupillaris mortuo ante pupillum substituto non transmittatur, non illam rationem adferam, quam adferrem in quæstione concepta de fideicommisso conditionali, quòd conditionalia non transmittantur, sed quia viuentis pupilli nulla est hereditas quæ substituto deferri possit *l. 2. §. interdum. de vulg. & pupill. substit. l. ita tamen* 27. *§. à patre. D. ad SC. Trebell. iunct. l.* 1. *D. de heredit. vel act. vendit. l.* 1. *D. pro heredit.* tantum distat vt transmitti possit ea quæ adita non fuit, *l. vnic. §. in nouissimo, Cod. de cad. tollend.* quæque, nec si extitisset conditio pupillaris substitutionis quæ conditionalis fuisset, transmitti tamen posset, etiam præmortuo pupillo, si alius ei substitutus fuisset, quàm qui heres patri extitisset. Vt verò apertius fiat, quantopere fallantur interpretes, cùm tractant de pupillari substitutione vnita cum iure adcrescendi, finge † in specie *dict. l. qui patri*, Sempronium patris heredem eundémque filio impuberi substitutum, non ex toto asse institutum fuisse, sed ex semisse duntaxat : ex alio verò semisse coheredem habuisse ipsum impuberem qui tamen scriptus fuerit sub ea conditione, *si volet heres esse*. Hoc enim ponendum necessario est vt impubes qui fuit suus heres patri (alioqui pupillariter ei substituere pater non potuisset) ex necessario herede factus sit voluntarius, *l. verba hæc* 12. *D. de condic. instit.* qualem eum esse necesse est, vt de iure adcrescendi tractari possit, aut de vulgari substitutione, cùm in portionibus agnitis & acquisitis, nec iuri adcrescendi locus relinquatur, nec substitutioni vulgari, *d. l. vnic. §. his ita definitis. C. de caduc. tollend. l. post aditam* 5. *Cod. de impub. & aliis substitut.* acquisita verò sit hereditas, quæ ipsum & necessarium heredem habet, quamuis se abstinentem, *l. cùm quasi* 30. *§. sed etsi suus, de fideicommiss. libert.* Finge rursum Sempronium hunc tacitum rogatum fuisse à patre, vt portionem illam suam hereditariam Mæuio incapaci restitueret, eámque fidem suam in id accommodasse contra leges, & ita post mortem testatoris adita per eum hereditate fisco locum factum fuisse qui semissem illum ei abstulerit, *l. 3. l. ita fidei* 40. *& pass. D. de iur. fisc.* mox pupillum se à patris hereditate abstinuisse, subinde in pupillari ætate decessisse, vt proinde & iuri adcrescendi locus factus sit, & pupillari substitutioni. Quæro an deficientem & adcrescentem pupilli portionem habebit Sempronius iure adcrescendi ? Minimè verò, quia rem non videtur habere, inquit Vlp. in *l. si totam eam partem* 83. *D. de acquir. hered.* id est, quia cùm portio adcrescat portioni veluti alluuio, vt supra diximus, non potest videri portionem vllam habere cui pupilli coheredis portio possit adcrescere, is cui fiscus abstulit eam partem quam habebat. Etsi enim non eo minùs heres manet qui semel fuit, ac proinde heres ex parte, qui fuit institutus ex parte, *l. ex facto* 43. *§. Iulius Longinus. D. de vulg. & pup. substit.* rem tamen non habet, id est, effectu ipso heres non est, ideoque nec partem vllam habere intelligitur. At pupillarem substitutionem ideone fortasse amiserit ? Imo succedet pupillo non tantùm si expressim sub Sempronij nomine fuerit substitutus (qui casus idcirco minorem habet dubitationem, quòd is cui fiscus hereditatem aufert, nihilominùs

Sempronij

Sempronij nomen retinet) ſed etiam ſi facta ſit ſubſtitutio pupillaris, quomodo fieri olim ſolebat his verbis, *Quiſquis mihi heres erit.d. §. Iulius.* vbi quamuis rationem illam Paulus reddat, quòd is qui in fraudem legum fidem accommodat adeundo heres efficiatur, nec deſinat heres eſſe, licet res quæ ita relictæ ſunt ei auferantur, quodque ſatis punitus ſit in eo in quo fecit contra leges. Subiungit tamen, quod mirabilius eſt, idem fore dicendum etiamſi heres eſſe deſineret, quemadmodum, inquit, in eo intelligendum eſt, qui cùm ſcriptus eſſet heres poſtquàm adiiſſet hereditatem in ſeruitutem redactus eſt, ac poſtea libertate donatus. Nam & huic permiſſum eſt ad ſubſtitutionem quamlibet ſiue vulgarem ſiue pupillarem peruenire, quæ fuerat ei teſtamento relicta. Licet enim hereditatem ex inſtitutione amiſit, tamen ex ſubſtitutione iſtam portionem, id eſt, quantum amiſerit, percipere debet. Et quidem inuitus, adeò vt idem ius transmittat ad heredem, faciatque, eum heredem pupillo neceſſarium, ſi fortè inſtitutus ipſe ante pupillum deceſſerit, *dict. leg. qui patri.* Sic enim accipienda
9 † ſunt generalia illa eius legis verba, *cuicumque patris heredi*, vt comprehendant quiſquis aliquando heres fuit, ſiue heres manſerit, ſiue heres eſſe deſierit. Ex quo intelligimus, quæ in eadem lege præcedunt *adcreſcendi iure acquiri* (quod vnum fefellit interpretes, vt circa ius adcreſcendi tam multa abſurda commenti ſint) non tam ſic accipi debere, vt hereditas pupillaris adcreſcat paternę ſicut portio portioni, quàm ita vt inſtitutio facta in teſtamento pupillari adcreſcat inſtitutioni factæ in paterno. Alioqui non magis poſſet ſubſtitutio pupillaris adcreſcere heredi qui portionem amiſiſſet, ſiue ius & nomen heredis retinuiſſet, ſiue etiam amitteret, quàm deficiens portio ex qua pupillus fuerat inſtitutus. Quod cùm ita ſit, apparet tum quoque cùm pupillaris ſubſtitutio vnita eſt cum iure adcreſcendi, non ideo fieri transmiſſibilem, quod vnita ſit, adcóque ſi quando transmiſſibilis ſit talem per ſe eam eſſe, quamuis ius adcreſcendi non modò transmitti non poſſit, ſed nec locum habere. Ergo non propter ius adcreſcendi, ſed propter ſolam voluntatem teſtatoris, cum iuris ratione coniunctam, ne & hereditas & inſtitutio à teſtatore facta diuidatur. Sed illud multo abſurdius eſt, quod iidem noſtri addunt de pupillari ſubſtitutione conuerſa in fideicommiſſariam. Primùm quia non alium caſum agnoſco
20 † in quo fieri poſſit vt pupillaris ſubſtitutio conuertatur in fideicommiſſariam, aliáve directa in precariam, præter eum quem tractat Scæuola in *l. 76. D. ad SC. Trebell.* de cuius ſententia & ratione ſcripſi *lib. 13. Coniecturarum, cap 14.* & alium quem Vlpianus in *leg. quærebatur. 19. D. de teſtament. milit.* Nam quæ illi ſolent in hanc rem congerere de ſubſtitutione compendioſa à pagano facta puberi, verbis, vt vocant, communibus, vel à milite verbis directis, planè commentitia & abſurda ſunt, vt à nobis eodem Coniecturarum libro probatum fuit. Deinde quoties id euenit vt pupillaris ſubſtitutio, quæ directa ab initio & pura fuit conuertatur in fideicommiſſariam, ipſum quoque fideicommiſſum purum eſſe neceſſe eſſet, ſi pupillaris ſubſtitutionis naturam induceret. Et tamen conditionale eſſe conſtat, ideóque nec ad fideicommiſſarij heredem tranſire, ſed ſi plures ſubſtituti fuerant, ad eos ſolos peruenire qui conditionis exiſtentis tempore in humanis reperiuntur, *d. l. Scæuola 76. in fin.* Ratioque differentiæ non obſcura illa eſt, quod cùm pupillaris ſubſtitutio † te-
11 ſtamentum ſit filij, quam præcedere neceſſe eſt, non magis poteſt facere conditionalem ſubſtitutionem, quàm eſſet conditionalis illa inſtitutio à teſtatore facta, *ſi ego deceſſero, Titius heres mihi eſto.* Quid enim refert an ita loquatur pater faciens heredem ſibi an ve-

rò ita *ſi filius meus in pupillari ætate deceſſerit*, cùm facit heredem filio, & filij nomine loquitur? At fideicommiſſum † quod pupillaris ſubſtitutio conuertitur ne- 12
que filij teſtamentum eſt, neque pro eo fideicommiſſo habetur, quod filius ipſe fecerit, ſed pro eo quod pater à legitimo filij herede reliquerit ſub ea conditione ſi filius impubes moreretur, *d. l. Scæuola. l. ſi fundum 92. aliàs l. ſi Titio. §. vlt. cum l. ſeq. de legat. 1.* Idque apparet non ſolùm ex eo, quòd huiuſmodi fideicommiſſum pubertate filij extinguitur, ſicut & pupillaris ſubſtitutio fieret. *leg. quod fideicommiſſum 93. de legat. 1.* ſed ex illo etiam quod ab exheredari herede legitimo tale fideicommiſſum relinqui non poſſet *leg. planè 94. leg. ab exheredati 120. eodem.* quod tamen proculdubio valeret, ſi haberetur pro relicto ab ipſo exheredato ſicut & ipſi exheredato ſubſtitui pupillariter poteſt *leg. 1. §. ſubſtituere. l. ſed ſi plures 10. §. ad ſubſtitutos. de vulg. & pup. ſubſtit.* Igitur fideicommiſſum hoc conditionale eſſe neceſſe, cùm habeat conditionem illam tacitam duplicem ſi & morietur filius, & impubes morietur, quamuis ſecundùm verborum figuram purum videatur, purúmque eſſet ſanè ſi à filio ipſo non à patre relictum eſſe crederetur. Non eſt ergo bona † conſecutio à pupillari ſubſtitutione ad fidei- 13
commiſſum in quod pupillaris ſubſtitutio conuertitur, vt ex ea comparatione debeat ſumi argumentum ad inferendam transmiſſibilitatem fideicommiſſi conditionalis ob id ſolùm quòd ius pupillaris ſubſtitutionis ſit transmiſſibile aliquando, ſiue dicamus tunc eſſe cùm habet vnitum ius adcreſcendi, ſiue quod alio caſu. Poſſe enim eſſe transmiſſibile ius acquirendæ hereditatis pupillaris, tum quoque cùm de adcreſcendi iure tractari non poteſt, præter ea quæ iam diximus colligi etiam poteſt ex eo, quòd ſi is qui à patre inſtitutus fuit, eique heres extitit, idem ſit proximus impuberis agnatus, non minùs impuberi neceſſariò heres eſſe cogitur, quàm ſi fuiſſet ei pupillariter ſubſtitutus. Hæc namque videtur mihi eſſe † ſententia Iuliani in 14
d. l. planè, vbi diſertè ſcribit ſi pater filium impuberem exheredauerit, & ab eius legitimo herede fideicommiſſum reliquerit, ita demum deberi fideicommiſſum ab eo herede legitimo, ſi & patri heres idem fuerit Quo enim iure fideicommiſſum præſtare cogi poſſet, quod ab eo non niſi tanquam à legitimo herede relictum fuit, ſi non etiam heres eſſe cogeretur? Aut cur melioris. quàm ſi expreſſim ſubſtitutus eſſet, conditionis erit in hoc, vt pupillo heres neceſſariò eſſe cogatur? Si quidem nec alio colore hic fideicommiſſa debet quàm quòd inſtitutus tacitè videatur *lege conficiuntur 8. & leg. 3. D. de iure codicillorum*, & eo ipſo iure, quo ſi ſcriptus fuiſſet, vt loquitur Paulus *d. l. ab exheredati 126. de legat. 1.* Neque tamen inutile fuerit caſum hunc addidiſſe ad *dict. leg. qui patri*, quem neſcio an alius adhuc obſeruauerit vt tantò certiùs appareat pupilli heredit. acquiri heredi patris, & accreſcere longè alio ſenſu aliaque ratione, quàm cùm tractamus de iure adcreſcendi vnito cum iure fideicommiſſi conditionalis. Semper enim illo † caſu 15
ponendum eſt plures fuiſſe perſonas heredum, & quod eſt conſequens, plures ipſorum portiones, quarum altera alteri in coheredis fauorem poſſit adcreſcere, itemque vnam & eandem fuiſſe cauſam ſuccedendi in vtraque portione aut ex teſtamento, aut ab inteſtato. Nam vt ſit ius adcreſcendi inter eos quorum vnus ſuccedat ex teſtamento, alius ab inteſtato, vt contingere in militis hereditate facilè poteſt, inauditum eſt, *leg. prima Cod. de teſtamentis militaribus.* In eo autem caſu quem nunc tractamus de pupilli hereditate adcreſcente legitimo pupilli heredi qui idem fuerit à patre heres inſtitutus, neutrum hoc contingit: quia nec plures heredum perſonæ ſunt, ſed vna, nec idem ius ſuccedendi filio

& patri, cùm idem ille vtriuſque heres ſuccedat patri ex teſtamento, filio verò ab inteſtato, vt nec illud videatur eſſe hoc caſu verum quod ſupra diximus, inſtitutionem factam in pupillari hereditate alteri inſtitutioni adcreſcere, niſi quod ſicut tacitam inſtitutionem hîc pro expreſſa habemus, ita eam expreſſæ inſtitutioni adcreſcere admittimus, idque non ab inteſtato, ſed teſtamenti iure. Illa tam differentia eſt inter eum caſum quo heres à patre inſtitutus idem pupillo fuerit ſubſtitutus, & hunc, quo ſit ille legitimus heres pupillo, quod priore caſu non tantùm ſit heres neceſſariò ipſe pupillo, adeoque citra nouam illam aditionem, ſed etiam cùm præmoritur tranſmittit pupillarem ſubſtitutionem ad heredem. Qui verò non niſi legitimi heredis iure poteſt ſuccedere pupillo, ſi præmoriatur, nihil ex pupillari hereditate ad heredem ſuum tranſmittit, quia nec legitimus heres pupilli vnquam fuiſſe videri poteſt is qui ante pupillum deceſſit, fecit que moriens locum agnato ſequentis gradus, vt moriente pupillo poſſet repetiti proximus agnatus, ac proinde legitimus pupilli heres ille, qui alioquin non fuiſſet.

ERROR VII.

De concilitione l. ſi filius 12. de vulg. & pupill. ſubſtit. cum l. qui patri 59. de acquir. vel omit. hered.

SVMMARIA.

1 *Antinomia obſeruata inter l. ſi filius 12. D. de vulga. & pupill. ſubſtitut. & l. qui patri 59. D. de acquir. hered.*
2 *Diſtinctione heredis in ſuum & extraneum dictas leges non rectè conciliari.*
3 *Vera diſtinctio qua iniri debet conciliatio.*
4 *Bartoli conciliatio dd. ll. refertur & refellitur, ac ſenſus quem affingit Bartolus* leg. qui patri *explo-ditur.*
5 *Inſtituto pupillo ex parte, eique ſubſtituto ipſius coherede portio pupilli præmortui etiam ad ſubſtitutum pervenit non iure adcreſcendi, ſed ex ſubſtitutione pupillari.*
6 *Subſtitutio pupillaris tranſmittitur ad heredem ſubſtituti qui iam heres extitit ex inſtitutione, ne inducatur diuiſio voluntatis.*
7 *Sententia Accurſij & Bartoli de tranſmiſſione ſubſtitutionis pupillaris ad heredem ſubſtituti refellitur.*
8 *Subſtitutio pupillaris nunquam tranſmittitur ad heredem niſi ex neceſſitate.*
9 *Omnes obligationes quæ ex contractu vel quaſi contractu naſcuntur ad heredem tranſire, vbi Bartoli error exploditur. & nu. 11.*
10 *Priuilegia perſonalia non tranſmittuntur.*
11 *Aditio ſeu immixtio non requiritur in perſona ſui heredis, vt fiat heres ex teſtamento.*

1 AT ſupradictæ Neratij ſententiæ † & iis omnibus quæ diximus hucuſque ex *dicta lege qui patri*, valdè contrarium illud eſſe videtur quod Papinianus reſpondit in *leg. ſi filius duodecima. D. de vulgari & pupillari ſubſtitutione.* Si filius, qui patri ac poſteà fratri ex ſecundis tabulis heres extitit hereditatem patris recuſet, fraternam autem retinere malit, audiri eum debere. Iuſtiùs enim prætorem facturum ſi fratri ſeparationem bonorum patris conceſſerit, cùm ei propoſitum ſit & eſſe debeat liberos ab oneribus hereditariis non ſponte ſuſceptis liberare, nonnuitos ab hereditate remouere. Neque verò † conſiliationis ineundæ rationem ſumere quis poſſit ex eo quod Papinianus loquitur de ſuo herede, vt ex verbis ipſis liquidò apparet. Quaſi Neratius ideo ſit intelligendus de extraneo, qui apud prætorem minùs fauorabilis eſſe ſolet. Illa enim prima Neratij verba, *qui patri heres extitit*, non ſolùm ſuo quoque heredi conueniunt perinde ac extraneo, ſed etiam magis proprià quàm extraneo. Suorum enim heredum eſt exiſtere & apparere, extraneorum verò fieri, quoniam indigent extranei aditione, qua non egent ſui *leg. in ſuis vndecima. de liberis & poſthumis. leg. in ſuis decimaquarta. D. de ſuis & legitimis.* Sed & quod ſequitur apud Neratium *cuicumque patri heredi*, annon apertè diſtinctionem hanc ſui, & extranei heredis excludit? Dicendum igitur eſt multum intereſſe, an qui † patri heres extitit, idémque impuberi ſubſtitutus 5
fuit, pupilli hereditatem retinere velit aut acquirere, paternam verò recuſare vt apud Papinianum, an contrà recuſare pupillarem, & paternam retinere, vt apud Neratium. Hoc enim poſterius ne quidem filio permitteretur, non magis quàm extraneo, quia nec Papiniani ratio hoc caſu locum haberet, quæ illa eſt quòd liberandus ſit filius ab oneribus non ſponte ſuſceptis. Siquidem ſponte ſuſcipit onera non tantùm paternæ, ſed etiam pupillaris hereditatis ille qui paternam hereditatem, à qua poſſet abſtinere, ſi vellet, mauult retinere. Cùm ſciat, aut ſcire debeat pupillarem hereditatem tanquam acceſſoriam eſſe, ac veluti ſequelam quandam & onus paternæ hereditatis, ſicut & pupillare teſtamentum ſequela eſt paterni teſtamenti, *leg. penultima. D. teſtamenta quemadmodum aperiant.* idcóque quemadmodum is qui patri neceſſarius eſt, ſi filio impuberi ſubſtitutus ſit, idem neceſſarius filio heres eſt, *lege 2. leg ſed ſi plures 10. §. quos poſſum. de vulgari & pupillari ſubſtitutione.* ita ſi ad neceſſitatem iuris adiiciat ſuam voluntatem immiſcendo ſe hereditati paternæ à qua potuerat abſtinere, ſicut ſit, quodammodo voluntarius heres patris, ita & ex voluntate ſua, ſpontéque videtur ſubire onera pupillaris hereditatis, proindeque dignus non eſt cui ſuccurratur Priore verò caſu, cùm inſtitutus idémque ſubſtitutus patris hereditatem recuſat, pupillarem verò retinere mauult, diſtinguendum eſt an ſuus heres ſit, an extraneus, &, ſi extraneus, an ſolus, an cùm coherede. Si ſuus heres ſit & neceſſarius, cùm citra aditionem heres ſit, non alia eget aditione vt fiat heres ad confirmandas tabulas pupillares, nec vt fratri ſuo ſit heres ex pupillari ſubſtitutione, cui etiam neceſſarius heres eſt citra immixtionem, *leg. ſi filius 41. D. de acquir. hered.* Ideóque permittere illi prætor debet, vt recuſata hereditate paterna fraternam tamen, ſi malit, retineat, non eum inuitum ab hereditate fraterna remouere, hoc prætextu, quòd paternam retinere nolit, cum non, quemadmodum pupillaris ſubſtitutio ſequela eſt paterni teſtamenti, & ſimiliter pupillaris hereditas ſequela ac veluti onus quoddam paternæ hereditatis: ita vice verſa paterna hereditas poſſit dici ſequela aut onus pupillaris hereditatis, non magis quàm paternum teſtamentum pars & ſequela pupillaris, *leg. ex pupillari 44. de vulgari & pupillari ſubſtitutione.* præſertim verò quòd hic filius remotis quoque ſecundis tabulis hereditatem fratris ab inteſtato habiturus eſſet, vt Papinianus ratiocinatur. At ſi extraneus ſit qui ſcriptus fuit, ſiquidem non habet coheredem, non aliter heres pupillo eſſe poteſt ex ſubſtitutione, quàm ſi patris hereditatem ſibi ex teſtamento acquirat, ne alioqui neceſſe ſit deſtituto patris teſtamento corruere etiam pupillare, *lege 2. & §. 1. dicta lege ſed ſi plures 10. §. ſi ex aſſe. eodem.* Nam etſi filius inſtitutus eſſet, & extraneus tantùm ſubſtitutus, non poſſet tamen ſola ſui heredis exiſtentia confirmare tabulas pupillares, filióque abſtinente non permitteretur ſubſtituto adire ex ſubſtitutione

tione niſi priùs acquiſita in neceſſarium antecedens patris hereditate, *leg. paterfamilias* 28. *de rebus, auctoritate iudicis poſſidendis*, de cuius ſententia & emendatione ſcripſimus libro ſecundo. Coniecturarum capite ſecundo, ſiue poneres ſubſtituturum fuiſſe ſimpliciter ſub illa conditione, *ſi filius ante pubertatem decederet*, vt in *dicta lege paterfamilias*, id eſt, non præcedentibus illis verbis quæ præcedere ſolent, *ſi heres non erit*, *vel ſi heres erit*, ſi poneres addita ea verba, quorum vtique vis illa & poteſtas eſſe creditur, vt ex neceſſario herede faciant voluntarium, *dicta lege verba hæc* 12 *D. de conditione inſtitut.* Nemo enim dixerit ſola tui heredis, qui voluntarius ſit, exiſtentia confirmari tabulas pupillares, *lege quæſitum* 40. *leg. Iulianus* 42. *alias leg. ſi pupillus*, *de acquirenda hereditate*. Si verò extraneus hic non ſolùm ſubſtitutus, ſed etiam inſtitutus habuit coheredem, & quidem a quo fuerit adita hereditas patris, cùm hoc ipſo perinde ſint confirmatæ tabulæ pupillares, atque ſi is qui adiit, fuiſſet ex toto alle inſtitutus, cui ſcilicet deficiens portio adcreſcit etiam inuito, pupilli vtilitas exigit ſanè vt qui ei ſubſtitutus eſt, pupillarem hereditatem conſequi poſſit omiſſa paterna, ne aliter poſito iure eueniat, vt metu onerum patris timidiùs quis adeat hereditatem impuberis, cuius tamen intereſt teſtamentariam potiùs quàm legitimum heredem habere, *dicta lege quæſitum*, *dicta lege Iulianus*, *leg. ita tamen* 27. §. *qui ſuſpectam*, & §. *a patre*, *verſ. quod ſi duo. D. ad Senatuſconſultum Trebellianum*. Et ita quæſtio hæc tota forte perobſcura, meo iudicio, explicanda eſt, non quomodo noſtri vulgò explicant † poſt Bartolum ad *dictam legem qui patre*, vbi vult ille coniuncto iure adcreſcendi cum ſubſtitutione pupillari, non tantùm ſubſtitutionis pupillaris naturam immutari, vt ex perſonali & non tranſmiſſibili fiat realis & tranſmiſſibili fiat realis & tranſmiſſibilis exemplo iuris adcreſcendi, ſed etiam ius adcreſcendi alterius naturæ & conditionis fieri, quàm cuius eſſe ſolet illud quod idem Bartolus ſimplex vocat, id eſt, quod cum pupillari ſubſtitutione coniunctum non ſit. Vt nimirum & locum habeat inter eos, qui eo diuerſo iure ſuccedunt, & poſt agnitam quoque hereditatem tranſmittatur. Sic enim eludit Bartol. obiectiones omnes quibus opinionem ſuam impugnari poſſe videt, ſiue ex pupillaris ſubſtitutionis, ſiue ex iuris adcreſcendi natura deſumantur, vt procedant in pupillari ſubſtitutione ſimplici, & in adcreſcendi iure ſimplici, non autem eo caſu quo ius adcreſcendi vnitum ſit cum pupillari ſubſtitutione. Ideoque Neratij ſententiam reſtringit ad illam ſpeciem, in qua filius impubes cui pupillaris ſubſtitutus datus fuit, coheres datus fuerit ſuo ſubſtituto, vt poſſit tractari de iure adcreſcendi tranſmittendo à coherede ante impuberem defuncto, etiam poſt agnitam ab impubere patris hereditatem, ad finem & effectum tranſmittendæ quoque pupillaris ſubſtitutionis. Hoc etiam addito, quod & repetit in *lege toties* 8. *eodem titulo*. vt patris hereditatem ab impubere agnitam eſſe neceſſe ſit, iunctamque patris hereditatem cum hereditate filij, ad hoc vt per auxilium iuris adcreſcendi ſubſtitutio pupillaris tranſmitti poſſit ad heredem ſubſtituti. Cùm tamen verba Neratij præ ſe ferant, eam potiùs ſpeciem tractari, in qua pupillus fuerit exheredatus & extraneus inſtitutus, idémque pupillo ſubſtitutus: quo caſu licèt ius adcreſcendi tale non ſit, quod inter perſonas aliquas locum habere poſſit, vnico herede inſtituto, tale tamen eſt, vt inter diuerſas hereditates locum poſſit habere, adcreſcente videlicet pupillari hereditate paternæ, ſecundùm ea quæ ſuprà diximus. Quamquam nec illud nego, Inſtituto † quoque pupillo ex parte, eique ſubſtituto ipſius coherede, portionem pupilli præmortui quantumlibet agnitam ad ſubſtitutum peruenire, vt diſertè ſcriptum eſt in *l. quidam elogio* 20. *Cod. de iur. delib.* at non iure adcreſcendi, quod vult Bartolus, ſed ex ſubſtitutione pupillari: tanquam quæ iuncta eſſe cœperit cum patrimonio impuberis, & ex hereditaria facta ſit hereditas pupilli. Quid enim neceſſe eſt iura omnia violare vt ſubſtitutus habeat tanquam coheres & iure adcreſcendi portionem pupilli, quam iure ordinario poteſt habere tanquam ſubſtitutus? Violantur ſiquidem iuris regulæ cum inducitur ius adcreſcendi ex diuerſo iure, cùm item in ea portione quæ fuit agnita, cùm denique ius adcreſcendi in hereditate patris trahitur ad bona quoque impuberis. Nec ſanè quicquam verius à Bartolo vnquam dictum putarem, quàm quod ille ait, nouam eſſe legem illam Neratij, & ſingularem, nec habere parem, nec concordantem, ſi eius interpretatio admittenda eſſet. Verùm ſicut errat Bartolus in eo quòd hanc tam nouam interpretationem amplectitur, ita & in hoc, quòd ait Neratij ſententiæ nullam aliam legem conuenire. Nam imò verò conuenit ad primè conſtitutio Iuſtiniani in *d. l. quidam elogio*, niſi quod in eius legis ſpecie pupillus fuerat cum ſubſtituto ſuo inſtitutus, quod apud Neratium fingere non eſt neceſſe. Suauior verò Baldus eſt, qui mirabile vocans quod falſum dicere, addit non facile hoc creditutos vllos niſi legiſtas bene fundatos in iure. Nam hic paſſus, inquit, eſt de apicibus iuris. Diciſſet veriùs, eſſe ſupra apices iuris, nec ab iis capi poſſe, qui in iuris noſtri principus nonniſi bene tint verſati. At nihil ſit contra vulgares regulas, cùm ſubſtitutio † pupillaris 6
tranſmittitur ad heredem ſubſtituti, qui iam heres extitit ex inſtitutione, quia licèt ſui natura non ſit tranſmiſſibilis, hoc tamen caſu talem eam eſſe neceſſe eſt ne inducatur diuiſio voluntaris. Neque aut lex, aut ratio vlla eſt, quæ hinc Neratij ſententiæ refragetur. Illud verò multo minùs ferendum eſt quod vult Accurſius, & 7
Bartolus probat, non † aliter pupilli portionem & hereditatem tranſmitti ad heredem ſubſtituti præmortui, quàm ſi alij nulli ſint qui ſubſtitutionis iure admitti poſſint, ſiue quod nulli vnquam fuerint, ſiue quòd iam excluſi reperiantur, ratione, inquit, illa quòd potior ſit cauſa ſubſtitutionis, quam iuris adcreſcendi *l. 2. §. ſi duo D. de bonorum poſſeſſ. ſecund. tabul.* Nam imò vero ſi alia ratio nulla vrgeret, etiamſi poneres pupillo ſubſtitutos plures datos, inter quos, Titium à patre quoque ſiue ſolum ſiue cum pupillo inſtitutum: Titium verò adita patris hereditate deceſſiſſe ante impuberem, qui poſteà in pupillari ætate deceſſerit ſuperſtitibus cæteris ſubſtitutis: non dubitarem, quin cum cæteris illis ſubſtitutis perinde admitti deberet heres Titij etiam inuitus, quod magis eſt, atque in ſolidum admitteretur ſi alij nulli eſſent, nec ſubſtituti, nec coniuncti, cùm, vt diximus, admittatur iure pupillaris ſubſtitutionis adcreſcentis paternæ ſiue inſtitutioni ſiue exheredati. Eadémque Neratij ratio locum habet vtroque caſu, quòd ſi agnitio hereditatis paternæ obligat inſtitutum, eundémque pupillo ſubſtitutum, ne pupillarem ſubſtitutionem quandocumque ſibi delatam repudiare poſſit, eadem obligatio neceſſe eſt vt tranſeat in quemlibet ipſius heredem, ne alioqui habeat heres plus minúſve iuris, quàm defunctus, ſi viueret, fuerat habiturus. Sed tamen fateor quod vult Accurſius, ſi plures fuerint pupillo ſubſtituti, qui etiam à patre fuerant inſtituti, & quidam ex illis poſtea quàm heredes patri extiterunt mortem obierint viuo adhuc pupillo, ſolos illos qui moriente poſteà impubere ſuperſtites reperiuntur, heredes ei eſſe pro rata partium quas habent ex inſtitutione, nec quicquam valere ſubſtitutionem ex perſona defunctorum. Ita enim ſcriptum eſt in *l. ſed ſi plures* 10. *in principio de vulgari & pupillari ſubſtitutione*. Verùm hoc longè alia ratione quàm quæ placet Bartolo. Illa nimirum, quod pupillaris † ſubſtitutio nunquam tranſmittatur ad heredem, 3
niſi ex neceſſitate, id eſt, eo tantùm caſu quo alioqui

futurum esset vt eiusdem testatoris voluntas per heredem diuideretur: quod contingeret si ex eodem testamento in quo pater & sibi & filio heredem fecisset, esset pater testatus pro parte, id est, pro sua hereditate: pro parte verò, id est, pro filij hereditate, intestatus. Cùm enim vnus tantum sit testator, videlicet pater cuius circa vtramque hereditatem solius iudicium est, indéque fiat, vt patris & filij non nisi vnicum testamentum existimetur, non minùs absurdum est mori patrem testatum pro vna hereditate, pro alia verò intestatum, quàm si vna tantùm esset hereditas: maximè verò si absurdum hoc emergat ex facto solo & voluntate instituti eiusdemque substituti diuidentis iudicium testatoris. Nam & eadem ratio inducit ius adcrescendi inter coheredes testamentarios, licèt non habeat illa locum defuncto patrefamilias intestato, vt in prima Chiliadis parte contra interpretes à nobis disputatum est. Porrò nulla subest necessitas faciendi vt pupillaris substitutio velut adcrescendi iure transmittatur in heredem substituti præmortui, quamuis heres ille extiterit patri, cùm alij supersint substituti qui pupillo heredes voluntarij esse possunt: multo magis si sint illi necessarij, vt in specie *dictæ legis si plures*, id est, cùm qui substituti sunt, iidem fuerunt instituti, patrique heredes exiterunt. Sunt enim isti pupillo heredes, non quidem necessarij, sed necessariò, nisi quidam ex iis vltro malint soli heredes esse, deferantque substitutis conditionem vt hereditatem pupilli repudiare possint si velint, *dicta lege qui patri*. Sufficit enim vt heredem aliquem habeat pupillus ex eodem testamento, ex quo habet iam pater, ne qua ex parte testamentum illud, quod vnicum & consequenter indiuiduum est, destituatur. Nam neque inter coheredes testamentarios inuitos ius adcrescendi in vna eademque hereditate locum haberet, si ex coheredibus quidam essent qui deficientes portiones sibi totas acquiri vellent, aliis ius idem adcrescendi repudiantibus: acquirerentur enim volentibus in totum, quæ non possent acquiri inuitis nisi pro parte cuiusque hereditaria. Itaque cùm heres à patre institutus, idemque pupillo substitutus hereditatem patris adit, se quidem obligat: heredémque suum ne pupillarem hereditatem possit recusare, sed ideò sibi ius acquiri vt possit etiam volens transmittere ad heredem ius pupillaris substitutionis, si alium heredem ex eodem testamento habere pupillus possit. Ius enim hoc pupilli & testatoris gratia comparatum est, & ad euitandum absurdum, non vt substituto præmorienti faueatur. Quod autem contra Accursium idem Bartolus ponit agnitam fuisse à pupillo hereditatem patris, iunctamque cum hereditate pupilli, neque aliter Neratij sententiam obtinere posse, mihi non modò commentitium videtur, cùm lex neque dicat institutum à patre pupillum, neque agnitam ab eo patris hereditatem, sed etiam falsum quia legis ratio perinde locum habet in pupillo abstinente aut exheredato atque in instituto se immiscente. Nempe quod institutus heres à patre, quisquis ille sit, siue extraneus, hoc ipso quòd patris hereditatem agnoscit, se obligat ne pupillarem heredit. quandocumque sibi deferendam repudiare vnquam possit quasi ea conditione adire videatur vt & in specie *legis si duo.* 38. *D. de acquirenda hereditate*, quæ obligatio cum ex facto ipsius nascatur & ex quasi contractu transit proculdubio
9 ad heredem vt cæteræ † obligationes omnes quæ ex contractu, vel ex quasi contractu nascuntur, *l.* 3. §. *vlt. D. quibus ex causis in possessionem eatur. leg.* 5. §. *heres quoque. D. de obligatione & actione iunct. leg.* 2. *& toto titulo Codice de hereditar. actionibus.* Neque verò hoc Bartolus ignorauit qui obiectionem hanc sibi finxit, sed respondet obligationem hanc esse personalem, ideóque non transmitti ad heredem nisi vnita sit cum iure adcrescendi, quasi verò personales quoque obligationes in heredem non transmittantur. Nisi fortè intellexit ille hanc obligationem esse adeò merè personalem vt ad heredem transmitti non possit, quomodo solemus dicere de priuilegiis † personalibus, ea non 10
transmitti ad heredem *lege quia tale* 14. *D. solut. matrimon. lege ex pluribus.* 42. *D. de administratione tutorum.* Sed multum refert an de priuilegiis, an de obligationibus loquamur. Nec enim memini vllo me iuris loco legere tales esse vllas obligationes, præsertim verò ex iis quæ ex contractu, vel quasi contractu proficiscuntur, quæ extinguantur cum persona, nec ad heredem transire possint. Scio & obligationes & actiones quasdam esse quæ incipiunt ab herede, & contra heredem, de quibus in *titulo Codic. vt actiones ab hered. & contr. hered. incip. lege hereditarium* 7. *D. de rebus auctoritate iudicis possidend. lege hereditarium* 40. *de obligationibus & actionibus.* Itemque pleniorem interdum actionem competere heredi vel aduersus heredem quàm competierit defuncto, aut contra defunctum, vt in *leg. si per imprudentiam* 51. §. *non mirum. C. de exactionibus.* Sed vt obligatio ex contractu † vel quasi con- 11.
tractu profecta finiatur cum persona, nec transeat contra heredem, inauditum sanè est, solúsque Bartoli subtilitati accepto ferendum. Quem illud sanè fefellit, quòd non aliter sibi visus est posse iis satisfacere quæ videbat posse obiici aduersus commentum illud de iure adcrescendi, quia, inquit, si pupillus non adiuisset paternam hereditatem, ius adcrescendi non esset vnicum cum pupillari substitutione, imò diuersa respicerent, quia ius adcrescendi hereditatem paternam respicit, ius verò substitutionis hereditatem pupillarem. In eo semper errans, quod putat Neratium tractare de iure adcrescendi in hereditate patris, cùm è contrario loquatur de pupillari hereditate adcrescente paternæ: item per consequentiam, in eo quod existimat hoc ius adcrescendi vniri cum substitutione pupillari per agnationem hereditatis paternæ, cùm fiat illa vnio sola potestate iudicij testatoris quod indiuiduum est: nihil autem referat quod ad illam, vt ita dicam, indiuiduitatem iudicij & voluntatis, an pupillus institutus fuerit, an exheredatus, & an, cùm institutus fuit, paternam hereditatem agnouerit per immixtionem, an verò ab ea se abstinuerit, Dico *per immixtionem*, non quomodo loquitur Bart. *per additionem.* Nec enim sui heredes dicuntur adire, sed se immiscere, & heredes existere, non fieri cùm statim & ipso iure sint heredes, *l. in suis* 14. *D. de suis & legit. l.* 1. §. *qui sunt in potestate. D. si quis omiss. caus. testam. l. necessarius* 57. *D. de acquir. hered. l. etsi ex modica* 6. §. *si filius. D. de bon. libert.* Vsque adeò autem nec aditio † nec immixtio requiritur in perso- 12
na sui heredis instituti, ad faciendum eum heredem ex testamento, vt quamuis se ab hereditate patris abstinuerit ex edicto prætoris, non eo minùs tamen ex testamento heres esse, & manere, ob idque patris & filij hereditas iuncta esse intelligatur, *l. cùm quasi* 30. §. *sed etsi sunus D. de fideic. libert.* quia verum est aliquando heredem eum ex testamento fuisse, *d.* §. *qui sunt in potestate*, illum verò qui semel heres fuerit semper heredem manere, *l. ei qui soluendo* 88. *de hered. inst. præterquam in casu l. circa* 24. *D. de inoff. testam. l. ex facto* 43. §. *vlt. de vulg. & pupill. substit.* Id nimirum faciente existentia sui heredis, de qua etiam dicendum nobis aliquid est, contra receptissimos eiusdem Bartoli & sequacium errores, qui tractatus & vtilissimus est, & omnino necessarius ad elegantem illam Papiniani sententiam assequendam, quæ extat in *d. l. si filius* 12. *D. de vulg. & pupill. substit.* Si ergo ponamus cum Accursio & Bartolo in specie *d. l. qui patri*, pupillum à patre institutum fuisse, hoc vnum sufficere debet ad hoc vt patris & filij hereditas iungatur, nec quicquam causæ est cur paternæ hereditatis aditionem à pupillo fieri debuisse dicamus, si nihil aliud agimus, nisi vt hereditatem

ditatem vtramque iungamus. Fuitque certè hic craſſiſſimus error Bartoli, etiamſi cætera omnia quæ ille ſcripſit tam male ad *dicta leg. qui patri*, pro veris haberemus.

ERROR VIII.

De ſui heredis exiſtentia ex ratione iuris ciuilis, ſiue is ſubſtitutum habeat, ſiue coheredem.

SVMMARIA.

1 *Traditio Bartoli de exiſtentia ſui heredis.*
2 *An ſi ſuus* heres inſtitutus *ſit ſub ea conditione Si voluerit, exiſtentia ſui heredis nihil operetur.*
3 *Data à patre filiofam. facultate abſtinendi ſuus heres hic eſſe non deſinit.*
4 *Suus heres cur non dicatur repudiare, ſed abſtinere.*
5 *Heres extraneus licet impleuerit conditionem qua inſtitutus fuerat, non tamen ſit heres ſine additione, ſecus in herede ſuo.*
6 *A filiofam. vel ſeruo impleta conditio non facit hoc ipſo heredem patrem vel dominum.*
7 *Suus heres etiam pupillus abſtinendi beneficium amittit parcendo conditioni, & quæ ſit eius iuris ratio: idémque in neceſſariis obtinere.*
8 *Error Bartoli ſcribentis ſuum* heredem inſtitutum *ſub conditione, ſi decem dederit, non idcirco fieri ex neceſſario voluntarium.*
9 *Alius Bartoli error de exiſtentia ſui heredis nihil operante, quoties pater dedit coheredem ſuo heredi extraneum refellitur.*
10 *Interpretatio l. 3. C. de iure delib. à Bart. allata reiicitur.*
11 *Dato ſuum heredem cui vulgaris ſubſtitutus adiunctus eſt ex neceſſario fieri voluntarium non ſequitur idem dicendum dato ei extraneo coherede.*
12 *Diſputatio de ſententia l. apud Iulianum 11. §. idem Iulianus. D. ad SC. Trebell. & n. 14.*
13 *Explicatio l. paterfam. 28. D. de reb. authent. Iud. poſſid.*
15 *Vnde oriantur difficultates quæ occurrunt in interpretandis Iuriſconſultorum reſponſis.*

ETſi aliis pleriſque & Coniecturatum & Decadum noſtratum locis multa tam attigimus quæ ad hunc de ſui heredis exiſtentia tractatum pertinent, digna tamen res eſt, de qua hic ſeparatim tractemus. Receptiſſima
1 eſt traditio † Bartoli ad *l. ſi filius 12. num. 5. & 6. D. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* diſtinguentis more ſuo & ſubdiſtinguentis, ac primum ius ciuile à prætorio ſeparantis. Iure ciuili, inquit, ſi filius in poteſtate habeat vulgatem ſubſtitutum ſibi expreſſim datum, exiſtentia ſui heredis nihil operatur, *l. ſi filius heres 16. de liber. & poſthum.* qui ei ſubſtituendo videtur hanc dare facultatem, vt non cogatur eſſe heres ex inſtitutione, ſiue alium ei, ſiue eum ipſum ſibi ſubſtituerit, *l. 1. §. ſi proponatur. D. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam.* Et in hoc ego aliàs ſenſi cum Bartolo, ſed malè, vt ex iis apparebit quæ dicemus in Error. 6. Decad. ſeq. Sanè cum Bartolo ſen-
2 tio in eo quod addit, idem † eſſe ſi ſuus heres inſtitutus ſit ſub ea conditione, *ſi voluerit.* Conditio enim illa fecit ex neceſſariis voluntarios, *l. verba hæc 12. D. de condic. inſtit.* quia ius neceſſariorum heredum, cùm non propter heredes ipſos introductum ſit, ſed propter teſtatores ipſos vt eorum famæ conſuleretur, ex teſtatorum quoque arbitrio pendere debet, non vt ex voluntariis poſſint facere neceſſarios, ſed contrà vt ex neceſſariis voluntarios. Sed tamen vereor ne non ſatis bene loquantur noſtri, cùm dicunt poſt Bartolum ſui heredis exiſtentiam hoc caſu nihil operari. Aliud enim eſt, ſuum heredem eſſe filium, aliud verò eſſe neceſſarium: neque quòd filiusf. miliàs ſit heres patris ipſo iure, & inuitus quoque, non ex eo ſit, quòd ille ſit ſuus, ſed quòd neceſſarius. Nam & idem euenit in ſeruis proprijs olim cum libertate, hodie etiam ſine libertate inſtitutis, vt quamuis ſui heredes non ſunt, tamen & inuiti & ipſo iure ſint heredes, quia ſunt neceſſarij. Et è contrario quod filiusfamilias † non ſit ne- 3
ceſſarius iis caſibus quibus pater ei dedit abſtinendi facultatem, non facit quominus iiſdem ipſis caſibus remaneat ſuus heres, ita vt ſi declaret nolle ſe abſtinere, nulla egeat additione vt heres fiat, quaſi qui non tam in patris hereditate quàm in libertore proprij patrimonij adminiſtratione ſuccedere videatur, *l. in ſuis 11. D. de liber. & poſthum.* qui tamen additione preculdubio indigeret, ſi ſuus heres non eſſet: vnde & verſa vice, ſi heres eſſe nolit, non repudiare dicitur, † quomodo ex- 4
traneus quilibet, ſed abſtinere, quod proprium verbum eſt eorum qui à rebus ſuis & iam quæſitis ſibi temperant, non eorum qui ab alienis, *l. cum hereditate 55. l. penult. & vltim. D. de acquir. hered. l. 1. §. ſi nemo. D. ad SC. Tertyll. l. iam dubitari 86. §. non aperte. D. de heredit. inſtitut.* ex quo loco etiam apparet quantum interſit inter ſuum heredem, quem pater ex neceſſario voluntarium fecerit, & heredem extraneum ſub qualibet alia conditione, quàm ſub hac, ſi heres eſſe voluerit (in hac enim non differunt) inſtitutum. Extraneus nam-
que inſtitutus † ſub ea conditione, ſi decem Titio de- 5
derit, vel, ſi Capitolium aſcenderit, quamuis paruerit conditioni quæ fuit poſita in ipſius voluntate ac poteſtate, non idcò tamen heres ſit, niſi poſt impletam conditionem, id etiam faciat per quod hereditas acquiri ſolet, id eſt, niſi hereditatem adeat, vel pro herede gerat, quia conditionis implementum nihil aliud facit niſi vt hereditas pro eo habeatur, ac ſi purè data fuiſſet, *l. ei qui 15. D. de condit. inſtit.* hereditas autem extraneo relicta purè, non idcirco prius acquiritur, quàm ſe heredem eſſe velle declarauerit, *l. nec emere 16. C. de iur. delib. l. 4. D. ad SC. Trebell.* At ſi ponas ſuum heredem ſub vna ex ſupradictis conditionibus inſtitutum, aut ſub qua alia quæ ſit in ipſius poteſtate (aliter enim ſub conditione inſtitui non poſſet, quin ſub contraria exheredaretur, *dicta l. iam dubitari in princ. & l. 4. in princip. D. eod. tit. inſtitut.*) conditioni vtrò paruiſſe, nullo alio ipſius facto opus eſt, vt patri ſuo heres ſit, & quidem neceſſarius, non tam vi conditionis expletæ quàm iure poteſtatis vt ſubtiliter ratiocinatur Paulus in *l. 5. D. de condic. & demonſtr.* & Pomponius *in l. ſi pupillus 26. de condic. inſtit.* quibus locis hanc ob cauſam reſpondent pupillum à patre ſuo ſub tali conditione ſcriptum poſſe conditioni parere ſine tutoris autoritate, quod vtique falſum eſſet, ſi per ſolum conditionis implementum heres fieret, quia certum eſt non poſſe pupillum acquirere ſibi hereditatem, vt nec aliter obligari ſine tutore, *l. more 8 & ſeq. de acquir. hered.* Quemadmodum nec ſeruus alienus ſub ſimili conditione inſtitutus conditionem implere poſſet ſine iuſſu domini, ſi conditionem implendo acquireret hoc ipſo hereditatem domino, quippe quem ignorantem obligare non poſſet hereditati, inuitum multo minùs, cùm domini iuſſum idcirco præcedere oporteat, *l. qui in aliena 6. in princip. eod. tit.* Atqui permiſſum ei eſt, vt etiam ignorante domino conditionem implere poſſit, nempe filiusfamilias iniuſſu patris, *d. l. 5. in fin. de condic. & demonſtr. l. ſub conditione 25. D. de condic. inſtitut.* ſi modò tollas negationem, quæ & in Pandectis Florent. bene circumſcripta eſt tanquam irrepraria, vt docuit Cuiac. lib. 2. Obſer. cap. 16. nempe quia quod à filiofamilias, † vel ſeruo impleta conditio eſt non facit hoc ipſo he- 6
redem patrem vel dominum, ſed tantùm vt quaſi purè

dam

data hereditate in patris vel domini poteſtate ſit iubere filio vel ſeruo vt adeat, in quo patris & domini commodum tantùm, non etiam incommodum verſatur. Et
7 tamen ſuus heres qui paruit † conditioni poteſtatiuæ & promiſcuæ, vt loquitur Paulus in *l. ſi iam facta* 11. §. 1. *de condic. & demonſtr.* vſque adeò reperitur hoc ipſo heres patris vt nec abſtinendi beneficium poſtea implorare vnquam poſſit, *d. l. iam dubitari in fin.* quod ego ſic intelligo, nec ſi pupillus proponatur, ſi modò tutore autore paruerit. Tutoris enim auctoritatem neceſſariam eſſe puto ad hoc vt pupillus abſtinendi beneficium amittat, quod alioquin ex prætoris edicto perpetuo perpetuum habiturus eſſet, ſi purè inſtitutus fuiſſet, *d. l. neceſſariis, iunct. l. pen. D. de auct. tutor. leg. ex contractu* 44. *D. de re iudic.* quamuis non ſit illa auctoritas neceſſaria, vt pupillus heres fiat, quemadmodum proximè diximus. Ratio verò propter quam ſuus heres etiam pupillus abſtinendi beneficium amittit patendo conditioni, non alia eſt quàm quæ à Mæciano redditur in *d. l. iam dubitari*, quod ſuus heres ita inſtitutus, ſi conditioni paruerit iam non vt neceſſarius, ſed ſua ſponte heres extitiſſe videatur. Quanquam autem de ſuis heredibus duntaxat Mætianus loquitur, dubitandum tamen non eſt quin idem ſit in neceſſariis cæteris qui ſui non ſunt, vt ſi conditionem, quæ in ipſorum poteſtate fuit, impleuerint, ſeparationis beneficium poſteà impetrare non magis poſſint quam ſi bona patroni attigiſſent *l. 1. §. vlt. D. de ſeparat.* ne alioqui melioris in hoc ſint conditionis, qui in aliis omnibus deterioris ſunt quàm ſui. Sed de iis nihil dixit Mætianus, ideò fortaſſe, quod ratò eueniebat vt neceſſarij heredes ſub huiuſmodi conditionibus inſtituerentur per quas fierent voluntarij, cùm nec inſtitui, vel ſubſtitui olim ſolerent niſi cùm vel ſuſpecta, vel euidenter non ſoluendo eſſet hereditas vt dominorum exiſtimationi proſpiceretur. Cæterum ex his apparet errare Bar-
8 tolum, † cùm ſcribit ſuum heredem inſtitutum ſub conditione *ſi decem dederit*, non idcirco fieri ex neceſſario voluntarium, ex *d. l. 5. de condic. & demonſtr.* Pugnat enim apertiſſimè cum Mætiano in *d. l. iam dubitari* §. 1. & Bartolum fefellit quòd ius neceſſarij heredis à ſui heredis iure non diſtinxit. Filius inſtitutus ſub conditione poteſtatiua voluntarius heres eſt, non neceſſarius, quia in ipſius arbitrio eſt an conditioni parere velit: ſed non eò minùs remanet ſuus heres, ſi modò heres eſſe velit, indéque ſit, vt cum inſtitutio, quæ conditionalis ab initio fuit, poſtea pura facta eſt per implementum conditionis, filius reperiatur heres ipſo iure, non quaſi neceſſarius (nec enim neceſſarius vnquam fieri poteſt qui ſemel voluntarius fuit) ſed quaſi ſuus ſublato iam impedimento conditionis, quæ ſola faciebat ne filius ipſo iure heres eſſe poſſet. Addit Bar-
9 tolus, nihil etiam † operari exiſtentiam ſui heredis, quoties pater dedit coheredem ſuo heredi extraneum, in iis ſcilicet, inquit, quæ dependent ex ipſo teſtamento: ex *l. apud Iulianum* 11. §. *idem Iulianus. D. ad SC. Trebell.* vbi Vlpianus ex Iuliano ſcribit ſi duo fuerint à patre inſtituti cum filio eius impubere, & iidem filio ſubſtituti, ſufficere ei qui fideicommiſſum in ſecundis tabulis accepit, vnum ex heredibus inſtitutis cogi adire patris hereditatem. Hoc enim facto, confirmatiſque, inquit, patris tabulis, poterunt ex ſubſtitutione ambo cogi adire, & reſtituere hereditatem. Et hoc quoque malè. Nam ſuus heres non eo minùs & ſuus & neceſſarius heres eſt ipſo iure, quòd habeat extraneum co-
10 heredem, *l. 3. Cod. de iur. deliber.* quàm licèt Bart. intelligat, † in iis quæ extrinſecus veniunt, id eſt, aliunde quàm ex teſtamento, nihil tamen aut ex verbis legis, aut ex ratione iuris adferri poteſt propter quod videri debeat eius legis ſententia non eſſe generalis. Nec ſi admitteremus quod eidem Bartol. placere ſupra dixi-
11 mus, ſuum † heredem, cui vulgaris ſubſtitutus datus eſt, ex neceſſario fieri voluntarium, idem tamen dicendum putaremus dato ei extraneo coherede. Quod enim coheres veluti tacitè ſubſtitutus eſſe dicitur in *l. ſi Titio* 61. §. *Iulianus, de legat.* 2. fit ex iuris interpretatione potiùs quàm ex teſtatoris voluntate, propter ius adcreſcendi quod inter coheredes non modò inuitos, ſed etiam inuito teſtatore locum habet. Sola autem teſtatoris voluntas illa eſt quæ ex neceſſario herede voluntarium facere poteſt. Quid ergo ad ſupradictam Iuliani † ſententiam reſpondebimus? Ea namque eſt ſine 12
dubio quæ Bartolum decepit. Nam ſi ſuus heres tùm etiam cùm coheredem habet, nihilominùs heres neceſſarius eſt, quid neceſſe ſit coheredem cogi adire ad patris tabulas confirmandas quæ per nudam ſui heredis exiſtentiam fuerint confirmatæ? Et ſanè ita eſt, vt non debeat cogi. Sunt enim ſatis confirmatæ tabulæ patris hoc ſolo quòd pater habet ſuum heredem quamuis ſe abſtinentem, *l. filius* 12. *D. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. filius* 41. *de acquir. hered.* multo magis ſi non declarata voluntate ſua filius deceſſerit, vt in *dicta l.* 3. *C. de iur. delib. l. apud hoſtes* 8. *Cod. de ſuis & legit. d. l. paterfamilias* 28. *de reb. auct. iudic. poſſid.* in cuius † ſpe- 13
cie cùm filius impubes ex toto aſſe inſtitutus eſſet, ac patris hereditate abſtinuiſſet, nihilominùs ſubſtitutus pupillaris admittitur, non alia ratione quàm quòd nuda ſui heredis exiſtentia confirmauerit tabulas pupillares confirmando tabulas patris. Nec obſtat quod in ea ſpecie non permittitur ſubſtituto adire impuberis hereditatem ex ſubſtitutione, quin paternis creditoribus obligetur. Non enim id rationem illam habet, quaſi ſubſtitutus paternam hereditatem adire cogatur in neceſſarium antecedens vt impuberis heres eſſe poſſit, ſed quia, vt lex ait, iuncta cœpit eſſe hereditas patris, & filij, factaque vna impubere moriente, cùm filius patri ſuo heres extitiſſet, atque ita paternam hereditatem in proprium patrimonium ſuum conuertiſſet: nec quæ ratio facit vt parcendum ſit honori filij qui ſe abſtinuit, locum habet in ſubſtituto, quia filio qui ſe abſtinuit non poteſt imputari cur ſit heres patris, cùm ſola iuris ratio & poteſtas eum fecerit heredem, non proprium ipſius factum: At ſubſtituto, qui pupillarem hereditatem ſponte adit, imputari poteſt, non quidem cur pupilli hereditatem cum paterna facto ſuo coniunxerit, quæ iam inde à quo tempore pupillus patri heres extitit, coniuncta pupilli patrimonio fuit, ſed cur eam adierit adeundo pupillarem, cum qua iam tum erat ſic vnita vt planè vna eſſet. Poterat enim non eſſe heres patris, ſi filij eſſe noluiſſet, ob idque nocere illi debet etiam quod ad patris hereditatem ne poſſit eam prætermittere, quod filij heres eſſe voluit. Sicque explicanda Iauoleni ſententia eſt in *d. l. paterfamilias*, & coniectura noſtra de illius loci emendatione lib. 2. Coniect. cap. 2. Addamus nihil in illa ſpecie intereſſe an ſubſtitutus datus fuerit ſub ea ſimpliciter conditione quam legis verba præ ſe ferunt, *ſi filius ante pubertatem deceſſiſſet*, an ſub illa vulgari formula, *ſi filius heres eſſet, ac in pupillari ætate deceſſiſſet.* Vtroque enim caſu filius, quem inſtitutum ponimus, & ſuus & neceſſarius heres eſt, at non etiam ſi ponas ſubſtitutum ei datum in vulgarem caſum expreſſum, ſiue generaliter, *ſi heres non eſſet*, ſiue ſpecialiter deſignato caſu voluntatis & impotentiæ hoc modo, *ſi heres eſſe nollet vel non poſſet*, quia, vt ſupra diximus, vulgaris ſubſtitutionis ea vis eſſe creditur, vt ex neceſſario herede faciat voluntarium, quamuis non faciat ex ſuo herede non ſuum. Quod ſi ita eſt (ita verò non eſſe oſtendemus in Err 6. Decadis ſeq.) refert valdè an ſubſtitutio vulgaris facta pupillo expreſſa ſit, an tacita, vt vocant, quæ ex Diui Marci conſtitutione ſubintelligatur, *l. quarta de vulg. & pupill. ſubſtit.* Tacita enim illa prodeſt quidem ad ſubſtitutum perinde admittendum ad hereditatem pupilli, ſi modò alius quiſpiam heres ſit qui patris teſtamentum

tum ſuſtineat, ſed non æquè ad faciendum ſuum heredem ex neceſſario voluntarium, quoniam verba illa patris filio ſubſtituentis, *ſi heres erit & in pupillari ætate deceſſerit*, non faciunt poteſtatem filio ne heres ſit, quomodo illa facerent ſecundùm Bartolum *ſi heres non erit*, ſed eum potiùs caſum demonſtrant quo filius ſit ſuperſtes patri, quia ſi præmoreretur, ſubſtitutio pupillaris euaneſceret. Non item illum quo ſuperſtes quidem ſit, ſed abſtineat, quia & eum qui abſtinuit, perinde verum eſt, heredem eſſe, atque ſi ſe immiſcuiſſet, *d. l. cùm quaſi trigeſima. §. ſed etſi ſuus de fideic. libert.* atque ita non facit abſtentio filij, vt deficiat conditio pupillaris ſubſtitutionis, etiam circumſcripta Diui Marci conſtitutione, vt cernere eſt in iis caſibus, in quibus ea conſtitutio locum non hab̃et, vt puta in militis teſtamento, *l. precibus 8. C. de impub. & aliis ſubſt. l. in teſtam. 6. C. de teſtam. milit.* aut cùm ex duobus filiis teſtatoris inuicem ſubſtitutis vnus pubes fuit, alius impubes *d. l. 4. de vulg. & pupill. ſubſt.* aut vnus in poteſtate, alius non in poteſtate, vt in *l. Lucius 45. eod. tit.* Nec ſupradictam Iauoleni ſententiam impugnat, quod ex Marcello contra Iulianum diſputat Vlpianus in *l. Iulianus 42. alias l. ſi pupillus D. de acquir. hered.* vt ſequenti Decade dicemus, ne tractatum hunc interrumpamus. Iam ergo reſpondeamus ad obiectionem Bartoli ex *d. l. apud Iulianum 11. §.*
14 *idem Iulianus ad SC. Treb.* Dico † locum illum ad quæſtionem noſtram non pertinere, quia fuerat in illa ſpecie impubes exheredatus non inſtitutus. Idque probo ex *l. ita tamen 27. §. à patre verſ. quòd ſi duo D. eod.* vbi eadem ipſa refertur, aut potiùs ex Iuliani ipſius libris proponitur, Iuliani ſententia. Nemo autem iam mirabitur filium exheredatum non poſſe tabulas patris confirmare, cùm nec ſi vellet, heres tamen eſſe poſſet. Atqui, inquies, repugnant euidenter verba *dicti §. idem Iulianus*, quæ illa ſunt, *ſi duo fuerint à patre inſtituti cum filio eius impubere.* Nec ſanè alia ſunt perquirenda quæ Bartolum fefellerint. Nam & nos ipſos quoque aliquando fefellerunt: ſed poſteà comperimus non ſic eſſe illa accipienda, quaſi filius impubes fuerit etiam heres inſtitutus, at ita potiùs acti ſcriptum eſſet pluribus, quomodo ſcribi potuerat & debuerat apertioris ſenſus gratia, *ſi duo fuerint quos pater heredes ſcripſerit, fuerit etiam filius impubes idémque tamen exheredatus.* Nec tamen curioſus fuit Iulianus aut Vlp. vt ita loqueretur, cùm iis temporibus, quibus florebat iuriſprudentia, non poſſet incidere ſuſpicio, vt quiſquam ex præcedentibus tam imprudens eſſet, qui putaret tractandum de adeunda patris hereditate ad confirmandas tabulas paternas primùm, deinde pupillares, eo caſu quo pupillus ipſe fuiſſet inſtitutus. Indéque nimirum proficiſcuntur dif-
15 ficultates † omnes quotquot ſuperſunt in Iureconſultorum reſponſis interpretandis, (eos ſemper locos excipio quos tam multos Tribonianus corrupit) quòd craſſiſſima iuris ignoratione non ſupplemus & ſupponimus pro certis ac indubitatis ea quæ vel minimi legulei eo tempore ſupplenda & ſupponenda eſſe non ignoraſſent. Itaque torquemus nos & infudamus, non in diſputando de ratione iuris. An veteres illi prudentes bene ſenſerint, aut, an quid melius ſubtiliúſve dici potuerit, in quo ſanè opera nonniſi fruſtra collocaretur, ſed quod deplorandum, & ad inſcitiam noſtram detegendam arguendámque præcipuum eſt, in quærendo & inueſtigando quid illi ſenſerint, ac ſi peregrinis aut obſoletis verbis ſuam ſententiam aperuiſſent, non iis quibus nulla elegantiora & ſignificantiora fingi poſſunt. Tantum abeſt vt in nobis ea ſit iuris ſcientia, non dicam quæ in illis fuit, ſed quæ ſaltem in illis omnibus eſſe deberet, qui ſe iuriſ; eritos auſint dicere, ad leges ipſas non modò interpretandas, ſed etiam, ſi opus eſſet, nunc primùm aut ex integro conſcribendas. Redeamus ad Bartolum.

ERROR IX.

De poteſtate exiſtentiæ ſui heredis ex iure prætorio cùm is ſe immiſcuit, aut tacuit, id eſt, nec immiſcuit ſe, nec abſtinuit.

SVMMARIA.

1 *An beneficium abſtinendi enerues exiſtentiam ſui heredis.*
2 *Bartolus cenſet beneficium abſtinendi nihil operari quando filius paterna hereditati ſe immiſcet.*
3 *Refellitur Bartolus, & exponitur quando & quatenus filius qui ſe immiſcuit poſſit habere beneficium abſtinendi.*
4 *Quid cenſeat Bartolus de vi exiſtentiæ ſui heredis, quando filius fam. non declarat an ſe immiſcere velit, an abſtinere.*
5 *Filius fam. qui ſe nec immiſcuit, nec abſtinuit tenetur creditoribus hereditariis etiam iure prætorio aduerſus Bart.*
6 *Bartolum ad errorem ſuum tuendum abuti l. ſi filius 12. D. de vulg. & pupill. ſubſtit.*
7 *Suo herede priùs defuncto quàm ſciret ſe patri neceſſarium heredem extitiſſe tranſmittit ille hereditatem paternam ad quemcunque heredem. & numer. 10.*
8 *Bartolum perperam reſtringere poteſtatem exiſtentiæ ſui heredis ad ea quæ ſunt ex filij commodo.*
9 *Tranſmiſſio hereditatis non ſemper vtilis heredi aduerſus Bart.*
11 *Quale ſit ius nouum inductum à Theodoſio in l. vnic. C. de his qui ant. aperi. tab.*
12 *Suus heres qui neſcius tranſmittit hereditatem paternam, tranſmittit etiam ius abſtinendi ad ſuum neceſſarium heredem non ad extraneum, contra Bart.*
13 *At qui ſcit ſe patri neceſſarium heredem extitiſſe nec tamen declaras voluntatem ſuam, ius abſtinendi ad heredem ſuum non tranſmittit.*
14 *Filio pubere, qui ſe paternæ hereditati immiſcuit, mortuo, non datur nepoti eius heredi reſtitutio in integrum aduerſus eam immixtionem.*
15 *Non officere quod dici ſolet beneficium reſtitutionis in integrum ex capite minoris ætatis dari etiam heredibus quamuis maioribus.*
16 *Mutanda voluntatis facultas tranſmitti non poteſt.*
17 *Bartolus cenſet exiſtentiam ſui heredis nihil operari, ſi de ea re agatur quæ ad filij commodum aut incommodum nihil pertineat.*
18 *Refellitur Bartoli traditio.*
19 *Cùm filius ſe abſtinuit legata quidem valent, non tamen dicuntur deberi.*
20 *Actiones quomodo tranſferantur à filio ſe abſtinente in fideicommiſſarium.*
21 *Prætor poteſt ſe interponere tum ante reſtitutionem, tum poſt reſtitutam hereditatem.*
22 *Libertates directæ competunt ipſo iure, quamuis filius ſe abſtineat, at fideicommiſſaria indigent prætoris auxilio.*
23 *Reſponſio Bartoli ad quæſtionem quandam de pupillari ſubſtitutione reiicitur.*

PRoſtquam tractauit Bart. de poteſtate exiſtentiæ ſui heredis ex iure ciuili, contra ipſam tamen, vt vidimus iuris ciuilis rationem, pergit ille quærere, quid de iure prætorio, & an † beneficium abſtinendi introductum 1
à prætore enerues vires exiſtentiæ ſui heredis. Reſ-
pondet

pondet † verò quando filius ſe immiſcet expreſſim paternæ hereditati, tunc beneficium prætoris nihil operari ex *d. l. ſi filius*, in illis verbis, *non ſponte ſuſceptis.*

Hoc verò ſi abſolutè & indiſtinctè dicatur, † falſum eſt. Nam & filius qui ſe immiſcuit poteſt abſtinendi beneficium habere, & quidem citra reſtitutionem in integrum ſi ſit pupillus, licèt ſe immiſcuerit tutore autore, beneficio autem reſtitutionis, ſi immixtionis tempore fuerit minor annis vigintiquinque, *d. l. neceſſarius l. 1. C. ſi min. ab hered. ſe abſtin.* Nec ſemel tantùm, ſed ſæpius ſi pupillus, vt è contrario filius qui ſe abſtinuit etiam ſæpius, imò quod plus eſt etiam maior poteſt ſe immiſcere quandiu bona defuncti non ſunt vendita, *l. ſi quis ſuus 8. D. de iur. delib.* ratione ſcilicet iuris veteris inſpecta. Nam hodie non licet ei qui iam maior factus ſe abſtinuit, poſtmodum ſe immiſcere, niſi intra triennium. Minori verò datur triennium poſt quadriennium, quod petendæ reſtitutioni indulgetur, ſi bona non ſint vendita, adeóque etiam poſt venditionem, ſi venditio facta eſt in minori ætate, *l. vlt. Cod. de repudiandis vel abſtinendis hereditatibus*, tametſi ius vetus incorrectum remaneat in eo, quòd maior qui ſe immiſcuit, non poteſt ſe abſtinere niſi beneficio Principis ex magna aliqua cauſa, vt in *leg. penult. D. eod.* Nempe quia qui poſt immixtionem vult ſe abſtinere, vult ſe haberi pro alio quàm re vera ſit. Vult enim ſe haberi pro non herede, quantum ad prætorem, cùm re vera heres ſit: qui verò poſt abſtentionem vult ſe haberi pro tali qualis re vera eſt, id eſt, pro herede. Facilius itaque eſt vt audiatur is cuius deſiderio veritas congruit, quàm vt is qui mendacem, vt ita dixerim, prætorem facit. Nam & ſolent noſtri dicere nec falſo, facilem eſſe cuiuſque rei reditum ad ſuam naturam, *l. ſi vnus 27. §. pactus ne peteret. in fin. D. de pact.* Ergo hæc Bartoli propoſitio in maiore tantùm vera eſt, non in minore, multo minùs in pupillo. Secundum membrum diſtinctionis † Bartoli eſt, ſi filiusfamilias taceat, nec voluntatem ſuam declaret, an ſe immiſcere velit, an abſtinere: & in hoc rurſum ſubdiſtinguit, an de ea re agatur quæ reſpiciat damnum & onus ipſius filij, an verò de ea quæ ad eius commodum & fauorem. Priore caſu, inquit, vt puta, ſi quæratur an hic ſuus heres teneatur creditoribus, beneficium prætoris operatur, vt eneruet vires exiſtentiæ ſui heredis ex ſupradictis verbis *d. l. ſi filius ab oneribus hereditariis non ſponte ſuſceptis.* Non enim ſponte ſuſcipit onera hereditaria is qui ſe non immiſcet, licèt nec ſe abſtineat, & *dicta l. 1. C. ſi vt ſe ab hered. abſtin. dicta leg. neceſſariis.* Poſteriore verò operatur commodum & vtilitatem filij, puta confirmationem tabularum pupillarium, itémque dationem tutelæ, ex *l. ſi nemo 9. D. de teſtam. tutel. l. 2. C. eod. d. l. ſi filius*, itémque tranſmiſſionem hereditatis ad quoſcumque ipſius heredes, *dicta l. apud hoſtes 8. C. de ſuis & legit.* Hæc quoque diſtinctio falſa eſt ex vtraque parte. Ex priore quidem, quoniam certum eſt filiumfamilias, † qui ſe nec immiſcuit, nec abſtinuit, teneri creditoribus hereditariis, non tantùm ciuili iure, ſed etiam prætorio, quamuis ſe poſſit abſtinere. Nec enim quòd ſe abſtinere poſſit quicquam facit niſi re ipſa abſtineat, *l. 1. §. qui ſunt in poteſt. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* quandoquidem eum demum ſuum heredem, qui ſe abſtinuit prætor habet pro non herede, non etiam eum, qui abſtinere poteſt, *l. ſi filius 12. D. interrog. in iur. faciend.* Alioqui nec eum qui ſe immiſcuiſſet in pupillari ætate, tutore autore, haberet pro herede, cùm poſſit is etiam abſtinere, *d. l. neceſſariis dicta l. pen. D. de autor. tutor. l. ex contractu 44. D. de re iudic.* Neque verò lex vlla eſt quæ requirat ſui heredis immixtionem ad hoc vt apud prætorem pro herede habeatur, ſed hõc tantùm ſcribitur in iis præſertim legibus, quas pro tuendo errore ſuo Bartolus adducit, filium qui ſe non immiſcuit, habere beneficium abſtinendi, vt ex quo die ſe abſtinuit, conueniri à creditoribus hereditariis non poſſit. Nam quod Papinianus ait in *dicta l. ſi filius 12. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* propoſitum ius eſſe dicenti, liberos ab oneribus hereditariis non ſponte ſuſceptis liberare, non inuitos ab hereditate remouere: quo vno † loco Bartolus paſſim abutitur, non ad alium ſuum heredem pertinet, quàm ad eum qui ſe abſtinuerit, quia nec prætoris propoſitum eſt vt ab oneribus hereditariis non ſponte ſuſceptis liberet ignorantem, & liberari fortaſſis nolentem, ſed tantùm vt liberet abſtinentem ne inuitus cogatur ſubire onera quæ non ſponte ſuſceperit. Idque ita eſſe appareat euidentiſſimè ex eo, quod (vt mox dicemus) ſuo herede † priùs defuncto, quàm ſciret ſe patri ſuo neceſſarium heredem extitiſſe, tranſmittit ille nihilominùs hereditatem paternam ad heredem quemcumque, & quidem, quod eſt neceſſariò conſequens cum omnibus oneribus hereditariis etiamſi hereditas non ſit ſoluendo, adeo vt nepoti quoque neceſſarium ſit abſtinere ſe ab aui hereditate, ſi nolit ab auitis creditoribus conueniri, *l. ſi quis filiusfamilias 7. §. 1. D. de acquir. hered.* quod tamen nulla ratione diceretur ſi filius ipſe mortis ſuæ tempore non fuiſſet habendus pro herede etiam quod ad prætorem, cùm nec alio iure poſſit neceſſarium eſſe nepoti beneficium abſtentionis, quàm quod alioqui poſſet ille ex patris ſui perſona ab hereditariis creditoribus conueniri, à quibus & pater ipſe potuiſſet. Neque tamen poſſis dicere ſuum illum heredem ſe immiſcuiſſe, quem ponimus deceſſiſſe priuſquam ſciret neceſſarium ſe extitiſſe. Nullum enim hac parte priuilegium ſuus heres habet vt poſſit ſe immiſcere, antequàm ſciat defunctum patrem, quia nec extraneus pro herede gerere poſſet, *l. is qui heres 13. §. 1. l. qui hereditatem 19. l. heres inſtitutus 32. D. de acquir. hered.* eum autem bonis ſe miſcere conuenit, qui remoto familiæ vinculo pro herede gerere videretur, *l. cum bonis 87. eod.* Poſterior verò pars diſtinctionis Bartoli falſa † quoque eſt, non in eo quod vult ſui heredis exiſtentiam operari in filij commodum & vtilitatem, ſed in eo quod reſtringit vim & poteſtatem exiſtentiæ ſui heredis ad illa quæ ſunt ex filij commodo & vtilitate, cum debuerit generaliter dicere ſui heredis exiſtentiam in omnibus & per omnia eoſdem effectus habere iure prætorio quos iure ciuili habet, quoties ſuus heres voluntatem ſuam non declarauit, ſiue id ſuo heredi commodum & vtile ſit, ſiue oneroſum. Item in eo quod hereditatis † tranſmiſſionem ponit in numero eorum quæ ſint vtilia ſuo heredi. Etſi enim poteſt id verè dici cùm hereditas lucroſa eſt: quid tamen ſi damnoſa ſit, & non ſoluendo? In dubio autem illo an hereditas ſit ſoluendo, necne, quod ipſum plerumque incertum eſt propter latens æs alienum, nonne damnum & incommodum eſt potiùs quam commodum, vt quis heres eſſe exiſtimetur, atque ita æri alieno obligetur? Nam & hac ratione prohiberetur pupillus hereditatem quantumuis lucroſam adire ſine tutoris autoritate, *l. more 8. cum ſeq. D. de acquir. hered.* itémque fideicommiſſariæ hereditatis reſtitutionem accipere, *l. reſtituta 37. §. vlt. cum l. ſeq. D. ad SC. Trebell.* cui tamen ſolet permitti vt etiam ſine tutore ſibi acquirat, ſuamque conditionem ex omnibus cauſis faciat meliorem, *l. obligari 9. in princip. iunct. §. hereditatem & ſeq. D. de tutor. & conſ. tutor.* Ergo vel ex hoc maximè apparet verum eſſe quod proximè dicebamus, etiam in iis, quæ ad ſui heredis onus & incommodum pertinent, haberi eum pro herede iure quoque prætorio, cùm certi iuris ſit paternæ hereditatis † tranſmiſſionem fieri à ſuo herede in quoſcumque etiam extraneos ipſius heredes, & Bartolus ipſe fatetur, & contra Accurſium concludit in *l. ex militari 11. §. ſi filiusfamilias. D. de milit. teſtam. ex d. §. filiusfamilias, dict. l. apud hoſtes l. de hereditate 19. §. filius, de caſtr. pecul. l.*

qui

qui duos 9. §. *cùm bello. D. de reb. dub. l. Lucius* 9. *D. de iur. fisc. l. liber homo* 20. §. *D. de stip. ſeruor.* Reiecta etiam veterum quorundam diſtinctione illa, An ſuus heres impeditus eſſet adire (ſic enim illi loquebantur aditionis & immixtionis nomina iuraque imperitè confundentes) iuſta ignorantia, vel quo alio iuſto impedimento, necne. Indiſtinctè namque verum eſt tranſmiſſionem locum habere etiam iure prætorio, *l.* 2. §. *ſi quis ex liberis. D. ad SC. Tertyll.* nec ad hunc caſum pertinere conſtitutionem Theodoſij in *l. vnic. Cod. de bis qui ant. apert. tab.* quæ aſcendentium hereditates non agnitas nonniſi in deſcendentes tranſmitti patitur. Ius enim
11 nouum † ea conſtitutione induxit Theodoſius in fauorem deſcendentium, qui ſui heredes non eſſent vt eorum iura augeret, dato ipſis iure tranſmiſſionis ad deſcendentes, quod anteà non habebant, non etiam vt ſuorum heredum ius minueret quod ſemper habuerant. Et quamuis etiam de patris hereditate lex loquatur, id tamen ſic accipi debet, vt vel de eo patre Theodoſius ſenſerit qui filium in poteſtate non haberet, vel nihil noui hac parte induxerit, quod & Bartolus benè vidit ad *d.* §. *ſi filius familias*. Sed malè idem eo loco vt ſe extricet ab illa obiectione quòd hereditatis tranſmittendæ acquiſitio poſſit damnoſa eſſe pupillo, nimirum ſi hereditas non ſoluendo ſit: reſpondet cum hereditate ipſa tranſmitti quoque beneficium abſtinendi, quod haberet qui defunctus eſt ſi hodie viueret, ex *d. l. ſi quis filium familias* 7. §. 1. *de acquir. hered.* Hoc enim
12 falſum † eſt extra caſum dict. §. 1. id eſt, præterquam ſi ponamus duo concurrere, ſcilicet vt & deceſſerit ſuus heres antequàm ſciret ſe neceſſarium extitiſſe, & paternam hereditatem tranſmiſerit ad ſuum eundemque neceſſarium heredem, cuius meliorem quàm alterius extranei cuiuſlibet heredis conditionem hac in re eſſe idcirco æquum eſt, quòd cùm ſit neceſſarius heres patri ſuo, cuius hereditatem repetit iunctam cum hereditate aui, non poteſt ei imputari quod extraneo heredi imputaretur quare patris ſui hereditatem agnoſcendo aui quoque hereditatem ſuſceperit, *d. l. paterfamilias* 28. *verſ.* at cùm ſubſtitutus. *D. de reb. auctor. iudic. poſſid. l. ſed ſi plures* 10. §. *filio. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Multò minùs autem poſſit ei imputari cur à patris hereditate non abſtinuerit, quam ipſo iure quæſitam habet. Quadrátque optimè huic etiam caſui ratio illa Papiniani in *d. l. ſi filius*, quòd præterea propoſitum non ſit liberos inuitos ab hereditate remouere, ſed tantùm ab oneribus non ſponte ſuſceptis eos liberare. Si enim ei, qui & patri ſuo & fratri impuberi vtrique ex propria perſona heres extitit, permittitur tamen ea ratione patris hereditatem recuſare, fraternam autem retinere, vt ibi Papinianus ait, quanto magis permittendum eſt nepoti qui patri quidem ſuo ex propria perſona heres extitit, ſed auo ſuo nonnihil per mediam patris perſonam vt paternam hereditatem retineat, ab auita verò abſtineat, à qua & pater abſtinere potuiſſet? At finge patrem defunctum
13 poſtquam reſciuerat † heredem ſe patri ſuo neceſſarium extitiſſe, nec tamen declarata voluntate, an ſe immiſcere vellet, an abſtinere. An idem hoc abſtinendi beneficium dabimus nepoti? Minimè, non magis quàm extraneo cuilibet heredi, quamuis pater habere potuiſſet, quem ponimus numquam ſe miſcuiſſe, quia is qui nec immiſcuit ſe, nec abſtinuit, cùm ſciret ſe iam ipſo iure heredem eſſe, credendus eſt hereditatem retinere potiùs quàm prætermittere voluiſſe. Ob idque non eſt ipſius heredi, ſiue ſuo, ſiue extraneo permittendum vt omittat eam hereditatem quam defunctus ipſe, cùm poſſet omittere, non omiſit, quod ſignificare voluiſſe videtur Paulus in *d. l. ſi quis.* §. *vlt.* vbi poſt expreſſum ſupradictum caſum ſpecialem. De nepote, qui poſtquam patri ſuo neceſſarius heres extitit, abſtinere vult ab aui hereditate, ſubiungit in contrarium, veluti generalis regulæ loco, in omni ſucceſſione illum qui heres extitit, qui Titio heres fuit, Titio quoque heredem eſſe videri, nec poſſe Titij omittere hereditatem. Et verò aliter poſito iure dicendum eſſet heredem quemlibet pupilli, etiam qui ſe tutore autore miſcuiſſet, perinde tranſmiſſurum ad ſuum heredem etiam extraneum hoc beneficium abſtinendi, quando & pupillus ipſe, vt iam toties diximus, poſt immixtionem quoque beneficium illud haberet. Quod tamen ita eſſe nemo vnquam dixit. Eſt enim perſonale beneficium hoc quod pupillo datur etiam ante immixtionem, multo magis poſt immixtionem vt poſſit ſe abſtinere, adeò vt dubitatum ſit an filij qui ſe abſtinuiſſet heres à creditoribus hereditariis conueniri poſſet, quaſi abſtentio filij, ſicut facere non potuit, quominùs reuera filius heres & aliquando fuerit & ſemper manſerit, ita nec debeat ipſius heredi prodeſſe, cuius perſona non tantum quantum perſona filij fauorem mereatur. Quamuis contrà placuerit filij abſtentionem etiam heredi cuilibet prodeſſe, ne alioqui nec ipſi filio profuiſſe videretur, cuius hereditas ære alieno patris grauata vel nullum prorſus vel multo difficiliùs heredem eſſe inuentura, *l. Iulianus* 42. *alias l. ſi pupillus, iunct. l. ſi is qui* 56. *D. de acquir. hered.* Quanto minùs ergo dubitarunt prudentes, quin heres filij poſt immixtionem defuncti onera paternæ hereditatis ſubire debeat, quæ filius ipſe ſponte ſuſceperat viuus? Dico amplius, Si filius † pubes fuerit qui paternæ hereditati 14
ſe miſcuit, iſque poſtea filium ſuum heredem & neceſſarium reliquerit, non magis permittendum nepoti quàm alij cuilibet extraneo, vt aduerſus eam immixtionem impetret in integrum reſtitutionem, quamuis pater eius reſtitui potuerit, defunctus fortaſſe in minori ætate, aut intra tempora petendæ reſtitutionis, *d. l. neceſſariis*. Nam quod dici ſolet beneficium † reſtitutio- 15
nis in integrum ex capite minoris ætatis dari etiam heredibus quamuis maioribus, *l. non ſolùm* 6. *D. de in integr. reſt. l. minor.* 18. §. *vlt. cum l. ſeq. D. de minor.* ad hunc caſum non pertinet, in quo nullum ius habuit minor petendi reſtitutionem, niſi ex priuilegio & in eum duntaxat euentum quo mutaret voluntatem, mallétque poſtea abſtinere: quod de illo dici non poteſt, qui poſt immixtionem deceſſit nullo dato indicio mutatæ voluntatis. Prius enim fuit vt qui ſe miſcuerat mutaret voluntatem, quàm vt poſſet reſtitui in integrum ad ſe abſtinendum. Mutandæ autem voluntatis facultas cùm perſonaliſſima ſit, non magis tranſmitti poteſt à moriente in heredem quàm voluntas ipſa, quæ haud dubiè finitur morte, *l. ſi ita expreſſum* 69. *de condic. & demon. l. ſi ita* 65. §. 1. *de leg.* 1. Ergo nec in integrum reſtitutio ex iure defuncti, quæ in neceſſarium antecedens præſupponit mutatam à defuncto ipſo voluntatem. Nec nouum eſt, vt quod vnius perſonæ beneficium præſtatur, ad alium non pertineat, *l. cùm patronus* 28. *de legat.* 2. *ac ne quidem ad heredem, leg. quia tale* 14. *D. ſolut. matri. leg. ex pluribus* 42. *D. de admin. tutor.* Cùm igitur ſui heredis heres ſiue ſuus, ſiue extraneus non poſſit habere beneficium abſtinendi eo caſu quo defunctus ſciuit ſe neceſſarium heredem extitiſſe, extraneus verò ne quidem illo caſu quo ſuus heres ius ſuum ignorauit, quodnam obſecro, ſui heredis commodum eſſe poteſt in eo quòd hereditatem paternam à qua ſe non abſtinuerit, omnimodo tranſmittit ad heredem quantumlibet extraneum? Incommodum certè & onus hoc eſt potiùs quàm commodum: ideóque ſi vera eſſet diſtinctio Bartoli, vtique fateri oporteret quod ille negat, ſui heredis exiſtentiam effectum ſuum non operari iure prætorio, quantum ad paternæ hereditatis tranſmiſſionem, ſaltem eo caſu, vt aliquid Bartolo largiamur, quo hereditas non eſſet ſoluendo. Quòd ſi de ea re agatur, † 16
quæ ad filij commodum aut incommodum nihil pertineat, adhuc quærit Bartolus an ſui heredis exiſtentia operetur, pura vt legata debeantur ex teſtamento paterno, item vt competant libertates. Et in ea opinione

est vt concludat nihil operari ex *l.1.§.vlt.D.vt in possess. legat.* vbi apertè scriptum est, si necessarij heredes abstenti sint: legata non deberi: itémque ex *d.l.etsi* 6. §. *si filius de bon. libert.* vbi Vlp. ait, si filius liberti ab eo heres institutus abstinuerit, quamuis nomine sit heres, patronum tamen admitti. Sed debuit animaduertere † iis locis tractari de filio qui expressim se abstinuerat, distinctionem verò ab eo propositam ad eum casum pertinere quo filius tacuerit, nec suam voluntatem declarauerit an se immiscere vellet, an abstinere. Quo casu proculdubio legata debentur, etiam à filij herede, siue suo, siue extraneo, in quem etiam hereditas ipsa testamentaria transmittitur *d.l.1.§.qui sunt in potestate D.si quis omiss. caus. testam.* Planè cùm filius se abstinuit, legata, † quidem & libertates non eo minùs valent cùm & testamentum valeat ipso iure, & filius qui semel ex testamento heres fuit, talis maneat etiam post abstentionem *d.l.cum quasi* 30.§. *sed etsi suus D.de fideic. libert.* sed tamen dicuntur non deberi, quia prætor cuius solius est eas quoque actiones dare quæ competunt iure ciuili, nullas daturus est legatarijs contra hunc suum heredem se abstinentem, quem non habet ipse loco heredis, *d.l.necessariis.* Contra eum verò cui actiones vtiles daturus est propter filij abstentionem, multo minùs quia neque ex testamento heres ille est, neque fuit grauatus: ideóque obtinet in cæteris omnibus quæ pendent ex iurisdictione prætoris: cuiusmodi est successio patroni in bonis liberti, de qua in *d.l.etsi* §. *si filius*, item restitutio hereditatis ex Pegasiano, cùm suus heres dicit suspectam, nec vult restituere. Cogitur † enim per prætorem fideicommissarium, non vt restituat citra immixtionem, sed vt se immisceat primùm, deinde restituat, *l.recusare 6.§.sed & ad filium D.ad SC.Trebell.* quia secum implicaret contradictionem prætor si putaret transferri posse actiones per restitutionem hereditatis quam cogeret facere illum quem pro herede non haberet. Sed si prætoris autoritas non sit necessaria forte quòd nulla coactione opus sit, parato filio hereditatem restituere etiam quam suspectam dixerit, & cui nunquam se immiscuit, non eo minùs transibunt actiones ex Trebelliano *l. ita tamen* 27.§.*si pater filium. eod.* quoniam actionum translatio fit potestate iuris ciuilis non prætorij, cùm fiat potestate senatusconsulti quod legis vim obtinet, ac iuris ciuilis partem constituit, iure autem ciuili verum est suum heredem esse filium etiam post abstentionem: sicque loci illi, qui alioqui valdè pugnare videntur, conciliandi sunt, non quomodo nostri volunt, qui non alia ratione putant transferri actiones à filio se abstinente in fideicommissarium citra immixtionem, quàm quòd potuerit per prætorem cogi vt se immisceret. Nam si aliud nihil spectandum esset, quidni eadem ratione diceremus posse illum cogi à prætore vt restituat nulla præcedente immixtione? Et tamen non ita esse apparet ex *d.§.sed & ad filium.* Dices fortasse, satis se immiscere filium hoc ipso quòd hereditatem restituit, præsertim si re & facto ipso non verbo tantum restituat, cùm id fieri non possit quin attingat aliquid legatarium, *l.restituta* 37.*eod.tit.* Sed nego posse ex ea restitutione fieri immixtionem, cùm non hac animo se immiscendi, sed transferendæ potiùs in alium hereditatis, quomodo solemus in extraneis heredibus dicere, nolle heredem esse eum qui ad alium transferre voluit hereditatem, *l.non vult.6.de reg.iur.* Est enim recta hac in re extranei pro herede gerentis, & sui heredis se immiscentis comparatio *d.l.cum bonis* 87. *de acquir. hered.* Rursum instabis: Eo quoque casu quo suus heres qui se abstinuit, hereditatem fideicommissariam vltrò restituere velit, necessarium esse vt prætor se interponat, vel ob hoc saltem vt vtiles actiones det fideicommissario & in fideicommissarium, itémque heredi & in heredem exceptionem restitutæ hereditatis, *d.l.ita tamen.§. qui ex Trebelliano. ad Trebell.* & ita non posse fieri vt prætor citra implicationem contradictionis habeat restitutionem hereditatis pro bene facta, quæ ab eo facta sit quem ille non habeat pro herede. Verùm respondeo multum referre vtrum prætor se † interponat ante an post restitutionem. Si enim ante restitutionem, ea obtinent quæ suprà diximus: si verò post restitutionem, translatásque iam ex Trebelliano actiones; nihil facit ille alienum à proposito & edicto suo cùm iuris ciuilis potestatem secutus habet restitutionem pro bene facta, siquidem ita assequitur, vt tantò minùs pro herede habere debeat filium, qui non modo se abstinuit ab hereditate, sed etiam præteritá hereditatem alteri restituit: nec sanè posset habere fideicommissarium pro non fideicommissario post restitutionem ex Trebelliano factam, quin senatusconsulti iurisque ciuilis rationem totam conuelleret, quod eum facere non potuisse certum est. Eadem ferè ratio est propter quam libertates † directæ competunt ipso iure, quamuis filius se abstineat, *l.sciendum* 32. *D.de manum. testam.* fideicommissarijs verò subueniendum fuit senatusconsulto vt deberentur *d.l. cùm quasi* 30. §. *sed etsi suus de fideic. libert.* nimirum quia directè sola iuris potestate subsistunt, nec egent auxilio prætoris, fideicommissariæ verò prætoris fideicommissarij autoritatem implorant vt contra heredis perfidiam conseruentur. Hæ namque sunt quibus subuentum fuit, & quibus subuenirl oportuit supradicto senatusconsulto, herede scilicet, qui eas præstare rogatus esset, nolente, aut ex aliqua iusti impedimenti causa non valente eas præstare: cùm si eas vltrò præstet, nullo sit opus auxilio ad hoc vt liber fiat is qui manumittitur à vero domino, qui similiter fieret liber ex manumissione, quamuis fideicommissum nullum præcedat. Itaque nil necesse est cum Bartolo dicere hos esse casus speciales & singulares, vt solet ille passim tot speciales casus sibi fingere quot videt leges distinctionibus suis vt plurimum erroneis repugnantes: nec rursus specialitatis ratio vlla, quantum ad id quod de libertatibus diximus, petenda est ex fauore libertatis, nisi quod pertinet ad fideicommissarias. Nam directæ, vt ipso iure competant, nullo fauore indigent, cùm ratione iuris contentæ sint, in tantùm vt etiamsi in fraudem creditorum datæ essent, perinde tamen ipso iure essent competituræ, nisi per legem Æliam Sentiam rescinderentur, *d l.sciendum.* Ex his intelligimus quàm malè idem Bartolus respondeat † ad quæstionem illam 23
Si pater qui duos filios habebat, vnum quem instituerit, & alium impuberem quem exheredauerit, deinde extraneum exheredato (sic enim apud Bartolum legendum est, non vt vulgò *instituto*, vt sequentia ostendunt) substituerit, tum institutus abstinuerit, an possit substitutus ex secundis tabulis succedere exheredato. Ait enim non posse, quia, inquit, existentia sui heredis opetatur confirmationem tabularum pupillarium in commodum filij abstinentis, siue ipse filius, qui se abstinuit, fuerit ei substitutus, siue facta ei fuerit substitutio, quorum neutrum est in proposita quæstione. At nos probauimus sui heredis existentiam semper operari in iis quæ pendent ex iuris ciuilis potestate, tametsi onerosa sunt filio: multò igitur magis in iis quæ nec incommodum, nec commodum vllum adferunt filio se abstinenti. Concludamus ergo contra Barto. in proposita specie confirmatam esse pupillarem substitutionem etiam in fauorem extranei substituti, quia semper verum est, non esse sine herede testamentario patrem, qui suum heredem habet quamuis se abstinentem.

ERROR

ERROR X.

De creditoribus agentibus contra ſuum heredem qui ſe nec immiſcuit, nec abſtinuit: an habeant fundatam intentionem: & quid ſi expreſſim abſtinuerit.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio, an creditores agentes contra ſuum heredem tanquam patris heredem habeant fundatam intentionem, niſi probet filius ſe abſtinuiſſe.*
2 *Bartoli negatiuam tuentis reſponſio.*
3 *Ratio qua mouetur Bartolus.*
4 *Et eius confutatio.*
5 *Legatum conditionale ad heredem non tranſmittitur, ſtipulatio verò conditionalis tranſmittitur, & huius diſcriminis ratio.*
6 *Vt videatur ſuus heres ſe abſtinuiſſe, non ſufficit quod ſe non immiſcuerit.*
7 *Qui abſtentionem ſui heredis allegat, eam probare debet.*
8 *De ſententia leg. 1. Cod. ſi minor ab heredit. ſe abſtin.*
9 *Se non immiſcere & abſtinere inter ſe quî differant.*
10 *Bartolus erroneè cenſet filium pro abſente habendum eſſe hoc ipſo quod non probatur ſe immiſcuiſſe.*
11 *De ſententia l. qua ſub conditione. 8. §. vlt. D. de condit. ſubſtit.*
12 *Stipulatio conditionalis pura nouatura malè conſeruatur à Bartolo cum abſtentione ſub ea conditione ſuo heredi indulgenda, ſi abſtinere velit.*
13 *Sola ſpes abſtentionis non impedit vim & poteſtatem ſuitatis.*
14 *Suum heredem conuentum à creditore hereditario vbi eſt contumax, Bartolus perperam habet pro abſtente.*
15 *Ex eo quod non eſt neceſſarium vt ab homine exprimatur verum illud quod à iure inductum eſt, non ſequi vt filius pro abſente haberi debeat antequam ſuam voluntatem declarauerit.*
16 *Ius abſtentionis abſurdè quidam cenſent eſſe ex iure ciuili, cùm ſit à prætoribus introductum.*
17 *Ius abſtinendi non tollit poteſtatem iuris ſuitatis præſertim ante abſtentionem,*
18 *Quæſtio an exiſtentia ſui heredis vim habeat ſi ſuus heres expreſſim ſe abſtinuerit.*
19 *Bartoli ſententia.*
20 *Et eius refutatio.*
21 *Cur prætor filium qui abſtinuit non habet heredis loco, ita vt eum à creditoribus & legatariis conueniri patiatur.*
22 *Totam poteſtatem exiſtentiæ ſui heredis quantum ad prætorem, poteſtate abſtentionis non extingui.*
23 *Etiam poſt abſtentionem dimiſſis creditoribus expretio bonorum venditorum, ſi quid ſuperſit totum id ſeruatur pro pupillo.*
24 *Qua huius iuris ratio, & cur in cæteris heredibus idem non obtineat.*
25 *Ratio aduerſus Bartolum ducta ex l. ſi filius. 12. D. de interrogat. in iur.*
26 *Qui aliquid ex bonis paternis amouet an beneficium abſtentionis amittat.*
27 *Bartoli ſententia refertur & refellitur.*
28 *De ſententia l. paterfam. 28. D. de rob. aut indic. poſſid.*

SVperioribus Bartoli erroribus ille etiam conuenit, quem ex profeſſo docet ad *dict. l. neceſſariis D. de acquir. hered.* vbi quærit, † An creditores agen-

tes contra ſuum heredem tanquam contra heredem patris habeant fundatam intentionem, niſi probet filius ſe abſtinuiſſe. Et poſtquam † admiſit eſſe illum iure 1
ciuili heredem, nec tantùm nomine, ſed etiam effectu: concludit tamen ſi conueniatur à creditoribus tanquam heres, neque ex actis iudicij appareat quicquam ab eo factum quod immixtionem poſſit inducere, fortè ſi fuerit contumax, non poſſe illum condemnari, licèt nec abſtinuiſſe illum apparear: mouetúrque hac vna ratione, † quòd ſicut ille qui obligatus eſt purè, ſi 2
obligatio illa ſperatur nouari in conditionis euentum, non poteſt interim conueniri, *leg. pecuniam 36. de rebus credit.* ita iſte filius, licèt ſit obligatus, quia tamen ſperatur tolli iſta obligatio in conditionis euentum, ſcilicet ſi voluerit abſtinere (nam & ita legendum eſt apud Bartolum. Bone verò Deus, quid hoc eſt, quòd in emendando quoque Bartolo laboramus!) interim conueniri non poteſt, nec habet neceſſe hoc opponere, quia ius hoc inducit. Subiungit confirmationem, quia id quod eſt verum à iure inductum, non eſt neceſſe exprimi per hominem. Et hic eſt caſus, inquit per *leg. 1. Cod. ſi vt ab heredit. ſe abſtin. ibi Fides veritatis verborum adminicula non deſiderat.* & idem *in l. ei qui 12. ſupr. eodem tit. de acquir. hered. & in l. qua ſub conditione 8. in fin. D. de condic. inſtitut.* Hæc verò germana Bartoli traditio eſt ipſiſſimis ipſius verbis concepta, quæ quoniam à cæteris communiter probata, & apud pragmaticos noſtros paſſim receptiſſima eſt, & à nobis quoque tantò diligentiùs & exactiùs eſt confutanda, quod tamen iam ſatis ſuperque factum eſſe fatebuntur, meo iudicio, qui legerint & intellexerint quæ in præcedentibus de ſui heredis exiſtentia diſputauimus, ſi modò ad rationes & leges illas reſponderimus, quibus moueri ſe Bartolus profitetur. Ratio illa eſt † quam attulimus petita ex comparatione putæ ſti- 4
pulationis nouandæ ſub conditione, ſubtilis planè, vt minùs ſubtiliter intuentibus videtur, ſed tamen meo iudicio parum apta. Eſt enim manifeſta ratio differentiæ inter hos caſus, quia ſtipulationis conditionalis interpoſitæ nouandi animo vis illa eſt, vt quandocunque exiſtente conditione puram obligationem iam inde ex quo die conditionalis ipſa interpoſita eſt nouaſſe ac peremiſſe retrofingatur, *leg. quoties 14. & leg. nouatio 20. D. de nouat.* vbi additur ſtipulationem hanc, tametſi conditionalis ſit, tamen etiam pendente adhuc conditione non tantùm valere, verùm etiam ius tribuere ſtipulatori, & quidem tale quod defuncto quoque ſtipulatore ante conditionis euentum tranſmittatur ad ipſius heredes. Proinde mirum non eſt interim agi non poſſe ex præcedente obligatione pura, quæ in eo eſt, vt ex euentu poſſit videri iam tum peremptа fuiſſe cùm ex ea agebatur. Ita enim ex poſt facto appareret actum fuiſſe ſine actione, aut actionem aliquam competiiſſe ſine obligatione, quorum neutrum vulgares iuris regulæ patiuntur. Indéque etiam differentia illa deſcendit, inter legatum conditionale & ſtipulationem conditionalem, quod legatum † con- 5
ditionale ad heredem non tranſmittitur, ſtipulatio verò conditionalis tranſmittitur, Legatarius conditionalis ante conditionis euentum mortuus, numquam creditor fuiſſe intelligitur, ne quidem conditionalis. Stipulator verò conditionalis, creditor quoque conditionalis eſt *leg. is cui quadrageſima ſecunda, D. de obligat. & action. §. conditionali Inſtitut. de verbor. obligation.* Nempe quia in ſtipulationibus factum ſtipulatoris verſatur ex quo ius ſtipulationis naſcitur, quod ei acquiritur vel purè, ſi pura ſtipulatio fuit: vel ſub conditione, ſi conditionalis. At in legatis nullum legatarij factum interuenit, ſed ſola poteſtas legis, quæ porrò legatum conditionale numquam confirmat antequam conditio extiterit, ne fruſtrà confirmaſſe videretur, ſi conditionem poſtea

deficere contingeret. Legis siquidem solenne propositum est, sicut & naturæ, vt nihil faciat frustrà quod non æquè de homine dici potest. At quid commune aut simile habet ius sui heredis cum pura obligatione, beneficium verò abstinendi cum stipulatione conditionali? Illud nimirum, inquit Bartolus, quod quemadmodum spes est, obligationem puram per conditionalem nouari posse, ideóque interim agi ex ea non magis potest quàm si nouata esset, ita suum heredem qui statim & ipso iure heres est, speratur abstenturum esse, & ob id non magis conueniri à creditoribus interim potest, quam si iam se abstinuisset. Quænam verò, inquam, spes ista est suum heredem abstenturum esse? aut ex quo colligenda? Fateor posse suum heredem se abstinere, & quidem ex solo prætoris edicto perpetuo, neque necessarium esse prætoris decretum, quod necessarium est in beneficio deliberationis impetrando, *l. 1. l. si quis suus* 8. *& pass. D. de iur. delib.* qui sensus est Vlpiani in *l. ei qui* 12. *de acquirend. heredit.* vbi
6 non illud scribitur, † quod vult Bartolus, ei qui se abstinere potest, sufficere quòd se non immiscuerit, ad hoc vt videatur se abstinuisse, sed ad hoc tantùm vt possit se abstinere, nec esse necesse vt adeat ex hac causa prætorem. Longè autem aliud est dicere, Posse quem se abstinere, &, Iam se abstinuisse videri. Illud ad futurum tempus, hoc ad præteritum refertur. Cùm se iam abstinuit suus heres, exinde pro herede non habetur iure prætorio, quamuis maneat heres iure ciuili. Priùs verò quàm se abstinuerit, non tantùm heres est iure ciuili, sed etiam pro herede habetur iure prætorio, nec quòd se possit abstinere quicquam facit etiam apud prætorem, *dicta l.* 1. §. *qui sunt in potestate. D. si quis omiss. causs. testament.* quia prætor id egit vt suis heredibus subueniret qui se abstinere vellent, non iis qui tantùm possent. Denique prætor ita demum eos habet pro non heredibus, non si se non immiscuerint, sed si se abstinuerint, quod aliud planè diuersúmque est, & è contrario habet eos pro heredibus non ita demum si se immiscuerint, sed ita si se non abstinuerint. Sufficit ergo vt non probentur se abstinuisse, quantum ad hoc vt quasi heredes possint conueniri etiam apud prætorem. Alioqui dicendum esset non habituros suos heredes iure prætorio beneficium transmissionis, si decederent ignorantes se necessarios extitisse, cum nec volens se immiscere potuerit qui ius suum ignorauit, *l. qui hereditatem* 19. *de acquir. hered.* quod tamen falsum esse constat ex *l.* 2. §. *si quis ex liberto, D. ad SC. Tertyll.* in cuius specie posthumus qui dum in vtero esset, missus fuerat in possessionem, si postea natus sit suus heres patri & ante acceptam bonorum possessionem decesserit, matri tamen nocet, & quidem quasi bonorum possessor, aut saltem tanquam is qui cùm sit suus heres, nec se vnquam abstinuerit, nulla indiget bonorum possessione, vt heres fuisse videatur iure quoque prætorio, perinde acsi bonorum possessionem accepisset. Dixi sufficere, vt non probentur se abstinuisse: non autem sufficere vt probentur se non abstinuisse, quia negatio illa, quòd se non abstinuerit, probari per rerum naturam non potest, *leg. alter.* 25. *Cod. de probat. l. aduersario* 10. *Cod. de non numer. pecun.* nisi malis dicere probatam intelligi hoc ipso, quod contrarium non probatur, vt in *leg. datem qua* 30. *D. de iur. dot.* At quòd suus heres se
7 abstinuerit, † facti est positiui & affirmatiui, & idcirco probari & potest & debet ab eo qui abstentionem allegat, non ab eo qui negat, *l.* 2. *D. de probat.* Nec Bartoli sententiam in contrarium iuuant verba illa, *dict. l.* 1. *Cod. si minor. ab heredit. se abstin. ciom fides veritatis verborum admixtula non desideret.* Non enim id
8 sibi volunt † Imperatores, vt præsumatur abstentio si non probetur, cùm dirigatur rescriptum ad filios ipsos qui nulla egebant præsumptione vt videretur se abstinuisse, sufficiente iis dicere se abstinere. Sed hoc tantùm vt sui heredes se abstinere volentes non cogantur probare quòd se non immiscuerint antea, siue quod ea quoque sit negatio, quæ, vt proximè diximus probari per rerum naturam non potest, siue quòd probetur hoc ipso, quòd contra filios immixtio præcedens nulla probatur. Dubitandi autem ratio illa erat, quòd pro eodem acceptenda illa viderentur, *se non immiscere & abstinere*, abstentio verò facienda expressè ac omnimodo probanda esset: sed imò verò sunt ista differentia, † Se non 9
immiscet qui nec immiscet se, nec abstinet: abstinet verò non is qui se tantùm non immiscet, sed qui præterea voluntatem suam declarat, quòd nolit se immiscere. Itaque longè plus est se abstinere quàm se non immiscere, sicut ex diuerso plus est se immiscere quàm se non abstinere, quoniam qui se immiscet iam pubes factus, facultatem sibi præripit se postea abstinendi, quam tamen nemo dixerit amittere illum qui nec se immiscuit, nec abstinuit. Idque erat de quo apud Imperatores quærebatur, An auxilio restitutionis egerent sui heredes vt possent se abstinere cùm voluntatem suam nondum declarassent, quasi ob hoc solùm quod non se abstinuissent, viderentur se immiscuisse, fuissetque iis necessaria testatio contrariæ voluntatis, vt in specie *l. filiusfamilias* 16. *D. ad SC. Macedon.* qui error conueniret adprimè & responderet errori huic Bartoli, quem nos refutamus. Putat enim Bartolus filium † 10
pro abstento habendum esse hoc ipso quòd non probatur se immiscuisse, nisi quòd error Bartoli, (pace tanti viri dixerim) stolidior est, & ex illo ipso Imperatorum rescripto refellitur. Nam si sufficit, vt ille putat, quòd suus heres non se immiscuerit ad hoc vt abstentionis beneficio fruatur, nec magis conueniri possit à creditoribus patris quàm si se abstinuisset, quænam ratio dubitandi in ea specie esse poterat propter quam vereri debuissent minores ne pro herede gessisse viderentur ob id tantùm quod nec immiscuissent se, nec abstinuissent: si tale ius erat, vt qui se non immiscuissent pro abstinentibus haberi deberent? An potest quis videri pro herede gessisse, ob id quod videatur se abstinuisse? Iam verò quod idem Bartolus obiicit ex *dict. l. quæ sub conditione* 8. §. *vltim. de condic. institut.* † ad 11
rem nullomodo pertinet. Ibi enim non de abstentionis beneficio agitur, sed de iurisiurandi conditione quam Vlpianus ait ex prætoris edicto sic remitti, vt non sit necesse hoc nomine adire prætorem: semel enim, inquit, à prætore in perpetuum remissum est iusiurandum, nec per singulos prætores remittendum, nisi forte his etiam verbis abuti voluit Bartolus, vt ad propositum nostrum inferret, semel quoque datum esse à prætore suis heredibus beneficium abstinendi, idque in perpetuum, nec proinde singulis suis heredibus abstinendum esse. Sed si voluit ille ita ratiocinari, profectò mala & inepta ratiocinatio est: debuit enim hoc tantùm inferre, Non esse per singulos prætores permittendum suis heredibus vt se abstineant, cùm sufficere iis debeat quòd semel id permissum edicto fuit, vt in perpetuum esset permissum. Quod quamquam ita est, non tamen inde fit consequens, vt suo heredi non sit necesse abstinere se si pro abstento haberi velit. Nec enim prætor quemquam abstinet, sed tantùm abstinendi potestatem facit, *dict. l. necessariis*, neque id inuitis, sed abstinere se volentibus, *dict. l. si filius* 12. *de vulgar. & pupill. substit.* Ex quo rursum intelligimus abstinendi beneficium non in spe positum esse, sed in potestate & arbitrio sui heredis, & in hoc quoque malam esse comparationem † illam, quam facit Bartolus stipu- 13
lationis conditionalis puram nouaturæ, & abstentionis sub ea conditione suo heredi indulgendæ, si abstinere velit. Qui enim sub conditione stipulatus est, quæ non sit in ipsius potestate, spem quidem habet nascituræ obligationis, sed non ideo potest facere vt nascatur, non

magis

magis quàm vt conditio exiſtat, qui alioquin ad heredem ſuum nihil tranſmittere poſſet ſi conditionem in ſua poteſtate habuiſſet, ſiquidem fieri nequit vt conditio quæ in ſtipulatoris voluntate & poteſtate fuit ipſius morte non deficiat: & ideò cum non poſſit facere ſtipulator vt conditio exiſtat, hoc ſaltem ei concedendum eſt vt ſpem aliquam habeat, eámque ad heredes tranſmittat, quippe quam ex facto ſuo quæſierit. At ſuus heres, in cuius voluntate & arbitrio poſitum eſt vt ſtatim abſtineat, quam ſpem abſtinendi habere dici poteſt? aut quodnam ipſius factum intercedit, propter quod videri debet tam inde ab initio aliquod ius quæſitum habuiſſe quod potuerit impedire effectum ſuitatis? Nullum penitus. Sed & quantum iſta inter ſe diſtent ex eo quoque dignoſcitur quòd exiſtens conditio poſterioris ſtipulationis conditionalis facit vt nouetur & permutetur prior quæ pura fuit, quin imò vt nouata peremptáque fuiſſe retro fingatur ex quo die interpoſita eſt conditionalis, vt ſupra diximus ex *dicta l. pecuniam* 36. *D. de rebus creditis*, *dict. l. quoties* 14. *& l. nouatio* 20. *D. de nouat.* At quamuis filius ſe abſtineat, tantùm abeſt vt in præteritum heres nunquam fuiſſe videatur, vt nec poſt abſtentionem deſinat heres eſſe & nomine, & effectu, vt paulò poſt dicemus, & iam probauimus ex *dicta l. neceſſariis*, *dict. l. ſciendum* 32. *D. de manumiſſ. teſtam. dict. l. cùm quaſi* 30. §. *ſed etſi ſuus. D. de fideicommiſſ. libert. dict l. ita tamen* 27. §. *ſi pater ad SC. Trebell.* Quanto minùs ergo poterit
13 ſola ſpes † abſtentionis, vt loquar cum Bartolo, impedire vim & poteſtatem ſuitatis, ac facere, vt qui nondum abſtinuit, eo iure & fauore cenſeatur quo iam abſtinuiſſet ob hoc ſolùm quòd poſſet abſtinere ſi vellet? Annon potiùs ei imputandum eſt cur abſtinere ſtatim nolit, cùm ſtatim poſſit? Et in exemplo illo Bar-
14 toli † cùm ſuus heres conuentus à creditore hereditario tanquam heres, contumax eſt, cur meliorem ipſius conditionem faciemus ob delictum, vt pro abſtento habeatur ne poſſit condemnari, qui vel ob ſolam contumaciam condemnari deberet, quémque etiamſi præſens eſſet, & taceret, in ſolidum tamen propter contumaciam condemnari oporteret, quamuis re vera nonniſi pro parte heres eſſet, *l. de etate* 11. §. *qui tacuit. de interrog. in iur. faciend.* Quare nec illud ad rem per-
15 tinet, quod idem Bartolus obiicit, non eſſe neceſſarium vt ab homine exprimatur verum illud quod à iure inductum eſt. In propoſito enim verum quidem illud eſt, & a iure inductum, vt filius ſe poſſit abſtinere, ſi velit, & hoc ſanè ab homine exprimi neceſſe non eſt, at non ſimiliter vt ſe abſtineat, ſi nolit, aut vt pro abſtento haberi debeat antequam declarauerit ſuam voluntatem. Indiget ergo ea res expreſſione, vt ſuus heres dicat an ſe abſtinere velit, necne: quo incerto & pendenti, quid aliud facere etiam prætor ipſe poteſt, niſi vt habeat interim eum pro herede in omnibus, cùm & rei veritas, neraque iuris ratio illa ſit, & nihildum vrgeat propter quod vllo æquitatis prætextu rigor ille iuris, qui ſuum heredem facit etiam inuitum, nedum ignorantem, moderandus ſit à prætore. Nec enim prætoris edictum ſic conceptum eſt, vt ſuum heredem ita pro herede habeat, ſi velit ille heres eſſe, ſed ita vt pro herede illum habeat, niſi heres eſſe nolit, ſuámque illam voluntatem declarauerit expreſſa abſtentione, id eſt, ita vt pro herede illum non habeat eo demum caſu quo heres eſſe nolit. Alioqui paulatim dicendum erit, non ſolum condemnari non debere hunc qui nec ſe immiſcuit, nec abſtinuit, ſed neque conueniri vllo modo poſſe priùs quàm vel ſe immiſcuerit, vel interrogatus ſit an abſtinere velit & reſponderit nolle. Quod tamen falſiſſimum eſſe conſtat ex *dicta l. neceſſariis*, *dicta l. penultim. D. de auctor. tutor. l. ex contractu* 44. *D. de re judic. leg. ſecunda. D. de con-*

dict. fort. Neque verò Bartolus, qui in hac quæſtione tot abſurda effutiuit, hoc tamen dicere auſus eſt, nec quiſquam alius quem viderim ex interpretibus, quamuis inter eos non defuerint qui dixerint ius † abſten- 16
tionis eſſe ex iure ciuili: de quo tanquam de maxima & valdè controuerſa quæſtione diſputat latè Iaſon. in *l. vnic. Cod. quand. non petent. part.* Sed quemadmodum abſurdiſſimum eſt de hoc dubitare, cùm innumeris iuris noſtri locis ſcriptum ſit eſſe ius hoc à prætoribus introductum, ita illud ineptiſſimum, multóque ineptius dicere, ius abſtinendi † tollere poteſtatem iu- 17
ris ſuitatis, etiam ante abſtentionem: cùm etiamſi iuris ciuilis eſſet, ideoque poteſtatem eam haberet, vt ſuitatem, quæ eſt ex iure ciuili, tollere poſſet, non priùs tamen vires ſuas exercere deberet, quàm abſtentio ſecuta eſſet. Non enim facultas abſtinendi illa eſt, ſed abſtentio ipſa, quæ ſuitatis effectum eneruare poteſt, vt iam diximus. Hucuſque proſecuti ſumus duo illa priora membra diſtinctionis Bartoli, De poteſtate exiſtentiæ ſui heredis iure prætorio, ſiue ſuus heres ſe immiſcuerit, ſiue nec ſe immiſcuerit, nec abſtinuerit. Supereſt expediendum † paucis tertium & poſtremum 18
eiuſdem diſtinctionis membrum, ſi ſuus heres expreſſim ſe abſtinuerit. In quo caſu non dubitat Bartolus † 19
quin beneficium abſtinendi tunc operetur & eneruet vires exiſtentiæ ſui heredis. Rationem reddit, quia damnum filij eſt quotieſcunque aliquid fit contra ipſius voluntatem, memor ſcilicet ſuperioris illius ſubdiſtinctionis, An de filij commodo, an de onere & incommodo agatur. Subiungit duplicem exceptionem: Vnam, ſi delictum ſui heredis aliquod interuenerit, puta ſi quid ex paterna hereditate amouerit, vel dolo eius factum ſit quo quid amoueretur ex *l. ſi ſeruum* 71. §. *prætor ait. & ſeq. D. de acquir. heredit.* Alteram, ſi voluntas teſtatoris faciat vt propter abſtentionem debeat ns carere quæ ex eadem voluntate habere debuiſſet ſi non abſtinuiſſet, vt in ſpecie *legis ſed ſi non aliter* 88. *& ſeq. de legat.* 1. vbi agitur de filio cui pro parte inſtituto heredi aliquid pater legauerat, ſed eo animo vt non aliter haberet quàm ſi hereditatem retineret. Hæc quoque pars † diſtinctionis, ſi hanc poſteriorem clau- 20
ſulam demas, tota falſa eſt. Iam enim ſuprà probauimus, tum quoque cùm filius ſe abſtinet, nihilominùs heredem eum manere iure ciuili, ex eoque fieri vt in eo ſtatu ſint omnia quæ ex iuris ciuilis poteſtate pendent, etiam quantum ad prætorem, in quo eſſent ſi filius non abſtinuiſſet, niſi quòd ad hoc vnum, vt neque à defuncti creditoribus, neque à legatariis, aut fideicommiſſariis conueniatur, licèt is teneatur. Itaque & pupillares tabulæ valent, & libertates & tutelæ, nec tantùm quod ad ius ciuile attinet, ſed etiam quod ad prætorem ipſum, qui vtique & pupillarem ſubſtitutum habebit pro ſubſtituto, & ſeruum, cui data fuit libertas, pro libero, & tutorem ſcriptum pro veto tutore teſtamentario citra vllam confirmationem, acſi filius expreſſim ſe immiſcuiſſet, dabitque iis eas ipſas actiones, quas daret ſi immixtio præceſſiſſet. Cur verò prætor ipſum filium † qui abſtinuit 21
non habeat hæredis loco, quantum ad hoc vt eum à creditoribus & legatariis conueniri patiatur: ratio non illa eſt quam reddit Bartolus, quòd filij damnum id ceſſurum eſſet (quid enim ſi opulentiſſima hereditas proponeretur, quam retinere filio expediret?) ſed quia ſolam filij voluntatem intuetur prætor, vt eum liberet ab oneribus hereditariis non ſponte ſuſceptis, nec in eo magis quàm in alio vllo herede inquirit, an iuſtam cauſam habuerit necne, propter quam noluerit hereditariis negotiis implicari, *lege ſi in teſtamento vigeſimo ſecundo*, *in fin. D. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtament. leg.* 4. *D. ad Senatuſconſultum Trebellianum*, *lege quarta*, §. *ſiquis ex vnica. D. de dolor. exception.*

22 Cæterùm eo quoque casu † quo filius se abstinuit, licèt ex eo tempore non habeat illum prætor heredis loco, tamen non eo magis habet irrita quæ filius, antequàm abstinendi consilium caperet, gessit bona fide quasi ab eo gesta, qui nullum in hereditate ius habuisse retrofingatur, sed ea seruat tanquam iure gesta, *l. quoties* 44. *de acquir. hered. l. si non expedierit* 6. §. 1. *D. de reb. autor. iudic. possidend.* quod vtique fieri nec posset, nec deberet, si tota potestas existentiæ sui heredis quantum ad prætorem potestate abstentionis extingueretur. Idem probari etiam potest ex eo, quòd cùm suus
23 heres se abstinuit, † siue ante, siue post immixtionem, licèt ex autoritate prætoris bona vendantur perinde acsi nullus debitori heres extitisset, si quid tamen ex pretio supersit dimissis omnibus creditoribus, totum id pupillo seruari etiam prætor ipse iubet, *dicta leg. si non expedierit, in princip. l. si pupillus* 78. *D. ad Sc. Trebell.* Hoc verò cur ita? Et cur non potiùs fiunt bona vacantia filio, quamuis pupillo abstinente, quemadmodum fierent agnato proximo repudiante, ideoque ad fiscum pertinerent, aut si vnus ex prioris gradus cognatis bonorum possessionem accepisset, ac postea beneficio ætatis, ad eam omittendam restitutus fuisset, *l. vlt. D. de succeff. edict.* Nam & prætoris edictum perpetuum ita conceptum fuit, vt non aliter bona venderentur, quàm si fisco ex iis acquiri nihil posset, *l. 1. §. an bona. D. de iur. fisc. l. 4. §. si bona. D. de fideicomm. libert. l. si bona* 5. *Cod. de bonor. autor. iudic. possidend.* ne scilicet aliter posito iure fieret iniuria fisco, ad quem pertinere deberet quicquid post dimissos creditores ex iis bonis supereffet. Nimirum prætor non habet bona patris pro vacantibus, sed pro bonis pupilli etiam post abstentionem, idcirco vult seruari pupillo, non etiam fisco acquiri quicquid supereft creditoribus dimissis. Quod tamen nullo colore, nedum iure faceret, si per abstentionem eneruata esset existentia sui heredis. Dices, Cur ergo in pupillo tantùm id obtinet, non etiam in cæteris suis heredibus? Nam supradicti iuris loci hoc ipso, quod tantùm de pupillo loquuntur, cæteros omnes ab eodem beneficio excludunt. An quia pupillus
24 priuilegium † habeat vt etiam post abstentionem possit rursum se immiscere, dummodò bona non sint vendita, *dicta l. necessariis.* Minimè. Iubet enim prætor seruari pupillo superfluum pretij etiam priùs quàm se immiscear; cùm nec venditionem ipsam bonorum aliter fieri patiatur, quàm hac lege, vt quod superauerit ex pretio, populo seruetur: sed quia sicuti pupilli fauor id exigere visus est, vt etiam post abstentionem ius se immiscendi retineret, ita hoc quoque vt ei seruaretur, quod superfore ex pretio bonorum paternorum propter abstentionem venditorum. Nec eo priuilegio digni sunt cæteri, qui abstinendo, licèt neque nomen, neque ius sui heredis exuere potuerint, id tamen egerunt quantum potuerunt, ne pro heredibus haberentur. Itaque quamuis hoc casu non magis bona fiant vacantia quàm si pupillus fuisset is qui abstinuit, nec proinde ad fiscum pertinere debeat superfluum pretij, neque rursus prætextu fisci venditio bonorum impediri, nihil tamen ad puberem, qui se abstinuit redire potest, interque ipsos creditores diuidi necesse est quæcumque redigitur ex bonorum paternorum venditione, siue plus illud sit, siue minùs, quàm quod debeatur: quasi sic transacto negotio inter suum heredem & creditores, cùm ille se abstinuit, vt sibi soluerent illi ex bonis defuncti, vel ea vendendo, vel inter se diuidendo, ac quasi in solutum accipiendo: aliter quàm si bonorum venditio ex edicto facienda esset viuo patre ipso qui debitor fuisset, tunc enim cogerentur creditores peragere bonorum venditionem etiamsi nollent, cùm alia ratione indemnitatem consequi non possent, quippe qui nec dominij iure bona debitoris sui vindicare possent, vel retinere, neque petere vt sibi pro debito addicerent, *leg. 4. Codic. qui bonor. ceder. possess. l. pro debito* 6. *leg. cum proponas* 9. *Cod. de bonor. autor. iudic. possidend.* quia si venditione facta supersit aliquid ex pretio post dimissos creditores, totum id debitori seruari æquum est, *l. vltim. Cod. si vend. pignor. agat.* tum quoque cùm fiscus distraxit, *leg. in fraudem* 45. §. *si plus. D. de iur. fisc.* At non similiter possis dicere æquum esse vt superfluum pretium seruetur suo heredi qui se abstinuit, & à se totum paternæ hereditatis commodum abdicauit. Quid ergo aliud fieri possit nisi vt bona inter creditores diuidantur? præterquam si de pupillo agatur, cui non tam inuito quàm ignoranti in hoc fauetur, vt non tantùm se possit immiscere post abstentionem, si velit, antequàm sint bona vendita, sed etiam vt post venditionem, non quidem ad eam retractandam (in hoc enim æquale ius est omnium qui se abstinuerunt) sed ad superfluum consequendum, quasi finita sublataque causa abstentionis, cùm post dimissos creditores, peractamque bonorum venditionem, nullum subsit periculum propter quod pupillus debuerit abstinere, aut vereri ne paternis negotiis implicaretur, quo solo metu fuerat ei permittendum à prætore, vt se abstineret. Planè puberis eadem ratio erit quæ pupilli, si ponas eum ex causa ætatis fuisse restitutum in integrum aduersus abstentionem, quia restitutus non tantùm re vera heres iure ciuili erit, sed etiam pro herede habendus in omnibus apud prætorem. Sed in pupillo semper hoc amplius est, quod non magis eget restitutione, vt superfluum illud pretium consequatur citra vllam aliam immixtionem, quàm vt se immiscear ante venditionem. Refellitur † 25
etiam Bartoli sententia non obscurè ex eo quod Paulus scribit in *l. si filius* 12. *D. de interrog. in iur. faciend.* Si filius qui se abstinuit paterna hereditate in iure interrogatus responderit se heredem esse, teneri eum, quoniam ita respondendo pro herede gessisse videatur, atque ita etiam à prætore pro herede habeatur. Quomodo enim posset filius, qui per abstentionem heres esse, quantum ad prætorem, omnino desiisset, postea rursum heres fieri ex eo solo quòd se heredem esse respondisset? An fortè aut ciuilis legislator, aut prætor vnquam permittit ei, qui nec suus, nec necessarius heres sit, vt post repudiationem rursus heres fiat? Annon edicto illo *de interrog. in iur. faciend.* hoc etiam prætor exigit, vt falsæ confessiones naturalibus & veris conueniant, *l. confessionibus* 3. *eod.* vt qui respondit se heredem esse, non aliter ex suo responso teneri possit quàm si talis sit qui heres esse possit. Admittit ergo prætor, & habet hunc pro herede etiam post abstentionem, qui scit non esse factum per abstentionem quominùs heres re vera manserit, nihilque prohibere quò abstentio per gestionem pro herede reuocetur. Neque hoc alia ratione, quàm quòd sui heredis existentia semper integra substiterit, nullomodo per abstentionem imminuta. Quod adeò verum est, vt nec filio maiori annis xxv. necessaria sit aduersus eam abstentionem restitutio, vt se immiscere possit, aut principali indulgentia, quæ tamen necessaria esset, si post immixtionem vellet se abstinere, *dicta leg. si quis suus* 8. *de iur. delib. dicta leg. necessariis l. si minor* 61. *l. penult. D. de acquir. hereditas.* Neque refert an post abstentionem gerat se pro herede, respondendo in iure se heredem esse, vt in *dict. l. si filius* 12. *de interrog. in iur. faciend.* an quid aliud faciendo per quod se paternæ hereditati immiscear, vt puta debitum patri soluendo, *l. 2. Codic. de iur. delib.* Vtrum verò etiam aliquid ex paternis † bonis amouendo? Et 26
si quidem amouisset ante abstentionem, proculdubio abstinendi beneficium non haberet, quoniam eo ipso

prætoris

prætoris edicto, quo beneficium abſtinendi inductum eſt, ita prouiſum fuit, *dict. leg. ſi ſeruum §. ait prætor*, & meritò, cùm is qui amouet, ſatis ſe immiſceat bonis, quia non modò attingit, quod ſufficeret, ſed etiam dolo malo. Quamuis ſi extraneus eſſet, non idcirco heres fieret, admiſſo ipſo, & facinore contrariam voluntatem declarante, *leg. ſi quis extraneus 21. D. eod.* nempe quoniam extraneus nemo heres ſit ex eo ſolo quod attingit aliquid hereditarium niſi attingat animo acquirendæ hereditatis, *leg. pro herede 20. leg. gerit 88. eod.* qui porrò animus, ſi non probetur, numquam ex tali præſumi poteſt, quàm quæ fieri non potuerit citra ius & nomen heredis, *dicta leg. pro herede §. Papinianus.* In ſuo autem herede, qui iam ipſo iure heres eſt, non exigimus vt hereditarium aliquid attingat tanquam heres ad hoc vt beneficium abſtinendi amittat, ſed hoc tantùm vt ſe immiſceat, quod fit ſimpliciter attingendo rem quamlibet paternam, dummodo paternam eſſe ſciuerit, quomodo accipi debet quod Papinianus ſcribit in *dicta leg. eum bonis.* Itaque non hereditatem acquirere dicitur, ſed retinere, quod multo facilius eſt, nec præterea hereditati ſe immiſcere, quod obſeruandum eſt, ſed bonis, quia hereditas cùm in iure conſiſtat, in corpore aditi nullomodo poteſt, *leg. 1. §. vltim. D. de ver. diuiſ.* nec proinde immixtionem admittere, quæ non fit niſi attingendo. Bona verò illa ſunt quæ & attingi poſſunt, & attinguntur. Sed cùm poſt abſtentionem ſuus heres aliquid amouet ex bonis paternis, licèt adhuc heres ſit iure ciuili, & attingat res hereditarias, adeóque dolo malo, & quidem euidentiore quàm ſi non abſtinuiſſet: difficilius tamen eſt vt prætor eum pro herede habere debeat, quin potiùs pro fure, cùm abſtinendi conſilium quod ſemel habuit non eo minùs videri debeat retinuiſſe, quòd hereditarium aliquid amouerit. Atque ita ex Sabino aperè ſcriptum eſt in *dicta leg. ſi ſeruum. §. vltim.* Vt enim qui ſemel abſtinuit, poſtea pro herede apud prætorem haberi incipiat, non ſufficit vt quid attingat hereditarium, niſi attingat eo animo vt abſtinendi conſilium abiiciat, quod ipſum fieri nequit, ſi non ad factum attingendi animus quoque accedat ſe immiſcendi, & hereditatem retinendi, qui tamen animus non magis per amotionem probatur in ſuo hærede, quàm in extraneo animus acquirendæ hereditatis per explicationem, *dict.* 27 *leg. ſi quis extraneus.* Malè † tamen Bartolus hoc, quod dicimus, ſuum heredem qui res amouit, refert ad odium ipſius, quaſi propter ſuum delictum dignus ſit in cuius odium exiſtentia ſui heredis per abſtentionem aliquis tolleretur, ſuperſit ſalua. Non enim odio filij hoc fit, ſed ex iure communi, propterea quod, vt iam dixi, amouendo attingit, perindéque teneretur & abſtinendi beneficium amitteret ſi aliter quoque attingeret, quàm amouendo. Præterea delictum hoc non facit vt filius amittat commodum abſtentionis quaſi iam ſibi acquiſitum, ſed è contrario vti ne admittatur ad beneficium illud, nec ei permittatur abſtinere. Quare nec accommodata exceptio eſt ad eum caſum quem tractamus, quo filius ſe abſtinuerit, quia prius eſſet vt filius abſtinere poſſet, quàm vt queri oporteret an abſtentio ei prodeſſe deberet, necne. Sed etſi nihil niſi delictum ſui heredis intueretur prætor, quid referret vtrum ante an poſt abſtentionem filius res amouiſſet? Imò proprius eſſet ille caſus quo prætor ei adimere deberet beneficium abſtentionis quod ſemel dediſſet, niſi poſt abſtentionem ab eo quid amotum videret. Atqui non eò magis habet hunc qui abſtinuit pro herede, ſed pro fure, *dict. leg. ſi ſeruum §. vltim.* quia delictum filij non ſolùm ipſius voluntatem non probat, quòd abſtentionis pœnituerit, ſed etiam contrarium animum demonſtrat, quòd etiamnum hodie heres eſſe nolit. Fateamur ergo, quod res eſt, totam quæſtionem hanc malè à Bartolo aliiſque Bartolum ſecutis interpretibus tractatam, ita vti à nobis explicata fuit explicandam eſſe. Scripſeramus iam de his nonnulla in Decad. ſecunda, ſed multò ieiuniùs, quia non niſi cum pragmaticis noſtris ſanè ieiunis & miſerandis Doctoribus res tùm nobis erat. Nunc paulò exactiùs, quia contra Bartolum Ducem pragmaticorum dimicandum nobis fuit. His verò illa etiam iungi volumus quæ ſcripſimus *lib. 2. Coniectur. capit. 2. de emendatione, leg. paterfamilias 28. de reb. auctor. iudicat. poſſident.* Nam ſi ex illo Iauoleni † reſponſo tollas ea 28
verba, *poſtquàm filius ſe paterna miſcuit hereditati*, quæ tollenda eſſe oſtendimus, & Iauolenum intelligas de eo caſu quo filius inſtitutus ſe abſtinuerat vt in proponenda facti ſpecie apertè dixerat is qui Iauolenum conſulebat, probabit ille locus omnium euidentiſſimè abſtentionem ſui heredis non facere quominùs prætor quoque habeat illum pro herede in cæteris omnibus, præterquàm in eo vt à defuncti creditoribus & legatariis conuenirí poſſit. Quia ſi vllus caſus eſſet in quo nollet prætor in qua alia re illum habere pro herede, is maximè eſſet quo ageretur de permittendo ei qui eſſet impuberi ſubſtitutus, vt omiſſa patris hereditate pupillarem amplecti poſſet, quandoquidem pupilli quoque intereſt valdè, proſpici ne metu onerum patris timidiùs quis etiam ipſius impuberis adeat hereditatem, *leg. Iulianus 42. alias l. ſi pupillus. D. de acquir. hereditat.* Et tamen non dubitat in illa ſpecie Iauolenus quin prætor, ex cuius iuriſdictione filius, dum viueret, beneficium abſtinendi habuerat, non debeat idem beneficium accommodare ſubſtituto. Idque non alia ratione quàm quòd vna ſit hereditas patris & filij eo tempore quo ſubſtitutus pupilli hereditatem adit, & conſequenter poſt filij quoque abſtentionem, cum nec hereditas filij vlla ſit quandiu viuit, *leg. 2. §. interdum. de vulgar. & pupill. ſubſtitution. leg. ita tamen vigeſima ſeptima, à patre. D. ad Senatuſconſultum Trebellianum*, mors verò ipſius ſecuta ſit abſtentionem.

Quomodo autem poſſet prætor hereditatem filij abſtenti, & hereditatem patris pro vna habere, aut etiam, ſi voles, pro duabus ſimul iunctis, vt loquitur, *l. ſed ſi plures 10. §. filio, de vulg. & pupill. ſubſtitut.* niſi ſuum heredem pro herede haberet etiam poſt abſtentionem? Sed erit hoc dilucidius ex iis quæ proxima Decade iamiam dicturi ſumus.

ANTONII FABRI IC.

Decas Trigesimasecunda.

ERROR PRIMVS.

De suo herede se abstinente, cui datus fuit substitutus pupillaris.

SVMMARIA.

1 *Quæstio de dissensione Iuliani & Marcelli relata in l. quæsitum 40. & l. Iulianus 42. D. de acquir. hered.*
2 *Quodnam sit edictum illud in quod Iulianus ait eum incidere qui hereditatem agnoscit pupilli cui fuerat substitutus, si velit hereditatem paternam omittere.*
3 *Patris & filij pupilli vnum est quidem testamentum, duæ tamen sunt hereditates.*
4 *Bartoli & Cuiacij de edicto sup. in disquisitionem vocato sententia explodutur.*
5 *Sententia auctoris de proposita controuersia.*
6 *In dd. ll. duas diuersas species tractari.*
7 *Iuliani sententiam, & Marcelli ad Iulianum notam vtrique casui dictarum legum conuenire non posse.*
8 *Sententia Iuliana tamen 27. §. qui suspectam. D. ad Trebell.*
9 *Marcellum non contradixisse Iuliano in dd. ll.*
10 *Ratio qua militat in specie l. Iulianus 42. est ineffi-cax in casu l. quæsitum.*
11 *In specie l. 42. Iulianus post Iauolenum præceptorem censet substitutum qui admittitur ad hereditatem pupillarem cogi etiam inuitum agnoscere paternam.*
12 *Autor sententiam à se propositam lib. 2. Coniect. c. 2. retractat.*
13 *An heres legitimus qui pupillo se abstinenti succedit teneatur paternis creditoribus respondere.*
14 *Differentia inter legitimum heredem pupilli, & substitutum pupillarem quoad onera hereditaria subeunda, & ratio decidendi d. l. Iulianus.*
15 *Marcelli notam non pertinere ad casum quem tractat Iulianus.*
16 *Marcelli distinctioni quando sit locus.*
17 *Expenditur ratio decidendi quam Tribonianus sub Vlpiani nomine adfert in d. l. Iulianus.*

DIximus in præcedenti Decade de suo herede se abstinente, cui datus fuit substitutus vulgaris quantum satis est, nonnulla etiam de illo cui datus fuit pupillaris, sed non quantum necesse videtur, vt leges omnes quæ de hac quæstione tractant, intelligantur. Præcipuam verò quæstionem † mouet Iuliani & Marcelli dissensio ab 1
Vlpiano relata in *l. quæsitum 40. & l. Iulianus 42. aliàs l. si pupillus. D. de acquir. vel omitt. hered. In l. quæsitum*, quærit Vlpianus, Si quis paternæ hereditatis nihil attigat, aliquid tamen propter patris voluntatem habeat, vel faciat, an creditoribus paternis cogatur respondere, vt puta, inquit, si fuerit impuberi substitutus. Et refert Iulianum in hac specie scripsisse incidere hunc in edictum, si se immiscuerit impuberis hereditati: ratione illa quòd qui iudicium parentis oppugnauit, non debeat ex eadem hereditate quicquam consequi: sed Marcellum in suis ad Iulianum notis eleganter distinguere, verum hic, quem ponimus impuberi substitutum, institutus fuerit ex toto asse in patris testamento, an ex parte, vt si ex asse, procedat quidem Iuliani sententia, si verò ex parte, potuerit sine metu onerum patris remota paterna successione impuberis hereditatem amplecti. At in *l. Iulianus 42.* idem Vlp. refert eundem Iulianum eod. libro scilicet vigesimo sexto Digestorum: & consequenter in eadem, vt videtur, specie scripsisse, si pupillus paterna hereditate se abstinuisset, deinde aliquis ei heres extitisset, non esse illum compellendum creditoribus paternis respondere, nisi substitutus ei fuit: inclinare enim Iulianum in hoc, vt putet substitutum etiam patris onera subiturum. Quæ sententia, inquit, rectè à Marcello notata est. Impugnat enim vtilitatem pupilli, qui ipse saltem potest habere successorem, ne alioqui metu onerum patris timidiùs quis etiam impuberis adeat hereditatem. Atque ita vulgò ab interpretibus, & à nobis etiam aliquando creditum est, Iulianum à Marcello dissensisse in quæstione illa, An substitutus impuberi instituto & se abstinenti pupillarem hereditatem amplecti possit omissa paterna, Marcelli verò sententiam prævalere, quæ permittit ei vt possit. Quo admisso, difficultas alia occurrit, quodnam edictum † illud sit, in quod substi- 2
tutum incidere putat at Iulianus. Neque enim huc pertinere videtur edictum illud prætoris, si quis omissa causa testamenti hereditatem ab intestato possideat, quippe quod euidenter illos tantùm coerceat qui ab intestato possident hereditatem, quam ex testamento habere cùm possent, noluerunt, vt supremam defuncti voluntatem circumuenirent, *l. 1. & tot. tit. si quis omiss. causs. testam.* Nos autem de illo tractamus qui non solùm paterni testamenti causam, sed & ipsam patris hereditatem prorsus omiserit, nihilque ex ea hereditate attigerit, sed pupillarem duntaxat hereditatem amplecti voluerit: quem proinde non potest dici quicquam facere aut in fraudem testamenti, aut contra edictum prætoris. Auget verò dubitationem ratio illa, quam reddebat Iulianus, si Vlpiano credimus, quòd is qui parentis iudicium oppugnauerit, non debeat quicquam consequi ex eadem hereditate. Probat enim non esse permittendum substituto, vt omissa patris hereditate succedat impuberi ex substitutione pupillari, potiùs quàm quod probare Iulianus voluit, & debuit, cum qui pupilli hereditatem agnoscit in qua fuerit substitutus, hoc ipso incidere in edictum cuius potestate perinde teneatur creditoribus & legatariis patris acti hereditatem ipsius agnouisset. Adde quòd verba illa Iuliani *ex eadem hereditate*, non tantùm innuunt, sed etiam exprimunt manifestè patris & filij vnam eandémque esse hereditatem, quo tamen falsius dici nihil potest. Etsi enim plerisque prudentibus visum est patris & filij † vnum esse 3
testamentum (alios enim aliter putasse constat ex *l. 1. §. D si cui plus quàm per leg Falcid. §. igitur. Instit. de pupill. substit. & ex l. paterfamilias 28. de reb. auctor. iudic. possid.* si poneres verba consulentis Iauolenum, *Monet*

me

Digitized by Google

ut quod præceptoribus tuis placet vnum esse testamentum) nemo tamen vnquam dixit, vnam esse hereditatem, sed vnum testamentum duarum hereditatum, vt loquitur Iustin. in *d.* § *igitur*. Non minùs enim necesse est duas esse hereditates, quàm verum est duas esse personas, duplicémque mortem, defunctis ambobus, cùm patrisfamilias cuiusque hereditas esse incipiat eo die quo is moritur, & nulla sit filij quandiu viuit, licèt iam mortuo patre; *leg. ita tamen* 27. §. *à patre. D. ad Senatusconsultum Trebellianum, l.* 2. §. *interdum. D. de vulgar. & pupill. substit.* Nec possis tot absurda effugere, tametsi dicas cum † Bartolo, & quod magis miror, cum Cuiacio lib. 18. Obseru. cap. 8. nouum & à superiore omnino diuersum esse edictum illud de quo Iulianus sensit, cuius & ea verba tibi fingit Bartolus, quasi dicerent, vt quisquis paternam hereditatem repudiaret, pupillarem habere non posset. Quod planè commentitium est, nec tantùm Iuliani sed etiam à Marcelli & Vlpiani sententia penitùs alienum. Iulianus namque in ea sententia erat, non vt diceret arcendum ab hereditate pupilli substitutum qui patris hereditatem repudiasset, ac è contrario vt vellet inuitum quoque paternæ hereditati obligari eum qui pupilli hereditatem sponte suscepisset, vt constat ex *princip. d. l. Iulianus*. Marcellus verò, etsi supradictam Iuliani sententiam improbabat eo casu, quo alius ex patris testamento heres esse posset, eandem tamen admittebat, si alius nemo patris heres fuisset. Vlp. denique Marcelli notam probans confirmat eam hac ratione quòd contraria Iuliani sententia impugnet vtilitatem pupilli, qui ipse saltem potest habere succellorem. Metu enim onerum patris, inquit, timidiùs quis etiam impuberis hereditatem adibit. At non tam Iuliani sententia impugnaret vtilitatem pupilli, quàm ipsum prætoris edictum, si ita conceptum esset, quomodo diuinat Bartol. vt pupilli hereditatem habere non posset is qui paternam recusasset. Nec proinde tàm de Iuliano, quàm de edicto conquerendum erat, cùm Iulianus hoc tantùm scripsisset in edictum incidere substitutum. Sed & quis credat Marcellum & Vlpianum reprehendendi Iuliani studio tam apertè contra prætoris edictum responsuros fuisse? Ego tota hac quæstione † melius apud me discussa cum Iuliano sentio, cuius sententiam à Marcello non tam reprehensam quàm explicatam fuisse arbitror, sed à Triboniano potiùs quàm ab Vlpiano malè acceptam, & quod fuit consequens, reprehensam. Nec fortasse in toto iure nostro locus est aut explicationis, vt ita dicam, impossibilioris, si non emendetur, aut difficilioris emendationis, si quæ Tribonianus de suo adsperserit, ab iis quæ Vlpianus scripsit, non discernantur. Illud primum constituo aliam esse † speciem quæ proponitur in *d. l. quæsitum*, aliam quæ in *d. l. Iulianus. In dict. l. quæsitum*, tractari de filio impubere exheredato cui substitutus fuerit extraneus, qui idem fuerit in paterna hereditate institutus. At in *d. l. Iulianus*, de impubere instituto, sed abstinente, cui extraneus fuerit substitutus, non quidem in casum vulgarem, quod notari volo, sed in pupillarem. Hanc verò specierum diuersitatem probo ex vtriusque loci verbis. Nam in *d. l. quæsitum*, ita Vlp. scribit, *licèt quis paterna hereditatis nihil attingat*, quæ verba non nisi prorsus ineptè accommodari possent ei qui non fuisset ipse institutus. Quomodo enim posset hereditatis paternæ quidpiam attingere ille cui patris hereditas delata nunquam fuisset? Aut cur scripsisset Vlpianus, nihil ex paterna hereditate attigisse illum qui etiamsi attingere maximè voluisset, tamen non potuisset? Sed subiuncta Marcelli distinctio hoc ipsum probat manifestiùs. Eleganter enim distinguebat multum interesse vtrum hic substitutus, de quo Iulianus tractabat, esset institutus ex asse in patris testamento, an ex parte: vt si quidem ex parte, posset sine metu remota patris successione impuberis hereditatem amplecti, si verò ex asse, non posset. Ego autem quæro, quomodo potuerit ille institui ex toto asse si filius impubes, cui pater eum substituerat, fuisset etiam institutus? An potuerunt fortasse duo institui ex asse singuli in solidum, aut extraneus ex asse, filius verò ex qua alia parte nullo facto transitu ad dupondium? Tractabat ergo Iulianus, & post Iulianum Marcellus eum casum, quo filius impubes fuisset exheredatus, extraneus verò institutus. At in specie *l. Iulianus*, institutum fuisse filium impuberem, probant clarissimè prima illa legis verba, *si pupillus paterna hereditate se abstinuisset*. Abstinere siquidem proprium est eius qui sit ipso iure heres, quod suo heredi constituto conuenit, non ei qui sit exheredatus. Cumque nihil sit in tota lege ex quo possit conici datum fuisse filio coheredem, siue suum, siue extraneum, relinquitur necessario vt ponere debeamus impuberem illum ex toto asse institutum, nullo ei adscripto coherede, vt & in specie *l. paterfamilias* 28. *de reb. auctor. iudic. possid.* His suppositis facile est animaduertere, neque Iuliani sententiam, † neque Marcelli ad Iulianum notam vtique casui conuenire potuisse. Est enim quàm maxima inter hos casus differentia, si quidem cùm filius impubes fuit exheredatus, solus autem & ex toto asse institutus ille qui eidem impuberi substitutus fuit, certum est nullomodo fieri posse, vt pupillarem hereditatem ex substitutione consequatur extranea institutione, qua destituto patris testamento per hereditatis paternæ repudiationem, pupillares quoque tabulas corruere necesse sit, *l.* 2. §. *adeo, l. sed si plures* 10. §. *si ex asse. D. de vulgar. & pupill. substit.* Neque hoc Marcellus ipse negat, quinimò supra dicta sua distinctione confirmat: non admittens pupillarem substitutum, eundemque à patre institutum vt prætermissa institutione succedat ex substitutione nili cum in institutione habuit coheredem. Quam distinctionem nec Iulianus ipse aut ignorauit aut improbauit, vt apparet ex alio eiusdem Iuliani responso quod extat in † *Ita tamen* 27. §. *qui suspectam. D. ad SC. Trebell.* vbi cùm heres institutus, idemque impuber substitutus hereditatem patris suspectam dixisse, compellatusque adire proponeretur, exindéque dubium foret an pupillarem quoque hereditatem postea sibi delatam & acquisitam fideicommissario hereditatis paternæ restituere cogendus esset, respondit Iulianus duplicem adhibendam distinctionem, aut potiùs distinctionem vnam cum subdistinctione. Distinguendum enim esse, quibus verbis concepta esset pupillaris substitutio, an illis vulgaribus, *quisquis mihi heres erit, idem filio meo heres esto*, an simplicius, hoc modo, *Titius filio meo heres esto*. Priore casu, non debere dubitari quin pupilli quoque hereditas restitui fideicommissario deberet, non quasi in fideicommissum deducta (ponimus enim rogatum heredem duntaxat de paterna hereditate restituenda) sed quia nihil commodi ex testamento retinere posset nisi patri heres fuisset volens & iubens, non coactus, quandoquidem non videretur testator heres fuisse quantum ad capiendum aliquid ex ipsius voluntate, nisi quo eo planè modo heres esset, quo esse illum testator voluisset, testator autem de voluntario non de coacto herede proculdubio sensisset. Posteriore verò casu subdistinguendum an Titius solus institutus fuisset, an adiecto coherede? Si solus, non eo minùs cogendum illum hereditatem pupilli restituere, quod sub proprio suo, non sub heredis nomine appellatuo institutus esset, quoniam repudiata patris hereditate, si eam adire coactus non fuisset, pupillo postea ex substitutione succedere non potuisset: si verò adiecto coherede, aliud respondendum, eique pupilli hereditatem retinere permittendum, quia potuit coherede adeunte (parum enim esset ponere datum coheredem, nisi ab eo aditam hereditatem poneremus) adire ipse ex substitutione quamuis hereditatem patris omisisset.

Quia

Quid ergo sibi Marcellus voluit cùm Iulianum non aliud sentientem reprehendit? Nego fuisse in Marcello † animum reprehendendi hac parte Iuliani, quamuis non defuerit fortasse studium id tentandi & enitendi quantum posset, cùm de notis ad Iulianum scribendis cogitauit, quod & Paulo & Vlpiano euenisse certum est in iis notis, quas ille ad Labeonem & Iauolenum, vterque verò ad Papinianum conscripsit. Sed cùm simpliciter & indistinctè Iulianus de instituto eodémque substituto pupillari locutus esset, monuit Marcellus, non vsque adeò generaliter & indistinctè accipiendam eam Iuliani sententiam, sed cum distinctione illa quam eidem ipsi Iuliano, quamuis alio Digestorum libro, placuisse non ignorabat. Cùm filius † impubes & in familia retentus heres scriptus fuit, éique extraneus substitutus, quæ vt diximus, species est *d. l. Iulianus*, non potest eadem ratio impedire quæ filio exheredato impediret, ne omissa patris hereditate pupillarem amplecti possit substitutus: quamuis filius abstinuisse proponatur, quia cùm non sit sine herede qui suum heredem habet, tametsi se abstinentem, vt super. Decad. toties diximus ex *l. cùm quasi* 30. §. *sed etsi suus D. de fideicomm. libert.* non alia confirmatione paterni testamenti egent tabulæ pupillares vt subsistant, idéóque siue filius hic solus fuerit institutus, siue adscripto coherede, & siue coheres ille suus sit, siue extraneus, denique siue extraneus ille adierit, aut sponte aut coactus, siue repudiauerit, potest haud dubiè substitutus admitti ex pupillari substitutione, cùm patris testamentum, pro parte confirmatum esse sufficiat, non possit autem non esse confirmatum saltem pro ea parte pro qua filius & suus heres & institutus heres extitit patri, *l.* 1. §. *qui sunt in potestate. D. si quis omiss. caussa testam.* In eóque & Iulianus & Marcellus & quotquot vnquam fuerunt veri iureconsulti consensserunt, nec iis tantùm casibus quibus interpretes post Bartol. hoc admittunt, cùm suus heres, institutus & abstentus vel substitutus fratri fuit vel substitutum accepit, sed & illo etiam quem Bart. non admittit, cùm extraneus sui heredis instituti fratri exheredato impuberi substitutus fuit, vt disputauimus præcedentibus. Nuda enim sui heredis existentia hoc operatur, tum quoque cùm sui heredis neque commodum vllum in eo versatur, quin imò etiamsi ea res posset vergere in ipsius detrimentum, quia quod ex mera iuris ratione legisque potestate proficiscitur, ex dubio rerum euentu pendere non potest. De hoc tantùm dubitare Iulianus potuit, An in posteriore ista specie substitutus † qui haud dubiè admitti potest ad hereditatem pupilli, cogatur etiam inuitus agnoscere patris hereditatem. In quam sententiam procliuior fuit quam à Iauoleno præceptore suo acceperat. Eadem enim Iauoleni sententia est, éáque plumbus & explicata & confirmata in *d. l. paterfamil.* 28. *de reb. auctor. iudic. possid.* vbi docet, non eadem hac parte rationem esse pósse filij impuberis & substituti, Filij pudori parci, vt cùm à patris hereditate abstinuit, patris potiùs quàm filij bona væneant. At substituti pudori non similiter parcendum esse quominus creditoribus paternis respondere cogendus sit, eo quoque casu quo bona patris omnia vænierint adhuc filio viuente, quamuis nihil omnino commodi ex paterna hereditate substitutus consequatur, neque consequi vnquam possit. An quòd ipsius substituti facto vtraque hereditas coniungatur, vt aliquando putabamus? Minimè verò, † eóque tum errasse nos nunc cognoscimus. Iuris enim potestate, non facto substituti coniungitur hereditas filij cum hereditate patris statim atque filius mortuùs est, sicuti filio viuente iam erat iuncta hereditas patris cum patrimonio filij qui suo patri suus & necessarius heres fuit. Itaque cùm substitutus hereditatem pupillarem adit, non coniungit hereditates, sed iam iunctas reperit, & ideò nimirum adeundo alterutrũ sponte, vtramque sibi acquirit inuitus, cùm sciuerit, aut scire debuerit, non alia lege alterutram acquiri posse, nec quòd bona amplius bona sunt patris post venditionem à creditoribus factam, eo minùs patris hereditatem durare, quæ scilicet in iure consistit, non in corpore, potéstque intellectum iuris habere, non tantùm vbi nulla sunt bona, sed etiam vbi nulla esse amplius possunt, dummodo fuerint aliquando aut esse potuerint. Si tamen heres aliquis fore speretur, quod omnium euidentissimè locus ille Iauoleni probat. Cur ergo, dicat aliquis, si pupillus † qui patri heres extitit, postea se abstinuerit, deinde aliquis ei ab intestato heres exiterit, non erit ille compellendus patris creditoribus respondere? Hocne est quod ex Iuliano primùm scribitur in *d. l. Iulianus*, aliud nimirum sensisse ipsum in legitimo pupilli absenti herede, aliud in substituto? annon eadem iuris ratio heredem quoque legitimum obligat, vt hoc ipso quòd filij hereditatem adit, patris onera subire debeat, cùm & sponte adeat hereditatem pupillarem non minùs quàm si substitutus esset, & adeat eo tempore quo vtraque hereditas iuncta esse iam cœperat? Quidni hoc etiam casu locum habet sententia illa Pauli, quæ generalis est in *l. si quis* 7. §. *vlt. D. de acquir. heredit.* in omni successione illum qui heres extitit ei qui Titio heres sit, Titio quoque heredem esse videri, nec posse Titij omittere hereditatem. Respondeo pro Iuliano diuersam † esse hac parte rationem legitimi heredis pupilli & substituti pupillaris. Etsi enim vterque in pupilli ius succedit, ipsiusque personam repræsentat, alio tamen & alio iure. Legitimum heredem sola lex vocat, aut etiam tacita voluntas patrisfam. cùm is potuit facere testamentum, etsi intestatus decedere maluit, *l.* 3. *leg. conficiuntur* 8. *D. de iur. codicill.* Proinde cùm quis legitimus heres est ei qui ius habuit beneficio abstentionis ex edicto prætoris, vt paternis creditoribus respondere non cogeretur, nec ipse respondere cogendus esset, alioqui non videretur succedere in omnia ista defuncti, si commodum abstentionis, quod defunctus habuit ei eriperetur, nec filius ipse cui prætor ius abstinendi æquissimè indulget, magnum à prætore beneficium accepisse videretur, si abstinendo hoc tantùm consequeretur, vt quandiu ipse viueret, conueniri à creditoribus patris non posset: attamen heredem suum quisquis ille futurus esset, etiam legitimum, omni ære alieno patris obligatum relinqueret. Sic enim ferè omnes affecti esse solemus, vt non minùs heredibus nostris quàm nobis ipsis prospectum esse velimus, vixque aliud nos habere putemus, quàm quod in heredes nostros transmittere possimus, cùm ad cuiuslibet existimationem illud maximè pertineat, vt locupletem hereditatem relinquat, cuius aditione venditio bonorum & actionis infamia impediatur. At substitutum pupillarem facit voluntas patris, cuius solius iudicio tota pupillaris substitutio accepto ferenda est, licèt filij testamentum sit, non patris. Itaque cùm adeundæ pupillaris hereditatis tempore vtramque hereditatem iuris potestate iunctam reperiat, licèt propter abstentionis beneficium, quod pupillus habuit, separatæ videantur, adeundo pupillarem, paternam quoque adire intelligitur, quoniam separatio illa quæ per abstentionem inducitur, vt ait Papin. *l. si filius* 12. *de vulgar. & pup. substit.* contra patris iudicium, & voluntatem inducitur, qui vtique famæ suæ consultum mallet, quàm famæ filij, quem ob eam causam necessarium heredem habere voluit, & consequenter non potest ea abstentio & separatio quæ fit contra voluntatem patris prodesse substituto qui non venit nisi ex eiusdem patris voluntate: quomodo è contrario potest & debet prodesse legitimo heredi, cuius parum refert quid pater voluerit & senserit, & cuius iudicio siue expresso, siue tacito non succedit. Estque ratio ista iuris eam euidens, vt non possim mihi persuadere hanc Iuliani

Iuliani ſententiam Marcello aut alij vlli ex veteribus illis prudentibus diſplicuiſſe. Quam enim ad Iulianum à Marcello notam † adhibitam fuiſſe iam diximus de adhibenda diſtinctione illa, Vtrum pupillaris ſubſtitutus ſolus à patre inſtitutus heres fuiſſet, an adiecto coheredе, ad hunc caſum non pertinet, in quo pupillus, idémque ſuus heres fuerit à patre inſtitutus, & poſtea abſtentus, ſed ad alium illum planè diuerſum, in quo pater exheredato filio impubere ſubſtitutum pupillarem etiam ſibi ſcripſerit heredem. Quo caſu licuit nulla eſt coniunctio pupillaris hereditatis cum paterna quæ in filij patrimonium verſa nunquam fuit, ita nec vlla ratio eſt quæ ſubſtitutum pupillarem obliget, vt pupilli hereditatem adeundo videri debeat paternam quoque adiiſſe, ſi modò qua alia ratione patris teſtamentum confirmatum fuerit, quod vtique confirmatur coheredе aliquo & adſcripto & adeunte. Igitur fatendum eſt, vel duplicem Marcelli ad Iulianum notam & reprehenſionem fuiſſe, quæ ad diuerſas illas ſpecies accommodari poſſit, quod nullo modo eſt probabile, cùm vtraque Iuliani ſententia ſumpta ſit ex eodem Iuliani libro, ſc. XXVI. Dig. vel quod longè probabilius fuerit, Marcelli notam à Triboniano malè perceptam, & contra Marcelli propoſitum pro reprehenſione acceptam, ad alium caſum protractam, quàm de quo Marcellus cogitaſſet, nempe ad illum quo filius impubes aut pupillaris ſubſtitutus datus eſſet, & inſtitutus & abſtentus fuiſſet. Cui tamen caſui eam Marcelli † diſtinctionem, quam retulimus, conuenire non poſſe ex eo apparet, quòd cùm filius extitit ſuus heres patri, ſatis hoc ipſo confirmatæ ſunt patris tabulæ, nec niſi ſtultus poſſis requirere vt filio datus ſit aliquis coheres, multo minùs verò vt coheres ille adierit. Tunc enim duntaxat ea diſtinctio neceſſaria videri poteſt cùm filius impubes, cui pater ſubſtitutum dedit, exheredatus fuit, non cùm inſtitutus, & Iuliani locus ille probat, quem nos ſupra explicauimus in *l. ita tamen 27. §. qui ſuſpectam. D. ad SC. Trebell.* Falſum ergo eſt eam ſententiam Iuliani quæ refertur in *d. l. Iulianus*, à Marcello notatam eſſe, & ſi à Marcello notata eſſet, auderem dicere falſum eſſe quod Vlpian. diceret rectè notatam fuiſſe. Nam imò verò mala & peſſima eſſet reprehenſio, vt ex iis conſtat quæ huc vſque diximus, & ex tota illa eleganti diſputatione lauoleni in *d. l. paterfamilias 28. D. de reb. auctor. iudic. poſſid. vel vendend.* quæ alioquin explicari, aut cum *d. l. Iulianus* conciliari nullo modo poſſet, quod fatebitur ſanè, quiſquis volet cum his quæ hoc cap. & in præcedentibus tractauimus, ea iungere quæ ſcripſimus lib. 2. Contect. cap. 2. Nec me mouet ratio † illa dignior certè Triboniano quàm Vlpiano, quòd ſententia hæc Iuliani, quàm nos probamus, impugnet vtilitatem pupilli, qui ipſe ſaltem poteſt habere ſucceſſorem: quali verò ſine ſucceſſore ſit pater qui ſuum heredem habet quamuis ſe abſtinentem, quod tamen diſertè idem Vlp. negat in *d. l. cùm quaſi 20. §. ſed etſi ſum. D. de fideicomm. libert.* At non videtur habere, inquies, quia prætor hunc qui abſtinuit non habet heredis loco. Fateor, ſed non eo minùs re vera habet, tum quoque cùm filius abſtentus viuit. Eo verò defuncto non dicimus, vt nec Iulianus, pupillum non poſſe habere ſucceſſorem, nec illud quoque, patrem non habere ſucceſſorem (quod vtrumque tamen præ ſe ferunt illa Triboniani verba, *qui ipſe ſaltem poteſt habere ſucceſſorem*) ſed è contrario defendimus, ſubſtitutum, qui pupilli hereditatem cum paterna iam ipſo iure iunctam vltrò adit, vtrique heredem fieri & filio & patri, filio per ſe & immediatè, patri verò per mediam perſonam filij. Quod verò alterius rationis loco ſubiicitur: *metus enim onerum patris timidiùs quis etiam adibit hereditatem*, licèt non leuem habeat æquitatis colorem, quia videtur pupilli intereſſe vt teſtamentarium heredem habeat potiùs quàm legitimum, ſiue quòd ius continendi teſtamenti, quod nihil aliud eſt quàm legis faciendæ, ſit per ſe honorificentiſſimum, hinc quòd ſalus pupilli non melius in tuto collocari poſſit aduerſus proximiorum inſidias agnatorum quàm ſi ſubſtitutio pupillaris conſeruetur, attamen non poteſt hic pupilli fauor efficere vt tota iuris ratio peruerti debeat, quæ peruerteretur vtique, & cum iuris ratione ipſa quoque voluntas patris, quæ omnium fauorabiliſſima eſt, ſi patris hereditatem omittere, atque ita patris iudicium deſtituere liceret ſubſtituto, qui nonniſi ex eodem iudicio ad pupillarem ſubſtit. admittatur: pius verò poſſe hac in re voluntatem patris, præſertim quæ cum iuris ratione coniuncta ſit, quàm pupilli fauorem, non eſt mirum, cùm ſubſtitutio ipſa pupilli, quæ hunc pupilli fauorem inducit, tota ſit ex patris iudicio & voluntate. At non ſimiliter poſſit ſubſtitutus pupilli defuncti nomine, non magis quàm ſuo, imputare patri cur ſubſtitutionem talem fecerit filio ad eripiendum ipſi ſubſtituto commodum abſtentionis quod alij cuilibet filij legitimo heredi eripere non potuiſſet, cùm & ipſius pupilli interfuerit teſtamentarium heredem habere potiùs quàm legitimum ob eas ipſas rationes quas diximus, & ſubſtitutus nonniſi ſtultè poſſit conqueri de facta pupillari ſubſtit. ſine qua nullum ius in hereditate pupilli eſſet ipſe habiturus. Nunquam enim poteſt quis alteri obiicere ac imputare factum ex quo ille ipſe lucrum ſentiat, *l. ſi extraneus 33. l. cum in fundo 78. §. quòd ſi mulier. ſuntt. l ſi res æſtimata 12. §. 1. ver. quia boni conſulere. D. de iur. dot.* Itaque cùm is rei ſtatus ſit vt vel fauori pupilli vel voluntati patris iniuriam aliquam fieri neceſſe ſit, negligimus fauorem pupilli, vt faueamus voluntati patris, ſine qua nihil eſſet quod circa pupillarem ſubſtitutionem de pupilli fauore tractari poſſet.

ERROR II.

De ſententia & emendatione. l. Iulianus 42. D. de acquir. hered.

SVMMARIA.

1 *Clauſula dict. l. Iulianus*, alioquin &c. *interpretatio Bartoli communiter probata refertur.*
2 *D. clauſulam non eſſe Marcelli, vt vult Bartolus, ſed Iuliani.*
3 *Argumentatio Iuliani in d. l. 42. qua ſententiam illam generalem*, heres pupilli abſtenti non eſt compellendus ad æs alienum patris, *non aliter veram eſſe docet, quàm cum hac exceptione, niſi fuerit heres ſubſtitutus.*
4 *Probatio propoſitionis maioris.*
5 *Aſſumptionis expoſitio & probatio.*
6 *Obiectio qua conficitur legitimum quemlibet heredem pupilli abſtenti cogendum paternis heredibus reſpondere, etiamſi non ſit ſubſtitutus.*
7 *Solutio d. obiectionis.*
8 *Cur legitimus pupilli heres non ſubſtitutus creditoribus paternis ſatisfacere non compellatur.*
9 *Cur ſubſtitutus qui vult ab inteſtato pupilli hereditatẽ retinere cogatur reſpondere creditoribus paternis.*
10 *Obiectio pro ſubſtituto refertur, & n. 11. diluitur.*
12 *Expoſitio verborum Iuliani.*
13 *Tres caſus diſtinguendi in propoſita quæſtione, & quid in vnoquoque iuris ſit.*
14 *Verborum Iuliani interpretatio.*

POſt ſuprаſcriptam Marcelli ad Iulianum notam, & reprehenſionem quam Triboniano potius adſcribendam eſſe diximus, ſequitur apud Vlpianum in

d. l.

d.l.Iulianus. Alioquin (inquit) *etsi frater fuit, omissa causa testamenti ab intestato possidebit hereditatem, & quidem impunè. Nec enim videtur voluisse fraudare edictum qui sibi prospicit, ne oneribus patris pupilli im-*
1 *plicaretur*. Hanc totam clausulam † interpretes nostri vulgò post Bartolum Marcelli esse putant, quasi consilium dantis substituto fatagenti prospicere sibi aduersus rigorem sententiæ Iuliani, vt nimirum si hereditatem impuberis ab intestato possit consequi, omittat causam substitutionis, pura si frater sit qui fuit substitutus, ne si aliter faciat, periculum incurrat subeundorum ex Iuliani sententia onerum paternorum. At quoniam illud statim occurrebat quod posset obiici, locum fore prætoris edicto, si omissa causa testamenti hereditas ab intestato possideretur, *tot. tit. si quis omiss. caus. test.* volunt illi ad hanc obiectionem respondisse Marcellum, non videri voluisse edictum fraudare hunc qui sibi tantùm voluit prospicere, quique fraudem non tam fecit quàm exclusit, vt & in specie, *l. cum pater 77. §. Titio antepen. de legat.* 2. Prætor namque suo illo edicto non id egit vt præcisè incideret ne quis omissa causa testamenti hereditatem ab intestato retinere posset, at eo tantùm casu quo per fraudem id fieret, ac dolo malo, *l. quia autem 6. §. si patronus in fin. D. ill. tit. si quis omiss. caus. test.* Ego verò in hoc quoque Bartolum er-
2 rasse † puto, neque dubito quin Vlp. eo verbo, *inquit*, per parenthesim interiecto, Iulianum intellexerit non Marcellum, de quo tamen fateret cum Bartolo intelligendum fore Vlpianum, si quid ille in præcedentibus de Marcello dixillet, tantóque magis hinc moueor vt verum esse putem quod affirmo, totam illam Marcelli notam planè commentitiam & notham esse à Triboniano compactam, non ab Vlpiano. Voluit enim Iulianus rationem adferre eius quod dixerat, sententiam illam initio legis positam, vt pupilli instituti & abstinentis heres non sit compellendus respondere paternis creditoribus, non esse vsque adeo generaliter & indistinctè accipiendam, sed sub ea exceptione quam idem Iulianus addiderat, nisi is qui pupillo heres extitit, fuerit ei substitutus. Eam verò exceptionem probabat Iulianus
3 † argumento sumpto ab absurdo, quòd si quis tam generaliter & sine exceptione admittendum putaret quécumque heredem pupilli etiam substitutum, (non dico ex substitutione, sed substituturum propter id quod mox subiicietur) pupilli priuilegium habere debere ne paternis creditoribus respondere cogatur, fateri necesse esset nec illum pupilli heredem cogendum respondere patris creditoribus, qui & legitimus heres, puta frater esset, & præterea impuberi fratri substitutus, si omissa pupillari substitutione possideret hereditatem ab intestato. Is enim proculdubio non teneretur si substitutus non esset, quamuis agnati proximi iure succederet, vt & Iulianus cum cæteris omnibus, & cæteri omnes cum Iuliano fatentur. Atqui absurdum esset hunc, qui & legitimus heres & substitutus est, omittendo substitutionem liberare se ab ære alieno patris, si ab intestato retineat hereditatem pupilli. Ergo generalis illa propositio quæ habet heredem pupilli abstenti, non esse compellẽdum ad æs alienum patris, non vsque adeò generaliter accipienda est, sed cum perpetua illa exceptione, nisi heres ille fuit substitutus. Sed proponendæ sunt singulæ huius syllogismi propositiones. Maiorem †
4 propositionem, aut potiùs consecutionem in maiori illa positam illud probat quod iam diximus, & nemo negat, fratrem qui fratri impuberi heres legitimus esset, non etiam substitutus, non futurum creditoribus patris obligatum, quamuis ab intestato fratris hereditatem obtineret. Verùm illud quoque supponendum est quod nec quisquam negauerit, propositionem generalem, si generaliter & indistinctè accipiatur, casus omnes comprehendere quibus conueniunt verba propositionis, *l. 1. §. pen. D. de aleator. cum vulg.* Atqui propositio quam Iulianus indistinctè & vniuersaliter veram esse negat, si vniuersaliter & indistinctè concipiatur, sic habebit, *Omnem pupilli absenti heredem liberandum esse ab ære alieno patris.* In hac autem vniuersaliter is etiam continetur, qui fratri suo impuberi & legitimus heres & substitutus est, siue fratris hereditatem habeat tanquam agnatus proximus, siue tanquam substitutus. Non enim eo minùs fratri heres legitimus videri potest, quòd etiam substitutus fuerit, præsertim cùm succedat ab intestato repudiata substitutione. Ergo hic quoque casus & generalitate verborum, & veritate propositionis continebitur. At probemus iam absurdum † fore 5
illud dici, eum, qui & legitimus heres fratri & substitutus fuit, posse omittẽdo causam substitutionis effugere incommodum æris alieni paterni si ab intestato retineat hereditatem. Ita enim probatum relinquetur, non posse illam generalem propositionem absolutè & vniuersaliter veram esse, subiiciendámque necessariò exceptionem à Iuliano additam, *nisi substitutus fuit*: Rationem, quæ hoc probet, ex ipsis Iuliani verbis, si alia non fuerunt quàm quæ Vlp. refert, colligere non possumus, sed ex iis colligenda est, quæ Iulianum verisimile est non alia de causa prætermisse, quàm quòd videret facilè suppleri posse ab iis qui vel minimum in iure nostro essent versati. Quamquam ne quid nos quoque falsò comminiscivideamur, suppleamus ea tantùm quæ à Iauoleno Iuliani præceptore tradita legimus in *d.l. pater-familias 18. de reb. auct. iudic. possid.*, & ab aliis Iureconsultis, non vno iuris loco, præsertim verò ab Vlpiano ipso in *l. sed si plures 10. §. filio. de vulg. & pupill. substit.* & à Papiniano in *l. si filius 12. eod.* ac syllogismum ita conficiamus. Quotiescumque hereditas cum primi testatoris hereditate coniuncta reperitur, fieri non potest quin æs alienum quod vtriusque hereditatis fuit, coniungatur, & in omni ære alieno quod vtriusque fuit, heres heredis obligetur tanquam heres vtriusque ex mera iuris ratione, nec tantùm ciuili iure, sed etiam prætorio, nisi secundi heredis persona talis sit, cui prætor ex æquitate beneficium separationis indulgere debeat, aut proprio ipsius fauore, vt in filij qui ante abstentionem ignorans decesserit herede necessario, de quo in *l. si quis filiumfamilias 7. §. 1. D. de acq. hered.* aut ex defuncti heredis persona, vt in quolibet filij abstenti herede legitimo, de quo in *d. l. Iulianus in princ.* probatúrque hæc conclusio ex *d. l. paterfamilias vers. at cùm substitutus. & d.l. si quis. §. vlt. l. antepen. in fin. D. de vulg. & pup. substit. l. vlt. C. de hered. instit. d.l. sed si plures. §. filio.* Et rario manifesta est, quia nec vlla hereditas est quę defuncti æs alienum, si quod fuit, non contineat, nec vlla hereditatum coniunctio inducta ex potestate iuris ciuilis, quin sit perpetua etiam post concessam à prætore separationem. Prætor enim cùm separationis beneficium indulget, non separat re vera hereditates, quod non magis facere potest quàm ius ciuile tollere, sed facit tantum, vt quantum ad commixtionem æris alieni habeantur pro non coniunctis, siue creditoribus ipsis concedatur separatio, vt in *tot. tit. de separat.*, siue heredi, vt in *d.l. si filius, & in l. necessariis 57. & d.l. Iulianus. in princ. de acq. hered.* Veniamus ad minorem, (aliter enim tam intricata quæstio extricari nunquam posset.) Atqui cùm filius patri extitit, licèt postea se abstinuerit, & post abstentionem decesserit, iuncta cœpit esse hereditas, *d.l. filio*, adeò vt quod magis est, non nisi vna sit & patris & filij hereditas, *d. l. paterfamilias. vers. at cùm substitutus.* Plus namq; est ex duabus hereditatibus vnam factam, vt scriptum est in dicto versic. *at cùm substitutus*, quàm duas hereditates simul iunctas esse. Ergo fieri non potest quin substitutus pupillaris, qui pupillarem hereditatem quamuis ab intestato & omissa substitutione amplectitur, omnibus patris creditoribus perinde teneatur, & conueniri ab iis possit, quàm si ex pupillari substitutione heres esset. Quid enim potest

referre

referre creditorum quo iure hic frater fratri ſuo h eres ſit : an ex teſtamento, an ab inteſtato, dūmodo iure aliquo ſit heres ? An forte ad æs alienum defuncti minùs teneatur ille qui ab inteſtato heres eſt, quàm qui ex teſtamento ? An verò deſtituto per repudiationem teſtamento corruunt actiones creditoribus, defuncti competentes, quomodo corruerent legata, fideicommiſſa & libertates ? An non è contrario ſuperſunt integræ in bona defuncti, tum quoque cùm defuncti heres nullus eſt, neque ex teſtamento neque ab inteſtato ? Quid igitur facere poteſt ad exonerandum ſubſtitutum ab ære alieno patris quod non ſit heres pupilli ex teſtamento, ſi ſit ab inteſtato ? Vnum eſt quod ad iſta omnia pro ſubſtituto contra Iulianum reſponde
6 re quis poſſit. Si bona eſſet noſtra † ratiocinatio perinde futurum vt inferri oporteret, Legitimum quemlibet heredem pupilli abſtenti cogendum paternis creditoribus reſpondere, quamuis non eſſet ſubſtitutus. Nam & in illius perſonam militat eadem ratio quæ contra ſubſtitutum, quòd patris & filij hereditas vna ſit, & conſequenter quòd in omni ære alieno, quod patris & filij fuit, quemcumque pupilli quamuis abſtenti heredem obligari neceſſe ſit. Et tamen certum eſt, nec Iulianum ipſum dicturum fuiſſe qui apertè contra ſcripſit in *d l. Iulianus*. Ergo nec nos dicere debemus qui pro Iuliano contra Tribonianum diſputamus. Quemadmodum enim ſuprà diximus ex eodem Iuliano, falſam eſſe propoſitionem illam vniuerſalem, *Omnem pupilli abſtenti heredem liberandum eſſe ab ære alieno patris*, ſi vniuerſaliter & abſolutè accipiatur, ita non addita ea exceptione, *niſi fuit ſubſtitutus*. Ita nec contrariam illam Iulianus admitteret, quam neque nos admittimus, *Omnem pupilli abſtenti heredem cogendum reſpondere paternis creditoribus*, ſi non addas eam exceptionem, *niſi legitimus heres ſit, & quidem non ſubſtitutus*. Legitimum namque impuberis heredem, ſi modò ſubſtitutus non fuerit, fatemur patris creditoribus reſpondere cogendum non eſſe. Quid igitur ad reſponſionem & obiectionem illam pro Iuliano replicabi-
7 mus ? Primùm † idipſum quod iam docuimus ad finem capitis præcedentis. De ratione diuerſitatis inter legitimum heredem impuberis & ſubſtitutum. Nec enim hìc repetere neceſſe eſt. Sed maioris explicationis gratia, quoniam in hoc vno ſtat vis tota quæſtionis, addendum eſt quod nemo obſeruat, illo etiam caſu quo agitur de legitimo, cóque non ſubſtituto herede pupilli, velle nos teneri cum creditoribus patris, perinde acſi ſuccederet ex ſubſtitutione, nec vllam Iulianum differentiam inter legitimum heredem & ſubſtitutum agnoſcere quantum ad hoc vt vterque paternis creditoribus ipſo iure teneatur (quibus & filius ipſe qui abſtinuit, ſi viueret, ipſo iure teneretur, *d. l. neceſſarius*) ſed cum Iuliano ſic loquimur, vt dicamus non eſſe compellendum heredem legitimum creditoribus patris reſpondere, ſubſtitutum verò compellendum, id eſt, non eſſe dandas à prætore actiones creditoribus paternis in legitimum heredem pupilli quas in pupillum ipſum, ſi viueret, daturus non eſſet, dandas tamen in pupillarem ſubſtitutum, quem volumus in eo minùs iuris & priuilegij habere, quàm non ſolùm impuberem ipſum, ſed & alium quemlibet impuberis legitimum heredem, qui modò non eſſet ſubſtitutus. Non igitur eſt quod iam à nobis rationem quis quærat, cur ſubſtitutus pupillaris creditoribus paternis reſpondere compellendus ſit, ſiue ſit heres ex ſubſtitutione, ſiue ab inteſtato. In promptu enim ratio eſt quia iis omnibus tenetur. Qui autem tenetur & obligatus eſt, compelli poteſt & debet ad ſolutionem actionis in eam rem comparatis. Sed de illo tantùm vrgeri poſſumus, cur non ei faueatur perinde ac legitimo heredi, cùm omittit pupillarem ſubſtitutionem, ſuccedítque ab inteſtato : aut etiam ſi voles, cur legitimo impuberis heredi non ſubſtituto magis faueatur, quàm huic qui cùm & legitimus heres & ſubſtitutus ſit, mauult eſſe legitimus heres quàm ſubſtitutus ? Nam quæ à nobis allata eſt ratio diuerſitatis in cap. præced. inter legitimum pupilli heredem & ſubſtitutum, ad eum duntaxat ſubſtitutum pertinet, qui ſuccedat iure ſubſtituti, non ad eum de quo nunc tractamus, qui amiſſa ſubſtitutione malit rem habere ab inteſtato. Nos verò reſpondemus, quòd in legitimo † pupilli herede non ſubſtituto conſtitutum eſt, vt non ſit compellendus ſatisfacere creditori- 8
bus patris, non eſſe ex ratione iuris ciuilis, ſed benignè & ex prætoria æquitate receptum, ratione illa æquitatis, quòd prætor, cùm ita facit, non ſolùm iis faueat qui proprio iure venientes ad ſucceſſionem pupilli, cui beneficium idem priùs competit, cohi ſecerunt propter quod eiuſmodi fauore indigni videri debeant, ſed etiam nihil poſſit videri facere quod alienum ſit à voluntate patris qui neminem ſubſtituendo impuberi, nihil cauit de legitimo ipſius herede, & conſequenter ſaltuam ei reliquit omnem iuris communis & ciuilis, & prætorij cauſam. Ceſſante porrò voluntate teſtatoris, quid aliud poteſt facere prætor niſi vt legitimo impuberis heredi, qui non ſubſtitutus fuit, idem ſeparationis beneficium tribuat, quod pupillo ipſi viuenti fuit tributum ? Nam & ipſum heredis nomen inducit vtrumque hoc, vt & legitimus pupilli heres debeat ipſo iure teneri creditoribus, ſicut ipſe pupillus, dum vixit, etiam poſt abſtentionem tenebatur, & nihilominus eodem prætoris auxilio iuuari, nec à patris creditoribus cōueniri poſſit. At in eo qui fuit ſubſtitutus, † licèt idem ſit legitimus heres, nec niſi ab inteſtato pupilli hereditatem retinere velit, omnia ſunt diuerſa. 9
Indignus nimirum eſt, cui prætor faueat : Nec rurſum poſſet ei fauere prætor quin hac in re faceret iniuriam, non tantùm voluntati, ſed etiam famæ teſtatoris. Dico indignum eſſe cui prætor faueat, quia honore proprio ſubſtitutionis omiſſo, maluit propter lucrum & compendium ſuccedere ab inteſtato, quæ res proximè ad dolum accedit, *l. Iulianus* 26. *D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. iunct. leg. filium* 5. §. *ſed etſi portio. D. de legat. præſt.* Addo non poſſe prætorem ei fauere quin voluntatem patris impugnet, quam vtique impugnat ſubſtitutus, qui pupillare teſtamentum deſtituit, mauultque ſuccedere tanquam legitimus cùm poſſet heres eſſe ex ſubſtitutione. Hoc enim eſt quod Iulianus dicebat, vt refert Vlpian. in *dict. l. quæſitum*, cum qui iudicium patris impugnauerit, nihil ex eadem hereditate conſequi debere. Et verò credibile eſt, patrem fuiſſe alium impuberi ſubſtitutum, ſi hunc ſperaſſet ſubſtitutionem repudiaturum & nihilominùs hereditatem pupilli ab inteſtato retenturum : nec video qua fronte poſſit ſubſtitutus, aut quis alius pro ſubſtituto imputare patri, cur filio dederit ſubſtitutum eum, qui ab inteſtato quoque heres eſſe poſſet, ac non potius extraneum, qui legitimus heres nec eſſet, nec fieri vnquam poſſet. Cur ergo melioris conditionis erit ſubſtitutus, qui idem legitimus heres eſt, quam ſi omninò extraneus eſſet, ſi nihil inſpicimus niſi patris voluntatem ? Replicabis fortaſſe contra primam rationem, † non eſſe indignum hunc ſubſtitutum cui prætor faueat, neque dolo ma- 10
lo quicquam facere videri, cùm ſuccedit ab inteſt. to, quandoquidem ita facit, non ſolùm iure ſuo, ſed etiam bono proposito, ne conſequendo pupilli hereditatem, quæ duplici iure ipſi defertur, ſe implicet oneribus patris. Idque euidenter appareret ex eo quod Iulianus quoque fatetur non incidere illum in edictum, *ſi quis omiſſ. cauſ. teſtament.* in quod tamen incidit quiſquis dolo malo & in fraudem omittit cauſam teſtamenti, & poſſidet hereditatem ab inteſtato, denique qui id agit vt circumueniat voluntatem defuncti, *l. 1. ll. tit. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Cùm igitur non teneatur ad præſtationem legatorum & fideicommiſſorum

in ſecundis tabulis relictorum, non magis creditoribus
11 patris teneri eum debere. At ego cum † Iuliano & pro Iuliano reſpondeo, ſed apertiùs quam ille expreſſerit, non eſſe bonam conſecutionem à legatariis pupilli ad creditores patris. Hunc enim ſubſtitutum, eundémque legitimum pupilli heredem non quidem teneri legatariis pupilli, quia id agit quantum poteſt, licèt fruſtrà, vt ſibi proſpiciat ne paternis creditoribus teneatur, fraudandique conſilium nullum habet, ſine quo tamen locus edicto nullus eſſe poteſt. Sed tamen tanto magis teneri debere creditoribus patris, nec quantum ad hoc fraude carere, cùm eo propoſito iudicium patris oppugnet, ac pupillare teſtamentum deſtituat, vt maiorem habeat rationem ſui commodi, quod & re vera ſentit, quàm conſeruandæ defuncti voluntatis. Cùm enim id agat vt nec creditoribus paternis, nec legatariis pupilli teneatur, non equidem conſequitur quod intendit quantum ad patris creditores, conſequitur tamen quantum ad legatarios pupilli. Neque verò tantus dolus in eo requiritur, vt indignum ſe reddat beneficio abſtentionis & ſeparationis quod pupillus habuit, quantus exigitur vt pupilli legatarius & fideicommiſſariis teneatur, quia legatariis & fideicommiſſariis obſtat ratio iuris ciuilis, & ius ipſum commune quoties omiſſa cauſa teſtamenti hereditas ab inteſtato poſſidetur, cùm deſtituto teſtamento corruant legata & fideicommiſſa eo teſtamento relicta, nec tam facilis debuit eſſe prætor vt contra iuris rationem ea conſeruaret niſi ad coercendum dolum eius qui à teſtatore tantopere honoratus, nihilominùs voluntatem eius circumuenire voluiſſet. At creditoribus paternis contra ſubſtitutum pupillarem eundémque legitimum heredem, & pupillaris hereditatis ab inteſtato poſſeſſorem agere volentibus, non obſtat, quin imò faueat ratio iuris communis, quia non eo minùs verum eſt iunctas eſſe hereditates, adeoque vnam eſſe hereditatem patris & filij. Mirum ergo non eſt minores doli fraudiſque probationes requiri pro creditoribus paternis, quàm pro legatariis pupilli, & contrà minùs faueri legitimo heredi pupilli, eidémque ſubſtituto contra creditores patris, quàm contra legatarios pupilli. Non enim egent creditores patris vt prætor iis faueat, ſed tantum ne in eorum perniciem faueat legitimo impuberis heredi: ſecundarum verò tabul. legatariis & fideicommiſſariis non ſufficeret vt prætor legitimo illi heredi non faueret, qui nec vllo indiget fauore, cùm tutus ſit auxilio iuris communis: ſed illud præterea requiritur, vt prætor iis faueat conſeruando legata & fideicommiſſa quæ ipſo iure interciderunt. Prætor autem & alius quilibet magiſtratus facilior eſſe debet in concedendo, ne cui contra iuris rationem faueat, quam in concedendo vt faueat, quia non fauere facilius eſt, quàm fauere. Sed etſi fauore aliquo indigeret legitimus heres pupilli contra legatarios, quomodo indiget proculdubio aduerſus paternos creditores qui habent iure communi fundatam intentionem, facilius tamen eſſet vt ei faueret prætor contra legatarios quam contra creditores, quia circa legatarios & fideicommiſſarios non niſi de commodo vel incommodo pecuniario diſputatur, itémque de teſtatoris voluntate conſeruanda ne circumueniatur. At circa creditores paternos agitur de patris fama ipſa & exiſtimatione, quæ proculdubio læderetur ſi ſubſtituto pupillari eidémque legitimo heredi contra eos faueretur. Vendenda enim eſſent ipſius patris bona, & quidem ſub ipſius patris nomine, quæ res publicam ſemper viſa eſt habere infamiam, nedum iniuriam, *dict. l paterfam. l. primo gradu* 23. *D. quæ in fraud. cred.* Itaque tantò indigniot eſt ſubſtitutus, idémque legitimus pupilli heres cui faueatur contra patris creditores, quantò improbius facit, qui teſtatoris ſui famam offendit quantum poteſt, quam qui cogitat de circumuenienda tantùm eius voluntate.

Quæ etiam ratio facit vt longè minùs fauorabilis ſit contra creditores paternos ſubſtitutus, idemque legitimus heres pupilli, cùm omiſſa cauſa ſubſtitutionis hereditatem pupilli retinet ab inteſtato, quàm ſi ex ſubſtitutione ſuccederet. Nam qui ſuccedit ex ſubſtitutione, licèt velit contendere non teneri ſe creditoribus patris, nihil tamen facit ſubdolè ac per cuniculos vt circumuenirat voluntatem teſtatoris, ſed tantùm ius quod habere ſe putat, tuetur. Qui verò ſubſtitutionem omittit, & nihilominùs hereditatem pupilli ab inteſtato retinet, ne paternis creditoribus teneatur, non modò rationem iuris oppugnat, ſed etiam iudicium ipſum patris quod per ſucceſſionis teſtamentariæ repudiationem deſtituitur & euertitur. Abſurdum igitur foret melioris eſſe illum conditionis, quod ad paternos creditores attinet, quàm ſi ex ſubſtitutione heres eſſet, cùm ipſe tantundem conſequatur ab inteſtato, imò hoc amplius quòd legata & fideicommiſſa nulla debet, quæ ex ſubſtitutione debuiſſet, nec ei prodeſſe debeat malum conſilium quod habuit circumueniendæ voluntatis & famæ defuncti, à quo ſubſtitutionis honorem & beneficium acceperat. Denique cùm non niſi per eum ſteterit, quominùs heres pupillo fuerit ex ſubſtitutione, non debet recuſare quominùs eandem ſubeat conditionem quam ſubire cogeretur, ſi hereditatem ex ſubſtitutione retineret, ſibique debet imputare, cur ſicut ſubſtitutionem, ita & hereditatem ipſam pupilli non omiſerit, ſi plus ex ea incommodi timebat, quàm commodi ſperabat, cùm ſciret aut ſcire deberet ſe non poſſe ſibi acquirere pupilli hereditatem vnitam iam cum hereditate patris quin hoc ipſo etiam patris ære alieno ſe obligaret. Quid enim refert ſiue quod ad creditores paternos attinet, ſiue quod ad patrem ipſum, an is, qui ſubſtitutus fuit, ſuccedat ex ſubſtitutione, an ab inteſtato, dum eam ipſam hereditatem retineat, in qua fuerat ſubſtitutus? Et hoc nimirum eſt, quod Iulianus † 12
dicere voluit iis verbis, *Alioquin & ſi frater fuit, omiſſa cauſa teſtamenti ab inteſtato poſſidebit hereditatem*, ſupple (quod ſi expreſſum fuiſſet, errandi occaſionem Bartolo præciditſſet) *nec tamen creditoribus paternis tenebitur, quod ſanè abſurdum eſſet.* Habet enim Iulianus pro abſurdo quod ſanè abſurdiſſimum fuerit, vt melior ſit conditio ſubſtituti pupillaris, eiuſdémque legitimi heredis, & hereditatem pupilli legitimo iure retinentis, quàm ſubſtituti extranei ex ſubſtitutione ſuccedentis quantum ad paternos creditores, vt ex eo quod ille concludit ſubſtitutum eundémque legit. pupilli heredem cogendum reſpondere paternis creditoribus, ſi omiſſa ſubſtitutione poſſideat hereditatem ab inteſtato, inferamus non eſſe igitur generaliter & indiſtinctè verum, pupilli abſtenti heredem quemlibet à prætore adiuuandum eſſe ne patris creditoribus ſatisfacere teneatur, ſed cum ea exceptione *niſi ſubſtitutus fuit.* Nam qui & ſubſtitutus & legit. heres eſt pupilli, ſi ab inteſtato hereditatem retineat, non ob id tenetur ad æs alienum patris etiam prætoris autoritate exſoluendum, quòd ſit legitimus heres pupilli, ſed quòd fuerit à patre ſubſtitutus, cùm ſi ſubſtitutus non fuiſſet, haud dubiè non teneretur. Ergo etiamſi ſubſtitutus tantùm fuerit, non etiam legitimus ſucceſſor, puta omnino extraneus, æquè compellendus erit creditoribus paternis reſpondere, cùm æquè ſubſtitutus ſit à patre, & hoc amplius, habeat pupilli hereditatem ex ſubſtitutione. Itaque quod Vlpian. refert Iulian. in hoc inclinaſſe vt putaret ſubſtitutum etiam patris onera ſubiturum (niſi adiectio quoque illa Triboniani eſt, quandoquidē ineptè dicitur inclinaſſe Iulianum in eam ſententiā, quam verbis tam apertis expreſſiſſet, vt non potuerit apertioribus, cùm ſcripſit, *niſi ſubſtitutus ei fuit*) de quocumque ſubſtituto accipi debet, ſiue legitimus etiam ſucceſſor ille ſit, ſiue extraneus, itémque ſiue ſubſtitutione adierit, ſiue ſubſtitutionem omiſerit dummodò ab inteſtato teneat pupilli hereditatem.

13 hereditatem. Et in summa tres casus † in hac quæst. distinguendi sunt in ipsis Iuliani verbis, l. de pupilli abstenti herede illo, qui sit tantùm legitimus non etiam substitutus, de quo primùm Iulianus loquitur eo loco, *deinde aliquis heres ei extitisset.* II. de pupilli herede substituto qui substitutus tantùm sit, non etiam legit. pupilli heres. Ad hunc enim pertinet illa exceptio, *nisi substitutus ei fuit.* III. de eo pupilli herede qui & substitutus fuerit & heres sit legitimus, sed qui omissa substitutione succedere maluerit iure legitimi heredis: de quo in *d. vers. alioquin.* Primo casu non compellitur heres pupilli respondere paternis creditoribus licèt iis ipso iure teneatur. Dignum enim eum putat prætor cui beneficium abstentionis & separationis conseruet quod pupillus habuit, cùm veniat ex prouidentia legis potiùs quàm ex iudicio patris: posterioribus verò duobus casibus pupilli heres idémque substitutus non solùm tenetur ipso iure creditoribus paternis propter commixtionem tam hereditatum quàm æris alieni, sed etiam à prætore compellitur vt iis satisfaciat, tanquam cui non possit prætor succurrere & fauere, quin faciat iniuriam & voluntati & famæ patris ex cuius iudicio hic heres pupilli vel succedit, vel succedere potuit & debuit, si de patris voluntate famáque conseruanda tam solicitus fuisset, quàm de lucro sibi captando ex pupillari hereditate ab intestato retenta post repudiatam 14 vltrò substitutionem. Illa igitur Iuliani † verba *& quidem impunè*, non sic accipienda sunt quasi substitutus hic idémque legitimus heres pupilli non sit cogendus respondere creditoribus patris, sed ita vt non sit cogendus præstare legata & fideicommissa in pupillaribus tabulis relicta, ita vt non incurrant pœnam edicti, *si quis omiss. causs testam.* In eo enim quòd patris creditoribus respondere cogitur, pœnam nullam patitur, sed iure communi tantùm vtitur, nec ad separationis beneficium & fauorem admittitur. At pœnam sentiret si teneretur ad legata & fideicommissa, quæ ex iuris communis ratione intercidêrunt. Quamquam illud certè mirum videri potest, cur non teneatur hic substitutus etiam legatariis pupilli ex edicto prætoris, cùm prætextus ille pupillaris hereditatis ab intestato potiùs quàm ex substitutionis causa retinendæ, ne oneribus patris pupilli hereditas implicaretur, inanis sit & falsus, si vera est Iuliani sententia quæ non eo minùs æri alieno patris illum obstringit. Sed respondendum est quod iam attigimus sufficere vt non sit in dolo ad hoc ne pœnam edicti sentiat. In dolo autem non esse illum qui aliquid facit, eo animo & fine vt sibi prospiciat, licèt in iure erret, neque sibi reuera consulat. Hic enim decipitur, non decipit, *l. sed etsi l. 25. §. scire. D. de petit. hered.*

ERROR III.

De edicto, cuius mentio fit in l. quæsitum. 40. eo. tit. de acquir. hered.

SVMMARIA.

1 *De quo edicto accipienda verba Iuliani in l. quæsitum 40. D. de acquir. hered.*
2 *Edicto nihil opus fuit succurrere creditoribus hereditariis, sed legatariis & fideicommissariis, ne legata & fideicommissa per repudiationem hereditatis intercidant.*
3 *Nec Iuliano, nec Marcello in animo fuisse de edicto succurrente legatariis, fideicommissariis aut creditoribus in d. l. verba facere.*
4 *Sententia Bartoli & sequacium de edicto quod memoratur in d. l. quæsitum refertur & refellitur.*
5 *Verba d. l. accipienda esse de edicto*, si quis omissa causs. test.
6 *Difficultates inde exorientes.*
7 *Tribonianus corrupit verba Iuliani & Vlpiani in d. l. quæsitum.*
8 *Tribonianum quæ fefellerint.*

EX his quæ proximè diximus, non obscurè apparet quàm falsum sit, & à Iuliani mente sensúque alienum quod sub Vlpiani nomine relatum est in *l. quæsitum* 40. *eod. tit. de acquir. her.* Iulianum in illius legis specie scripsisse substitutum incidere in edictum, Si se impuberis immiscuerit hereditati. Nam præter id quod, vt iam ostendimus in præcedentibus, alia species est quæ tractatur in *dict. l. quæsitum*, alia verò quæ in *dict. l. Iulianus*, vbi verba ipsa Iuliani referuntur (cùm in *dict. l. quæsitum* tractetur de filio impubere exheredato, at in *l. Iulianus*, de impubere instituto) illud etiam constat non de alio edicto Iulianum sensisse † aut sentire potuisse in *dict. l. Iulianus*, quàm de illo quod proposuit prætor aduersus eos qui omissa causa testamenti possideant ab intestato hereditatem. Atqui certissimum est edictum illud non pertinere ad creditores, quibus ex contractu aliquid debeatur, sed tantùm ad legatarios & fideicommissarios, quia nec causa vlla nedum necessitas fuit succurrendi † creditoribus defuncti (quippe qui non eo minùs saluas & integras habent suas actiones, quòd hereditas ex testamento adita non sit, si modò ab intestato possideatur, quándoquidem & si ab intestato quoque repudiata esset, nullumque successorem debitor reliquisset, non eo minùs satisfaciendum esse creditoribus, vel per missionem in possessionem venditionemque bonorum, *tot. tit. Quib. ex caus. in poss. eat. & de reb. auctor. iudic. possid. & vendund.* vel à fisco qui bona vacantia ex lege Iulia occupasset, *l. 1. & pass. D. de iur. fisc. iunct. l. quidam 96. §. 1. de legat. 1.* Legatariis verò & fideicommissariis æquitate prætoria subueniendum necessariò fuit vt possent conseruari legata & fideicommissa, quæ alioqui destituto per repudiationem testamento ipso iure intercidissent. At non de illo quærebat Iulianus † an pupillaris substitutus teneretur præstare legata & fideicommissa in secundis tabulis relicta, sed tantùm an compellendus esset paternis creditoribus respondere. Nihil ergo attinebat de illo edicto tractare in hunc sensum, vt in edictum incidere diceretur substitutus qui æri alieno patris adeundo pupilli hereditatem se obstrinxisset. Nullo enim edicto indigêt creditores paterni vt paratam habeant actionem contra pupilli heredem, quisquis ille sit qui hereditatem pupillarem possidet iunctam cum hereditate paterna, sed indigeret heres ipse aliquo edicto, si quod esset, cuius potestate succurri ei posset contra summam iuris rationem, ne patris creditoribus satisfacere cogeretur. Rursus edictum illud etiamsi ad creditores quoque pertineret, quod nemo ex prudentibus vnquam dixit, non alio tamen casu locum habere posset, quàm quo testamenti causa omissa possideretur hereditas ab intestato. At in *d. l. quæsitum* tractatur de eo substituto qui & nihil hereditatis paternæ attingat, & aliquid propter patris voluntatem habeat. Ergo de illo qui successerit impuberi ex substitutione pupillari, quæ quamquâ testamentum filij, iudicium tamé patris est *l. Pap. 8. §. sed nec impub. D. de inoff. test.* Nec enim propter patris voluntatem quicquâ haberet substitutus qui pupilli hereditatê ab intestato possideret: Non potest igitur Iulianus de illo edicto tractasse cùm tractauit de substituto pupillari aliquid habente propter voluntatê patris, cuius tamen hereditatê & ex testamento & ab intestato repudiauerit. Sed neque Marcellum in sua illa ad Iulianum nota de hoc casu sensisse quo pupilli hereditas per substitutum

ab intestato possideatur, ex eo apparet quòd distinctio quam adhibuit, An substitutus filio impuberi solus & ex asse heres institutus fuerit à patre, an ex parte tantum, non aliam rationem habet quam quòd eo ex asse instituto si paternam hereditatem repudiet, necesse sit corruere tabulas pupillares destituto in totum patris testamento, nemine patris hereditatem ex eo adeunte, quod non similiter euenit adscripto coheredi qui adierit pro sua parte. Quid verò interest an patris testamentum destitutum fuerit tabulæque pupillares corruerint necne, si pupilli hereditas ab intestato possideatur? Imò tanto iustiorem causam habet substitutus consequendæ ab intestato pupillaris hereditatis, cùm fuit ille solus institutus, totamque testamenti paterni causam repudiat, cùm hoc casu nonnisi ab intestato succedi pupillo possit. Cùm enim adest coheres qui paternam hereditatem pro sua parte adierit, licèt non eo minùs intestati exitum facere possit pupillus, nemine ex substitutione pupillari succedente, facilius tamen est vt ei ex testamento succedatur, ita volente substituto, cui proinde tanto magis imputari potest, cur non tantùm paternam, sed etiam pupillarem hereditatem ex testamento adire noluerit, præsertim si ab intestato retineat pupillarem, cùm tamen secundum Marcelli distinctionem dicendum esset, indistinctè eo casu quo adesset coheres qui paternam hereditatem pro sua portione adisset, liberum fore substituto sine metu onerum patris, repudiata ipsius hereditate pupilli successionem amplecti, nec tantùm ab intestato, sed etiam, quod magis est, ex testamento. Quanto minùs ergo voluit Marcellus substitutum incidere in edictum *si quis omiss. causs. testam.* si ab intestato possideret hereditatem pupilli, quam posset impunè possidere ex testamento quoque quantum ad paternos creditores? Nam nec alio colore prætor coercet eos qui omissa causa testamenti possident hereditatem ab intestato, quam quòd habeat hereditatem pro adita ex testamento, quæ reuera fuit repudiata, *l. si filius 23. iunct. l. seq. in fin. D. si quis omiss. causs. testam.* Sed quicquid Marcellus senserit, Iulianus certè tantùm abest vt scripserit substitutum hunc incidere in edictum, quantum ad paternos creditores vt iis teneatur, vt nec ipsius pupilli legatariis & fideicommissariis teneri eum debere putauerit secundum ea quæ superiore capite disputauimus ex *dict. l. Iulianus, in vers. alioqui.* Quod si non putauit locum esse edicto fauore legatariorum & fideicommissariorum, quibus solis edictum prodesse potest & solet, potuitne putare eidem edicto debere locum esse fauore creditorum, de quibus edictum nec dixit quicquam, nec cogitauit? Nec pugnat quod diximus in ea Iulianum fuisse sententia, vt putauerit substitutum paternis creditoribus respondere compellendum. Iam enim ostendimus ita eum scripsisse & scribere debuisse, non propter edictum aliquod prætoris, sed ex mera iuris ciuilis ratione propter vnitatem cum patris hereditate pupilli hereditatem. His nimirum rationibus victi interpretes coguntur fateri quod nos volumus, non posse locum illum Iuliani intelligi de hoc edicto *si quis omiss. caus. testam. heredit. ab intest. possidend.* sed comminiscuntur † nescio quod aliud edictum cuius nusquam mentio alibi facta sit, & quo cautum fuerit ne pupillarem hereditatem habere posset qui paternam repudiasset. Quod si ita esset, sequeretur substitutum qui in huiusmodi edictum incideret, non eo magis compellendum creditoribus paternis respondere, sed à contrario arcendum à pupilli hereditate, vt nec ab ipsius creditoribus nedum à paternis conueniri possit: quod vtique à Iuliani sententia alienum foret, quæ illa semper fuit, non vt pupillaris substitutus qui paternam hereditatem repudiaret pupillarem consequi non posset, at ex diuerso, vt hoc ipso quod paterna repudiata pupillarem amplecteretur, paternis quoque oneribus omnibus se obligaret. Et verò si Iuliani sententia, siue Marcello, siue potiùs Triboniano, reprehendenda visa est, quòd impugnaret vtilitatem pupilli qui se saltem possit habere testamentarium successorem, quanto magis reprehendendum esset edictum illud commentitium quo is qui paternam hereditatem omisisset, pupillarem consequi prohiberetur? Aut qua fronte auderet quis Iulianum reprehendere qui nihil nisi secundùm formam edicti respondisset? Sed quid obsecro opus est in nono illo edicto comminiscendo aut interpretando laborare, cùm in *d. l. Iulianus* expressam † habeamus hanc ipsam Iuliani sententiam, eámque sic conceptam, vt dubitari non possit quin ipse senserit de illo edicto, *si quis omiss. causs. testam.* Quibus enim apertioribus verbis potuisset ad exprimi quàm istis, *Alioquin etsi frater fuit, omissa causa testamenti ab intestato possidebit hereditatem, & quidem impunè. Nec enim videtur voluisse fraudare edictum qui sibi prospexit ne oneribus patris pupilli hereditas implicaretur.* Ex quibus verbis colligo, si Iuliani sententia illa esset quæ extat in *d. l. quæsitum*, *incidere eum in edictum si se impuberis immiscuerit hereditati*: de illo intelligendam fore qui se impuberis hereditati ab intestato miscuisset, non de illo, qui ex substitutione. Quod verò rationis loco subiicitur, *nam qui iudicium patrui oppugnauerit, non debere ex eadem hereditate consequi*, similiter ita accipiendum vt patris iudicium oppugnasse diceretur substitutus, non qui paternam hereditatem testamentariam, sed qui pupillarem substitutionem omisisset. Alioqui ea ratio hoc tantùm probaret, substitutum qui paternam institutionem repudiasset, nihil debere consequi ex eadem hereditate paterna, quod ad rem non pertineret, cùm de eo substituto agamus qui nihil paternæ attigerit hereditatis, sólámque pupilli hereditatem legitimam habere velit. Cùm igitur de sola pupilli hereditate tractaret Iulianus, intellexit etiam de impugnato iudicio patris circa eandem pupilli hereditatem, & consequenter non alia ratione quàm per substitutionis pupillaris repudiationem, quia pupillaris substitutio iudicium est patris, licèt sit testamentum pupilli, vt iam diximus. Cùm verò Iulianus illud ageret, non vt pupillarem substitutum ab hereditate pupilli siue testamentaria siue legitima submoueret, sed contrà vt probaret, paternis quoque creditoribus compellendum eum respondere, fatendum est rationem hanc, si Iuliani fuit, accipi sic oportere, acsi scriptum esset, substitutum qui parentis iudicium oppugnauit circa pupilli hereditatem repudiando pupillarem substitutionem, nihil ex eadem hereditate consequi vel debere vel posse, quin hoc ipso paternis oneribus omnibus se obliget, perinde acsi defuncti patris non modò iudicium, sed etiam hereditatem agnouisset: cùm possit ei imputari cur iudicium patris repudiando circa pupilli hereditatem, ipsam quoque hereditatem non repudiauerit, at retinere maluerit, quam sciebat vnitam aliquando fuisse cum hereditate patris. At rursus secundùm hanc interpretationem inepta † erit ratio Iuliani, & stultus Iulianus, qui ad quæstionem propositam de substituto pupillari nihil attingente ex paterna hereditate, sed tamen aliquid propter patris voluntatem habente, respondeat incidere illum in edictum, *si ab intestato pupilli hereditatem possideat*: quasi verò is qui haberet pupilli hereditatem ab intestato, credendus esset aliquid habere propter patris voluntatem. Sed & quæro, cùm in specie *dict. leg. quæsitum*, agatur de substituto qui idem fuerit à patre ex toto asse institutus & impuberi exheredato substitutus, vt probauimus in præcedentibus, quomodo fieri possit vt legitimam pupilli hereditatem ab intestato retineat, quin habeat paternam quoque vel inuitus, tanquam

quam cum pupillari coniunctam? Siquidem destituto patris testamento euenire necesse est, vt exheredatio corruat, non minùs quàm cætera omnia eodem testamento constituta, *l. si patronus* 12. §. *ex testamento. D. de bon. libert. l. filium* 20. *D. de bon. poss. contr. tab.* ac proinde vt patris hereditas quæ ex testamento fuerat delata heredi scripto, eadem ab intestato deferatur filio tanquam suo heredi, & necessariò ei acquiratur, quod vbi factum est, quid referre potest, postea vtrum substitutus hereditatem pupilli ex testamento habeat, an ab intestato. Nonne vtroque casu verum est vnam esse & patris & filij hereditatem, atque commixtum æs alienum vtriusque hereditatis? præcipuè cùm non ponamus exheredatum illum post quæsitam sibi ab intestato patris hereditatē se abstinuisse? Etsi enim abstinendi beneficium implorare potuit quandiu vixit, si tamen decesserit antequàm imploraret, non transmittit idem beneficium ad heredem extraneum, nec si decesserit ante quàm sciret se heredem extitisse, ad suum verò & necessarium heredem ita transmittit si mortis suæ tempore ius illud sibi competere ignorauit, *l. si quis filiumfam. 7. §. 1. D. de acquir. hered.* Necesse igitur est, substitutum hunc si hereditatem pupilli habeat, quamuis non nisi ab intestato, patris quoque heredem esse, nec vllum colorem habere recusandi, quominùs paternis quoque creditoribus teneatur. De quo tamen solo quæritur in *d. l. quæsitum*, vt intelligamus non tantùm ineptam esse responsionem ad quæstionem, sed ipsam quoque quæstionem ridiculam esse, planeque indignam Iuliano nec minùs Vlpiano. Quid ergo dicendum superest vt nos ex tot non tam difficultatibus quàm ineptiis & absurditatibus extricemus? Id vnum, de quo tam vix puto quisquam vel tacentibus nobis
7 dubitabit, † Triboniani esse ista omnia, Iuliani sententiam pessimè corrumpentis, & Vlpiani nomine non sine mala fide abutentis. Iulianus enim speciem illam tractauerat, in qua pupillus heres à patre institutus proponebatur, eique datus substitutus, idémque legitimus heres qui omissa pupillari substitutione poterat iure suo legitimâ pupilli hereditatem obtinere, vnitam quidem perinde cum patris hereditate ex summo iure, sed quæ tamen propter filij abstentionem videbatur sperata, vnde ratio dubitandi nascebatur, propter quam videretur non esse compellendus substitutus vt paternis creditoribus responderet: Tribonianus verò eandem sententiam detorsit ad casum, si non contrarium, saltem prorsus diuersum, in quo pupillus fuerit exheredatus, eique substitutus extraneus, qui idem fuerat à patre institutus, & in quo non de alio quæritur, quàm vtrum possit hic substitutus separare non quidem hereditates, quæ nunquam coniunctæ fuerunt, sed testamenta quæ pater & sibi & filio simul fecerat, inter quos casus differentia euidens illa est, si quæratur an paternis creditoribus respondere substitutus debeat, quòd cùm hereditates iunctæ fuerunt suo herede instituto, quamuis postmodum abstinente, ratio iuris communis facit pro creditoribus paternis contra substitutum, nec vllo egent illi edicto, siue illo, *si quis omiss. causs. testam.* de quo hucusque diximus, siue alio quod interpretes comminiscuntur, sed è contrario egeret substitutus aliquo: vt ei contra creditores subueniretur, quod portrò nullum habet. Cùm verò hereditates iunctæ nunquam fuerunt, non solùm nihil est quod faciat pro creditoribus paternis contra substitutum, sed neque locus quæstioni vllus relinquitur, vt nec vlli edicto prætoris, quia vel is qui substitutus est, fuerat solus à patre institus, & tunc nihil est quod de secundis tabulis tractari possit destituto paterno testamento, vel aliquem habebat coheredem, quo adeunte confirmatæ sint vtræque tabulæ & paternæ & pupillares, & eo casu ratio iuris facit omnino pro substituto ne teneatur creditoribus patris, cuius nullomodo heres est, quique alium habet heredem. Fefellit † Tribonianum non id 8
tantum quòd præ nimia iuris imperitia diuersitatem hanc specierum tam apertam non obseruauit, sed illud etiam quod Iuliani rationem illam quæ expressa est in *vers. alioquin*, & quam superiore capite explicauimus non percepit. Sic enim accipiendam putauit quasi Iulianus senserit, absurdum fore si quis diceret pupillarem substitutum eundemque legitimum impuberis heredem posse omissa causa pupillaris substitutionis possidere hereditatem pupilli ab intestato impunè, quod non ita est. Nam putauit quidem Iulianus absurdum esse, vt est, hunc possidere ab intestato hereditatem pupilli, nec eo magis teneri paternis creditoribus vt super. cap. explicauimus, sed non ideirco putauit absurdum esse, hereditatem possidere illum ab intestato impunè. Is enim dicitur impunè possidere ab intestato, qui nullam patitur pœnam ob id quod possideat ab intestato. Hic autem de quo egimus, etsi creditoribus paternis teneretur secundùm Iuliani nostramque sententiam, non tamen pœnæ nomine tenetur, & ob id quod testamenti causam omiserit, sed iure communi, vt sæpius diximus, & quia cùm hereditas patris & pupilli iuncta vnaque sit, non potest fieri vt hereditatem pupillarem habeat, quin habeat etiam paternam, nec vlla in eam rem pœna opus est. At vt legatariis & fideicommissariis teneatur etiam is qui testamenti causam omisit si hereditatem ab intestato possideat, non nisi pœnæ nomine fieri potest, cùm si nulla ei pœna irrogaretur, non posset debere legata & fideicommissa quæ destituto testamento intercidissent. Hoc verò Iulianus sensit, substitutū hunc, eundemque pupilli legitimum heredem, quem absurdum esset dicere non teneri creditoribus paternis, ne quidem retenta ab intestato pupilli hereditate, tamen non eo minùs impunè posse omissa causa substitutionis legitimam pupilli hereditatem retinere, id est, ita vt nihilomagis legatariis & fideicommissariis pupillaribus teneatur, quia edictum illud *si quis omiss. causs. testam.* pœnale est, & contra eos factum qui dolo malo id agunt: vt circumueniant defunctorum voluntates, ne alioqui fraudis suæ fructum sentiant, quem sentirent, si prætor non se interponeret, pœna illa contra fraudem constituta, vt hereditas ab intestato possessa, ex testamento agnita videretur. Pœna autem ista dignus non est qui non animo fraudis faciendæ, sed vt sibi contra patris creditores prospiceret, licèt frustra & iuris errore persuasus omisit causam testamenti. *Impunè* igitur dixit Iulianus pro eo quod nos pluribus explicauimus, *citra pœnam edicti*, vt ea ostendunt, quæ immediatè sequuntur. *Nec enim videtur voluisse fraudare edictum qui sibi prospicit ne oneribus patris pupilli hereditas implicaretur.* Edictum verò non aliud ille intellexit, quàm quòd prætor aduersus eos proposuit, qui omissa causa testamenti hereditatem ab intestato possident in necem legatariorum & fideicommissariorum. Aliud enim nullum est, nec vnquam fuit tale in fauorem creditorum, quibus satis est iunctas esse patris & pupilli hereditates, quod semper euenit quoties suus heres fuit institutus, quamuis se abstinuerit, vt in specie illa Iuliani, de qua in *d. l. Iulianus*. Sed persequamur cætera quæ apud Iulianum sequuntur, vt eandem Triboniani manum & imperitiam certius agnoscamus.

* * *

ERROR IV.

De fratre exheredato ſubſtituto fratri impuberi ſcripto heredi.

SVMMARIA.

1 *Alium Tribonianiſmum in d.l. Iulianus obſeruatus.*
2 *Verba Iuliani perperam accepta à Triboniano.*
3 *Quod Iulianus de fratre pupilli ſcribit, Tribonianus ineptè de fratre teſtatore accepit.*
4 *Patria poteſtatis effectum.*
5 *Quomodo pater ſibi heredes neceſſarios facere poſſit, quos poteſt filio.*

VT apertius inſcitiam ſuam Tribonianus proderet, ac quàm malè Iuliani ſententiam percepiſſet, conueniens erat vt poſt ſuprà iam obſeruatos errores craſſos quidem illos, ſed ſubobſcuros, hunc etiam ſubiceret, † qui meo iudicio eſt omnium apertiſſimus in *d.l. Iulianus verſ. ſed quod in fratre ſcripſit, credo ita intelligendum ſi non impuberis frater fuit, ſed teſtatoris. Caterum vtique ſi frater fratri ſubſtitutus impuberi ſit, ſine dubio neceſſarius heres exiſtet.* Scripſerat Iulianus † abſurdum fore ſi diceretur ſubſtitutum pupillarem, eundémque legitimum impuberis heredem poſſe ab inteſtato hereditatem pupillarem cum paterna coniunctam poſſidere (& quidem impunè quantum ad legatarios & fideicommiſſarios pupillares) nec tamen à creditoribus paternis conueniri poſſe, quibus cum teneri certum eſt tanquam qui ſit heres patris hoc ipſo quod eſt heres pupilli, quia ipſe fuit heres patris. Et quia de fratre ſimpliciter locutus erat Iulianus, hanc dubitandi cauſam ſumpſit Tribonianus, an de ipſius impuberis, an potius de patris eiuſdémque teſtatoris fratre Iulianus ſenſiſſet: quaſi non ſatis apertè impuberis fratrem demonſtraſſet hoc ipſo quod de impuberis hereditate loquebatur, itémque de fratre impuberi ſubſtituto. Sed tamen parum eſſet ineptam mouiſſe dubitationem, ſi non ineptiùs ad eam reſpondiſſet concludens de fratre impuberis † intelligi non poſſe ſententiam Iuliani, ac de fratre teſtatoris intelligi oportere. Nimirum collectio, qua vtitur, illa eſt, quod ſi de impuberis fratre ageremus, non poſſet locus eſſe propoſitæ quæſtioni, in qua ponimus omiſſam eſſe à ſubſtituto cautam pupillaris ſubſtitutionis, vt pupilli hereditatem ab inteſtato poſſideret, ſiquidem frater, inquit, fratri ſuo neceſſarius heres exiſtit ſicut & patri: qui autem neceſſarius heres eſt, is non magis teſtamentariam quàm legitimam repudiare poteſt hereditatem illius cui neceſſarius heres eſt, cùm ob id neceſſarios dicatur, quam ſiue velit, ſiue nolit heres eſt, etiam ignorans & ipſo iure, §. 1. *Inſtit. de heredit. qualit. & differ. l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam. l. in ſuis* 14. *D. de ſuis & legit. l. apud hoſtes* 8. *C. eod.* At à contrario frater teſtatoris ſicut heres fratri ſuo neceſſarius non eſt ſed voluntarius, ita nec fratris ſui filio impuberi cui fuit ſubſtitutus, ideóque & pupilli hereditatem teſtamentariam repudiare poteſt, & ea repudiata, ſimúlque retenta legitima locum facere quæſtioni, An à patris creditoribus itémque pupilli legatariis & fideicommiſſarius conueniri nihilominus poſſit. Ego verò etſi fateor in fratre teſtatoris quæſtioni noſtræ locum eſſe poſſe, nihil tamen cauſæ video cur ad hanc adeò improbabilem interpretationem confugiendum ſit, vt quod Iulianus tractans de ſubſtitutione pupillari, & de impuberis hereditate, ſimpliciter ſcribit de fratre ſubſtituto, ad fratrem teſtatoris referendum videatur potiùs quàm ad fratrem pupilli. Obſeruo enim quod ex propoſita legis ſpecie tam apertum eſt, vt vix alius quàm Tribonianus in eo falli potuerit, fratrem hunc, quem Iulianus fratri ſuo ſubſtitutum ſcribit, exheredatum fuiſſe, non inſtitutum. Inſtitutus enim proponebatur alius frater, cui erat hic ſubſtitutus, vt ex eo apparet quod initio legis præfatur Iulianus, frater cui pater ſubſtitutum dederat ſe abſtinuiſſe. Abſtinere namque proprium eſt eorum heredum qui iam ipſo iure heredes extiterunt, non eorum qui nec ſi velint heredes eſſe poſſint, *l. neceſſariis* 57. *de acquir. heredit. d.l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. D ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam.* Neque poſſis niſi omnino improbabiliter comminiſci alium quoque fratrem, quem nos fratri impuberi ſubſtitutum ponimus fuiſſe, cum fratre abſtento ex parte inſtitutum, quo caſu non negarem, cum fratri neceſſarium heredem fore: ſi enim verum eſt vulgare illud brocardicum Doctorum, Indefinitam æquipollere vniuerſali, quid refert an dicamus cum Iuliano indefinitè pupillum hunc paterna hereditate ſe abſtinuiſſe, an vniuerſaliter vt nos interpretamur *vniuerſa paterna hereditate*. Quid tutius an dicamus pupillum hunc ab vniuerſa hereditate ſe abſtinuiſſe, an verò ex vniuerſa hereditate heredem extitiſſe, ſi nemo ſe abſtinet, vt proximè diximus, nili qui heres extitit? Adde quòd in prima illa ſpecie quam Iulianus, aut potiùs ex Iuliano Vlpianus tractat, non plures liberi teſtatoris proponebantur, ſed ille tantùm impubes qui fuerat inſtiturus, & cui datus erat pupillaris ſubſtitutus. Neceſſe igitur eſt vt ponamus fuiſſe illum ex toto aſſe inſtitutum, nulla ſcilicet apud Iulianum facta coheredis cuiuſpiam mentione. Nec quod ſubinde ponit alium caſum in quo pupillus hic inſtitutus fratrem aliquem eundémque ſubſtitutum habuerit, mutat ſpeciem ad perſonam ſubſtituti, formámque inſtitutionis, ſed tantum quantum ad perſonam ſubſtituti, hoc ſemper ex priore ſpecie retento, quòd filius inſtitutus, & abſtentus, ſolus & ex toto aſſe fuerit inſtitutus. Nam neque nouum eſt vt pater duos habens filios vnum inſtituat & alium exheredet, vt & in ſpecie, *l. filius* 41. *que eiuſdem Iuliani eſt eod. tit. de acquir. heredit.* Hoc autem ſuppoſito quòd frater inſtitutus & abſtentus ex toto aſſe fuerit inſtitutus, quid aliud poſſumus dicere quantum ad alium fratrem ſubſtitutum, niſi quòd fuerit is exheredatus? Alioqui ſi nec inſtitutus eſſet, nec exheredatus, vtique eſſet præteritus, nec patris ſui in cuius familia fuiſſet, teſtamentum valere pateretur *l. ſi filius* 7. *cum l. ſeq. l. inter cætera* 30. *D. de liber. & poſthum.* ac cùm fuit exheredatus frater qui idem fratri impub. fuit ſubſtitutus, quis vnquam præter Tribon. in eum errorem poſſit incidere, vt putet neceſſarium fratri ex teſtamento heredem eſſe debere illum, qui nec volens patri ex teſtamento eſſe poſſit? Non ignoro ius hoc eſſe patris ob patriam † poteſtatem, quæ moribus quoque inducta eſt, vt non tantùm pupillariter ſubſtituere filio ſuo impuberi poſſit ſed etiam neceſſarios heredes ei facere illos ipſos quos & ſibi poteſt, *l. ſed ſi plures* 10. §. 1. *D de vulg. & pupill. ſubſt.* quod vnum hac in re Tribonianum ſine dubio fefellit. Sed dico quod Tribonianus ſcire debuit, tum id verè dici & appoſitè, cùm pater eum ſibi neceſſarium heredem fecit, quem filio ſuo facere voluit, non autem ad fratrem fratri neceſſarium heredem faciendum ſufficere, quòd eum ſibi quoque neceſſarium facere potuerit, nili etiam fecerit. Ita enim accipiendum eſſe quod Vlpian. ſcribit in *d.l. ſed ſi plures* §. 1. explicat idem Vlpianus noſter in *l. 2. §. prius autem. eod tit.* in illis verbis, *vſque adeò, vt quos quis ſibi facit neceſſarios, eoſdem etiam filio faciat*, vt intelligamus fieri à patre neceſſarium heredem filio eum, non quem pater ſibi facere potuerit & noluerit, ſed quem & potuerit & fecerit. Eſtque captio & fallacia euidens in hac propoſitione, † *Quos pater ſibi heredes neceſſarios poteſt facere, poteſt etiam filio*, ſi verbum, *poteſt*, bis in ea vſurpatum aliter in priore parte, aliter in poſteriore vſurpetur, in priore

1 ſed ſubobſcuros, hunc etiam ſubiceret, † qui meo iudicio eſt omnium apertiſſimus in *d.l. Iulianus verſ. ſed quod in fratre ſcripſit, credo ita intelligendum ſi non impuberis frater fuit, ſed teſtatoris. Caterum vtique ſi frater fratri ſubſtitutus impuberi ſit, ſine dubio neceſſarius*
2 *heres exiſtet.* Scripſerat Iulianus † abſurdum fore ſi
3 puberis † intelligi non poſſe ſententiam Iuliani, ac de
4 patria poteſtatis
5 *Quos pater ſibi heredes neceſſarios poteſt facere, poteſt etiam filio*

priore nimirum de poteſtate ad actum non tedacta, in poſteriore verò de poteſtate ad actum tedacta, ſed in vtraque accipi debet vniformiter, quomodo noſtri loquuntur, id eſt, ita vt pater qui aliquem ſibi neceſſarium heredem fecit, eundem ſi filio heredem ſcribat, neceſſarium faciat, ſi verò non faciat ſibi, eundem nec filio facere poſſit, quamuis potuerit facere ſi ſibi feciſſet. Nec ſanè poteſt quicquam dici abſurdius quàm vt pater filio ſuo impuberi neceſſarium heredem facere poſſit, eum, quem à ſua exheredauerit hereditate, hoc ſolo prætextu quòd poterat pater eum ſibi quoque neceſſarium facere, ſi voluiſſet. Non enim, quod facere potuit, nec fecit, pro facto habendum eſt, cùm imputari ei poteſt cur non fecerit.

ERROR V.

De ſuo herede inſtituto ſe abſtinente ex teſtamento & paternam hereditatem retinente ab inteſtato. Ad l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam. l. 2. C. pro hered. l. 2. C. vnd. liber.

SVMMARIA.

1 *Suo heredi inſtituto ſe abſtinenti ex teſtamento hereditatem ab inteſtato retinere non licet.*
2 *Qui teſtamentariam hereditatem repudiauit, ſi in fraudem legatariorum & fideicommiſſariorum eandem ab inteſtato retineat, in edictum pretoris incidit.*
3 *Sententia l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſt.*
4 *Caſus quo plus eſt* videri, *quàm* eſſe.
5 *Verba ἄτοπα Vlpiani in d. §. qui ſunt in poteſtate excutiuntur.*
6 *Vlpiani verba in d. §. qui ſunt in poteſtate non poſſe commodè accipi de bonorum poſſeſſione ab inteſtato petita.*
7 *Filius qui eſt in poteſtate habens ſubſtitutum non poteſt omiſſo teſtamento, ab inteſtato ſuccedere vel querelam mouere.*
8 *Suo heredi inſtituto licet abſtinenti bonorum poſſeſſio ab inteſtato deferri nequit.*
9 *Nihil pro herede vſucapi poteſt ſuis heredibus exiſtentibus.*
10 *De ſententia l. 2. C. de vſuc. pro hered.*
11 *D. l. 2. ſenſum non eſſe quem affingunt interpretes, quòd ſuus heres non poſſit quicquam vſucapere pro herede.*
12 *Interpretum ſententiam non adſtrui ex l. 2. §. 1. D. pro herede.*
13 *Suus heres dominus quidem vivo patre eſſe intelligitur, at non poſſeſſor.*
14 *Ratio l. 1. §. 1. D. pro don. à Cuiacio non bene percepta.*
15 *Diſtinctio quorundam cenſentium vſucapionem pro bonorum poſſeſſore procedere cùm ſui heredes ſe abſtinent.*
16 *Nullam eſſe pro poſſeſſore vſucapionem, vbi eſt ſuus heres quamuis abſtinens.*
17 *Eiuſdem rei duo domini eſſe poſſunt, vnus bonitarius, alius Quiritiarius: at eodem dominij genere eſſe non poſſunt.*
18 *Ius ſui heredis etiam ſe abſtinentis impedit ius fiſci.*
19 *De ſententia l. 2. C. vnd. liberi.*

1 Lane in eo filio † qui & à patre ſuo inſtitutus & patri & filio neceſſarius heres extitiſſet, non poſſet fieri, vt omiſſâ ſubſtitutione pupillari hereditatem fratris ab inteſtato poſſideret, nec ſi patris quoque hereditate ſe omninò abſtinuiſſet, quia tametſi quiſquis neceſſarius eſt, beneficium abſtentionis habeat à prætore, nunquam tamen prætor permittit neceſſario hæredi ſcripto, vt à cauſa teſtamenti abſtineat, ſi ab inteſtato hereditatem retinere velit, non ſolùm quia ſunt iſta penitus contraria, ſe abſtinere, & retinere (in quo alia ratio eſt repudiationis alia abſtentionis, cùm repudiare poſſit hereditatem teſtamentariam is quoque qui legitimam nihilominus retineat) ſed etiam quia ſecum implicaret contradictionem prætor, ex cuius iuriſdictione beneficium abſtentionis eſt, ſi neceſſarium heredem, qui omiſſa cauſa teſtamenti hereditatem ab inteſtato retinere vellet, haberet pro abſtento ex teſtamento, cùm è contrario eum qui tenera teſtamentariam † hereditatem repudiauit, quam nullo tempore habuit, ſi in fraudem legatariorum & fideicommiſſariorum eandem ab inteſtato teneat, pro eo habeat, acſi ex teſtamento adiiſſet *leg. 1. l. ſi filius 25. cum ſeq. in fin. D. ſi quis omiſſ. cauſſ. teſtam.* Idque meo iudicio eſt quod Vlpianus † ſentit in *dicta leg. 1. §. qui ſunt in poteſtate. ill. tit.* vbi, poſteaquam ſcripſit eos qui ſunt in poteſtate, ſtatim heredes eſſe ex teſtamento, nec quicquam facere quod ſe abſtinere poſſint. Subiicit, *quòd ſi poſtea miſcuerint, ex teſtamento videntur heredes.* Quod enim ait *poſtea* nihil aliud ſignificat quàm *poſt abſtentionem* ex teſtamento ſcilicet factam. Et hoc ſibi vult, cum qui ex teſtamento ſe abſtinuit permittente id edicto prætoris, licet ex eo tempore non habeatur apud prætorem pro herede teſtamentario, qualis reuera eſt, ſi tamen poſt abſtentionem quoquomodo ſe immiſceat, non tantùm eſſe illum heredem re ipſa teſtamentarium, ſed etiam videri talem, id eſt, pro tali à prætore haberi. Plus namque eſt hoc caſu † videri quàm eſſe, quantum ad effectum acquiſitæ hereditatis, quia *eſſe* præcedit, nec ideo dicitur filius videri heres quod non ſit re vera. Sed quoniam ſi abſtentionem non eſſet ſecuta immixtio, eſſet quidem ille nihilominus re vera heres, ſed non eſſe videretur. Itaque qui eſſe videtur, hoc caſu & eſt & videtur. Qui verò eſſe non videtur, licèt re vera ſit, pro eo tamen habetur acſi non eſſet. Quod cùm ita ſit, planè non † intelligo quid illud ſit, quod ibidem ſubiungitur, *niſi ſi abſtinuerint quidem ſe teſtamento, verum ab inteſtato petierint bonorum poſſeſſionem. Hic enim incident in edictum.* Nam ſi verum eſt, quod negari non poteſt, ſuum heredem inſtitutum quantumuis abſtineat, perinde tamen ex teſtamento heredem re vera eſſe, acſi non abſtinuiſſet, adeò vt & libertates directæ competant ipſo iure, *leg. ſcriendum 32. D. de manumiſſ. teſtam.* & reſtitui poſſit hereditas fideicommiſſaria, nulla quoque immixtione præcedente, *leg. ita tamen 27. §. ſi pater. D. ad SC. Trebellianum, iunct. leg. cum quaſi 32. §. ſed eſſi ſuus. D. de fideicomm. libert.* quomodo heri obiecto poterit, vt exiſtente ſuo herede teſtamentario, hereditas ab inteſtato deferatur? An non violaret ea res notiſſimas iuris regulas, quæ non priùs hereditatem ab inteſtato deferri patiuntur, quàm certum eſſe cœperit neminem poſſe heredem eſſe ex teſtamento, *leg. quandiu poteſt. 39. D. de acquirend. hered. l. quandiu 89. de regulis iuris.* Itaque ſola ſpes futuri heredis ſui, omnes eos interim remouet, qui alioquin legitimi futuri eſſent, *l. pen §. 1. D. vnd. legit.* Nec eſt quod dicamus Vlpianum † *in d. §. qui ſunt in poteſtate*, non de legitima inteſtati hereditate tractare, ſed de bonorum poſſeſſione ab inteſtato petita, cuius vt alia ratio videri debeat, quàm hereditatis, illud facit, quod bonorum poſſeſſiones omnes ſunt ex iuriſdictione prætoris, apud quem pro herede teſtamentario non habetur ſuus heres qui ſe abſtinuit. Nam, vt iam dixi, habet quidem prætor pro non herede ſuum heredem ſe abſtinentem, *leg. ſi filius 12. D. de interrog. in iur. faciend. l. ſi filius 12. D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* at non poteſt

pro abstinente habere filium qui ab eo petit bonorum possessionem. Nec magis eum qui petit bonorum possessionem ab intestato ex capite Vnde liberi, quàm si peteret secundum tabulas, quia vtrumque verum est abiicere consilium, quod aliquando habuit se abstinendi, cumque negari non possit hunc se immiscere qui bonorum possessionem petit, adeò vt etiam pro herede gerere dicendus sit *l. puberem* 12. *C. de iur. delib.* eáque immixtio tollat non modò effectum, sed etiam intellectum abstentionis, vt in simili loquitur Papin. *in l. si patrem* 55. §. *vltim. D. ad SC. Trebell.* consequens est vt prætor non nisi ridiculè possit habere pro abstento filium cui dat possessionem bonorum patris, siue det petenti tanquam ex testamento, siue tanquam ab intestato. Quod si non habet eum pro abstento, quid aliud dici potest, nisi vt habeat eum pro herede ex testamento qualis re vera est? Quo rursus admisso quid opus est, quæso, inducere potestatem edicti prætoris vt legatariis & fideicommissariis, non nisi ex æquitate teneatur ille, qui ipso iure heres est ex testamento? Atque in hanc rem textus videtur, nec obscurus nec inelegans in *leg. Papinianus* 9. §. *quarta autem. D. de inoff. testam.* vbi tractans Vlp. de filio, qui omissa causa testamenti velit ab intestato possidere hereditatem aut conqueri de inofficioso testamento cùm haberet substitutum, addit disertis verbis, *si non fuit in potestate*, vt intelligamus de filio † qui in potestate sit, habeátque substitutum, non idem dici posse, vt omisso testamento possit,
7 vel ab intestato succedere, vel querelam mouere. Instabis, eum, qui postquam ex testamento se abstinuit, petit bonorum possessionem ab intestato, non videri se immiscere ex testamento, ideóque nec videri reuocare abstentionem ex testamento factam? Sed iam dixi sufficere quòd se quoque modo immisceat, vt nunquam se abstinuisse videatur, & consequenter vt quemadmodum re vera heres ex testamento manet durante quoque abstentione, ita pro tali etiam apud prætorem habendus sit, tum quoque cùm petit bonorum possessionem tanquam ab intestato. Prius siquidem est vt ei deferatur bonorũ possessio ab intestato ex edicto prætoris, quàm vt eam vel petere possit, vel admittere, aut etiam repudiare, *l. 1. §. decretales. D. de succeff. edict.* Prius ergo probandum esset, quod nos negamus, deferri ab intestato bonorum possessionem suo heredi instituto, quantumuis se abstinenti, præsertim verò si post abstentionem quoquomodo se immisceat, quàm de illo tractandum. An incidat in edictum si omissa causa testamenti petat bonorum possessionem ab intestato. Non posse autem suo † heredi instituto quantumlibet abstinenti, bonorum possessionem deferri ab intestato, ex eo quo-
8 que intelligimus, quod scriptum est in *l. 2. C. de vsuc. pro her.* nihil † pro herede vsucapi posse suis heredibus existentibus. Nec enim nisi nimis crasso iuris errore
9 posset quis putare heredem esse quem posse suis heredibus existentibus, cùm fieri nequeat vt eidem personæ duo sint in solidum heredes *l. quod contra. 11. §. vni duo. D. de reg. iur.* Adeo vt nec SC. Trebelliani auctoritate fideicommissarius vniuersalis potuerit fieri heres, sed tantum heredis loco. §. *restituta Iustit. de fideicom. her.* quamuis certum sit Senatum potuisse facere heredem, vt ex SC. Terrylliano & Orficiano constat, in eóque plus iuris habuisse quàm prætorem, qui non magis heredem facere potuit quàm legem. §. *quos autem. Instit. de bon. possess.* Quare nec aliud erit, si ponas rem hereditariam ab aliquo possessam, qui bona fide putauerit se heredem, ignorans fortasse vllos existere suos heredes. Neque enim falsa illa opinio prodesse potest ad vsucaptionem sine titulo vero præcedente *l. pen. & vlt. C. pro hered.* titulus autem præcedere nullus potest pro herede
10 suis heredibus existentibus. Ne alioqui plus † possit falsa opinio in casu falso & ficto, quàm veritas in casu vero. Eamque ob causam Imp. in *d. l. 2. pro hered.* generaliter & indistincte loquuntur, hoc est, non adhibita illâ distinctione, An qui vsucapere vult pro herede, suis heredibus existentibus, sciuerit aliquos existere suos heredes, an ignorauerit, quandoquidem ipsa rei natura est impedimento, ne quid ignorantia prodesse hoc casu possit, cùm per rerum naturam, & per legem certum sit non esse sine herede illum, qui suum heredem habet, quamuis se abstinentem nedum ignorantem, quod non æquè certum est extraneo herede instituto, tametsi iam herede per additionem facto. Etsi enim non minùs in hoc quàm in suo herede verum est, fieri nullomodo posse vt cuius hic iam ex toto esse heres est, alius sit etiam heres, in eo tamen differunt, quod extraneum heredem non sicut suum heredem omnimodo esse certum est, quippe qui vel adhuc possit, vel aliquando potuerit non esse. Itaque casus aliquis est in quo nullum sit impedimentum, quominùs vsucapio pro herede possit locum habere contra extraneum verum heredem, ob idque procedit semper, nisi vel mala fides, vel quid aliud extrinsecum adferat impedimentum. Miror verò nec satis mirari possum vulgares nostros interpretes † qui tam malè feriati sunt, vt putent sententiam *d. l. 2. C. pro hered.* non aliam esse, 11
quam vti ne possit suus heres quicquam vsucapere pro herede. Cur non enim possit sicut alius heres quilibet, cùm habeat verum & iustum titulum, si fortè in partis hereditate aliquid inuenerit, quod esset alienum quidem, sed tamen vitio nullo adfectum? An ob id deterioris conditionis esse debebit, quod in cæteris omnibus sit melioris? Nam quod in hanc rem adferre solent *l. 2. §. filium. D. eo.* huius potiùs † errorem impugnat cum habeat illa lex rationem quam IC. ponit, quòd 12
iam viuo patre filius rei à patre sibi donatæ possessionem naturalem habere videretur. Non tanquam suus heres, vt vulgo malè putant *ex l. in suis* 11. *D. de lib. & posth.* (nam suus † dominus quidem etiam viuo patre esse intelligitur, at non possessor non magis quam ex 13
traneus heres quilibet, quoniam dominium iuris est, possessio facti *l. cum heredem* 23. *D. de acq. poss.*) sed vt *in l. Pomponius* 35. *D. famil. ercisc.* ex causa donationis quæ facta fuerat per traditionem. Ideóque non poterat videri filius pro herede vsucepisse id quod non pro herede, sed pro donato possedisset, cum nec mutare sibi causam possessionis potuisset, vt & eodem loco scriptum est. Nec rursus *ex tit. pro donato.* cum donatio à patre in filiumfam. collata nullius planè sit momenti, nec proinde fieri possit, vt quæ donatio non transferret dominium donata re quæ esset propria donatoris, eadem transferat iustam vsucapiendi causam aliena re donata, quæ sententia & ratio † est *l. 1. §. 1. D. pro donat.* à Cuiacio non bene percepta ad *d. l. 2. D. pro her.* & ad 14
Paulum *lib. 5. sent. t. 11. §. patet.* Nec rursus illa quorundam † distinctio placet, an sui heredes existant duntaxat non etiam extent, an verò & existant & extent, id 15
est, an se abstinuerint nécne, vt si se non abstinuerint nulla possit contra eos procedere vsucapio, nec pro herede nec pro possessore, si verò se abstinuerint, vsucapio quidem pro herede nulla esse possit, cùm sui heredes, etiamsi se abstinuerint, impediant agnatos ne iure ciuili venire possint, vsucapio tamen pro bonorum possessore procedat, propterea quòd, inquiunt, sui heredis existentia non impediat quominus agnati iure prætorio venire possint. Etsi enim non negamus, etiam suis heredibus existentibus agnatos ad bonorum possessionem admitti posse: nullam tamen pro possessore † vsucapionem agnoscimus. quam nec ipsi agnouerunt iuris autores, quia cùm vsucapio sit tota ex iure ciuili 16
non ex prætorio, nulla verò bonorum possessio sit, nisi ex prætoris iurisdictione, planè consequens est veritulus bonorum possessionis non possit esse habilis & idoneus

idoneus ad vſucapiendum, alio iam ſuo herede exiſtente. Non quia ad vſucaptionis cauſam non ſufficiat quod quis factus iam ſit dominus à prætore, vt conſtat ex *l. ſi ſit ita.* 15. §. *Iulianus. D. de damn. infect.* ſed quoniam qui iam ſuus heres eſt, cùm ſit ſuus per legem, haud dubiè dominus eſt iure Quiritium, quia lex vnus eſt ex modis acquirendi dominij iure Quiritium. Qui verò vſucepiſſet is etiam iure Quiritium dominus eſſet ſi quidem vſucapio alius etiam modus eſt acquirendi dominij iure Quiritium, vt docet Vlp. *in fragment. tit.* 19. *de acquiſit. rer.* Atque ita ſi ſuo herede exiſtente poſſet alius vſucapere pro poſſeſſore, eſſent duo eiuſdem rei dominj in ſolidum, eodem dominij genere, quod non magis fieri poteſt, quàm vt ſint duo
17 in ſolidum heredes. Poſſent † quidem duo eſſe eiuſdem rei domini, vnus Bonitarius, alius Quiritiarius, vt in ſpecie *d. §. Iulianus. & l. quamuis* 75. *D. de iur. dot.* At eodem dominij genere non poſſunt. Aliud eſſet, ſi de iis bonis ageremus, quæ nondum cuiquam eſſent acquiſita iure Quiritium. At nos tractamus de ſuo herede qui quantumuis abſtinuerit, heres tamen & dominus eſt, quique ideo impedit ne quiſquam alius iure Quiritium dominus eſſe aut fieri poſſit, ſicut & fiſcum excludit, *l. ſi pupillus* 78. *D. ad SC. Trebl. ſi non expediert.* 6. *D. de reb. autor. iudi. poſſid.* Si quem alioqui mutare potiùs dicendus eſſet, vt in ſpecie *leg. vltim. D. de ſucceſſ. edict.* vbi Papinianus negat inferioris gradus cognatum poſſe habere beneficium edicti ſuccedendi, ſi prior ex propria parte poſſeſſionem accepe-rit, quamuis abſtinendi facultatem, ob auxilium ætatis prior cognatus poſtmodum accepiſſet. Indéque ni-mirum ſolet bona iſta tanquam vacantia fiſco deferenda eſſe: quia cùm cognatus nullum ius in his bonis vnquam habuerit, niſi ex iuriſdictione prætoris, prætor autem non habeat pro bonorum poſſeſſore illum cui dat beneficium abſtinendi per in integrum reſtitutionem, quando ex eiuſdem prætoris iuriſdictione ſint omnes reſtitutiones, conſequens eſt vt ea bonorum poſſeſſionis petitio, quæ per reſtitutionem ſublata fuit, non impediat quominùs fiant perinde bona vacantia acſi nunquam poſſeſſorem habuiſſent. Sed
18 ſecus eſt in filio ſe abſtinente, † quoniam ſicut eum non prætor, ſed ius ciuile facit heredem, ita nec reſtitutio in integrum data per prætorem, aut etiam beneficium abſtentionis quod ex eiuſdem prætoris iuriſdictione eſt, facere poteſt vt bona debeant videri vacantia, quæ etiam nunc dominum habent. Ne aliter poſito iure, duo domini iure Quiritium reperirentur, cum lex Iulia non minus faciat fiſcum dominum bonorum vacantium, quam lex duodecim tabularum ſuum heredem. *leg. quidam.* 96. §. *quoties de legat.* 1. Ergo ſi ius illud ſui heredis etiam poſt abſtentionem, aut in integrum reſtitutionem extinguit, aut, vt melius dicam, impedit ius fiſci, multo magis impedict vſucaptionem pro poſſeſſore. Neque dubitandum eſt quin
19 id quod ſcriptum † legimus *in l. 2. C. vnd. liber.* Ex teſtamento vel ab inteſtato exiſtente filio vel nepote ſuo herede neminem poſſe ab inteſtato heredem exiſtere, generaliter accipiendum ſit & porrigendum etiam ad quamlibet aliam dominij Quiritiarij cauſam, cùm non alia fiat ratione, vt nemo poſſit ab inteſtato heres exiſtere, quam quòd heres ſignificet dominum. Non tamen ſimiliter porrigendum erit ad cauſam bonorum poſſeſſionis inteſtati. Cùm enim prætor dando bonorum poſſeſſionem, quæ ſcilicet ſit, cum re & effectu tribuat poſſeſſori dominium, vt ait *l. 1. D. de bon. poſſ.* nempe bonitarium. (Quiritiarium enim dominum facere prætor nunquam potuit) filius verò qui ipſo iure heres eſt, quantumuis ſe abſtineat, dominus ſit, non quidem bonitarius, ſed Quiritiarius, quia dominium bonitarium quod ei ſemel quæſitum fuit ipſo iure poſtea fuit amiſſum per abſtentionem quæ vtilitatem hereditatis ei abſtulit: conſequens ſit, vt bonorum poſſeſſionem ab inteſtato dare quidem poſſit prætor etiam ſuo herede exiſtente, ſed non præbere cauſam vſucapiendi, quia ſic faceret vt duo eſſent eorundem rerum domini Quiritiarij, quod fieri nullo modo poteſt, vt diximus.

ERROR VI.

De ſuo herede vulgarem ſubſtitutum habente, an neceſſarius ſit an voluntarius.

SVMMARIA.

1 *Error vulgaris, ſubſtituti datione tolli exiſtentiam ſui heredis, & ſuum heredem, cui ſubſtitutus fuit ex neceſſario fieri voluntarium.*
2 *Ratio quà Bartolus & alij relatum dogma confirmant.*
3 *Alia Bart. ratio.*
4 *Argumentum quod autorem quondam in Bartoli ſententiam traxit.*
5 *Alia Bart. ſententiæ confirmatio.*
6 *Contraria autoris diſputatio: vbi primùm probat contra Bart. verba hæc, ſi heres non erit & ſi heres eſſe volet, maximopere inter ſe differre.*
7 *Vulgari ſubſtitutione duplex caſus continetur, vnus voluntatis, alius impotentiæ.*
8 *Filium ex neceſſario herede non fieri voluntarium etiamſi ita ei ſubſtitutum ſit, filius meus heres eſto, ſi filius meus heres eſſe aut nolet aut non poterit.*
9 *Heres neceſſarius vt voluntarius fiat, debet conditio in ipſa inſtitutione poni non in ſubſtitutione.*
10 *Verba illa ſubſtitutionis vulgaris, ſi filius heres non erit, ex neceſſario heredem voluntarium non efficere.*
11 *Argumentum quo euincitur filium non fieri voluntarium heredem ex neceſſario ſi habeat vulgarem ſubſtitutum.*
12 *Conditiones poteſtatiuæ faciunt ſuos heredes ex neceſſariis voluntarios.*
13 *Nulla eſt conditio magis poteſtatiua quàm hæc, Si voluerit.*
14 *Extraneus non prius eſt heres quàm voluntatem ſuam declauerit.*
15 *Quid iuris ſit vbi ſuus heres inſtituitur ſub illa conditione ſi heres eſſe voluerit.*
16 *Reſponſio ad rationem Bartoli notatam ſup. numero 2.*
17 *Reſponſio ad ſecundam Bart. rationem num. 3. relatam.*

QVm de ſui heredis exiſtentia tractare cœpimus *in Errore octauo Decadis præcedentis*, etſi hunc quoque caſum attigimus, quo patet ſuo heredi inſtituto vulgarem dederit ſubſtitutum, quod primum membrum eſt diſtinctionis Bartolinæ à nobis eo loco & relatæ & confutatæ, monuimus tamen dignum eſſe tractatum de quo ſeparatim hoc capite diſputationem inſtitueremus. Vulgaris † enim non quæſtio ſed error eſt 1
interpretum omnium, nec veterum duntaxat, ſed etiam recentiorum, quem nos quoque ſecuti aliquando ſumus, vulgaris ſubſtituti datione tolli exiſtentiam ſui heredis, & filium cui ſubſtitutus datus fuit hoc ipſo fieri ex neceſſario voluntarium. Nec ſanè facilius vnquam fallimur, quàm cùm interpretum errores bona fide ſequimur, & pro exploratis habemus quæ illi habent pro veris. Bartolum cæteroſque mouit illa † ta- 1

tio quod cùm patet ita ſcribit, *Filius meus heres eſto, ſi filius meus heres non erit, Sempronius heres eſto*, videtur aperta eſſe voluntas illa patris vt in filij arbitrio & electione ſit an heres eſſe velit, necne: non minùs quàm ſi heredem eum ſcripſiſſet ſub ea nominatim conditione, *ſi heres eſſe vellet*, quo caſu dubitari non poſſet, quin filius ex neceſſario herede voluntarius
3 factus eſſet *l. verb. hac* 12. *D. de condic. inſtit.* Addit † Bartolus parum intereſſe an heres inſtitutus ipſe ſibi ſubſtitutus ſit, an alium ſubſtitutum acceperit. Eum porrò qui ipſe fuerit ſubſtitutus, hanc ſaltem habere, non tantùm à lege, ſed etiam à teſtatore vt inſtitutionis cauſam prætermittere poſſit ſi velit, vt Vlpianus ſcribit *in l.* 1. §. *Si quis proponatur. D. ſi quis omiſ. cauſſ. teſtam.* Me verò illud † præcipuè in Bartoli ſententiam
4 trahebat, quòd ſi datio vulgaris ſubſtituti, exiſtentiam ſui heredis non tolleret, fatendum eſſet ſuo herede inſtituto nunquam fore in patris poteſtate, vt ei vel ſubſtitutum vulgarem vtiliter daret, vel coheredem, cùm quiſquis neceſſarius heres eſt, ſtatim & ipſo iure heres ſit, etiam ignorans adeóque inuitus *d. l.* 1. §. *qui ſunt in poteſtate. l. in ſuis* 14. *D. de ſuis & legit. l. apud hoſtes.* 8. *Cod. eodem.* poſt acquiſitam verò hereditatem nec vulgaris ſubſtitutio locum habeat, nec ius adcreſcendi, *leg. poſt aditam* 5. *C. de impub. & aliis ſubſtit. l. unic.* §. *his ita definitis. C. de caduc. tollend. lege prima.* §. *interdum. D. de uſufruct. adcreſcend.* Atqui certum eſt ſuo heredi perinde ac alij cuilibet ſubſtitutum vulgarem dari poſſe: itemque coheredem qui filio abſtinente admitteretur, ille ſubſtitutionis, hic adcreſcendi iure, *leg. ex contractu.* 44. *D. de re iudicat.* Neque verò potuiſſet aut neceſſaria aut vtilis eſſe conſtitutio diui Marci, quæ ſubſtitutionem filio impuberi factam in caſum vulgarem trahit ad caſum pupillarem niſi frequens iis temporibus fuiſſet, vulgarem ſubſtitutionem fieri filio impuberi: quamuis ſuo neceſſario heredi, qualem eſſe vtique neceſſe eſt illum cui pupillaris ſubſtitutio facta proponatur, *leg.* 2. §. *penult. & vltim. lege quarta D. de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* Denique † vrget pro Bartolo Africani reſponſum quod
5 ille pro ſe adducit *in leg. ſi filius.* 16. *D. de liber. & poſthum.* vbi ſuus heres inſtitutus, cui vulgarem ſubſtitutum dedit pater, ſi moriatur nondum nato poſthumo, qui in ea ſpecie præteritus proponebatur, non intelligitur fuiſſe ſuus heres patri, cui fuiſſet, vt eadem lex ait, ſi ſubſtitutum nullum habuiſſet. Hæc enim omnia ſunt, ni fallor, quæ pro tuenda Bartoli, receptiſſimaque omnium ſententia, adduci vel ſolent vel poſſunt.
6 Quæ tamen, ne † probari nunc nobis poſſint, illud in cauſa eſt, quòd video verba illa vulgaris ſubſtitutionis, *Si heres non erit*, multum diſtare ab iis, *Si heres eſſe volet*, quæ ex neceſſario faciunt voluntarium. Primùm quia conditio ſic concepta, *Si heres non erit*, impleri poteſt, etiam in eo qui heres eſſe vellet, ſi poſſet, puta ſi talis caſus contingat, in quo ſuus heres inſtitutus, vel viuo patre deceſſerit, vel poſt mortem quoque patris heres exiſtere impeditus ſit ex aliqua cauſa, vt in ſpecie, *dict. l. ſi filius.* Verum enim eſt, quod & in-
7 terpretes noſtri † paſſim iactitant, vulgari ſubſtitutione duplicem caſum contineri, vnum quem illi vocant voluntatis, alium quem impotentiæ, nec minus ſit locus vulgari ſubſtituto, cùm inſtitutus moritur viuo teſtatore, alitérve prohibetur ne heres eſſe poſſit, etiamſi vellet eſſe, quàm ſi nollet cùm poſſet. *dicta lege ſi filius. leg. cum ex filio.* 39. §. *quidam. D. de vulgar. & pupillar. ſubſtitut.* Quid ergo neceſſe eſt ea verba, *Si heres non erit*, ita accipere, ac ſi ſcriptum eſſet *Si heres eſſe nollet*, cùm in alio ſenſu verificari poſſint? Immo inquies, hæc ipſa ratio, quam attulimus, quòd vulgaris ſubſtitutio contineat duplicem caſum voluntatis & impotentiæ, potius facere debet, vt nihil penitus intereſſe videatur, an teſtator ita locutus ſit ſimpliciter, *Si heres non erit*, an hoc modo diſtinctiùs, *Si heres eſſe aut nollet aut non poterit.* Quod enim ad voluntatem teſtatoris attinet, parum refert, an expreſſa ſit, an tacitè ſubintelligenda, in iis ſcilicet quæ pendent ex mera ipſius voluntate, cuiuſmodi eſſe videtur hoc de quo agimus, vt ſuus heres fiat voluntarius cùm in patris poteſtate ſit, itémque domini facere ex neceſſario herede voluntarium, ſi modo eam habet voluntatem. Alioqui dicendum erit ſubſtitutum vulgarem ſuo heredi datum, nunquam admiſſum iri niſi eo caſu quo filius heres eſſe non potuiſſet, non illo etiam quo heres eſſe potuiſſet ac reuera extitiſſet. Quod tamen falſum eſſe conſtat ex *d. l. ex contractu.* 44. *de re iud.* aliiſque innumeris, in quibus videas, cum qui ſuo heredi ſubſtitutus fuit admitti ex ſubſtitutione non ſolùm ſi ſuus heres ipſo iure heres fuerit, ſed etiam quod magis eſt ſi vitro ſe immiſcuerit, adeoque tutore autore. Ego verò defendo quod mirabilius videatur, etiamſi vulgaris † ſubſtitutio ita eſſet concepta, *Filius* 8
meus heres eſto, ſi filius meus heres eſſe aut nolet aut non poterit, non eò magis tamen futurum, vt filius ex ſuo & neceſſario herede videri debeat factus voluntarius. Vt enim voluntarius fiat † neceſſe eſt poni conditio- 9
nem in ipſa inſtitutione, hoc ſcilicet modo, *Filius meus heres eſto, ſi volet*, vt in *d. l. verba.* 12. *D. de condic. inſtit. l. tam dubitari.* 86. *ad fin. D. de hered. inſtitut.* Nam cùm inſtitutio pura eſt, &, vt heri debet, imperatiuis verbis concepta, quid improbabilius dici poteſt, quàm vt pater, qui filio eidémque iam ſuo heredi imperat vt heres ſit, hoc ipſo facultatem ei omittendæ hereditatis dare videatur? At quod non declarauit in inſtitutione, inquies, expreſſit apertiſſimè in formula & conditione vulgaris ſubſtitutionis. Quid autem refert quâ teſtamenti parte declarata ſit voluntas teſtatoris dummodò ea conſtet? Hoc inquam, quod nego, verba illa, *ſi heres eſſe nolet*, in vulgari ſubſtitutione poſita eundem effectum habere debere quoad probandam teſtatoris voluntatem, quem haberent illa, *ſi heres eſſe volet*, poſita in inſtitutione. Et probo non tantùm ex diuerſitate conceptionis verborum, quæ vno caſu affirmatiua eſt, alio negatiua, vno caſu ad primum gradum, alio ad ſecundum accommodata, ſed etiam ex eo, quòd cùm pater ſuum heredem putè inſtituit, licèt poſtea ei ſubſtituat ſub illa conditione, *ſi heres eſſe nolet*, non ideo tamen ita locutus intelligitur, vt ei daret electionem vtrum heres eſſe vellet necne, ſed potiùs vt aduerſus filij iniuriam ſibi proſpiceret, ſi forte ille heres eſſe nollet, ſupremámque patris voluntatem deſtitueret metu venditionis bonorum, quod etiam inuito ſe in arburio filij futurum ſciebat ob edictum prætoris, ex quo ſuis heredibus omnibus poteſtas ſit abſtinendi. Quod non peræquè dici poteſt de eo patre, qui ſuum heredem inſtituit ſub ea conditione, *ſi heres eſſe vellet.* Cur enim conditionem hanc adſcripſiſſe videri poteſt, niſi vt filium faceret ex neceſſario herede voluntarium, qui alioquin non modò inſtitutus, ſed etiam nullo facto teſtamento neceſſarius heres futurus erat? Quod ſi vulgari ſubſtitutione ſic expreſſim facta, *ſi heres eſſe, aut nolet, aut poterit*, filius non fit ex neceſſario voluntarius, quanto minùs fiet, ſi pater nulla voluntatis filij mentione, vulgaria † illa ſubſtitutionis verba 10
vſurpauerit, *Si heres non erit.* Quibus enim verbis aliis apertioribus potuit vti pater, vt oſtenderet nolle ſe à communi & vulgari iure recedere, quàm ſi vulgaribus, & iis ipſis quibus cæteri quoque vti ſolent, vteretur? An forte imputabimus ei, cur filio dederit ſubſtitutum? aut cur non dederit puræ, quem certum eſt nunquam dari niſi ſub conditione. Aut denique cur vulgari formula ſit vſus in concipienda vulgari ſubſtitutione? Atqui manifeſtum eſt horum omnium nihil prorſus dici poſſe. Et verò ius eſſe † vt ſuus he- 11
res non ob id ſolùm, quòd vulgarem ſubſtitutum habeat,

beat, ex neceſſario voluntarius factus eſſe intelligatur, vel ex vno manifeſtiſſimè conuincitur, quòd hoc etiam caſu habet liberum & plenum ius ſe abſtinendi tùm quoque cùm ſe immiſcuit, quamuis ex autoritate tutoris, vt in *dict. l. ex contractu*. Et quidem citra auxilium reſtitutionis in integrum, atque ex ſolo beneficio edicti de quo in *leg. neceſſariis* 57. *D. de acquirend. hered.* Cùm tamen certi iuris ſit ſuum heredem, ſi à patre factus ſit voluntarius, puta inſtitutus ſub ea expreſſim conditione ſi heres eſſe voluerit, & ſe vltro immiſcuerit, abſtinendi beneficium poſtea non habere, *dicta leg. iam dubitari* 86. *ad fin.* vbi generalius ſcribit Mæcianus idem admittendum eſſe quoties ſuus heres inſtitutus fuerit ſub ea conditione quæ ſit in ipſius poteſtate. Nam & omnes conditiones † iſtæ promiſcuæ, 12
quas vulgo poteſtatiuas vocant, faciunt ſuos heredes ex neceſſariis voluntarios, tanquam in defectum conditionis exheredatos. *lege quarta* 5. *& 6. eod. tit. l. quidam. §. vltim. D. de condic. inſtit.* Et, ſicut nulla conditio
13 † eſt magis poteſtatiua quàm hæc. *Si voluerit*, ita nec vlla quæ apertiùs faciat ex neceſſario voluntarium. Adeò autem verum eſt ſuum heredem ſub huiuſmodi conditione inſtitutum, ſi vltro ſe immiſcuerit, beneficium abſtinendi non habere, vt nec pupillus hac parte melioris conditionis ſit, quàm cæteri, niſi quod aduerſus immixtionem poteſt ex cauſa ætatis in integrum reſtitutionem petere, quæ & alij cuilibet minori concederetur. *lege ait prætor. ſeptima. §. ſed quod Papinianus. D. de minor.* qui locus etſi de pupillo extraneo loquitur ad differentiam ſui heredis, qui regulariter, hoc ipſo, quòd ſuus, etiam neceſſarius eſt, qui ex neceſſario factus ſit voluntarius. Hic enim ſiue patri heres eſſe velit, ſiue nolit, in nullo differt ab extraneo: ſiquidem vbi heres eſſe voluit, non magis quàm extraneus, repudiare poteſt hereditatem quam ſibi quæſitam nolle potuit, vbi verò heres eſſe noluit, ſi poſtea mutet voluntatem imputet ſibi cur ad extranei conditionem redactus heres eſſe noluerit, cùm velle poſſet.
14 Et quemadmodum extraneus † inſtitutus ſiue purè, ſiue ſub illa conditione quæ in extraneo nihil penitus operatur, *Si voluerit*, non priùs heres eſt quàm voluntatem ſuam declarauerit quòd heres eſſe velit, quia in extraneis neque inuitus neque ignorans heres quiſquam fit. Ita & ſuus heres † ſub illa conditione inſti-
15 tutus, *Si voluerit*, conditionem implere debet, ſuámque voluntatem declarare, vt heres eſſe poſſit: neque ſufficit vt non nolit niſi velit: nec ſi interim ſe immiſceat, quicquam agit, quia priùs eſt vt conditio impleatur ad hoc vt poſſit delata dici hereditas quàm vt hereditas acquiratur *leg. ei qui.* 13. *de condic. inſtit.* Etſi enim non facit ea conditio vt non ſit ſuus heres qualis eſſet purè ſcriptus, ſed tantùm vt non ſit neceſſarius, remoratur tamen poteſtatem ſuitatis quouſque conditio impleta ſit *lege quinta. de condit. & demonſtr.* id eſt, facit, vt non aliter heres ſit quàm ſi eſſe velit, & contrà, vt eo caſu heres non ſit, quo eſſe nolit, vt loquitur Hermogenianus *in d. l. verba*. Ergo ſi neque dixerit ſe velle heredem eſſe neque ſe nolle, & ita deceſſerit, heres extitiſſe non videbitur, quia verum non ſit eum voluiſſe, quamquam verum eſt non noluiſſe. Planè ſi dixerit ſe non nolle patri heredem eſſe, quamuis aliud ſit velle, aliud non nolle, & dici ſoleat, implendam eſſe conditionem in forma ſpecifica, ſatis tamen voluntatem ſuam declaraſſe videbitur, vt conditionem expleuiſſe videri poſſit ex voluntate patris. *argum. dict. leg. verba*, quod tamen in extraneo diuerſum eſſet. Cui non ſufficeret non nolle, niſi adiceret etiam expreſſim ſe velle heredem eſſe. Nam extraneus qui neque vult, neque non vult heres eſſe, itémque is qui non vult heres non eſſe, vtique nullo modo heres eſt quamuis eſſe poſſet ſi vellet. De quo plura ſcripſimus *Error.* 8. *Decadis præcedentis*. Reſtat vt ad contrariæ opinionis rationes reſpondeamus. Eo namque facto noſtra ſatis ſuperque confirmata repetietur. Ad primam † peritam ex voluntate teſtatoris, quaſi 16
qui ſubſtituendo vulgariter ſuo heredi in eius arbitrio & electione reliquerit an heres eſſe vellet, acſi eum heredem ſcripſiſſet ſub ea conditione *ſi vellet*. Iam reſpondimus non eſſe bonam horum caſuum comparationem, valdéque referre an conditio poteſtatiua ponatur affirmatiuè in inſtitutione, an negatiuè in ſubſtitutione, poſt puram inſtitutionem imperatiuis verbis factam: debuitque Bartolus hanc non modo verborum, ſed etiam voluntatis differentiam obſeruare ſubtilem quidem, ſed veram. Pro qua confirmanda præter ea quæ iam diximus, poſſet etiam illud adduci quod tractari ſolet de differentia legati vel fideicommiſſi relicti ſub ea conditione *ſi velit*, & eius quod ſub illa, *Niſi noluerit. ex leg. fideicommiſſa vndecima. §. ſic fideicommiſſum, de legatis tert. iuncta leg. ſi ita legatum. ſexageſimaquinta §. illi ſi velet. de legatis prim. lege ſi ita expreſſum. ſexageſimanona De conditione & demonſtratio.* Ad illud verò † quod addit Bartolus *ex* 17
lege prima. §. ſi proponatur. D. ſi quis omiſſa cauſa teſtamentaria. Facilis etiam reſponſio eſt, multum referre an quis ſibi ipſi ſubſtitutus ſit, an alium habeat ſubſtitutum. In eo qui ſibi ipſi ſubſtitutus fuit, verum eſt quod Bartolus vult, & quod lex ait, datam ei poteſtatem omittendæ inſtitutionis. Cui enim ſubſtitutus videri poſſet, niſi vt ei liceret adire ex ſubſtitutione? Quomodo autem ex ſubſtitutione adire poſſet niſi omiſſa priùs inſtitutione? At in eo cui alius ſubſtitutus fuit, non idem tractari poteſt, quia ſi talis ille eſt qui inuito quoque teſtatore beneficium abſtinendi habere poſſit, vt contingit in ſuo & neceſſario herede, credendus eſt pater ei ſubſtituiſſe vulgariter potiùs, vt ſibi ipſi in eum caſum, id eſt, contra filij abſtentionem proſpiceret, quàm vt filio hereditatis ex inſtitutione omittendæ arbitrium daret. Multò minùs verò, vt ex neceſſario faceret prorſus voluntarium, hoc eſt, ita vt ne quidem ab intellato ſuus heres eſſe cogeretur. Subſtituto enim facultatem tribuere poteſt omittendæ inſtitutionis, cùm idem & inſtitutus eſt, & ſubſtitutus: ſed omittendæ omnino hereditatis etiam ex teſtamento arbitrium dare non poteſt, cùm teſtator qui inſtitutum ſibi ipſi ſubſtituit, tanto magis voluntatem ſuam declaret, quòd eum velit omnimodo heredem habere, adeóque ex teſtamento, ſiue ex inſtitutione, ſiue ex ſubſtitutione. Sed & dici illud poteſt, Vlpianum *in dicto §. ſi proponatur*, non de ſuo herede loqui, ſed de extraneo, vt ex eo apparet quod ſubiicit *in §. qui ſunt in poteſtate*, eos qui in poteſtate ſunt, ſi inſtituti etiam ſint ſtatim heredes eſſe ex teſtamento, nec quicquam facere, quod poſſunt ſe abſtinere. Vt intelligamus ſuo herede inſtituto locum ei edicto nunquam eſſe poſſe, vt docuimus capite præcedenti, probauimus apertiſſimè ex *dicta lege prima. §. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſa cauſa teſtamentaria. & ex lege Papinianus.* 8. §. *quarta autem*, in illis verbis; *ſi non fuit in poteſtate. D. de inofficioſo teſtamento.* Quamquam ſi poneres ſuum heredem à patre inſtitutum eundémque ſibi ſubſtitutum fuiſſe, poſſet non malè dici, ſubſtitutionem in id prodeſſe filio debere, vt etiam poſt abſtentionem quam ex cauſa inſtitutionis fecerit, ius habeat ſe immiſcendi etiam ex teſtamento ſcilicet ex cauſa ſubſtitutionis, quod ius immiſcendi ſe poſt abſtentionem, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato non erat alioquin habiturus *dicta lege iam dubitari. 86 ad finem. De hered. inſtitut.* In quo melior ac fauorabilior eſt cauſa ſui & neceſſarij heredis quàm eſſe deberet eius, qui neceſſarius tantùm proponeretur. Etſi enim vterque ipſo iure neceſſarius eſt, & vtique hoc commune vt ex neceſſario poſſit fieri voluntarius, inauditum tamen eſt & inſolens, vt neceſ-

ſario

ſario tantùm heredi inſtituto detur ſubſtitutus vulgaris ſub ea conditione, *ſi heres non erit*, multo minùs ſub illa, *ſi heres eſſe nolet*, cùm non poſſit nolle, qui purè heres eſſe iuſſus eſt. Quod enim hic quoque habet à prætore beneficium ſeparationis *lege prima. §. vltim. D. de ſeparat.* multum diſtat à beneficio abſtentionis quod ſuis iiſdémque neceſſariis heredibus accommodatur, quia non magis facit vt neceſſarius heres non habeatur pro herede apud prætorem, quàm vt re vera heres non ſit iure ciuili, ſed tantùm vt ſi bona patroni non attigerit ſeparandum ei ſit quicquid aliunde eſt quæſiturus, adeóque etiamſi quid à defuncto patrono ipſi naturaliter debebatur *dicto §. vltimo.* Si quis tamen proponeret ſeruum neceſſarium purè inſtitutum, eique datum vulgarem ſubſtitutum ſub illa conditione, *ſi heres non erit*, vel ſub illa ſpecialiore, *ſi heres eſſe nolet*, facilius admitterem factum videri eum debere ex neceſſario voluntarium, quam ſi ſuus heres eſſet. Non enim hic poſſet locum habere ratio illa quam in ſuo herede attulimus, quòd credendus ſit pater ei ſubſtituiſſe potiùs, vt ſibi ſuæque exiſtimationi proſpiceret, quàm vt arbitrium ei daret. Siquidem non potuit vereri dominus, ne ſi ſubſtitutus nullus eſſet, eueniret vt bonorum venditionem publicam, non ſine magna infamiæ nota pati cogeretur, cùm ſciuerit ſeruum heredem purè eſſe iuſſum, neque abſtentionis beneficium habere vnquam poſſe, neque alia arte vlla effugere, quin ſub ipſius tanquam heredis nomine, bona defuncti diſtrahantur. Itaque quod alium effectum habere nullum poſſet, quidni hunc ſaltem habebit, vt dominus inſtituto ſeruo alium vulgariter ſubſtituens, abſtinendi facultatem ei indulgere videatur?

ERROR VII.

De poteſtate illius conditionis, ſi heres non erit, *in vulgari ſubſtitutione ſuo heredi facta.*

SVMMARIA.

1 *Obiectionis tertia ſuperiori cap nn 4. propoſita difficultas.*

2 *Vulgarem ſubſtitutionem ſuo heredi factam non ideo valere, quod per eam neceſſarius heres fiat voluntarius.*

3 *In conditionibus interpretandis voluntas teſtatoris primum locum obtinet.*

4 *Dato ſubſtituto ſuo heredi ſub ea conditione ſi filius heres non eſſet, ſuo herede abſtinente admittitur ſubſtitutus ad bona defuncti, non tamen vt heres.*

5 *Etiamſi filius qui ſe abſtinuit remaneat heres, non ſequitur ſubſtitutum vulgarem admitti non poſſe.*

6 *Error Theophili.*

7 *Sententia l. in conditionibus. 19. §. ſi patronus D. de condit. & dem.*

8 *Si ſuus heres habeat coheredem & abſtineat à patris hereditate, portio eius ad coheredem iure adcreſcendi cur ſpectet.*

9 *Datio coheredis non efficit vt ſuus heres ex neceſſario ſit voluntarius.*

10 *Datio vulgaris ſubſtituti ſui heredis exiſtentiam non tollit: nec viciſſim ſui heredis exiſtentia ſubſtitutionis vulgaris aut iuris adcreſcendi effectum impedire poteſt.*

11 *Ratio elegans quâ probatur dationem coheredis aut vulgaris ſubſtituti non efficere vt ſuus heres deſinat eſſe heres neceſſarius.*

12 *Caſus quo etiam hodie bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas eſt neceſſaria.*

13 *Actiones directæ penes duos in ſolidum eſſe non poſſunt, nec in eadem perſona directa cum vtilibus concurrere.*

DIfficilior videtur reſponſio ad poſteriores duas obiectiones, quas ſuperiore capite attulimus pro tuenda Bartoli opinione: quarum altera illa erat, † quod ſi exiſtentia ſui heredis per vulgaris ſubſtituti dationem non tolleretur, conſequens fieret vt vel prorſus inutilis eſſet ſubſtitutio, quæ caſum vtilem nullum habere poſſet, vel certiſſimæ iuris regulæ violarentur, cùm in ea ſiue hereditate, ſiue hereditaria portione, quæ acquiſita fuit, ierita fiat vulgaris ſubſtitutio. *l. poſt adiſam 5. C. de impub. & aliis ſubſtit.* ſicut & ius adcreſcendi *l. vnic. §. his ita definitis. Cod. de caduc. tollendis. l. prima. §. interdum. D. de vſufruct. adcreſc.* At negare non poſſumus, quin & ſuo heredi vulgariter ſubſtitui poſſit, & in ſui heredis portione ius adcreſcendi locum habere, ſi fuerit ei datus coheres, quod vtrumque cùm ex aliis innumeris noſtri iuris locis probari poteſt, tùm omnium apertiſſimè, ac elegantiſſimè *ex d. l. ex contractu 44. D. de re iudicat.* Rurſus, ſi quis velit omnes eas leges, quæ loquuntur de vulgari ſubſtitutione, facta ſuo heredi, vel de iure adcreſcendi dando coheredi, ſiue ſuo, ſiue extraneo, in portione ſui heredis, ad eum caſum reſtringere, quo ſuus ille heres factus eſſet ex neceſſario voluntarius, per adiectam in inſtitutione conditionem illam expreſſam, *ſi heres eſſe vellet*, haud dubiè nimia eſſet ea reſtrictio, planéque commentitia, & improbabilis, cùm & parum frequentes eſſent eæ inſtitutiones, per quas ſuus & neceſſarius heres fieret voluntarius, quarum ſcilicet vſus non patribus eſſet vtilis, ſed liberis inſtituris, ipſis verò liberis non eſſet neceſſarius, quibus vtique ſufficeret beneficium abſtentionis. Quid ergo reſpondebimus? Magna enim certè obiectio eſt. Puto ego reſponderi † poſſe, Vulgarem ſubſtitutionem ſuo heredi factam, non ſolùm valere, ſed etiam ſtatim atque is abſtinet locum habere. Non quaſi facto illo per huiuſmodi ſubſtitutionem voluntario, vt vulgo creditur, ſed quia licet non eo minùs heres neceſſarius maneat, tamen non talis heres eſt qualem eſſe prætor voluerat, ſaltem ad hoc vt excluderetur ſubſtitutus. Cogitauerat enim pater de habendo tali herede, qui non tantùm nudo nomine, ſed effectu quoque ipſo heres eſſet, & rem haberet, vt loquitur Vlpianus *in lege ſecunda. §. adoptiui. verſiculo. ſed ſi ſint ſui heredes. D. ad ſenatuſconſultum Tertyllianum.* Ac proinde, qui creditoribus reſponderet, aut in id faceret bonorum venditionem ſuo nomine pati cogeretur, quorum nihil conuenit ſuo heredi ſe abſtinenti, cùm neque heres à prætore debeatur, neque à creditoribus magis conueniri & inquietari poſſit, quàm ſi voluntarius heres fuiſſet, & repudiaſſet. Nec eſt quod quis rurſus obiiciat, ex hac patris voluntate rationem iuris immutari non poſſe, neque eo minùs verè, & ipſo iure filium heredem eſſe, & quidem ex teſtamento quòd ſe abſtinuerit. *lege cùm quaſi. 30. §. ſed etſi ſuus. D. de fideicommiſſ. libert. l. neceſſarius 57. D. de acquirend. heredi.* Hîc enim non tam quid ratio iuris fuerat inſpiciendum eſt, quàm quid pater voluerit & cogitauerit, cùm agatur de interpretanda conditione illa per ipſum in teſtamento adſcripta, *ſi heres filius non erit.* Siquidem certum eſt, in conditionibus † omnibus interpretandis, voluntatem teſtatoris primum locum obtinere, eámque ſolam eſſe quæ regit, ampliat, moderatur conditiones, *leg. in conditionibus decimanona. D. de condit. & demonſtr. leg. heredes mei quinquageſimaſeptima. §. cùm ita. D. ad SC. Trebell.* Tanto magis quod ſubſtitutus quoque ex eadem

eadem teſtatoris volũtate vocatur,non ex ſola iuris poteſtate. Illud ergo duntaxatinquirendum eſt, quid te-
4 ſtator † ſenſerit cùm filio ſuo heredi ſcripto ſubſtitutum dedit, ſub ea conditione, ſi filius heres non eſſet. Nimirum quantum ad hoc vt ſubſtitutus admittatur ad bona defuncti, quomodo loquitur Scæuola *in dict. leg. ex contractu*,ac non etiã ſubſtitutus ſit heres.Cùm enim ſuus heres,ſemper heres maneat, etiam poſt abſtentionem,fieri certè nequit vt ſubſtitutus quoque heres ſit, ſed tãtum vt habeat vtiles actiones à prætore,qui ſicut ſuum heredem ſe abſtinentem non habet pro herede, nec vllas, vel in eum, dat actiones, ita ſubſtituto & in ſubſtitutum eas ipſas dare cogitur,quæ alioqui ex iure ciuili & filio, & in filium competerent. *leg. ait prætor ſeptima. §. ſed quod Papinianus. D. de minor.* Itaque, ſi quis ita argumentetur: Filius qui ſe abſtinuit, remanet, nihilominùs heres. Ergo ſubſtitutus vulgaris eſſe non poteſt, erit optima conſecutio, quia neque poteſt prætor,neque Senatus,neque lex ipſa facere,vt vni homini duo ſint ex aſſe heredes.*leg.quod contr.centeſimaquadrageſimaprima.§.vni duo.de regul.iur.* Sed nõ ſimiliter erit
5 bona conſecutio † ſi quis ex eodem antecedente velit inferre,ſubſtitutum vulgarem admitti non debere, quaſi defecta conditione ſubſtitutionis, ex eo ſolo quod filius ſit heres, cum teſtatoris voluntas faciat, vt potiùs extitiſſe cõditio videatur.Denique illa quæſtio,An ſuo herede exiſtente,ſubſtitutus heres eſſe poſſit, tota pendet ex iuris ratione,quæ certè facit contra ſubſtitutum. Illa verò,An ſuo herede exiſtente videatur defeciſſe vel extitiſſe conditio ſubſtitutionis, pendet ex voluntate teſtatoris, quæ ſane hîc aperta eſt pro ſubſtituto. Et in
6 hoc proculdubio errauit Theophilus,† non melior aut certior iuris noſtri magiſter quàm Tribonianus *in princip.titul.de pupill. ſubſtit.* cùm ait vulgarem ſubſtitutionem, filio impuberi factam, non aliter valere, quàm ſi filius viuo patre decederet, quod euidẽter pugnat cum *d.leg. ex contractu*, & aliis ſexcentis.Niſi id referas ad meram illam rationem iuris, quæ non patitur vt viuo filio,qui reuera heres manet,ipſo iure ſubſtitutus heres fiat, potiùs quàm ad effectum ſubſtitutionis, quod ad prætorem,vt nos explicauimus. Quemadmodum è cõtrario in perſona illius,qui cùm poſſet iure ciuili heres eſſe, maluit iure prætorio ſuccedere perita bonorum poſſeſſione,hæc eadem conditio,*ſi heres non erit*,perinde impleta intelligitur, acſi is iure ciuili heres eſſet, *dicta leg. in conditionibus decimanona. §. ſi patronus.* vbi
7 tractatur † de liberto, qui patronum ex minore, quàm debita portione, ex reliqua verò hereditate extraneum heredem ſcripſerat,& ab extraneo illo legata reliquerat, ſub ea conditione,*ſi is heres non eſſet*. Cùm enim patronus,omiſſa inſtitutione,bonorum poſſeſſionem contra tabulas liberti accepiſſet, atque ita debitam portionem conſecutus eſſet, ac quæreretur de legatis, ab extraneo patroni coherede relictis,an deberentur,quaſi conditio extitiſſet,an non deberentur,quaſi defeciſſet,ait Vlpianus,perinde videri cõditionem defeciſſe, acſi patronus heres fuiſſet. Non quaſi heredis appellatione bonorum poſſeſſor contineatur, verbumque *heres* ex ſui proprietate in prætorio quoque ſucceſſore verificetur, vt malè ad eum locum. Socinus poſt alios notauit, ſed quia de hoc vno quæriendum eſt,quis in propoſito caſu ſenſus ſit huius cõditionis.*ſi patronus heres non erit*,hoc ipſum verò non aliunde, quàm ex ipſius teſtatoris voluntate æſtimandum.Porro,cùm teſtator à patroni coherede legata reliquit, ſub illa conditione, *ſi patronus heres non eſſet*, vtique cogitauit de onerando illo,in eum dũtaxat caſum,quo futurum eſſet, vt hereditatẽ totam haberet, propterea quòd eo caſu minùs videretur oneratus, qui ea legata poſſet præſtare, ex patroni portione quæ adcreuiſſet,quique in eum caſum plena teſtatoris non tantum voluntate, ſed etiam hereditate fruiturus eſſet. *vt in leg.filio decimaſeptima.D.de iniuſt.rupt.leg.nonnunquã*

decimaquarta. leg. ſi duo. decimeſexta.in fin.D.de legat. præſt. Atqui non habet totam hereditatem coheres patroni, cùm patronus acceperit contra tabulas liberti bonorum poſſeſſionẽ,quando eius poſſeſſionis beneficio, non tantùm eam ipſam portionem conſequatur, ex qua fuerat inſtitutus, ſed maiorem & ampliorem. Tantum abeſt vt lucrum aliquod ſentiat coheres,ex eo quod patronus ex teſtamento heres eſſe noluit.Quid enim poteſt intereſſe an quaſi ſcriptus, & tanquam heres iure ciuili ſuccedat,an per bonorum poſſeſſionem cõtra tabulas,etiamſi poneres,vtroque caſu eandẽ fore patroni portionem?An nõ perinde rem habet patronus,& portionis,quam alterutro iure conſequitur,eripit coheredi?Voluntas ergo teſtatoris non [illegible] in ſpecie legata debeantur à coherede,à quo [illegible] rant, ſub ea expreſſim conditione, *ſi pat[illegible] eſſet*. Ideóque valdè appoſitè ſubiecta eſt ab Vlpiano illa ſpecies poſt propoſitionem in principio legis traditam, de conditionibus omnibus ex teſtatoris voluntate interpretandis,vt eſſet exemplum,& elegans & apertum, eius propoſitionis.Quod non ſatis allecuti videntur interpretes noſtri,qui ex eo potiſſimùm loco probare ſolent, bonorum poſſeſſorem heredis & nomine & iure cenſeri. Quaſi in cõditionibus interpretandis,proprietas tantùm verborum inſpicienda ſit, ac non potiùs voluntas teſtatoris, etiam cui proprietas verborum non ſubſeruiat.De quo,poſt alios tractat Decius *ad leg.1.C. vnd.liber.*de cuius etiam lectione & ſententia,quoniam eidem interpretum errori omnium maximè fauet,in ſequentibus dicendum nobis erit,ne tractationes cõfundamus.Idẽ verò quod de ſubſtitutione vulgari diximus, locum habet etiam in iure adcreſcẽdi,vt ſi ſuus † heres 8
habeat coheredẽ & abſtineat à patris hereditate, portio eius perinde ad coheredem ſpectet,iure adcreſcẽdi,acſi heres ipſo iure non fuiſſet *dict.leg.ex contractu.leg.cùm hereditate.§ § .leg.pen.& vlt.D.de acquir.hered.* ſine quod ius adcreſcendi locum habeat inter coheredes,tanquam inter eos,qui ab ipſo teſtatore tacitè ſubſtituti videãtur. *leg.ſi Titio & Manio 61.§.1.de leg.2.leg.non inſtam.4.C. ad SC.Trebell.*ſine quod cùm onera portionis,à qua ſuus heres abſtentus fuit, ad coheredem neceſſario deuoluãtur,ſi portionem ſuam retineri velit,cõmodum quoque eiuſdem portionis ad eum pertinere neceſſe eſt,non tãtùm ſi teſtatoris voluntatem conſideres, ſed etſi ipſam rei æquitatem, ne commodo careat qui ſentit incõmodum,*dict.leg.cùm hereditate.& dict leg.pen.& vlt.de acquir.hered.* Sed ea res non facit, quin ſuus heres, etiam poſteaquàm portio ipſius propter abſtentionẽ peruenit ad coheredem,heres verè maneat,ideóque nec vere dici poteſt,ſi verum amamus, hoc ius adcreſcendi,quandoquidem non tam portio hereditaria ſui heredis ſe abſtinẽtis acquiritur coheredi,quàm bona quæ ad eam portionem pertinuerunt, vt dicemus *in Error. 9. Decadis huius.* Igitur quemadmodum nemo dixerit coheredem, 9
† ſine ſuũm, ſiue extraneum ſuo heredi datum, facere poſſe vt eo minùs videri debeat filius heres eſſe neceſſarius,tanquam ob hoc ſolum factus ex neceſſario volũtarius. Quoniam nimirum datur ſuo heredi coheres,vt ius ipſius minuatur, non vt melior ipſius conditio fiat, quem & in totum exheredare pater potuiſſet.*leg.in ſuis vndecima.D.de liber.& poſthum.* Ita concludendum eſt aduerſus Bartolum, Dationẽ † vulgaris ſubſtituti, non 10
poſſe ſui heredis exiſtentiam tollere,quamuis viciſſim, nuda illa ſui heredis exiſtentia, neque ſubſtitutionis vulgaris, neque iuris adcreſcendi effectum poſſit impedire, propter voluntatem teſtatoris, cum ipſa rei æquitate ac neceſſitate concurrentem. Atque hoc ita eſſe, vt ſuus heres † quia aut coheredem,aut vulgarem 11
ſubſtitutum habet, adhuc tamen maneat neceſſarius, ex eo intelligamus, quòd neque ſubſtituto, neque coheredi pro portione ſui heredis qui abſtinuit actiones directæ dantur, ſed vtiles tantùm,idque vt arbitror

petita bonorum poſſeſſione ſecundum tabulas, quam
22 hoc caſu † etiam hodie puto neceſſariam eſſe, non quidem coheredi, quem ſufficit heredem eſſe ex parte, vt coheredis ſui partem non hereditatis, ſed bonorum ſuſcipere poſſit, ſi velit, ſed ſubſtituto qui nullo planè alio iure poteſt admitti ad hereditatem quæ iam alium habet heredem: remanentibus nimirum directis penes ſuum heredem, qui ſemel heres fuit, quique directas actiones in perſonam ſuam ſemel tranſlatas, non magis exuere poſtea poteſt, quàm nomen ipſum heredis. *leg. ait prætor. 7. §. ſed quod Papinianus. D. de minor. leg. ſi heres 70. D. ad SC. Trebellianum dict. leg. penult. & vltim. de acquir. hered.* Fieri enim nullo caſu poteſt, vt eædem
23 actiones † directæ, ſint penes duos in ſolidum, ſicut nec vt in eadem perſona directæ actiones cum vtilibus concurrant, cùm ſemper maior obligatio tollat minorem. *leg. debitori. 50. D. de fideiuſſor. leg. ſi rem. 13. D. de duob. reis*, & conſequenter directa, vtilem, quæ nec vnquam inducitur niſi ex æquitate, cui porro æquitati ſola neceſſitas locum facit cùm iuris ratio deficit ad dandam actionem non deficiente æquitate. At rurſus nulla inducendæ actionis vtilis neceſſitas eſſe poteſt, cùm directa competit. *d. l. ſi heres. 70. in princip. D. ad SC. Trebell.*

ERROR VIII.

De poteſtate vulgaris ſubſtitutionis in ſpecie. l. ſi filius. 16. D. de liber. & poſthum.

SVMMARIA.

1 *Ratio Bartoli quâ probat ſubſtitutione vulgari nudam ſui heredis exiſtentiam extingui.*
2 *Sententia autoris de diſtinctione propoſita ab Africano in leg. ſi filius. 16. D. de liberis & poſthumis.*
3 *In ſpecie d. l. ſi filius. 16. filium purè inſtitutum fuiſſe aduerſus Bart.*
4 *In ſpecie dict. l. filio patris hereditatem delatam non fuiſſe, & cur.*
5 *Quandiu rumpi teſtamentum poteſt non defertur ex teſtamento hereditas, & n. 14.*
6 *Quandiu ex teſtamento ſuccedi poteſt, ab inteſtato non ſucceditur.*
7 *In ſpecie d. l. præteritio poſthumi & incertitudo natiuitatis eius, incertam fecit vtramque ſucceſſionis cauſam.*
8 *Cur in caſu d. l. ſi nullus datus ſit ſubſtitutus, filius inteſtato patri heres exiſtet.*
9 *Quis ſit effectus vulgaris ſubſtitutionis in caſu ab Africano propoſito.*
10 *De ſpecie propoſita à Papiniano in l. vlt. D. de condit. inſtit. & quomodo diſcrepet, & conueniat cum ea quæ ab Africano tractatur.*
11 *An in ſpecie Africani ponendum ſit poſthumum natum non eſſe, an verò nihil referat, natúſve ſit, an non.*
12 *Sententia Cuiacij quam probarat autor in Coniect. refertur & expenditur.*
13 *Poſthumo non nato, cur filius patri ſuo heres ex teſtamento non cenſeatur extitiſſe.*
15 *Quodnam teſtamentum rumpi dicatur, quodnam reſcindi.*
16 *Datione ſubſtituti vulgaris non fieri vt filius ex teſtamento heres fuiſſe retrofingatur poſthumo nullo dato.*
17 *Suum heredem dicimus etiam ex teſtamento & legitimam hereditatem eam quoque qua ex teſtamento defertur.*
18 *Quomodo accipiendum illud Africani* nepotem tam patri quam auo ſuum heredem fore.
19 *In ſpecie dict. l. deceſſiſſe filium pleno adhuc ventre.*
20 *Exponuntur verba d. l.* interim poſthumo non nato.

Ltera hæc erat Bartoli obiectio, † ad pro- 1
bandum, eam eſſe vim ſubſtitutionis vulgaris, vt nudam ſui heredis exiſtentiam extinguat. Ex reſponſo Africani *in l. ſi filius 16. D. de liber. & poſthum.* vbi ait ille, Si filius heres à patre inſtitutus ſit omiſſo poſthumo, filióque ſubſtitutus nepos ex eo ſit, & interim moriatur filius, poſthumo nõdum nato, quem tamen in vtero eſſe certum erat, nepotem tam patri quàm auo ſuum heredem futurum. Sed ſi 2
nemo filio ſubſtitutus ſit, & ſolus ſit inſtitutus, tunc, quia eo tempore quo is moriatur certum eſſe incipit, neminem ex eo teſtamento heredem fore, ipſe filius inteſtato patri heres exiſtet: ſicut euenire ſolet, inquit, cùm ſub ea conditione, quæ in ipſius poteſtate erit, filius heres inſtitutus priuſquam ei parêret, moriatur. Nam & eo caſu diſtinguendum eſt, an ſubſtitutum vulgarem filius habuerit, necne, vt priore caſu ſubſtitutus admittatur, etiam viuo filio, nec ex filius ol ſter, ſi modo talis conditio fuit, quæ vltimo inſtanti vitæ filij non potuerit impleri, vt illa, *Si Capitolium aſcenderit, ſi Alexandriã ierit.* Poſteriore verò caſu filius ab inteſtato heres patri fuiſſe intelligatur. *l. vlt. D. de condit. inſtit.* vbi Papinianus addit, aliud quidem eſſe in ea conditione, quæ vltimo etiam inſtãti vitæ filij per alium impleri potuerit, puta, *Si decem Titio dederit*, vt ſcilicet tali cõditione adſcripta, nepotes teſtatoris iidémque filio inſtituto ſubſtituti, nunquam viuo eo admitti poſſint ad aui hereditatem. Sed tamen in illa quoque ſpecie diſtinguendum eſſe, an fuerint ſubſtituti necne. Vt proinde tam ex Papiniani, quàm ex Africani ſententia negari non poſſit, quin hac in re magna ſit vis ſubſtitutionis. Quod nec ego ſanè negandum puto. At neque tamen ita explicandum, vt ius illud ſui heredis per vulgarem ſubſtitutionem perimatur. Longè ſiquidem alia ratio eſt eius diſtinctionis, quæ ab Africano & Papiniano traditur ſupradictis locis, quam non ignorabunt qui legerint noſtram de Papiniani & Africani conciliatione nouam coniecturam ad *dict. leg. ſi filius. & ad leg. ventre octuageſimaquarta. D. de acquirend. hered. lib. 1. Coniect. cap. decimo.* Nec enim nunc repetemus niſi quantum ad propoſiti noſtri rationem neceſſe videbitur. Ponit Africanus heredem fuiſſe inſtitutum filium qui erat in poteſtate ſubſtitutúmque ex eo nepotẽ omiſſo poſthumo. Filium verò interim deceſſiſſe. In quo illud primùm mirari ſoleo, quod interpretes tantopere ſe cruciant, vt inueſtigent an hic filius inſtitutus † fuerit putè, an ſub 3
conditione. Cùm enim nihil ſit in tota lege quod præ ſe ferat fuiſſe appoſitam cõditionem, ſiue in prima, ſiue in ſecunda parte legis, quid aliud poſſumus dicere, niſi quod inſtitutio in vtraque ſpecie fuerit puta? Ac proinde quid attinet quærere, an talis conditio fuerit, quæ in vltimo vitæ momento impleri potuerit, an talis, quæ non potuerit, quod tamen vnum eſt, in quo perquirendo, totus inſudat Bartolus, ſibi tandem minimè ſatisfaciens, planéque affirmans, nullam ſe in toto Infortiato legem videre difficiliorem. Fecit ei difficultatem, quòd filio putè inſtituto non videbatur fieri poſſe, vt nõ exiſteret ille ſuo patri ſuus heres ipſo iure, & quidẽ ex teſtamẽto. *l. in ſuis 11. eod. tit. l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.* præſertim cùm lex addat, *poſthumo non nato.* Quid enim erat quod poſſet impedire ne filius aut ſaltẽ nepos ex teſtamento heres extitiſſe videretur, cùm & ab initio teſtamentũ valuiſſet, non obſtante poſthumi præteritione, nec vnquam poſtea ruptum fuiſſet? Atqui nec filiũ nec nepotẽ ex teſtamẽto heredem extitiſſe, apparet ex eo, quod Africanus ait, nepotẽ tam patri quàm

quàm suo suum heredem fore. Sui enim heredis nomen legis duodecim tabularum est, idque vsurpatum in successione intestati, non autem testati, eo capite, *Si paterfamilias intestato moritur, & suus heres non erit, agnatus proximus familiam habeto.* Atque ita nos quoque hæc Africani verba interpretati sumus. Sed hinc se expedit Bartolus allata ratione illa, propter quam filius non potuerit esse suus heres patri, quoniam, inquit, in prima specie habuit substitutum vulgarem, cuius datione extinctum fuit ius suitatis. Quod si verè diceretur, aptior certè ratio quærenda non esset. Sed cùm nihil falsius dici possit, vt docuimus in præcedentibus, præsertim *ex l. Papinianus. 8. §. quarta autem. in fin. D. de inoff. testam.* alia ratio quærenda est quæ ideo sit melior,
4 quòd sit verior. Illa autem sola occurrit, † quod huic filio quandiu vixit non fuerit delata hereditas, neque ex testamento neque ab intestato. Quid ergo mirum est non fuisse illum heredem patri, nec magis ab intestato quàm ex testamento? Siquidem exploratum illud est, neminem posse heredem esse, ne quidem suum, nisi deferatur ei hereditas, quæ porro si neque ex testamento neque ab intestato deferatur, nullomodo defertur. *leg. si quis filio 6. D. de iniust. rupt. leg. scripto. 7. D. de vnd liber. leg. 1. §. sciendum leg. 2. §. pen. & vlt. D. de suis & legit.* Si verò pergas quærere, Cur in proposito casu patris hereditas filio non deferatur, neque ex testamento, neque ab intestato. Illa est ratio adferenda quam Papin. ponit. *in dict. leg. ventre. 84. in princ. D. de acquir. hered.* quod
5 quandiu rumpi † testamentum potest non deferatur ex testamento hereditas. Testamentum autem in quo filius hic fuerat institutus, & posthumus præteritus, potuit rumpi agnatione posthumi, quandiu filius vixit, quia toto eo tempore quo vixit, incertum fuit an posthumus nasceretur necne, maiorque spes fuit, & probabilior natiuitatis quam abortus. Non igitur potuit ex testamento deferri hereditas. Ab intestato autem multò mi-
6 nùs, quoniam alia iuris regula est, quandiu † ex testamento succedi potest, ab intestato succedi non posse, immo nec hereditatem ab intestato deferri. *leg quandiu 39. leg. in plurium 70. eod. tit. leg. 2. C. vnd. lib. leg. quandiu 89. de regul. iur.* Atqui quandiu filius vixit potuit heres esse ex eo testamento aliquis, scilicet vel filius si viuo eo mulier abortum fecisset, vel saltem nepos substitutus, si post mortem filij abortus factus fuisset. Ergo nõ potuit filio, quandiu vixit, deferri hereditas ab intestato. Et consequenter concludendum est, non fuisse illum suum heredem patri, neque ex testamento, neque ab intestato. At non propterea, quòd substitutio vulgaris ei facta, ius suitatis extinxerint, vt putat Bartolus, sed quia præteri-
7 tio † posthumi, & incertitudo natiuitatis ipsius, incertam fecerit vtramque causam successionis, tam ex te-
8 stamento, quàm ab intestato. At si substitutus † nullus datus esset, dicat aliquis pro Bart. aliud responderetur. Id enim est quod Africanus subijcit, *Quod si nemo filio substitutus sit, & solus ipse institutus sit, tunc ipse filius intestato patri heres existet.* Fateor: sed non ratione illà quam adfert Bartolus, quod hoc casu sui heredis existentia per substitutionem vulgarem non sit extincta. Verùm illa potiùs quà differè Africanus mouetur, quòd hoc casu eo tempore, & instanti, quo filius moritur, certum esse incipiat, neminem ex eo testamento heredem fore, vt proinde nihil impediat quominus iam tum hereditas patris, huic filio & deferatur & acquiratur ab intestato. Nam si delationem intestati illud tantùm impediebat, quod quandiu filius vixisset, aliquis ex eo testamento heres esse potuisset, consequens fit, vt si quo ipsius vitæ instanti vel vltimo certum esse coeperit, neminem vnquam ex eo testamento heredem fore, delata ex tunc ei fuerit ab intestato hereditas, ac proinde acquisita. Nec enim duo sunt instantia delatæ & acquisitæ hereditatis in suo herede, vt essent in extraneo, sed vnũ & idem, támque cito acquiritur ei hereditas quàm defertur. Illud tantùm explicandum est, cur in hac posteriore specie certum esse incipiat eo instanti quo filius moritur, neminem ex testamento heredem fore. Neque occurrit certè quid aliud, nedum quid melius respõdere possimus, nisi quòd nullus in hoc casu aderat substitutus qui aderat in priore. Etsi video statim hîc acclamaturos eos qui Bartolum tueri volent. Rationem igitur substituti solam eam esse, qui sui ius extinguat, si non etiam cætera quæ ad hanc rationem explicandam pertinent, à nobis doceri patientur. Dicimus autem hunc quidem esse effectum † vulgaris substitutio- 9
nis in proposito casu, vt si facta sit filio instituto, impediat ne filius patri suus heres extitisse videatur, si verò facta non sit, filius patri suo heres ab intestato fuisse intelligatur. Sed non hoc idcò quòd vulgaris substitutio extinguat suitatem, at quia vulgaris substitutio & secundus gradus testamenti, impediat ne testamentum destituatur morte filij, quod alioqui destitui necesse esset si nullus filio substitutus datus proponeretur. Nec enim destituitur testamentum, quandiu aliquis ex testamento heres speratur: quia deficiente primo gradu, siue in eo suus heres institutus sit, siue extraneus, nihil vetat incipere testamentum à secundo, id est à substituto, postquam institutus exclusus fuit, siue morte, siue qua alia ratione. Igitur moriente filio, cui nepos fuerit substitutus, omisso nec dum nato posthumo, destituitur quidem primus gradus testamenti, quia filius quandiu vixit, nec fuit, nec potuit heres esse, aut ex testamento, aut ab intestato, vt diximus, propter spem quæ subest, neque tamen certa est nascituri posthumi, sed non destituitur secundus gradus in quo fuit per vulgarem substitutionem institutus nepos, qui vtique ex eo testamento heres esse potest, si postea non nasci posthumum contingat. Ideóque non potest dici filio moriente, certum esse incipere neminem ex eo testamento heredem fore, quod tamen exinde certum esse incipit, nemine substituto. Ita fit vt filius qui habuit substitutum, siue nepotem siue alium (nihil enim moror) patri suus heres esse non potuerit, quando defunctus est, incerto adhuc eo an posthumus nasceretur, fuerit verò suus heres, si non habuerit substitutum: nec tamen ex eo inferri possit sui heredis existentiam tolli per vulgarem substitutionem. Et hoc apparet euidentius circa speciem † aliam quam tractat 10
Papin. *in dicta leg. vltim. de condic. instit.* de filio qui fuerit institutus sub conditione potestatiua substituto et am nepote. Nam inter hunc casum, & illum quem Africanus tractat *in dict. leg. si filius*, similitudo illà est, quod filio instituto, cui substitutus nepos fuit, non defertur hereditas patris, neque ex testamento, neque ab intestato, siue omissus fuerit in testamento posthumus, siue nullo existente posthumo, filius fuerit institutus sub conditione potestatiua, quæ non potuerit impleri vltimo vitæ momento. Est tamen ea quoque dissimilitudo, quod si filio substitutus nemo fuerit, omisso posthumo filius patri heres extitisse intelligitur, & quidem ab intestato. Adscripta verò conditione, quæ potuerit impleri vltimo vitæ momento, etiamsi substitutus nepos, aliúsve non fuerit, non eo magis tamen filius patri suus heres ab intestato fuisse credendus est, sed nepos ipse quamuis non substitutus suo suo intestato suus heres exiit, acsi filius eum nunquam præcessisset, quia neque præcessit, quantum ad causam successionis, cui scilicet nunquam, siue ex testamento, siue ab intestato, delata fuerit hereditas, non magis quàm si præteritus fuisset. Quanquam enim non potest dici præteritus, qui sub conditione potestatiua institutus fuit, adeo vt nec sub contraria conditione exheredari debuerit. *leg. quarta. in princip. & §. vltim. D. de hered. instit.* non magis tamen heres esse potest ex testamento quàm si institutus non fuisset, quandiu non paruit conditioni, ab intestato autem

multò minùs, quandiu nequit implere cõditionem, siue per se, siue per alium. Potest verò quãdiu viuit, quoties talis conditio est, quæ impleri potuerit vltimo vitæ momento, puta per alium, vt illa, *Si decem Titio dederit.* Ergo cùm non destituatur causa testati nisi post mortẽ filij, eo porrò tempore quo destituitur, locúsve successioni intestati fieri incipit, non possit ipsi iam mortuo deferri hereditas, nihil aliud relinquitur quod dici queat, nisi vt nepos sit suus heres auo intestato. An quia substitutio aliqua vulgaris hoc casu sustulerit ius sui heredis? Minimè. Nam eum casum tractamus quo neque nepos, neque alius quisquã fuerit substitutus. Sed quia etiam citra vulgarem substitutionem ius sui heredis in persona huius filij instituti, non tam extinctũ, quàm suspensum reperitur potestate conditionis adscriptæ, quæ talis fuit, vt viuo filio neque extiterit, quia nunquam fuit impleta, neque defecerit, quia potuerat impleri, atque ita fieri, vt filius ex testamẽto suus heres extitisse repertretur. Nec ad aliud prodest nepoti, quòd vulgariter substitutus fuerit, nisi vt sit heres ex testamento non ab intestato. Ex hoc igitur intelligimus, tũ quoque, cùm filio substitutus est nepos omisso posthumo, potestatem suitatis in filio instituto similiter non tam extingui quàm suspendi, non propter vim substitutionis, sicut nec propter vim conditionis, quam nullam adiectam fuisse ponimus, sed propter metum qui subest, ne posthumi præteriti agnatione testamentum rumpatur, quod si eueniret, an non esset absurdum dicere, filium videri extitisse heredem patri ex eo testamento, quod tandem ruptum inueniretur? Substitutionem tamen in hoc Africani casu requirimus ad impediendum, ne filius patri suo heres ab intestato extitisse videatur, non vt suitatis ius extinguatur aut suspendatur, sed potiùs vt suspensio illa quam dicimus induci ex periculo rumpendi testamenti, moriente filio non finiatur, sed duret, quia si substitutus nullus esset, sequeretur nullum amplius ex eo testamento heredem filio moriente sperari posse: atque ita ex eo instanti destituto testamento finiretur periculum ruptionis testamenti, cùm periculum nullum sit ne rumpatur testamentum quod iam fuerit destitutum. Rumpi siquidem illud duntaxat testamentum potest, quod valet, non quòd vel nullum, vel destitutum, vel aliter irritum iam factum est, *l. nam etsi. 5. D. de iniust. rupt.* Finito autem periculo rumpendi testamenti viuo adhuc filio (erat enim eit, quod sæpiùs monuimus, instans mortis adscribendum vitæ, nõ morti) nihil obstaret, quominùs viuus adhuc filius ab intestato heres fuisse intelligeretur, & consequenter obstitisse nepoti quem ille in causa successionis, non quidem testati, sed intestati, antecessisset, sicut & eueniet in casu Papiniani, hoc est, non posthumo præterito, sed instituto filio sub conditione potestatiua, si talis esset conditio quæ vltimo vitæ instanti non posset impleti, putà si Capitolium ascenderet, nec filio quisquam substitutus datus proponeretur. In hac namque specie apertè Papinianus scribit *in dict. leg. elt. de condict. instit.* filium patri suum heredem extitere, atque ita obstare nepoti non substituto, cui non obstaret si nepos esset substitutus. An quia substitutio, si qua esset, suitatis ius impediret? Nihil minùs: alioqui perinde esset necessaria vulgaris substitutio, illo quoque casu quo instituturus esset filius sub conditione potestatiua, quæ per alium & vltimæ vitæ filij momento impleri posset, (quod tamen nos, cum eodem Papiniano iam negauimus.) Sed quia substitutio faceret vt non posset dici moriẽte filio incipere certum esse neminem ex eo testamento heredem fore. Quid enim prohiberet ne substitutus nepos ex substitutione heres esset? Et consequenter substitutio hoc ipso quod impediret ne testamentum destitueretur, impediret etiam ne hereditas filio ab intestato deferretur, quod impedire non potest sola conditio institutioni adscripta, quotics talis conditio est, quæ vltimo vitæ momento impleri non possit. Et hoc vnum est quod Papinianus subtilissimè suo more disputat, de illa differentia conditionum quæ vltimo vitæ instanti possunt impleri, & earum quæ non possunt. Quantum certè ad rem nostram pertinet. Nam cætera quæ ad eius legis explicationem pleniorem addenda essent, in alium locum transferemus. Redeamus igitur ad Africanũ, & quæramus an in ea specie † quam tractat, ponendum sit, posthumum natum non fuisse, an verò nihil referat natúsne sit, an non. De hoc enim non parua inter nostros controuersia est, adeò vt nec desint qui dubitent, an venter plenus fuerit, an vacuus, vt Cuiacius refert in Obser. Ipse verò non dubitat † quin & plenum ventrem fuisse ponendum sit & natum posthumum. Alioqui, inquit, filius eo casu, quo nepotem habuit substitutum, patri ex testamento heres extitisse retrofingeretur *leg. ventre* 84. *de acquir. hered.* quod tamen Africanus negat cùm ait nepotem, tam patri, quàm auo, suum heredem fore. Eámque & sententiam & rationem nos secuti sumus in Coniecturis nostris, cùm eo tempore faciliores essemus quàm par esset, ad probanda ferè omnia quæ tanti viri autoritas comprobaret. Nunc verò dicimus plenum quidem fuisse ventrem, & ad hoc vnum probandum bonam esse Cuiacij rationem, quoniam aliter posita facti specie pugnaret Africanus cum Papin. *in dicti leg. ventre. vers. sed si vacuo* & ridicule Africanus poneret omissum fuisse posthumũ, qui nullus in rerum natura fuisset. Aliud namque est dicere vẽtrem præteritum, quomodo loquitur Papin. *in d. leg. ventre præterito.* Aliud verò dicere posthumum præteritum fuisse. Cùm dicimus vẽtrem præteritum, distinctio illa non est inepta, sed necessaria, vtrum venter vacuus fuerit an plenus. Cùm verò dicimus posthumum præteritum, significamus apertissimè ventrem plenum esse, nec alij distinctioni locus relinquitur quàm huic, an posthumus natus sit necne. Sed negamus quicquam interesse apud Africanũ an natus fuerit posthumus, necne, quia siue natus fuerit siue non, & omni casu, dummodò filius decesserit ventre adhuc pleno, nepoti tam patri, quàm auo, suum heredem fore, cum Africano defendimus. Et quod Cuiacius obiicit immo verò posthumo non nato dicendum fore cum Papiniano *in d. l. venire*, filium patri suum heredem extitisse retrofingi, nos negamus, neque id à Papiniano vsquam ita responsum legimus. Eum siquidem casum tractat Papinianus, quo mulier vacuo ventre fuerit, cùm ait filium intelligi heredem patri suo ex testamento extitisse. Quod si pleno ventre mulier fuit, subiungit apertissimè interea defunctum filium heredi suo relinquere nihil, quod nihil aliud est quàm eum neque ex testamento, neque ab intestato heredem extitisse. Sed putauit Cuiacius, nihil planè referre an vacuus venter fuerit, an ita plenus, vt tamẽ nullus sit natus posthumus, cùm quod ad causam rumpendi testamentum pertinet, præteritio posthumi nunquam nati, non plus possit quàm præteritio ventris reuera vacui. Constat enim hanc esse differentiam inter filium iam natum & posthumum præteritum, quod filij iam nati præteritio facit testamentum nullum ipso iure, ac iam inde ab initio. Posthumi verò non item, sed eo duntaxat tempore & casu quo posthumus nascitur, rumpi testamentum *l. si filius 7. cum duab. seqq. & pass. D. de liber. & posth. l. 3. & pass. D. de iniust. rup.* Cùm igitur posthumo non nato dici nequeat, ruptum fuisse vnquam testamentum quod ab initio valuit, possit aliquis pro Cuiacio quærere, quid impediat, † quominùs filius interim defunctus patri suo heres ex testamento extitisse intelligatur. Hoc enim est proculdubio quod & Cuiacium fefellit, & nos quoque cùm eius opinionem sequebamur. At respondendum est, posthumi in vtero existentis præteritionem, quamuis testamentum nec faciat nullum nec rumpat, quandiu posthumus natus non est, facere tamen vt non magis

ex

ex eo quiſquam heres eſſe poſſit, quàm ſi iam ruptum eſſet, quoniam vt impediatur confirmatio teſtamenti, & per conſequens, ne ex eo hereditas deferatur, ſufficit in eo eſſe teſtamentum vt aliquo caſu rumpi poſſit. Ex generali illa propoſitione quam ſuprà iam conſtituimus poſt Papinianum *in d.l.ventre in princip.* Ex teſta-
14 mento † quod rumpi poteſt, quandiu rumpi poteſt, hereditatem non deferri. Nec ſanè habet hæc propoſitio vllam exceptionem, quoties de eo rumpendi teſtamenti modo loquimur, qui ſit ex iuris poteſtate. Ne alioqui ſecum lex pugnet, ſi confirmet teſtamentum, quod in eo ſit, vt eiuſdē legis autoritate rumpi aliquo caſu poſſit. Eſſétque alienum à dignitate legis, vt rumperetur teſtamentum, quod iam aliquando ipſa confirmaſſet. Ob idque retinet confirmationem in ſuſpenſo, quouſque videat rumpi amplius non poſſe. Cui non eſt contrarium quod confirmat teſtamentum inofficioſum, ex eóque defert hereditatem quam & aditam eſſe neceſſe eſt, prius quàm inofficioſi querela inſtitui poſſit *l. Papinianus. 8. §. ſi conditioni. D. de inoff. teſt. l. ſi quis filium 34. in fin. C. eod.* cùm tamen per querelam inofficioſi teſta-
15 menti rumpatur. Non tam enim rumpi † per querelam ſi partitè loqui volumus, quàm reſcindi dicitur, vt intelligamus, aliquando illud non tantùm valuiſſe, ſed etiam à lege confirmatum fuiſſe, poſtea verò non tam legis quàm hominis & centumuiralis iudicij autoritate reſciſſum eſſe. Rumpi enim propriè dicitur quod aliquando valuit, ſed quod confirmatum nunquam fuit. Reſcindi verò, quod & valuit, & confirmatum fuit. Cùm rumpi dicitur, factum & poteſtas ſolius legis ſignificatur: cùm verò reſcindi, nihil niſi factum & poteſtas hominis, licèt accedente iuris autoritate. Hæc quando ita ſunt, apparet, filiū qui fuit inſtitutus omiſſo poſthumo, ſi ſubſtitutum habuit, ſiue nepotem, ſiue alium, & ventre adhuc pleno deceſſit, non magis heredem ex teſtamēto fuiſſe, intelligi nō nato quoque poſthumo, quàm ſi natus poſthumus proponeretur, quia verum eſt ei, quandiu vixit, hereditatem nunquam fuiſſe delatam neque deferri potuiſſe ex eo teſtamento, quod rumpi poterat, licet nunquam fuerit ruptum. Etſi enim non nato poſthumo, apparet ex poſtfacto ſemper valuiſſe teſtamentum, ex eóque hereditaté acquiri potuiſſe, cùm tamen eo tēpore iam reperiatur mortuus filius, incapax eſt ſuſcipiendæ retrofictionis, per quam heres aliquando fuiſſe videri poſſit, quia mortuus probari quidem poteſt heres reuera fuiſſe dum viueret, quamuis tunc heredem eum eſſe nec ſciretur, nec ſciri poteſt, vt eueniret in hoc ipſo filio, ſi vacuo ventre mulier fuiſſet (lex enim quæ certa eſt, ventrem vacuum eſſe, ac proinde teſtamentum, quo venter præteritus fuerat, rumpi nunquam poſſe, non eo minùs defert ex ipſo hereditatem, quòd filius neſciat an vacuus venter ſit, an plenus. *l. cùm quidam. 30. §. ſuum heredem. D. de acquir. hered.*) ſed vel heres fieri vel retrofingi heres fuiſſe, eo tempore quo reuera non fuerit, minimè poteſt, quia omnis retrofictio requirit omnino duos terminos, terminum ſcilicet à quo, & terminum ad quem, quorum ille deficit, mortuo iam retrofictionis inducendæ tempore eo, qui retrofin-
16 gendus eſſet heres fuiſſe. Atqui, inquies, datio † ſubſtituti vulgaris ſuſtinet teſtamentum, facitquè ne ipſius filij morte deſtituatur. Quidni ergo faciet vt filius ex teſtamento heres fuiſſe retrofingatur, poſthumo nullo nato? Reſpondeo, quia vt ea retrofictio inducatur, non ſufficit teſtamētum ſemper valuiſſe, nec vnquam ruptū eſſe, ſed illud præterea requiritur, vt hereditas, vel filio delata reuera fuerit, vel fuiſſe fingi poſſit, quorum neutrum in propoſito caſu euenit: niſi fortè illud quoque fingere velimus, aliquod tempus fuiſſe, quo potuerit filius, dum vixit heres eſſe, quod tamē tempus nec vllum fuit, neque eſſe potuit, cùm ſit verum quandiu filius vixit, rumpi teſtamentum potuiſſe: niſi rurſus hoc etiā fingere iuuabit, non potuiſſe rumpi teſtamentum, quod non magis fingi poteſt, quàm vt eodem tempore venter præteritus & vacuus fuerit & plenus. Prodeſt ergo hoc caſu vulgaris ſubſtitutio non filio inſtituto, ſed nepoti ſubſtituto, vt ex teſtamento heres eſſe poſſit auo, tanquam ſuus, quod eum filius in cauſa teſtati nunquam præceſſerit. Suum enim heredem † dicimus, nō tantùm 17
ab inteſtato, ſed etiam ex teſtamento. *dicta l. ventre. d.l. cùm quidam. §. ſuum heredem.* ſicut & legitimam hereditatem, eam quoque quæ ex teſtamento defertur. *l. lege obuenire. 130. de verb ſignific.* Itaque quod Africanus † 18
indiſtinctè & ſimpliciter ait, nepotem tam patri quàm auo ſuum heredem fore, non impugnat noſtram ſententiam, ſed potiùs adiuuat, cùm velimus id verum eſſe omni caſu, id eſt, ſiue natus ſit poſthumus, ſiue non ſit, ſed cum hac tamen explicatione & diſtinctione, vt ſi natus ſit poſthumus, nepos ſuus heres ſit auo ab inteſtato, ſi verò non ſit natus poſthumus, ſit heres ſuus eidem auo ex teſtamento. Quemadmodum & quod idem Africanus ait hunc ipſum nepotem patri quoque ſuo, ſuum heredem eſſe, vtramque interpretationem optimè admittit, vt iam ex teſtamento quam ab inteſtato, ſuus heres patri eſſe poſſit, ex teſtamento ſi eum pater heredem inſtituerit, ab inteſtato ſi pater quoquomodo inteſtatus deceſſerit. Cùm ergo nihil ſit apud Africanum, ex quo poſſit colligi filium in ea ſpecie inteſtatum potius, quàm teſtatum deceſſiſſe, ne proinde quicquam obſtet quominus nepotem hunc ſuo patri ſuum heredem, ex teſtamento fuiſſe dicamus, quid etiam vetat, quominus eundem nepotem auo quoque ſuum heredem ex teſtamento fuiſſe interpretemur? Eo nimirum caſu quo teſtamentum valuit, nec poſthumi agnatione vnquam ruptum fuit. Quanquam nec abſurdum eſſet nepoti patrem ſuum heredem eſſe ex teſtamento: auo autem ab inteſtato, vel contrà, altero ſcilicet defuncto teſtato, altero inteſtato. Et ob id Africanus nihil aliud ſcribere voluit, niſi nepotem hunc, tam patri quàm auo ſuum heredem eſſe, non addito eo an ex teſtamento an ab inteſtato, quod pro caſuum diuerſitate vtraque adiectio ſuppleri commodè poſſet. Illud certè omnino † ponendum eſt deceſſiſſe filium, pleno adhuc ventre, & incerto eo an poſthumus naſciturus eſſet necne: quia ſi eo viuo ſpes interciduſſet naſciturī poſthumi, putà facto abortu, proculdubio ſuus ille heres fuiſſet patri, eidemque teſtatori & quidem ex teſtamento, ſi verò poſt natum iam poſthumum deceſſiſſet, atque ita rupto iam teſtamento, fuiſſet ille ſuus heres ab inteſtato. Idque ipſa etiam interpunctio Florentina probat quam & Cuiacius laudat quæ ſic habet, *interim poſthumo non nato*, vt dictio illa *interim*, hic † explicetur, acſi adiectū eſſet, 19
id eſt, Nondum nato poſthumo, non quomodo Accurſius, Bart. aliique vulgares interpretes omnes explicant, *Ante aditam hereditatem*. Quaſi verò in ſuis heredibus tractandum ſit de aditione, nec ſuus heres ſit heres, ſi poſt patrem deceſſerit, non declarata voluntate: quod eſt equidem conſequens ei quod vult Bart. ſui heredis exiſtentiam tolli per vulgarem ſubſtitutionem, ſed alienum planè ſicut à iuris ratione, ita & à mente Africani, qui nihil aliud requirendo ad hoc vt nepos ſit ſuus heres auo niſi vt filius ante poſthumum natum deceſſerit, oſtendit ſatis, aliud ſe fuiſſe reſponſurum, ſi vel vno inſtanti filius vixiſſet poſt natiuitatem vel abortum poſthumi, quia tunc obſtitiſſet nepoti, tanquam ſuus, cui tamen obſtare non potuiſſet, ſi vulgaris ſubſtitutio ei facta iuris ſuitatis extinxiſſet. Difficilius eſt ſecundam huius legis Africani partem conciliare cum Papiniano, in ſecunda parte *d.l. ventre. de acq. hered.* Sed hoc iam nos præſtitimus, ſuprà citato Coniecturarum noſtrarum loco vbi & cætera, quæ in eius loci interpretatione præcauit Cuiacius, & obſeruauimus & refutauimus. Itaque hic non repetemus.

ERROR IX.

De tacita vulgari ſubſtitutione.

SVMMARIA.

1 *Conſtitutio D. Marci relata in l. iam hoc iure 4. D. de vulg. ſubſt. quomodo ab interpretibus accepta.*
2 *Apud interpretes tum vulgaris tum pupillaris ſubſtitutio duplex eſt, vna expreſſa, altera tacita.*
3 *Nullam eſſe vulgarem tacitam ſubſtitutionem aduerſus interpretes.*
4 *Confirmatio primò ex dict. l. iam hoc iure. 4. cuius vera ſententia adfertur.*
5 *Secundò ex ratione quæ Imperatores impulit, vt nouum ius in d. l. inducerent.*
6 *Tertiò ex ordine caſuum ſeu ſubſtitutionum.*
7 *Vulgaris & pupillaris caſus differentia.*
8 *Theophili ſententia de ordine caſuum ſeu ſubſtitutionum probata.*
9 *Quid de eadem re ſenſerit Iuſtinianus in tit. de pupil. ſubſt.*
10 *Pater qui filio ſuo ſubſtituit pupillariter cogitat de herede dando filio non ſibi.*
11 *Caſus vulgaris cur trahatur ad pupillarem, & num. 23.*
12 *Caſus pupillaris cur non trahatur ad vulgarem, & num. 24.*
13 *Pupillaris ſubſtitutio duas continet conditiones.*
14 *Aut vnam potiùs, quæ duas habet partes, quarum vtraque impleri debet, vt ſubſtituto ſit locus.*
15 *Conditio ſubſtitutionis pupillaris qualis ſit.*
16 *Vnde dignoſcatur an inſtitutio pura ſit an conditionalis.*
17 *Subſtitutio pupillaris eſt inſtitutio pura.*
18 *Ex verbis ſubſtitutionis pupillaris effici ſubſtitutum pupillarem non eſſe inſtitutum in hereditate patris, viuo pupillo.*
19 *Abſurda quæ emanant ex poſitione tacitæ vulgaris.*
20 *Pater in teſtamento filij non poteſt ſibi facere teſtamentum, ſed contrà.*
21 *Codicillorum & pupillarium tabularum comparatio.*
22 *Prius eſt vt pater ſibi heredem conſtituat quàm filio.*
25 *Differentia inter formulas vulgaris & pupillaris ſubſtitutionis.*
26 *Verba illa, ſi heres erit; non ſunt de ſubſtantia pupillaris ſubſtitutionis.*

1 COnſtitutio † diui Marci à Modeſtino relata in *l. iam hoc iure. 4. de vulgari ſubſt.* quæ primùm hoc ius induxit, vt ſubſtitutio in alterum caſum facta, in vtrumque facta intelligatur, ſic paſſim ab interpretibus omnibus accepta eſt, vt ſiue pater filio ſuo impuberi ſubſtituerit, in caſum vulgarem, videatur ſubſtituiſſe etiam in pupillarem, ſiue contrà ſubſtituerit in caſum pupillarem tantùm, in vulgarem quoque tacitè ſubſtituiſſe intelligatur. Itaque ſicuti † pupillarem ſubſtitutionem, ita 2
& vulgarem duplicem faciunt, expreſſam vnam, tacitam alteram. Vnde tot quæſtiones apud Bartolum, & poſt eum apud cæteros *ad l. 1. eod. tit. de vulgari ſubſtit.* An teſtamentum poſſit ab ea vires aſſumere, an mortuo ante patrem filio impubere, ſit ex ea admittendus ſubſtitutus, an trahatur ad bona impuberis, an admittatur contra matrem, & ſimiles aliæ complures. Mihi videtur nihil dici poſſe improbabiliùs, quàm vt vulgarem † aliquam tacitam eſſe exiſtimemus, quod ante 3
nos duo inſignes Iureconſulti, Lancellotus & Viglius defenderunt: ſed ita vt tamen non deſit nobis, quod poſt eos de noſtro proferamus. Primùm quia nullo iuris loco, aut à prudentibus aut ab Imperatoribus aliquam ipſius mentionem factam reperio, vt dubitari proinde non poſſit, quin merum hoc ſit commentum interpretum, vti & huiuſmodi alia pleraque. Nam quod Modeſtinus † refert *in dicta lege iam hoc iure*, factum 4
eſſe ex diui Marci & Veri conſtitutione, vt cùm pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituiſſet, in vtrumque caſum ſubſtituiſſe intelligatur, non alium ſenſum habet, quàm vt ſubſtitutio facta in primum caſum, videatur facta etiam in ſecundum, non è contrario, quod putant interpretes, vt ſubſtitutio facta in ſecundum caſum, in primum quoque facta cenſeatur. Idque ipſa etiam demonſtrat interpretatio quam adhibet Modeſt. ſequentib. illis verbis, *Siue filius heres non extiterit & impubes deceſſerit*. Perinde namque eſt, ac ſi poneret hoc exemplum conſtitutionis, vt nihil referat an pater filio ſuo impuberi ſubſtituerit, ſub ea tantùm conditione, *Si filius heres non extiterit*, an verò ſub his duabus ſimul iunctis, *Siue filius heres non extiterit, ſiue heres extiterit, & impubes deceſſerit*. Pugnare quidem contra nos magis videtur, quod ſequitur apud Modeſtinum *in verſu. hoc itaque caſu*. Sed quænam illius loci, & ſententia & ratio ſit, explicabimus ad finem capitis ſequentis. Idem etiam probat † ratio ipſa, quæ Impe- 5
ratores mouere potuit, vt nouum hoc ius inducerent, à mera veri iuris ratione tantopere alienum. Nam cùm vulgaris caſus & pupillaris, quorum ille primus caſus dicitur, hic ſecundus, non modò contrarij inter ſe ſint, ſed etiam contradictorij, adeò vt non poſſit vni locus eſſe, quin hoc ipſo alius excludatur, quænam obſecro iuris ratio facere debuit, vt Imperatores ſubſtitutionem factam in vnum caſum, traherent ad alium, niſi fauor pupilli, cuius vtique intereſt habere teſtamentarium potiùs, quàm legitimum ſucceſſorem, nouam illam conſtitutionem extorſiſſet. Atqui fatentur omnes vulgarem illam, quam tacitam vocant, reſpicere ad fauorem non pupilli, ſed teſtatoris, vtpote per quam ipſi teſtatori, non pupillo ſuccedatur, vt expreſſim tractat Bartol. *ad dict. leg. iam hoc iure*. Non igitur quæ ratio humanitatis facit, vt vulgarem ſubſtitutionem impuberi factam trahamus ad caſum pupillarem, ex ea conſtitutione, eadem facere debet, vt ſubſtitutionem in caſum pupillarem factam trahamus ad vulgarem, cùm hac in re nullus omnino verſetur fauor pupilli. Sed neque ordo † ipſe caſuum & ſubſti- 6
tutionum hanc admittit interpretationem. Solent enim teſtatores, & debent, tum quoque cùm filio impuberi heredi ſcripto ſubſtituunt in vtrumque caſum, incipere à vulgari, non à pupillari. Vnde & vulgaris caſus † vt iam diximus appellatur primus, pu- 7
pillaris verò ſecundus. *leg. Lucius. quadrageſimaquinta eodem tit. de vulg. leg. precibus. octaua. Cod. de impub. & aliis ſubſtitut.* quia vulgaris ſit in eum caſum, quo hereditas agnita non ſit, pupillaris verò in eum, quo ſit agnita. Primum autem non eſſe, vt non inargutè Baldus philoſophando more ſuo ad hoc propoſitum obſeruauit. Progreſſúſque naturalis eſt ab eo caſu quo filius impubes heres non ſit, ad illum quo heres ſit & impubes moriatur. At è conuerſo ineptus eſſet & potiùs retrogreſſus dicendus ille, ſi pater inciperet à caſu pupillari, & adiiceret poſtea vulgarem, hoc modo, *ſi filius meus heres erit, & in pupillari ætate deceſſerit, ſiue heres non erit, Seius heres eſto*. Quod igitur non niſi ineptè poſſet exprimi, cur pro expreſſo haberi volumus, cùm neque expreſſum fuit, neque cogitatum? Vtique enim ille ſemper caſus præcedere debebit, qui fuerit expreſſus, non qui ad expreſſum

accedat

8 accedat per interpretationem. Hunc verò ordinem † apertissimè expressit Theophilus *in tit. de pupill. substituta*, cùm hanc substitutionem vno verbo vocat *vulgari pupillarem*, non autem *pupilli vulgarem*, quo tamen nomine aut saltem vtroque vocanda esset, si quod interpretes volunt, tam verum esset casum pupillarem trahi ad vulgarem, quàm verum est, trahi vulgarem ad pupillarem. Idémque Theophilo hac in re quod nobis visum fuisse apparet, etiam ex eo quod itidem ait, vulgarem substitutionem etiam expressim factam impuberi euanescere, si impubes superstes patri abstineat, etsi hanc opinionem nos refutauimus *in Error. septimo*. Quomodo enim potuit ille credere substitutionem factam impuberi in casum quo heres erit, trahendam ad eum casum quo nec expressim fieri eam posse putarat, hoc est, quo filius abstineat ab hereditate patris. Eun-
9 dem ordinem etiam apertissimè Iustinianus † designat, *in tit. de pupill. substit.* vbi ait, Liberis impuberibus quos in potestate quis habet, non solùm vulgariter posse quem substituere, id est, ita vt si heredes ei non extiterint, alius sit ei heres, sed eo amplius vt si heredes ei extiterint, & adhuc impuberes mortui fuerint sit eis aliquis heres. Velut, inquit, si quis dicat hoc modo, *Titium filium meum heres mihi esto. Et, si filius meus heres mihi non erit, sine heres erit, & priùs moriatur quàm in suam tutelam venerit, tunc Seius heres esto.* At secundum interpretes, qui tacitam istam vulgarem inducunt, sin. liter dicendum esset, posse patrem liberis suis impuberibus non solum pupillariter substituere. Si heredes existerent, & in pupillari ætate decederent, sed eo amplius, vt si heredes non existerent, aliquis heres esset. Quo quid absurdius? Nam vltra illum casum *si heres erit, & in pupillari ætate decesserit*, casus alius nullus est propter quem possis dicere *eo amplius*. Dicendum potius esset *eo minus*, cùm iste casus, si filius heres non erit, non solùm præcedat illum, *si heres erit & impubes decesserit*, sed etiam multo minùs facti habeat, tanquam
10 qui sit merè negatiuus. Addo quod pater † qui filio suo impuberi substituit in eum nominatim casum, si is heres erit, & impubes decesserit, cogitat de herede dando filio, non sibi per mediam heredis eiusdémque filij personam. Cur ergo trahemus casum hunc ad illum, quo pater non filio heredem dare cogitauerit, sed sibi?
11 Dices eadem ratione posse probari, † casum vulgarem non esse trahendum ad pupillarem, cùm pater qui substituit filio in casum vulgarem det heredem sibi non filio, cui tamen soli dat non sibi, in casum pupillarem. Non nego, nec magis possit quisquam negare, bonam fore rationem propter quam casus vulgaris nullomodo trahi deberet ad pupillarem, si de hoc expressam non haberemus Imperatorum constitutionem, solo pupil-
12 lorum fauore subnixam. Atqui vt casus † pupillaris trahatur ad vulgarem, neque constitutionis verba faciunt, neque fauor pupilli. Ratio igitur iuris communis retinenda est, non tam facilè violanda. Neque verò mirum est fauorabiliorem esse hac parte pupillum, cui pupillaris substitutio facta est, quàm patrem ipsum qui fecerit, quia imputari potest patri, cur ad habendum heredem non substituerit filio suo vulgariter, cùm posset, in eámque rem vulgaris esset, notaque cuilibet formula quam vsurpare debuisset. Non autem similiter imputari potest pupillo, cur pater qui ei substituit vulgariter non etiam substituerit pupillariter, quandoquidem pater ipse est qui filio testamentum fecit, non filius, nec improbabile est patrem qui substituendo impuberi filio casum omisit pupillarem, ita fecisse per imperitiam quod pupillaris substitutionis formulam non ita vulgarem ignoraret potiùs quàm quod filium quem & instituerat, & substitutum habere voluerat, interiatum mori vellet, si is impubes moreretur. Quid?
13 quod pupillaris † substitutio non vnam duntaxat conditionem habet, quomodo vulgaris quæ illam, *si heres non erit*, sed duas, quarum altera illa est *si heres erit*, altera hæc est *impubes decesserit*. Vtramque igitur impleri necesse est, vt possit locus esse substitutioni. Et quantumuis tibi adroges vt casum illum secundum & affirmatiuum, *si heres erit* protrahas, aut vt melius dicam, retrahas ad primum negatiuum eundémque planè contradictorium, *si heres non erit*, quod nunquam facies me permittente, non tamen effugies, quin conditio illa altera, *si impubes decesserit* impleri quoque debeat. Nihil enim est in verbis, aut in ratione constitutionis diui Marci, ex quo possis colligere casum illum, *si impubes decesserit*, debere trahi ad alium, qui sit etiam contradictorius, *si impubes non decesserit*. Quod etiamsi facere tibi liceret, planè induceres tacitam vulgarem valde ineptam, quæ scilicet facta esset in eum casum, quo filius & heres non esset, & pubes decederet. Nam cùm filius heres non est, quid attinet expectare ipsius pubertatem, vt substitutus heres patri esse possit? Aut quænam ratio excogitari potest, propter quam pater debuerit eo minùs velle heredem habere, quòd si filius eius qui heres non fuisset, pubes decessisset? In casu pupillaris substitutionis, hoc est, cùm filius heres fuit, necessaria est adiectio illa alterius conditionis, *& impubes decesserit*, quia pupillaris substitutio, filij testamentum est, patri autem non licet facere testamentum filio, nisi & impuberi, & intra pubertatem decedenti. Ideóque solet in pupillari substitutione adnici articulus, *tunc*, quem nec Iustinianus prætermisit *in princ. d. tit. de pup. subst.* ne Modestinus *in l. 4. de vulg. & pupill.* nec Iulianus *in l. si ita scriptum* 8. §. *qui filio. D. de bonor. poss. secund. tab.* qui articulus cum temporis extremitatem denotet *l. 4. in fin. D. de cond. & demonstr.* eam vim habere debet, vt non patiatur admitti substitutum, priùs quàm filius impubes decesserit. Quod igitur filius abstineat paterna hereditate, siue ante siue post immixtionem, quamuis posset imitare substitutum vulgarem, si quis ei datus esset, non æquè tamen potest locum facere substituto, qui non nisi in pupillarem casum datus fuit, quasi in vulgarem quoque datus videatur, quin pupillus quoque defunctus proponatur. Alioqui constitutione noua opus erit, quæ ad constitutionem diui Marci hoc addat, vt non tantùm casus secundus retrahatur ad primum, quod vnum per se, vt probauimus, absurdissimum esset, verùm etiam ille articulus *tunc* expressus in casu pupillari, omittatur in casu tacito vulgari, atque ita viuo filio, admittatur iure substituti vulgaris ad patris hereditatem ille, qui non fuerat substitutus, nisi tunc cùm filius impubes decessisset. Hoc verò tantò absurdius esse fateberis, si mecum cogitabis subtiliùs, conditionem illam pupillaris substitutionis, *si filius meus heres erit, & in pupillari ætate decesserit*, quam diximus esse duplicem, vnam † potiùs videri de- 14
bere, sed quæ duas habeat partes, vt & illa de qua *in l. hac scriptura 26. de cond. & demonst.* Hoc enim admisso, quod negari certè non posset, consequens sit, vt multò minùs possit diuidi, quàm si essent duæ, quamuis in pluribus quoque conditionibus quoties coniunctim adscriptæ sunt, ita obtineat vt omnes sint implendæ, tanquam quæ vnius duntaxat loco habeantur, *l. si heredi plures* 5. *D. de cond. inst.* Numquam ergo assequeris, vt qui fuit substitutus filio, sub ea vnica & indiuidua conditione, *si heres filius erit, & id pupillari ætate decesserit*, admitti debeat viuo filio, quantumuis abstinente, qui tamen secundum interpretes ex tacita vulgari esset admittendus. Illud enim omnino intolerabile est, vt liceat tibi vsque adeo agere Imperatorem, vt vel diuidas conditionem à testatore adscriptam, vel ea nondum impleta perinde admittas substitutum, acsi conditio vel nulla adscripta, vel iam impleta esset, quod nec prætor ipse facere vel potest vel debet, nisi cùm talis conditio est, quæ vel pro non adiecta debeat haberi, vel quæ sit edicto remittenda, *l. falta 65. §. si sub condit. D. ad SC. Trebell.*

Trebell. Plus dico, pupillarem ſubſtitutum ita ſcriptum, *ſi filius meus heres erit, & impubes deceſſerit*, viuo filio nullomodo ſubſtitutum videri, ne quidem ſub conditione, quippe qui in hunc caſum nullomodo fuerit ſubſtitutus. Exemplo eius, quod ſcribit Modeſtin. *in l. commodiſſimè 10. D. de liber. & poſth.* poſthumum à patre inſtitutum, *ſi viuo patre naſceretur*, natum patre mortuo, aut contrà, rumpere teſtamentum, quaſi qui nec ſub conditione ſcriptus intelligatur, cùm naſcatur in hunc caſum, qui non ſit teſtamento comprehenſus.
15 Tota enim illa conditio † pupillaris ſubſtitutionis, *ſi filius meus heres erit, & impubes deceſſerit*, non tam eſt conditio ſub qua vocetur ſubſtitutus, in quo pleróſque omnes vulgo errare video, quàm conditio ſine qua non vult pater facere filio teſtamentum, quia nec poteſt. Denique ſunt illa verba non filij teſtantis, nec patris iam teſtamentum filio facientis, ſed patris accingentis ſe ad faciendum filio teſtamentum, vt appareat nihil enim moliri, niſi quod per leges facere ſibi liceat. Vnde eſt quod Vlpianus ſcribit *in l. qui liberis 8. de vulgar. & pupill. ſubſt.* ita quoque facta ſubſtitutione pupillari, nihilominus ſubſtitutum pupillarem purè ſcriptum eſſe, ſi non alia conditio inſerta ſit, in ipſa ſubſtituti inſtitutione. Siquidem teſtamentum pupillare totum concludatur tribus illis ſequentibus verbis, *Titius heres eſto*, quæ inſtitutio, vt nemo non videt, pura eſt, niſi conditio illa ſubiiciatur, *ſi nauis ex Aſia venerit*,
16 aut quæ alia huiuſmodi. Pura namque inſtitutio † vel conditionalis, ex eo dignoſcitur, quod hereditas per eam, vel ſtatim mortuo teſtatore, vel non ſtatim deferatur. Atqui nemo dixerit, ea verba patris, pupillarem ſubſtitutionem filio facientis, *ſi filius meus heres erit, & impubes deceſſerit, Titius heres eſto*, facere, quominus ſtatim poſt filij mortem in pupillari ætate contingentem, Titius ad pupilli hereditatem admitratur. Nam etſi eſſet illa dicenda conditio ſubſtitutionis pupillaris, quod nos negamus, tamen conditio talis eſſet quam impleri oporteret, imo quæ neceſſariò impletur priuſquàm vlla pupilli hereditas eſſet, de cuius ſiue delatione, ſiue acquiſitione tractari poſſet. Neque enim pupilli, quandiu viuit, vlla eſt hereditas *l. 2. §. interdum. eodem tit. l. ita tamen 27. §. à patre. D. ad SC. Trebell.* cùm verò pupillus moritur, hoc ipſo impletur conditio illa, *ſi impubes deceſſerit*. Verum igitur eſt, Titium qui
17 fuit ſubſtitutus, † per eam formulam, *ſi filius heres erit, & impubes deceſſerit*, puré inſtitutum fuiſſe non ſub conditione, perinde acſi a patre inſtitutus fuiſſet, hoc modo, *Titius ſi moriar heres eſto*, quo tamen caſu quis diceret, conditionalem eſſe inſtitutionem? Quamquam in pupillari ſubſtitutione, de qua tractamus, res apertior eſt. Hæc enim inſtitutio, *Titius ſi moriar heres eſto:* conditionem aliquam habet, inſpecta ſcilicet figura verborum, propterea quòd ea verba, *ſi moriar*, inſerta ſunt inſtitutioni, licèt non habeant vim conditionis, vt nec illa, *ſi hereditatem meam adierit*, de quibus *in l.*
18 *aliquando 107. de cond. & demon.* At hæc † verba, *ſi filius heres erit, & in pupillari ætate deceſſerit*, à quibus ſolet incipere formula pupillaris ſubſtitutionis, non ſolùm ſunt extra inſtitutionem ſubſtituti, quæ, vt iam dixi, tribus iis verbis abſoluitur, *Titius heres eſto*, ſed quod magis eſt extra ipſum pupilli teſtamentum: nempe quod non poteſt vlen incipere niſi ab iis verbis, quæ à pupillo ipſo prolata videri poſſunt, quæ ſola iſta ſunt, *Titius heres eſto*, non etiam præcedentia illa, *ſi filius heres erit, & impubes deceſſerit*, quæ manifeſtiſſimum eſt cùm de filio ſint in tertia perſona, patris eſſe, non filij: patris inquam ſuo non filij nomine ea proferentis. Cùm igitur pater, ea præfatione quodammodo proteſtetur ne quidem cogitare ſe de teſtamento faciendo filio, niſi in eum caſum quo filius & heres ſit, & impubes moriatur, quem poteſt colorem habere pupillaris ſubſtitutus, vt ob id ſolùm quod ab ipſo impubere, in eius hereditate ſcriptus intelligitur, & conſequenter poſt ipſius pupilli mortem duntaxat, videri debeat in ipſius etiam patris hereditate inſtitutus, viuo quoque pupillo? An pupilli teſtamentum quod eo viuo, effectum nullum habere poteſt, quantum ad hereditatem pupilli, debebit aliquem habere ad dandum heredem patri? An non ea ratione induceremus, vt quemadmodum pater ſuo teſtamento etiam filio ſuo impuberi teſtamentum facere poteſt, ita è conuerſo filius impubes, cuius teſtamentum eſſet pupillaris ſubſtitutio, eo teſtamento patri quoque teſtamentum fieri eſſe, dando ei heredem, videretur? Hoc verò ſi non abſurdum eſt, quid in toto iure noſtro abſurdum videri poteſt? Nonne multò abſurdius illud eſt quàm ſi quis diceret, quod huic errori conſequens etiam ſit, ex pupillari teſtamento principale confirmari? contra *l. ex pupill. 44. de vulg. & pupil. ſubſtit.* Iunge enim huic errori alium errorem Bartoli, quem in præcedentibus refutauimus, quod exiſtentia ſui heredis tollatur per dationem vulgaris ſubſtituti. Et rurſus alium quem mordicus defendit idem Bartolus *ad d. l. 1. num. 30. de vulg. & pupill.* quod ex tacita vulgari poſſit teſtamentum patris ſuſtineri (adeò errores ex errore nasci neceſſe eſt.) Efficitur ſanè, vt contra ſupradictam iuris regulam, principale teſtamentum per pupillare, quod non niſi
20 acceſſorium eſt, confirmetur. Poteſt pater † in teſtamento ſuo facere teſtamentum filio, & cùm facit ſibi, facere filio heredem, neque in eo quicquam noui aut inepti facit, poſtquam ita moribus receptum eſt, vt filio heredem facere poſſit. At vt faciat ſibi teſtamentum in teſtamento filij, & hoc ipſo quod facit teſtamentum filio, ac tùm quoque cùm in perſona & ſub nomine filij loquitur, prorſus nouum & ridiculum eſt. Nam ſi pater & ſibi, & filio teſtamentum facturus, non poteſt incipere à pupillari, quoniam vnum teſtamentum eſt, quod ab inſtitutione incipere debuit, *d. l. 2. §. prius autem. de vulg. & pupill. ſubſtit.* quomodo fieri poterit vt teſtamentum patris, quod primo gradu, id eſt, inſtitutione deficiente, à ſecundo gradu & à ſubſtitutione incipit, incipiat à tacita vulgari quæ in pupillari continetur? An non ita ſit, vt incipiat à pupillari? Præſertim ſi tam vera eſſet quàm falſa eſt Bartoli ſententia exiſtimantis adeundam ex tacita illa vulgari hereditatem patris, vt tabulæ pupillares confirmentur, cùm datus eſt impuberi extraneus coheres. Eſſet ſanè hoc perinde ridiculum, atque ſi quis diceret in codicilis teſtamentarius hereditatem dari poſſe hoc prætextu quòd ſcripta in huiuſmodi codicillis in teſtamento ſcripta videantur, *l. 2. §. 1. D. de iur. codicill.* Nam vt eleganter Papin. ait *in l. quod per manus 10. eodem.* non ob id magis
21 poteſt hereditas † in codicillis dari, ne teſtamentum quod ab inſtitutione vires acciperet per codicillos qui non niſi ex teſtamento valerent, confirmari videretur. Quæ ratio non malè ad hoc etiam accommodari poteſt, vt dicamus hereditatem patris in pupillaribus tabulis nullo modo dari poſſe, ne patris teſtamentum, quod ab inſtitutione paterni heredis vires acciperet per pupillarem ſubſtitutionem, quæ ex patris teſtamento valere debeat confirmari videatur. Bona enim eſt comparatio codicillorum ex teſtamento & pupillarium tabularum, cùm & hæ & illi pars teſtamenti eſſe intelligantur *l. penult. D. de teſtam. quem. aper.* In ſumma quemadmodum patrem neceſſe eſt ante filium mori, vt
22 valeant tabulæ pupillares, ita & patrem † filio teſtamentum facere poſteaquam ſibi, & per conſequens heredem ſibi conſtituere priùs quàm filio, & rurſum ſi vult ſibi prouidere in eum caſum, quo heres inſtitutus nolit heres eſſe, vulgarem ſubſtitutum facere antequàm faciat pupillarem. Ideóque cùm pater inſtituto heredi filio ſubſtituit ſi heres erit, & in pupillari ætate deceſſerit, quia iam filio dat heredem, nullo modo credendus eſt iis verbis de herede ſibi faciendo cogitaſſe: nec

quemad

quemadmodum faciendo ſibi teſtamentum, aut potiùs teſtamenti ſecundum gradum ſubſtituens filio vulgariter in caſum illum quo heres non eſſet, facilè creditur etiam filio teſtamentum feciſſe, eique heredem dediſſe in caſum contrarium ſi heres eſſet ac impubes decederet. Ita è conuerſo, faciendo teſtamentum filio & ſubſtituendo ei pupillariter, ſi heres eſſet, ac in pupillari ætate decederet, æquè facilè credendus eſt hoc ipſo ſibi quoque teſtamentum aut teſtamenti ſui ſecundum gradum feciſſe in caſum contrarium, ſi
23 filius heres non eſſet: quia cùm ſubſtitutus † vulgaris ex vulgari fit pupillaris, non eſt caſus ille alienus ab eo teſtatoris propoſito propter quod ſubſtituerat eum vulgariter. Id enim fecerat vt omnimodo heredem haberet, ſi fortè filius inſtitutus vel heres eſſe non poſſet, vel abſtinere mallet. Habet verò heredem cùm filius ſuus heres non tantùm ſuperſtes fuit, ſed etiam hereditati paternæ ſe immiſcuit, & quod magis eſt, hunc eundem ſubſtitutum habet etiam ſibi heredem, per mediam ſcilicet impuberis perſonam. Hoc tantum plus eſt, quòd qui fuerat ſubſtitutus, vt heres eſſet patri, filio quoque heres reperitur, in quo nihil eſt inconueniens, cùm eum quem pater heredem ſibi elegerat, ſi filius heres non eſſet, multò magis voluerit heredem eſſe ipſi filio in eum caſum quo heredem filio dare potuit, id eſt, ſi heres eſſet, impubéſque moreretur. At cùm ſubſtitutus † pupillaris ex pupillari fit
24 vulgaris, non tantùm caſus nouus eſt, ſed etiam omnino alienus ab eo teſtatoris propoſito propter quod ſubſtituerat hunc pupillariter: non enim id fecerat teſtator, vt omnimodo heredem haberet, cùm eum ſubſtituiſſet in caſum illum expreſſum, quo eſſet agnita ipſius patris hereditas, ac proinde quo non poſſet heredem non habere, ſed ob id tantùm vt filius heredem habere poſſet: quem porrò habere poteſt, & quidem hunc ipſum ſubſtitutum, etiamſi nullam tacitam vulgarem comminiſcamur. Non quia perinde videatur extitiſſe conditio illa, *Si heres erit*, filio ſe abſtinente (quamuis enim heres ipſo iure maneat, fateor tamen non poſſe illum haberi pro herede quantum ad teſtatoris voluntatem non magis quàm quod ad prætorem, vt in ſuperioribus diſputauimus) ſed quia ſubſtitutus fuit purè, ſufficitque deceſſiſſe filium impuberem vt ſubſtitutidni locus eſſe poſſit, quamuis de-
25 ceſſerit per abſtentionem. Hæc enim differentia † eſt inter formulas vulgaris & pupillaris ſubſtitutionis, quod in vulgari ſubſtitutione verba illa, *ſi heres non erit*, omnimodo faciunt conditionem, indéque eſt quod ſubſtitutionem definire ſolemus conditionalem inſtitutionem, quæ definitio propriè conuenit vulgari tantùm ſubſtitutioni. In ſubſtitutione verò pupillari verba illa, *ſi heres erit* non faciunt conditionem, vt nec illa ſequentia, *& impubes deceſſerit*, quemadmodum iam explicauimus, ſed alia mente & cogitatione apponuntur à patre. Priora quidem vt appareat non dubitare patrem quin ipſius voto hereditatem paternam agniturus ſit filius. Poſteriora verò ne quis putet id agere patrem vt filio det heredem vltra eam ætatem in qua liceat ei dare. Cæterum ſiue patri heres ſit filius ſiue non ſit, ſicut omni caſu heredem habiturus eſt, ita & omni caſu eum habere debet quem pater dedit, dum ne finita ſit pupillaris ſubſtitutio pubertate. Itaque non eſſet bona ratio contra ſubſtitutum pupillarem tacitum, ſi quis ad excludendum illo caſu quo filius ſe immiſcuiſſet, obiicere vellet ſubſtitutionis pupillaris conditionem defeciſſe, quæ illa eſſe videbatur, ſi filius heres non eſſet. Negabo enim fuiſſe illam conditionem, ne quidem ſine qua pater filio ſubſtituere alioqui vel noluiſſet, vel non potuiſſet. Qualis tamen fuit altera pars illa formulæ, *& impubes decederet*. Ideóque nemo vnquam dubitauit quin
26 pupillaris ſubſtitutio † fieri poſſit neutro caſu expreſſo, ſiue agnitæ, ſiue non agnitæ hereditatis, dummodo expreſſa ſit conditio illa, *ſi in pupillari ætate filius deceſſerit*, vt *in leg. paterfamilias* 28. *de rebus authorit. iudicis poſſidend.* quod & Bartolus fatetur *ad leg.* 2. *numer.* 27. *de vulgar.* vbi ait verba illa, *ſi heres erit* non eſſe de ſubſtantia pupillaris ſubſtitutionis proinde atque ex eo quod etiam exheredato filio fieri ea poteſt, *l.* 1. *§. ſubſtituere. leg. ſed ſi plures* 10. *§. ad ſubſtitutos, eodem.* At erit optima ratio contra ſubſtitutum vulgarem, qui non alio iure admitti velit quàm ex tacita vulgari contenta in pupillari, ſi ad eum excludendum illo caſu quo filius heres non fuerit, nec adhuc deceſſerit, obiiciatur ei conditionem ſubſtitutionis defeciſſe, quæ illa fuerat, *ſi filius heres eſſet & impubes deceſſiſſet*. Negari enim non poteſt quin ea ipſa verba quæ in pupillari ſubſtitutione conditionem nullam faciebant, pro vera conditione accipi debeant in vulgari, quippe quæ nec poſſit eſſe ſine conditione, nec in propoſito caſu aliam conditionem habere, quàm quæ tam diſertis verbis à teſtatore fuit expreſſa. Alioquin non ſufficiet tollere totam hanc formulam pupillaris ſubſtitutionis quæ, vt diximus, conditionem facit, ne tacitæ iſtius vulgaris conditio defeciſſe videatur, ſed illud præterea faciendum erit, vt nouam planéque expreſſis verbis repugnantem conditionem ſuppleamus, non quæ poſtea exiterit, ſed quod in conditionibus omnibus præpoſterum eſt, quæ ex euentu talis formetur, qualem formari oporteat, non vt impleatur, ſed vt iam impleta reperiatur: quod ita fiet ſi caſum hunc, *ſi heres erit, & in pupillari ætate deceſſerit*, trahamus ad illum, *ſi heres non erit nec impubes deceſſerit*. At non idem abſurdum euenit, cùm caſum vulgarem trahimus ad pupillarem, quia pupillaris ſubſtitutio nulla conditione indiget, quæ nimirum purè fieri poteſt *dict. l. qui liberis*: nec rurſus à nobis exigit vt formulam & conditionem vulgaris ſubſtitutionis deleamus, ne pupillaris ſubſtitutionis conditio defeciſſe intelligatur, cùm ad validitatem pupillaris ſubſtitutionis nihil omnino referat, an filius ſit heres an non ſit, ſed hoc tantùm requiratur vt impubes deceſſerit, & poſt patrem. Quod vltimum ideirco addo, vt ſaltem per nudam ſui heredis exiſtentiam tabulæ pupillares confirmentur. Nam ſi quid eſſet propter quod dicendum videretur hanc tacitam vulgarem admitti debere, illud certè eſſe oporteret, ne alioqui tabulæ pupillares corruerent filio abſtinente, ſi pater nullum ex teſtamento heredem habere crederetur. Hæc enim ratio non tam ad ipſius patris quàm ad pupilli fauorem ſpectaret, quam vnam rationem fuiſſe diximus, conſtitutionis Diui Marci. Atqui non eſt neceſſaria propter hoc, inductio iſta commentitia vulgaris vllius tacitæ ſubſtitutionis, quia ad pupillarium tabularum validitatem ſufficit quod pater ſuum heredem habuerit quamuis ſe abſtinentem, quod nec Bartolus quoque diffitetur, niſi vno illo caſu (qui perpetuus eius error eſt) ſi habuerit extraneum coheredem. Nihil igitur exigemus pro pupillari ſubſtituto niſi vt filius & poſt patrem & impubes deceſſerit. Si enim ante patrem decederet, fruſtra eſſet tractare de confirmandis patris tabulis ad validandam ſubſtitutionem pupillarem, quæ ex alia cauſa, id eſt, per ipſius impuberis mortem intercidiſſet.

* * *

ERROR

ERROR X.

De ſubſtituto pupillari, an admittatur viuo impubere qui ſe abſtinuit. Ad l. paterfamilias 28. D. de reb. autor. iudic. poſſidend.

SVMMARIA.

1 *Ex l. paterfamilias 28. D. de reb. aut. iudic. poſſ. confici ſubſtitutionem pupillarem non admitti viuo impubere qui ſe abſtinuit.*

2 *Conditionem vulgaris tacita non exiſtere per abſtentionem filij, cui expreſſim datus fuerat ſubſtitutus pupillaris.*

3 *Nulla eſt ſubſtitutio vulgaris ſine illa conditione*, ſi heres non erit.

4 *Cur ſubſtitutus pupillaris nunquam ex tacita vulgari admitti poſſit filio patri ſuperuiuente quantumuis ſe abſtinente.*

5 *Cur ſubſtitutus vulgaris filio datus ſub ea conditione expreſſa, ſi heres non erit, admittatur ad hereditatem patris filio abſtinente.*

6 *Diſtinctio propoſita lib. 2. Coniect. c. 2. ab autore hic reuocata.*

7 *Verba formulæ pupillaris ſubſtitutionis non ſunt conditionalia.*

8 *Abſurdum quod dimanat expoſitione tacita vulgaris.*

9 *Exponitur l. 4. D. de vulg. ſubſt. ex qua interpretes colligunt ſubſtitutum pupillarem vocatum eſſe tacitè in caſum vulgarem.*

10 *Verba d. l. à Triboniano corrupta eſſe.*

11 *Triboniani mos in iure conſtituendo.*

ATque hæc quidem ſunt meo iudicio quæ contra interpretes noſtros ex vera iuris ratione in quæſtione iſta diſputari poſſunt. Sed parum eſſet fortaſſe rationibus vincere apud eos, qui nihil minùs quàm rationem iuris vel inueſtigare vel curare ſolent. Adferamus aliquem iuris locum quem illi eludere non poſſint. Is eſt
1 elegantiſſimus † & apertiſſimus *in dict. l. paterfamilias. 28. D. de reb. autor. iudic. poſſid.* vbi tractans Iauolenus de filio impubere inſtituto cui pater dederat ſubſtitutum pupillarem, negat expreſſim, debere admitti ſubſtitutum viuo filio etiamſi filius ſe abſtinuerit, ideóque bona patri interim vendi oportere ait, vt creditoribus ſatisfiat. Quod ſi poſt bona per creditores poſſeſſa & vendita, filius impubes moriatur, tunc demum admittit ille ſubſtitutum, & quidem ex ſubſtitutione pupillari, non ex vulgari, quem tamen admittere debuerat iam inde viuo filio, cúmque cogere ſi ſubſtitutionem agnoſceret, vt creditoribus paternis reſponderet: ſi quo vnquam caſu tacita vulgaris aliqua ex pupillari expreſſa induci potuiſſet. Nec eſt contrarium quod idem Iauolenus ſubſtitutum hunc vult teneri paternis creditoribus. Id enim fit, non quia ſubſtitutus hic admittatur ex ea ſubſtitutione, per quam ſuccedatur patri proximè & immediatè, quod non niſi per vulgarem contingit, ſed quoniam ſuccedendo pupillo ex pupillari expreſſa, ceperit in hereditate pupilli hereditatem patris iam ita coniunctam & vnitam vt non niſi vna ſit. Ex hoc enim fieri neceſſe eſt, vt non poſſit ſubſtitutus heres eſſe pupillo quin ſit etiam patri, nec magis æs alienum patris ab ære alieno filij ſeparare quàm hereditatem patris ab hereditate filij, vt ſcriptum eſt *in d. l. paterfamilias, verſic. at cum ſubſtitutus*, & nos ſupra explicauimus. Quod ſi caſus pupillaris trahi poſſet ad vulgarem, non video quænam in ea ſpecie poterit eſſe ratio dubitandi pro ſubſtituto quominùs debuiſſet teneri creditoribus patris à quo fuiſſet, non tantùm per expreſſam pupillarem, ſed etiam per vulgarem tacitam ſubſtitutus. Quo enim iure aut colore vellet ille diuidere iudicium patris in ipſa ſubſtitutione, & repudiata vulgari tacita cuius conditio per abſtentionem filij contigiſſet, ſoli pupillo ſuccedere ex pupillari expreſſa, cuius conditio illa, *ſi heres erit*, per eandem abſtentionem defeciſſe potiùs videretur, ſi ea verba vllam, quod nos iam negauimus, facerent conditionem? Quamquam nec illud concedendum arbitror, quod interpretes pro certo habent, exiſtere † conditio-
2 nem vulgaris tacitæ per abſtentionem filij, cui expreſſim datus fuerat ſubſtitutus pupillaris. Primum quia nec vlla hic ſubeſt conditio, ſi non eam vltro comminiſcamur. Nam ſi ſubſtitutio pupillaris ita concepta, *Filius meus heres eſto, ſi filius meus heres erit, & impubes deceſſerit, Titius heres eſto*, prorſus pura nec vllomodo conditionalis eſſe intelligitur *d. l. qui liberis, in princip.* quis vnquam audit ex verbis putæ diſpoſitionis tacitam conditionem induci? Non ignoro id quod ſub vna conditione datum ſit ſub contraria conditione vel adeemptum, vel tranſlatum intelligi nonnunquam oportere *dict. l. aliquando 107. de condict. & demonſtr. l. ſi legatum 10. D. de adim. legat. l. quod purè. 6. D. quand. dies legat. ced. l. quidam 27. §. 1. D. de condic. inſtitut.* Sed vt qui purè vocatur ad hereditatem pupilli hoc ipſo videatur ſub contraria conditione vocatus ad hereditatem patris, non niſi ridiculè poſſit quis dicere. Quænam enim poteſt conditio eſſe contraria ei quæ prorſus nulla ſit? Denique quia etiamſi verba illa pupillaris ſubſtitutionis, *ſi filius meus heres erit & impubes deceſſerit*, pro conditione eſſent accipienda, quod Vlpian. apertè negat *in d. l. qui liberis*, negarem tamen habendam conditionem pro defecta eo caſu quo filius patri ſuperuixiſſet, & abſtinuiſſet. Semper enim verum eſt filium heredem exitiſſe, ac talem manere quamuis ſe abſtinentem *d. l. cùm quaſi 30. §. ſed etſi ſuus. D. de fideicomm. libert.* Ex eóque nimirum fit, vt quamuis filius qui ſe abſtinuit nullum habeat coheredem à quo teſtamentum ſuſtineatur, non eo minùs tamen ſubſiſtant tabulæ pupillares tanquam confirmato per ſui heredis exiſtentiam paterno teſtamento, quæ tamen corruerent proculdubio ſi patri filius heres non exiſtere intelligetur, non quaſi defecta pupillaris ſubſtitutionis conditione, quæ, vt toties diximus, nulla in propoſito caſu fuit, ſed propterea quod patris teſtamentum confirmatum fuiſſe omnino neceſſe eſt, vt valere poſſint tabulæ pupillares. Quod ſi conditio illa, *ſi heres erit* (licet enim nobis conditionem hanc dicere cum interpretibus quos diſputauimus) non deficit per impuberis abſtentionem, planè conſequens eſt vt contraria conditio, quam interpretes comminiſcuntur vt inducant tacitam vulgarem, *ſi heres non erit*, dici non poſſit extitiſſe. Fieri enim nequit in contrariis adeóque contradictoriis conditionibus, vt earum altera exiſtat quin altera deficiat. Atqui nulla † ſubſtitutio 3
vulgaris eſſe poteſt, ſiue expreſſa ſiue tacita, quæ non neceſſariò habere debeat conditionem illam, vel expreſſam vel tacitam, *ſi heres non erit*, & conſequenter non poteſt vulgari ſubſtitutioni, ſiue expreſſæ, ſiue tacitæ locus fieri quin prius ea conditio ſiue tacita, ſiue expreſſa, fuerit impleta, cum ea ſit natura conditionum omnium ſiue expreſſæ ſint, ſiue tacitæ inſint, vt ſuſpendant actum, eaſque ante omnia impletas eſſe oporteat, *d. l. fall. 97. § ſi ſub conditione. D. ad SC. Trebellian. & tot. tit. de cond. inſtit. & de cond. & demonſtr.* Concludendum igitur eſt ſubſtitutum † impuberi datum ſub 3
expreſſa illa formula, *Si filius heres erit & in pupillari ætate deceſſerit*, nunquam ex tacita vulgari poſſe admitti filio patri ſuperuiuente, quantumuis ſe abſtinente,

nente, siue quòd nulla hîc sit conditio sine qua tamen vulgaris tacita non magis queat esse quàm expressa: siue quòd etiam si qua fuisset conditio tacita, ea tamen defecisset ob hoc solùm, quòd suus & necessarius heres patris superfuisset. Neque pugnat, quod sæpius
5 admisimus † substitutum vulgarem filio datum sub ea conditione expressa, *Si heres non erit*, admitti ad hereditatem patris filio abstinente. Id enim fit, vt nos suo loco docuimus, non ex proprietate verborum, aut ex mera iuris potestate: quasi verum sit, heredem non extitisse filium qui se abstinuit, sed propter voluntatem testatoris, quæ in conditionibus omnibus interpretandis semper spectanda est, & quæ in proposito casu illa fuit, vt filius non tantùm nudo nomine, sed ipso etiam effectu heres esset, qualis proculdubio non est ille qui se abstinet, cùm non impediat quominus defuncti bona sub ipsius defuncti nomine vendi sit necesse. At cùm testator dixit tantùm, *Si filius meus heres erit, & in pupillari ætate decesserit, Titius heres esto*, nulla conditio est, sub qua fuerit substitutus Titius, qui purè substitutus reperitur, *d. l. qui liberis*, ob idque non relinquitur locus quæstioni circa interpretationem eorum verborum, *Si filius heres erit*, & quid pater iis senserit. Voluntatis enim quæstionem inducere posset conditio tantùm: cessante porrò voluntatis quæstione, iuris ratio manifesta est, filium heredem extitisse, qui patri superstes fuit, licèt abstinuerit: & idcircò dicimus pupillarem substitutionem satis hoc ipso confirmatam, quæ facta fuerat in casum acquisitæ hereditatis, vulgarem verò tacitam induci nullam posse: quia implicat contradictionem, vt in eodem casu eadem hereditas, & acquisita, & non acquisita esse intelligatur, quod tamen necessariò euenit, secundùm sententiam illorum qui volunt, impubere abstinente, substitutionem valere, tanquam pupillarem, ad hoc vt impuberi defuncto succedatur, & tamen ex eadem induci tacitam vulgarem, per quam viuo etiam pupillo substitutus pupillaris succedat patri: sic enim diserte Bartolus ad *d. l. 1. num. 39. D. de vulgar. & pupill. subst.* Apertè contra Iauolenum in *d. l. paterfamilias*, ad quam sicut nemo hucusque fuit qui responderit, ita nec post-
6 hac erit qui respondere possit. Nam quod nos ipsi † communem errorem secuti aliquando putabamus, separandam esse pupillarem substitutionem ita factam, *Si filius heres erit, & impubes decesserit*, ab illa quæ nullo casu expresso simpliciter sic concepta sit, *Si filius meus impubes decesserit*, de qua in *d. l. paterfamilias*, (sic enim scripsimus libro 2. Coniect. cap. 2.) subtile quidem videri potuit, sed non satis verum. Certè nobis nunc non probatur, quia nihil omnino interest, vtrum hoc vel illo modo concepta sit substitutio, vt videri debeat pupillaris, vtque viuo pupillo substitutus admitti prohibeatur. Cùm substitutio pupillaris non nisi mortuo filio locum habere possit, absurdúmque fuerit ex testamento filij, quod tribus illis verbis constat *Titius heres esto*, & quidem tanquam ab ipso impubere, non à patre prolatis, induci substitutum vulgarem qui patri succedat, & qui proinde à filio ipso datus patri videatur. Imo verò si quod res est fateri volumus, longè difficilius est, vt viuo pupillo admittatur is qui ita substitutus fuit, *Si filius meus heres erit, & in pupillari ætate decesserit*, quàm qui simpliciter hoc modo, *Si filius impubes decesserit*. Priore namque casu vtraque pars formulæ viuo filio facit contra substitutum, quia verum est & filium heredem esse post abstentionem quoque, nec adhuc eum decessisse, posteriore verò casu, res tantùm vna est, quæ obstat substituto, quòd adhuc filius viuat, quia nec aliud quidquam in formula expressum fuit. Magis autem obstat duplex impedimentum, quàm quod vnum est. Fefellit nos iuniores, necdum satis ad istam iuris artem eruditos,
7 quòd cùm vulgo interpretum verba illa † formulæ pupillaris substitutionis sic accipiebamus quasi pupillarem substitutionem facerent conditionalem, perinde atque illa, *si heres non erit*, quæ in vulgari substitutione necessario sunt exprimenda, faciunt conditionem, sed nos in contrarium nunc mouet præter iuris rationem manifestam autoritas etiam Vlpiani *in d. l. qui liberis*, quódque non quemadmodum pater faciens tibi testamentum, filio quoque facere voluisse credendus est, quoniam & potuit, ita è contrario faciens filio, videri debeat fecisse & sibi. Ne alioqui paulatim dici incipiat sicuti pater filio testamentum facere potest, ita & vice versa filium posse facere testamentum patri. Illa namque verba, *Titius heres esto*, quibus pupillarem substitutionem, pupillique testamentum concludi diximus, vel negandum est pupillare testamentum esse, vel fatendum eodem modo & iure accipienda esse quasi à filio ipso prolata essent non à patre. Quo admisso si dicamus tacitam † vulgarem ex iis verbis induci posse, con- 8
sequens statim fiet absurdum illud, vt tacitus iste vulgaris substitutus, datus patri videatur à filio, cui ipse pater dederat pupillarem. Interpretes fefellit vnicus iuris nostri locus. Is † est *in d. l. 4. D. de vulg. & pupill. substit.* Primum in illis verbis, *Vt cùm pater impuberi* 9
filio in alterum casum substituit. Sumunt enim *alterum* pro *alterutrum*, quod Grammatici nunquam admitterent. Alterum enim dixit Modestinus pro primo, *vt in l. heredes mei. 57. §. cùm ita. D. ad SC. Trebell. defuncto altero superstitibus liberis*, id est, *defuncto primo*. Itaque nihil significat, nisi illud ipsum quod apertioribus verbis expressit Imperator *in l. quamuis 4. C. de impub. & aliis substitut.* substitutionem factam in casum vulgarem trahi ad pupillarem. Deinde mouentur ex illis verbis *dict. l. 4. Hoc itaque casu singulis separatim pater substituere debebit, vt si pubes heres non extiterit, impubes substituatur, si autem impubes heres extiterit, & intra pubertatem decesserit, pubes frater in portionem coheredis substituatur, quo casu in vtrumque euentum substitutus videbitur.* Hæc enim postrema † verba sunt, quæ ma- 10
nifestè probare videntur substitutionem factam in casum pupillarem expressum trahi posse ad vulgarem. Verùm præter id quod alio iam (ni fallimur) loco indicauimus, totam illam postremam legis partem, nobis suspectam videri, dignioremque vacillantis ac titubantis Triboniani inscitia, quàm Modestini peritis, saltem ab illis verbis, *Vt si pubes, &c.* Responderi etiam potest speciem hanc habere speciale rationem propter quam faciliùs permittendum sit, vt casus pupillaris vulgarem quasi implicitè continere videatur, nimirum propter substitutionem vulgarem fratri puberi expressim factam. Quænam enim causa est, cur credendus sit pater filio puberi vulgariter impuberem substituere voluisse, impuberi verò puberem noluisse, quem substituit, quod multo plus est, etiam pupillariter? ac si pater ita scripsisset, *Filio meo puberi substituo impuberem vulgariter, impuberi verò puberem etiam pupillariter*, aut, *& viciſſim*, aut, *eo amplius* quomodo loquitur Iustinianus *in tit. de pupill. substit.* Dicendum potiùs esset omissam per errorem fuisse mutuam vulgarem substitutionem, vt in specie non valde dissimili, de qua extat eiusdem Marci Imperatoris rescriptum à Papiniano relatum *in l. cum proponebatur 64. D. de legat. 2.* Etsi enim eo loco suppletur ab Imperatore substitutio fideicommissaria, quæ faciliùs suppleri potest ex coniecturis quàm vulgaris, quæ est directa. In proposita tamen specie hoc plus est quàm in illa quod hîc fuerat expressa mutua substitutio, directa vtraque, sed vna vulgaris, alia pupillaris, quæ licèt ipsa nec vulgaris sit nec vulgarem continere soleat, facilè tamen potest includere vulgarem, cùm ex alia parte iam adest vulgaris. Sunt enim fauorabiles mutuæ omnes & reciprocæ dispositiones, *l. si pater puellæ. 12. C. de inoff. testam.* faciléque mutuam sibi præbent interpretationem, quàtum res ipsa ferre potest.

Præsertim

Præſertim cùm ponamus fratrem puberem impuberi ſubſtitutum, non in hereditate ipſius impuberis, ſed in ea nominatim portione, quam habuit quaſi coheres, quæ formula magis conuenit vulgari ſubſtitutioni, *leg. coheredi* 41. *§.vlt.D.de vulg.& pupill.ſubſtit.* Atque ita eſſe vt in hac ſpecie propter ſubſtitutionem factam puberi mutetur natura pupillaris ſubſtitutionis factæ impuberi, ex eo apparet clariſſimè quod ſubiungitur, *re ſi vulgari modo impuberi quoque ſubſtituat voluntatis quæſtionem relinquat vtrum de vna vulgari tantummodo ſubſtitutione in vtriuſque perſona ſenſiſſe intelligatur.* Quis enim dubitationi locus eſſet poſt illam Marci conſtitutionem, quin ſubſtituendo impuberi in caſum vulgarem tantùm, nihilominus videretur in vtrumque ſubſtituiſſe, *d. l.4. C.eod.* niſi dubitationem illam faceret ſubſtitutio iſta vulgaris priùs facta puberi, quaſi credendus eſſet pater vtrique filio ſubſtitutionis genere ſubſtituere voluiſſe? Quanquam videtur mihi ratio hæc dubitandi ſatis leuis. Nam cùm ſeparatim ſubſtitutum eſt puberi & impuberi, licèt eiſdem verbis, nihil erat aſſam fieri interpretationem in perſona impuberis, propter Marci conſtitutionem. Actum demùm interpretatio hæc abſurda videri debet, cùm inuicem ſubſtituti ſunt verbo illo communi, *eoſque inuicem ſubſtituo.* Inde capio non leuem coniecturam, quòd cum locum Tribonianus corruperit, cui familiare eſt † idem ius conſtituere, etiam vbi ratio prorſus diuerſa eſt. Sicut & ſolet ille allegato remedio aliquo, quod vel falſum vel minùs tutum videat, confugere ad aliud, & tandem ſpecialem voluntatem requirere vbi poſſit ſufficere ratio iuris: quod & hîc ab eo factum eſt in poſtremis illis verbis, *vel certè euitandæ quæſtionis gratia ſpecialiter in vtrumque caſum impuberi ſubſtituat fratrem.* Quænam enim quæſtio poterat occurrere an ſubſtitutio pupillaris expreſſim facta impuberi contineret vulgarem tacitam, ſi qua vnquam eſſet tacita vulgaris ex D. Marci conſtitutione. An fortè ſubſtitutio vulgaris facta puberi faciebat, vt eo minùs videretur pubes impuberi vulgariter ſubſtitutus, ſicut faceret, vt ſubſtitutus vulgariter non poſſet videri ſubſtitutus pupillariter? Imò potius vt eo magis. Ergo vel ex eo loco, ſi Modeſtini ſit, maximè probatur taciram vulgarem nullam eſſe. Optimam autem tot remediorum adhibendorum occaſionem Triboniano dedit interpretio legis, quæ eſt ex Modeſtini libro ſingulari de Enematicis. Sanè caſum illum eſſe ſingularem, nec tam facilè & generaliter trahendum ad conſequentias, oſtendunt illa ipſa verba *quo caſu in vtrumque euentum ſubſtitutus videbitur.* Pro quibus tamen potius ſcribendum erat, *qua formula in vtrumque caſum*, quomodo Modeſt. in præcedentibus locutus fuerat. Sed hoc quoque Triboniano familiare eſt cum prudentum reſponſa corrumpit, vt verba illa vſurpet *in hoc caſu. in precedenti caſu*, quod certè in hac ſpecie facere non debuerat, in qua tractabat Modeſtinus de caſu, non pro ſpecie, ſed pro euentu. Tribonianum verò hic eodem errore lapſum eſſe, quo cæteros interpretes, non miror. Nam & ipſum habeo pro interprete, non pro iuris autore. Imò & pro interprete malo potiùs quàm bono.

11

ANTONII FABRI IC.

Decas Trigeſimatertia.

ERROR PRIMVS.

De confirmatione paterni teſtamenti ex vulgari ſubſtitutione, quam interpretes tacitam vocant.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio à Bartolo propoſita an teſtamentum poſſit confirmari ex tacita vulgari ſubſtitutione.*
2 *Sententia Bartoli affirmatiuam tuentis.*
3 *Ratio qua Bartolum mouit.*
4 *Vitium rationis Bartoli, & ipſius Bartoli effugium.*
5 *Bartoli replicatio reprobatur.*
6 *Fideicommiſſaria ſubſtitutio vulgarem nullam continere poteſt.*
7 *Pupillaris ſubſtitutio qua in vulgari continetur malè dicitur tacita.*
8 *Subſtitutionis vulgaris & fideicommiſſaria differentia.*
9 *Formula vulgaris ſubſtitutionis quî differat à formula pupillaris.*
10 *Exponitur l.13 §.vlt.D.de milit.teſt.*
11 *In ſpecie d.l.§. vlt.cur admittatur fideicommiſſarius in caſum non exiſtentium heredum.*
12 *L. Antoninus 42.D.de fideic.libert. Bart.ſententiam non adſtruere.*
13 *Reſponſum Iuliani in l. ſi paterfamilias 26. D. de vulgari & pupillari ſubſtitutione Bartolo non fauere.*
14 *Non quanis ſubſtitutio facta pupillo cenſenda eſt facta in caſum pupillarem aduerſus Bart.*
15 *Subſtitutio quanis impuberi facta etiam in caſum vulgarem trahitur ad pupillarem poſt D. Marci conſtitutionem.*
16 *Prudentius facit pater qui filio ſubſtituit vulgariter, quàm qui pupillariter tantum.*
17 *Ratio Angeli pro Bartoli opinione refertur & refellitur.*
18 *Bartoli ſententia impugnatur ex l. apud Iulianum 11.§.idem Iulianus ad SC.Treb. & effugia Bartoli precluduntur.*
19 *Reſponſiones diuerſorum pro Bart. ad d. l. apud Iulianum diluuntur.*
20 *Alij iuris loci ex quibus quidam autumant Bartoli ſententiam conuelli, reiiciuntur.*
21 *Argumentum firmiſſimum aduerſus Bartoli aſſertionem.*
22 *Limitationem Bartolinæ regulæ promulgata, expreſſo vitiato, tacitum quoque vitiatur, Bartolum non iuuare.*
23 *Sententia Goueani de vulgari tacita.*

VOd proximis duobus capitibus Decadis ſuperioris à nobis probatum eſt illam vulgarem ſubſtitutionem, quam interpretes noſtri per nimiam iuris imperitiam commenti ſunt prudentibus incognitam fuiſſe: poſſet ſufficere

ficere ad profligandas vno agmine quæstiones illas quas congerit Bart. ad *l.* 1. *num.* 30. *& seqq. D. de vulg. & pupill. substit.* omnes ad huiusmodi tacitam vulgarem pertinentes. Quid enim tractari possit de tacita vulgari quæ sit nulla? Sed tamen & tanti viri & tam inueterati erroris autoritas cogit nos, vt de iis quæstionibus, non quidem singulis, sed quæ digniores maiorisque momenti videbuntur diligentiùs disseramus.

1 Inter eas prima † ac ferè præcipua hæc est. An testamentum possit assumere vires à tacita vulgari, an verò requiratur aditio in primo gradu. Sic enim Bart. quæstionem proponit. Et post relatas varias aliorum opi-

2 niones, concludit † pupillarem quidem substitutionem requirere aditionem hereditatis, sed tamen vulgarem tacitam, quæ sub ea contineatur, non similiter aditionem requirere, posseque ab ea impedire testamentum. Mouetur ex vnico iuris loco quo suam hanc sententiam apertissimè probari contendit. Is est apud Vl-

3 pianum in *l. neque enim aliàs, l. idem est.* 13. §. *vlt. D. de testam. milit.* vbi refert Vlpian. cùm miles in testamento suo seruo libertatem dedisset, eidémque & à primo & à secundo herede per fideicommissum hereditatem reliquisset, quamuis primus & secundus heres decessissent, priùs quàm adissent hereditatem, rescripsisse tamen Imperatorem Antoninum cum Diuo Seuero, militem intestati exitum facere non debere, sed perinde habendum esse ac si eidem seruo, libertas simul & hereditas directò data esset, quòd vtramque ad eum peruenire testatorem voluisse, negari non posset. Sic autem Bartolus textum hunc inducit, quasi sub expressa fideicommissaria contineatur tacita vulgaris, quæ tamen non requirat aditionem quam fideicommissaria expressa requireret, *leg. ille à quo* 13. §. *si de testam. D. ad SC. Trebell.* In qua ratiocinatione supponendum est. Non minore priuilegio dignam esse tacitam vulgarem, quæ in pupillari expressa continetur, quàm quæ in fideicommissaria, cùm vtraque sit tacita, & ea quæ continetur in pupillari (vt aliquid addamus pro Bartolo) vel ob hoc maximè videatur, potentior esse deberet, quod pupillaris, in qua continetur, directa est, non vt fideicommissaria obliqua & precaria. Est enim faciliùs vt quæ iam directa, quàm vt quæ obliqua est, aliam directam pariat. Verùm quia videt Bertol. illud

4 statim occurrere quod ad hanc obiectionem † respondere quis possit, casum illum Vlpiani esse specialem, quod nec ipse potest negare, replicat subtiliter, si Diis placet, esse quidem hoc speciale, vt substitutio fideicommissaria trahatur ad directam, sed non id etiam vt tacita illa vulgaris confirmet ex se testamentum. In hoc enim, inquit, non est speciale, sed ius commune. Ego

5 verò hanc Bartoli subtilitatem † satis mirari non possum, & qua ratione seiungat ille duo ista, vt fideicommissaria substitutio conuertatur in directam, & vt militis testamentum confirmetur. Nihil enim sanè est quod in ea specie militis testamentum confirmet, nisi quod ex eo adiri hereditas potest. Vt verò adiri ex eo testamento hereditas possit, non aliunde fit, quàm ex eo quod fideicommissaria substitutio commutetur in directam. Nam si seruus ille & libertatem & hereditatem directam accepisset, putà si testator eum substituto substituisset, non dubitaretur quin defunctis instituto & primo substituto ante aditam hereditatem, potuisset ipse & debuisset iure communi liber & heres esse, adeóque illo etiam casu quo testator fuisset non soluendo, & in fraudem creditorum dedisset libertatem, *l. potest.* 56. *D. de vulgari & pupillari substitutione.* Quomodo igitur fieri potest vt speciale sit quod fideicommissaria libertas trahatur ad directam, nec tamen speciale sit quod testamentum sustineatur? Præsertim verò cùm speciale illud, quòd fatetur Bartolus ex eo probet esse tale, quod alibi quàm in casu illius legis non reperitur, fideicommissariam substitutionem trahi ad directam. Quæro enim à Bartolo an alius iuris locus sit quo probare possit testamentum ex vulgari tacita confirmari, siue in fideicommissaria, siue in pupillari expressa contineatur. Nam si alius iuris locus est, cur eum non protulit? Sin nullus est, vnde potest colligere ius commune quod nec ratione vlla nitatur, nec lege? At neque video quam vulgarem tacitam hîc comminiscatur. Tacita enim vulgaris, si qua esset, ea dici deberet, quæ vel in expressa aliqua contineretur, vel ex ea, quæ expressa esset, induceretur, quorum neutrum in proposito dici potest. Nam cùm fideicommissaria † 6 substitutio fiat in casum agnitæ hereditatis, nec aliter fieri possit, vulgarem continere nullam potest, siue ad vim verborum respicias, siue ad voluntatem testatoris. Vt neque pupillarem vllam tacitam contineret vulgaris, si constitutio Diui Marci in eam rem facta non esset, propter eandem, nimirum rationem, quòd neque formula substitutionis vulgaris etiam impuberi factæ, neque voluntas testatoris eam interpretationem pati possit, cùm vulgaris substitutio fiat in casum non acquisitæ hereditatis, pupillaris verò in casum acquisitæ. Qua ratione summopere mihi semper placuit † 7 quod Antonius Goueanus primus docuit, pupillarem illam, quæ ex Marci constitutione in vulgari contineretur, malè vulgò ab interpretibus dici tacitam, potiúsque à lege subintellectam dicendam esse. An igitur & in ea specie quæ tractatur *in §. vltim. dict. leg.* neque dicemus aliquam esse vulgarem à lege subintellectam? Ne hoc quidem. Nec enim vlla lex est quæ dicat libertatem fideicommissariam in casum agnitæ hereditatis relictam, in alterum quoque casum hereditatis non agnitæ directò datam videri oportere. Essétque ea lex multò mirabilior, ne dicam à iuris ratione alienior, quam constitutio Diui Marci, quia cum vulgaris casus trahitur ad pupillarem, trahitur ad similem in eo quod vterque est casus directæ substitutionis. At cùm fideicommissarius trahitur ad vulgarem, trahitur ad similem, quia casus fideicommissi est obliquus, vulgaris verò directus. Indéque fit, quòd verba fideicommissi multò inepriora sint, imo nullomodo apta ad substitutionem vulgarem comprehendendam, quia substitutio vulgaris † alia requirit verba, nimirum quæ sint im- 8 perativa & directa, & quidem ad substitutum ipsum directa, fideicommissaria verò substitutio requirit verba quæ sint obliqua & precatiua, vt loquitur Vlpianus *in fi. De leg.* Et quæ testator ad heredem rogatum potiùs quàm ad fideicommissarium direxerit, quanquam postremum hoc minùs necessarium est, *leg. miles ad seruum. 75. cum pater leg. 77. §. donationis, de legat. 2.* Proinde non magis fieri potest vt verba fideicommissi subseruiant vulgari substitutioni, quàm vt eadem verba sint, & directa & precaria cuiusmodi nulla esse contra eosdem interpretes nostros, qui tam multa communia esse volunt, nos iam probauimus, *libro* 14. *Coniectur.* At nihil prohibet quo minùs verba pupillaris substitutionis aptari possint vulgari, vel contra, si nihil nisi verborum diuersitatem inspicias: quia non solum similia sunt, sed etiam prorsus eadem verba dispositiua quibus vtraque substitutio perficitur, illa nimirum *Titium heres esto*, nec in alio differt formula † vulgaris 9 substitutionis à formula pupillaris: nisi quod in vulgari necesse est præcedere conditionem illam, *Si heres scriptus heres non erit:* In pupillari verò vel nulla conditio præcedit, vel alia quam illa: cùm ea verba quæ solent præcedere, *Si filius heres erit, & impubes decesserit,* non faciant conditionem nisi hactenus, vt appareat nullam filio suo adhuc viuenti siue post pubertatem defuncto factam esse substitutionem, vt ostendimus in præcedentibus. Absurdum igitur est dicere in ea specie † quam Vlpianus tractat, *in d. §. vlt. l.* 15. *De milit. test.* 10

aliquam esse tacitam vulgarem cùm fuerit expresè fideicommissaria. Tanto magis quod hereditas seruo per fideicommissum relicta proponebatur non tantùm ab instituto, sed etiam à substituto vulgari, vt proinde quandiu substitutus exclusus non esset, hereditas seruo acquiri nullo modo posset iure directo. Substitutum enim testator fideicommissario prætulerat in eum casum quo institutus heres esse, vel nollet, vel non posset. Atqui si expressa illa fideicommissaria tacitam aliquam vulgarem contineret, dicendum esse vtuo quoque necdum repudiante substituto admittendum fideicommissarium ex vulgari tacita post mortem aut repudiationem instituti, & quidem, vel solùm vel saltem cum ipso substituto, qui æquè secundo gradu substitutus reperietur, quod tamen quàm falsum & ridiculum sit ex eo intelligimus quod Vlpianus, non nisi heredibus omnibus ante additionem defunctis fideicommissario locum facit. Nec sanè posset ille cum substituto concurrere, quin fieret contra voluntatem, si substitutus non haberet totam hereditatem quam ei testator totam post institutum dedisset, vt in simili ratiocinatur Papinianus *in leg. verbis similibus. 7. De vulgar. & pupill. substitutione.* At, inquies, pro Bartolo ad-
11 mittitur apud Vlpianum fideicommissarius † in casum non existentium heredum. Ergo ex tacita vulgari. Respondeo admitti quidem, sed non alio iure quàm ex autoritate rescripti Imperatorum quibus visum ita constituendum ex æquitate potiùs, quàm ex aliqua iuris ratione, propter concurrentem in ea specie duplicem fauorem, & libertatis, & militiæ. Item eo, quòd libertas eidem seruo, non per fideicommissum, sed directò data proponebatur quoque non alteretur tantum gradus heredum sed vterque fideicommisso hereditatis grauatus erat, vt de enixa militis voluntate appareret in danda seruo non tantùm directa, sed etiam hereditate sua quanquam per fideicommissum potiùs quàm directo, si quis fideicommisso locus esse posset. Quare si qua vel minima ex circunstantiis istis deficeret, dicerem sanè, tam nouo & extraordinario rescripto locum nullum fore debere, propter eas rationes quæ pluribus à nobis expositæ sunt *lib. 10. Coniect. cap. 23.* Quod
12 apertissimè sentit † & Mæcianus *in leg. Antoninus. 42. De fideicomm. libert.* vbi hoc ipsum Antonini rescriptum refert, eiusque rationem non aliam fuisse, quàm vt Imperator militum suorum per omnia ratam faceret suprematn voluntatem, vt intélligamus non tam libertatis quàm militiæ fauore causam dedisse rescripto, quamuis fauorem quoque libertatis concurrere fuerit necesse. Itaque, inquit, eorum qui à pagano libertatem, & hereditatem per fideicommissum acceperant, cùm æquè in continenti & institutus & substitutus decessissent, satis habuit Imperator confirmare libertatem. Quis ergo iam neget hoc ius esse speciale, ac tamen non erubuit Alexander dicere solemnem textum esse *in dict. leg. Antoninus* pro tuenda Bartoli opinione. Quasi verò confirmetur in ea specie testamentum per tacitam vulgarem, ac non potiùs per rescriptum Imperatoris, ad nihil minùs quàm ad vulgarem illam tacitam respicientis. Et sanè si nihil aliud fecisset in ea specie nisi quod vulgarem tacitam induxisset, ea res patum seruo profuisset ad consequendam vel libertatem vel hereditatem. Et namque constitutioni illud tantum consequens fuisset, vt seruus cui in casu agnitæ hereditatis libertas, & hereditas per fideicommissum data esset, in casum quoque vulgarem, id est, non agnitæ hereditatis, idem fideicommissum petere posset, tracto scilicet casu fideicommissi ad casum vulgarem. Quæ tamen constitutio sic concepta, prorsus ridicula esset ac inanis. A quo enim posset fideicommissum peti non agnita hereditate. Necesse igitur fuit non tacitam vllam vulgarem inducere ex qua posset peti hereditas fideicommissaria, sed hereditatem fideicommissariam conuertere in directam, & seruum hunc quem testator fideicommissarium duntaxat fecisset habere pro herede verbis substituto & consequenter, quod magis est, pro necessario herede vt esset etiam inuitus heres militi, quod neque prudentum interpretatione fieri vnquam potuisset, neque vllius alterius quàm Imperatoris autoritate. Tantum abest vt in eo fideicommissario qui necessarius existere non potuisset, idem rescripturus fuerit Imperator, tacitamque vulgarem inducturus ad hoc duntaxat vt posset ille, si vellet, adire hereditatem ex testamento tanquam institutus, ad confirmandum testamentum. Sic enim rescribendum & constituendum fuerat vt esset illa vulgaris tacita similis ei quam Bartolus deducit ex pupillari expressa ad confirmandum patris testamentum primùm, deinde pupillare. Sunt enim qui pro Bartolo
13 afferant responsum † Iuliani *in l. si pater filium 26. de vulgar. & pupill. substit.* in postremis illis verbis, *post mortem autem fratris vino patre natus solus heres patri suo existit*, quasi hoc sibi velit Iulianus, filium posthumum fratri impuberi per pupillarem expressam substitutum, si impubes vino patre decesserit, vt iam pupillari substitutioni locus esse non possit, nihilominus patri succedere posse ex tacita vulgari. Sed leuis obiectio est non obid solùm quod Iulianus de eo substituto loquitur, qui & suus & necessarius heres sit, ac proinde quo siue instituto, siue substituto viuóque fieri non potest vt patris testamentum destituatur. Sed etiam quia in illa specie substitutio in casum vulgarem expressim facta fuerat, quomodo & fieri vulgo solebat præsertim post Diui Marci constitutionem non in pupillarem, vt verba illa legis probant, *Et ei substituerit*, quæ, fatendum est, exprimere, vel casum vulgarem duntaxat, vel certè vulgarem non minùs quàm pupillarem, quomodo etiam accipi debet *leg. penultima. D. de inspic. ventr.* qua similiter video passim abuti Bartolum vt probet pupillarem substitutum posse patri succedere ex tacita vulgari. In eo errans perpetuo quod
14 datum pupillo substitutum † ponit datum esse in casum pupillarem. Nec enim bona est consecutio, vt substitutio quælibet facta pupillo dici debeat facta in casum pupillarem, cui pupillis vt & aliis omnibus possit substitui etiam in casum vulgarem, quamuis verum sit
15 substitutionem † quamlibet impuberi factam etiam in casum vulgarem trahi ad pupillarem post constitutionem Diui Marci, nisi cùm apparet de contraria testatoris voluntate. Quinimò longè prudentiùs †
16 facit pater qui filio suo impuberi substituit in casum vulgarem duntaxat, quàm qui substituit in pupillarem tantùm, quia qui substituit in vulgarem & sibi & filio heredem constituit, sibi quidem in omnem casum, siue viuo se, siue mortuo, filius moriatur, filio verò in eum casum, quo heredem habere possit, id est, si patri superuixerit, & postea impubes decesserit. Qui vero substituit filio in casum pupillarem tantùm, filio dat quidem heredem in eum casum quo heredem habere possit, hoc est, quo & impubes & post patrem moriatur, sed sibi nullum heredem parat in eum casum quo se viuo filius moriatur. Quanquam omnium prudentissimè facit qui pupillo vel simpliciter substituit nullo casu expresso, vel vtroque casu expresso, ex consilio Modestini, *in d. l. 4. in fin. de vulgar. & pupill. substitut.* Alij vt ratione †
17 magis quàm legum autoritate agere videantur, hanc pro Bartolo rationem adferunt quod facta expressione pupillaris substitutionis verisimile sit testatorem, si cogitasset fore vt pupillus repudiaret, substituturum vulgariter eum, quem substituit in casum pupillarem: Sic enim Angelus quem Imola refert *ad d. l. 1. De vulg. & pup. subst.* Imperitè pupillo nãque instituto non potest tractari de repudiatione, cùm sit ille patri heres & suus & necessarius.

neceſſarius, ſiue vulgarem ſubſtitutum habeat, ſiue pupillarem quamuis poſſit ſe abſtinere, vt probauimus Decade præcedente. Proinde non eſt quod laboremus in tacita vulgari inducenda ad dandum heredem patri qui non eſt ſine herede, aut ad confirmandas tabulas pupillares, quæ per nudam ſui heredis exiſtentiam ſatis ſuperque ſunt confirmatæ. Sed poſſet ea ratio Angeli, ſi vera eſſet, locum habere in eo caſu quo filius impubes viuo patre deceſſiſſet. Tunc enim non pupillaris tantùm ſubſtitutio corrueret, ſed ipſum quoque patris teſtamentum, præmortuo ſcilicet eo, qui ſolus heres inſtitutus eſſet. Sed tamen ne ratio hæc bona eſſe poſſit, illud in cauſa eſt, quod ſubſtitutus vulgaris non ſit niſi per verba in eam rem expreſſa, & quæ conditionem illam expreſſam habeant *ſi primo gradu ſcriptus heres non erit*, quæ conditio vbi expreſſa non eſt, ſuppleri nunquam poteſt, multo minus videri tacitè contenta in formula illa pupillaris ſubſtitutionis, *ſi heres erit filius, & in pupillari ætate deceſſerit*, quia, vt iam toties inculcauimus, ea formula non portit conditionem in pupillari ſubſtitutione, ex qua proinde, cùm pura ſit, nulla conditio induci poteſt. Nec ſimile eſt quod è contrario ex formula illa vulgaris ſubſtitutionis, *ſi filius meus heres non erit, Titius heres eſto*, inducimus tacitam pupillarem, & ſupplemus eam conditionem pupillaris ſubſtitutionis, *ſi filius heres erit & impubes deceſſerit*. Nam imò verò conditionem nullam ſupplemus cùm ita facta ſubſtitutio ſit pura, non conditionalis, & quando ſubſtitutionem vulgarem trahimus ad pupillarem, nihil aliud facimus niſi quod vulgaris ſubſtitutionis conditionem tollimus, vt qui iam heres patris eſſe non poteſt, ſit putè heres pupilli, quandocunque ante pubertatem decedentis. Facilius autem eſt vt ex conditionali inſtitutione faciamus puram quod ſit ſublata tantùm conditione, quàm vt ex pura faciamus conditionalem, quod fieri non poteſt niſi adiecta conditione, quam portò alius præter teſtatorem nemo adiicere poteſt, & quæ tamen ſupplenda neceſſariò eſſet, vt ex pupillari expreſſa, poſſet induci tacita vulgaris. Hanc verò Bar-
18 toli ſententiam, † præter ea quæ iam diximus conuincere apertè videtur Iuliani reſponſum, ab Vlpiano relatum & probatum *in lege apud Iulianum.* 11. §. *idem Iulianus ad Senatuſconſultum Trebellianum.* Nam ſi quis habens filium impuberem, duos inſtituerit heredes, eoſdémque ſubſtituerit filio, reſpondit Iulianus, nemine volente adire hereditatem, neque patris, neque filij, ſufficere ei qui fideicommiſſum in ſecundis tabulis accepit vnum ex heredibus inſtitutis cogere adire patris hereditatem. Hoc enim facto, inquit, confirmatiſque patris tabulis, poterunt ambo cogi adire ac retinere pupilli hereditatem. Quid verò eſſet neceſſe, cogi vnum ex inſtitutis iſdemque filio ſubſtitutis adire ex inſtitutione, ac rurſum poſtea ambos ex ſubſtitutione, ſi à vulgari tacita & à ſubſtitutionis gradu hiscere teſtamentum poſſet? Nec poſſis bene reſpondere quod reſpondet Bart. requiri eo loco aditionem ad confirmandam pupillarem ſubſtitutionem potius quàm tacitam vulgarem: quoniam licèt loquatur Iulianus de ſecundis tabulis, tamen requirit aditionem principaliter ad confirmandas tabulas patris, quòd iis confirmatis pupillares quoque per conſequentiam reperiantur, non vti ne ſit neceſſaria ex iis aditio hereditatis pupillaris, ſed vt ſequi poſſit, idque probant verba illa, *confirmatiſque patris tabulis*. Et quod addit Bartol. reſtringendum reſponſum illud ad eum pupillum, qui habeat bona materna, vel alia poſt mortem patris acquiſita, nimis improbabile & planè commenticium eſt, ſi de pupillo herede inſtituto, vt Bartolus
19 & omnes intelligunt, accipiatur. Nec probabilius † eſt quod alij reſpondent, in ea ſpecie coheredes pupilli fuiſſe ipſi ſubſtitutos, ideóque ceſſare vulgarem tacitam, quæ alioqui ex pupillari expreſſa inducereture, ob aliam tacitam quæ ex coheredis datione induatur, *argum. leg. ſi Titio & Mævio* 61. §. *Iulianus, de legat* 2. *& leg. quia tacita* 25. *D. de hereditat. inſtitut.* Nam quod coheres, coheredi tacitè ſubſtitutus dicitur ad ius accreſcendi pertinet, cui portio nunquam locus eſt, niſi adita ſit hereditas ab eo, qui velit adcreſcere ſibi deficientem portionem, cùm portio non perſonæ adcreſcat, ſed portioni velut alluuio, *l. ſi Titio* 33 *in fin. D. de vſufruct.* At nos de ea tacita vulgari tractamus, ex qua poſſit quis ſuccedere patri nullum adhuc heredem habenti. Subtilibus nonnulli reſpondent, in caſu Iuliani locum non eſſe vulgari ſubſtitutioni, quia non erat ſublata ſui heredis exiſtentia, quod ad tranſmiſſionem per datione coheredis quantumlibet extranei, vt contra Bart. probant illi *ex l.* 3. *C. de iur. deliber.* Nam & hoc ipſum nos defendimus *in Error.* 8. *Decad.* 31. Sed omnium iſtorum, etiam qui Bartolum reprehendunt, idem error eſt qui Bartoli, quod putant apud Iulianum tractari de impubere inſtituto, ſuiſque ſubſtitutis coherede dato, cùm tamen ponendum ſit filium fuiſſe exheredatum, vt probauimus ſupra dicto loco *ex l. ita tamen* 27. §. *à patre. verſic. quod ſi duo*, vbi extat ea ipſa Iuliani ſententia. Etenim à ſubſtituto quoque exheredati fideicommiſſum relinqui poſſe conſtat, adeóque ab exheredati herede legitimo, quoties is patri quoque heres fuit, *l. planè ſi filium* 94. iunct. *l. ab exheredati.* 126. *de legat.* 1. Itaque ne mala fide cum Bartolo agere videamur, concedamus, quod res eſt, ex illo Iuliani reſponſo errorem hunc Bartoli impugnari non poſſe. Nullúſne igitur iuris locus erit quo apertiſſime refellatur? Sunt, † inquies, omnes ij quibus 20
ſcriptum eſt, non adita patris hereditate corruere tabulas pupillares. *leg.* 2. §. *adeò. leg. ſed ſi plures.* 10. §. *ſi ex aſſe. D. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* Nec enim corruerent ſi ſubſtitutus pupillaris admitti poſſet ex tacita vulgari. Verùm ne iſti quidem loci ad rem faciunt. Pertinent namque ad eum caſum quo pupillus fuerit exheredatus, aut ante patrem defunctus, cùm ſi eſſet inſtitutus & ſuperſtes quantumuis abſtineret, non alia tamen confirmatione indigerent tabulæ, quàm quæ ex ſui heredis exiſtentia induceretur. Cùm verò filius exheredatus eſt, nemo dixerit vllam eſſe tacitam vulgarem, quia neque expreſsè poſſit pater, niſi valde ineptè, filio quem exheredauit ſubſtituere ſub ea conditione, *ſi is heres non erit*, non magis quàm exheredare eum, qui filius non eſſet, *leg. quidam cùm filium* 12. *de verb. obligat.* Sed tamen quid ſi impubes cui pater ſubſtituit in caſum pupillarem inſtitutus quidem eſſet, at ante patrem defunctus? Cur non hoc ſaltem caſu, nullam in pupillari expreſſa vulgarem tacitam contineri, bene probabimus ex eo quod paterno teſtamento corruente pupillares quoque tabulas corruere ſit neceſſe? Atqui reſpondebit Bartolus imo futurum vt non corruant, ſubſtituto ſcilicet pupillari, qui per pupillarem admitti non poteſt ex tacita vulgari adeunte. Vrgeamus ergo Bartolum † ne quà poſſit effugere, ex alia 21
illa iuris regula quæ habet, ex pupillari teſtamento paternum, neque ex patre, neque in totum confirmari poſſe, *leg. ex pupillari* 44. *eodem titulo.* Nam cùm pupillaris ſubſtitutio ſit pars & acceſſio paterni teſtamenti, *leg. penultima. D. de teſtam. quemadmodum aper.* non minùs abſurdum eſt, dicere confirmari poſſe teſtamentum patris, ex vulgari tacita quæ contineatur in pupillari, quàm ſi quis diceret in codicillis teſtamento confirmatis hereditatem dari poſſe, quod Papinianus *in leg. quod per manus.* 10. *D. de iur. codicillar.* Vtroque enim caſu eueniret, vt principale teſtamentum quod ex heredis inſtitutione vires caperet, & ex hereditatis aditione confirmandum eſſet per ſubſtitutionem pupillarem, aut per ſcripturam codicillorum confirmari videretur, quæ tamen vtraque non

niſi ex teſtamento valeret, vt diſputauimus *in Error.* 9.
22 *Decadis præcedentis.* Ex quo etiam apparet, † quàm male Bartolus reſpondeat ei obiectioni, quam videt fieri poſſe quod expreſſo vitiato tacitum quoque vitietur, *ex leg.* 1. §. *qui habet. D. de ſeruit. ruſt. prad.* Ait enim id procedere quando tacitum habet ſe ad expreſſum vt acceſſorium, ſecus verò eſſe, ſi vtrumque ſit pariter principale, *ex l. ſi fideiuſſoribus*, aliàs, *l. ſi cui* 49. § *Iulianus*, *de legat.* 1. Nec animaduertit etiam admiſſo eo, quod tacita vulgaris non ſit acceſſoria ad pupillarem, ſed æquè principalis, nihil tamen hoc ad rem pertinere, niſi etiam addatur, eſſe quid magis principale quàm pupillarem ipſam expreſſam, cùm & ipſa pupillaris non ſit niſi acceſſoria ad paternum teſtamentum idcóque ex ea confirmari teſtamentum paternum nunquam poſſit. Cur enim ex tacita vulgari confirmari poterit, magis quàm ex pupillari expreſſa? An non pupilli teſtamentum illud eſt, quod & pupillarem expreſſam & vulgarem illam tacitam continet? Qua ratione tam ante nos Goueanus † bene vidit, vulgarem tacitam, ſi qua ſit, non niſi ad pupilli bona pertinere poſſe, eámque Diui Marci conſtitutionem non ſic accipiendam, quaſi pupillaris ſubſtitutio contineat vulgarem ſubſtitutionem, quomodo ſentiunt vulgares omnes interpretes, ſed ita potius vt ſubſtitutio facta pupillo in caſum pupillarem ad dandum ei heredem, videatur eidem facta in caſum vulgarem, id eſt, vt etiamſi heres nolit, ſéque paterna hereditate abſtinere malit, heredem tamen habeat ipſe ſuum ſubſtitutum morienti quandocunque intra pubertatem. Quamquam in hoc quoque vir doctiſſimus errauit, quod putauit pupillarem caſum expreſſum non minùs trahi ad vulgarem, quàm vulgarem ad pupillarem, quod certè falſum eſt vt clariùs ex ſequentibus apparebit.

13 *Diſtinctionis à Bartolo propoſita numer.* 3. *refutatio.*

VAmquam errori † Bartoli, quem proximè refutauimus, conſequens eſſet dicere: 1
Subſtitutione pupillari facta impuberi, qui patre viuo deceſſerit admittendum ſubſtitutum ad patris bona, ex tacita illa vulgari, quam vule ille in pupillari expreſſa contineri, cùm ſi expreſſa eſſet vulgaris vtrumque caſum complecteretur voluntatis & imporentiæ, ad quem poſteriorem caſum ille pertineret. Si filius impubes, ante patrem deceſſiſſet. Attamen vſque adeò improbabilis eſt is error, vt iis ipſis à quibus probatur non niſi cum aliqua diſtinctione admittendus eſſe videatur. Itaque idem Bartolus poſteaquàm defendit non modò tacitam vulgarem aliquam eſſe, ſed etiam quod magis eſt ex ea confirmari patris teſtamentum poſſe, ſubinde quærit *ad dict. leg.* 1. *numero* 32. *& ad leg. lex Cornelia* 28. *de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* Quid † ſi impubes, cui ſubſtitutus datus fuerat, in caſum pupillarem deceſſerit viuo patre. An 2
ſubſtitutus ex tacita vulgari poſſit admitti, vt ſuccedat in hereditate filij quæ nulla eſt, ſed patris? Et relatis quorundam aliorum opinionibus quas neque refellere noſtri eſt ocij, tandem ille, vt ſolet cum ei non ſatis liquet, hanc adhibet diſtinctionem. Aut filius † moritur ciuiliter tantum, vt quia capitur ab hoſtibus 3
viuo patre, vel poſt mortem patris moritur naturaliter, & his duobus caſibus ſubſtitutus poteſt ſuccedere, inquit, ex tacita vulgari: quod probat *ex dicta leg. lex Cornelia.* 28. cum ibi notat, adfertque rationem, quòd his caſibus quandin pater vixit, duraverit ſpes pupillaris ſubſtitutionis, idcóque non poſſit imputari patri cur teſtamentum non mutauerit. Aut filius viuo patre deceſſit naturaliter, & tunc ſi quidem pater ſtatim poſt deceſſit, ita quod non habuerit tempus mutandi teſtamenti, idem eſt, quoniam ſubſtiturus venit ex tacita vulgari ex præſumpta voluntate defuncti, quia credibile eſt quod eum inſtituiſſet ſi ſciuiſſet, *ex leg. ſi pater captus* 29. cum ſua gloſ. *eod. tit. de vulgar.* Si verò pater deceſſerit poſtea ex interuallo ita quod habuerit potentiam mutandi teſtamentum, tunc ſubſtitutus non admittitur, *ex leg. quod ſi filius* 11. *D. de captiu. & poſtlim.* Nam cùm potuerit ſibi prouidere & non prouiderit, lex ei non ſubuenit, nec poteſt dici quod non cogitauerit de hoc, quia filium mortuum vidit. Et hoc probatur *ex leg. tractabatur. D. de milit. teſtam. & argum. leg.* 3. *C. de inoffic. teſtam.* Verba ſunt iſta diſtinctionis Bartoli, ex quibus apparet vno tantùm caſu eum velle irritam fieri morte filij taciram vulgarem. Nimirum ſi pater poſt filij mortem teſtamentum mutare potuerit, nec curauerit. In quo ipſo quaſi ne hunc quidem caſum excipere debuerit, & in hoc nimis liberaliter egerit reprehenditur † ab Aretino, Paciſio, & aliis quibuſdam, exiſtimantibus, ſubſtitutum omni 4
caſu ex tacita vulgari admittendum eſſe, neque imputandum eſſe teſtatori, ex quo cum non mutauerit teſtamentum, quod ſciuit ita valere iuri communi, vt ex eo poſſet quandoque admitti ſubſtitutus in omnem caſum, ſiue per pupillarem expreſſam, ſiue per vulgarem tacitam. In eamque rem citant conſtitutionem Iuſtiniani *Nouell.* 66. *vt fact. noua conſtitut.* §. *penult.* vbi ait, Iuſtin. velle ſe, vt valeant teſtamenta facta contra formam nouarum conſtitutionum ſi facta ſint ante conſtitutiones. Non ob id ſolùm, quod multi caſus repentini poſſint incidere, per quos prohibeatur quis ne poſſit mutare teſtamentum etiamſi maxime velit, ſed etiam quia ſufficiat teſtatorem bene teſtatum fuiſſe, & ſecundum ius commune quod teſtamenti tempore obtinebat. Et ad ſupradictas leges, quibus Bart. in contrarium moueri diximus, reſpondent locum eas habere cùm teſtamentum ex priuilegio tantùm valet, *vt in dict. leg. tractabatur, & dict. leg.* 3. *C. de inoff. teſtam.*

non

ERROR II.

De ſubſtitutione in caſum pupillarem facta impuberi qui deceſſerit viuo patre.

SVMMARIA.

1 *Poriſma dimanans ex erronea ſententia Bartoli ſuperiori capite refutata.*
2 *Quæſtio de ſubſtitutione in caſum pupillarem facta impuberi qui deceſſerit viuo patre.*
3 *Bartoli diſtinctio.*
4 *Sententia exiſtimantium, ſubſtitutum pupillarem omni caſu ex tacita vulgari admitti, ſi filius viuo patre deceſſerit.*
5 *Contraria autoris diſputatio ex qua primùm elucet nullam eſſe vulgarem tacitam quæ ſit ex priuilegio, multò minùs ex iure communi.*
6 *Imputari poſſe patri qui ſubſtitutum vulgarem habere voluit, cur filio ſubſtituerit expreſſè in caſum duntaxat pupillarem, aduerſus pragmaticos.*
7 *Subſtitutio pupillaris neque patri neque filio ſuccedit, ſi filius viuo patre mortuus ſit ex l. quod ſi filius.* 11. *D. de capti, & poſt l. reuerſ.*
8 *Secunda tabula ſeparatim clauſa, apud veteres non niſi poſt mortem impuberis aperiebantur.*
9 *Argumentum inde ductum aduerſus ſententiam interpretum.*
10 *A caſu vulgari ad pupillarem poteſt fieri progreſſus, à pupillari ad vulgarem nunquam.*
11 *Sententiam generalem d. l. quod ſi filius. D. de capt. malè reſtringi à Bartolo.*
12 *Bartolum ad ſui erroris confirmationem falsò adducere l. lex Cornelia.* 28. *de vulg. ſubſt.*

non etiam, si communi iure defendatur, quomodo secundum ipsorum sententiam tacita vulgaris in pupillari expressa ex communi iure continetur. Hæc illi. Ego verò † misereor sanè super turba ista interpretum
5 tantopere se torquentium in veritate indaganda, quam ipsi vltro non modo obscuratunt, sed etiam penè extinxerunt. Quid enim non possunt veri dicere supponentes pro vero quod falsissimum est, aliquam esse tacitam vulgarem quæ reuera nulla est? Quanto verò falsius est quod isti volunt & disputant contra Bart. licèt ex ipsius Bartoli autoritate, substitutum ex iure communi per hanc vulgarem tacitam admittendum esse ad hereditatem patris? Nam etsi tacita esset vulgaris aliqua, vt ipsi putant, negari tamen non posset quin ex priuilegio esset potiùs, quàm ex iure communi. Scilicet ex rescripto Diui Marci respicientis ad fauorem pupillorum, quorum interest habere testamentarium heredem potiùs quàm legitimum, & quibus non potest imputari cur non apertioribus verbis concepta sit pupillaris substitutio quæ non à pupillo ipso dictata sit, sed à patre. Cæterum si iuris communis rationem inspicias, quid certius, quam in casu expresso, quisquis ille sit, alium qui non modò diuersus sit sed etiam planè contrarius adeoque contradictorius, nullo modo contineri? *l. commodissimè* 10. *D. de liber. & posthum. l. si cum dotem* 22. *in princ. D. solut. matrim.* cum similib. Atqui casus pupillaris contradictorius est vulgari & vulgaris pupillari. Ergo fatendum est rationem iuris communis non pati, vt vulgaris casus trahatur ad pupillarem, aut contrà. Denique falsissimum † etiam
6 illud est quod idem isti adstruunt contra Bartol. nihil imputari posse patri, qui substitutum vulgarem habere voluit, cur filio substituerit expressè in casum duntaxat pupillarem. An non enim potuerat & debuerat substituere potiùs in vtrumque casum, ne quæstioni huic & errori locum relinqueret, aut si in alterum duntaxat casum substituere volebat, cur non in vulgarem potiùs quàm in pupillarem? Ita enim si testatus fuisset vtique optimè & sibi, & filio prospexisset post Diui Marci constitutionem. Atsi putauit æquè sibi ac filio suo prospecturum substituendo filio in casum pupillarem tantùm, is lapsus est manifestissimo errore iuris. Debuit enim scire non similiter casum trahi posse ad vulgarem, quemadmodum vulgaris trahitur ad pupillarem, nec tam fauorabilem videri debere causam patris sibi testamentum obscurius & ineptius facientis quàm filij qui non ipse sibi fecerit sed à patre factum acceperit. Debuit ergo reprehendi Bartolus non in eo quod dixit posse vno casu imputari patri cur non mutauerit testamentum, patre videlicet post filium defuncto ex interuallo, sed in eo potiùs quod cæteris omnibus casibus taciram vulgarem admittit, quasi nihil possit imputari, cui certè imputari semper potest cum filio in casum duntaxat pupillarem substituit, si id agebat vt sibi quoque in casum non acquisitæ filio hæreditatis heredem daret. An non enim præuidere debuit posse fieri vt si viuo filius moreretur, aut ab hostibus caperetur, aut emanciparetur atque ita fieret irrita pupillaris substitutio, vt nihil amplius de secundis tabulis tractari posset, quomodo loquitur Papinian *in d. l. quod filius*. Quibus verbis quid aliud significatur, quàm quod vo-
7 luimus, substitutionē † hanc pupillarem vsque adeo nullius esse momēti vt ex ea substitutus nullo modo possit succedere neque patri neque filio? Quantumuis enim contendas per tacitam vulgarem succedi patri, fatēdum tamen est eā sicut in pupillari expressa continetur, ideóque tacita appellatur, ita in secundis tātùm tabulis, non in primis contineri. Ergo si de secūdis tabulis nihil tractari possit, consequens est, vt non magis de vulgari tacita tractandum sit, quàm de pupillari expressa. Nec sanè fiunt secundæ tabulæ, vt de iis tractetur, nisi in eo tempore quo & pupillus decesserit, & pupilli heredi-

tas aliqua sit, in qua succedere possit substitutus. Ob idque moris † olim erat vt secundæ tabulæ separatim 8
clauderentur, nec priùs aperirentur quam filius & post patrem & impubes decessisset, vt in tutiore loco esset pupilli vita, nec agnatorum insidiis tantopere exposita, §. *sin autem quis ita. Instit. de pupill. l. vlt. D. ad SC. Trebellianum.* Quam etiam rationem secutus prætor etiamsi nihil tale fuerit à testatore superscriptum, si tamen pupillares tabulas seorsum signatas testator reliquerit non nisi causa cognita viuo filio patitur aperiri *leg. pupillares* 8. *D. de testam. quemadm. aper.* Ex quo manifestius † fit quàm absurda sint somnia ista inter- 9
pretum, de tacita vulgari. Quis enim credat patrem, qui secundas tabulas fecerit filio, quas non nisi post filij mortem aperiri voluerit, cogitasse de faciendo sibi herede à quo hereditas adiri posset etiam viuo impubere? Aut quis dicere audeat eadem verba substitutionis pupillaris, aliam atque aliam interpretationem recipere debere, vt vno casu vulgarem tacitam contineant, alio non item, ob id solum quòd pater tabulas pupillares viuo filio aperiri, vel prohibuerit, vel permiserit? Non igitur quemadmodum † patris filio in 10
vulgarem duntaxat casum filio substituentis voluntas illa esse potest, vt non tantùm sibi, sed etiam filio testamentum faciat (sibi, quia in sua hereditate substituit, filio autem quia ipsi filio substituit, nec eo minùs in sua hereditate, quod pupilli quoque hereditatem habiturus sit substitutus, cùm per mediam impuberis etiam abstenti personam succedat patri is qui succedit filio instituto, *leg. paterfamilias.* 28. *de reb. auct. iudic. possidend.*) ita & vice versa dicere possumus patris filio in pupillarem duntaxat casum substituentis voluntatem illam esse posse, vt non tantùm filio, sed etiam sibi faciat testamentum, cùm pupillaris casus ille sit quo & soli filio, & in solius impuberis hereditate substituitur, nec hereditas filij possit vnquam fieri hereditas patris, quomodo hereditas patris filio acquisita quamuis abstinenti, fit tandem hereditas filij, quandocunque postea defuncti. Idque est quod in præcedentibus dicebamus, à casu vulgari ad pupillarem fieri progressum, qui tamen à pupillari ad vulgarem regressus dici potius deberet, adeóque contra ordinem & naturæ & iuris. Prius enim est vt pater & mortuus sit, & heredem non modò habere possit, sed etiam reuera habeat quàm vt de pupillari, vel hereditate vel substitutione sit tractandum. Quod ergo Papinianus
† scribit *in d. l. quod si filius*, mortuo ai te patrem filio 11
nihil esse quod de secundis tabulis tractari possit, vt generaliter prolatum & verum est, ita generaliter intelligendum, non cum Bartolo restringendum ad eum casum, quo pater tanto post filium interuallo decesserit, vt testamentum potuerit mutare. Quæ restrictio quàm ridicula sit ex eo quoque apparet, quod Papin. *in d. l. quod si filius*, è contrario speciem illam tractat, in qua pater testamentum mutare non potuerit. Tractat enim casum quo pater captus fuerit ab hostibus filio impubere in ciuitate relicto, posteáque ibidem ante patrem defuncto. Certum autem est eum qui captus sit ab hostibus, sicuti re vera seruus hostium est, ita facere testamentum non posse, quod soli ciues Romani facere possunt, & si fecerit, vsque adeo non valere, vt nec si redierit testator, postliminij iure voluntas confirmetur, *leg. cum qui* 8. *D. qui testam. fac. poss.* tanquam nullum tempus sit in quo testamentum videri possit factum, postliminij fictione coniungere instans reditus cum instanti captiuitatis, quemadmodum lex Cornelia coniungit instantia captiuitatis & mortis, atque ita totius medij temporis memoriam abolente, vt nullum penitus interceßisse videatur. Quod si captiuus testamentum facere non potest, multo minus quod in ciuitate fecerat mutare, quia ritè factum testamentum, nisi alio æquè ritè facto mutari non potest.

Itaque ſi Bartoli diſtinctio eſſet vera, oporteret dici vulgarem tacitam eo caſu locum habituram, quoniam patri imputari nihil poſſet. Cui è contrario imputari certè poteſt cùm filius captus eſt ab hoſtibus viuo patre, eóque manente in ciuitate. Etſi enim hoc volo largiri Bartolo quod ille ait, durare hoc caſu ſpem ſubſtitutionis pupillaris, quia filius ab hoſtibus tandem redire iúſque poſtliminij habere poteſt, cum tamen hoc ipſum incertum ſit, iámque pro certo habeat pater filium, qui nunc apud hoſtes ſit, ibidem moriatur, nunquam ſibi heredem fore, cur non aliud facit teſtamentum, vel ob id ſaltem vt ſibi heredem ſcribat in eum caſum quo filius ab hoſtibus non reuerteretur? Soleat namque facilè imputari ei qui proſpicere debuit, quod euenire potuit, ſi tandem euenerit, quamuis potuerit etiam non euenire, *l. ſi quis domum* 9. §. *hîc ſubiungi. verſ. idem quærit. D. locat.* Nec fuit cur
12 Bart. † in erroris ſui confirmationem adduceret autoritatem Iuliani *in d. l. lex Cornelia*, vbi nullum prorſus verbum, de vulgari tacita ne per ſomnium quidem, ſi Accurſij ſomnia ſeiungas à prudentia & peritia Iuliani. Hoc enim duntaxat Iulianus ſcribit *in verſic. ſi verò.* Si viuo patre filius in hoſtium poteſtatem peruenerit, legi Corneliæ locum non eſſe ad confirmandas tabulas pupillares, qui per eam non efficiatur vt heredes habeat is, qui nulla bona in ciuitate reliquit. Quòd ſi per legem Corneliam tabulæ pupillares hoc caſu non confirmantur, nihil aliud poteſt dici, niſi quod irritæ factæ ſint per captiuitatem, per quam ſcilicet factum eſt, vt deſierit pater filium habere in ſua poteſtate: quo admiſſo quænam obſecro ratio vel conſecutio illa eſt, vt ex pupillaribus tabulis factis irritis, adhuc tacita vulgaris inducatur per quam teſtamentum patris ſuſtineri, eique ſuccedi poſſit? Mirus planè in hoc eſt Bartolus, & miri quotquot eum ſequuntur, qui cùm ex pupillari expreſſa in ſecundis tabulis induci velint tacitam vulgarem, volunt tamen corruentibus quoque ſecundis tabulis vulgarem tacitam ſupereſſe. Quod
13 verò idem Bart. † alio diſtinctionis ſuæ membro addit, filio mortuo quidem ante patrem, ſed tam breui temporis interuallo, vt teſtamentum mutare pater non potuerit, tenendam vulgarem tacitam ex coniectura voluntatis patris, quem credibile eſt ſubſtitutum fuiſſe in caſum vulgarem, ſi filium ſuum præmoriturum cogitaſſet, prorſus commentitium eſt. Cur non enim cogitauit euenire poſſe, quod euenit quotidie vt turbetur ordo mortalitatis? Cur non ab initio ſubſtituit filio, vel in vtrumque caſum, vel ſaltem in vulgarem? Cur denique putauit vulgarem ſubſtitutionem directam & conditionalem quæ non niſi verbis directis & imperatiuis, expreſſaque conditionis figura fieri potuit ſuppleri poſſe per ſolam coniecturam voluntatis? An non errauit in iure ſi ignorauit huiuſmodi coniecturis tunc tantùm locum eſſe, cùm precaria voluntas quæritur, non etiam cùm directa *leg. iubemus* 29. *Cod. de teſtam. leg. cùm proponebatur* 64. *de legat.* 2. Sed etſi coniectura voluntatis in propoſito caſu admitti poſſet, non improbabiliter tamen quis diceret apertiorem eſſe voluntatem patris pro ſubſtituto, cùm teſtamentum mutare potuit nec mutauit, quaſi ſub ipſum mortis tempus ſubſtituto, ac proinde vulgariter eo, qui fuerat ſubſtitutus pupillariter, quique amplius ſubſtitui pupillariter non poſſet vt de teſtamento à milite facto ait Vlpian. *in leg. idem* 13. alias *leg. neque & deportari* ibi, *quaſi nunc data hereditate. leg. in fraudem* 15. §. *teſtam. leg. miles filiusfamilias* 22 *D. de milit. teſtam.* Nam quod in contrarium adducit Bart. *ex l. tractabatur* 14. *eod. tit. & leg.* 3. *Cod. de inoff. teſtam.* longè aliam habet ſententiam & rationem, vt ex iis conſtare poteſt quæ de vtriuſque loci ſententia ſcripſimus, variis Coniecturarum noſtrarum libris, ex quibus etiam peti volumus pleraque alia quæ alioquin hîc tractanda eſſent, ad Iuliani & Papiniani ſententiam aſſequendam *in dict. l. lex Cornelia.* 28. *cum l. ſeq. de vulgar. & pupill. ſubſtit. & in d. l. quòd ſi filius* 11. *cum l. praced. D. de captiu. & poſtlim.*

ERROR III.

De pupillari ſubſtitutione facta ventri poſthumo nullo nato.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio an ſubſtitutio pupillaris facta ventri poſthumo, euaneſcat eo non nato.*
2 *Fundamenta Bartoli ſubſtitutum etiam non nato poſthumo admitti indiſtinctè affirmantis.*
3 *Alia reſponſio Bartoli ad quæſtionem propoſitam per diſtinctionem.*
4 *Contraria autoris diſputatio aduerſus Bartolum: vbi de ſententia l. pen. D. de ventr. inſpic.*
5 *Subſtitutio quæ fit in vulgarem caſum frequentior eſt, vnde vulgaris dicta eſt.*
6 *Pupillaris ſubſtitutio minus propriè ſubſtitutio dicitur, quàm vulgaris.*
7 *Non quauis ſubſtitutio facta pupillo conferi debet formaliter facta in caſum pupillarem aduerſus Bart. & alios.*
8 *Diſtinctio Bartoli propoſita n. 3. refellitur.*
9 *Bartolum abuti l. vlt. C. de inſtit. & ſubſt. quæ aduerſus ipſum inducitur.*

HAnc quoque quæſtionem ſuperioribus ſubnectit Bartolus *in ſuo illo eleganti tractatu, De tacita vulgari ſubſtitutione ad d. l. 1. num. 33. D. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* ſed paulo aliis verbis, neſcio an elegantioribus, concepta quæſtione in hunc modum, † *Quid ſi ſubſtitutio pupillaris*, inquit, *facta eſt ventri, & venter non naſcitur* (credideram in hunc vſque diem non naſci ventrem, ſed parere) *an ſubſtitutus admittatur ex tacita vulgari?* Reſpondet autem primùm † ad- 2
mitti per textum quem ille apertiſſimum eſſe putat, ſed iuncta gloſſa *in l. penult. D. de ventr. inſpic.* vbi Paulus ſcribit, eum qui ventri ſubſtitutus eſt, ſi ventrem ſeruare velit, audiendum eſſe. Non alia vtique ratione, quàm quod ipſius intereſſit, cùm ſit futurum non nato poſthumo, vt debeat admitti. Mouetur etiam *ex leg. vltim. C. de inſtit. & ſubſtit.* vbi vulgaris expreſſa facta in illum caſum, *ſi poſthumus non naſcetur*, trahitur ad pupillarem. Ergo idem, inquit, è conuerſo. Concludit tamen diſtinguendum † eſſe, adeo ſibi placet ille in no- 3
uis & inauditis diſtinctionibus commiſcendis. *Aut ſpes*, inquit, *natiuitatis poſthumi deficit poſt mortem teſtatoris, vel ante per modicum tempus, & ſubſtitutus admittitur ex tacita vulgari dict. leg. penult. Aut deficit multo tempore poſt teſtamentum, vel ante mortem teſtatoris, & tunc ſecus per ea quæ ſupra dixi.* Illorum verò reprehendit ſententiam, qui putabant diſtinguendum an aliquis ſit coheres, cuius additione confirmetur tacita illa vulgaris (ſic enim legendum eſt non vt vulgo *pupillaris*) quoniam, inquit, ad vulgarem tacitam confirmandam additio ex inſtitutione non requiritur. At
verum eſt, † quod ille pro conſtanti habet Paulum *in* 4
d. l. penult. ad propoſitam quæſtionem reſpondere, illud primùm ſcire vellem cur prætermiſerit Paulus eam diſtinctionem quam Bartolus non putat prætermittendam, aut cur eam Bartolus probet quam Paulus prætermiſit. Nunquam euadet vt arbitror, quin vel Paulum inſcitiæ arguat, vel ſe temeritatis. Paulus enim eo loco tam breuiter ſententiam ſuam perſtringit, vt nullas diſtinctionis

distinctionis ambages quærat, tam apertè verò vt nullum istis interpretationibus locum relinquat. Verba legis ea sunt, *Qui ventri substitutus est.* Vnde verò diuinat Bartolus intelligi ea debere de substitutione facta in casum expressum pupillarem? ac non potiùs in vulgarem, nisi malit in vtrumque. Ipsum enim substitutionis verbum simpliciter prolatum, hanc interpretationem non solùm admittit, sed etiam suadet,
5 siue quod frequentior † sit ea substitutio, quæ fit in vulgarem casum duntaxat, vnde & vulgaris appellatur, tum etiam cùm fit impuberi. *d. l.* 4. *De vulg. &*
6 *pupill. substit.* siue quòd pupillaris substitutio † minùs propriè dicatur substitutio, quàm quæ est vulgaris, quippe quòd non vt vulgaris æstimetur ex secundo gradu, secundaque delatione hereditatis, cùm hereditas pupilli deferatur substituto pupillari, in primo non in secundo gradu. Siue denique quòd Paulus loquatur *in d. l. penult.* de substitutione facta non posthumo, sed ventri, cuius substitutionis ea vulgaris formula est *si posthumus non nascetur*, non etiam *si posthumus heres erit, & in pupillari ætate decesserit*, vt apparet *ex d.l.vlt. C.de instit. & substit.* Prius enim est vt posthumus nascatur, quàm conditio illa adscribatur, *si heres erit*, vel *non erit*. Itemque quàm de ipsius hereditate dandoque ei herede tractari possit. Hicque
7 perpetuus est error Bartoli, † & interpretũ cæterorum, quod quoties legunt impuberi factam substitutionem, statim de ea substitutione intelligunt quæ non solùm pupillaris sit, sed etiam facta in expressum casum pupillarem. Fateor esse substitutionem pupillarem si nihil sit quod impediat, id est, si impubes sit in testatoris potestate, nec post mortem ipsius in alterius potestatem recasurus, quia tum etiam cùm facta est expresse in casum vulgarem, tamen ex constitutione Diui Marci intelligitur facta in casum quoque pupillarem, si nulla sit in contrarium, vel coniectura voluntatis, vel absurdi alicuius vitandi causa, vt *in l. tam hoc iure. 4. l. Lucius.* 45. *D. de vulg. & pupill. substit.* aut nisi expresse testator substituerit in vtrumque casum separatim, vt *in l. cum ex filio.* 39. §. 1. *eod.* Sed nego substitutionem quamlibet factam impuberi etiam quæ sit pupillaris in effectu, videri quoque debere factam in casum expressum pupillarem, cum & breuiùs & commodiùs fiat in casum vulgarem tantùm, vt post Marci constitutionem in vtrumque facta esse intelligatur, vt docuimus in primum huius Decadis errorem, vbi similem aliam confutauimus interpretationem Bartoli & aliorum *ad l. si pater. 26. eodem.* quem locum passim illi intelligunt de pupillari expressa vt inducant occasionem tractandi de vulgari tacita, cùm tamen nihil apertius sit quàm tractari ea lege de substitutione simpliciter facta impuberi, & consequenter in casum vulgarem expressum, non in pupillarem. Illa verò di-
8 stinctio Bartoli, † an spes natiuitatis posthumi defecerit post mortem testatoris vel antè per modicum tempus, an verò multo tempore ante mortem testatoris, neque legem vllam pro se habet neque rationem. Siue enim post defectam spem natiuitatis posthumi testator superuixerit longo tempore siue modico, semper erit quod ei imputetur quare filio suo, præsertim nondum nato, substituerit in casum expressum pupillarem, ac non potiùs in casum vulgarem, qui erat magis obuius, multóque commodior, si de faciendo sibi herede in casum non nati posthumi cogitabat. Et quamuis nihil esset quod ei posset imputari non ideo tamen statim consequens fieret, vt verba directa & imperatiua itemque conditionalia, quæ ad vulgarem substitutionem concipiendam essent necessaria, suppleri ob hoc solùm oporteret, quod testator eum casum non omisisset, si de illo cogitasset? An fortè tam improuisus & nouus casus ille est de posthumo qui in vtero sit, nunquam nascituro, vt eum præuidere non potuerit nec debuerit pater, tum maximè cùm substitutum dabat eidem posthumo in eum casum quo & nasceretur, & heres esset, & impubes tandem moreretur? Quid obsecro commune habet hæc species cum inopinatis illis euentibus, de quibus *in l. tractabatur.* 14. *D. de testam. milit. & in l.* 3. *C. de inoff. testam.* Rufus si cum Bartolo nihil aliud hîc inspicere volumus, nisi an nihil possit imputari patri. Cur distinguimus an patri longo vel modico tempore superuixerit post habendi posthumi spem abscissam, ac non potius an testamenti mutandi potestatem necne habuerit? An non enim facilè fieri potest, vt pater longo tempore superuixerit, id est, tanto saltem, quantum sufficere commodè potuerit ad mutandum testamentum? Quid si abortum ab vxore factum ignorauit, forsasse in longinquam peregrinatus prouinciam? Quid si sciuit, sed eo loco in quo non suppetebat tanta copia ciuium Romanorum vt septem testes haberi possent, qui numerus ad solennitatem testamenti requirebatur? *vt in l. conficiuntur.* 8. §. *codicilli. D. de inr. codicil. & d. l. tractabatur.* Debuerat ergo Bartolus distinguere, an testamentum mutare pater potuisset, necne: non an per longum, an per breue tempus superuixisset. Iam verò quod addit Bartolus † *ex l. vlt. C.de instit.* 9
& substit. à re nostra omnino alienum est. Ibi enim substitutio ventri facta, trahitur à casu vulgari expresso ad tacitum pupillarem, quod post constitutionem Diui Marci nouum non esse, cum interpretibus omnibus agnoscimus. Non autem à casu pupillari expresso ad vulgarem, quomodo trahi vult Bartolus in proposita quæstione. Hoc enim non solùm difficilius, sed etiam prorsus ἀδύνατον & absurdum, ob rationes in hanc rem à nobis supra congestas. Quinimò ex ea ipsa lege puto, non leue argumentum pro nobis, contra Bartolum, deduci posse. Nam si etiam post Marci constitutionem in hoc expresse latam, vt casus vulgaris trahatur ad pupillarem, tanta fuit inter Iureconsultos contentio, vt necessaria fuerit autoritas Iustiniani ad hoc, vti substitutio facta ventri in casum vulgarem *si posthumus non nascetur*, ad illum casum traheretur, quo posthumus, & nasceretur & impubes moreretur, (constitutio enim Marci ad speciem pertinebat in qua esset facta substitutio in casum vulgarem generalem *si filius heres non erit*, non in specialem illum, *si non nascetur*, qui quò specialior eo difficiliùs extensionem pati non posse videbatur) quânam autoritate quæso, audet Bartolus dicere, substitutionem pupillarem expressam, factam ventri in casum pupillarem, scilicet si posthumus, & nasceretur, & esset heres & impubes moreretur, ad illum trahi debere, quo posthumus non nasceretur? Quid hoc aliud est quàm agere Imperatorem, immo plus quàm Marcus, plus etiam quàm Iustinianus egerit? Facere nimirum vt pater qui non nisi de dando impuberi herede cogitauit, si posthumus nasceretur, hoc ipso sibi, si non nasceretur posthumus, heredem dedisse videatur. Seuerior sanè sum quàm vt pati possim, hanc sibi autoritatem interpretes nostros vindicare, quam nec Imperator posset sine rubore, tam aperta vi facta, & rationi, & legibus.

ERROR IV.

De vulgari ſubſtitutione quam tacitam vocant trahenda ad bona pupilli.

SVMMARIA.

1 *Sententia Bartoli in queſtione de ſubſtituto filio impuberi dato in expreſſum caſum pupillarem an patri ſuccedat abſtinente filio, ex tacita vulgari & deinde pupillo morienti ex pupillari expreſſa.*

2 *Conſectaria quæ proſluunt ex ſententia Bartoli, ab eodem probata.*

3 *Errare Bartolum in eo quod cenſet pupillo abſtinente admitti ſubſtitutum ex tacita vulgari ad bona patris, viuo adhuc impubere.*

4 *Vera ſententia l. qui fundum. 87. §. vlt. ad l. Falcidiam. ex qua colligitur pupilli abſtenti mortem expectandam eſſe, vt ſubſtitutus pupillaris admitti poſſit.*

5 *Mortuo pupillo, ſubſtitutum pupillarem ſuccedere ex pupillari non tantum in bonis pupilli abſtenti, ſed expreſſa etiam in bonis patris aduerſus Bart.*

6 *Vtraque ſubſtitutio & pupillaris expreſſa & tacita vulgaris in eiuſdem ſubſtituti perſona locum habere non poſſent aduerſus Bart.*

7 *Eſt de neceſſitate ſubſtitutionis pupillaris vt filius ſit heres patris, cùm ſuus ipſe inſtitutus: ſecus ſi exheredatus, aduerſus eundem.*

8 *Patre & filio ſimul mortuis ſubſtitutum non admitti ex pupillari ad bona pupilli & ex vulgari ad bona patris, vt perperam cenſet Bart.*

9 *Subſtitutionem de qua agitur non continere vtrumque caſum copulatiuè vt vult Bartolus.*

10 *Sententia Goueani putantis vulgarem à lege ſubintellectam ad ſolius pupilli bona pertinere, refertur & refellitur.*

MIrabilem hanc quæſtionem vocat Bart. *ad l. 2. §. ſed ſi quis. D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* nec inſulsè. Mirum enim eſt, nemini ex prudentibus illis antiquis quorum habemus tam multa De ſubſtitutionibus reſponſa, in mentem vnquam veniſſe, vt quæſtionem hanc tractaret, ac ne quidem vt de vulgari tacita verbum vel vnum faceret. Placent tamen ſibi interpretes in ea tractanda, & frequentes eunt vt ſolent in ſententiam Bartoli
1 concludentis. Quoties † ſubſtitutus filio impuberi datus eſt in expreſſum caſum pupillarem, & pupillus paterna hereditate ſe abſtinet, ſuccedere ſubſtitutum ex tacita vulgari, nimirum in bonis patris, ſed eo tempore quo pupillus poſtea moritur, eundem ſubſtitutum ex pupillari expreſſa ſuccedere in bonis omnibus pupilli. Sic enim ille *ad l. 1. num. 40. eod. tit. De vulgar.*
2 *& pup. ſubſt.* Ita fit vt ſecundùm Bartolum † poſſit vtraque ſubſtitutio & pupillaris expreſſa & vulgaris tacita locum habere, quod nec ipſe diſſimulat *num. 39. ad fin.* tanquam quod non ſit abſurdum, propterea quòd, inquit ille, non eſt de neceſſitate pupillaris ſubſtitutionis quòd filius ſit heres, *ex l. pupillus. 42. alias l. Iulianus D. de acquir. hered.* Indéque etiam infert, ſi contingeret vt pater & filius ſimul & ſemel morerentur, ita neſciri poſſet quis eorum prior, quiſve poſterior deceſſiſſet admittendum fore ſubſtitutum ex pupillari ad bona pupilli, ex vulgari verò ad bona patris. Addita ratione quod ſubſtitutio iſta partim expreſſa pupillaris partim tacita vulgaris contineat vtrunque caſum copulatiuè, vt ſiue vterque caſus ſiue alteruter eueniat, ſufficiat *ex l. iam hoc iure. 4. De vulg. & pup. ſubſt.* Non habet tota hæc traditio plura verba quàm errata. Quod † primùm ait Bart. pupillo abſtinente admittendum 3
ſubſtitutum ex tacita vulgari, ad bona patris viuo adhuc impubere, falſum eſt & apertè contra Iauoleni reſponſum *in l. paterfam. 28. de reb. auctor. iudic. poſſid.* de cuius ſententia ſcripſimus *in Error. vlt. decadis præcedentis.* Pupillo enim abſtinente qui habuit ſubſtitutum pupillarem expectanda eſt neceſſario mors pupilli vt admitti poſſit ſubſtitutus, & interim quia creditoribus mora fieri non debet vendenda ſunt bona patris. Idémque probatur † non obſcurè *ex l. qui fundum. 87.* 4
§. vlt. D. ad leg. Falcid. in illis verbis, *deinde impubere mortuo ex ſubſtitutione heres extiterit*, ſi cum Dyno & aliis pleriſque interpretibus de impubere abſtento eam legem intelligas quamuis ſoleant illi ea abuti vt Bartolus refert ad probandam tacitam vulgarem quæ in expreſſa pupillari contineatur, ad impuberis bona porrigendam eſſe; Neſcio planè qua fronte, cùm ibi loquatur Iulianus apertè de impubere, qui patri ſuus heres extiterit, & per cuius mediam perſonam hereditas patris ad ſubſtitutum peruenerit pro ea parte ex qua filius fuerat inſtitutus, vt probant verba illa, *licet enim pupillo heres exiſtat, tamen circa legem Falcidiam perinde ratio habetur, ac ſi patri heres extitiſſet* Si namque pupillus ſe abſtinuiſſet, ſubſtitutus pupillaris non poſſet videri heres fuiſſe patri mediatè non magis quàm filius ipſe immediatè, quamuis re vera vterque heres ſit patri ex mera iuris ratione, filius tanquam ſuus heres, ſubſtitutus verò tanquam ſui hæredis heres. Sed hoc ſenſu accipienda non eſſe ſupradicta ex eo intelligimus, quod ita ſcribere debuiſſet, *quoniam filius patri heres extitit*, non quomodo ſcriptum eſt, *perinde acſi patri heres extitiſſet:* ſed quod res erat magis quàm quod eſſe videretur, exprimere Iulianus voluiſſet. Rurſum quod addit Bartolus. Eo tempore † quo pu- 5
pillus poſtea moritur eundem ſubſtitutum pupillarem ſuccedere ex pupillari expreſſa in omnibus bonis pupilli, verum quidem eſt, ſed non eo modo & ſenſu quo Bartolus dixit, hoc eſt, ita vt ex illa pupillari expreſſa non ſuccedat pupillaris ſubſtitutus in bonis quoque patris, ſed in bonis pupilli duntaxat. Non immo per pupillarem ſuccedit promiſcuè in bonis omnibus, & patris & impuberis, quia reperit hereditates iunctas, paternam ſcilicet hereditatem in hereditate filij *l. ſed ſi plures 10. §. filio de vulg. & pupill. ſubſt.* adeo vt quamuis omnia patris bona iam venierint viuo adhuc impubere ita vt nihil penitus ex iis ad ſubſtitutũ peruenerit, non eo minus tamen ex pupillaris hereditatis aditione, paternis quoque creditoribus, ſiqui ſuperſunt, reſpondere teneatur, tanquam heres patris per mediam impuberis perſonam, vt ſcriptum eſt *in d. l. paterfamilias.* Proinde nullius eſſe poteſt effectus illa vulgaris tacita quam ex huiuſmodi pupillari expreſſa noſtri inducunt, cùm neque poſſit facere vt viuo impubere ſubſtitutus admittatur ad hereditatem paternam, neque cùm mortuus pupillus eſt, egeat ſubſtitutus alia ſubſtitutione quàm pupillari vt patri ſuccedat & filio. Quid enim poteſt referre teſtatoris aut ſubſtituti, an ſuccedat ſubſtitutus ex vulgari tacita ipſi teſtatori immediatè, an ex pupillari expreſſa mediatè? Intereſſet ſanè vtriuſque vt poſſet ille ſuccedere immediatè. Nimirum teſtatoris ne viuo & ſe abſtinente impubere bonorum venditionem pati cogeretur, ſubſtituti autem ne ad ſuccedendum patri etiam cui ſtatim heres eſſe vellet, expectandam haberet mortem pupilli. Sed quoniam id fieri non poteſt ſalua iuris ratione quæ filium impuberem omnimodo facit ſuum & neceſſarium heredem patri, etiam ſe abſtinentem vt ſæpius diximus

Digitized by Google

diximus *ex l. 1. §. qui sunt in potestate D. si quis omiss. causs. testam. l. cùm quæsi. 30. §. sed etsi sunt. D. de fideic. libert.* satis debet esse vtrique quod mortuo tandem impubere substitutus succedat etiam patri, effectúque ipso perinde sit acsi ab initio successisset. Nisi quod bonorum venditio facta sub nomine defuncti retractari amplius non potest. Itaque quod tertio loco placet Bartolo vtramque substitutionem & pupillarem expressam & vulgarem tacitam locum habere posse in persona eiusdem substituti, falsum sanè est, quoniam tacita si qua esset aut potiùs à lege subintellecta, quomodo elegantius vocat Goueanus, ea non inducerentur nisi in casum necessitatis, & vt ita dicam, possibilitatis. At † sicuti necessitas nulla est, inducendæ tacitæ 6
mortuo pupillo, quia sufficit expressa pupillaris, ita neque possibilitas vlla eiusdem inducendæ ante mortem pupilli, ne alioqui duplicem heredem, & quidem vnumquemque ipsorum in solidum patri demus quod fieri nunquam potest. *l. quod contra. 141. §. 5. de regulis iuris.* Ratio autem illa, quam adfert Bartolus, quòd
7 non sit de † necessitate pupillaris substitutionis vt filius sit heres sicuti vera est in filio impubere exheredato, cui etiam pupillariter substitui posse constat, ita falsa in filio impubere instituto, quia non potest fieri vt nō sit ille heres patris, cui & suus & necessarius est. Et nisi esset vtique non posset valere pupillaris substitutio patre, neque filium, neque alium habente heredem, quoniam paternum testamentum confirmatum esse necesse est ad hoc vt valeat pupillare. *l. 2. § 1. d. l. sed si plures. 10. §. si ex asse. l. ex pupillari. 44 de vulgari & pupillari substitutione. l. apud Iulianum 11. §. idem Iulianus. l. ita tamen. 27. §. à patre. vers. quod si duo. D. ad SC. Trebellianum.* Ob idque melius dixerit quisquis dicet contra Bartolum. Imuo esse de necessitate substitutionis pupillaris vt filius sit heres patris, cùm fuit ipse institutus siue solus siue cum herede: siquidem negari non potest, quin ex eiusdem pupillaris substitutionis necessitate sit vt filius impubes cui pupillariter substitutum fuit, & in patris potestate sit & superstes patri. Vtrunque verò hoc non potest concurrere vt superuiuat patri in cuius morientis fuit potestate quin hoc ipso patris heres sit, & quidem necessarius siue abstinere velit, siue nolit. Rursus quod
8 Bartol. † infert, si contingeret, vt pater & filius simul morerentur, puta in eodem naufragio, ita ne posset sciri vter eorum prior aut posterior decessisset, admittendum fore substitutum, ex pupillari ad bona pupilli, ex vulgari verò ad bona patris, certè ridiculum est. Eonamque casu præsumitur filius impubes ante patrem decessisse, *leg qui duos. 9. §. vltim. leg. si mulier. 23. D. de rebus dub.* vt è contrario, si filius fuit pubes præsumitur superuixisse *dict. leg. qui duos. §. cum bello.* nisi fauor aliquis, puta patronatus reuerentia, contrariam suggerat præsumptionem *§ si cum filio. eadem lege.* & consequenter, non potest pupillaris substitutio consistere, aut heredem aliquomodo habere filius qui decessit in patris potestate *leg. lex Cornelia. 28. de vulg. & pupill. substit. leg. quod si filius 11. D. de capt. & postlim.* Planè posset substitutus ex vulgari tacita patri succedere, si qua esset. Verùm nullam esse vulgarem tacitam, hoc præsertim casu quo filius decessit viuo patre, iam probauimus *in Error. 2. Decadis huius.* Nullus ergo in hac specie, siue de pupillari expressè, siue de vulgari tacita, tractandi locus relinquitur. Quod si vel ex præsumptione vel ex probatione aliqua filium impuberem patri superuixisse, hoc ipso constaret filium patri heredem fuisse, nec tantùm nomine nudo, vt is qui se abstinet *leg. 2. §. sed si sint sui heredes. D. ad SC. Tertyll.* sed etiam effectu ipso nulla secuta abstentione fideem quæ probaretur: & ideo succederet, quod iam disputauimus, suo herede existente, quamuis se non immiscente, præsertim qui nec abstineat nullum vulgari substituto ius aperiri, neque quod ad ius ciuile, neque quod ad prætorem. Media verò illa sententia quam Bartolus inducit vt patre & filio simul mortuis, neuter intelligatur superuixisse, præter id quod nullo iuris loco probatur superioribus etiam legibus apertè refellitur, quæ volunt pro casuum diuersitate, vel filium patri, vel patrem filio præmortuum, censeri. Quod cùm ita sit, non video qua ratione fieri possit, quod vult Bartolus, vt substitutus in ea specie possit admitti & tanquam vulgaris & tanquam pupillaris. Vulgaris enim supponit, patrem: pupillaris verò, filium superuixisse. Quinimo nec aliter posset admitti substitutus ex vulgari, quàm si probaret conditionem substitutionis vulgaris extitisse, id est, filium institutum patri non superuixisse. Nec tutus ex pupillari aliter quàm si probaret pupillaris conditionem euenisse, hoc est, filium superuixisse, quia cùm substitutiones omnes habeant adnexam aliquam conditionem, necesse est eum qui agit ex dispositione conditionali ante omnia probare implementum conditionis, quo non facto, non deficit quidem ius, sed deficit probatio *leg. duo sunt Tity. 30. D. de testam. tutel.* & idcirco dicendum esset, substitutum excludi ab vtriusque, tam patris, quàm filij hereditate testamentaria, vt *in leg. si eius. 34. D. ad Senatusconsultum Trebellianum.* fideicommissarius vocatus ad partem illius ex liberis qui nouissimus moreretur, neutris partem consequitur, si non possit probare quis nouissimus decesserit, eique ob hanc causam in vtriusque hereditate præfertur mater quæ vtrique succedit ab intestato. In ea verò specie quam tractamus: De patre & filio simul mortuis, hoc amplius esset quod quæ incertitudinis ratio summoueret substitutum ab vtriusque hereditate, eadem legitimos quoque heredes summoueret si non idem & patris & filij legitimus heres esset, vt *in dict. leg. si eius*, quoniam neque patris, neque filij legitimus heres, quisquis ille esset, succedendi ius haberet, neque in totum neque pro parte, nisi probato, quod ille superuixisset cuius hereditatem ipse vindicaret. Atque ita probationum defectu hereditas vtraque vacaret, fierentque bona vacantia. Et ob hanc nimirum causam, ne absurdum hoc euenirent, placuit ciuili legislatori præsumptiones in defectum probationis induci, vt in facti quoque incerto ius tamen certum constitueretur, nec legitimarum hereditatum iura fluctuarent. Denique quod corollarij loco addit Bartolus, † substitutionem istam partim expressam pupillarem, partim vulgarem tacitam, continere vtrumque casum copulatiuè, vt siue vterque, siue alteruter casus euenirent, sufficiat: hoc verò est quod probari oportebat aliter, ac meliùs quam *ex d. l. 4. de vulg. & pupill. substit.* de cuius sententia & interpretatione scripsimus *in Errore vltimo Decadis præcedentis.* Huic verò Bartoli & aliorum interpretum errori quem nos refutauimus, contrarius ille aliorum est, qui volunt † vulgarem 10
istam tacitam, aut vt vocare malunt, & elegantiùs, à lege subintellectam, ad solius pupilli bona pertinere, id est per eam fieri, vt soli impuberi non etiam patri succedatur. Quam sententiam primus ni fallor induxit Antonius Goueanus in suis illis acutissimis contra Bart. commentariis *ad tit. de vulg. & pup. subst.* distinguens casum vulgarem à substitutione vulgari: quasi pupillaris casus substitutione impuberi facta in casum pupillarem trahendus quidem sit ad casum vulgarem, vt pupillo etiam in eum casum, quo heres non erit, substitutus datus dici possit, sed non substitutio pupillaris ad substitutionem vulgarem. Motus ea potissimum ratione quæ certè magna est, quod constitutioni Diui Marci quæ sola fecit, vt substitutio in alterum casum facta in vtrumque facta esse existimetur, solus pupilli fauor causam dedit, cuius vtique interierat testamentarium potiùs quàm legitimum heredem habere, & cui

non

non poterat imputari, cur non aptioribus & apertioribus verbis heredem scripsisset, cùm non ipse sibi testamentum faciat, sed patri ipsi. Nec ad rem facere quod hac ipsa ratione dicendum videatur ex hac vulgari tacita, etiam patri succedi oportere, quod pupilli quoque interfit, vt patris testamentum confirmetur, sine quo pupillare non valeret. Non enim si in aliquo fauendum pupillo fuit, vsque adeo tamen ei fauendum est, vt tota iuris ratio peruertatur, quod contingeret si ex pupillari testamento, paternum vires accipere posset, vt contra Bart. disputauimus in superioribus ex *l. ex pupillari. 44. de vulg. & pupill. subst.* Sed & in eo non nisi per consequentias faueretur pupillo, principaliter verò patri, cui tamen imputandum est, cur non aliter & aptius sibi fecerit testamentum, per expressam vulgarem substitutionem, ne remaneret sine herede in eum casum quo filius heres non esset. Verùm quamquam ista non insubtiliter dilcruntur, prol antque optimè, si quid mei iudicij est, nullam esse posse vulgarem tacitam per quam patri succedatur, nunquam tamen mihi persuadebunt, aliquam vulgarem tacitam esse, per quam impuberi & quidem soli succedatur. Nam vt ex alia parte Bartolus disputat, inauditum est nec vllo vsquam iuris loco proditum, vt per vulgarem substitutionem, siue expressa, siue tacita illa sit, impuberi heres detur. Illud verò longè absurdius vt pupillaris substitutus succedat impuberi quin succedat etiam patri, tum quoque cùm filius impubes abstinuit se ab hereditate patris, bonáque omnia paterna fuerunt vendita, vt in specie *d. l. paterfamilias. 28. de reb. auctor. iudic. possid.* Itaque cùm vtrumque verum sit, & quod vult Goueanus contra Bartolum, nullam esse tacitam vulgarem per quam possit succedi patri ad confirmandum paternum testamentum & quod vult Bartolus contra Goueanum, nullam posse tacitam vulgarem esse per quam pupillo succedatur, quid aliud inferre possumus ex tam diiunctis sententiis, quàm quod omnino consequens & verissimum est, vulgarem tacitam nullam esse?

ERROR V.

De tacita vulgari & pupillari cùm mater est in medio, & ad l. vlt. C. de instit. & substit.

SVMMARIA.

1 *An tacita vulgaris locum habeat cùm mater est in medio.*
2 *Distinctio Bartoli.*
3 *Rationes Bartoli.*
4 *Contraria autoris disputatio.*
5 *Vulgaris tacita si qua esset, etiam matrem excluderet.*
6 *Tacita pupillaris etiam contra matrem locum habet.*
7 *Pupillarem substitutionem tacitam sola Diui Marci Constitutionis potestas inducis non refragante testatoris voluntate.*
8 *Lex nihil facit sub conditione.*
9 *Cur in specie l. precibus. 8. C. de impuber & al. subst. is qui pupillo substitutus erat in casum vulgarem expressum non admittitur in pupillarem.*
10 *Vera sententia l. vlt. C. de inst. & subst. aduersus interpretes asserta.*
11 *Tacitam pupillarem etiam contra matrem locum habere, probari ex l. Lucius 45. D. de vulg. & pup. subst.*
12 *Responsio Bartoli & aliorum ad d. l. Lucius refertur & diluitur.*
13 *In specie l. Scaeuola. 76. ad Trebell. substitutio pupillaris etiam ipso iure inutilis defenditur benigna interpretatione aduersus matrem.*
14 *Ratio propter quam Bartolus tacitam pupillarem negat contra matrem admittendam explodatur.*
15 *Alia eiusd. Bartoli ratio reiecta.*
16 *Commentitia interpretatio d. l. vlt. C. de inst. à Bartolo inuecta refertur.*
17 *Refutatio eiusdem interpretationis, in qua complures Bartoli errores notantur.*
18 *Ius adcrescendi inter coheredes quando tacita quadam substitutio habeatur.*
19 *Error Bartoli putantis substitutum sub ea conditione, si posthumus non nascetur, admittendum esse ex tacita vulgari etiam nato posthumo, si mater in medio non sit.*
20 *Substitutio vulgaris, si heres non erit, duos casus continet, vnum voluntatis, alterum impotentiae.*
21 *Suus heres cui extraneus coheres adiectus est, non eò minùs suus heres manet.*
22 *In specie d. l. vlt. admittitur substitutus non ex alia substitutione, quàm pupillari tacita.*

SEquens apud Bartolum quæstio est *ad d. l. 1. num. 41. de vulg. & pup. subst.* Verum tacita † vulgaris locum habeat cùm mater 1
est in medio. Et distinguit † an de matre 2
pupilli tractetur, an de matre testatoris. Si de matre pupilli, vult habere locum quod & Accursius sentit, quia, inquit, per tacitam vulgarem non succeditur impuberi, sed testatori, ob idque nullus potest esse fauor matris pupilli cùm agitur de patris hereditate. Si verò de matre testatoris, non esse inducendam tacitam vulgarem contra matrem patris, eadem ratione qua nec tacita pupillaris contra pupilli matrem admittitur. Concludit itaque nec tacitam vulgarem, nec tacitam pupillarem admitti posse contra matrem illius cui succeditur. Idémque repetit *ad l. 2 num. 32. & 34. eod. tit.* vbi addit ita omnes interpretes existimare *ex l. vlt. C. de instit. & subst. & l. precibus. 8. C. de impub. & aliis subst.* Adfertque duplicem † huius sententiæ rationem. Vna 3
est, quod cum per vulgarem, siue expressam, siue tacitam succedatur patri, per vulgarem verò etiam tacitam succedatur impuberi, non potest bona esse consecutio vt testator, qui in sua hereditate prætulit impuberis filij sui matri extraneum, idem eundem ipsum voluerit præferre in filij quoque successione *d. l. vlt. C. de instit. & substit.* Alia ratio est, quia mater cùm à filio prætenita est, habet querelam inofficiosi testamenti quam non habet cùm à patre pupillariter substituente prætenita fuit *l. Papinianus. 8. §. sed nec impuberis. D. de inoff. testam.* Vnde noluit lex per suam interpretationem excludere matrem à querela, si eam testator expressè non excludit. Sic enim apud Bartolum legendum est. Mihi † tota hæc interpretum nostrorum traditio non solùm 4
suspecta iamprudem, sed etiam improbabilis semper visa fuit, vt ex iis constare potest quæ scripsimus *lib. 15. Coniect. cap. 9. & seqq. de sententia. d. l. vlt. C. de instit. & substit. & d. l. precibus*, quas leges ostendimus ad rem istam, opinionémque interpretum confirmandam nullomodo pertinere. Ideóque breuiores hic erimus, nec ea quæ ex illis locis peti commodè possunt, repetemus. Sed tamen vt habeant etiam qui hæc sola legent in quo sibi satisfaciant, dicemus obiter. De tacita quidem vulgari an testatoris matrem excludat, superuacuam esse disputationem, cùm huiusmodi vulgaris substitutio tacita, vt iam diximus, nulla sit, quæ † tamen 5
si aliqua esset, matrem ipsius etiam testatoris excludere proculdubio deberet, quandoquidem vulgaris substitutio qualiscunque tandem illa sit, siue expressa, siue tacita, nihil aliud est quàm secunda institutio, à qua incipere testamentum potest & debet postquam prima

defecit,

defecit, quo admisso nullus legitimæ successioni locus relinquitur, nec proinde matri ab intestato tantùm succedendi, quia tritum est, quandiu deferri hereditas ex testamento potest non deferri eam ab inte-
6 stato. De tacita † verò pupillari non posse dubitari apud eos qui iuris rationem callent, quin locum habeat etiam contra matrem. Nempe quia testamentum filij est cuius vtique interest habere testamentarium heredem potiùs quàm legitimum; siue honorem inspicias, quoniam nihil habet ciuis Romanus honorificentius factione testamenti, siue vtilitatem quòd pupilli salus sit longè tutior, minúsque exposita insidiis agnatorum dato ei substituto pupillari præsertim qui ignoretur clausis, vt ob hanc rationem olim fiebat, tabulis pupillaribus, nec nisi post pupilli mortem aperiri iussis, quemadmodum tractat Iustin. *in §. sin autem quis ita. inst. de pup. subst.* Atqui non potest filius habere testamentarium heredem per substitutionem pupillarem, siue expressa illa sit, siue tacita, quin legitimi heredis cuiuslibet etiam matris exclusio inducatur. Cùm igitur non possit fauor matris ad luctuosam filij hereditatem admitti volentis tantus esse, vt non maior ipsius pupilli esse debeat ad habendum rationem salutis & vitæ pupilli, quippe quæ successionis pupillaris causam tempúsque præueniat, fatendum est non posse fauorem matris efficere, vt ob id solùm nulla pupillaris substitutio esse intelligatur, quod si nulla esset, pupillo succedere mater ab intestato posset. Alioqui dicendum esset futurum, vt ex euentu penderet ac non potiùs ex patris voluntate, & ex Marci constitutione, an vulgaris substitutio expressim facta filio impuberi contineret pupillarem necne, cùm in euentu dubio positum sit, an filius in pupillari ætate moriturus sit ante matrem, an post matrem. Quod tamen absurdum
7 esset, quia pupillarem † substitutionem tacitam inducit potestas constitutionis sola, quæ & hoc solùm requirit vt non refragetur voluntas testatoris *d. l. iam hoc iure. 4. de vulg. & pup. subst.* Nemo autem dixerit refragari voluntatem testatoris, ob id solùm quod mater sit in medio, cum nihil de matre pater dixisse proponatur. Sicut nec illud dici potest. Eo tempore quo pater vel testatur, vel moritur, inducendam quidem potestatem constitutionis, sed sub illa conditione, si ante filium mater moriatur (quod tamen dicendum esset, si sententiam interpretum sequeremur.) Nec enim lex
8 quicquam † facit vnquam sub conditione, sed vel purè & præcisè vel nullomodo. Itaque vel iam tum, cùm pater testatur, aut saltem cùm moritur, facta impuberi filio substitutione vulgari expressa, locum habere incipit const. D. Marci, vt exinde certum esse incipiat moriente quandocunque impubere futurum vti debeat substitutus admitti iure pupillaris substitutionis & quidem omnimodo, i. siue tùm mater in medio erit, siue non. Vel ex eo testamenti mortisve tempore certum est numquam admissum iri substitutum in casum pupillarem, nec si filius post matrem decedat impubes. Pendére namque ex futuro ac incerto euentu potestas constitutionis non potest: nec quemadmodum voluntas testatoris pleráque tacitas conditiones recipit per interpretationem, *vt in l. cum auus. 102. de cond. & demonst.* ita & potestas legis tacita vnquam conditione suspenditur, nisi quæ sit omnino ex natura actus, vt *in l. si ita legatum. 65. §. 1. l. aliquando. 107. de cond. &*
9 *demonst.* Neque moueri debuerint † interpretes *ex d. l. precibus*, in cuius specie is qui pupillo substitutus erat in casum vulgarem expressum non admittitur in pupillarem, non quia mater esset in medio, vt volunt nostri, sed quia substitutio à patre milite facta proponebatur, in cuius testamento speciale est, vt constit. D. Marci de protrahendo casu vulgari ad pupillarem locum non habeat, quoniam testamenta militum sicut aliam legem nullam habent, nisi vt nullis legibus regantur, ita ex nuda militum voluntate æstimanda sunt, non ex legibus aut Imperatorum constitutionibus, quæ legum vim obtinent, interpretanda. *l. in testamento. 6. C. de test. milit.* Idque est quod significant verba illa Imperatorum *in d. l precibus. maritus quondam tuus miles defunctus.* Et rursum, *si quidem in patris militis positus potestate*, vt mirum sit in re tam aperta, iámque à recentioribus ferè omnibus bene obseruata (si Cuiacium excipias quem pene incredibile est, tam grauiter errasse *lib. 12. Obserու. cap. 27. in fin.*) tot tantósque interpretes vitro cæcutisse. Quod verò à Iustin. † constitutum est *in l. vlt. C. de inst. & substit.* vt mater 10
substituto pupillari præferatur, non eam rationem habet quasi senserit Iustinianus ex ratione iuris mentéque testatoris generaliter constituendum esse, quod interpretibus placet, vt tacita pupillaris nunquam inducatur contra matrem, sed ex specialibus facti circunstantiis deducitur, quæ si in specie illa non interuenissent, aliud vtique constituturus fuerat Imperator, etiamsi mater in medio fuisset. Duæ autem potissimùm circumstantiæ aderant, quæ pro matre valde vrgebant. Vna erat quod substitutus vocatus fuerat non in casum illum generalem vulgaris substitutionis, *Si filius posthumus heres non esset*, sed specialiter in illum *si posthumus non nasceretur*, qui casus etsi non eo minùs admittebat constitutionem Diui Marci (alioqui etiam sublata de medio matre, substitutus admitti in casum pupillarem nunquam posset) difficilius tamen recipiebat hanc interpretationem quàm ille generalior, *si posthumus heres non esset*, quia quo specialior casus est qui expressus fuit, eo difficilius recipit interpretationem ne illa non tam interpretatio, quàm extensio & supplerio dicenda esse videatur. Cúmque constitutio Diui Marci non aliter locum habeat, etiam in testamentis paganorum quàm si patris voluntas non refragetur. *dict. l. iam hoc iure. ad finem*, nemo non videt patrem qui substitutum vocauit in eum nominatim casum quo mater nulla esset, id est, quo posthumus non nasceretur (nec enim potest esse mater cuius filius nullus est, nec rursum filius qui editus nunquam fuit, *l. in Falcidia 9. §. 1. D. ad leg. Falcid.*) non similiter cogitasse de illo vocando in eum casum quo posthumus nasceretur & postea decederet superstite matre si quidem ea ratione fieret, vt à luctuosa filij hereditate excluderetur mater, quam testator matrem futuram esse non credidisset, in eum casum quo substitutus admitteretur. Altera erat circunstantia, quòd mater instituta erat ex parte hereditatis, datáque coheres posthumo etiamsi posthumum aliquem nasci contingeret. Inde namque voluntatis coniecturam magnam sumebat Papinianus, quòd pater noluisset à luctuosa filij hereditate excludi matrem, quam in propria sua hereditate ipsi quoque filio coheredem dedisset. Ergo si neque coheres data mater fuisset, neque substitutus in eum specialiter casum vocatus, quo posthumus non nasceretur, immò si alterutrum illorum defuisset, non est dubitandum quin consensuri fuerint Papinianus & Vlpianus in respondendo pro substituto contra matrem. Nam nec Iulianus ipse dissimulat, quin eius constitutionis & species & ratio sit singularis, nec facilè ad alios casus porrigenda, vt ostendunt verba illa *in huiusmodi casu.* Et verò quis dicat post Marci constitutionem si quæratur an vulgaris expressa facta verbis illis generalibus *si posthumus heres non erit*, ad pupillarem trahenda sit, voluntatis esse quæstionem? Cuius enim effectus & potestatis esset ea constitutio, si saluam relinqueret quæstionem voluntatis? Fateor quod iam dixi, non esse constitutioni locum si patris voluntas refragetur. Sed dico ei incumbere qui substitutum excludere vult, vt probet voluntatem patris refragari, non autem substituto esse imponendam necessitatem, vt probet à suis partibus

esse

esse testatoris voluntatem. Nec si mater sit in medio, præsertim si ponas factam fuisse substitutionem vulgarem filio impuberi iam nato. Alioqui non erat cur Vlpianus, Papinianus, & Iustinianus cõciperent quæstionem in posthumo & in substitutione facta in eum nominatim casum quo posthumus non nasceretur, denique cur tot vndique rationes tacitæ voluntatis pro matre cõquirerent, maximè ex eo quod fuisset filio coheres data si vna illa ratio sufficere poterat, quod mater esset, solam autem matris præsentiam non facere vt eo minus tacita pupillaris inducatur effectúmque habeat
11 etiam contra matrem, † perinde ac contra quemlibet alium legitimum heredem, apparet manifestissimè ex *leg. Lucius.* 45 *D. de vulg. & pupill. substit.* in cuius specie reciproca substitutio, quæ non alia est quam vulgaris expressa, inter fratres facta, matre in medio existente pupillarem tacitam non idcirco non continet quam mater in medio esset, at qua, vt lex ait, non eius conditionis ambo fratres erant, vt substitui pupillariter vtique posset: cum alteruter naturalis esset, hoc est in seruitute susceptus, vt *in leg. Lucius.* 88. §. *Dama. in fin. de leg.* 2. & consequenter non ex iustis nuptiis, quæ scilicet inter seruos esse non possunt, nec proinde in patris potestate. Neque habent interpretes nostri quod respondeant. Nisi †
12 quod in ea specie substitutus erat ex liberis, quem propterea verisimile erat ex voluntate patris præferendum matri, in eóque melioris conditionis esse debere quàm extraneum: quo nomine intelligunt omnem qui non sit ex liberis etiamsi sit frater testatoris. Sic enim Accursius, Bartolus, & communiter cæteri ad *dict. leg precibus. in glos. magna.* & idem Bart. *ad dict. leg. Lucius num.* 1. Prorsus improbabiliter. Etsi enim nõ nego maiorem æquitatis & fauoris rationem plerunque facere pro liberis, quàm pro extraneis, vt in specie *dict. leg. cùm anus.* 102. *De condic. & demonst. leg. cùm acutissimi.* 30. *C. de fideic.* Attamen cùm de pupillari substitutione siue expressa siue tacita disputatur, non tam substituti, quisquis ille sit, quàm impuberis, cui substitutio sit, fauor inspicitur, cuius solius gratia & ius substitutionis pupillaris moribus populi Romani inductum, & cõstitutio D. Marci de casu vulgari ad pupillarem porrigendo lata fuit. At impubes non potest non esse ex liberis testatoris, vt conuenit inter omnes. Cùm igitur omnes etiam fateantur meliorem filij testatoris quàm matris conditionem esse debere, consequens fit, vt quoties voluntas nõ obscura testatoris minimè refragatur, ea semper interpretatio capienda sit quæ faueat substitutioni, quamuis inde futurum sit vt mater in totũ excludatur, siue proponas filium testatoris siue extraneum fuisse substitutum. Idque meo iudicio non eleganter probari potest, ex eleganti illo Scæuolæ responso, quod
13 extat in *leg. Scæuola. 76. D. ad SC. Trebell.* vbi † cùm substitutio pupillaris inutiliter impuberi facta proponatur, quòd in codicillis scripta fuisset, atque ita certum esse vniuersam pupilli hereditatẽ iure legitimo ad matrem superstitem pertinere, non dubitat tamẽ Scæuola, quin benigna interpretatione defendenda sit illa pupillaris substitutio iure fideicõmissi, vt mater eam pupilli hereditatem substituris planè extraneis ex fideicõmisso restituere obligetur. Nam si substitutio pupillaris etiam ipso iure inutilis defenditur benigna interpretatione contra matrem, vt in fideicõmissum conuertatur, quãto magis fuit Scæuola admissurus pupillarem tacitam vtilem ex vulgari expressa etiam vtili inducendam, concurrente fauore non modò substitutorũ & tuendæ voluntatis pupilli, sed ipsius etiam impuberis vt cum testamento decessisse videri posset, quamuis ea ratione futurum esset vt legitimum ius matris læderetur? At sanè quid potest absurdius excogitari quàm vt dicamus
14 cum Bartolo, † tacitam pupillarem ob id potissimùm admittendam non esse contra matrem, quod ipsa de filij testamẽto inofficioso non possit conqueri aduersus pupillarem substitutum? Quænam obsecro ista ratio est, vt tam pupilli hereditatem habere mater debeat, ob hoc solum, quod alioqui nec legitimam esset habitura? Nam si impuberis patri conceditur matrem etiam à legitima portione impunè remouere, nec voluntatis quæstio vlla relinquitur cùm expressa substitutio pupillaris facta est, an à legitima quoque matrem impuberis excluſam esse pater voluerit, quidni eidem liceret idem allequi substituendo filio vulgariter, postquam D. Marco placuit sufficere quod substitutio facta sit impuberi in primum casum vt in secundum quoque facta esse intelligatur? An fortè difficilius est vt mater à tota hereditate filij, quam à legitima portione remoueatur? Atque ita eluditur secunda ratio Bartoli à nobis initio capitis relata, quæ tamen maioris momenti esse videbatur. Prior enim illa † quod per vulgarem succedatur soli patri, per pu- 15
pillarẽ verò soli impuberi, prorsus leuis est. Cum enim substitutum ex pupillari tacita matri præferendum esse volumus, non argumentamur ab hereditate patris ad hereditatem pupilli sed à pupilli expressa ad tacitam, & à tacita ad expressam, quod optimum & certissimum argumentum est post D. Marci constitutionem, cuius definitio cùm sit generalis nec illam habens distinctionẽ quæ minimè prætermittenda erat. An mater superstes esset necne videre non possum cui non sit etiam generaliter & indistinctè accipienda vulg. *l. de pretio.* 8. *D. de publician. in rem act. l. in fraudem.* 15. §. *vlt. D. de min. sest.* At ex aduerso malè argumentantur contra nos Bartolus, Cuiacius, & cæteri, *ex d. l. vlt. C. de inst. & subst.* cum ab exclusione substituti dati posthumo nondum nato, & in eum specialiter casum quo non nasceretur? argumentantur ad exclusionẽ substituti in casum vulgarem generalem expressum dati filio iam nato. Est enim longè diuersa horum casuum ratio, præsertim cùm quæritur, non tam de admittendo substituto, quàm de matre excludẽda ab hereditate vt supra dictum est, sed omnium suauissimus est † dum subtilé agit in excogitando nouo, 16
vt ipse gloriatur, intellectu *d. l. vlt.* Et ratio qua mouetur vt aduersus Accursium sentiat, suauior. Ait enim non posse sibi placere vt ex ea *l. vlt.* inferatur, tacitam pupillarem contra matrem admitti non debere, quia inquit, hoc esse certum iuris est certi & aperti *d. l. precibus.* Atqui in *d. l. vlt.* dicitur quod de illo casu erat contentio inter Vlpianum & Papinianum. Ergo non est dicendum quod ipsi dubitarent de eo, quod est ius apertũ & clarum. Itaque assumit pro certo & explorato quod nos falsissimũ esse probauimus. Quid ergo noui habet quod adferat in quæstione iam iis temporibus tantopere agitata? Hoc vnum, quod vult in ea specie posthumum natum decessisse non adita hereditate, nec existentiam sui heredis ibi operari additionem, quod inquit, posthumus haberet extraneum coheredem. *ex l. apud Iulianum* 11. §. *idem Iulianus. D. ad SC. Trebell.* Quæstionem verò illam proponi, Vtrum substitutus admitti debeat ex vulgari tacita inf hunc casum, an mater. Et responderi, quod licèt ibi tractetur de hereditate viri, tamen mater excludit substitutum, ex præsumpta volũtate defuncti, quia ipsam matrem instituit pro parte, & quia testator plus diligit matrem propter filios *l. cùm quis.* 10. *C. de natur. liber.* Et ideo est verisimile ait Bartolus quod velit hereditatem lucrosam ipsius defuncti ad eam pertinere & substitutum excludi, nisi mater prior decedat, quia tunc admittitur substitutus. Et hic est casus singularis in illa lege. Alias autem tacita vulgaris admittitur contra matrem impuberis, quia de eius impuberis successione tractatur. Hæc ipsa sunt verba Bartoli, † erroribus 17
vndique redundantia. Primùm in eo quod ponit posthumum natum decessisse non adita hereditate. Quasi verò adeundam habeat patris hereditatem posthumus qui ipso iure heres est cùm sit suus & necessarius, cuiusque singulare hoc ius est vt & rumpat testamentum succedendo & succedat rumpendo *l. 2. 3. & pass. C. de*

posthum.

posthum.hered.instit l.nam etsi.5.vers.rumpendo. D.de iniust.rupt. Secundo in eo quod addit existentiam sui heredis nihil operari propter datũ posthumo extraneum coheredem. Hoc n.iam nos refutauimus *in Err.8. Dec. 30.ex l.3 C.de iur.delib.* aliisque iuris locis. Tertio in eo quod vult quæstionem proponi de vulgari tacita & de ipsius patris hereditate cum tamẽ apertissimè proponatur de tacita pupillari & de impuberis successione iis verbis *matrem magis ad eius venire successionem. Eius* scilicet *impuberis.* Immediatè siquidem præcedit *& impubere defuncto.* Quæ autem sequitur ratio idipsum demonstrat, *si enim sua substantia partem vxori dereliquit, multo magis & luctuosam hereditatem ad matrem venire curauit*, luctuosam enim hereditatem vt Iustinianus, nõ vt Bart. ineptè legit *lucrosam* : pupillarem solam intelligit, ad id respiciens quod liberorum hereditates etsi contra votum naturæ & parentum, tamen miserationis & pietatis ratione superstitibus deferuntur *l.scripto.7.§. vlt. D.vnd.liber.l.nam etsi.5 in princ. D.de inoff.test.l.iure succursum.6. D.de iur.dot.* Nec enim potest dici vxori luctuosa esse hereditas mariti cùm iure simili coniux cõiugi ab intestato non succedat, sed tantùm iure prætorio, ita demum si consanguinei & propinqui nulli sint. *l.vnic.C.vnd.vir.& vxor.l.3.quor.bonor.* Estque apud Iustinianũ antitheſis in illis verbis *substantia sua partem, & luctuosam hereditatem*, cùm iuxta Bartoli interpretationẽ scribi potiùs debuisset, *Si enim sua substantia partem vxori dereliquit, multo magis & aliam eiusdem substantia partem ad matrem venire curauit.* Quæ tamẽ ratiocinatio esset ridicula. Quomodo enim posset bona esse cõsecutio ab ea hereditatis parte quæ vxori disertis verbis data esset, ad eam in qua nec instituta ipsa fuisset, nec substituta? Et præterea quis fauor posset esse matris tanquam matris in ea hereditate quæ non esset? Aut cui ea portio ad matrem peruenire deberet propter filium qui heres nunquam extitisset? Rursum quis vnquam audiit potiorem esse causam iuris adcrescendi in hereditatibus, quam substitutionis? Etsi enim dici solet
18 ius adcrescẽdi † inter coheredes esse velut tacitã quandam substitutionem *l. si Titio & Mœuio.6.§. Iulianus.de leg.2.* id tamen tunc obtinet cum in deficiente coheredis portione substitutus nemo fuit. Semper enim substitutus præfertur coniuncto, dummodo cõtingat casus substitutionis *l. quidam testamento.30.de vulg.& pupill. substit.l.nunc.§.in primo.& §.sin autem aliquid.C.de caduc. tollend.* quoniam hominis prouisio tollit prouisionem legis, vt vulgo nostri ratiocinãtur quos refert & sequitur Mich. Crall. *in §.substitut.q.14.* vbi addit idem quoque placere interpretibus in vulgari tacita comprehẽsa in pupillari & quidẽ indistinctè, id est, tametsi qualitas aliqua sanguinis vel adfectionis cõcurrat, quæ pro iure adcrescendi facere videatur. Quod & ego libenter admitterẽ si persuadere mihi possem aliquam esse tacitam vulgarem. Adieci *dummodo contingat casus substitutionis* quia si pluribus simpliciter institutis alius simpliciter substitueretur, is non tam vni ex institutis quàm toti gradui videretur substituturus, vt ex communi concludit Crall. *d.q.14. in fin.* probatúrque *ex d.l. quidam.* Atqui non negat Bart. cõtingere casum substitutionis in proposita specie si posthum. natus fuerit, & hereditatem, vt ipse loquitur, non adierit. Alioqui nec si mater in medio non esset, admitti deberet substitutus qui cõditione defectus fuisset, quem tamen admitti vult Bart. si mater ante filium decesserit. Cur non ergo admitteretur etiam matre in medio existente? Quanquã in eo quoque errat
19 Bart. † ac multo grauius, quod putat substitutum sub ea conditione, *si posthumus non nascetur*, admittendum esse ex tacita vulgari etiã nato posthumo, si mater in medio non sit. Qua enim ratione potest admitti, cùm defecit casus in quem nominatim fuerat substitutus. Immo dicendum est nullomodo videri eum substitutum ne quidem sub conditione, vt in diuersa licèt specie respõdit Modest. *in l.commodissimè 10. D.de liber.& posth.* Deniq; hoc vellem scire, Vnde Bartolus hauserit vulgatẽ istam tacitam quam inducit non ex pupillari expressa, sed ex vulgari expressa quidẽ, sed in alium nominatim casum facta. Scio vulgarem substitutionem † factam verbis illis 20
generalibus, *si heres non erit*, continere duos casus qui licet specialiter expressi non sint, pro expressis tamen habentur, casum scilicet noluntatis & casum impotentiæ, vt interpretes loquuntur, ex quibus casibus qui posterior est, alios quoque plures sub se continet, cùm variis de causis fieri possit, ne is qui institutus fuit, possit esse heres etiamsi maximè velit. Sed nego substitutionẽ vulgarem factam expresse in casum noluntatis trahi posse ad casum impotentiæ aut contrà: neque verò minùs necessaria esset in hanc rem cõstitutio aliqua, quàm fuit necessaria potestas constitutionis D.Marci, vt casus vulgaris substitutionis factæ impuberi traheretur ad pupillarem. Quòd si nec post illam constitutionẽ casus pupillaris expressus trahi potest ad vulgarem, i. vt loquar apertiùs, si vulgaris tacita nulla est, etiam quæ ex pupillari expressa inducatur, quemadmodũ præcedentibus contra interpretes à nobis disputatum est, qua fronte possumus inducere sine iuris autoritate, ac sine exemplo nouam istam vulgarem tacitam, quæ ex alia vulgari in contrarium nominatim casum expressa colligatur. Adde quòd cũ in specie *d.l.vlt.C.de inst.& sub.st.* posthumus natus patri heres fuerit suus & necessarius, nec vnquam aut ipse, aut alius quisquã ipsius nomine abstinuisse proponatur, nullus vulgari substitutioni, siue expressæ, siue tacitæ locus relinquitur, quæ nimirũ nunquam fit, nisi in casum non agnitæ hereditatis. *l.post aditam.5.C.de impub.& aliis subst.l.ex contractu.44.D. de re iudic.* Tantùmque abest vt dicendum sit cum Bartolo, impeditũ fuisse ius sui heredis propter adiectum extraneũ coheredem, vt è contrario vel ex vno illo maximè loco probare liceat. Suum heredem † etiam cui ex- 21
traneus coheres adiectus sit, non eo minùs suum heredem manere, & cõsequenter non solùm ipso iure heredem esse, quamuis se abstinear, verùm etiam à prætore loco heredis haberi in omnibus si se non abstinuerit. Nec enim dubitandum est quin siue Vlp. & Papin. siue Iustinianũ cõsulas, admittatur substitutus † in ea specie 22
quam tractamus, non ex vulgari substitutione expressa, quę proculdubio defecit nato posthumo, cùm facta esset sub ea conditione, *si posthumus non nasceretur*, neq; rursum ex vulgari tacita, quæ omnino nulla est, saltẽ quæ ex vulgari expressa induci queat aut debeat, sed ex pupillari tacita, quam ex vulgari expressa elicit non coniectura voluntatis aut interpretatio prudentũ, sed autoritas constitutionis D.Marci, quæ si non esset, nullomodo certè substitutus admitteretur, quod & cæteris omnib. interpretibus contra Bart video placere, qui has Bartoli ambages & phantasiam vocant. Neque tamen potest ea constitutio facere, vt omnimodo admittẽdus sit substitutus, sed ita demũ si vel posthumus editus nõ sit, quo casu nõ ex tacita pupillari admittitur, sed ex vulgari expressa, vel natus quidẽ sit posthumus, sed ante ipsũ mater decesserit, propter concurrentes hoc casu pro matre illas facti circunstantias, de quibus superiore cap. diximus, illam præsertim quod matre impuberis patet ipsi impuberi coheredẽ ex parte dedisse. Inde namq; potissimum fit non vt voluntas patris refragetur, ne vulgaris casus ex const D.Marci trahatur ad pupillarem (alioqui nõ traheretur nec si prædefuncta esset mater) sed vt voluntas refragetur ne trahi possit in præiudicium matris, cui si propriæ substantiæ partem pater reliquit, multo magis luctuosam impuberis filij hereditatẽ saluam relinquere voluisse intelligitur, quam tamen ademisse dicendus esset, si in hunc quoque casum superstite matre substitutum inuitasse crederetur. De alia vulgari tacita itém que de pupillari quæ in compendiosa continetur an excludat matrem postea dicemus.

ERROR VI.

De ſubſtitutione vulgari mixta vt vocat, partim expreſſa, partim tacita.

SVMMARIA.

1 *A Bartolo profecta diſtinctio ſubſtitutionis vulgaris in expreſſam, tacitam, & mixtam.*
2 *Expreſſa eidem triplex.*
3 *Qua ſit omnino tacita ſubſtitutio.*
4 *Mixta duplex.*
5 *Contraria auctoris diſputatio, qua probat primùm nullam mixtam eſſe ſubſtitutionem.*
6 *Subſtitutio expreſſa facta in vnum caſum non poteſt porrigi ad alterum citra legiſlatoris autoritatem.*
7 *In conditionibus ſubſtitutionum paria non ſunt nolle & non poſſe.*
8 *Diſtinctio conditionis in neceſſariam & voluntariam cum de ſubſtitutione vulgari agitur eſt inutilis.*
9 *Error Bartoli exiſtimantis nepotem Aquilianum dicendum eſſe vulgarem ſubſtitutum.*
10 *Alij eiuſdem errores de productione vnius caſus ad alium in formula Galli Aquilij.*
11 *Vera ſententia l. Titius 25. §. 1. D. de lib. & poſthum. aduerſus Bartolum & ſequaces aſſerta.*
12 *Subſtitutio reciproca expreſſa eſt non tacita aut mixta quoad verba, contra Bart. & alios.*
13 *Propriè nulla eſt ſubſtitutio niſi qua eſt vulgaris.*
14 *Subſtitutionis nomine ſimpliciter prolato vulgaris ſubſtitutio ſignificatur.*
15 *Reciproca ſubſtitutio quid.*
16 *Subſtitutio qualibet diſpoſitio eſt.*
17 *Subſtitutionem tacitam in compendioſa nullam contineri ex eo quod:*
18 *Pupillaris expreſſa vulgarem nullam continet ne quidem tacitam ſequitur quod multominus compendioſam contineat.*
19 *Vulgaris ſubſtitutio vnius eſt generis & ſpeciei qua ſcilicet ſit in caſum non acquiſita hereditatis.*
20 *Diſtinctiones hic attendenda.*

1 PRimus fuit Bartolus † qui triplicem fecit ſubſtitutionem vulgarem, vnam expreſſam, alteram tacitam, tertiam mixtam, id eſt partim expreſſam, partim tacitam. Et rurſus expreſſam triplicem. † Vnam ge-
2 nere, id eſt verbis generalibus, qualem eſſe vult eam quæ continetur ſub reciproca & compendioſa, facta verbis generalibus, nec ſpecialiter collata in casū vulgaris ſubſtitutionis, hoc eſt non agnitæ hereditatis. Secundam in ſpecie, id eſt quæ fit expreſſa, verbis ſpecialibus illis, *ſi heres non erit*. Tertiam ſingulariter & in individuo, quæ vel vtrumque caſum voluntatis & impotentiæ, vel alterutrum continet nominatim. Tacitam
3 illam † quæ ſit omnino tacita, cuiuſmodi ait eſſe illam, quæ continetur in pupillari expreſſa facta in eum expreſſim caſum, *ſi filius heres erit, & in pupillari ætate deceſſerit*. Alioqui ſi omiſſa ſit prior illa pars conditionis, *ſi heres erit*, volunt noſtri vulgarem illa tacitam quæ ſub pupillari expreſſa contineatur, non eſſe omnino tacitam, ſed potiùs expreſſam verbis generalibus, & habere effectum expreſſæ ſubſtitutionis vulgaris. Mixtam
4 denique † duplicem, vnam quod ad verba quæ ſit expreſſa in genere, & tacita in ſpecie, qualis illa eſt quam idem Bartolus conſtituit primam ſpeciem expreſſæ, id eſt quæ in reciproca & compendioſa cõtineatur. Aliam quod ad caſus, cùm alteruter tantùm caſus expreſſus eſt, vel impotentiæ vel noluntatis. Alterum enim caſum qui expreſſus non ſit, in expreſſo contineri vult Bartolus, ſiue in hereditate, ſiue in legatis fiat ſubſtitutio. Sed tamen hoc ita demum, ſi ſubſtitutio facta ſit in vnum caſum ſub conditione neceſſaria, qualis ea eſt quæ ponitur in formula Galli Aquilij, *ſi filius me viuo moriatur*, non item ſi ſub conditione voluntaria, cuius proprium ius eſt, vt impleri debeat in forma ſpecifica. Item ſi facta extenſione de caſu ad caſum remaneat eadem ſubſtitutio, tam in perſona ſubſtituti, quàm in perſona inſtituti, non etiam ſi varietur perſona alterutrius. Denique niſi propter huiuſmodi extenſionem fieret, vt ea perſona excluderetur, quæ à teſtatore magis dilecta fuiſſet. Ita Bartol. ad *d. l. 1. & ad l. ſi mater. §. ſi filius de vulg. & pup. ſubſt. & ad l. Gaius. §. & quid ſi tantum. de lib. & poſthum.* cuius totam traditionem hanc, vulgo à cæteris probatam eſſe, teſtatur Mich. Graſſ. *in lib. Sentent. §. ſubſtitutio. quæſt. 7.* Quàm tamen falſa & inepta ſit, † puto ex iis quæ iam diximus ſatis appare- 5
re. Nam cùm probauerimus tacitam nullam eſſe, quæ ex pupillari expreſſa induci poſſit, ne quidem poſt Marci conſtitutionem, illud omnino ſequitur mixtam nullam eſſe. Quorum enim ſimplicia nulla ſunt, eorum neque mixta vlla eſſe poſſunt. Nec abſurdius quicquam dici poteſt, quàm vt ſubſtitutio † expreſſim facta 6
in vnum caſum, porrigatur ad alterum, citra vllam conſtitutionem, & ſola interpretum noſtrorum autoritate, vt ex eo conſtat quod ante Diui Marci conſtitutionem ne quidem vulgaris caſus trahebatur ad pupillarem, quamuis pupilli magnus fauor id ſuadere videretur. *dict. leg. iam hoc iure. in princip. de vulg. & pupill. ſubſt.* Item ex eo quod ante Iuſtiniani conſtitutionem in *leg. vlt. C. de poſthum. hered. inſtit.* poſthumus inſtitutus in eum caſum quo naſceretur viuo patre cenſebatur præteritus, ſi natus fuiſſet patre mortuo. Eſt enim lex illa vna ex quinquaginta Iuſtiniani deciſionibus continens ius nouum & iuris veteris correctorium, vt apparet ex *leg. commodiſſimè 10. D. de lib. & poſthum.* Adde *leg. Pater Seuerianam. 101. in princ. de cond. & demonſt.* Et verò quid ſimile aut commune habet hic caſus, *ſi heres eſſe nolet*, cum illo, *ſi heres eſſe non poterit*. Nam
quod ait Bartolus, † paria eſſe *nolle*, & *non poſſe*, *ex* 7
leg. 1. §. vſus. D. de procurat. non pertinet ad conditiones, quas eius naturæ eſſe, vt in forma ſpecifica impleri debeant, nec Bartolus ipſe diffitetur, *leg. qui heredi. 44. leg. Manius. 55. D. de cond. & demonſt.* illa diſtinctio, † 8
An neceſſaria conditio ſit an voluntaria prorſus commentitia eſt, neque caſum aut exemplum vllum habere poteſt in vulgari ſubſtitutione, in qua ſicut neceſſarium eſt præponi conditionem non agnitæ hereditatis, ita voluntatium, an noluntatis caſus tantùm, an impotentiæ tantum, an verò vterque exprimatur. Nec moueri debuit Bartolus ex eo quod ſcriptum credidit in *dict. leg. Gallus. 29. §. & quid ſi tantum*, in formula Galli Aquilij vnum caſum porrigi ad alium. Nam in
hac ratiocinatione triplex Bartoli error eſt. Primus, † 9
quod putat nepotem Aquilianum dicendum eſſe vulgarem ſubſtitutum, cùm tamen paſſim à Scæuola & aliis Iureconſultis dicatur inſtitutus, tota *d. l. Gallus & in d. l. ſi mater 33. §. ſi filius de vulg. & pup. ſubſt.* nunquam ſubſtitutus, quippe cui primo gradu & loco non ſecundo vt ſubſtitutis omnibus, deferetur hereditas, quamuis filium quoque inſtitui neceſſe ſit *d. l. Gallus. §. in omnibus.* nec poſſit vnquam fieri vt filius & nepos ad hereditatem ſimul admittantur: qua ratione duo heredum gradus eſſe dicuntur in *leg. cum in teſtamento 37. D. de hered. inſtit.* vt explicauimus *lib. 9. Coniect. cap. 11.* Secundus, † quod exiſtimat Bartolus eam eſſe 10
Scæuolæ ſententiam in *dict. §. & quid ſi tantum*, vt caſus vnus à teſtatore expreſſus in formula Galli Aquilij, ad alium non expreſſum porrigatur, quod non ita eſt. Id enim tantùm ſibi vult Scæuola, quãuis Galli Aquilij formula

formula concepta sit in casum mortis duntaxat, tamen ad similitudinem casus mortis permittendum esse testatori, vt alios morti similes casus exprimere possit per quos æquè fiat, vt filij persona non obstet nepoti, quominus nascatur ille suus heres auo, quod etiam pluribus à nobis explicatum est *dict. lib. 9. cap. 3.* Tertius, quòd cum Scæuola in *dict. §. & quod si tantum*, non porrigat casum mortis ad alios quoslibet, sed tantum ad similes, id est, qui æquè sint casus impotentiæ, & per quos fiat ne filius ex quo speratur posthumus nepos, patri suo suus heres esse possit. Bartolus tamen eum porriget etiam ad casum voluntatis. Quasi defendenda sit institutio nepotis Aquiliani, etiamti filius institutus superuixerit patri, neque tamen ipsius heres esse voluerit, quod certè ridiculum est, & à iuris ratione, quæ Galli temporibus vigebat, alienum. Siquidem non poterat tùm institui posthumus nisi qui suus esset. Suus autem esse non poterat nepos qui anteuertebatur à patre quantumlibet se abstinente. Nec melius est aliud argumentum, quod adfert Bartolus ex *leg. Titius. 25. §. 1. D. eodem titul. de liber. & posthum.*

11 Tantùm † enim abest, vt verum sit quod ille putat, & post eum cæteri vulgo, in ea specie fauore testamenti, & propter ignorantiam testatoris natum haberi pro non nato, quasi testator haud dubiè fuerit aliter prouisurus si sciuisset natum quem in vtero esse credebat. Vt è contrario non alia ratione moueatur Paulus, nec moueri potuerit ad eam institutionem iure ciuili defendendam, quàm quòd editus fuisset partus antequam testamentum scriberetur, cùm ex eo fieret, vt non posset videri institutus posthumus alienus, qui eo iure institui nullomodo potuisset, nec à volente testatore. Adeò vt dubitandi causa ea esset apud Paulum, quod testator neptis suæ filium instituisset, tanquam alienum posthumum, cùm testamenti tempore editum illum fuisse ignoraret. Hoc enim significant verba illa, *licèt ignorante testatore.* Ob idque non sic Paulus loquitur, vt dicat institutionem valere quamuis neptis testatoris enixa esset ante scriptum testamentum, sed contrà, ita demum valere si enixa esset prius quàm testamentum scriberetur, hoc est, ideo valere, quod eo tempore iam esset enixa. Ilia namque ratio dubitandi, quam nostri adferunt, quòd hîc neptis filius non videretur institutus, cùm testamenti verba relata essent ad id quod neptis in vtero tum gestabat, leuissima sanè est, cùm constaret de corpore de quo senserat testator: & error tantùm esset in demonstratione quæ ex improuiso euentu falsa reperiebatur, cùm tamen veritatis primordium aliquod habuisset, vt loquitur Papinianus, licet in specie dissimili in *l. cum filius. 76. §. heres meus. de leg. 2.* Cæterum nullus ibi erat expressus casus, nulla conditio in quam esset institutio collata. Nec proinde vllum ex eo loco argumentum sumi potest pro Bartolo, vt probetur institutionem vel substitutionem in vnum casum factam ad alium porrigi posse vel debere, si bene Pauli mens & ratio percipiatur, quam nec nos bene perceperamus cùm de ea scribebamus *lib. 9. Consil. cap. 2.* Mixta igitur substitutio vulgaris quod ad casus nulla est. At neque quod ad verba. Nam quæ secundum interpretes continetur in reciproca, † & in compendiosa ea vulgaris

12 expressa omnino est vel penitus nulla. Expressa omnino est quæ reciproca, i. cùm pluribus heredibus scriptis, siue puberibus, siue impuberibus, testator adiecit, *eosque inuicem substituo, vt in d. l. 4. l. coheredi. 41. §. qui discretas & §. qui patrem l. Lucius. 45. de vulg. & pup. substit.* Substitutionem enim vulgarem facit quidem conditio illa, *si instituius heres non erit*, sed non expressio conditionis. Nam & ipsum *substituendi* verbum per se prolatum sufficere potest ad vulgarem substitutionem exprimendam, acsi adiectum esset *vulgariter*,

13 cùm proprie nulla sit substitutio † nisi quæ est vulgaris. Siquidem substitutio nihil aliud est, quam secunda institutio, vel quod effectu idem est, secundi heredis institutio, vt est apud Vlp. & Caium Instit. eáque æstimanda non ex ordine scripturæ, sed ex gradu. Gradus autem ex delatione, vt is cui primo gradu defertur hereditas institutus: cui verò defertur secundo gradu, is demum substitutus vere sit. Atqui non alij quàm vulgari hæc definitio conuenit, ac ne quidem pupillari, quia licèt substitutus pupillaris semper instituatur secundo loco vtpote cuius institutionem præcedere debeat institutio patrem heredis *l. 2. §. primus autem eo. tit. de vulg.* nunquam tamen ei defertur secundo loco & gradu hereditas neque patris neque filij: non patris, quia vel ponimus institutum pupillum fuisse vel exheredatum. Si institutum, ita hereditas patris acquiritur filio quem ponẽdum etiam est patri superstitem, atque ita suum ex testamento heredem extitisse, vt fiat patrimonium filij, desinatque esse hereditas patris, vt morièce postea pupillo deferatur substituto pupillari non tanquam hereditas patris, sed tanquam hereditas filij, in qua patrimonium quod patris aliquando fuit, repetiatur. *l. sed si plures 10. §. filio. eo. l. paterfam. 28. de reb. auctor. iud. poss.* Si verò exheredatum, nihil vnquam iuris eo casu habuit filius in hereditate patris, nec proinde ipsius substitutus, saltem quatenus substitutus. Quomodo igitur aut quo sensu posset substitutus pupillaris dici secundo gradu institutus? Ergo nec verè substitutus est, si vera est, vt est, quæ à nobis ex Vlpiano & Caio allata fuit definitio substitutionis. Et consequenter fatẽdum est substitutionis † nomine simpliciter prolato, 14
vulgarem substitutionem totam significari, & nihil refert cum testator aliquem simpliciter substituerit, an cum adiectione illa *vulgariter*, vt vulgaris substitutio facta intelligatur. Quemadmodũ itaque ridiculus esset qui diceret non esse omnino expressam vulgarem substitutionem, sed partim expressam, partim tacitam, quæ ita facta esse. *Titius heres esto, Titio Sempronium vulgariter substituo*, quamuis non fuisset expressim adiecta conditio illa, *si Titius heres non erit*, (nam & omissa dictione *vulgariter*, solam tamen substitutionem vulgarem non etiam fideicommissariam supradictis verbis contineri vulgo creditum est, & rectè post Bartolum *ad d. l. Centurio eod.* vt attestatur Ant. Gomez. *variar. resol. tom. 1. cap. 3. n. 4. & 5.*) ita nec minùs ridiculi sunt nostri qui volunt vulgarẽ quæ in reciproca continentur mixtam esse & partim expressam, partim tacitam ob id solùm, quòd non habeat expressam specialiter conditionẽ illam *si heres alteruter non erit*. Quid enim aliud est reciproca substitutio † quàm vulgaris, mutua & expressa 15
substitutio? Aut quid potest referre ad faciẽdam expressam substitutionem vulgarem an conditio sit expressa, quæ etiã cùm omissa est, necessariò subintelligi debeat? Cùm enim substitutio; quælibet dispositio in *l. verbis* 16
legis. 120. de verb. signif. tritum autẽ sit, verba conditionalia non disponere *l. si quis sub conditione. 8. D. si quis omiss. caus. test.* apparet æstimandam esse vulgarẽ expressam substitutionem, non ex conditionalium verborum, sed ex dispositiuorũ expressione. Sufficit igitur expressum esse verbum *substituendi*, nulla etiam expressa cõditione. Nam & sola eius verbi proprietas, vim & potestatem exprimit vulgaris substitutionis, quandoquidẽ ex latini sermonis ratione substitui dicitur id omne, quod in alterius locum subrogatur. Herede autẽ aliquo instituto fieri nequit vt alius in locum eius subrogetur nisi in solum eum casum, quo heres ipse non erit: propterea quòd qui semel heres fuit, cùm sẽper heres maneat, alij locũ facere amplius non potest. Quæ cùm ita sint, tacita vulgaris substitutio nulla esse potest quæ in reciproca cõtineatur, nisi eo planè sensu quo vellet quis tacitam dicere illam quoque substitutionem vulgarem, quæ sic facta esset, Si *Titius heres non erit, Sempronium substituo*, tãtùm ob id quòd neuter casus specialiter aut vt loquẽ-

tur singulariter expressus esset, neque voluntatis neque impotentiæ. Quod verò ad eam pertinent quam
17 nostri volunt in compendiosa † contineri, eam si probauero nullam esse, statim etiam probauero tacitam dici non posse. Quia quod non est, id neque expressum neque tacitum dici posse certum est. Nulla autem esse probatur facile; non ex eo solum quod ius & nomen compendiosæ substitutionis commentitium, & Doctorum nostrorum imperitiæ merum inuentum est, vt in sequentibus docebitur, sed ex eo quoque quod etiamsi aliqua esset compendiosa substitutio qualem sibi fingunt interpretes, cùm testator ita scripsit, *Filius meus heres esto, Quandocunque filius meus decesserit, Titium substituo*, nullus tamen vulgaris substitutionis ex huiusmodi verbis inducendæ color est, cum neque mors neque tempus faciat vulgarem substitutionem, sed solus casus non agnitæ hereditatis: qui casus nec expressè nec tacitè continetur in substitutione facta filio impuberi heredi scripto, quem scilicet & ratio iuris & voluntas testatoris imperantis vt heres sit, suum ac necessarium heredem facit, nec patitur heredem non esse aut heredis loco non haberi quod ad hoc vt substituto locus fiat, (nisi adiecta sit expressim conditio illa, *si heres non erit*, quæ ex verisimili patris voluntate tum quoque impletur cùm filius se abstinet, tametsi maneat heres ipso iure vt suo loco explicamus.) Adeo vt si patri superuiuat quamuis ab hereditate paterna se abstineat, non possit tamen admitti substitutus etiam qui verè pupillaris sit, nisi mortuo demum pupillo, *dict. leg. paterfamilias*: quo tempore non ex tacita vlla vulgari admitteretur, sed ex pupillari expressa, vt probant verba *dict. leg. paterfamilias*. Ex quo loco omnium manifestissimè conijcitur, quod placet nostris post Baldum *ad leg. precibus*. Cùm pupillaris substitutio facta est omissis illis verbis *si heres erit*. vulgarem contentam sub expressa pupillari, non esse omnino tacitam sed expressam verbis generalibus & habere effectum expressæ substitutionis vulgaris, quod & refert & probat *Mich. Cras. in §. substitutio. quæst. 7. num. 6.* Nam in specie *dictæ leg. paterfamilias*. omissa erant verba illa *si heres erit* neque tamen substitutio vlla vulgaris esse intelligitur pro substituto pupillari, ne quidem tacita nedum expressa, & ob id non admittitur substitutus viuo pupillo quantumuis abstinente qui tamen admitteretur si non ad hereditatem saltem ad bona si per expressam vulgarem substitutus fuisset *leg. ex contractu. 44. D. de re iudic.* Immo & si qua alia ratione impediretur ne viuo pupillo succedere patri posset, puta quod substitutionis pupillaris conditio mortem pupilli demonstrasset, adhuc tamen dicendum esset saltem defuncto impubere admittendum substitutum ad patris hereditatem nec cogendum etiam succedere pupillo si forte pupillarem hereditatem suspectam haberet. Nam & idipsum contingeret si ille impuberi per vulgarem expressam substitutus fuisset, cùm per vulgarem alij quam testatori succedere nemo possit, tantum abest vt sit cogendus. Et tamen placet Iauoleno *in dict. leg. paterfamilias*. in omni ære alieno quod patris aut filij fuit substitutum obligari nec ei permittendum vt separet hereditates quæ in persona impuberis semel iunctæ fuerunt. Nempe quia non ex vulgari illa siue expressa siue tacita potest succedere qui expressim pupillariter substitutus fuit, sed tantum ex pupillari expressa: vt modo dicebamus. Quòd si pupillaris † etiam expressa siue conditionem illam habeat *si heres erit* siue non habeat,
18 vulgarem nullam continet ne quidem tacitam, quanto minùs continebit ea quæ ab interpretibus compendiosa appellatur, quæ nec alio colore potest videri continere quam quia contineat expressam pupillarem saltem verbis generalibus, vt loquuntur interpretes, quæ ipsa, vt iidem volunt, continet tacitam vulgarem ex Marci constitutione. Quamuis enim sæpius dixerimus, in quo perstamus, constitutione Diui Marci factum non esse vt casus pupillaris trahatur ad vulgarem, sed è contrario tantum vt vulgaris in fauorem pupilli trahatur ad pupillarem, maior tamen erroris prætextus est pro iis qui tacitam aliquam vulgarem in pupillari expressa contineri volunt, quàm pro iis qui in compendiosa. Cùm Marci constitutio de vulgari & pupillari substitutione locuta sit, licèt non eo sensu: De compendiosa verò nullomodo, vt neque alius quisquam ex prudentibus nostris aut ex Imperatoribus. Sed de hoc latiùs nobis dicendum erit cum tractabimus de compendiosa & reciproca. Iam igitur concludamus vulgarem substitutionem † vnius tantùm esse & generis & speciei quæ scilicet fit in casum non agnitæ hereditatis, nec quicquam referre, an casum illum testator expresserit, an verò heredi scripto aliquem simpliciter substituerit, siue puberi, siue impuberi. Nisi quòd
19 cùm impuberi † vtrouis modo facta vulgaris substitu-
20 tio est, ea ex D. Marci constitutione pupillarem quoque continet, non etiam cùm facta est puberi vel extraneo. Nec tursum an substitutio facta sit generaliter in casum hereditatis non agnitæ nullo expresso speciali casu, siue voluntatis, siue impotentiæ. An vtroque casu illo expresso, an alterutro tantùm. Nisi quòd cùm alteruter tantùm expressus fuit, alter qui omissus est pro omisso habetur, ita vt si eueniat non eo magis admittatur substitutus tanquam conditione defectus, præterquàm si impuberi facta substitutio sit, quo casu vulgaris etiam in vnum duntaxat casum facta perinde trahitur ad pupillarem ex Marci constitutione acsi vel simpliciter neutro casu expresso vel in vtrumque casum nominatim facta esset *d. l. vlt. C. de instit. & substit.* Eodem pupilli fauore qui constitutioni causam dedit, hanc quoque interpretationem verbis constitutionis non repugnantibus inducente.

ERROR VII.

De vulgari substitutione facta filiofamilias repudianti, vel per iniunctam heredi onus restituendæ hereditatis, si heres non erit.

SVMMARIA.

1 *Verba illa si heres non erit, in vulgari substitutione quem sensum non habeant.*
2 *Emendatio Cuiacij in l. 40. D. de instit. hered. legentis, ac pro alter semis, probata.*
3 *Error interpretum existimantium, si alicuius filiofam. herede instituto, vulgariter substitutum sit, excludi substitutum, si filiusfam. repudianerit.*
4 *Rationem interpretum aduersus ipsorum sententiam facere.*
5 *Vt filius adeundo heredem patrem faciat, requiritur, vt ipsum patris aditionem præcedat.*
6 *Idem in seruo obtinere: ita vt domini & serui voluntates concurrere debeant.*
7 *Quomodo ratione acquisitionis plus iuris habeat dominus quàm pater.*
8 *Quatenus plus iuris habeat filiusfam. ratione acquisitionis quàm seruus.*
9 *Contra proprium factum venire quando quis possit.*
10 *Per solam filij repudiationem patrem heredem fieri, & ridiculum & patri iniuriosum.*
11 *Qui repudiat hereditatem non potest alium heredem facere, sed tantùm acquirendæ hereditatis occasionem in alium transferre.*
12 *Instituto filiofam. non censetur pater institutus, ita vt ex propria persona adire possit.*

13 *Quæ sunt facti ea neque ad patrem neque ad dominum transeunt.*

14 *Repudiante filiofam. quando admittatur substitutus.*

15 *Obiectio quâ mouetur Bartolus ad excludendum substitutum petita ex l. vltim. §. sui autem. C. de bon. quæ liber.*

16 *Responsio autoris.*

17 *Quæstio agitata apud interpp. an ita scripta substitutione,* Titius heres esto, Si Titius heres non restituat hereditatem Sempronio, *Sempronius admittatur ex vulgari substitutione.*

18 *Sempronium, Titio non adeunte, non admitti ex fideicommissaria substit. contra Alberic. & Raynerium.*

19 *Sententia Baldi & aliorum censentium Sempronium admitti ex substitutione vulgari.*

20 *Superior interpretum opinio ab autore refellitur.*

21 *Restitutionem, quam meri facti vocant interpretes, hic inutilem & vanem esse.*

22 Titium heredem instituo, aut facio, *cur olim inutilis formula.*

23 *Quando in dubio substitutio habenda sit potius directa quàm precaria.*

1 SCribit † Iustinianus *in §. vlt. Inst. de vulg. substit.* verba illa, *si heres non erit*, quæ in vulgari substitutione adiici solent in eo quidem quem alieno iuri subiectum esse testator scit, ita esse accipienda Si neque ipse heres erit neque alium heredem effecerit. In eo verò quem patremfamilias esse arbitratur, illud significare. Si hereditatem sibi vel ei cuius iuri postea subiectus esse cœperit, non adquisierit. Quod ante Iustinianum scripserat Iulianus in *l. si paterfamilias* 40. *D. de hered. instit.* vbi tractat, si paterfamilias Titium, quem ingenuum esse credebat, heredem scripserit, eique *si heres non esset* Sempronium substituerit, deinde Titius quia seruus erat, iussu domini hereditatem adierit, Sempronium in partem hereditatis admitti & idcirco duos semisses in hoc casu faciendos esse, ita vt as inter eum qui dominus instituti heredis fuerit & substitutum æquis portionibus diuidatur. Sic enim locus ille legendus est, & corrigendus vt feliciter & præclarè Cuiacius † noster 2
obseruauit. Constatque ex eo quod in *l. seq.* subiicitur ex Pomponio, cum Parthenius quidam Cæsaris seruus heres scriptus esset tanquam ingenuus, & Cæsaris iussu hereditatem adiisset, diuisam postea fuisse hereditatem inter Cæsarem & eum qui Parthenio fuerat substitutus. Non iniquo temperamento, cùm mera iuris ratio faceret pro domino, at testatoris voluntas pro substituto. Quid enim aliud est diuisam fuisse hereditatem inter Cæsarem & substituturum, quàm quod vult Cuiacius, datum semissem vnum Cæsari, alium semissem substituto, non quod volunt interpretes, ideo fieri duos semisses, vt vnus inter dominum serui & substitutum diuidatur, alius totus domino soli detur. Quæ distributio nullam prorsus habet rationem cum tanto maior esse debeat fauor substituti quàm domini, quanto potior est cæteris omnibus voluntas testatoris in testamentis interpretandis. Testator autem non potuerat cogitasse de domino, cùm institueret eum quem dominum esse arbitrabatur. Itaque pro substituto facit non tantùm voluntas testatoris, sed etiam vis verborum. Si quidem verum est heredem non esse illum qui cùm seruus sit, hoc ipso est incapax adquirendæ sibi hereditatis. Et quod facit heredem dominum ex mera iuris ratione fit & ex concurrente voluntate testatoris eo demum casu quo non fallitur in conditione heredis instituti non ex vi & potestate verborum, quæ nec aliud significare possunt quàm quod testator voluit. *l. cùm proponas* 3. *C. eod.* Sed tolerabilis est hic error interpretum cui corrupta legis lectio causam dedit. Etsi non facilè ignosco interpretibus verba legum quantumlibet mendosa sectantibus, nec in eo laborantibus vt rationem inuestigent, ne quid contra rationem legibus cautum videatur, non magis quàm si & ratione & iudicio caterent. At ferè illud non possum, quod tam præcipitem errandi occasionem inde sumpserint, existimantes si testator instituerit † 3
alicuius filiumfamilias heredem, eique substituerit vulgariter, deinde filius repudiauerit excludi substitutum quasi conditione defectum quod filius repudiando fecerit heredem patrem. Hanc enim communem esse nostrorum opinionem testatur *Mich. Cruss. in §. substitutio. quæst. 8. num. 5. & quæst. 9. num. 4. post Alex. in dict. l. cum proponas. num. 4. & R. p. in l. 1. num. 156. de pupill. substit.* Quæ sententia quàm falsa sit, ratio † ipsa 4
qua mouentur vt eam confirment, sola ostendit. Nec enim fieri potest vt filiusfamilias, heredem patrem faciat repudiando, quem faceret adeundo. Nisi fortè putamus absurdum non esse, vt quantum ad hoc nihil distet inter additionem & repudiationem. Non inficior ita comparatum esse ex ratione iuris vt per filium heredem institutum pater heres fieri possit. Sed dico non aliter id contingere, quàm si filius adeat † 5
hereditatem & quidem iussu patris, quem iussum ideo præcedere necesse est vt aditio valeat, ex eàque hereditas acquiratur *l. qui in aliena. 6. l. si quis mihi bona.* 25. *§. iussum & seqq. l. filiusfamilias.* 92. *D. de acquir. hered.* Nam neque seruus † heres institutus aliter dominum 6
suum facere heredem potest, quàm si adeat iubente domino, ita vt vtriusque voluntas concurrat & domini & serui, cùm possit seruus si velit etiam nolle adire atque ita locum facere substituto *dict. l. 3. C. de hered. instit. d. l. qui in aliena, §. vlt. alias l. eum qui meus verborum. de acquir. heredit.* Quod si peruicacia serui non dicam repudiantis hereditatem cuius scilicet repudiandæ ius non habet, sed nolentis adire non solùm heredem non facit dominum sed etiam vsque adeo nocet domino vt aperiat locum substituto, quanto minùs dicendum erit repudiationem filiusfamilias posse facere hoc ipso heredem patrem? Nam & in eo plus iuris † habet dominus quàm pater, quod domino & 7
ignoranti & inuito acquiritur per seruum ex omnibus pene causis, i. ex vniuersis cæteris præter quam ex hereditaria *leg. etiam.* 32. *D. de acquir. rer. dom. l. seruus vetando.* 62. *de verborum obligat.* non etiam patri per filium. Et è contrario plus iuris † habet filiusfamilias 8
quam seruus, in hoc quod patre nolente sibi acquiri, filiusfamilias acquisitionis capax est, cuius omnino incapax est seruus. *l. cogi.* 16. *§ si pater. l. imperator.* 50. *D. ad SC. Trebellianum. l. 1. C. qui admitt. ad bon. possess.* Nam ex hoc illud fit, vt scripsimus *lib. 7. Coniect. cap. 9.* Vnde etiam est quod delatam filiofamilias hereditatem, si pater repudiet sine filio, nihil agit, vt præiudicet filio, sed sibi tantum nocet. *leg. qui heres.* 13. *§. vltim. de acquirend. heredit.* sicut nec filius repudiando, sine patre noceret patri, quominus eo postea mandante aperire posset, patrique hereditatem acquirere, quamuis sibi ipsi non posset eam acquirere quam semel repudiasset. *leg.* 4. *Cod. eod.* Itaque vnum illud est, in quo fauere patri possumus cùm filius sine patre hereditatem repudiauit, vt non idcirco prohibeatur pater heres fieri per filium si mandare ei velit vt adeat, quia nec nouum est vt alicui † liceat contra proprium factum 9
venire, si modò alieni non proprij compendij causa id faciat. Sed adeò patri fauere, vt per solam † filij instituti 10
repudiationem heres fiat, prorsus ridiculum est, & ipsi etiã patri iniuriosum, qui si ea ratione heres fieret, obligaretur oneribus hereditariis ignorans & inuitus, nec postea exonerari posset inuitis creditoribus, & legatariis quibus semel fuisset obligatus *leg. cùm hered.* 55. *eod.* nec potest absurdius quicquam dici, quàm vt plus possit repudiatio

Digitized by Google

pudiatio quàm aditio hereditatis per filiũ iniussu patris facta ad patrem hereditati obligandum: quod tamen contingeret, si filius repudiando fecerit heredem patrem. Nisi fortè iussum patris ad hoc quoque requiramus: quod nec ipsum sufficiet nisi addamus patrem qui non possit heres fieri nisi per filium, hoc ipso vellet sibi hereditatem acquiri, quod iubet eam à filio repudiari. Quam rem si quis erit tam ineptus, vt probare velit, non recuso vt idem ille habeat me pro inepto. Sed quid respondebit ad id quod Vlpianus scribit in *d. l. is qui heres. §. vlt.* filium repudiando ita demum non nocere patri si repudiet sine patre? An non ius verbis significatur apertissimè. Nocere igitur si repudiet sciente patre & consentiente? Quamquam noceret etiam filius patri repudiando sine patre si eum faceret heredem, cùm non parum incommodum sit quod alienæ hereditati fortassis damnosæ quis obligetur, *d. l. qui in alterna. l. seruo inuito. 65. l. non enim. 38. D. ad SC. Trebell.*

11 Denique sicuti repudiando † nemo heres fit, ita neque alium heredem facere potest, sed tantùm acquirendæ hereditatis occasionem in alium transferre, qui forte vel substitutus sit, vel proximi agnati iure ab intestato successurus: quo pertinet quod ait regula iuris, Non velle heredem esse illum qui ad alium voluit transferre hereditatem, *l. non vlt. 6. D. de reg. iur. l. 3 & 4. D. si quis omiss. causs. testam. l. si posthum. 5. §. si maritus. D. de donat. inter vir. & vxor.* Atqui instituto † filiofamilias nemo

12 dixerit institutum patrem videri, vt proprio iure & ex propria persona possit adire, multo minùs vt citra additionem possit heres esse. Eius enim est adire cui delata est hereditas, siue ex testamento, siue ab intestato, *l. delata. 151. D. de verb. signif.* Ei verò soli defertur ex testamento, qui fuit a testatore institutus. Hic porro non pater est, sed filius, tum quoque cum patris contemplatione institutus fuit: quemadmodum & seruo instituto, licet non possit dubitari quin sit institutus contemplatione domini aut alterius cui possit acquirere, putà fructuarij, *l. si serus. 21. & seq. de vsufr.* cùm alioqui factionem testamenti ex propria persona habere non possit non ideo tamen dici potest, dominus institutus, vt adeundæ hereditatis, quasi sibi delatæ ius habeat, quia esse quem instituum, facti est non iuris, quamuis esse quem heredem iuris sit non facti: quæ autem facti

13 † sunt, ea neque ad patrem, neque ad dominum transeunt, *l. qui heredi 44. D. de condict. & demonst.* Falsum igitur est repudiatione filiafamilias heredem fieri patrem excluique substitutum. Illud sanè verum est, non ideireo admitti substitutum si filius repudiauerit sine patre, quia ita fieret vt patri noceret filij repudiatio, quæ tamen nocere non debet *dicta leg. is qui heres 13. §. vltim. D. de acquirend. heredit.* Tum ergo ad-

14 mitteretur † substitutus cùm filius vel patre sciente & consentiente repudiauerit vel desierit posse adire, tam ex propria voluntate quàm iubente ac mandante patre: quod tum maximè contingit cùm ad iussum patris respondet nolle se adire, quod etiam seruo respondere liceret ad faciendum substituto locum, *dict. l. cùm proponas 3. Cod. de heredit. instituend.* Et hæc quidem omnia ex iuris ratione quàm verissimè disputantur. Sed dubitationem hic præcipuam facit Iustiniani constitu-

15 tio † in *leg. vltim. §. sin autem. in secunda aetate. C. de bonor. qua liber.* vbi nolente filio delatam sibi hereditatem adire iussu patris dat Iustinianus licentiam patri vt eam deat, & pleno iure habeat, siue adeuentitij, siue castrensis peculij iure fuerat filio delata, *quasi ipse pater*, inquit lex, *ab initio fuisset institutus.* Ex quibus potissimum verbis mouetur Bartolus ad *l. 1. n. 21. & 22. D. de vulgar. & pupill.* vt pro patre sentiat contra substitutum. Illud etiam addens, quòd hoc casu patrem facit heredem filius repudiando, vt proinde conditio illa, *si filius heres non erit*, deficere videatur, sub qua tamen

16 datus ei fuerat substitutus. Ego verò contra puto: † Iustiniani enim constitutio hac in re nouum plané quémirabile ius induxit pro patre, vt quamuis nulla eius mentio facta sit in testamento, perinde tamen liceat ei adire, acsi esset institutus eo solo prætextu, quòd si filius adisset, potuisset pater habere vsumfructum. Quasi ea res inducere debeat quoddam ius coniunctionis, & adcrescendi inter patrem & filium, ac si ambo essent ex aliqua parte hereditaris instituti. At si cùm pater adeunte filio sibi vsumfructum acquirit, acquireret ex testamento & ex iudicio testatoris, ac non potius ex dispositione legis propter patriam potestatem quæ tum reperitur. Quid enim si eo tempore quo testator moritur, filiusfamilias reperiretur emancipatus? Debet igitur ea constitutio cancellis suis contineri, nec facile extendi in præiudicium alterius præsertim substituti, qui venit ex iudicio expresso testatoris, & cui non debet captiosum esse beneficium quod Iustinianus indulget patri non instituto, non magis quàm quod prætor indulget heredi sub conditione instituto, *in l. Paulus notat. §. D. de prætor. stipulat.* Id enim potius egit Iustinianus, vt per additionem patris reculante filio conseruaret testamentum, quàm vt defuncti voluntatem euerteret. Et vt iam olim Guilelm. de Cun. vulgari quidem, sed tamen non malo argumento disputabat, prouisio testatoris debet facere vt cesset prouisio legis, quæ proculdubio non solùm est exorbitans, vt nostri loquuntur, sed etiam subsidiaria. Nam etsi patrem haberemus pro instituto cum filio & pro coherede, cui accommodandum esset ius adcrescendi, quomodo Iustinianus eum habere videtur, adhuc tamen vulgaris substitutus nouissimo iure coheredi præferretur. Nec sanè potest negari quin conditio vulgaris substitutionis omnimodo existat filio repudiante, tametsi pater maximè heres esse velit, cùm verum sit filium, neque heredem esse, neque heredem facere patrem. Hoc enim casu tum quoque cum pater fit heres non fit per filium qui repudiauit, & cuius factum nullum intercedit, sed per legem quæ patrem ipsum habet pro instituto, vt Iustinianus ait. Ex quo debuit potius colligere Bartolus, non fieri igitur patrem heredem per filium, sed ex persona propria, & ex constitutionis potestate. Quo admisso fatendum est existere conditionem vulgaris substitutionis. Idque adeo verum est, vt eo quoque casu quo filiusfamilias adit iussu patris facitque patrem heredem adhuc tamen dubitatum sit à prudentibus, an nihilominus admitti debeat substitutus *l. si quis 7. D. de acquirend. heredit.* tantùm abest vt filio repudiante fecerint illi cum Bartolo pro patre contra substitutum responsuri. Superiori quæstioni proxima illa † est quam iidem interpretes 17
tractant si testator ita scripserit, *Titius heres esto, si Titius heres non erit restituat hereditatem Sempronio*, an Sempronius admitti possit, tanquam ex vulgari substitutione, si Titius heres esse nolit. Nam quin admitti non debeat tanquam ex fideicommissaria, † dubitari vix 18
potest, tametsi ea fuerit sententia Alberici post Rayner. *in tract. de vulgar. substitut.* Non enim solum *restituendi* verbum fideicommissariam substitutionem inducere potest nisi cætera concurrant, quæ necessaria sunt ad hoc, vt hereditas ex fideicommisso restituatur, inter quæ primum illud est, vt hereditatem habeat is à quo facienda restitutio est. Quomodo enim restitueret quis quod non haberet? Itaque magis communiter † placuit vul- 19
garem esse hanc substitutionem, vt verbum *restituat* vulgari substitutioni adiectum significet nudum ipsius heredis ministerium & restitutionem quandam facti non iuris: scilicet vt institutus, quamuis nec ipse adeat, nec heres fiat, tamen restituat hereditatẽ substituto. Sic enim Baldus ad *l. humanit. n. 53. C. de impub. & aliis substit.* cuius opinionem veriorem esse ait Alexander in *l. verbis ciuilibus, n. 7. de vulg. & pup.* Itémque Zasius *in tract. substit. part. vlt. q. 1. reg. 3.* Soléntque pro hac sententia qui eam tuétur adferre illam rationẽ quod in dubio

interpretanda

interpretanda sit substitutio directa potius quàm obliqua, tum etiam cùm valere posset tanquam obliqua,
20 *cap. si pater. de testam in 6.* Ego contra puto & † ineptam esse huiusmodi substitutionem & ineptam quæstionem, ineptiores verò illos qui & quæstionem hanc arduam vocant, & pro substituto respondent. Continet enim ea formula manifestam repugnantiam, cùm fieri nequeat quod testator tamen voluit, vt heres non sit Titius, & nihilominus restituat hereditatem Sempronio. Quod & ante nos disputauit Politus *in tract. de vulg. substit.* Nam vt maximè velis restitutionem
21 † istam intelligere de ea quæ sit meri facti, quis vnquam audit vulgarem substituum qui iure directo succedat cogi accipere hereditatem per manus instituti, qui iam repudiauit hereditatem? Aut quonam iure vel colore permittemus heredi instituto, vt post repudiationem attingat & contrectet res hereditarias? Nam statim atque repudiatio ab instituto facta est, necessario incipit hereditas pertinere, vel ad substitutum vulgatem si quis sit, vel ad legitimum heredem. Si ad legitimum heredem, sanè non poterit substitutus inuito eo vel ignorante quidquam attingere hereditarium quin furtum faciat, si tale aliquid sit, cuius furtum fieri possit, *l. si seruum 71. §. vltim. D. de acquir. hered.* Si verò ad substitutum vulgatem, eget ille facto & ministerio instituti ad acquirendam sibi hereditatem? aut quomodo potest hanc in rem aptum videri nomen restitutionis? Cùmque acquisitio hereditatis nuda voluntate fieri possit, nisi cùm additionis solemnitas necessaria olim erat, *§. vlt. Instit. de hered. qualit. & differ.* apparet non posse restitutionem istam, quam interpretes meri facti vocant, necessariam esse substituto, vt fiat heres. At nec rursum vt fiat possessor, quia licèt hereditatis acquisitio ea tantùm tribuat heredi quæ sunt iuris, in quorum numero non est possessio cùm sit illa facti magis quàm iuris, *l. cùm heredes 23. D. de acquir. possess. l. 1. §. Scæuola. D. si is qui testam. lib. esse iuss. est.* attamen post acquisitionem hereditatis habet heres ius apprehendendæ propria autoritate possessionis rerum hereditariarum, nec indiget facto instituti qui iam repudiauit, quique si eum prohibere vellet ne possessionem occuparet, non posset. Taceo quòd cùm hereditas sit meri iuris, & nullomodo facti, *l. hereditas 50. D. de petit. heredit. & dicto §. Scæuola*, non potest admittere restitutionem illam facti, quæ ex contrario nihil omnino iuris habeat. Atqui ponimus iussisse testatorem vt restitueretur hereditas ab instituto si is heres non esset, non autem vt restituerentur bona vel res hereditariæ, aut possessio ipsa bonorum & rerum hereditariarum. Non potest igitur ea sumi interpretatio, vt testatur de huiusmodi restitutione quæ meri facti sensisse videatur. Sicut ex diuerso restitutio solius possessionis bonorum hereditariorum non posset conuenire acquisitioni hereditatis, aut aptus esse modus substituti directò heredis faciendi, quandoquidem sola hereditas illa est non etiam possessio hereditariarum rerum quæ heredem facere immediatè potest. Qua ratio-
22 ne vt alibi monuimus non valebat olim heredis † institutio si testator ita scripsisset, *Titium heredem instituo*, aut ita, *Titium heredem facio*, vt refert Vlpianus, in *fragment. titulo quemadmodum hered. instit. deb.* quia nec in testatoris potestate est, vt heredem faciat, sed tantùm vt heredem, vel nuncupet vel scribat, solius autem legis est heredem facere, idque per mediam hereditatem. Quanto minùs illa institutio valuisset Sempronij, *Titius si heres meus non erit, hereditatem restituat Sempronio*, præsertim quòd etiam captatoria quodammodo videri posset, quæ ex Titij voluntate factóque penderet, *l. illa institutio 32. in princip. l. captatorias 70. cum l. sequent. §. 1. D. de hered. instit.* Quod si eo modo concepta institutio non valeret nec substitutio valebit, quæ nihil aliud est quàm secunda vel secundi heredis institutio vt ex Vlpiano & Gaio supra diximus. Etsi autem non inficior has verborum & formularum solemnitates hodie sublatas esse post Constantini constitutionem in *l. quoniam indignum 15. C. de testam.* non tamen vsque adeo & verba & iura omnia confusa esse credendum est, vt ad instituendum vtiliter Sempronium, directóne substituendum sufficiat hodie ita scribere, *Titius qui heres meus non erit*, aut, *si heres meus non erit, hereditatem Sempronio restituat.* Alioqui non solùm nulla superesset differentia inter hereditates directas & fideicommissarias, sed neque aliqua erit tam inepta formula quæ non aptissima existimari debeat, & vtilis ad faciendam heredis institutionem, nec si testator hoc tantùm dixerit, *Arma virúmque cano.* Non esset meo iudicio illa ineptior quàm hæc de qua disputamus. Quod autem interpretes adferunt censendam esse in dubio † substitutionem directam potiùs quàm pre- 23
cariam & obliquam, tunc verè dicitur cùm substitutio non modò valet, sed etiam vtroque modo valere potest, & tanquam directa & tanquam fideicommissaria: non autem cùm substitutio prorsus inutilis & inepta est. Præcedere namque debet vt substitutio vtilis sit, quam vt disputari debeat, directa ne sit an precaria. Quamquam nec vllo casu fieri potest vt eadem substitutio possit & directa & obliqua esse si prudentibus nostris plus quàm interpretibus tribuamus, vt ex iis quæ de verbis communibus postea dicturi sumus, intelligetur.

ERROR VIII.

Si quis instituerit filium suum & ex eo nepotem.

SVMMARIA.

1 *Testatoris filio & ex eo nepote institutis, an hic cum illo simul admittatur, an verò ordine successiuo & in quem casum.*
2 *Bartolus censet admitti nepotem ordine tantùm successiuo & quidem in vulgarem casum.*
3 *Castrensis etiam in casum fideicommissarium nepotem admittentis opinio vulgò reprobata.*
4 *Ratio quâ nititur Bartolus cum sequacibus.*
5 *Ordo necessitatis apud Bartolum quis.*
6 *Ordo adfectionis apud eundem.*
7 *Distinctio Bartoli inter hæc formulas* Instituo Titium & filium ipsius: & Instituo Titium cum filio.
8 *Bartoli distinctio reiecta frequentiori interpretum calculo, eo casu quo instituantur personæ inter quas est ordo adfectionis.*
9 *Non refert an testator instituerit fratrem & filios, an verò fratrem & eius liberos.*
10 *Bartolus coniunctam malè resoluit in disiunctam.*
11 *Potest hodie auus instituere filium simul & ex eo nasciturum nepotem, ita vt nullus sit hodie ordo necessitatis inter filium & nepotem contra Bart.*
12 *Filius & nepos possunt hodie coniunctim vocari licet sint ex testatoris descendentibus.*
13 *Cùm in verbis nulla est ambiguitas non est admittenda quæstio voluntatis.*
14 *Si testator potest cum filio extraneum heredem instituere poterit filio coheredem dare.*
15 *Aliud argumentum contra sententiam Bartoli petitum ex formula instituendi posthumi nepotis à Gallo Aquilio inuecta.*
16 *Baldi sententia de hac formula* filium & nepotem ex eo instituo, *explodituv.*
17 *Posthumum institutum in formula Galli vulgarem substitutum non rectè dici.*

18 *Quid iuris ſit, ex aliorum ſententiis vbi teſtator Titium & ipſius liberos nondum natos inſtituit.*
19 *Auctoris ſententia.*
20 *Quid item Iuris ſi quis Titium & liberos eius miſcituros ſubſtituerit.*

1 CVm teſtator † filium ſuum heredem inſtituit, & ex eo nepotem, duplex quæſtio incidit circa nepotem. Prior illa vtrum ſimul cum filio admittatur tanquam copulatiuè inſtitutus an verò poſt filium eundémque patrem ſuum & ordine ſucceſſiuo quaſi non tam inſtitutus quàm ſubſtitutus videatur. Poſterior, ſi ſucceſſiuè admittitur & poſt patrem, vtrum in caſum vulgarem duntaxat, an & in fideicommiſſarium, id eſt, vtrum in eum duntaxat caſum, quo paret heres non ſit, an verò etiamſi heres fuerit. In vtraque autem quæſtione re-
2 ceptiſſima eſt apud noſtros Bartoli † traditio *ad §. quidam rectè l. Gallus, de liber. & poſthum.* non eſſe admittendum nepotem, niſi ordine ſucceſſiuo, nec rurſum niſi in caſum vulgarem. Vulgóque reprobata eſt con-
3 traria Pauli Caſtrenſis opinio ibidem exiſtimantis † Quibus caſibus liberi poſt patrem vocati ſunt ordine ſucceſſiuo ſuccedere illos in duplicem caſum, vulgarem nimirum & fideicommiſſarium. Vt contra Caſtrenſem teſtatur Decius *conſ.* 205. 248. 253. 291. Niſi euidens ſit, inquiunt, voluntas teſtatoris in contrarium, puta ſi verbis iis vſus ſit quæ habeant tractum temporis, ita vt compendioſam ſubſtitutionem poſſint inducere quæ contineat fideicommiſſariam. Sic enim poſt alios *Granet. conſ.* 22. *num.* 7. *& conſ.* 231. Item niſi ſubſtitutio talis ſit quæ nunquam potuerit valere iure directo, vt tractat Decius *dict. conſ.* 253. Cur verò non ſit admittendus nepos in hac ſpecie niſi poſt patrem & ordine ſuc-
4 ceſſiuo, illa ratio † adfertur à Bartolo & ab omnibus probatur (omnes enim cum Bartolo in hoc ſentiunt) quod quamuis inſtitutio facta ſit per copulam, *&*, cuius natura eſt vt faciat coniunctionem *l. ſi ita quis 66. D. de hered. inſtit.* perinde tamen haberi debeat, acſi facta eſſet per diſiunctiuam, propterea quòd facta ſit inter eas perſonas inter quas cadat ordo neceſſitatis. Quan-
5 quam idem admittit Bartol. ſi non neceſſitatis ordo ille ſit, ſed adfectionis. Neceſſitatis ordinem † vocant, cùm eæ perſonæ inſtituuntur quas inſtitui neceſſe eſt vt teſtamentum valeat, & quæ tamen ſimul admitti non poſſunt, cuiuſmodi ſunt filius & nepos Aquilianus. Nec enim poteſt hic inſtitui tanquam qui ſit poſthumus alienus, niſi in eum caſum quo ſuus naſcatur ac proinde quo pater ipſius iam vel mortuus vel emancipatus vel deportatus reperiatur. Adfectionis, verò &
6 charitatis ordinem † appellat Bartolus, qui ex inſtanti ſucceſſione & ordine inducitur, inter eos quos inſtitui nil neceſſe eſt, & quos tamen ex teſtamento ſimul admitti nihil prohiberet. Tales ſunt frater & fratris filius. Fratris inquam eiuſdem. Nam alterius fratris filij cum alio fratre eodémque patruo ex Iuſtiniani conſtitutione hodie admittuntur iure repræſentationis, quod olim in deſcendentibus tantùm habebat locum, ad fratrum quoque filios protracto, *Nouell. 118. de heredit. ab inteſt. venient.* ſed fratris mei filius cum patre ſuo fratre meo nunquam ab inteſtato admittitur ad meam hereditatem. Itaque ordo neceſſitatis nullus eſſe poteſt niſi inter deſcendentes, adfectionis verò poteſt eſſe etiam inter tranſuerſales. Proinde ſi Titium fratrem meum heredem inſtituam & filium ipſius, putat Bartolus Titium ſolum primo loco vocatum intelligi; poſt ipſum autem & ordine ſucceſſiuo Titij filium ex *leg. generaliter 6. C. de inſtit. & ſubſtit. & leg. Lucius 85. D. de hered. inſtit.* quaſi iis locis ratio adfectionis faciat, vt diſiunctiua reſoluatur in coniunctiuam, nec difficilius ſit vt propter adfectionis ordinem coniunctiua reſol-
7 uatur in diſiunctiuam. Diſtinguit † tamen idem Bartolus an inſtituerim Titium & filium ipſius, an verò Titium cum filio. Etſi enim fateatur nullam eſſe differentiam inter has ſyllabas, *&*, *cum*, quantum ad inducendam coniunctionem *l. Titia 36. §. nihil diſtat. de l. 1. l. ſi quis Attio 7. D. de vſufruct. adcreſc.* aliud tamen eſſe ait, ſi quæratur vtrum iſta coniunctio intelligenda ſit ſimul, an ordine ſucceſſiuo, atque ita reſpondet ad *l. ſi mulieri 8. D. de vſufruct. admitt.* in cuius ſpecie vſusfructus matri & liberis relictus à marito eodémque patre, ad omnes ſimul pertinet, fuiſſe ſcilicet eum vſumfructum relictum non matri & liberis, ſed matri cum liberis: eodémque modo diluit aliam obiectionem ex *l. vltim. Cod. de impub. & aliis ſubſtit.* etſi fatetur, quod & verum eſt, fuiſſe ibi extraneos inſtitutos. Sed hanc
8 poſteriorem † Bartolinæ traditionis partem, quæ ad ordinem charitatis & adfectionis pertinet, multi improbant, & quidem calculo frequentiore, vt teſtatur *Didac. ad cap. Rainutius. §. numero ſecundo & tertio.* Sicut quod ille addit de differentia huiuſmodi formularum, *Titio & filiis*, *Titio cum filiis.* Verius enim creditur inter tranſuerſales copulam efficere vt eodem tempore & ex æquis partibus pater & filij ſuccedant, tanquam coniunctim inſtituti. Quæ fuit ſententia Barbatiæ in apoſtill. ad Bartolum in *d. §. quidam rectè, in fin. 9.* vbi ad quæſtionem quam eo loco proponit, ſi frater inſtituat ſororem & filios ſororis. An admittantur ſororis filij ſimul cum ſorore, reſpondet admitti, quia frater ſororem aut eius filios inſtituere non tenetur, vt intelligamus Bartoli ſententiam eo tantùm caſu recipiendam eſſe, quo adſit ordo neceſſitatis: quod & Decius reſpondit *dict. conſ.* 253. licèt contrariam ſententiam idem Decius magis probare videatur, *conſ.* 205. *poſt prim. & conſ.* 662. *itémque Granet. dict. conſ.* 22. Nam ſi copula, *&*, coniungit, ſicut & particula, *cum d. §. nihil diſtat. & d. l. ſi quis*, quomodo poſſunt videri non coniuncti, qui ſimul coniunctim admittuntur? Aut ſi ratio illa & ordo adfectionis aliquid in hac re poteſt, cur non idem admittit Bartolus inſtituto fratre cum filius eius? Quare nec quicquam intereſt, vtrum in tranſuerſalibus liberi vocati ſint nomine collectiuo cum parentibus an nomine ſingulari. Illud namque duntaxat inſpiciendum eſt an vocati ſint copulatiuè, necne. Si-
9 cut refert † an teſtator inſtituerit *fratrem & ſuos* quomodo noſtri temporis tabelliones loqui ſolent, an verò *fratrem & eius liberos.* Nam & *ſuorum* appellatione intelliguntur per prius liberi vt idem *Decius ait dict. conſil. 253.* nec negat *Granet dict. conſ. 22.* Et hanc copulæ vim eſſe delere, non poteſt diſſimulare Bartolus qui
10 hoc caſu eò tandem confugere cogitur vt dicat † reſolui hoc caſu coniunctam in diſiunctam propter ordinem iſtum charitatis. Abutens in eam rem conſtitutione Iuſtiniani in *d. l. generaliter*, & reſponſo Scæuolæ, in *d. l. Lucius*, quibus locis è contrario diſiuncta quidem in coniunctam reſoluitur, ſed longè alia ratione vt ex iis videre eſt quæ nos de illarum legum interpretatione ſcripſimus *lib. 17. Coniecturarum.* Vno igitur illo caſu placet interpretibus traditio Bartoli quo inſtituræ ſint perſonæ inter quas ſit ordo neceſſitatis.
11 Quod ſi intelligatur † quomodo Iacobum de Arctio intellexiſſe Bartol. refert, & nos ſupra explicauimus, vt ordo neceſſitatis non ſit niſi inter eas perſonas quæ ſimul inſtitui nequeant, nullus iam caſus ſupererit, qui hanc Bartoli ſententiam admittere poſſit. Is namque caſus, qui olim erat vnicus de poſthumo nepote Aquiliano, iam explosus eſt poſtquam placuit Iuſtiniano vt non minùs alieni quàm ſui poſthumi inſtitutio valeat iure ciuili, lata in eam rem conſtitutione, quæ etſi non extat in nouo Codice, tamen relata & confirmata eſt in *§. poſthumo Inſtit. de legat.* Si quidem ea ſola ratio impediebat olim huius poſthumi inſtitutionem, quod teſtamenti tempore non videretur habere teſtamenti factionem tanquam qui eſſet alienus poſthumus, cùm à patre

antequerteretur.

antenertetetur. Totáque vtilitas & neceſſitas formulæ Aquilianæ in eo poſita fuit, vt ratio reperiretur inſtituendi vtiliter huius poſthumi collata inſtitutione in eum caſum, adeóque quod magis eſt in id tempus quo eſſet ſuus vt explicabimus *lib. 9. Coniect. ad dict. leg. Gallus.* Cùm igitur hodie poſthumus alienus quilibet dummodo ex ea quæ iure Quiritium vxor noſtra eſſe poſſit, factionem habeat teſtamenti, nec tantùm iure prætorio vt olim, ſed etiam ciuili *dict. §. poſthumo & §. poſthumus eod. titul. de legat. & apertius in princip. tiul. Inſtitut. de bonorum poſſeſſione*, conſequens eſt vt hodie poſſit auus inſtituere filium ſimul & ex eo naſciturum nepotem, nec iam vllus ordo ſit neceſſitatis, inter
12 filium & nepotem. Si verò neceſſitatis ordinem † inter eos eſſe intelligas quos inſtituere neceſſe eſt ſaltem ex ordine ſiue vt teſtamentum ab initio valeat, ſiue ne ex poſtfacto rumpatur, quomodo intelligebat Andræas quidam de Piſis quem Bartolus refert, & interpretes noſtri magis communiter intelligere videntur, erunt quidem hodie multò plures caſus quàm olim ad quos aptari hæc Bartoli traditio poſſit (quandoquidem ex *Nouella Inſtiniani conſtitutione* 115. *Vt cùm de appell. cognoſc. §. aliud quoque capitulum*, deſcendentes omnes ſine vlla ſexus aut conditionis differentia omoimodo inſtituendi ſunt vel adiecta cauſa exheredandi etiam à matre & aſcendentibus maternis, alioqui teſtamentum ipſo iure nullum eſt, quod olim ſecus erat) ſed tanto improbabilior erit & reprehenſibilior traditio, quanto periculoſior, & vſus frequentioris. Etenim cùm, vt modò diximus, nullus hodie caſus ſit in quo deſcendentes etiam diuerſi gradus à quouis ex aſcendentibus inſtitui ſimul poſſint, neque voluntas teſtantis refragetur, quæ nec aliunde meliùs quàm ex vi & proprietate verborum, quibus teſtator vſus ſit, dignoſci queat, quid cauſæ eſt obſecro cur teſtamenti verbis ita conceptis, *Filius meus & nepos ex eo meus heredes mihi ſunto* nepos ſimul admitti cum filio non debeat, cum quo ſimul & coniunctim vocatus fuit? Nam quod maior videatur eſſe ratio inſtituendi filij quàm nepotis vtpote quem tanto dilectiorem fuiſſe credibile ſit quanto proximioris gradus fuit *l. heredes mei. 57. §. vltim. ad Senatuſconſultum Trebellianum. leg. cùm pater. 77. §. penultim. de leg. 2.* mouere quidem teſtatorem potuit & debuit vt filium nepoti præferret, nec filio nepotem coheredem daret ſi non ſuberat cauſa quæ nos perſæpe latet quamuis teſtatorem ipſum non latuerit, aliter faciendi, ſed non ſimiliter mouere nos debet, vt contra proprietatem & ſenſum verborum ordinem ſucceſſionis inducamus inter eos quos teſtator ſimul & coniunctim vocauit, tam apertè vt non potuerit apertiùs. Nam cùm †
13 in verbis nulla eſt ambiguitas, non eſt admittenda quæſtio voluntatis, *leg. ille, aut ille. 25. §. 1. de legat. 3.* neque inquirendum eſt, quid teſtator velle aut potuerit, aut debuerit cùm apparet quid voluerit, etiamſi remotiores aut proximioribus prætulerit, aut cum proximioribus vocauerit *leg. omnia. 32. alias leg. cum ita. §. in fideicommiſſo. de legat. 2.* Nec ſanè aliud quicquam eſt in quo à ſeculi noſtri Doctoribus circa quæſtiones teſtamentarias grauiùs & perniciоſiùs erretur, non valentibus iam teſtatoribus tam aptè & apertè loqui, vt poſſint effugere quæſtiones quas leguleij & pragmatici noſtri mera iuris ignoratione comminiſcuntur & inducunt ex ementitiis coniecturis voluntatis. Et verò ſi †
14 fuit in arbitrio teſtatoris filium ſuum & extraneum coniunctim heredes inſtituere, nec Bartolus ipſe negaret quin eo caſu extraneus ſimul cum filio admitteretur (concedit enim ſi quis Titium & filium Sempronij inſtituat, coniunctim illos admitti ex *leg. interdum. 23. in princip. de hered. inſtitut. cui adde leg. ſi ego. 26. D. de acquirend. hered.*) cur volumus deteriorem conditionem eſſe nepotis quàm extranei? Aut quænam ratio iſta eſt, vt quis minùs diligi debuit nepos, quàm filius, minus etiam dilectus videatur, quàm ſi eſſet omnino extraneus? Cur non ergo tum etiam quando fuit inſtitutus cum patre, ſaltem eo iure cenſebitur quo alius quilibet extraneus cenſeretur? In eámque rem textus eſt omnium apertiſſimus in *leg. penult. §. inſtituto. de legat. 2. & in cap. Raynutius. vbi etiam Didacus Couarr. in §. 2. num. 1. Extr. de teſtam.* Sed me illud præcipuè mouet, † quod illo quoque caſu quo inſti- 15
tutus ſit nepos qui ſimul cum patre admitti non poſſet, id eſt, in caſu Galli Aquilij, non puto veram eſſe Bartoli traditionem, validámque poſthumi nepotis inſtitutionem ita factam *filium meum & ex eo nepotem inſtituo*, vt poſt filium admitti poſſit nepos ex vulgari ſubſtitutione. In eóque non tantùm à Bartolo ſed à cæteris quoque interpretibus omnibus qui cum Bartolo vniuerſi ſentiunt, ego libenter diſſentio. Primùm quia licèt Scæuola in *dict. leg. Gallus. §. quidam rectè* (qui vnus locus omnes decepit) eorum ſententiam probet qui poſt inductam à Gallo formulam inſtituendi poſthumi nepotis, non putant neceſſariam eſſe vt quicquam exprimat teſtator de morte filij, ſed ſufficere vt ſimpliciter filium inſtituat, non in ea tamen eſt hæreſi vt putet valere hodie quibuſcumque verbis conceptam poſthumi neporis Aquiliani inſtitutionem. Illud enim omnino ſemper requiritur ita inſtitui poſthumum nepotem, itémque filium ex quo is poſthumus nepos ſperatur, vt appareat duos à teſtatore factos eſſe gradus heredum ne vnquam filius & nepos ſimul vocati videantur. *l. cum in teſtamento 37. D. de hered. inſtit.* Atqui ſupradicta formula *filium meum & ex eo nepotem inſtituo*, nihil habet quòd præ ſe ferat duos gradus heredum, cùm è contrario aptior alia nulla ſit ad vocandum cum filio nepotem coniunctim & eodem gradu. Non poteſt igitur fieri vt valeat. Aut illa etiam valebit, *filium meum cum poſthumo ex eo nepote heredem inſtituo*, quod tamen nec Bartolus ipſe auderet dicere, quia ſyllaba *cum*, inquit, denotat quandam ſimilitudinem. Syllaba verò, *&*, magis eſt continuatiua nec requirit concurſum vtriuſque ſed tantùm vt verificetur in quolibet copulatiuorum licèt diuerſis temporibus. Sic enim ſubtiliter illa ratiocinatur. Sed cùm nobis concedat non valituram illam inſtitutionem poſthumi nepotis quæ facta eſſet per coniunctionem, *cum*, propterea quod ea coniunctio non admittat iſtam ordinis ſucceſſiui interpretationem, ne quidem inter eas perſonas inter quas ſit ordo neceſſitatis, iam ipſius eſt probare aliud eſſe, ſi facta ſit inſtitutio per coniunctionem, *&*, rationéque aliquam reddere, cur Scæuolam velit intelligere de inſtitutione facta filij & nepotis, potiùs quàm de inſtitutione filij cum nepote. Ac ſanè ita eſſe, vt non poſſit videri ſenſiſſe Scæuola, de poſthumi nepotis inſtitutione coniunctim facta cum inſtitutione filij, apparet ſatis ex eo quod poſteaquam de huiuſmodi nepotis inſtitutione diu multúmque tractauit, monet tandem *in §. in omnibus*, in iis omnibus ſpeciebus quas expoſuit obſeruandum illud eſſe, vt filius ante omnia heres inſtauretur ex aliqua parte, quia nec præteriri poſſet, nec exheredari poſt mortem ſuam quin teſtamentum ipſo iure nullum eſſet. Quæ admonitio eſſet ſupernacua ſaltem eo caſu quo iam ſcripſiſſet in *dict. §. quidam rectè*, inſtitui poſſe filium coniunctim cum nepote. Cúmque in ea poſthumi nepotis inſtituendi formula quæ omnium ampliſſima eſt in principio legis poſita, non proponatur filius inſtitutus, ſed nepos duntaxat, quia ſupponit Scæuola fuiſſe filium ſeparatim ac primo gradu inſtitutum, nec tractat niſi de ipſius nepotis inſtitutione, cur in alia eiuſdem nepotis inſtituendi formula, quam breuiùs concipi poſſe ait, ipſius quoque filij inſtitutionem, ſiue coniunctim, ſiue diſiunctim volumus contineri? Nam nec aliud vult Scæuola, niſi quod non eſt neceſſe, vt in poſthumi nepotis inſtitutione mors filij

exprimatur,

exprimatur. At non ideò requirit aut ſupponit fieri poſſe, vt filius & nepos coniuncti per copulam, &, ſimul inſtituantur. Immò ſi propius inſpicias, hanc interpretationem excludit, cùm ſubiicit ita demum valere huius nepotis inſtitutionem etiam non expreſſo caſu mortis, ſi caſus ille ex verbis inſtitutionis concipi poſſit. Nam præter id quod hæc adiectio demonſtrat, non facilè paſſurum Scævolam quod vult Bartolus, vt nepotis inſtitutio ſumat interpretationem ex commentitia voluntatis coniectura aduerſus vim & proprietatem verborum, quis dicat præter Bartol. & eos qui non ſunt ingenioſiores Bartolo, ita concepta nepotis Aquiliani inſtitutione, *filius meus & nepos ex eo mei heredes ſunto*, poſſe ex verbis talibus concipi caſum à Gallo Aquilio expreſſum de nepote, non niſi poſt filij mortem vocando, acſi in caſum mortis filij expreſſim vocatus eſſet? An fortaſſis, aut alia nulla, aut iſta omnium optima nedum bona ratio eſt inſtituendi nepotis poſt mortem filij, ſi vna cum filio inſtituatur? Debuit ergo Bartolus contentus eſſe aliis exemplis quæ adfert in .llud. loci explicationem, quæ omnibus iſtis abſurdis carent. Vnum eſt ſi auus ita ſcripſerit, *ſi filius meus heres non erit, qui mihi ex eo naſcetur nepos heres eſto*. Alterum eſt huic ſola verborum figura non effectu diſſimile, *Filio meo nepotem meum ſubſtituo*, quo verbo ſupra diximus ſolam vulgarem ſubſtitutionem propriè ſignificari. His enim duobus caſibus nihil quidem de morte filij exprimitur, ſed tamen idem ille caſus quo filius decedat viuo teſtatore, in vulgari ſubſtitutione comprehenditur. *lege. cum ex filio 39. §. quidam. de vulgari & pupillari ſubſtitutione.* Et quamuis ante formulam à Gallo Aquilio ſubtiliter excogitatam vulgaris ſubſtitutio non poſſet ſufficere ad nepotis huius inſtitutionem, hodie tamen ſufficit, & aptiſſima eſſe intelligitur ob eas rationes quas attuli *lib. 9. Coniecturarum cap. 10. & lib. 10. cap. 1.* Vnde alia omnia peti volumus, quæ contra Bartolum hîc diſputanda eſſent de ſententia *dicti §. quidam rectè*. Mitor ſanè Baldum cui perpetuum fuit ſtudium Bartolo contradicendi, tam parum in hoc vidiſſe, vt cum Bartolo
16 ſenſerit. Is † enim ad *dict. §. quidam rectè*, ita notat, ſufficere vt auus inſtituat filium & nepotem his verbis *filium & nepotem ex eo inſtituo*, & ſic facta inſtitutione verbum *inſtituendi* ad filium relatum propriè: ad nepotem verò, pro *ſubſtituere* ſumendum eſſe: quod quàm ridiculum ſit apparet ex ipſo quoque interpretum noſtrorum tutiſſimo brocardico. Cùm vnum verbum eſt plura determinabilia determinans, æqualem debere fieri determinationem *ex leg. iam hoc iure. 4. De vulgari & pupillari ſubſtitutione.* Quando enim poſſit melius aut tutius ei brocardico locus eſſe, quàm cùm determinabilia per copulam, &, coniunguntur, vt in caſu propoſito? Non repeto quòd iam ſupra dixi Scævolæ temporibus non potuiſſe valere inſtitutionem etiam filij iam nati, quæ facta fuiſſet per verbum *inſtituo* ſi Vlpiano credimus *tit. quemadm. hered. inſt. poſſ.* Quid ergo poteſt exemplum illud accommodatum eſſe ad Scævolam vt poſthumi quoque nepotis inſtitutio longè difficilior veluti concipiatur? Verùm his omnibus nugis illud vnum caſum dedit quod habent iuris omnes pro re explorata, duce ſemper Accurſio,
17 poſthumum † nepotem inſtitutum ex præſcripto Aquilianæ formulæ ſubſtitutum vulgarem dici debere non inſtitutum, quod nos iam refutauimus in Error. 7. Decadis huius, & fuſius in coniecturis noſtris cùm paſſim dicatur inſtitutus nunquam ſubſtitutus vt apparet ex tot. *dict. leg. Gallus & ex leg. ſi mater. 33 §. ſi filius. De vulg. & pupill. ſubſt.* Nunquam enim ei defertur ſecundo gradu hereditas, ſed ſemper primo, cùm tamen vulgaris ſubſtitutio ex ſecundo gradu, gratuita autem ex delatione æſtimetur. Nec quod ſupra diximus caſum Galli Aquilij in vulgari quoque ſubſtitutione contineri, huic ſententiæ noſtræ contrarium eſt. Id enim eo pertinet, vt qui alteri vulgariter ſubſtitutus fuit *ſi is heres non erit*, perinde admitti poſſit ſi heres inſtitutus viuo teſtatore deceſſerit, acſi fuiſſet ille ſuperſtes teſtatori & hereditatem repudiaſſet. Verùm cùm hac differentia quod inſtituto mortuo poſt teſtatorem & ante aditam hereditatem admittitur ſubſtitutus iure ſubſtitutionis & tanquam ſubſtitutus: qui tamen præmortuo inſtituto ante teſtatorem, non admittitur tanquam ſubſtitutus, at potiùs tanquam inſtitutus, euadente ſubſtitutione in inſtitutionem, ob hoc ipſum quod in hoc caſu hereditas quæ viuentis teſtatoris nulla fuit, nec proinde inſtituto deferri vnquam potuit, ſubſtituto ipſi & primùm & ſoli defertur, quæ ſententia & ratio eſt *dict. l. cùm ex filio 39. §. vlt. eod. tit. de vulg. ſubſt.* vbi ob hanc cauſam ſubſtitutus qui euaſit in inſtitutum admittitur in iure adcreſcendi inſtituris, cum quibus tamen concurrere non poſſet tanquam in remotiore gradu conſtituus ſi iure ſubſtituti admitteretur. Faciunt ergo ineptè interpretes noſtri cùm ad vulgares ſubſtitutos accommodant ea quæ ſcripta ſunt de inſtituto nepote Aquiliano. Tanto autem ineptiùs quòd etiamſi eſſet iſte dicendus ſubſtitutus vulgaris, non ideo tamen poſſet eadem ipſius ratio conſtitui quæ aliorum ſubſtitutorum, quia certum eſt nepotem Aquilianum, ſi ius illud inſpiciamus quod Galli Aquilij & Scævolæ temporibus obtinebat, nullo caſu potuiſſe cum filio concurrere in aui ſucceſſione, quoniam ſi teſtator ſuperſtes eſſet quomodo ſuperſtitem eſſe oportebat vt poſſet ſuccedere, non poterat poſthumus nepos non naſci alienus, ac proinde talis, qui nec poterat inſtitui iure ciuili. Ob idque mirum non eſſet admiſſa etiam hac formula quæ interpretibus tantopere placet, *inſtituo filium meum, & ex eo nepotem*, non niſi ordine ſucceſſiuo inſtitutum videri nepotem, qui nec volente teſtatore admitti cum patre ſuo vnquam poſſet. *dict. leg. cùm in teſtamento 37. D. de hered. inſtit.* In eóque ſunt omnino ridiculi interpretes qui nepotem hunc tum etiam cùm à teſtatore diſertis verbis inſtitutus eſt, habent pro ſubſtituto: quem è contrario etiamſi expreſſim ſubſtitutus eſſet, deberent habere pro inſtituto, euadente ſubſtitutione, vt modo dicebamus in inſtitutionem, quomodo euadere illam prorſus neceſſe eſt vt nepos admitti poſſit. At ſubſtituto vulgariter alio quolibet præter nepotem hunc Aquilianum, non idem tractari poteſt, cùm nihil prohibeat quominus ex vulgari ſubſtitutione ſuccedat in omnem caſum quo inſtitutus heres non ſit, ſiue quia nolit ſiue quia non poſſit, & ſiue viuo ſiue iam mortuo teſtatore inſtitutus deceſſerit. Neque neceſſe eſt vt euadat ille in inſtitutum cùm poſſit ſuccedere tanquam ſubſtitutus, quando ſubſtitutus eſt. Eadem igitur ratione farendum eſt, ſi nepos hic talis ſit qui poſſit etiam viuo filio inſtitui & heres eſſe, quippe ſimul cum filio inſtitutus ſit, quomodo inſtitui hodie poteſt nepos quoque Aquilianus, nihil cauſæ eſſe cur inducamus ordinem iſtum ſucceſſionis & pro ſubſtituto habeamus illum qui non ſolùm ſit inſtitutus, ſed etiam coniunctim inſtitutus, cum eo cum quo etiam coniunctim admitti poſſit. Ceſſante iam ratione illa quæ feciſſet olim vt aliud Scævola in nepote Aquiliano reſpondiſſet, ſi tamen ei vnquam tale quid in mentem veniſſet vt reſponderet quod ab eo reſponſum interpretes arbitrantur. Nec ſimile eſt exemplum quod ſolent adferre noſtri inter quos Guid. Pap. *conſ. 60.* de parte ſibi filiis ſuis ſtipulante vt dicemus in Error. ſequent. At quid ſi † quis inſtituerit Titium, ſiue filius ille ſit, ſiue frater, ſiue extraneus quilibet *& ipſius liberos*, nondum eo tempore natos? Hoc quoque caſu putant plerique videri vocatos liberos ordine ſucceſſiuo, cùm ſimul admitti nequeant qui nondum ſunt nati, deque illo tantùm

diſputant

disputant vtrum in casum vulgarem duntaxat vocati videantur, an in casum etiam fideicommissi, eaſdémque fere distinctiones adhibent quas supra retulimus circa nepotem cum patre institutum. Ego verò ma-
19 gis esse puto † vt eos qui coniunctim cum alio instituti sunt, vel cum ipso quoque coniunctim succedere necesse sit, vel nullomodo. Itaque cùm ab initio valeat eorum institutio, postquàm placuit posthumum quemlibet etiam alienum heredem institui posse, non tam illud inspiciendum est, vtrum in rerum natura sint tempore testamenti, quàm vtrum eo tempore quo & hereditas, & hereditatis delatio ex testamento per legem aliqua esse incipit, si eo tempore vel iam editi vel saltem concepti sint, habebant commodum institutionis simulque cum patre ipso admittentur. Si verò tunc neque editi neque concepti proponantur, potest quidem tentari nullius momenti esse quoad eos institutionem totámque hereditatem pertinere ad Titium qui solus institutus reperitur nemine partem ei faciente (Quod enim ei relinquitur qui delationis faciendæ tempore in rerum natura non est, pro non scripto haberi conuenit, siquidem potestas legis cuius est hereditatem deferre, non potest in suspenso manere si institutio ipsa non aliqua conditione suspendatur.) Verius arbitror, hoc casu pendere institutionem in id vsque tempus quo vel nati fuerint Titio liberi vel certum esse cœperit nullos amplius nasci posse, quoniam negari non potest quin eorum omnium qui nondum nati sunt institutio tacitam illam conditionem habeat, si nascentur: quæ vtrum expressa sit an tacitè subintelligatur parum refert quod ad hoc vt retineat institutionem in suspenso *l. interdum. 73. D. de verbor. oblig.* Interim igitur partem habebit Titius, & quidem dimidiam, quia quotquot liberi ei nascituri sunt nonnisi ad vnam dimidiam vocati intelliguntur, tanquam vocati sub vno eodémque nomine collectiuo liberorum *d. l. si quis Attio. 7. D. de vsufr. adcresc.* Alterius verò partis bonorum curator dandus erit, qui bona interim administret in eorum commodum qui ex ea parte heredes quandoque futuri sunt, siue Titij liberi sint, siue ipse Titius, vt fieri solet quoties heres expectatur *l. 1. D. de curat. bon. dand.* Nam vt Titius qui non nisi ex parte scriptus fuit totam hereditatem habeat quandiu coheredem aliquem habere potest licèt nullum adhuc habeat fieri certè nequit. *l. 2. D. si pars hered. petat. l. planè. 34. §. si coniunctim de legat. 1. leg. coniunctim* 80.
20 *de legat. 3.* Multo magis idem obtinebit † si quis substituerit, *Titium & liberos eius nascituros.* Nam cùm substitutio vulgaris quælibet tacitam habeat conditionem vel expressam. Si heres non erit ille qui fuit institutus, facilius est vt vulgariter substituantur nondum nati, quàm vt instituantur, siquidem sufficere potest vt vel in hominum, vel saltem in rerum natura reperiantur eo tempore quo euenit conditio substitutionis, id est quo heres institutus desiit posse heres esse, siue per mortem, siue per repudiationem exclusus. Etsi nec tempus illud vsque adeò spectandum esse arbitror vt non possint admitti ex ea substitutione illi etiam qui postea concepti fuerint, propter aliam tacitam conditionem illam quam supra diximus inesse institutioni nascicturorum, *si nascentur.* Eadem namque ratio facit vt necessariò insit etiam substitutioni. Scio equidem placere multis liberorum, siue institutorum, siue substitutorum mentionem quantumlibet generalem ad eos restringendam esse qui tempore conditionis euenientis iam nati reperiantur. Sed mihi videtur nimis & improbabilis hæc restrictio, cui proprietas verbi repugnet. An non enim æquè sunt liberi Titij quotquot ei quandocunque nascuntur. Illud probabilius defendi potest. Institutis cum Titio, vel substitutis ipsius liberis simpliciter, illos solos videri institutos aut substitutos si qui sint, qui iam editi fuerunt vel saltem concepti moriente testatore, vt pote quos credibile sit prædilectos fuisse hactenus, ne per concursum aliorum, qui postea nati ac testatori omnino incogniti fuerunt, ipsorum portio minuatur. Exemplo eius quod de fideicommisso familiæ relicto scribit Modestinus in *l. omnia. 32. aliàs leg. cùm ita. §. sit fideicommisso. de leg. 2.* Sed si nulli eo tempore fuerunt, vel qui fuerunt decesserint antequam heredes essent, non potest hæc interpretatio alios excludere quominus cum Titio patre admittantur. Planè quamuis dici soleat liberorum nomine descendentes omnes etiam qui remotioris gradus sint contineri *l. liberorum, 220. de verborum significatio.* non ideo tamen credendum est Titio datos videri coheredes non tantùm filios eius, verùm etiam nepotes & pronepotes filiis existentibus. Quoties enim plurium graduum personæ sub vno eodémque nomine collectiuo vocantur, illi priore loco videntur inuitati non qui priore tempore sed qui priore gradu procreati sunt *d. §. in fideicommisso. iunct. l. si heredes mei. 57. §. vlt. ad SC. Trebell.* Nullis verò filiis existentibus nihil vetat etiam nepotes tanquam liberos Titio auo coheredes fieri, sed eos demum qui viuo ipso saltem concepti fuerint, alioqui nec nepotes ipsius dici possunt qui eo iam mortuo sint concepti *l. 1. §. si quis proximior. D. vnd. cognat. l. Titius. 6. & seq. D. de suis & legit.*

ERROR IX.

De patre stipulante, aut aliter contrahente pro se & filiis suis.

SVMMARIA.

1 *Quæstio an successionis ordo inducatur quum quis stipulatur sibi & filiis suis.*
2 *Iudicium auctoris de Guid. Pap.*
3 *Bartoli opinio de quæstione proposita.*
4 *Sententia l. si tibi. 17. §. si pactus. D. de pactis. exposita aduersus Gloss. & Bart.*
5 *Verba expuncta ex dict. l. si tibi. 17. §. si quis pacisca-tur.*
6 *Liberis ex contractu per patrem acquiri non potest.*
7 *Doli exceptionem filiæ non dari ex pacto patris aduersus interpretes, & n. 10*
8 *Doli exceptio est subsidiaria exceptioni pacti, sicut exceptio in factum est subsidiaria exceptioni doli.*
9 *Emendatio leg. 4. §. aduersus. 16. D. de dol. mal. except.*
11 *Emendatio l. heredi. 21. §. nos autem. D. de pactis, ex qua educitur conciliatio Pauli & Iuliani.*
12 *Pactum patris qui pacisci-tur ne a se filioque suo petatur, soli patri prodest.*
13 *Alij pacisci, aut stipulari, aut aliter contrahere nemo potest.*
14 *Cùm quis stipulatur filio quem habet in potestate, stipulatio non valet in persona filij, sed in persona patris.*
15 *Vera sententia l. pater. 23. D. de pact. dotal. Cuiacio & aliis interpretibus incognita.*
16 *Cùm quis sibi filiisque suis stipulatur, siue copulatiuè siue disiunctiuè inutilis est in stipulatione liberorum expressio: & quæ sit eius iuris ratio.*
17 *Cum quis sibi & heredi stipulatur, inutilis est heredis expressio aduersus Bart.*
18 *Si quis stipuletur sibi & filiis suis heredibus, stipulatio non proderit filiis si non sint heredes, nec heredibus si non sint filij stipulatoris.*
19 *Cùm quis sibi & Titio heredi suo stipulatur si alium quàm Titium habeat heredem, huic potius exceptio dolí dabitur quàm actio ex stipulatu, & cur.*

20 *Exceptio pacti quibus personis detur, item actio ex stipulatu.*

21 *Ratio Bartoli qua probat filios admitti ordine successiuo, vbi pater stipulatus est sibi & filiis suis, refertur & diluitur.*

22 *Obiectio petita ab operis libertorum, quarum valet stipulatio in fauorem liberorum.*

23 *Responsio auctoris, ius operarum speciale esse docentis.*

24 *Opera etiam non promissa à liberto debentur patrono & eius liberis.*

25 *Liberi patroni non habent ius patronatus viuo patre, & n.27.*

26 *Patroni liberi vnde habeant ius patronatus.*

SVnt quos pudeat sequi aliorum errores, nisi hoc agant, vt ratione aliqua id facere videantur, quibus tamen euenire necesse est, vt nouis erroribus se implicent, cùm errori ratio fauere, ac suppetias ferre nunquam possit. Hoc autem in supra disputata quæstione iis euenit, qui vt cum Bartolo defendant institutionem coniunctim factam earum personarum, inter quas ordo adfectionis cadat, intelligendum ita esse, vt inter eas ordo etiam successionis inducatur, adfetunt rationem. Quoniam, inquiunt, idem contingere cernimus si pa-
1 ter † sibi & filiis suis stipuletur. Nam sibi primùm, deinde post mortem suam filiis suis dari stipulatus intel-
2 ligitur. Quomodo ratiocinatur Guid. Pap. † *cons.* 60. vt est ille perpetuus & exercitatissimus in Bartoli erroribus tuendis & comprobandis, ita vt vix aliud quicquam sciuisse videatur, quam quod Bartolum sciuisse putabat, sed si verum amamus, quæ Bartolus ignorauit. Quanquam esset forsassis Papiniano nostro æquiparandus, ne addam præferendus si omnia sciuisset, quæ Bartolus nescisse. At nec Bartolus ipse tam facilè audet propositionem illam adstruere de successionis ordine inducendo in contractibus, si quis pro se & filiis suis aliquid stipulatus sit vel emerit vel aliter contraxerit. Dignamque putat esse quæstionem quam seperatim tractat, *in d.l. Gallus.* 29. §. *quidam retrò de liber. & posthum.* Itaque postquam circa institutionem eas adhibuit distinctiones quas proximo capite retulimus & refutauimus, quærit ille ex proposito *num.* 8. quid in contractibus? Et refert quidem errare nonnullos in contractibus quoque ordinem eundem successionis lo-
3 cum habere. Sed tamen distinguendum † esse putat quid actum sit, id autem potissimum esse considerandum ex qualitate & conditione rerum super quibus pactum contractúsve interponitur. Vt si tales sint quæ de sui natura transeant ad heredes, videatur pater acquirere voluisse filiis vt heredibus, & sic non pro virilibus, sed pro hereditariis portionibus si forte ex inæqualibus fuerint instituti: si verò tales sint quæ de sui natura non transeant nisi ad filios, tunc videatur stipulatus filiis vt filiis non vt heredibus. Ex quo infert admittendos esse filios ex eiusmodi contractu post mortem patris pro virilibus non pro hereditariis portionibus, adfértque exemplum in operis libertorum ex *l. vt iurisiurandi.* 7. §. *si liberi. iunct. l. si quis operas.* 5. *D. de oper. libert.* Itémque in emphyteusi ecclesiastica quam placet non transire ad extraneos heredes sed tantùm ad filios & nepotes. Ex *Nouell.* 7. *de non alien. aut permut. reb. eccles. cap.* 3. §. *emphyteusin.* In dubio autem & alio non apparente concludit videri patrem filiis pactum esse non vt filiis, sed vt heredibus secutus opinionem glossæ quæ hoc ipsum nominatim tradit in *l.*
4 *si sibi.* 7. §. *si pactus. D. de pact.* qui tamen † locus si quid video, hanc sententiam apertissimè conuellit. Ibi enim Paulus scribit. Si pactus sim ne à me néve à Titio petatur, non profuturum hoc pactum Titio etiamsi heres mihi extiterit, quia ex postfacto, inquit, pactum illud confirmari non potest, cùm ab initio fuerit inutile quantum ad personam Titij cui non magis exceptio quàm actio per me acquiri potuit. *Et hoc Iulianus scribit in patre*, inquit Paulus, *qui pactus erat ne à se néve à filia peteretur, cum filia patri heres extitisset.* Filiam scilicet quanquam heredem patris, non posse tueri se huiusmodi pacti exceptione, aut alia vlla ratione commodum sibi aliquod ex eo comparare, cùm neque ex propria persona ius vllum habere possit ex pacto patris, per quem nihil potest acquiri filiæ *leg. cum dos.* 7. *vers. si verò filia. D. de pact. dotal.* neque tanquam ipsius patris heres, quando pactum fuit personale, quale istud est ex qua parte paciscitur pater ne à se petatur, vt idem Paulus scribit *in ead. leg. si tibi* §. *si quis paciscatur*, vbi verba illa, † *sed vt ab herede petatur*, quæ lineis inter- 5
cluſa sunt, quomodo solent esse quæ sunt suspecta, deleri haud dubiè omnino debent, quia tum quoque cùm quis paciscitur ne à se petatur, licet non addiderit sed vt ab herede petatur, heredi tamen non prodesse exceptionem certum est. At qua ratione pater paciſci fil æ non potest, nudo pacto, eadem neque stipulari alitéve liberorum gratia contrahere potest, quia generaliter verum est quod ait Pomponius in *dict. leg. cum dos*, patri quidem per liberos quos in potestate habet acquiri posse, sed liberis † per patrem non posse. 6
Nec verum est quod vulgo nostri ad Paulum supradicto loco notant, filiam non posse equidem habere exceptionem pacti ex pacto patris etiam cuius heres sit, sed dandam † ei exceptionem doli ex eo quod idem 7
Paulus scribit ex eodem Iuliano in *leg. & heredi* 21. §. *nos autem. D. eod. tit. de pact.* illis verbis, *Iulianus quoque scribit si pater pactus sit ne à se néve à filio petatur, magis est vt pacti exceptio filiofamilias danda non sit, sed doli profit.* Nam si ita esset, quid obsecro in effectu referret, an pacti an verò doli exceptionem haberet filia ex pacto patris? Aut quomodo verum esse posset, quod Paulus apertè scribit tam in *dict.* §. *si pactus quam in dict.* §. *nos autem*, pactum patris ne à filio filiáve petatur, soli patri prodesse, si filij aut filiæ nomine conueniatur, non etiam ipsis liberis etiam quos habeat in potestate. An non tam prodesset pactum ex quo daretur exceptio doli, quàm ex quo exceptio pacti? Et quamuis non negem multum referre quantum ad rationem iuris prætorij quod exceptiones introduxit, an pacti exceptio detur an doli, quoniam hæc † illi sub- 8
sidiaria esse solet, sicut in factum exceptio subsidiaria est exceptioni doli. *l. rescriptum.* 10 §. *vltim. eod. iunct. l. licet famosa.* 7. §. *nec exceptiones. D. de obseq. parent. & patr. præst. l.* 4. §. *aduersus D. de doli mali except.* (vbi † 9
malè, *apud bonos mores*, pro eo legendum est, *apud bonos viros.*) Attamen si † effectum rei & potestatem ex- 10
ceptionis consideres, quid potest interesse an hæc an illa exceptio accommodetur, cùm is qui excipit, tantùm per vnam quantum per aliam consequatur? Denique quid videri potest facere dolo malo is qui pactus cum patre de non petendo à persona patris, nec à persona filiæ, vtiliter quidem quod ad patrem, sed inutiliter quod ad filiam, à filia petit siue viuo siue mortuo patre, ac siue sit illa heres patris siue non sit? Neutro enim casu venit contra pactum, neque ex qua parte fuit conceptum in personam patris cuius illa heres sit, quia fuit pactum personale, & consequenter extinctum cum patris persona, nec transmissibile ad heredem. Neque ex qua parte fuit conceptum in personam filiæ, quia cùm hoc initio sit inutile, etiam apud prætorem, qui animaduertit ante omnia ne pactum inter alios initum aliis nocear aut prosit *leg. si vnus.* 27. §. *pacta qua turpem. vers. ante omnia. D. de pact.* pro non interposito habetur. Sed tamen vrgent valde pro interpretibus suprà relata Pauli & Iuliani verba, & tam fortiter, vt cùm pro me consiet de iuris ratione, dubitandum non sit, quin vnus hîc esse videatur ex iis locis qui

emendatione

11 emendatione noſtra indigent. Lubricus enim † error fuit & qui facilè potuit irrepere ex imperitia primùm ſcriptoris alicuius, deinde etiam interpretis, cùm ſcriptum eſſet more Florentini librarij, *ſed ſoli Proſit*, pro eo quod pluribus literis ſcribendum fuiſſet, *ſed ſoli patri proſit*, litera *P.* maiuſcula pro duabus poſita, quarum altera ſufficere poſſet ad integram dictionem, *patri*, ſignificandam, altera ſubleuiret principio ſequentis dictionis *proſit*, quod quia non intellexerunt, putantes ſcriptum, *ſed ſoli proſit*, facilè in eum errorem prolapſi ſunt, vt pro *ſoli*, crediderint reponendum *doli*. Facit autem hæc noſtra emendatio vt & Paulus & Iulianus non ſolum inter ſe: verùm etiam cum ſeipſis bene conueniant, qui alioqui à ſeipſis quoque diſſentirent. Id enim vtroque loco & Paulus & Iulianus
12 ſcripſerunt † ſoli patri non etiam filiæ tale pactum prodeſſe debere. Patri inquam ſiue proprio, ſiue filij ſui filiæve nomine conueniatur, ſed diuerſis tamen, vt aiunt, reſpectibus. Ipſi enim, ſi proprio nomine conueniatur, prodeſt pactum quatenus pactus ille eſt, ne à ſe petatur. Si verò ex perſona & nomine filij vel filiæ, prodeſt ei quatenus pactus eſt ne à filio petatur. Eatenus ſiquidem intereſt patris, vt pactum à ſe ipſo interpoſitum defendatur, ſuúmque effectum habeat: id faciente iure poteſtatis, vt quemadmodum ex contractibus filiorum quos in poteſtate noſtra habemus conueniri poſſumus, ita paciſci & conſulere nobis poſſimus ne ab iis petatur, vt eorum nomine non conueniamur. Quod ſi pactum non valet in perſona filij cum pater ſibi & filio ſuo paciſcitur, ſimiliter nec ſtipulatio valebit, aliúſve vllus contractus, quoniam vna eadémque
13 eſt iuris regula, † quæ facit vt alij nec paciſci nec ſtipulari alteri ue contrahere quiſquam poſſit, quoniam ad hoc comparatæ ſunt obligationes omnes vt vnuſquiſque acquirat ſibi quod ſua intereſt *l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri. D. de verborum obligatio. iunct. l. ſi mihi & Titio 110. eod. leg. fundus ille 64. D. de contrahend.*
14 *emptio.* Non dico ſtipulationem † non valere ſi quis filio ſuo ſtipuletur quem habet in poteſtate. Valet enim perinde ac ſi pater ſibi ipſi ſtipulatus eſſet *leg. cum qui 56. §. qui ſibi leg. dominus 39. de verborum obligat.* Sed dico, non valere ſtipulationem in perſona filij vt ex ea filius ipſe agere ſibique commodum aliquod parare poſſit, ne quidem patre mortuo, adeóque nec ſi pater contulerit ſtipulationem in id tempus quo pater ipſe iam erit mortuus, vt in ſpecie *leg. pater. 23. D. de pact.*
15 *dotal.* vbi † non dubitat Africanus quin inutilis ſtipulatio ſit quantum ad filios, quibus in poteſtate conſtitutis, pater poſt mortem ſuam dari ſtipulatus fuerat, non ſecùs quàm ſi ſibi aut poſt mortem ſuam extraneo cuilibet, puta Titio ſtipulatus fuiſſet. Id enim eſt quod ſignificat poſtrema illa legis clauſula *& perinde habendum ac ſi talis ſtipulatio interpoſita fuiſſet, ſi nauis ex Aſia venerit, mihi poſt mortem meam Lucio Titio dari ſpondes?* Et quamuis placeat Africano ex eiuſmodi ſtipulatione filios agere poſſe, & duas dotis partes petere quæ fuerant in ſtipulationem deductæ, non tamen admittit eos vt filios, ſed vt heredes quoſlibet, vt oſtendit reſponſi ratio quam ille adfert iis verbis, *etenim eius ſtipulationis vim hanc eſſe, vt ſi in matrimonio mortua filia eſſet, dos patri redderetur*, nulla ſcilicet facta mentione liberorum. Vt intelligamus cùm eorum mentio facta eſt, licèt fuerint illi ſtipulationis tempore in patris poteſtate, ipſorum tamen perſonas pro non adiectis habendas eſſe, ſicuti pro non adiecto habendus eſſet extraneus cui dari ſtipulator, *poſt mortem ſuam*, ſtipulatus fuiſſet. Atqui ſi non eſſet adiecta liberorum mentio in ſtipulatione, nemo diceret poſſe illos ex ea ſtipulatione agere tanquam filios, nec ſi eſſent heredes patris, ſed ſolum ius illud haberent, vt poſſent agere tanquam alij quilibet heredes patris, quoniam quiſquis ſibi paciſcitur vel ſtipulatur, non tantùm ſibi: ſed etiam heredibus ſuis paciſci & ſtipulari intelligitur *leg. ſi pactum 9. D. de probat.* Idem ergo dicendum eſt, cùm eorum mentio facta fuit in ſtipulatione: quod omnium apertiſſimè exprimunt vltima illa legis verba, *nam etſi poſt mortem ſtipulationis nauis veniſſet, heredi deberi.* Et hæc proculeiubio Africani ſententia eſt, quam tamen magnus Africani interpres non percepit, vt nec alius quiſquam ex cæteris aut veteribus aut recentioribus quemadmodum alio loco pluribus oſtendemus. Igitur cùm ex eiuſmodi ſtipulatione patris qui ſibi & filius ſuis ſiue ſimpliciter ſiue poſt mortem ſuam dari ſtipulatus eſt, nullum ius acquiri poſſit liberis, niſi vt ſi heredes ſint, actionem illam habeant, quam alius quilibet extaneus heres iure hereditario habiturus eſſet: fatebor quidem quod vult Bartolus non niſi ordine ſucceſſiuo admitti eos poſſe, cùm viuentis hominis neque heres, neque hereditas eſſe poſſit, ſed non æquè admittam quod idem ille vult, hoc ius iis competiturum ex verbis ſtipulationis, quibus facta ſit ipſorum mentio, & ex vi coniunctionis mutatæ in diſiunctionem, cùm vtroque caſu æquè ſit † inutilis expreſſio 16
liberorum, ſiue pater ſibi & filius ſuis, ſiue ſibi aut filiis ſuis ſtipulatus proponatur. Nam & cùm quis ſibi † & 17
heredi ſuo, aut ſibi vel heredi ſuo dari ſtipulatur, inutilis omnino eſt expreſſio perſonæ heredis: Non quia heres agere ex ea ſtipulatione non poſſit: ſed quia perinde agendi ius haberet, etiamſi nihil de illo in ſtipulatione caueretur eſſet, nec agit tanquam nominatus ſiue proprio nomine, vt puta Titij, ſiue appellatiuo, *heredis*, ſed tanquam heres ſtipulatoris, cui ſtipulatori verum eſt quæſtionis eſſe: cum quod ad eius perſonam attinet, non poſſit inutilis videri ſtipulatio. Ideoque ſi in ſtipulatione † nominati ſint filij ſub vtroque 18
nomine & filiorum & heredum: contingat autem alios ſtipulatori eſſe heredes, non proderit filiis quod ſint filij, cùm non ſint heredes, quanquam nocebit veris heredibus quòd non filij ſint heredes, *l. tale pactum 40. §. vlt. D. de pact.* quia nulla quidem ratio eſt cur proprium nomen attendi debeat eius cui ſtipulari defuncto nec nolenti nec potuit, niſi tanquam heredi. Difficilius ſanè eſt vt cùm quis ſibi & Titio heredi ſuo 19
ſtipulatur, deinde alium quàm Titium habet heredem, actio ex ſtipulatione detur heredi, quàm vt eidem detur exceptio doli in ſpecie *dict. §. vlt.* quia ad inducendam exceptionem doli ſufficit aliquid heri contra id quod actum eſt à paciſcentibus vel contrahentibus. Expreſſio autem nominis perſonæ, qua paciſcens vel ſtipulator eo tempore ſperabat heredem ſibi fore, non facit quin appareat paciſcentem vel ſtipulatorem ei perſonæ tanquam heredi potiùs, quàm quaſi Titio aut quaſi fratri proſpicere voluiſſe. Vt verò detur actio ex ſtipulatione non ſufficit voluntas contrahentium, niſi adſint etiam verba ſtipulationis. Verba autem euidenter repugnant cùm Titij vel fratris nomen expreſſum eſt, licet adiecta qualitate heredis, vt alius heres quilibet, qui neque Titius neque frater ſit ſtipulatione contineri intelligatur. Vnde eſt quod nec in ſpecie *d. §. vlt.* dat Papinianus heredi exceptionem pacti, ſed tantùm exceptionem doli quæ ſubſidiaria eſt exceptionis pacti *l. reſcriptum 10. §. vlt. eod.* quia nimirum exceptio pacti † non aliis 20
dari poteſt quam iis, quorum perſonæ pacto nominatim comprehenſæ ſunt, vel eorum ſucceſſoribus, ſicut neque actio ex ſtipulatu aliis quàm qui in ſtipulatione nominati fuerunt. Nec facilius eſt vt pacti exceptio, quàm vt ex ſtipulatu actio detur ei, de quo nihil in pacto vel in ſtipulatione dictum eſt. Sed vt detur doli exceptio ei quoque de quo nihil dictum fuit, dummodò actum de illo fuerit, facillimum eſt. Atque ita intelligi prouti dubio debet Papinianus. Alia ratio, † 21
quam adfert Bartolus vt probet ex ſtipulatione quem pater interpoſuerit pro ſe & pro filiis ſuis admitti filios ordine ſucceſſiuo, non melior eſt. Ait enim, quod

filio acquiritur ex ſtipulatione & prouiſione patris eſſe profectitium, ex eóque infert. Non igitur poſſe acquiri filio niſi poſt mortem patris: quia ſi viuo patre acquireretur patri per filium etiam hodie, cùm nihil in peculio profectitio immutatum ſit à Iuſtiniano in *leg. cùm oportet* 6. *& leg. vltim. Cod. de bonor. quæ liber.* Nam probat quidem hæc ratio nihil poſſe filio acquiri viuo patre ex ſtipulatione patris: ſed non probat poſſe quicquam acquiri filio etiam poſt mortem patris. Prius enim probandum eſſet valere ſtipulationem quantum ad perſonam & vtilitatem filij, ſiue pater ſibi & filio ſuo, ſiue ſibi aut filio ſuo dari ſtipulatus ſit, quod nos negamus tum quoque cùm poſt mortem patris collata ſtipulatio eſt, *ex dict. leg. pater.* 23. *& leg. ſi ita conuenerat.* 9. *D. de pact. dotal.* Atqui nec Bartolus probat, nec pro Bartolo probare quiſquam poſſit, valere huiuſmodi ſtipulationem quod ad filij perſonam & vtilitatem. Et quamuis caſus ille ſit dubitabilior, ſi pater ſtipulatus ſit dari poſt ſuam mortem filiis ſuis propter aliquos iuris locos, qui in ea ſpecie videntur velle actionem dare filio etiam qui non ſit heres patris, *leg. quodcunque* 45. §. *ſi quis ita. D. de verbor. obligat. l. pater.* 7. *Cod. de pact. comment. tam ſup. dot.* de quorum legum ſententia ſcribemus forte alibi latiùs *lib.* 19. *Coniecturarum*, hic tamen caſus quem nunc tractamus de patre qui ſibi & filiis ſuis ſimpliciter ſtipulatus eſt coniunctim, aut etiam diſiunctim, *ſibi aut filiis ſuis*, nullam omnino recipit dubitationem, quin ſi liberorum mentio haberi debeat pro non adiecta, ſiue proponas in potestate fuiſſe liberos ſtipulationis tempore, ſiue iam tum emancipatos: & rurſum, ſiue pactus ſit pater filiis tanquam filius, ſiue tanquam heredibus, ſiue denique hæc expreſſio, quòd ita proſpicere vellet tanquam heredibus, ſiue ex tacito intellectu, & per interpretationem ea præſumptio capiatur. Nec pugnat † cum
22 hac noſtra ſententia quod noſtri obiiciunt de operis liberti, valere earum ſtipulationem etiam in fauorem & vtilitatem liberorum, ſi quis à liberto ſibi liberiſque ſuis operas ſtipulatus ſit ex *dict. leg. ſi quis operas* 5. *D. de oper. libert.* adeóque licèt liberi non ſint heredes patris, vt conſtat ex eo, quod Caius ſcribit in *leg. cùm patronus* 22. §. 1. *eod.* cùm libertus promiſerit patrono ſe operas daturum, neque adiecerit *liberiſque eius*, nihilominùs liberis deberi: ſed ita demum ſi patri heredes extiterint, vt in hoc minus iuris habeant quàm liberi, quorum mentio adiecta eſt in ſtipulatione, quòd in illis de quibus cauit ſtipulatio non eſt neceſſe vt ſint
23 heredes. Nam reſpondeo † eſſe hoc ius ſpeciale operarum, vt eas à liberto ſtipulari poſſit patronus, non tantùm ſibi, ſed etiam liberis ſuis, vt hoc veluti præmio inuitentur domini ad dandam eo facilius ſeruis ſuis libertatem, cuius beneficium tantum eſſe creditur, & re vera eſt, vt nihil non poſſit ex ea cauſa libertus debere patrono, & liberis patroni. Vtique adeò vt
24 quamuis operæ † nullæ promiſſæ ſint, non eo minus tamen naturâ deberi intelligantur *leg. ſi non ſortem* 26. §. *libertus. D. de condict. indeb.* nec minus patroni liberis etiamſi patris heredes non ſint, quàm ipſi patrono: quia & cùm heredes non ſunt patronorum, tamen iura retinent, dum ne ſint exheredati, *leg. ſi operarum* 29. *D. de oper. libert.* & cùm heredes ſunt inſtituti etiam ex inæqualibus partibus, patronorum tamen ius & nomen habent, & conſequentes operarum petitionem pro partibus æqualibus non pro hereditariis, *dict. leg. vt iuſiurandi* 7. §. *ſi liberi. eod.* quod ego ſic intelligo, etiamſi operas illas patronus ſibi tantum, non etiam liberis ſuis ſtipulatus ſit. Quinimò quod magis eſt, interdum operarum manet petitio, etiamſi ius patroni non ſit, vt euenit in fratribus eius cui adſignatus eſt libertus, aut in nepote alterius patroni, extante alterius patroni filio, *leg.* 4. *& vltim. eod.* Cur non ergo debeat licere patrono ſtipulari operas à liberto non tantùm ſibi, ſed etiam liberis ſuis, in illum etiam caſum, quo non ſint illi futuri heredes? multo magis concepta ſimpliciter ſtipulatione, quomodo concipi ſolebat non expreſſo eo, an liberos heredes habiturus eſſet pater, necne. Nam libertus non magnam in hoc iniuriam patiebatur, cùm operarum ſtipulatio ad heredem extraneum tranſire non poſſet, niſi poſt litem à patrono conteſtatam, *dict. leg. ſi operarum*, iunctis iis quæ de illius loci emendatione & interpretatione ſcribit Cuiacius *lib.* 7. *Obſerv. cap.* 14. quod indignum eſſet ciuem Romanum obligari ad operas alij præſtandas, quàm ei ipſi à quo libertatem accepiſſet, aut ſaltem liberis eius. Quod igitur non poterat patronus heredi ſuo extraneo acquirere, fuit æquum vt poſſet liberis ſuis etiam non heredibus ſtipulari, aut etiam citra ſtipulationem liberis ſuis acquirere, & in eos transferre, ita demum ſi heredes, vt plus iuris haberent qui eſſent & liberi & heredes, quàm qui vel liberi tantùm, vel heredes tantùm. Quoties autem pater ſibi ſuiſque liberis ſtipulatur, non vocantur liberi ſimul & coniunctim cum patre, ſed ordine ſuccеſſiuo. Non propter ordinem illum adfectionis quem ponderat Bartolus, ſed propter ordinem neceſſitatis, quia fieri nequit vt patronus, & patroni liberi ſimul admittantur ad ius patronatus, nec proinde ad petitionem operarum, quæ non niſi propter ius patronatus debentur. Non enim habent liberi † ius illud patronatus, 25
quandiu pater viuit, niſi quod ius tam quoque debent reuerentia, ne in ius vocari à liberto poſſint ſine venia prætoris. *leg. adoptiuum* 8. §. *vltim. D. de in ius vocand.* Nec quòd patris & filij vna eademque perſona eſſe creditur, propter ius patriæ poteſtatis, facere debet vt exiſtimemus commune eſſe ius patronatus patri & liberis eodem tempore. Siquidem non † ius patriæ 26
poteſtatis illud eſt, quod tribuit filio patroni ius patronatus, ſed nomen filij. Vnde eſt quod patri refert an emancipati ſint filij, an in poteſtate, *dict. leg. vt iuriſiurandi* 7. §. *patri autem refert, de oper. libert.* dum ne ſint exheredati, *dict. leg. ſi operarum* 29. *eod. iunct. l. ſi ex patronis* 12. §. 1. *& ll. ſeqq. leg. Paulus* 47. *de bonor. libert.* Ex qua exceptione tanto magis apparet nullum ius patronatus habere liberos patroni, niſi ex perſona patris: alioqui ſi quod haberent ex perſona propria non poſſet ius auferri per exheredationem, nec rurſus ſi quod habuiſſent viuo patre & cum patre, ſiue quod ad cauſam ſucceſſionis, ſiue quod ad exactionem operarum. Et inde etiam eſt quod dubitatum olim fuit, an libertorum iura ſalua eſſent liberis quorum pater perduellionis damnatus, aut ex alia cauſa punitus eſſet: quanquam ex benignitate Imperatorum placuit ſalua eſſe *leg. iura libertorum* 4. *D. de iur. patron.* Denique dictum ius patronatus tranſire à patre in liberos, *dict. leg. adoptiuum.* §. *vlt.* & à patre ad liberos peruenire in *l.* 3. *D. de interd. & releg.* vt appareat fieri † non poſſe, 27
vt patrono viuo liberi ipſius iura patronatus, aut operarum exactionem habere intelligantur, nec ſi pater velit, ſicut nec in poteſtate patris eſt, qui libertatem ipſe dedit vt liberos ſuos faciat patronos, cùm patronus ille ſit qui manumiſit, & quidem ſolus quandiu viuit. Proinde mirum videri non debet ex ſtipulatione, quam patronus pro ſe liberiſque ſuis interpoſuerit, non admitti liberos ad exactionem operarum, niſi ordine ſucceſſiuo, & mortuo demum patre, vel ob hoc ipſum ne nimis libertus oneretur, ſi patrono permittatur non tantùm pro ſe, quod magnum per ſe eſt, ſed etiam pro liberis ſuis ſe viuo, & coniunctim ſtipulari operas ab homine & libero & ciue Romano, quamuis non ingenuo, ſed libertino. Satisque eſſe debet patrono, quòd ex hac cauſa permittitur ei contra iuris communes regulas ſtipulari liberis ſuis, vt ex ſtipulatione operas petere poſſint poſt mortem patris. Sed non poteſt bona eſſe conſecutio, ſi quis ex eo inferat quomodo infert Bart.

Idem

Idem ergo admittendum esse si quis pro se suisque liberis centum, aut quid aliud ab extraneo, id est, qui eius libertus non sit, stipuletur. Dissimilitudo namque in eo est, quod posteriore hoc casu non valet stipulatio quantum ad personas liberorum, & idcirco nullus quæstioni locus relinquitur, an admitti debeant simul cum patre an ordine successiuo: cùm etiamsi admittantur post patrem, non tamen admittantur tanquam nominati in stipulatione, sed tanquam alij quilibet stipulatoris heredes etiam qui nominati non fuissent.

ERROR X.

De emphyteusi, quam quis pro se & filiis suis acceperit.

SVMMARIA.

1 *An emphyteusis in filios quatenus filij sunt transeat ex stipulatione patris pro se filiisque suis eam accipientis.*
2 *Bartoli & cæterorum Dd. sententia affirmans.*
3 *Sententiam Bartoli non confirmari, vt vulgò putant per Nou. 7. §. emphyteusim.*
4 *Error Iulij Clari.*
5 *Pater non magis potest acquirere liberis in emphyteusi quàm in reliquis rebus.*
6 *Ex notarij stipulatione cui absenti quæratur actio secundum generalem gentium consuetudinem.*
7 *Filiusfam. stipulando acquirit patri non sibi.*
8 *Ex stipulatione filij collata in tempus defuncti patris nulla datur actio filio.*
9 *Stipulatio à notario pro patre & filiis interposita actionem filiis non parit.*
10 *Error Bartoli ad emphyteusim ex æqualibus partibus filios admittentis qui ex inæqualibus partibus instituti sunt.*
11 *In operis libertorum cæterisque ad ius patronatus pertinentibus liberi specialiter succedunt non tanquam heredes sed tanquam liberi.*
12 *In emphyteusi liberi succedunt vt heredes non vt liberi.*
13 *Licet inter feudum & emphyteusim magna sit conuenientia, tamen ius successionis liberorum in feudo ad emphyteusim non potest produci.*
14 *Sola concedentis voluntas non sufficit vt emphyteusis primi accipientis liberis acquiratur quamuis non sint heredes.*
15 *Feudi & emphyteuseos differentia.*
16 *In emphyteusi quam quis pro se & filiis suis accipit nulla sit substitutio fideicommissaria.*
17 *Ex pacto non potest acquiri actio in rem.*
18 *Actio in personam ex contractu emphyteutico liberis accipientis dari nequit aduersus patrem aut concedentem eo casu quo non sunt heredes accipientis.*
19 *Quid si conuentum sit, vt emphyteusis non ad heredes extraneos sed filios accipientis transeat.*
20 *Qui rem suam alicui tradit certa lege adicta in fauorem tertij, non se sed accipientem tertio obligat quod in emphyteusi etiam obtinet.*
21 *In specie supra proposita non dari actionem filiis in concessione emphyteuseos nominatis aduersus extraneos heredes accipientis.*
22 *Aliena & insubtilis Ioannis Corasij pro errore interpretum argumentatio.*
23 *Concessa tibi & Titio filio tuo emphyteusi, filius coniunctim est admittendus non ordine successiuo.*
24 *Sex falsa propositiones interpretum de emphyteusi,*

quam quis pro se & filiis suis acceperit explodantur.

25 *Emphyteuseos & feudi discrimen.*

QVod autem postremo loco adduci solet à Bart. & cæteris de emphyteusi, † quam quis pro se suisque liberis acceperit, interposita etiam, vt fieri solet in eam rem stipulatione. Admittendos scilicet liberos † post mortem patris & ordine successiuo ad emphyteusim, & quidem pro virilibus portionibus, licèt inæqualiter instituti proponantur. Etsi Doctores nostros omnes in eo consentire video, vereor tamen ne non sit verum. Nam quod Iustin. † constituit in *dict. §. emphyteusim. Nouell. 7. de reb. eccles. non alien.* vt emphyteusis Ecclesiastica non possit transire ad extraneos heredes, sed tantùm ad filios vsque ad secundum gradum, non ita est accipiendum, quasi velit Iustinianus, quod volunt nostri, posse filios in emphyteusi succedere ex patris stipulatione tanquam filios, tametsi non sint heredes, sed è contrario, vt ita demum possint in emphyteusi succedere, tanquam filij, si etiam heredes sint: hactenúsque tantùm profit iis ius filiorum & nomen, quatenus prodesse iis potest ius & nomen heredum, alias qui liberi non essent minimè profuturum. Et ita esse vt Iustinianus duo ista coniunctim requirat, quòd eius qui emphyteusim accepit filij, & filij sint, & heredes, probant clarissimè verba illa, *& in duobus eiusdem personæ heredibus*, i. heredum gradibus, *deinceps, filiis tantùm solis masculis, aut fœminis, aut nepotibus vtriusque naturæ.* Item quod sequitur, *alioqui non transire ad aliquem alterum heredem.* Illa namque dictio *alterum*, implicat heredes etiam esse oportere illos, in quos prius dixerat emphyteusim transire. Ex eóque infero, non ex stipulatione patris transire emphyteusim Ecclesiasticam in filios, sed iure hereditario. Nec enim illud etiam requirit Iustinianus vt qui emphyteusim accepit aliquam filiorum suorum mentionem adiecerit (in quo erranit † Iulius Clarus *in §. emphyt. quæst. 28. à. num. 1. fin.* vbi ait emphyteusim Ecclesiasticam simpliciter concessam, nulla facta mentione filiorum, nec heredum, finiri stricto iure in persona accipientis, & de hoc esse textum, vt ipse loquitur, rotundum in *d. §. emphyteusim*,) imo vult, vt simpliciter accepta emphyteusis transeat ex sui natura ad filios & nepotes accipientis, quamuis nulla eorum mentio facta sit, non etiam ad pronepotes, aut ad extraneos heredes, etiamsi de ipsis expressim cautum proponatur. Solúmque in viro & vxore hoc exigit, vt de iis nominatim conuenerit, si ad emphyteusim admitti velint, non tanquam vir & vxor, quod neque filius tanquam filiis conceditur, sed tanquam heredes, si tales reperiantur. Sic namque Iustin. scribit, *aut vxore aut viro, si hoc videlicet de vxore aut viro expressim nominetur.* Ex diuerso autem cùm in concedenda, vel potiùs constituenda emphyteusi mentio expressa sit liberorum accipientis, siue patris stipulatio interuenerit aliqua, siue nulla, dico accipientis liberos non ex stipulatione succedere, sed tanquam heredes stipulatoris, vt proinde mirum non sit admitti eos post mortem & ordine successiuo, cùm viuentis patris heredes esse non possint. Moueor autem ex eo quod iam supra probaui huiusmodi stipulationem non valere quantum ad expressas personas liberorum. Quænam enim ratio esse potest, propter quam liceat patri † acquirere filio suo in emphyteusi potiusquàm in rebus cæteris? Nonne eadem tat o & iuris communis, & patriæ potestatis obstare in emphyteusi debet, quæ in cæteris quoque rebus obstaret? Nec mutat quod generali ferè gentium omnium consuetudine item obtinuit, vt ex notarij stipulatione acquiri possit actio cuilibet etiam absenti & ignoranti. Nam hoc etiam admisso, † iis demum prodesse debet notarij stipulatio,

qui poſſent ipſi ſtipulando ſibi acquirere, in quorum
7 numero non eſt filiusfamilias, qui ſi ipſe ſiue ſolus, † ſiue coniunctim cum patre ſtipularetur, proculdubio acquireret patri non ſibi, præſertim ſi putè ſtipularetur, nec conferret ſtipulationem in id tempus, quod eſſet poſt mortem patris. Quando & ſi ſub conditione ſtipuletur, quæ exiſtat poſteaquàm factus eſt ſui iuris, non ideo tamen filio emolumentum actionis acquiritur, ſed patri, *leg. ſi filiusfamilias* 78. *D. de verbor. obligat.* quia vt ea lex habet, ſtipulationis tempus inſpiciendum eſt, quoties quæritur, cui actio ex ſtipulatu acquiratur. Vox enim filij, vox eſt patris, quod ad hoc, vt patri acquiratur, tam quod filius quàm quod pater ſtipulatur, §. *ſi quis alij. Inſtitut. de inutil. ſtipulat.* Quòd ſi nihil impediret quominùs valeret eiuſmodi ſtipulatio in perſona & fauore liberorum etiam viuo patre ſaltem acedente notarij ſtipulatione, dicerem vtique admittendos fore liberoscum patre, non ordine ſucceſſiuo, ſed ſimul & eodem tempore: quoniam ita facerent verba ſtipulationis, quibus pater liberique coniuncti fuiſſent. Nullo addito per quod videri poſſit in tempus mortis patris collata ſtipulatio propter liberos potiùs quàm propter patrem. Adde quod ne-
8 que ferenda † eſſet illa ſtipulatio, quam filiusfamilias conferre vellet in id tempus quo pater tam eſſet defunctus. Eſſet enim ea res peſſimi exempli, volúmque induceret captandæ mortis patris quam ob cauſam nulla vſquam liberis noſtris talium ſtipulationum exempla proponuntur, ſed earum tantùm quas parentes ipſi ſic interpoſuerint vt voluerint dari poſt mortem ſuam filiis vel nepotibus ſuis, vt in *dict. leg. quodcunque* 45. §. *ſi quis ita, de verbor. obligat. & dict. leg. pater.7 Cod. de pact. convent.* quibus tamen locis non nili vtilis actio datur ex ipſius quoque patris ſtipulatione, quamuis ea patris voluntas careat culpa & mala ſuſpicione, ſiue patris, ſiue filij perſonam ſpectemus. Quantò minùs ergo ſiue directa, ſiue vtilis dabitur ex ſtipulatione filij collata in tempus defuncti patris? Hoc verò ſi ita eſt, vt nec ab ipſo filio interpoſita ſtipulatio valitura ſit quæ expreſsè collata fuerit in tempus mortis patris, non magis quàm quæ pura, licèt alia atque alia ratio-
9 ne: cur magis defendemus ſtipulationem † à notario pro patre ac filiis ſimul interpoſitam? aut cur ei hanc dabimus interpretationem, vt videatur notarius liberorum nomine ſtipulatus in id tempus, quo pater ſit mortuus, cùm eo modo ſtipulari nec filius ipſis præſentibus permitteretur? Conſequenter ridiculum eſt, quod vult Bartolus, † vt ſi eius, qui emphyteuſim ac-
10 cepit, liberi ex inæqualibus partibus inſtituti ſint, nihilominùs vt ex virilibus portionibus ad emphyteuſim admittantur, tanquam qui non vt heredes admittantur, ſed vt filij. Nam cùm nihil eis profuturum eſſet, quòd eſſent filij ſi non eſſent etiam heredes, vt diximus, nec vlli iure hereditario admittantur, fieri nequit vt non pro hereditariis portionibus admitti debeant. Implicat enim contradictionem, vt admittantur tanquam heredes & tamen pro aliis portionibus, quàm quæ ſint hereditariæ: ſicut & obligari dicuntur pro portionibus hereditariis, qui tanquam heredes obligantur, *leg. ſi ita quis* 66. *& paſſ. de heredit. inſtitut. leg. ſiue à certis. D. de duob. reis.* Nec ſimile eſt exemplum, quo Bartolus vtitur de operis libertorum ex *dict. leg. iuriſiurandi* 7. §. *ſi liberi. D. de oper. libert.* Nam vt ſu-
11 pra diximus in operis † libertorum cæteriſque pertinentibus ad ius patronatus liberi ſuccedunt non tanquam heredes, ſed tanquam liberi. At in emphyteuſi
12 † è contrario non tanquam liberi: ſed tanquam here-
13 des. Similius eſt quod adduci ſolet de feudo, † quia eadem ferè iura in feudo & emphyteuſi obtinent, niſi in quibus caſibus diuerſa expreſſim conſtituta reperiuntur, vt paſſim noſtri iactitant, quoties de feudo ad emphyteuſim argumentantur, aut contrà. Atqui certum ius eſt in feudis ſuccedere filios & nepotes ex filio loco ſui patris, omnes æqualiter, etiamſi in hereditate inæqualiter fuerint inſtituti, adeóque in feudo ipſo. Nulla ſcilicet ordinatione defuncti in feudo manente vel valente, vt ſcriptum eſt in *lib. 1. feudor. titul.* §. *de ſucceſſ. feud. in princip.* Idem ergo in emphyteuſi quoque obtinere videatur, ſed non ita eſt. Nam in feudis ita obtinet iure conſtituto contra veram apertamque iuris rationem. In emphyteuſi verò nihil tale conſtitutum legimus. Non igitur quod in feudis contra iuris rationem conſtitutum eſt, produci debet ad conſequentias, & ad emphyteuſim, cuius etſi hoc ius proprium eſſe dicitur poſt conſtitutionem Zenonis in *leg. 1. Cod. de iur. emphyt.* vt non aliam formam & naturam habeat, quàm quæ ex contrahentium pactionibus conſtituatur, debet tamen omnino id intelligi cum hoc temperamento, vti ne per eas pactiones regulæ iuris violentur, quæ tamen violarentur, ſi ex ſtipulatione patris aliquod ius acquiri poſſet filiis etiam non heredibus. Itémque ſi quicquid filiusfamilias eiúſve nomine notarius ſtipularetur, id non acquireretur aut ſoli patri, ſi tale eſſet quod patri per filium acquiri poſſet, aut patri & liberis ſimul cùm iis omnibus coniunctim ſtipulatus eſſet de ea re cuius capaces eſſent liberi etiam viuo patre. Neque rurſum dici poteſt † ſolam concedentis voluntatem ſufficere, vt em- 14
phyteuſis non tantùm primo accipienti: ſed ipſius etiam liberis acquiratur, quamuis non ſint heredes. Nam præter id quod hoc falſum eſt, cùm regulariter nemo poſſit rerum etiam ſuarum dominium transferre ſine poſſeſſione, poſſeſſio autem in patrem, qui emphyteuſim accipit, tranſlata, non poſſit ſimiliter videri tranſlata in filium, nec ſimul cum patre, quia duo in ſolidum eiuſdem rei poſſeſſores eſſe non poſſunt: nec ordine ſucceſſiuo poſt patrem, ſi filius non ſit heres patris. Dico longè aliam eſſe voluntatem illius qui concedit tibi emphyteuſim pro te & filiis tuis, quàm vt videri debeat eandem emphyteuſim filiis tuis, etiamſi heredes non eſſent, conceſſiſſe: ſic enim potiùs ea verba ſunt accipienda, & iuris rationi conue-
nientiùs, vt cùm emphyteuſis ex ſui natura tranſire poſſit ad quoſcunque heredes quantumlibet extra- 15
neos (in quo differt † à feudo ſi emphyteuſim Eccleſiaſticam excipias ſecundum ea quæ ex communi veráque Doctorum ſententia tractat Iulius Clarus in *dict.* §. *emphyteoſis, quæſtione vigeſima octaua, ex dict.* §. *emphyteuſim*) nolit tamen iſte concedens tranſire illam ad alios tuos heredes quàm ad eos qui ſint etiam filij tui. Idque ſiue heredum qualitatem adierit, conceſſa emphyteuſi pro te & filiis tuis heredibus qui caſus nullam omnino recipit dubitationem, ſiue non adierit. Expreſſa enim liberorum mentio adiicitur fauore concedentis ad reſtringendam conceſſionem, quæ alioqui ex ratione iuris latiorem reciperet interpretationem, non pro te tuiſue liberis ad eam, vt vulgo creditur, ampliandam. Idémque tractari poteſt ſi non tam conceſſionem ex parte concedentis, quàm ſtipulationem ex parte accipientis conſideremus. Nam & cùm emphyteuſim pro te tuiſque filiis ſtipulatis, credendus es filiorum tuorum mentionem feciſſe, non vt iis ius aliquod acquireres, in eum quoque caſum quo ipſi heredes tui non forent, quod nec ſi voluiſſes facere, tamen potuiſſes, ac potiùs vt poſſes emphyteuſim tibi conceſſam ſaltem in filios tuos tranſmittere: quam alioquin is qui concedebat tibi, noluiſſet tranſitoriam eſſe ad heredes tuos. Cæterùm ſi non ſint illi heredes tui, contendo non ſolùm in poteſtate tua non fuiſſe, vt iis ſiue ſtipulando, ſiue per traditionem accipiendo quicquam iuris acquireres, quod iam probauimus, ſed quòd magis eſt, nec potuiſſe concedentem hoc facere, vt ex pacto

contractúque

contractúque tecum inito emphyteusis ad filios tuos, quamuis heredes tui non essent, transmitteretur. Ius enim quod semel tibi quæsitum fuit, quomodo potest post morte tuam acquiri filiis tuis, qui tui heredes non sint, per solam voluntatem illius, qui tibi emphyteusim concessit, cùm ex die concessionis non plus iuris habeat ille, quàm filij tui, quod ad hoc, vt te inuito de emphyteusi disponere possit? sed etsi voluntas tua cum ipsius voluntate concurreret, quis dicat ex sola voluntate tua fieri posse, vt ius tibi quæsitum in heredes tuos transmittatur extra viam successionis, aut alium quempiam ex legitimis modis per quos placuit iura & dominia ab vno in alium transire posse. An fortè dicenus factam † esse in emphyteusi substitutionem fideicommissariam, quam volunt nostri etiam per contractum fieri posse? ex *leg. quoties 7. Cod. de donat. quæ sub mod. leg. 1. Cod. de donat. cauſ. mort.* At hoc ridiculum est, vt suo loco probabimus, cum de illarum legum interpretatione in tract. tu de donationibus differemus. Opúsque esset hoc casu aliqua constitutione Imperatorum, quæ vtilem in rem actionem daret filiis tanquam secundis emphyteutis, contra patrem primum emphyteutam, quemadmodum in specie *dict. leg.* 33. fuit necessaria Imperatorum constitutio ad dandum in rem actionem posteriori donatario, in priorem. Nam si nihil nisi iuris rationem intuearis, ea certe non patitur, vt ex pacto † vnquam acquiratur in rem actio: ne quidem ei qui pactus fuit *leg. traditionibus 20. Cod. de pact. leg. 3. C. de pact. int. empt. & vendit.* quanto minùs ei qui ipse pactus non sit, sed qui ex alterius pacto agere velit? Actio autem † in personam, qualis illa est, quæ ex contractu emphyteutico competit, si qua dari posset filius eius qui emphyteusim accepit ob id solùm quod in concessione nominati essent, non contra alium dari posset, aut deberet, quàm contra concedentem ipsum qui hanc emphyteusi legem dixisset. Nam contra patrem qui propriis filiis neque promiserit quicquam, neque promittere vtiliter potuerit obstante vinculo potestatis, quomodo aut ex quo daretur? *l. sine emancipatis 17. C. de donat. l. Imperator 50. D. ad Senatusconsultum Trebellianum.* Atqui etiam pro concedente ratio illa faceret, filiisque accipientis obstaret, quòd non cum ipsis contractus initus est, sed cum eorum patre, qui sibi tantùm non etiam filiis suis & acquisierit, & acquirere potuerit. Itémque quòd cùm iam transtulerit rem emphyteuticam in patrem, qui primus emphyteusim pro se accepit, nihil amplius habet quod in ipsius filios transferre possit, siue viuo patre siue mortuo: quia nec, potest emphyteusim ab extraneis heredibus, quos pater reliquerit, auocare, quandiu vectigal annuum soluetur, quod eo nomine pendi ab initio placuit, *l. 1. & 2. D. si ager vectig. pet. l. 2. & vlt. C. de iure emphyt.* Nisi forte proponas + conuenisse nominatim vt ad accipientis heredes extraneos transire emphyteusis non posset, sed ad filios omnimodo perueniret. Hoc enim casu fateor competituram concedenti etiuc heredibus personalem ex contractu actionem aduersus heredes accipientis, vt lex contractus seruetur. Sed cùm hoc casu alia ratio non sit propter quam concedens habeat hanc actionem, quàm quia eam ipse legem emphyteusi dixerit, apparet non ideo posse illum à filiis accipientis conuenirí, ne quidem ad hoc vt ipsis cedat eam actionem quam habet contra heredes accipientis extraneos, ad quod tantùm teneri solent ij qui non aliam ob causam tenentur, quàm quòd habeant in alium actionem, *leg. quod debetur 51. in fin. D. de pecul.* quoniam cùm eam legem emphyteusi dixit vt ad filios accipientis, etiamsi heredes non essent, peruenire deberet, emphyteutæ legem dixit, non sibi, quod vnum potissimum inspici debet, quoties quæritur an ex lege contractui dicta conueniendus aliquis sit, necne, *leg. Lucius 40. §. 1. D. de fideicommiss. libert.* Sibi quidem legem dixisse credendus est hactenus, vt si vellet emphyteusim reuocare ab accipientis heredibus isdémque filius, non posset, quia eo casu heredes haberent actionem & multo magis exceptionem hereditariam ex contractu non tanquam filij: sed tanquam heredes, vt contractui pareretur, cùm essent illi heredes stipulatoris, & iuſti possessores. At vt tibi legem dixisse videatur fauore filiorum accipientis, eo vsque vt ipsis obligari voluerit ad faciendum vti emphyteusim haberent post mortem patris, etiamsi patris heredes non essent, dici proculdubio non potest, quia hoc casu neque possunt habere actionem vllam aut exceptionem hereditariam ex persona patris, cùm non sint heredes, neque ex propria persona cùm neque ipsi stipulati sint: neque alius quisquam pro iis stipulari potuerit, in eum præsertim & expressim casum quo mortuus esset pater, vt iam diximus. Taceo, quod † qui rem suam alicui tradit certa lege adiecta in fauorem alterius tertij, non ideo se obligat illi tertio, sed accipientem. Nisi hactenus ad summum ne legem illam in tertij fauorem adiectam possit reuocare inuito saltem eo, qui tali lege accepit. De quo tractant nostri post Bartolum ad *l. qui Romæ 122. §. Flauius, de verb oblig.* Ergo qui emphyteusim tibi concessit pro te & filius tuis, etiamsi heredes tui non forent, nullomodo dici potest filius tuis obligatus, posteaquam rem emphyteuticam tibi tradidit. Satis enim ei est quod dicat non impedire, vel morari se quominus contractui pareatur. Si qua igitur actio filiis in concessione nominatis posset competere ob eam nominationem, ea danda esset contra heredes patris quod † ipsum tamen multo minùs dici potest, cùm neque ipsi quicquam promiserint, neque pater, cuius illi sunt heredes, quique nec obligari filius suis potuit, tametsi maximè voluisset. Et vero tum quoque cùm ex instrumenti verbis constaret, notarium non modò pro accipiente, sed etiam pro ipsius filius stipulatum fuisse, quis non videt interpositam stipulationem contra concedentem, ne à contractu recedere posset, non contra patrem, nisi pro ipso concedente, vicissim vt accipientem patrem obligatum haberet, ad omnes contractus leges adimplendas? Quodnam ergo ex tali concessione potest esse ius filiorum, cùm non sint heredes patris, cùm hoc casu ipse quoque pater qui ab initio prospectum iis voluerat quantum potuerat, hoc ipso mutasse videatur voluntatem quod alios heredes habere maluit. Itaque quamuis non fuerit in eius arbitrio, vt mutaret voluntatem in præiudicium concedentis, & in fauorem heredum extraneorum, ad quos noluit concedens vt emphyteusis peruenire vnquam posset, potius tamen ferendum esset, vt institutis extraneis emphyteusis ad concedentem rediret, tanquam nulla superstite persona in quam transire posset propter differtas filiorum & heredum personas, quam vt filiis vlla siue in rem, siue in personam actio eo nomine daretur, siue contra concedentem, siue contra patrem eorúmve successores. Ex eóque apparet quàm parum subtiliter † Ioannes Corrasius hunc interpretum errorem, quem nos refellimus, probare voluerit ex eo quod Vlpianus scribit in *dict. leg. quodcunque 45. §. si quis ita, de verbor. obligat.* ex ea patris stipulatione, *Post mortem meam filiæ meæ dari*, vtilem actionem filiæ competere, licèt patri heres non existat. Quid enim habet simile casus ille cum eo quem nunc tractamus? In illo datur actio filiæ cui nominatim pater stipulatus est dari post mortem suam, & datur contra promissorem, vt impleat & præstet quod promisit, quia nec aliter implere & præstare potest, quàm si det filiæ quod adhuc nulli dedit. At nos eum casum tractamus in quo filij stipulatoris agere velint post mortem patris ex ea stipulatione quam pater putè interposuerit: nec tam pro filiis suis quàm pro se primùm, pro filiis verò non nisi in consequentiam

tiam ex tacita iuris communis interpretatione, si heredes ipsi essent. Denique cui stipulationi iam satisfecerit promissor per translationem factam rei emphyteuticæ in patrem ipsum, qui emphyteusim accepit, vt nihil amplius faciendum habeat, dum ne quid noui faciat
23 aduersus contractum. Quod si poneres tibi † & Titio filio tuo nominatim concessam emphyteusim fuisse, nihil sanè obstaret, quominus filio tuo tantumdem iuris quantum tibi ex ea concessione quæreretur, si modo vel ipse sibi stipulatus fuisset, vel notarius eius nomine, cum sit hodie filiusfamilias capax aduentitiorum etiam inuito patre, nisi quod eorum vsusfructus ad patrem pertinet, *lege cùm oportet. 6. Codice de bon. qua liber.* Itaque coniunctim tecum esset admittendus filius tuus ad emphyteusim tanquam alius extraneus quilibet: non ordine successiuo: Neque hoc Bartolus ipse negaret, qui cùm è contrario scribit admittendum filium post mortem patris, eum casum tractat quo pater ipse stipulatus sit pro filio, quasi eo casu emphyteusis etiam ab alio quàm à patre profecta, censenda sit profectitia potiùs quàm aduentitia, cùm acquiratur filio ex patris stipulatione. In quo tamen rursum fallitur, quia non patris stipulatio illa est, quæ rem emphyteuticam acquirit filio, nec promissio concedentis, sed traditio per concedentem, eundémque dominum facta quæ tota extrinseca, & aduentitia est. Igitur vel ponimus secutam esse traditionem in tua tuique filij simul persona, vel in filij tui persona secutam non esse. Posteriore casu nulla est acquisitio in persona filij tui, cùm neque traditio vlla interuenerit (sine qua tamen possessio in eum transferri non potuit, nec dominium illud, quod à nostris vulgo vtile appellatur) neque stipulatio tua ex ea parte valuerit ad acquirendam filio tuo actionem, siue viuo te, siue mortuo. Priore verò casu bona & vtilis acquisitio est, non minùs in filij tui persona, quàm in tua, non propter tuam stipulationem, sed propter factam ei æquè ac tibi traditionem, ideóque nihil hic est quod de filio tuo per ordinem successiuum admittendo tractari possit, siue hoc siue illo casu. Superio-
24 ribus consequens est, vt omnino falsæ † sint omnes ferè propositiones, quas adstruere nostri solent de emphyteusi quam quis pro se & filiis suis acceperit, sed ex potissimum quæ sequuntur. Prima est, quam Bartolus tradit ad *leg. mortis causa capitur. D. de mort. caus. donation. & Iaf. laudat in leg. 2. numero 210. Cod. de iur. emphyt.* Mortuo patre, qui rem aliquam acceperat in emphyteusim pro se & filiis suis, filios emphyteusim illam consequi à domino directo ex mortis causa capione. Non enim mortis causa capitur, quod vel hereditario iure, vel nullomodo capi necesse est. Secunda, quam nos iam refutauimus. Posse filios ad hanc emphyteusim admitti, etiamsi non sint heredes patris. Tertia, quam ex præcedentibus infert *Iaf. dict. numer. 210.* Non posse patrem priuare aliquem ex filiis suis hoc iure emphyteutico, omnes vero multo minus cùm non à patre id habeant, sed à vero domino, quem isti directum vocant. Quarta, quam tradit Iulius Clarus *dict. quæstio. 37. post Salicet. ad Authent. vndè si parens, numer. 5. & alios ibidem. Cod. de inoffic. testament.* Filios etiam repudiantes hereditatem patris, posse nihilominùs hoc casu succedere in emphyteusi, quam pater acceptat pro se & filiis suis, simpliciter, non adiecta heredum qualitatis mentione. Quinta, quam proponit & defendit contra Bartolum Dida cus Couarruuias *in 3. part. rubric. de testament. numer. 26.* filios emphyteusim hanc capere non mortis causa, vt vult Bartolus, sed ex vero nominato & speciali titulo emphyteuseos. Sicuti & in feudo, inquit, vocati censentur & inuitati ab ipso primo concedente filij positi in dispositione, & ab ipso domino titulum ius & causam capiunt. Nam in feudo, inquam, fateor hoc verum esse, *cap. vnic. vbi Isern. & Pasd. de feud. March. cap. vnic. de gradib. succeff. in feud. & in cap. vnic. de natur. succeff. feud.* Sed nego idem esse in emphyteusi, quam dico non nisi hereditario iure ad filios eius, qui accepit, quantumuis in concessione nominatos, peruenire posse. Emphyteusis † enim contractus est, in 25
quo proinde non tam quid contrahentes voluerint, quàm quid velle potuerint inspiciendum est: quanquam, vt dixi, nec facta expressim filiorum mentione, voluntas tamen illa, siue concedentis, siue accipientis videri potest, vt in emphyteusi succedant filij, etiamsi non sint heredes, sed potius vt in emphyteusi non succedant heredes, si non erunt filij. Opponitur enim stipulatio illa, *pro se & filiis suis*, siue adiectum sit *heredibus*, siue non sit, illi stipulationi quam vulgo notarij sic concipere solent, *pro se & suis heredibus quibuscunque*, quo verbo non est dubium quin extranei quilibet comprehendantur, inquit Clarus *dict. quæst. 28. num. 9.* At feudum cùm sit beneficium, donatio est: cuius interpretatio præsertim fauorabilis, & quæ liberalitatem ampliet tota pendet ex solius donatoris voluntate, maximè postquam placuit Iustiniano posse illam hodie fieri nuda etiam pollicitatione, *leg. si quis argentum 35. §. penultim. Cod. de donat.* consequenter absenti quoque & ignoranti, quod in contractibus secus est præsertim correspectiuis, cuiusmodi est emphyteuticus. Sexta & æquè falsa propositio illa est, quam Didacus post multos pro vera tradit suprædicto loco. Inter filios illius, qui emphyteusim pro se & filiis suis acceperat esse ius adcrescendi non ex proprio iure adcrescendi, sed vi taciti pacti & ex lege concessionis. Non nego esse inter eos ius adcrescendi. Sed nego nasci ius illud ex vi taciti pacti, vt isti volunt, aut ex eo quod in mortis causa capionibus iuri adcrescendi locus sit, vt vult Bartolus, quod tamen negat Mat. notab. 153. Verùm dico id aliunde non fieri quàm ex eo quod hac casu succedant filij in emphyteusi iure hereditario, & tanquam heredes, non tanquam filij. Nemo enim nescit inter heredes quantumuis disiunctos, adeóque inuitos locum esse iuri adcrescendi. Et ob id nimirum si ponas esse illos heredes ex inæqualibus portionibus, dicam futurum vt repudiantis portio in emphyteusi cæteris adcrescat pro hereditariis, non pro virilibus portionibus, sicut contingit in reliqua hereditate. Sed de his omnibus erit alius aptior dicendi locus. Est enim tractatus hic de feudo & emphyteusi dignissimus, de quo plures Decades separatim suo tempore conscribamus. Nunc institutam De substitutionibus tractationem prosequamur.

ANTONII

ANTONII FABRI IC.

Decas Trigesimaquarta.

ERROR PRIMVS.

De illo qui substitutus est vulgariter, pupillariter, & per fideicommissum. Et ad Nou. 3. De heredit. & Falcid.

SVMMARIA.

1 *Quæstio de eo qui per imperitiam notarij substitutus est vulgariter, pupillariter & per fideicommissum an & quomodo succedere possit.*
2 *Quæstionis sensus.*
3 *Sententia Bartoli asserentis esse in potestate substituti utrum velit succedere ex directa substitutione, an ex fideicommissaria.*
4 *Probationes quibus utitur Bart.*
5 *Autoris in oppositum disputatio.*
6 *Senatusconsultum Pegasianum quo olim cogebantur heredes adire fideicommissario postulante, à Iustiniano penitus est sublatum.*
7 *Non potest hodie cogi heres institutus vt post repudiationem adeat fideicommissario postulante.*
8 *Substitutus vulgaris idemque fideicommissarius quid iuris habeat in succedendo.*
9 *Ratio Constitutionis Nou. 1.*
10 *Cur olim liceret vulgari substituto eidémque fideicommissario vniuersali omissa substitutione cogere heredem vt adiret.*
11 *Quatenus locus sit priuilegio inducto à Iustiniano Nou. 1. c. 1.*
12 *Non magis hodie interest vulgaris substituti eiusdémque fideicommissarij, vt hereditatem adeat ex lege Iustiniani, quàm ex vulgari substitutione.*
13 *Differentia inter coactionem quæ fiebat olim ex Pegasiano, & additionem quæ hodie fit ex priuilegio. Nou. 1.*
14 *Fideicommissarius vniuersalis, qui quatenus talis adit, si idem fuerit vulgaris substitutus, ad omnia substitutionis onera tenetur.*
15 *Qui amisit vulgarem substitutionem non potest adire hereditatem ex fideicommisso: alio herede ex testamento existente.*
16 *Quorum interest vt testator habeat heredem testamentarium.*
17 *Fideicommissario vniuersali quando locus sit ex constitutione. Nou. 1.*
18 *Suus heres impubes non potest cogi vt adeat hereditatem, sed vt restituat hereditatem cui se immiscuit.*
19 *De substitutione facta per verba partim directa partim obliqua vel communia traditio Bartoli refutatur.*
20 *Cur odiosa à Sto. Pegasian. introducta coactio.*

1 IAcit † imperitia notariorum nostri temporis, vt in plerisque testamentis, tum quoque cùm instituto heredi iam puberi facta substitutio est, in concipienda tamen clausula substitutionis hæc verba adiciantur, *vulgariter, pupillariter, & per fideicommissum*, dum id agunt miseri notarij, ne quid per imperitiam omittere videantur, nec tamen quid sit vulgariter, aut pupillariter aut per fideicommissum substituere intelligunt. Nec desunt qui etiam interserant, *exemplariter*, digni sanè quibus ipsis exemplariter substituatur, qui sunt adeò stulti, vt etiam sanæ mentis heredi exemplariter substitui posse arbitrentur. Nisi fortè digniores sunt, quibus parcatur, quàm qui puberi pupillariter substitutum fuisse ponunt, cùm sit multò facilius, vt ex sano & prudente homine fiat quis demens & furiosus, quàm vt ex pubere fiat impubes. Non est igitur inutilis & ociosa quæstio de potestate suprædictæ clausulæ. Quo scilicet iure possit succedere, qui ita substitutus est. An ex vulgari, an ex pupillari, si fortè institutus, quod plerumque euenit, impubes fuit, an denique ex fideicommissaria, & an electionem habeat ex vtra succedere malit: an verò inutilis sit tota clausula propter implicitam contradictionem: cùm fieri nequeat, vt eadem persona succedat eidem personæ iure directo, & per fideicommissum, præsertim cùm vulgaris substitutio fiat in casum non aditæ hereditatis, qui dicitur primus casus in *l. precibus* 8. *iunct. l. post aditam* 5. *C. de impuber. & aliis substitutionibus*; fideicommissaria verò non nisi in casum agnitæ hereditatis, *l. quia poterat.* 4. *& pass. D. ad Senatusconsultum Trebellianum.* Eámque quæstionem tractat Bartolus *ad l. centurio, num.* 38. *de vulgar. & pupill. substitut.* Non quasi possit dubitari, † quin 2
ex suprascriptis verbis valeat substitutio tanquam vulgaris, contingente casu vulgari, itémque tanquam pupillaris contingente casu pupillari, denique tanquam fideicommissaria contingente casu fideicommissi: sed vt sciamus an contingente casu vulgaris substitutionis id est, non adita per institutum hereditate, permittendum sit substituto, vt nihilominus togat heredem adire, & hereditatem ex fideicommisso restituere, an verò cogendus sit succedere iure directo, & ex vulgari substitutione si hereditatem obtinere velit. Concludit autem Bartolus † esse in electione substituti, vtrum velit 3
succedere ex directa substitutione, an ex fideicommissaria. Quemadmodum etsi substitutio facta esset per verba, quorum alterum esset merè directum, vt ipse loquitur, alterum merè obliquum, vel etiam commune: aut vnum merè obliquum, alterum commune, vt in exemplis ibidem allatis. Erit igitur secundum Bartolum in potestate vulgaris substituti, eiusdémque fideicommissarij, vtrùm repudiante instituto malit succedere directo, & ex vulgari substitutione an heredem compellere, vt adeat & restituat. Quam sententiam communiter receptam esse testatur post alios Mich. Cras. *in §. substitutio, quæstio* 8. *numero vltimo*, eámque probat † Bartolus ex *leg. si quis seruo* 56. *D. de manumiss. testament.* vbi scribit Paulus, Si quis seruo dederit testamento libertatem & directò, & per fideicommissum, in potestate serui esse, vtrùm velit ex directo, an ex fideicommisso ad libertatem peruenire, & ita Marcum Imperatorem rescripsisse: sed melius & apertius ex *leg. recusare 6. §. Titius. D. ad Senatusconsultum Trebellianum.* vbi Vlpianus ait, Si Titius heres institutus Sempronio substituto rogatus sit eidem Sempronio hereditatem restituere, & institutus suspectam dicat

hereditatem, posse quidem deliberari tanquam de re dubia, verum cogendus sit adire Sempronio postulante, sed tamen verius esse cogendum eum: quia, inquit, Sempronij potest interesse vt habeat hereditatem ex institutione, id est, ex iure & persona instituti, in cuius nimirum iura succedit, cùm per fideicommissum restituitur hereditas ex Trebelliano, potiùs quàm ex substitutione, si fortè substitutio legatis vel libertatibus onerata sit. Nam etsi legitimus heres fuerit is, cui fideicommissaria hereditas relicta est, idem dicitur, vt non eo minùs possit heredem institutum cogere ad adeundum, quòd omissa ex testamento hereditate successurus sit ab intestato, si malit succedere ex testamento. Qui §. tam apertus est pro Bartolo, vt vix vllus dubitationi locus relictus esse videatur. Mihi † tamen 5 dubitationem illud facit quod video coactionem illam quæ fideicommissario postulante fieri olim solebat ex Senatusconsulto Pegasiano, sublatam esse hodie, totúmque † ipsum Senatusconsultum Pegasianum abolitum ea Iustiniani constitutione quæ extat *Nouell. 1. de heredit. & Falcid.* vbi sancit inter cætera, vt nolente instituto adire, neque substituto vulgari, neque herede, liceat fideicommissario vniuersali hereditatem sibi per additionem acquirere, aut si fideicommissarius vniuersalis nullus sit vel adire nolit, idem iuris habeat fideicommissarius singularis, aut legatarius, prout à testatore magis honoratus quisque sit non ex ordine scriptura, sed ex relicti quantitate, quousque ad seruos perueniatur, quibus libertas eodem testamento relicta sit, inter quos tamen ordo nominationis attendatur, postquam non magis preciosa videri potest libertas, quæ vni quàm quæ alij relicta fuit. Non potest igitur 7 verum esse † quod nostri volunt, & quod Vlpiani temporibus verum erat, cogendum heredem institutum, vt post repudiationem adeat fideicommissario postulante. Inauditum enim est vt coactio fiat alio iure quàm Senatusconsulto Pegasiano, quod tamen hodie nullum prorsus est, abrogato etiam magna ex parte Trebelliano eadem Iustiniani constitutione, præsertim verò si aliam iungas quæ eiusdem Iustiniani est in *leg. penultim. Cod. ad Senatusconsultum Trebellianum*, *de quo alibi scripsimus*. Portò cessante coactione alterutrum necessarium videtur, vt vel substitutus † vulgaris 8 idémque fideicommissarius adeat ex vulgari substitutione, vt coheredem, si quis sit, excludat, (solum namque institutum, eique datum substitutum præfert coheredi Iustinianus,) vel vt locum faciat coheredi, eúmque præferri patiatur si nolit ipse substitutus succedere nisi ex fideicommisso, cùm fideicommissario vniuersali coheres eadem constitutione præferatur. Et quamuis coheres quoque ex aliqua fortassis causa adire nolit, vix tamen est vt eius constitutionis prætextu fauendum vsque adeò sit vulgari substituto, qui egit ipse etiam quantum potuit vt testamentum destitueretur, vti permittendum ei sit tandem hereditatem adire iure fideicommissarij vniuersalis, tametsi alij cuilibet fideicommissario vniuersali idipsum permitteretur, cùm non alia, saltem melior Iustinianeæ constitutionis 9 † ratio adferri possit, quàm quod iniquum videretur sola voluntate eorum, qui hereditatem ex testamento adire potuissent, destitui testamentum in eorum iniuriam quibus aliquid eo testamento relictum esset, ac quibus imputari nihil posset. Quæ ratio non potest conuenire fideicommissario vniuersali, qui cùm esset ille vulgaris quoque substitutus & hereditatem ex eo capite consequi posset, noluit tamen adire. Huic enim potest imputari cur non adierit cùm potuerit. Et quamuis ea ratio non potuisset olim sufficere ad hoc vt esset ille habendus indignus auxilio Senatusconsulti Pegasiani, quod generaliter & indistinctè loquebatur de cogendo herede togato quoties fideicommissarius vniuersalis quilibet hereditatem fideicommissariam suo periculo aditi sibique restitui postularet. Cessante tamen nunc sublatóque Pegasiano cui iam nullo penitus casu locus esse queat, sufficit hæc eadem ratio, ne is de quo tractamus admittendus sit ad beneficium illud Iustiniani, tam nouum mirúmque, quo factum est vt hereditatem adire possit etiam is qui nullomodo nullaque ex parte fuit instituendus. Nec enim quicquam est in tota Iustiniani constitutione ex quo possit coniici voluisse Iustinianum, vt si quando idem esset vulgaris substitutus & vniuersalis fideicommissarius, liceret ei repudiata substitutione, ex qua iure communi adire potuisset implorare beneficium & priuilegium nouæ constitutionis ad hereditatem adeundam ex fideicommisso. Erátque olim multo facilius vt vulgari substituto post omissam quoque ex substitutione hereditatem superesset auxilium Senatusconsulti Pegasiani, quod erat ex iure communi, quàm vt hodie liceat ei repudiato remedio illo quod vnicum habet ex iure communi adeundæ hereditatis ex substitutione, priuilegium postulare, cuius postulandi necessitatem vltro ipse sibi imposuerit, & quod tamen non aliam ob causam inductum est quàm vt iis subueniretur qui alioquin per alterius factum & iniuriam perichitarentur. Accedit quòd ratio quæ olim faciebat vt liceret vulgari substituto eidémque fideicommissario vniuersali omissa substitutione cogere heredem ad adeundum, eadem locum hodie habere non potest ad Iustiniani beneficium pro eo inducendum. Ratio illa † erat quam ex Vlpiano iam 10 attulimus, quod posset interesse substituti hereditatem consequi ex fideicommisso potiùs quàm ex vulgari substitutione, si fortè substitutio legatis & libertatibus onerata proponeretur. At Iustinianus † non aliter 11 priuilegio suo locum esse vult quàm si is qui ex eo hereditatem adit, omnia præstet quæcunque testamento illo præstari testator voluit, déque ea re cautionem interponat, onere, vt ait constitutio, vbique cohærente. Nihil igitur hodie † potest interesse vulgaris substituti 12 eiusdemque fideicommissarij vt hereditatem habeat ex lege Iustiniani potiùs quàm ex vulgari substitutione: cùm vtroque casu perinde fiat vt libertatibus & legatis, quibus onerata substitutio est, obligetur. Imo multo durius si ex lege Iustiniani succedat quàm si ex vulgari substitutione, quoniam succedendo ex Iustiniani lege omnia omnino præstare debet quæcunque testamento cuilibet & quolibet relicta fuerunt, cum tamen si ex vulgari substitutione succederet, ea tantum deberet, quæ à se vel nominatim relicta, vel ex rescripto Seueri tacitè repetita essent, non etiam quæ ab instituto nominatim data fuissent *l. licèt Imperator 74. de legat. 1.* Et verò manifesta inter † coactionem quæ fiebat olim 13 ex Pegasiano, & additionem quæ hodie fit ex priuilegio Iustiniani dissimilitudo illa est, quod cum heres institutus, qui suspectam dixerat, olim cogebatur adire ex institutione, faciebat aditio illa quantumuis coacta, vt deficeret conditio vulgaris substitutionis, quæ illa erat, si is qui scriptus heres fuerat heres non esset, ac proinde vt intercederent illa etiam omnia legata fideicommissa, & libertates, quibus onerata substitutio fuisset: quorum scilicet præstandorum obligatio nulla subesse poterat, quin prius conditio substitutionis extitisset, adeóque hereditas adita ex substitutione fuisset. Nec enim minus heres fiebat qui coactus adierat quam qui vltro & sponte. Alioqui frustra fuisset coactio quæ effectum illum acquisitionis hereditatis non induxisset. At cùm hodie ex priuilegio legis Iustinianeæ fideicommissarius vniuersalis adit hereditatem, non ideo fit vt qui primo loco heres scriptus fuerat, heres fiat, quinimo vt neque heres sit, neque heres fieri vnquam possit, adita iam ab alio hereditate, cùm neque plures in solidum heredes esse possint vnius eiusdémque hominis, neque is qui semel heres fuit desinere vnquam heres esse. Ita fit vt vulgaris substitutionis conditio

non

non ſolùm exiſtat, ſed etiam ita exiſtat, ne poſtea deficere vnquam poſſit, ſublato iam vetere illo iure cogendi ex Pegaſiano heredis ad adeundum poſt repudiationem, & conſequenter vt libertates, legata & fideicommiſſa omnia, quæ à ſubſtitutione vulgari relicta fuerunt, debeantur, non minùs quàm quæ ab inſtitutione, tametſi vulgaris ſubſtitutus non adeat hereditatem ex ſubſtitutione. Nam neque inſtitutus adiit, quem nos ponimus & repudiaſſe, & cogi vt adeat amplius non poſſe. Neque tamen dubitandum eſt, quin ſi fideicommiſſarius ſiue vniuerſalis ſiue ſingularis, ſiue aliquis ex legatariis ſecundum ordinem à Iuſtiniano præſcriptum hereditatem adierit, omnia debiturus ſit, quæcunque & ab inſtituto relicta fuerint & à ſubſtituto: quia licèt ad inducendam obligationem eorum præſtandorum, quæ vel ab inſtituto, vel à ſubſtituto relicta ſunt, non ſoleat ſufficere quod exiterit conditio inſtitutionis vel ſubſtitutionis, niſi etiam illud concurrat vt adita ſit hereditas ex inſtitutione vel ex ſubſtitutione: hoc tamen nouum & ſingulare ius eſt à Iuſtiniano inductum conſeruandarum vltimarum voluntatem gratia, cùm nulla in eo fiat iniuria illi qui ad onerum ab inſtituto vel ſubſtituto relictorum præſtationem obligatur, cui è contrario ſupra modum fauetur in eo, quòd non ſolùm ea conſequitur quæ ſibi relicta fuerant, & quæ alioquin ex iuris veteris ratione intercidiſſent, ſed etiam hereditatem ſibi totam acquirit, in qua tamen non fuerat inſtitutus: oneribus autem hereditatis ideo tantùm adſtringitur, quia heres eſſe voluit, cùm aliorum exemplo hereditatem repudiare potuiſſet ſi voluiſſet, ac niſi tanti æſtimaſſet relicto ſibi commodo non catere. Quanto igitur magis ad
14 omnia † ſubſtitutionis onera exequenda obligatum eſſe oportebit fideicommiſſarium vniuerſalem, qui hereditatem adiens ex Iuſtiniani conſtitutione, is idem ille ſit vulgaris quoque ſubſtitutus, tametſi non tanquam ſubſtitutus adierit, ſed tanquam fideicommiſſarius vniuerſalis? Quod ſi nihil ei profuturum eſt hereditatem adiiſſe ex fideicommiſſo, potiùs quàm ex vulgari ſubſtitutione: imo nociturum quod ad legata & fideicommiſſa ab inſtituto nominatim relicta, quæ ille ex Iuſtiniani lege præſtare cogeretur, non præſtiturus ſi ſuo communique iure adiiſſet ex ſubſtitutione (nec enim Iuſtinianus noui quicquam induxit eo caſu, quo adeatur hereditas ſiue ab inſtituto, ſiue à ſubſtituto, qui poſſit adire ex iure communi) Concludo nullam
15 hodie ſubeſſe rationem † propter quam permittendum ei ſit etiamſi maximè velit adire ex fideicommiſſo poſtquàm omiſerit vulgarem ſubſtitutionem (quam vtique omittit, quiſquis hereditatem habere mauult ex fideicommiſſo, vel ob hoc ipſum quod fideicommiſſum agnoſcit) ſed ad alios eodem teſtamento honoratos peruenire hereditatem debere, ſi qui ſint qui heredes eſſe velint. Nam omnibus repudiantibus, cùm nemo ſit futurus qui huic vulgari ſubſtituto controuerſiam faciat hereditatis, ne quidem fiſcus, quem ego poſt honoratos omnes, ſi hereditatem habere vellet, ei præponerem. Nec impedio ego quominus ſit heres hic ſubſtitutus vtro iure volet ſiue ex fideicommiſſo, ſiue ex vulgari ſubſtitutione, vt, quod Iuſtinianus omnino agit, heredem aliquem ex teſtamento defunctus habeat potiùs quàm nullum. Siquidem in eo verſatur commodum
16 † non ſolùm teſtatoris, cuius & voluntati & exiſtimationi conſulitur, ſed etiam creditorum & legatariorum, iniuria verò nullius, præterquàm legitimorum heredum, quorum tamen nullam hic rationem haberi Iuſtinianus voluit, quandiu ratione aliqua poſſet fieri vt teſtamentum non deſtitueretur. Sed ſi quis ex eo teſtamento heres alius eſſe poſſit quàm hic ſubſtitutus vulgaris: idémque fideicommiſſarius vniuerſalis, etiam fiſcus, vt dixi (hoc enim caſu fiſcum admittit Iuſtinianus, non vt aliàs admitti iure communi fiſcus ſolet: tanquam ad bona vacantia nemine herede exiſtente: ſed tanquam heredem ex teſtamento, quamuis non niſi poſt legitimos ſucceſſores, quos ipſos quoque vult admitti ſuo ordine, id eſt, poſt omnes in teſtamento nominatos, nec tanquam legitimos, ſed veluti ſcriptos, vt eo colore teſtamenti oneribus adſtringantur.) Non patiar vt hodie in ipſius electione ſit hereditatem ex fideicommiſſo adire, quam omiſerit ex vulgari ſubſtitutione: quando nec Iuſtiniani conſtitutio locum † vllum facit fideicommiſſario vniuerſali 17
niſi poſt excluſum gradum vulgaris ſubſtitutionis, §. *ſi verò ſubſtitutio*, *d. Nouell.* 1. Quam enim electionem dabat ei ius vetus, non alia de cauſa dabat, quàm quòd ipſius interereſſet, aut ſaltem intereſſe aliquo caſu poſſet, non quod ipſius leuitati & inconſtantiæ videretur indulgendum, vt hereditatem quam ex vno capite omiſiſſet, ex alio ad eundem prorſus effectum conſequendum agnoſceret. At hodie neque ipſius intereſt, neque intereſſe vllo caſu poteſt. Eandem igitur electionem ei dare, quam dat Bar. & poſt eum cæteri, abſurdum ſanè eſt. At neque video quorſum noſtri hoc in caſu de coactione tractent, cùm quæſtio ſit de ſubſtitutione facta impuberi filio qui fuerit in patris morientis poteſtate, atque ita ſuus heres patri (Alioquin non minùs inepte adiecta eſſet in huiuſmodi ſubſtitutione dictio *pupillariter*, quàm ſi ſuo quidem heredi: ſed tamen iam puberi facta ſubſtitutio probaretur.) Siquidem † 18
ſuus heres cùm idem ſemper ſit & neceſſarius, nulla indiget adeatione *l. in ſuis* 14. *D. de ſuis & legit.* at neque immixtione, ſi modo hereditatem reſtituere ex Trebelliano velit, *l. ita tamen* 27. §. *ſi pater filium. D. ad SC. Trebell.* Quòd ſi nec hereditatem reſtituere velit, quam ipſo iure acquiſitam habet, nec ei ſe immiſcere, fateor coactionem quidem fore neceſſariam nec tantùm vt reſtituat, ſed etiam vt ſe immiſceat, *d. l. recuſare* 6. §. *Sed & ad filium. eod.* quia prætor, ex cuius iuriſdictione fideicommiſſi reſtitutio ſit, neque poteſt habere pro herede filium qui ſe abſtinuit, quantum ad onus aliquod ei iniungendum, quale eſt reſtitutionis, *l. ſi filius* 12. *D. de interrog. in iur. fac.* neque habere hereditatis reſtitutionem pro bona ab eo factam quem non habeat pro herede. Sed nego cogendum a prætore filium vt adeat, quia cùm abſentia, quæ ex eiuſdem prætoris iuriſdictione eſt: neque ius neque nomen ſui heredis tollat, non poteſt fieri vt adire cogi debeat is qui iam heres eſt *l. cùm quaſi* 30. §. *ſed etſi ſuus. D. de fideic. libert. l. neceſſarius* 57. *D. de acquir. hered.* Sed ſufficit vt ſe immiſceat ad hoc, vt à prætore habeatur pro herede, qualis re vera eſt. Quod autem addit Bartolus de ſubſtitutione † facta per verba partim directa 19
partim obliqua vel communia, vt eo caſu electionem ſubſtituto det an ſuccedere velit ex iure directo an ex fideicommiſſo, ridiculum etiam eſt, & ex iis quæ iam diximus, ſatis confutatum. Cùm non poſſit locus eſſe huic electioni præterquàm inſtituto repudiante, qui cogi poſſit ex Pegaſiano ad adeundum. Nam ſi ponetes inſtitutum adiiſſe, intercideret vulgaris ſubſtitutio *dict. l. poſt aditam* 5. *C. de impub. & aliis ſubſtitut.* Si verò ponas repudiaſſe, ſit quidem locus ſubſtitutioni vulgari, ſed nullus fideicommiſſo relinquitur quo ſcilicet in neceſſarium antecedens præſupponit aditam fuiſſe hereditatem. Itaque vt ex fideicommiſſo ſuccedi poſſit, alterutrum prorſus neceſſarium eſt, vt vel inſtitutus cogatur adire, quomodo cogebatur olim ex Pegaſiano, vel adeat ipſe hereditatem iure fideicommiſſarij vniuerſalis, ex noua Iuſtin. conſtit. in *d. Nouell.* 1. *D. de heredit. & Falcid.* Atqui neutrum dici poteſt, quia neque cogendi heredis ius vllum ſupereſt poſt ſublatum ſupradicta Iuſtiniani lege Pegaſianum, neque rurſus Iuſtinianæ conſtitutionis priuilegium faeuorque implorari ab eo poteſt, qui ſubſtitutionis onera detrectat, quique ob eam cauſam ex ſubſtitutione

hæ-

heres esse noluit cùm posset. Necesse igitur est, vt quisquis hodie vulgariter & per fideicommissum substitutus fuit, nullo casu electionem habeat succedendi vel ex vulgari substitutione vel ex fideicommisso, sed cogatur vel omnino succedere ex fideicommisso, si adita vltro fuerit ab instituto hereditas, vel ex vulgari substitutione si institutus repudiauerit, vel nullomodo.
20 Ac sanè † odiosa res illa erat quam Senatusconsultum Pegasianum induxerat vt postulante fideicommissario cogi heres posset ad hereditatem adeundam, quam non modo suspectam dixisset, verùm etiam expressim repudiasset: cum ea coactio fieri non posset citra vim aliquam & impressionem quæ ciuis Rom. libertatem aliquo modo imminuere ac lædere videretur: ob idque nec facilè permittebatur vt adire quis cogeretur: ne quidem prætextu restituendæ hered. fideicommiss. quantum necesse esset ad voluntatem defuncti conseruandam & indemnitatem fideicommiss. præstandam. Vnde erat quod pluribus heredibus institutis, si omnes recusarent, satis erat vel vnum cogi adire, ne iniuria fieret alteri, si frustra nullâque imminente necessitate cogeretur. *l. cogi 16. §. cùm quidam iunct. l. apud Iulianum 11. §. idem Iulianus, & d. l. ita tamen 27. §. à patre verf. quod si dic. D. ad Senatusconsultum Trebellianum*, quamuis non ideo damnum esset subiturus ex ea aditione quam coactus, & alieno periculo fecisset *l. 4. eod.* Vt non abs re Iustin. remedium illud coactionis sublatum voluerit, & aliud introductum non minùs quidem à ratione iuris alienum, sed tamen fauorabilius hoc ipso, quod expeditius ad conseruanda non modò fideicommissa vniuersalia, quibus solis Senatusconsultum Pegasianum prospexerat, sed etiam singularia, itémque legata, & libertates, omnia denique vtiliter relicta in testamento, quod alioqui esset in eo vt destitueretur. In eo quoque erat Bartolus quod supponit verba quæ iam esse communia. Qui error quoniam in hoc, De substitutionibus tractatu omnium frequentissimus & pernicioſissimus est, cogit nos vt in eum sequenti capite disputemus.

ERROR II.

De verbis quæ vocant communia, Quale esse volunt verbum substituo, *Et de verbo* instituo.

SVMMARIA.

1 *Traditio interpretum de verbis communibus multorum grauiumque errorum causa.*
2 *Verborum quibus vti solent testatores, diuisio interpretum trimembris.*
3 *Sententia autoris de proposita diuisione.*
4 *Directorum verborum vsus.*
5 *Obliqua seu precaria verba in quem vsum comparata.*
6 *Precaria verba quæ: quæ item imperatiua.*
7 *Nulla esse verba communia aduersus interpretes.*
8 *Verba quædam esse communia perperam colligi ab interpretibus ex l. iam hoc iure 4. D. de vulg. & pup. substit.*
9 *Conuenienter malè fulcire errorem interpretum ex leg. generaliter. §. cùm autem. Cod. de instituend. & exhered.*
10 *Verbum* substituo *non aquè significat fideicommissum ac substitutionem vulgarem.*
11 *Verbum* instituo *an directum & n. 15.*
12 *Verbum* iubeo *quale.*
13 *Verborum directorum inepta distinctio à Bartolo inuecta commentitur.*
14 *Verba communia iure gentium qualia Bartolo.*
16 *Lex nulla sit verbis indicatiuis, sed semper imperatiuis.*
17 *Verbi* lego *vis propria.*
18 *Quodnam verborum discrimen sustulerit Constantinus.*
19 *Verbum* substituo *an directum, an verò commune.*
20 *Verba inflexa siue obliqua non semper accipiuntur pro precariis, & quodnam sit inter hæc discrimen.*
21 *Summa verborum diuisio, & subdiuisio ex veterum autorum sententia.*

REdi † vix potest, quàm multorum, quámque grauium errorum pater iste sit, quem non profligandum suscipimus, De verbis communibus, quomodo à nostris appellantur ita quæ illi, & directa & precaria simul esse arbitrantur. Nam siue de vulgari, siue de pupillari, siue de fideicommissaria, vel etiam compendiosa, vt vocant, substitutione disputatio apud nostros instituatur, statim videas eos distinguere, quibus verbis substitutio facta proponatur, an directis, an obliquis, an communibus, & pro verborum diuersitate aliter atque aliter ad quæstionem quamlibet propositam respondere. Sed & inde fluxerunt nouæ illæ species substitutionum fideicommissaria & compendiosa, quas neque prudentes nostri, aut Imperatores vnquam agnouerunt, neque ipsi etiam interpretes induxissent, si commentum istud verborum communium, in quo sibi tantopere placent, reiicere potuissent, vt ex iis quæ postea circa fideicommissariam & compendiosam substitutionem tractabimus, intelligitur. Summam ergo verborum † quibus 2
testatores in testamentis, præsertim verò in substitutionibus vtuntur, diuisionem illam esse volunt, vt alia sint directa, quæ & legitima, & ciuilia, & imperatiua dicuntur à prudentibus: alia istis ex diametro opposita, obliqua, inflexa, illegitima & precaria, aut vt loquitur Vlpianus in fragmentis, precatiua. Alia denique communia quæ vtrique vsui seruiant, exprimendæ scilicet voluntatis, siue directæ, siue precariæ. De verbis † directis, itémque de precariis dubitatio nulla est, 3
quin & aliqua sint, & eum vsum habeant quem interpretes volunt, nimirum directa † illum, vt subseruiant 4
testatori aliquid in testamento imperanti postquàm lege duodecim tabularum constitutum est, vti paterfamilias quilibet suæ rei legassit, hoc est, legem fecerit, ita ius esse. Legis enim hoc inter cætera proprium est, imperare, *l. legis virtus 6. D. de legib.* vnde est quod pro synonimis omnia ista vsurpantur, *verba directa, legitima, ciuilia imperatiua*, quoniam leges ciuiles, cùm imperant, & vt imperent, eiusmodi verbis vtuntur. Obliqua † verò & precaria in eum vsum comparata esse 5
constat: vt inseruiant testatori si quando tale aliquid constituat quod fieri quidem velit: sed quod tamen imperare, aut nolit, aut non possit, hoc est cùm per fideicommissum aliquid relinquit. Quænam verò ista 6
verba † sint, saltem quæ magis in vsu habeantur docet Iustinianus in §. *vltim. Instit. de singul. reb. per fideic. relict.* vbi ait esse ista, *rogo, peto, volo, mando, fidei tuæ committo*, quæ singula perinde, inquit, firma sunt atque si omnia in vnum conjecta essent. Directa nusquam numerantur aut in exemplum adferuntur: quoniam eiusmodi sunt omnia quæ sunt imperatiua, & ea tantùm quæ sunt imperatiua, quæ dignoscere difficile non est, vel minimo grammatico, nedum Iurisconsulto, etsi in hoc quoque ab interpretibus & pragmaticis nostris erratur, vt mox dicemus. De communibus præcipua fereque tota disputatio est, quæ etsi longiorem tractatum exigeret, quia tamen iam satis fusè à nobis pertractata fuit *lib. 14. Conject. cap. 2.* breuiores hîc nos esse facilè patietur.

7 patietur. In ſumma negamus verba † vlla eſſe communia eo ſenſu quo eſſe volunt interpretes, id eſt, quæ & directorum vim habere poſſint: præſertim in eadem clauſula & ab eodem teſtatore prolata, & ad eandem rem ac perſonam relata. Cùm fieri nequeat, vt quis vno eodémque verbo & roget ſimul & imperet non magis quàm ſi vellet eodem ſpiritu flare, vt apud Plautum eſt, & ſorbere, Magnum verò & inuincibile pro nobis argumentum eſt, quod cùm tot locis agatur in iure noſtro de verbis directis & obliquis, nuſquam tamen videas mentionem factam communi-
8 nium. Nam qui vnus locus † in hanc rem adduci ſolet ex *leg. iam hoc iure 4. de vulgar. & pupill. ſubſtitut.* in illis verbis, *hoc communi verbo, eoſque inuicem ſubſtituo*, ad rem omnino non pertinet, vt & Bartolus ipſe ad eam legem bene animaduerterit: licet non omnino bene ſenſum Modeſtini perceperit. Non enim is Modeſtini ſenſus eſt, qui interpretum, vt verbum, *ſubſtituo*, commune ſit ad directam, & ad fideicommiſſariam ſubſtitutionem, in quo miror ex recentioribus hallucinatum Didacum Couarruuiam, receptis aliorum erroribus vt paſſim ſolet inſiſtentem ad *cap. Raynutius. §. 9. num. 5. Extr. de teſtam.* (nec enim tractat ibi Modeſtinus de fideicommiſſaria, ſed tantùm de vulgari & pupillari ſubſtitutione quæ vtraque eſt directa) Nec rurſum quomodo politiores plerique intelligunt vt verbum, *ſubſtituo*, ſit commune ad vulgarem & pupillarem ſubſtitutionem, etſi verum hoc eſſe non inficior. Sed commune verbum dixit Modeſtinus totam illam formulam, *eoſque inuicem ſubſtituo*, in qua dictio, *inuicem*, ſola illa eſt quæ facit vt ſubſtitutio ſit communis & reciproca inter illos omnes quibus facta fuit, acſi alter alteri nominatim, viciſſimque per duplicem formulam fuiſſet
9 ſubſtitutus. Quod verò idem Didacus † poſt alios pro eadem Bartoli ſententia tuenda textum adfert Iuſtiniani in *leg. generaliter 6. §. cùm autem. Cod. de inſtitut. & ſubſtitut.* vbi ſubſtitutionem pro fideicommiſſo Iuſtinianus dixit, quàm parum ad rem faciat oſtendemus cùm tractabimus, & probabimus fideicommiſſariam ſubſtitutionem propriè nullam eſſe: quæ ſcilicet fieri poſſit per verbum, *ſubſtituo*, quamuis ſumpta largo modo ſubſtitutionis appellatione pro ſubrogatione qualibet, quæ vnius rei in alterius locum fiat, poſſis perinde fideicommiſſariam ſubſtitutionem dicere, atque dicimus ſubſtitutionem vitium aut arborum quæ ſubrogatæ ſunt in locum demortuarum. Sed aliud eſt dicere ſubrogationem illam fideicommiſſarij in locum heredis quæ fit per fideicommiſſum eſſe ſubſtitutionem. Aliud verò dicere quod interpretes noſtri volunt:
10 fideicommiſſum † quoque non minùs quàm vulgarem ſubſtitutionem per verbum *ſubſtituo* fieri poſſe: quod dicere falſum eſt. Subſtitutio namque in hereditate fieri nequit per verbum hoc *ſubſtituo*: quin directa ſemper cenſenda ſit, nonquam fideicommiſſaria. Etſi quando in libris noſtris nomen ſubſtitutionis vſurpatum legimus, cùm de fideicommiſſo agitur, ponere debemus relictum fuiſſe fideicommiſſum verbis precariis & fideicommiſſo conuenientibus, vt conſtat ex *l. cùm acutiſſimi 30. C. de fideic. & leg. cum anus 102. De condic. & demonſtr.* quæ iungendæ ſunt cum *dict. leg. generaliter. §. cum autem.* Itemque ex *leg. Titia Seio 87. §. Seia libertis de leg. 2.* vbi Paulus duos ſubſtitutionis gradus factos eſſe ait, & quidem in fideicommiſſo, nec tamen ponit factum fuiſſe fideicommiſſum per verbum *ſubſtituo*: ſed per verbum *fideicommitto*, adiecto etiam illo *reſtituat*, quæ nemo vnquam dixit aut directa eſſe, aut communia verba. Nec diſſimilis Bartoli error eſt,
11 cùm, vt probet verbum † *inſtituo* eſſe directum, adducit eos locos qui loquuntur de herede inſtituto vt *leg. 1. D. de heredit. inſtit. leg. 1. De vulg. & pupill. ſubſtit. leg. penult. D. de inſpic. vent.* Quaſi verò non alius heres inſtituatur dici poſſit quam qui ſcriptus ſit per verbum *Inſtituo*, quod tamen quàm falſum ſit ex ſequentibus apparebit. Dubitari magis poteſt de verbo *iubeo* † quòd 12
cùm ex Latini ſermonis ratione ſit precarium: non minùs quàm verbum *cupio*, interdum tamen poteſt eſſe directum ſi pro *impero* accipiatur, *leg. 2. C. commun. de legat.* Ad quod certè reſpicit *Vlpian. in tit. 21. quem hered. inſtit. deb.* cùm ait illam inſtitutionem iam olim valuiſſe *Titium heredem eſſe iubeo*. Sed tamen nuſquam reperias poſſe illud in eadem clauſula & directum eſſe, & precarium, nec eſt difficile ex adiunctis verbis intelligere in quo ſenſu ſit vſurpatum à teſtatore. Eſt au- 13
tem longè abſurdior illa etiam Bartoli diſtinctio † circa verba directa, vt eorum alia ſint ciuilia, alia non ciuilia, ciuilia quæ iure, inquit, ciuili ſunt introducta, vt verbum, *heres eſto*. Non ciuilia verò quæ diriguntur ad ſubſtitutum vt ipſe de manu ſua capiat non ab alio: ſed quæ nullum de iure ciuili habent ſignificatum: quoniam iuris ciuilis verba non ſunt, & ideo in dubio intelliguntur ſecundum quod caſus eueniet. In quo numero ponit iſta pro exemplis *accipiat, capiat, moriatur.* Sic enim ille ad *dict. leg. centurio num. 15. & ſeq.* Prorſus commenticiè. Nulla enim alia directa prudentes noſtri agnoſcunt, niſi quæ ſunt ciuilia, legitima & imperatiua, vſurpantque iſta omnia pro ſynonimis, vt ſuprà diximus & conſtat ex *leg. verbis ciuilib. 7. eod. tit. dict. leg. 2. C. commun. de legat. leg. quoniam indignum 15. C. de teſtam.* & aliis locis quorquot ſunt qui de directis verbis loquuntur. Ex quo fortiſſimum argumentum ſumitur contra Bartolum, vt ea verba quæ ipſe vocat directa non ciuilia, ſicut ciuilia non ſunt, vel fatente ipſo Bartolo, ita neque directa eſſe intelligamus, ſi enim directa eſſent, vtique eſſent etiam ciuilia, cùm verborum directorum, non ciuilium nulla vſpiam mentio fiat. Neque verò ſi cæteris interpretibus credimus quicquam differunt in effectu à verbis communibus quod ad hoc vt obligari poſſint, quomodo loquitur *Mich. Craſſ. in dict. §. ſubſtitutio quæſt. 5. num. 8.* Vnde & idem *Bart. num. 44.* verba iſta directa non ciuilia ſuauiter appellat nouo alio nomine communia † iure gen- 14
tium. Sed erit vtilius, vt de ſingulis, aut de iis ſaltem quorum frequentior vſus eſt differamus. Primum occurrit verbum *inſtituo* † quo nemo dubitat quin ſit di- 15
rectum, quod nominatim tradit *Bart. ad dict. leg. centurio, num. 47.* Ego verò non ſolùm dubito, ſed etiam falſum id eſſe puto, ſi prudentes noſtros conſulamus apud quos improbatas olim fuiſſe huiuſmodi formulas inſtituendi heredis *Titium heredem inſtituo*, *Titium heredem facio*, iam ſæpius monuimus ex Vlpiano *in fragment. tit. 21. quemadm. hered. inſtit. deb.* Nempe quod non eſſent illa verba legis, hoc eſt imperatiua ſed indicatiua. Lex enim permiſit quidem patrifamilias & ciui Romano facere teſtamentum, ſed non aliter quàm ſi faceret per modum legis. Lex † autem nulla ſit verbis 16
indicatiuis: ſed ſemper imperatiuis. Nec eſt contrarium quod legatum valet ita datum *lego Titio fundum Cornelianum*, cùm tamen ſit ille modus indicatiuus, non imperatiuus. Eſt enim hæc propria vis verbi iſtius 17
† *lego*, vt quamuis indicatiui modi ſit: attamen pro imperatiuo habeatur, quandoquidem nihil refert an quis dicat *lego*, an verò *per legis modum diſpono*: quo ſenſu lex duodecim tabularum in concedenda teſtamenti factione quæ tota ex heredum inſtitutione magis quàm ex legatis æſtimatur, ita ſcripſit *paterfamilias vti ſuæ rei legaſſit.* Hoc ipſum verò *per modum legis diſponere*, quid aliud eſt quàm diſponere imperatiuè? Nam & ſimiliter valuiſſet olim iſta inſtitutio quamuis per verbum indicatiui modi facta, *Titium heredem eſſe iubeo vel impero*, vt ſupradicto loco Vlp. teſtatur. Et inde eſt quod qui olim legabat per verbum *do*, ſolebat, imò verò debebat addere verbum, *lego*, hoc modo, *Titio fundum Cornelianum do, lego*, ſumptis ſcilicet duobus his verbis coniunctim pro vno, vt bene legaſſe videretur. Planè

bodie

18 hodie poſt conſtitutionem † Imperatoris Conſtantini in *leg. quoniam indignum* 15. *C. de teſtam.* dubitandum non eſt quin valeant huiuſmodi etiam inſtitutiones quarum formulas iſtas expreſſim Conſtantinus probat. Verùm non quia verbum, *inſtituo*, aut, *facio*, magis directum ſit quàm olim eſſet, at quia nihil hodie refert, an imperatius & directis verbis fiat inſtitutio, an inflexis, vt lex ait, quo inflexorum nomine ſignificat Conſtantinus ea omnia quæ non ſunt imperatiua, non quomodo vult Bartolus ea quæ oſtendant per manus alterius accipiendum eſſe id quod à teſtatore relinquitur, putà ſi teſtator dixerit, *mando*, vel, *volo Titium heredem eſſe*, quibus verbis nemo dixerit id actum eſſe vt Titius hereditatem per alterius manus accipiat, cùm eum ipſum heredem eſſe teſtator noluerit, nec tamen negari poteſt eſſe iſta verba inflexa, ob idque propria fideicommiſſorum, *dict. §. vit. Inſtit. de ſingul. reb. per fideic. relict.* hoc ipſo quod non ſunt imperatiua. Alioquin fuerit ſanè perabſurdum exiſtimare à Conſtantino factum eſſe, vt valeat hodie inſtitutio heredis facta etiam per ea verba quæ demonſtrent voluiſſe teſtatorem vt hereditas per manus alterius caperetur, putà ſi teſtator ita ſcripſerit, *Titius incipiat hereditatem meam per manus heredis legitimi*: aut ita, *Hæres meus legitimus hereditatem meam Titio reſtituito*. Ita enim fieret vt confunderentur prorſus non tantùm iura: ſed etiam nomina hereditatum directarum & fideicommiſſariarum, & conſequenter teſtamentorum & codicillorum, de quo nunquam Conſtantinus cogitaut. Poſt cuius conſtitutionem etſi nihil intereſt quibus verbis directiſne & imperatiuis, an inflexis teſtator voluntatem ſuam declarauit, illud tamen ſemper requiritur vt conſtet teſtatorem voluiſſe hereditatem dare non fideicommiſſum, & heredem facere non fideicommiſſarium. At de illo dubitari eleganter poteſt, ſi verbum, *inſtituo* non erat olim directum, vt proculdubio non erat, cur

19 magis verbum *ſubſtituo*, † directum cenſeretur. Directum namque fuiſſe dubitandum non eſt, & valuiſſe directam ſubſtitutionem ſiue vulgarem ſiue pupillarem, quæ per hoc verbum, *ſubſtituo*, facta eſſet, *l. iam hoc iure 4. de vulgar. & pupill. ſubſtit. l. Luc. Titium Seio 53. D. de heredit. inſtit.* cum tamen nihil aliud ſit dicere *ſubſtituo*, quam, *ſecundo loco inſtituo*, & nihil aliud ſubſtituta eſt quam ſecunda inſtitutio vel ſecundi heredis, nec magis imperatiui modi verbum ſit, *ſubſtituo*, quàm *inſtituo*. Sed reſpondendum eſt præcedente inſtitutione quæ facta ſit verbis directis & imperatiuis, quomodo eam olim fieri neceſſe erat, verbum *ſubſtituo*, quod ſubſequitur, habere vim & ſenſum imperatiuum, quia cùm nihil aliud ſignificet ex ſui proprietate, niſi quòd qui ſubſtituitur, in locum inſtituti ſubrogatur, inde fit vt ſi effectum rei & voluntatem teſtatoris inſpicias, quiſquis ſubſtituitur, in locum inſtituti ſubrogatur, idem verbis directis & imperatiuis ſecundo loco inſtitui videatur, ſcilicet iis ipſis, quibus teſtator vſus eſt in primi heredis inſtitutione, quaſi iiſdem illis, ſed tacitè & verborum compendio repetitis, quod non ſimiliter dici poteſt de verbo, *inſtituo*, quod cùm ſemper præcedere debeat, non ſequi (teſtamentum enim ab inſtitutione incipere olim neceſſe erat, *l. 2. §. prius autem. D. de vulg. & pupill. ſubſtit. §. ante heredis Inſt. de legat.*) non poteſt illam recipere interpretationem vt per relationem ad quid aliud videri poſſit facta verbis directis, & imperatiuis, ſi nulla ſint expreſſa. Quare nec valuiſſet olim ſubſtitutio ita concepta *Titium heres eſto, ſi Titium heres non erit, Sempronium inſtituo*, quia non fuiſſent habenda pro repetitis in ſubſtitutione verba imperatiua, quorum loco aliud inflexum nec imperatiuum expreſſim ſubſtitutum eſſet: quamuis non negem hodie poſt ſupradictam Iuſtiniani legem huiuſmodi quoque ſubſtitutionem iure directo valituram, quia & prima inſtitutio valeret. Ex quo apparet quantopere erret Bartolus *dict. num.* 47. & Bartolum ſecuti cæteri exiſtimantes verbum, *inſtituo*, eſſe directum, *ſubſtituo* autem commune, cùm è contrario debuerint dicere verbum *ſubſtituo*, poſitum poſt inſtitutionem, verbis directis & imperatiuis factam, eſſe mere directum, & imperatiuum ſemper: nunquam commune, multo minùs inflexum. Verbum verò *inſtituo*, nunquam eſſe directum aut commune, ſed ſemper inflexum, quia nunquam imperatiuum eſt. Addidi *poſitum poſt inſtitutionem verbis directis & imperatiuis factam*, quia ſi poneres vocatum quem fuiſſe ad hereditatem per fideicommiſſum, eique ſubſtitutum Sempronium hoc modo, *Rogo te heres mi, vt hereditatem meam Titio reſtituas, Titio Sempronium ſubſtituo*, non eſſet dubitandum quin Sempronius quoque per fideicommiſſum ad eandem hereditatem vocatus intelligeretur, quandoquidem ſubrogatus eſſet in locum Titij quem teſtator non niſi per fideicommiſſum mandaſſet, vt in *l. Scæuola 76. ad Trebell. l cum proponebatur 64. de leg. 2. & alibi paſſim.* Et hoc ſenſu verum eſt quod ait Bart. *d. num. 47.* verbum *ſubſtituo*, eſſe generalius, quam verum *inſtituo*. An ergo fatebimur ſaltem verbum hoc, *ſubſtituo* eſſe commune, tanquam quod & directa & precariæ ſubſtitutioni ſubſeruiat? Ne hoc quidem. Imo inferemus ex eo potiùs neque directum verbum eſſe cùm fideicommiſſi vlui eſſe poſſit, neque obliquum & inflexum poſſit etiam ad directam ſubſtitutionem. Eſt enim longè facilius, vt ait neutrum, id eſt, neque directum neque obliquum, quàm vt ſit vtrumque quale eſſet commune. Ac ſanè ita eſt. Non aliam vim & ſignificationem habet hoc verbum ad exprimendam voluntatem, ſiue directam, ſiue precariam quàm quæ ex diſpoſitione præcedente in qua ſubſtitutio fiat, colligi poteſt, ideoque non tam commune, ſi partire loqui velimus, quàm indifferens dici debet. Quod cùm ita ſit, fatendum eſt non magis fieri poſſe, vt verbum *ſubſtituo*, poſitum poſt inſtitutionem verbis imperatiuis conceptam flectatur ad fideicommiſſum, quàm fecti poſſet ſubſtitutio quæ facta eſſet per verba illa, *ſi Titius heres non erit, Sempronius heres eſto* (quam tamen formulam nec Bart. ipſe negat trahi ad fideicommiſſum nunquam poſſe, ſi modo poſſit aliquo tempore vel caſu valere iure directo: quoniam verba illa non tantùm directa ſunt, ſed etiam directa ciuilia vt ipſe loquitur ad *dict. l. centurio, num.* 15.) Si quidem nec ulla ratione poteſt iure directo valere, ſubſtitutio quæ facta eſt per verbum, *ſubſtituo*, quam quia videatur facta iis ipſis verbis directis, quæ in inſtitutione præcelerunt, quæ ſi non eſſent non magis poſſet valere ſubſtitutio facta per verbum, *ſubſtituo*, quam inſtitutio facta per verbum, *inſtituo*, quia neutrum eſt directum, neque imperatiuum: inſpecto ſcilicet iure vetere quod obtinuit vſque ad tempora Conſtantini, poſt cuius conſtitutionem in *d. l. quoniam indignum*, perinde ſanè valent ſubſtitutiones directæ atque inſtitutiones etiam factæ verbis inflexis, id eſt, non directis, non imperatiuis, dum ne tamen precarias. Hoc enim obſeruandum eſt non quemadmodum directa, imperatiua, legitima & ciuilia verba pro ſynonymis vſurpantur, vt ſupra dictum eſt, ita ex aduerſo, *inflexa*, † vel quod idem eſt, 20
obliqua, pro precariis ſemper accipi oportere. Inflexa enim & obliqua opponuntur directis & imperatiuis non tanquam contraria, ſed tanquam contradictoria. Precaria verò non tanquam contradictoria, ſed tanquam contraria. Itaque inter directa ſeu imperatiua, & inflexa ſeu obliqua medium nullum eſt, vt nec eſſe ſolet inter contradictoria. Et omne verbum quod directum atque imperatiuum non eſt, obliquum atque inflexum eſſe neceſſe eſt, id eſt, vt contradictionem melius exprimamus, non directum, non imperatiuum. At inter directa ſeu imperatiua & precaria, medium genus eſt eorum, quæ nec imperatiua ſunt nec precaria & ſimpliciter obliqua & inflexa, cuiuſmodi illa ſunt, *volo, mando,*

mando, instituo, heredem facio, substituo, & si qua sunt similia: quæ nemo vtique dixerit esse precaria, cùm imperatiuis propiùs accedere videantur, quamquam nec verè sunt imperatiua. Illa verè sunt imperatiua. Illa verè sunt precaria, *Peto, rogo, fidei tuæ committo.* Denique omnia quæ sunt precaria sunt etiam obliqua & inflexa. Sed non viciſſim omnia quæ sunt inflexa & obliqua sunt etiam precaria. Et idcirco Constantinus in *d. l. quoniam*, non ita legem concepit, vt nihil hodie interſit an heredis institutio facta ſit verbis imperatiuis an precariis, quod esset ridiculum, sed an facta ſit verbis imperatiuis & directis, an inflexis. Summa
11 igitur † verborum diuiſio illa est, vt distinctiùs rem explicemus, quod alia sunt directa, seu imperatiua, seu ciuilia, seu legitima, alia verò inflexa seu obliqua, id est non directa, non imperatiua, non ciuilia, non legitima. Rursus inflexorum seu obliquorum alia sunt precaria, alia verò non precaria, id est quæ non magis sunt precaria, quàm imperatiua. Et consequenter inflexorum seu obliquorum verborum ſpecies non tam media est inter imperatiua & precatiua, quàm ſpecies ſpecifica è diametro oppoſita verbis imperatiuis contentáque ſub eodem genere scilicet verborum. Genus verò, aut vt logici vocant, ſpecies generica quod ad verba precatiua. Continens nimirum ſub ſe duas illas verborum ſpecies quarum vna ſit verborum precatiorum, alia eorum quæ nec precaria ſint nec imperatiua. De aliis verbis quæ communia noſtri vocant, ſequenti capite ſubiiciamus.

ERROR III.

De verbis, Perueniat, Pertineat, Habeat, Redeat, Remaneat, Succedat, Reuertatur, Deuoluatur, Adcreſcat, Accipiat, Moriatur, & aliis quæ vocant, vel directa non ciuilia, vel communia iure gentium, aut ciuili.

SVMMARIA.

1 *Quæ verba directa non ciuilia, item quæ communia ex interpretum placitis.*
2 *De verbis directis & imperatiuis nouiſſima autoris ſententia.*
3 *Cur olim dubitatum an valeret iſta inſtitutio* Titius heres ſit.
4 *Cur olim inutilis hæc inſtitutio,* Titius heres erit.
5 *Item hæc,* Titius hereditatem meam accipiat: *& num.* 7.
6 *Cur hæc olim dubia,* Titius hereditatis meæ dominus eſto.
8 Titius bona mea accipiat, *inutilis olim inſtitutio.*
9 Titius fundum Cornelianum accipiat *inutile olim legatum.*
10 *Imo & hodie quoque, ſicut & inutilis illa eſt etiam inſtitutio,* Titius meam hereditatem accipiat.
11 *Ex eo quòd formulam illam* Titium heredem inſtituo *probauit Conſtantinus, non ſequi prædictas inſtitutionis aut legati formulas approbatas eſſe.*
12 *Quibus adiunctis verbis rectificetur illa formula* Titius hereditatem meam accipiat, aut bona, aut fundum.
13 *De verbo* Adcreſcat *ſententia interpretum refellitur.*
14 *Item & de verbo moriatur.*
15 *De verbis quæ communia dicuntur interpretibus perueniat, pertineat, habeat, &c.*

16 *De Sententia leg. quoniam indignum.* 15. *C. de teſtament.*

Etſi quæ interpretes noſtri tractare solent circa ſubſtitutiones per occaſionem verborum, vt vocant, communium, ea vel omnia vel saltem maiori ex parte corruere neceſſe est, ex iis quæ de verbis, *inſtituo,* & *ſubſtituo,* contra eoſdem interpretes proximè diſputauimus: quia tamen alia verba multa sunt, quæ fatentur quidem illi non esse directa ciuilia, sed vel directa non ciuilia esse volunt, vel saltem communia, de iis quoque omnibus nunc dicendum nobis est. Eiuſmodi sunt † ea, de qui- 1
bus in huius capitis inſcriptione. Ex quibus volunt directa esse illa, *accipiat, adcreſcat, moriatur*, cætera verò esse omnia communia, vt tractat *Bart. ad d. l. Centurio. num.* 27. *& à num.* 48. *incluſiuè vſque ad finem,* & ex recepta interpretum traditione *Mich. Craſſ. in §. ſubſtitutio quæſt.* 5. *per tot.* Quod aiunt de verbis directis mihi aliquando probabile videbatur, ratione illa, quod sint iſta omnia verba imperatiua. Iam enim diximus in præcedentibus verba directa, ciuilia, legitima, & imperatiua esse ſynonyma, & pro iiſdem vſurpari. Sed postea † 2
meliùs viſum est non omnia imperatiua directa quoque esse, & ciuilia, & legitima, licèt quæcunque sunt directa & ciuilia, & legitima, ea sint etiam & neceſſe ſit esse imperatiua. Nam quæ sunt imperatiua præſentis temporis, cuiuſmodi sunt illa omnia, *accipiat, adcreſcat, moriatur*, (quamuis poſtremum hoc includat tractum temporis ſucceſſiui) ea ſi per ſe & abſolutè, hoc est tanquam imperatiua proferantur, non poſſunt idonea videri ad teſtatoris voluntatem imperatiuè declarandam: cùm teſtamentorum omnium ius proprium illud ſit, vt in futurum tempus conferantur, id est, quod erit poſt mortem teſtatoris: *l.* 1. *D. qui teſtam. facer. poſſ.* Ideóque omnia exempla quæ in libris noſtris habemus verborum imperatiuorum, ſiue in heredum inſtitutionibus, ſiue in legatis vſurpandorum ad futurum tempus non ad præſens referuntur, qualia sunt illa, *heres eſto, fundum habeto, ſumito, præcipito, dato.* Nec alia † meo iudicio dubitandi ratio fuit apud Vl- 3
pianum in *tit.* 2. *quemad. hered. inſtit. deb.* cùm ait illam quoque inſtitutionem valere, *Titius heres ſit*, quàm quòd verbum illud imperatiui quidem modi est, sed tamen temporis præſentis: ſicut è contrario † non va- 4
luiſſet olim ea inſtitutio *Titius heres erit*, quamuis concepta esset per verbum futuri temporis, quia non erat concepta per verbum imperatiui modi, ob eámque cauſam fuit neceſſaria lex Conſtantini in *l. quoniam indignum.* 15. *C. de teſtam.* Sed videtur verbum, *ſit* imperatiuè ſcriptum, licèt ſit temporis præſentis, habuiſſe hac in re neſcio quid ſpeciale propter magnam ſimilitudinem & proximitatem quam habet cum verbo, *eſto*, pro quo plerumque ſumitur etiam in ſenſu imperatiui, grammatica non valde reluctante. Ergo ſi quis olim heredem † ita inſtituiſſet, *Titius hereditatem meam accipiat*, proculdubio malè heredem inſti- 5
tuiſſet, nec teſtamentum valuiſſet, quia teſtatoris non erat aut hereditatem facere, aut hereditatis accipiendæ ius heredi dare quod vtrumque ſolius legis erat, ſed heredem vel ſcribere, vel nuncupare. Prius enim est vt quis heres inſtitutus ſit, quàm vt ex teſtamẽto hereditatem accipere poſſit. Non poteſt autem heres esse qui à teſtatore inſtitutus non fuit, quia licèt etiam legis ſit heredem facere ſicut & hereditatem *l. filiusfamilias.* 18. *D. ad leg. Falcid.* non alium tamen heredem lex facit ex teſtamento, quàm quem teſtator inſtituit, & quidem eo modo, quo inſtituere debuit, quandoquidem condito vtiliter teſtamento nihil aliud faciendum lex habet, niſi vt confirmet teſtatoris voluntatem. *l. lege obuenire.* 130. *iunct. d. l. verbis legis.* 120. *de verborum ſignificat.* Adeò vt dubitaretur † olim an ea inſtitutio 6
valeret,

valeret, *Titius hereditatis meæ dominus esto*, quanquam placuit valere. *l. his verbis. 48. in princ. D. de hered. instit.* propterea quòd parum interfit an heredem testator dixerit an dominum, cùm heredis appellatione nihil nisi dominus significetur. §. *vlt. Inst. de*
7 *hered. qualit. & differ.* Quanto igitur fuisset certius † institutionem illam non valere, *Titius hereditatem meam accipiat*? Nam & implicabat contradictionem ea clausula in qua esset concepta institutio, si ea dici institutio debuisset, per verbum præsentis temporis, & nihilominus collata in futurum propter adiectam hereditatis mentionem acsi scriptum fuisset, *Titius*
8 *præsenti tempore accipiat hereditatem meam, quæ nulla-dum est: sed quæ futura erit.* Quid si testator scripsisset, *Titius mea bona accipiat*? Multo minùs videri potuisset facta institutio directa: quia licet non implicasset contradictionem hæc clausula, cùm iam bona sint in tempore illo præsenti quo fit testamentum, absurdum tamen est ius illum acquiri ex institutione quandiu testator viuit & inspecto præsenti illo tempore condit testamenti, quia non potest acquiri priusquàm testamentum per legem confirmetur, quòd porrò non confirmatur, nisi mortuo demum testatore. Et tamen cùm verba essent relata ad tempus conditi testamenti, non posset lex testamentum illud confirmare, quin confirmaret eo ipso modo quo testator bona sua ad heredem peruenire voluisset, verbisque conceptis declarasset: quia testantis voluntatem quamliber aut nullomodo lex confirmat, aut eo ipso modo confirmat, quo testator voluit. Ac proinde tametsi non quod ad verba, tamen quod ad legis vim & potestatem, haberet hæc res implicitam contradictionem, vt testamentum, & iam inde ab ipso testamenti tempore, & non nisi mortuo demum testatore per legem confirmatum videretur, perinde acsi testator ita testatus fuisset, vt se adhuc viuo testamentum suum vires habere præcepisset. Eadémque ratio locum haberet etiam in legatis, etsi legatorum minùs solennia videntur fuisse verba, quàm institutionum. Nam qui
9 † ita scribit, *Titius fundum Cornelianum accipiat*, iam ex eo tempore facit potestatem Titio accipiendi fundi, qui iam tum est, quia non sicut hereditas: ita & fundus fit per mortem testatoris, quod non similiter potest dici, cùm ita scriptum est, *Titius fundum Cornelianum accipito.* Illud enim verbum imperatiuum futuri temporis commodum esset ad expectandum tempus illud quo lex testamentum esset confirmatura, nec aliam ob causam olim fuisse inductum vsum verborum imperatiuorum futuri temporis, credendum est, quasi qui non modo aptior: sed etiam omnino in eam rem necessarius esse crederetur. Nec est quod quis dicat huiusmodi verba omnia etiam in præsenti tempore scripta satis habere tractum temporis, ex eo solo, quòd in testamento scripta sunt cuius confirmatio nulla futura sit nisi post mortem. Ob id enim voluit lex conferri voluntatem in tempus futurum, & consequenter exprimi verbis futuri temporis non præsentis, ne alioqui testantis voluntas potestatem legis occupando præpediret. Idque adeo verum est vt quamuis Constantini lex has omnes solennitates & obseruationes sustoliisse videatur in heredum Institutionibus in *d. l. quoniam indignum*, sicut & Iustinianus in legatis in
10 *l. 2. C. commun. de legat.* vix tamen † recipi posse putem, vt etiam hodie defendi debeat illa institutio, *Titius meam hereditatem accipiat*, aut illud legatum, *Titius fundum Cornelianum recipiat*, quia planè absurdum futurum sit dicere adprobatas ab Imperatoribus eas quoque clausulas, quæ implicitam habeant contradictionem: fuitque iis multo facilius, tollere solennitatem illam, quæ requirebat vt verba essent imperatiua, & quæ sola designatur constitutione Constantini, quàm illam quæ illud etiam exigebat vt verba ista imperatiua in futuro tempore concipe-rentur. Nam vt deberent esse imperatiua faciebat tantùm rigor legis duodecim tabularum, quæ non alias voluntates confirmabat, quàm quæ per verba legis essent expressæ, & consequenter per verba impetratiua. Vt verò deberent esse futuri temporis faciebat necessitas iuris & voluntatis, ne alioqui contradictionis implicatio, aut in verbis testatoris, aut in legis potestate induceretur. Quis autem dicat imperatores facere aut voluisse aut potuisse id quod implicet contradictionem, quod nec à Deo Opt. Max. vnquam fieri, Theologi admittunt. Nec potest obiici † quod Constantini lex eam 11
institutionem expressim adprobat, *Titium heredem instituo* in qua tamen verbum, *instituo*, non solum indicatiui modi est: sed etiam temporis præsentis. Est enim verbum relatum ad personam ipsius testatoris, cuius factum quod tum interuenit, cùm fit testamentum sicuti præsens est, nec potest futurum esse, ita præsentis temporis verbo optimè significatur, neque alia de causa erat olim illa formula improbata, quàm quòd per verbum imperatiuum concepta non esset, vt superiore capite dicebamus. At clausulæ illæ de quibus agimus ad personam factúmque heredis referuntur, qui sicut nullus esse potest nisi mortuo demum testatore, ita nec priùs habere ius aliquod in hereditate quæ nulla dum est, nec si testator velit, quomodo vult vtique qui imperat ei, vt præsenti tempore accipiat vel bona, vel hereditatem, vel fundum. Aliud si 12
† poneres testatorem ita scripsisse, *volo*, aut *mando vt Titius hereditatem meam accipiat*, aut *bona*, aut *fundum*. Nec enim dubitandum est quin hodie vtilis esset hæc clausula etiam in herede instituendo, in qua scilicet verbum *volo*, aut *mando*, aut aliquod aliud simile habens tractum temporis & regens omnia sequentia, facit vt non ad præsens, id est testamenti tempus relatum videri debeat verbum *accipiat*, quod hoc casu non imperatiui modi est, sed subiunctiui, sic dicti si grammaticos consulamus quia non stat per se quomodo stant verba quæ sunt imperatiui, sed pendet ex eo cui subiungitur. Itaque nullam implicat contradictionem ista clausula, quam superior, vt probauimus, implicaret. De verbis, *Adcrescat*, & Moriatur, nescio planè quid interpretes sibi velint, aut quis horum verborum vsus esse possit, siue in heredibus instituendis siue in legatis, & fideicommissis relinquendis: nisi qui & qualis ex adiunctis & præcedentibus verbis inferatur. Vt † in *leg. codicillis. 34. in princip. D. de* 13
vsufr. legat. vbi verba illa, *vt qui ab his decesserit, portio eius reliquis adcrescat*, pendent ex illis præcedentibus *dari volo*, quæ sunt verba fideicommissi. Quod si bene vidisset Bartolus, nihil causæ fuisset, cur dixisset ideo verbum *adcrescat*, eo loco aptari ad fideicommissum quod scriptum esset in codicillis, in quibus apposita quælibet alia verba directa trahuntur, inquit ad fideicommissum *ex leg. Scæuola. 76. D. ad Senatusconsultum Trebellianum.* Quæ propositio, neque in se vera est, quoniam quæcunque in codicillis testamento non confirmatis relinquuntur directis verbis ea prorsus inutilia sunt, nec iure fideicommissi defenduntur extra casum *d. l. Scæuola.* de cuius sententia & ratione alibi fusissimè scripsimus. Neque ad speciem *dict. leg. codicillis accommodata*, quoniam etsi ea scriptura in testamento non in codicillis posita fuisset: non alium tamen sensum habuisset verbum *adcrescat*, adiectum fideicommisso, cùm in testamentis quoque non minùs, quàm in codicillis fideicommissa relinqui possint. Nec sanè video qua ratione verbum hoc possit directum dici vel obliquum. Siquidem nec heredis instituendi, nec legati aut fideicommissi relinquendi verbum est, ac in id duntaxat comparatum, vt exprimat voluntatem testatoris quod

ad

ad ius adcrescendi, cui iuri adcrescendi locum esse constat, quoties voluntas testatoris concurrit, siue sint illi heredes, siue legatarij, siue fideicommissarij. Cumque ius adcrescendi sit ex legibus, tum quoque cùm ex testantis voluntate proficiscitur, non est dubitandum quin semper adcrescat ipso iure ea portio quæ adcrescit, siue de heredis institutione quæratur, siue fideicommisso, aut legato, nec vllum in ea re hominis factum requiratur. Ad quod respiciens Bartolus vult esse verbum directum, probatque ex *leg. vnic. §. his ita definitis. C. de caduc. tollend. & ex tot. tit. C. quand. non petent. part. petent. adcresc.* Suauiter mehercule. Quasi verò iis locis agatur de verbo *adcrescat*, à testatore aliquo, ac non potiùs ab Imperatoribus prolato. Sed illud † suauius est quod idem Bartolus & alij tractant 14
de verbo *moriatur*, dantes exemplum si ita scriptum sit, *Titius Sempronio moriatur*, pro eo quod posset scribi pluribus. *Quod reliqui Titio, perueniat directò ad Sempronium.* Quis enim sic vnquam loquatur, qui vel minimum Latinè sciat? Nec dissimulat Didac. Couar. esse græcismum, cuius tamen non video cur sensum directum esse velimus potiùs quàm obliquum. Nam & alteri perinde mori dici potest is ex cuius morte commodum aliquod ad alterum peruenit iure fideicommissi, acsi directo iure peruenisset. Ni fortè ad id nostri respiciunt, quod in suprascripto exemplo nullum potest factum Titij interuenire, quem Sempronio mori testator iussit, ob idque videtur esse necesse, vt fiat ipso iure quod in Sempronij fauorem fieri testator voluit. Sed tamen nihil vetat pro Titij facto, quod sanè interuenire nullum potest, intercedere factum heredis Titij, perinde atque sit cùm quis post mortem suam hereditatem restituere, aut quid aliud facere rogatus est. Non enim eo mimùs fideicommissum datum intelligitur quod impossibile sit à Titio iam mortuo restitui hereditatem: sufficitque restituendo obligationem cœpisse in persona Titij, executionem verò ab ipsius herede fieri posse. *l. cohæredi, 41. §. cùm filia de vulg. & pupill. substit.* Etsi autem verbum hoc *moriatur*, imperatiuum esse potest, non tamen eo sensu quo dicimus imperatiua esse oportere verba quæ sunt ciuilia & directa. Quodnam enim nouum per legis modum imperandi genus est, imperare quem alij vt moriatur? An fortè legis modo disponere istud est, quia sic loqui lex solet, cùm alicui pœnam irrogat capitalem? Cætera verò verba † illa *Perueniat*, *Pertineat*, 15
Habeat, *Redeat*, *Remaneat*, *Succedat*, *Reuertatur*, *Deuoluatur*, quæ volunt nostri esse communia vix etiam vllum bonum sensum habent, aut vllum vsum nisi præcedat verbum *volo*, aut quod aliud simile, cuius ratione fieri debeat, vt non tam imperatiui modi ista sint, quàm subiunctiui, vt proinde dicta esse nunquam possint. Præsertim cùm si quando sint imperatiua, tamen futuri temporis non sint, sed præsentis, quod nos supra diximus verbis directis & ciuilibus, & legitimis conuenire nullomodo posse. Maximè si ius illud inspiciamus quod prudentum temporibus obtinebat, ex quorum responsis conantur interpretes has verborum differentias, & inducere & probare. Nam cum essent olim solennia verba non modò institutionum, sed etiam legatorum adeóque fideicommissorum, nusquam reperias vllum ex istis verbis quæ appellant communia in vsu & numero solennium fuisse, si sola & sine adiuncto alio ex solennibus proferrentur. Hodie verò etsi verborum ista solennitas sublata est, non tamen vsque adeò confusa sunt, & iura & verba institutionum, legatorum, & fideicommissorum, vt promiscuè omnia omnibus subseruiant, sed illud semper inspiciendum est, quale verbum illud sit quod absolutè præcedat, & à quo cætera regantur, & in quem casum testator vsus sit supradictis verbis, *Perueniat*, *Pertineat*, *Succedat*, & similibus. Nam si in casum quo bona de quibus disponit iam ad aliam pertinere cœperint, siue institutionis, siue legati aut fideicommissi iure, non potest fieri, vt directorum verborum vim & potestatem habeant, quia non est in potestate testatoris, vt directò quicquam disponat de bonis iam alij acquisitis. E contrario autem in casum quo bona nemini adhuc sint acquisita, non potest facere testator, vt ea verba vim habeant inflexorum obliquorum & precatiuorum, quoniam dominum factum esse, oportet illum qui vt quid præstet rogetur & oneretur. Itaque si quis ita scripserit, *Titius heres esto. Si Titius heres non erit, volo vt hereditas mea ad Sempronium pertineat*, potuerit fortasse videri directa institutio, non quia verbum *pertineat*, aut verbum *volo* sit directum vel commune, sed quia Constantino placuit verbis quoque inflexis, & non directis institutionem directam fieri posse, dummodo casus ipsaque rei natura non repugnet. Si verò testator ita scripsisset, *Titius heres esto. Si Titius heres erit, & sine liberis decesserit, volo vt hereditas mea ad Sempronium pertineat*, fieri nequit vt directa substitutio facta videatur, quæ scilicet in casum agnitæ hereditatis alij quàm impuberi fieri non potest, ideóque prorsus necesse est, vt talis scriptura ad fideicommissum adapretur. Etsi vereor † ne non tam sit generalis quam esse 16
creditur sententia Constantini in *d. l. quoniam indignum*. Siue enim verba constitutionis inspicias, tractant nominatim de institutione, vt nihil interest quibus verbis fiat institutio, siue rationem illam æquitatis qua potissimum Constantinus mouetur, ne ex inani obseruatione verborum supremæ hominum voluntates corruant, non conuenit ea ratio præterquàm institutioni, quæ caput est & fundamentum totius testamenti. Non igitur protrahenda est constitutio ad substitutiones, siue directas, siue fideicommissarias, quas nihil vetat non valere, si non aptis & idoneis verbis factæ sint, saluo nihilominus manente testamento, quod vt aliquando valuerit, sufficit institutionem valuisse. Quare in suprascripta priore specie cùm testator ita scripsit, *Titius heres esto, si Titius heres non erit, volo vt hereditas mea pertineat ad Sempronium*, probabiliùs defendi posse arbitror, Titio non volente, aut non valente adire hereditatem, fieri locum heredi legitimo, nec nisi iure fideicommissi hereditatem testatoris ad Sempronium peruenire posse. Fideicommissi inquam, à legitimo herede præstandi, tanquam qui solus oneratus videri debeat, etiamsi nulla sint à legitimis heredibus repetita fideicommissa, neque adiecta vlla clausula codicillari. Quem enim alium præterquàm legitimum heredem oneratum videri potest is, qui hereditatem fideicommissariam reliquit Sempronio, non ab herede instituto, sed è contrario in casum illum quo heres institutus heres non esset? Nam quod dici solet, Si testamentum vel ab initio non valeat, vel ex postfacto destituatur, non adita ex eo hereditate, non solùm legata, sed etiam fideicommissa eodem testamento relicta corruere, nisi à legitimis successoribus fideicommissa repetita sint. *l. eam quam. 14. C. de fideicom.* in iis demum fideicommissis obtinet quæ iniuncta fuerunt heredi instituto: non etiam in iis quæ relicta sint in casum destituti testamenti. Ratio enim huius iuris alia non est, quàm quod ea quæ quis à scripto herede reliquit, credendus sit non aliter fuisse relicturus, quam si ille heres esset, quod non similiter dici potest de iis quæ testator reliquit in eum casum quo heres scriptus heres non esset. Et quemadmodum nihil prohibet ita fieri testamentum, vt tamen hereditas legitimo heredi priore loco deferatur, vt in specie *l. si quis ita. 82. D. de hered. instit.* Ita nec quicquam vetat in ea scriptura quam testator tanquam testamentum valere voluerit, data esse fideicommissa ab heredibus legitimis. Nempe si data

fint in eum caſum quo ex teſtamento heres eſſet. Quid enim refert an teſtator fideicommiſſa relinquens in teſtamento perierit primum è legitimo herede, an verò ea tantùm repetierit? Et tamen ſi teſtamentum ab iis verbis incepiſſet, *volo vt hereditas mea pertineat ad Sempronium*: non eſſet dubitandum poſt Conſtantini legem, quin hereditas iure directo & ex inſtitutione ad Sempronium tanquam vtiliter inſtitutum pertineret. Separanda igitur eſt hac in re inſtitutio à ſubſtitutione, & concludendum nihil immutatum fuiſſe de vetere verborum obſeruatione quod ad ſubſtitutiones ſiue directas, ſiue, vt vocant, fideicommiſſarias, quia nec fuit neceſſe quicquam immutare, cùm voluntas teſtatoris, quæ verbis non directis & imperatiuis, ſed inflexis declarata fuit, extra inſtitutionem poſſit defendi tanquam inflexa, & non minùs ſaluo teſtamento, quam ſalua propria verborum ſignificatione, à qua non video cur liceat vnquam recedere, ſi nulla ſubſit cauſa vel neceſſitas recedéndi, quæ certè tunc tantùm ſubeſt, cùm agitur de inſtitutione defendenda, ſine qua nec teſtamentum ipſum valere poteſt. Sine illa, inquam, inſtitutione, quæ valeat iure directo. Nam ea quæ iure fideicommiſſi defenderetur, etſi non eſſet omnino inutilis, tamen non prodeſſet ad caulam teſtamenti, cuius ſubſtantia directam inſtitutionem omnimodo requirit. Et hoc nimirum eſt quod Conſtantinus dicebat indignum eſſe ob inanem verborum obſeruationem irritas fieri tabulas & iudicia mortuorum, vt ſignificaret, in iis cauſis in quibus periculum non eſt ne ex obſeruatione verborum fiant irritæ tabulæ, ſaluam hodie ſupereſſe verborum differentiam, nec poſſe directo iure valere illam voluntatem, quæ verbis inflexis non directis fuerit declarata. Verùm de his plura fortaſſe dicemus, cùm tractabimus de compendioſa & de fideicommiſſaria ſubſtitutione. Ibi enim occurrit paſſim, quod de verbis iſtis diſputari oporteat, directáne ſint an communia, & quis eorum ſit vſus, quem tamen tractatum in tertiam fortaſſe Chiliadis huius partem conferemus.

14 *Verborum proprietas in poſteriorum Imperatorum conſtitutionibus exactè non requirenda.*

REdimus ad tractatum de vulgari ſubſtitutione vt quæſtiones præcipuas quæ ad eum pertinent abſoluamus, priuſquàm ad alias ſubſtitutionum ſpecies tranſeamus. Hæc autem inter cæteras non ignobilis quæſtio † eſt, de tranſmiſſario, id eſt, in quem ſiue hereditas, 1
ſiue ius deliberandi, ab herede inſtituto tranſmittitur. An vulgari ſubſtituto præferatur. Diſtinguunt noſtri
tres † ſpecies tranſmiſſionis. Primam, quæ ex ſui here- 2
dis, & vt loquuntur, ex ſuitaris iure proficiſcatur. Secundam, quæ ex Theodoſij conſtitutione, in *l.vnic.C. de his qui ant.aperi.tabul.* cùm agitur de aſcendentis hereditate tranſmittenda à deſcendente in alium deſcendentem. Tertiam, quæ à Iuſtiniano inducta eſt in *l.cùm antiquoribus.*10.*C.de iur.deliber.* de tranſmittendo iure deliberandi ſi heres neque adita neque repudiata hereditate intra annum, quem habebat ad deliberandum, deceſſerit. In prima † tranſmiſſionis ſpecie volunt tráſ- 3
miſſario præferri ſubſtitutum, quia neque tranſmiſſarium vllum eſſe patiuntur, cùm, inquiunt, ius & exiſtentia ſui heredis per vulgarem ſubſtitutionem extinguatur. In duabus verò poſterioribus, tranſmiſſarium præferunt ſubſtituto. Vt ex communi Doctorum ſententia concludit, *Mich. Craſſ. in lib.ſentent.§.ſubſtituto quæſt.9.num 3.poſt Bart.ad l.1.num.20. de vulg.& pup. ſubſt.& ad l.ſi paterfamilias.*40. *D.de hered.inſtit.* Rationem illam adferunt, quòd in vulgari ſubſtitutione verba illa, *ſi heres non erit*, hunc ſenſum habeant, ſi neque ipſe heres erit, neque alium heredem fecerit, *d.l. paterfamilias & §.vlt.Inſtit.de vulg.ſubſt.* Atqui hic heres inſtitutus moriendo facit alium heredem. Illum ſcilicet in quem tranſmittit aut hereditatem quaſi iam agnitam, aut ſaltem ius deliberandi ad eam adeundam. Excludi ergo ſubſtitutum neceſſe eſt, non quidem præcisè, ſed in id vſque tempus quo heres heredis idémque tranſmiſſarius declaret an heres eſſe velit, nécne. Iniquidem non aliter heres ſit tranſmiſſarius, quàm ſi velit, vt conſtat ex *d.l.vnic.& d.l.cùm antiquioribus.* In eamque rem citat etiam Bartolus quod Paulus ſcribit in *l.ſi quis filiumfamilias.*7.§.1. *D.de acquir.hered.* Si filius priùs quàm ſciret ſe neceſſarium patri heredem extitiſſe deceſſerit, relicto filio neceſſario, permittendum eſſe nepoti abſtinere ſe aui hereditate, quia & patri eius permitteretur. Etſi enim hac in clauſula nihil eſt ex quo poſſit colligi caſum illum à Paulo tractari quo adſit vulgaris ſubſtitutus, id tamen colligit Bartolus ex coniunctione huius §. *cum princ. eiuſdem legis*, vbi proponit Paulus filiumfamilias heredem inſtitutum, & ita in teſtamento ſcriptum eſſe *ſi mihi Titius iſte filiusfamilias heres non erit, Sempronius heres eſto*, neque dubitat quin filiofamilias adeunte iuſſu patris, excludatur ſubſtitutus. Quaſi vtriuſque loci adfinitas facere debeat vt coniungantur, coniunctio autem euincere, vt ſit dicendum in poſteriore ſpecie datum fuiſſe ſubſtitutum, ſicut in priore. At videamus † ne tota iſta inter- 4
pretum iuriſprudentia ſit peruerſa, & ei quæ à prudentibus ipſis tradita fuit, ex diametro cõtraria. Nam quod ad eam tranſmiſſionis † ſpeciem quæ ſit iure ſuitatis de 5
qua in *l.apud hoſtes.*8.*C.de ſuis & legit.* & alibi paſſim, falſum planè eſt quod volunt excludi eam per vulgarem ſubſtitutionem, ſicut & falſum eſt ius ipſum † ſui- 6
taris extingui datione vulgari ſubſtituti. Tantùm enim abeſt vt ſuus heres deſinat ſuus heres eſſe: ob id ſolùm quòd habeat vulgarem ſubſtitutum, vt è contrario nec ſi abſtineat à patris hereditate: adhuc tamen poſſit admitti ſubſtitutus ad hereditatem: quippe quæ amplius hereditas non eſt cùm habeat iam heredem *l.cùm quæſi* 30.§ *ſed etſi ſuus.D.de fideic. libert.* ſed tantùm ad bona eſt admittendus per bonorum poſſeſſionem ſecundum

---

ERROR IV.

De tranſmiſſario hereditatis Theodoſiano an vulgari ſubſtituto præferatur.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio, an tranſmiſſarius vulgari ſubſtituto præferatur.*
2 *Tranſmiſſionis ſpecies ex ſententia interpretum.*
3 *Reſponſio interpretum ad quæſtionem propoſitam, & reſponſionis fulcra.*
4 *Auctoris in oppoſitum diſputatio.*
5 *Tranſmiſſio qua fit iure ſuitatis per vulgarem ſubſtitutionem non excluditur, & n.7.*
6 *Ius ſuitatis datione vulgaris ſubſtituti non extinguitur.*
8 *Theodoſianus tranſmiſſarius ſubſtituto præferendus eſt, Iuſtinianeus verò poſtponendus.*
9 *Tranſmiſſarius Theodoſianus tranſmittit hereditatem in deſcendentes tanquam acquiſitam, non tanquam acquirendam, & n.12.*
10 *Si tranſmittatur hereditas tanquam acquiſita, non ſequi eam tranſmitti in heredes etiam extraneos.*
11 *Cur Theodoſius in deſcendentium arbitrio reliquerit an eiuſmodi hereditatem agnoſcere vellent, an recuſare.*
13 *Recuſatio & repudiatio hereditatis quomodo differant.*

cundum tabulas petendam apud prætorem, qui hunc ſuum heredem ſe abſtinentem quamuis heres reuera ſit, non tamen habet heredis loco *l. ex contract. 44. D. de re iudic. l. ſi filius 12. D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* De quo quia tam in præcedentibus multa ſcripſimus, plura hic non addemus. Pendet enim hic error non ex illo tantum, quo volunt interpretes, per dationem vulgaris ſubſtituti tolli exiſtentiam ſui heredis, ſed etiam ex alio, quem nos ſuo quoque loco refutauimus, qui habet, Poſt inductum à prætore beneficium abſtentionis, non aliter heredem eſſe illum quàm ſi ſe immiſcuerit, ſuamque voluntatem declarauerit, quòd nolit ſe abſtinere. Cùm igitur veriſſimum ſit, quod illi falſum putant, neque propter beneficium abſtentionis, neque propter vulgarem ſubſtitutionem extingui ius ſui heredis; mirum non eſt, illud è contrario falſiſſimum eſſe, quod iidem iſti pro vero habent, ſui heredi
7 † tranſmiſſarium, ſiue ex deſcendentibus ille ſit, ſiue extraneus heres per vulgarem ſubſtitutum excludi. Nam ſi heres eſt ipſo iure, quomodo fieri poteſt, vt non tranſmittat hereditatem ad heredes quoſcunque, quantumlibet extraneos, per quamcunque aliam hereditatem iam acquiſitam? Aut vt non excludatur vulgaris ſubſtitutus, qui non fuit ſubſtitutus niſi ſub illa conditione, *ſi filius heres non eſſet*? Et verò ſi ex mera iuris ratione deficit huiuſmodi conditio tum quoque cùm ſuus heres ſe abſtinet, quia nihilominus reuera heres eſt, quanto magis defeciſſe dicenda eſt, cùm ſuus heres neque abſtinuit ſe neque immiſcuit, ſed non declarata voluntate deceſſit? Nihil enim eſt hoc caſu quod facere poſſit vt conditio, quæ reuera defecit, haberi tamen debeat pro impleta, id eſt, vt hic ſuus heres, qui reuera heres fuit, heres nunquam fuiſſe intelligitur. Quod verò ad poſteriores duas tranſmiſſio-
8 nis † ſpecies pertinet, ſiue de aſcendentis hereditate à deſcendente in deſcendentem tranſmittenda, ſiue de iure deliberandi agatur. Dico contra quam interpretes velint diſtinguendos eſſe hos caſus, neque idem iuris, vt ab illis ſit, in vtraque ſpecie conſtituendum eſſe, vt omnimodo ſubſtitutus excludatur, ſed ſeparandum tranſmiſſarium Theodoſianum à Iuſtinianeo, Theodoſianum ſubſtituto præferendum, Iuſtinianeum verò poſtponendum. De Theodoſiano quia in eo mihi conuenit cum interpretibus expedita res eſt. Fecit enim Theodoſ. in *d. l. vnic. C. de his qui ant. apert. tabul.* vt filij ſeu filiæ nepotes, aut neptes, pronepotes aut proneptes à patre vel matre, auo, vel auia, proauo vel proauia, ſcripti heredes, licèt non ſint inuicem ſubſtituti, ſeu cum extraneis ſeu ſoli ſint inſtituti, & ante apertas tabulas defuncti, ſiue ſe nouerint ſcriptos heredes, ſiue ignorauerint, in liberos cuiuſcumque ſint ſexus vel gradus, derelictam ſibi hereditatem aut hereditariam portionem poſſint tranſmittere, ipſorúmque liberi eam quaſi ſibi debitam vindicare. Ex
9 quibus verbis apparet tranſmitti † hoc caſu hereditatem ab aſcendentibus in deſcendentes non tanquam acquirendam, vt vulgo interpretes volunt, ſed tanquam acquiſitam. Non dico tanquam aditam, ſed tanquam acquiſitam: quia eſt quidem hic vnus ex caſibus, in quibus hereditas non adita tranſmittitur, vt ait Iuſtinianus in *l. vn. §. in nouiſſimo. C. de caduc. tollend.* ſed non in quibus hereditas non acquiſita tranſmittatur. Non potuit aditi ab ignorante, ſed potuit tamen acquiri ignoranti poteſtate conſtitutionis: ſic & in *l. ſi infanti. 18. C. de iure delib.* Alioqui non hereditas ipſa, aut portio hereditaria tranſmitteretur, quod ait conſtitutio, ſed ius tantùm deliberandi vel adeundi, vt contingit in ea tranſmiſſione, quæ fit in extraneos, de qua in *d. l. cum antiquioribus.* Cúmque ea proculdubio fuerit mens Theodoſij, vt tranſmiſſarius alij cuicunque heredi futuro etiam ſubſtituto præferatur ratione ſcilicet ac æquitate conſtitutionis locum habente pro deſcendentibus etiam contra ſubſtitutum, hæc tamen interpretatio noſtrorum, quæ vult tranſmitti hereditatem tanquam adeundam, locum aperit ſubſtituto, vt inuito etiam, ſi voles, Theodoſio debeat præferri tranſmiſſario, cùm extitit conditio ſubſtitutionis. Fuit enim longè facilius Theodoſio facere vt aſcendentium hereditates ipſo iure deſcendentibus acquirerentur, protracto ad omnes deſcendentes eo iure quod in ſuis tantùm heredibus olim obtinebat, ad hunc ſolum effectum, vt in deſcendentes alios tranſmitti poſſent, quàm vt non acquiſitæ tranſmitterentur in præiudicium etiam illius qui à teſtatore expreſſim ſubſtitutus eſſet in hunc caſum non acquiſitæ hereditatis. Hoc enim ſenſu tolleret Theodoſius illud ius, quod iam eſſet acquiſitum ſubſtituto, cui tamen nec voluit, nec niſi iniuſtiſſimè potuiſſet aliud ius tollere, quàm acquirendum. Ita verò non aliter facere potuit, quàm inducendo, vt hereditas etiam ignoranti acquireretur, ne vnquam poſſet exiſtere conditio ſubſtitutionis. Minor namque eſt iniuria facere vt ſubſtitutionis conditio exiſtere non poſſit inuito deſcendente, ſi tranſmiſſionis ius volet ſuſcipere, quàm facere vt poſt impletam quoque ſubſtitutionis conditionem nihilominus ſubſtitutus excludatur. Illa ſiquidem iniuria ſolùm afficit ſubſtitutum, non etiam voluntatem teſtatoris, cuius votum vtique fuit vt deſcendentem à ſe inſtitutum haberet heredem: Hoc verò afficere non modò teſtatorem ſubſtitutum, ſed etiam verba teſtamenti, expreſſamque voluntatem teſtatoris. Arquin, dicat aliquis † ſi tranſmitteretur hereditas tan- 10
quam acquiſita, tranſmitti poſſet in heredes quoſcunque, etiam extraneos: quod tamen non ita eſt. Ego verò hanc nego conſecutionem. Nam cùm hæc tranſmiſſio non fiat ex iure communi, ſed ex autoritate conſtitutionis, potuit ei Theodoſius talem formam & naturam dare, qualem voluit: nec quærenda eſt ratio iuris in his, quæ conſtituta ſunt contra regulas iuris. Id enim Theodoſius egit vt tranſmiſſario, non vt tranſmittenti faueret. Nos verò id agere debemus vt conſtitutio, quæ à iure communi abhorret, minùs ſanè quàm fieri poſſit abhorreat ab æquitate. Nec iuſtius eſt † contrarium 11
quod Theodoſius in deſcendentium arbitrio reliquit, an eiuſmodi hereditatem agnoſcere vellent, an recuſare: qui ſenſus eſt illius exceptionis *ſi tamen hereditatem non recuſant*. Id enim ideo factum eſt, fierique debuit, ne alioqui, dum id agebat ille vt deſcendentibus proſpiceret, iis potius noceret, ſi inuitis omnibus illis faceret omnimodo acquiſitam hereditatem, quæ fortaſſe ſuſpecta eſſet, aut euidenter damoſa. Nam & præmortui aſcendentes a quibus fit tranſmiſſio, ſi viuerent, haberent arbitrium vel abſtinendi etiamſi eſſent ſui heredes, vel repudiandi ſi non eſſent ſui. Cur non igitur eodem iure & arbitrio vtantur ij, in quos fit tranſmiſſio? vt argumentatur Paulus in *d. l. ſi quis. 8. §. 1. D. de acquir. hered.* Cæterùm vt intelligamus tranſmitti hoc caſu hereditatem † non quaſi acquirendam, ſed quaſi 12
acquiſitam, obſeruandum eſt ſupradictam exceptionem à Theodoſio ita conceptam eſſe, *Si tamen eam hereditatem non recuſant*: non autem hoc modo, *ſi tamen eam hereditatem adire velint*. Aliud enim eſt hereditatem adire, aliud non recuſare. Aditur hereditas nondum acquiſita, recuſatur ea quæ iam acquiſita ſit: *l. ſi filius. 12. D. de vulg. & pupill.* In hóque differt etiam recuſatio † à 13
repudiatione, quia quod iam acquiſitũ eſt recuſari quidem poteſt, ſed repudiari non poteſt. *l. 1. §. decretalis. D. de ſucceſſ. edict. l. 4. C. de repud. vel abſtinend. hered.* & ob id recuſandi verbo vſus eſt Theodoſius, nõ repudiandi. Quò etiam pertinet verbum, *Vindicare*, poſitum in eadem conſtitutione. Nec enim vindicare quiſquã poteſt, niſi quod iam ſuum ſit & acquiſitum *l. Quintus. 27. §. argento. D. de aur. & arg. legat.* Etſi quod ad hoc, malè me habent verba illa in cõſtitutione adiecta, *quaſi debitam*. Cùm enim id tantùm vindicare poſſimus, quod iam noſtrum

noſtrum eſt,fieri autem nequeat,vt quod iam noſtrum eſt adhuc nobis debeatur,ſiquidem magis noſtrum fieri non poteſt.§.*ſic itaque. Inſt. de act.* certè implicat contradictionem, vt eadem res & vindicetur & debita dicatur,multóque magis,vt quaſi debita vindicetur. Sed
14 non eſt tanta verborum † proprietas tam exactè deſideranda in conſtitutionibus poſteriorum Imperatorum, præſertim Theodoſij & Valentiniani, quorum temporibus iam erat multum de vetere illa prudentum priorúmque Imperatorum eloquentia diminutum.Nec ſanè aliud quidquam voluit iis verbis ſignificare Theodoſius, quàm aſcendentium ſucceſſiones debitas eſſe deſcendentibus ex communi parentum omnium & naturæ ipſius voto: vt ſcriptum eſt,*l.nam etſi* 15 *in princ. D.de inoff.teſt.l.ſcripto.7.§.vlt.D.vnd. lib.* ideóque non debere mirum videri aut inuidioſum quod in deſcendentes faciliùs tranſmittantur. Et proinde iis verbis, *tanquam debitam*, cauſa eſt vt æquitas conſtitutionis nouæ potiùs quàm formalis ratio vindicationis ſignificetur, vt & in *l.liberto.26.D.de bon.libert.* vbi non diſſimili locutione vtitur Africanus. Hoc autem præſuppoſito, vt hereditas in caſu illius conſtitutionis habeatur pro acquiſita, quis iam miretur tranſmiſſarium præferri ſubſtituto? Non enim præfertur quaſi fauorabilior tantùm, ſed ob id potiſſimùm quòd ſubſtitutionis vulgaris conditio defeciſſe intelligatur, quæ illa erat,*ſi heres non eſſet*,is quem conſtitutio facit heredem: Etſi de tota eius conſtitutionis ſententia & poteſtate latius in ſequentibus dicendum nobis erit.

ERROR V.

De tranſmiſſario Iuſtinianeo an ſubſtituto vulgari præferatur.

SVMMARIA.

1 *Diſcrimen inter tranſmiſſarium Theodoſianum & Iuſtinianeum.*
2 *Tranſmiſſarius Iuſtinianeus non præfertur ſubſtituto vulgari.*
3 *Ex Bartoli ſententia ſequi ſubſtitutum vulgarem ſub duplici conditione ſubſtitutum videri.*
4 *Senſus verborum* ſi heres non erit *quibus conditio vulgaris ſubſtitutionis concipi ſolet, ſecundum Bartoli aſſeclas.*
5 *Non facit alium heredem qui pendente tempore ad deliberandum competente moritur.*
6 *Tranſmiſſio in caſu conſtitutionis Iuſtinianeæ non poteſt cenſeri fieri ab herede inſtituto dum eſt in vinis.*

IAm verò vt ad tranſmiſſarium Iuſtinianæum veniamus, dico aliam † eſſe illius quàm Theodoſiani tranſmiſſarij rationem, quia non vt ille hereditatis tranſmiſſarius eſt: ſed tantùm iuris deliberandi, vt apertiſſimè conſtituit Iuſtinianus in *d.l.cùm antiquioribus*, quia non fecit Iuſtinianus vt extraneus, id eſt quiſquis non eſt ex deſcendentibus ſi heres inſtitutus ſit, & ante agnitam vel repudiatam hereditatem deceſſerit, ſiue impetrato iam tempore ad deliberandum, ſiue nondum impetrato, videatur hoc ipſo heres fuiſſe quòd non repudiauerit,tranſmittátque ad heredes hereditatem quaſi iam acquiſitam, ſed tantùm vt illud ipſum ius deliberandi quod habuit tranſmittat ad heredem, & intra illud ipſum tempus cuius ipſe anguſtiis concludebatur, ſi modo hereditatem ſibi delatam fuiſſe ſciuit. Et conſequenter non facit Iuſtiniani conſtitutio, quin verum ſit heredem non fuiſſe illum qui deceſſitante agnitam hereditatem quamuis durante tempore ad deliberandum competente. Quod ſi ita eſt illud quoque fateri oportet, non impedire † hanc Iuſtiniani conſtitutionem, quominùs extiterit conditio vulgaris ſubſtitutionis, quæ portò extitiſſe non poteſt, quin ſubſtitutus vel admittatur, vel iniuriam patiatur. Pro qua ratione illud etiam facit, quo ius ſubſtituti non tantùm causâ, ſed etiam tempore ius tranſmiſſarij anteuertit. Ius enim tranſmiſſarij non incipit niſi à quo tempore heredis hereditas eſt, & heres, id eſt quo defuncto iam ſit is, qui habuit ius adeundi & deliberandi. Nam quandiu is viuit, qui primus heres eſt, tractari de ipſius herede non poteſt, an ſit tranſmiſſarius qui nondum eſt heres heredis, cùm viuentis nulla ſit hereditas,*l* 1. *D. de hered. vel act. vendit. l.*1. *D.pro hered.* At ius ſubſtituti vulgaris incipit ab eo inſtanti quo adhuc viuit is, qui priore loco fuerat inſtitutus. Quia ex quo inſtanti moritur (inſtans autem illud mortis certum eſt adſcribi vitæ, *l.qui duos.*18.§.1.*D de manum. teſtam.l.vlt.D.de cond. inſtit.*) certum eſſe incipit non amplius poſſe ab eo adiri hereditatem, ſi quidem aditio facti eſt, factum autem nullum eſt quod naturaliter ſi non in inſtanti poſſit. Vnde etiam eſt quod non ſolùm hereditas ipſa, quæ non eſt adita non tranſmittitur, ſed neque ius adeundi,tanquam quod defuncto competere deberit in vita ſua, id eſt cùm moreretur. Ideoque ex eo inſtanti ius incipit vulgaris ſubſtituti, adeo vt ei deferatur hereditas, quæ nondum eſt, neque vnquam in futurum poteſt eſſe primo heredi acquiſita. Hactenus ſaltem vt impleatur conditio vulgaris ſubſtitutionis priuſquàm de tranſmiſſarij perſona vel iure, quæſtio vlla occurrere poſſit. Alioqui ſi cum Bartolo † & cæteris tranſmiſſarium præfetas ſubſtituto, fateri 3
te neceſſe erit, ſubſtitutum vulgarem qui poſt Titium fuerat ſecundo gradu inſtitutus ſub vnica illa conditione *ſi Titius heres non eſſet*,videri ſubſtitutum ſub duplici conditione & in hunc veluti modũ *ſi neque Titius neque heres Titij heres mihi erit*,quod tamẽ quàm abſurdum ſit, nemo ignorat, niſi ſi quis neſcit conditiones extrinſecus neque ſupplendas vnquam eſſe, neque multiplicandas, vtpote quæ ſint odiolæ, vel hoc ſolo quod diſpoſitionem cui adhibentur, & deſtruunt ſi exiſtant, & priùs etiam quàm exiſtant, ſuſpendunt. Quod bene præſentiſcens Bartolus & quotquot Bartolum hac in re ſequuntur interpretes, coguntur eò tem deducere vt negent morte inſtituti, qui hereditatem nec adierit, nec repudiauerit conditionem exiſtere vulgaris ſubſtitutionis,quoniam poſſit adhuc deficere, ſcilicet heredis heredem in quem ius deliberandi tranſmiſſum ſit, quandocunque poſtmodum adeunte. Hoc verò probant ratione, ſi diis † placet, pereleganti nec inſubtili. Propterea quòd verba † illa,*ſi heres non erit* per 4
quæ concipi ſolet conditio vulgaris ſubſtitutionis hunc ſenſum habent, ſi neque ipſe heres erit, neque mutata conditione alium heredem fecerit *dict.l.ſi paterfamilias* 40. *D. de hered. inſtit. d.§.vlt.Inſt. de vulg. ſubſtit.*Atqui facit,inquiunt,alium heredem,cum tranſmittit in heredem ius deliberandi, cùm per eam tranſmiſſionem fiat, vt heres ipſius ſit heres teſtatoris. Deficit igitur conditio vulgaris ſubſtitutionis, propter tranſmiſſionem. Hic verò liceat mihi quæſo exclamare. Quis tam fatuam rationem Bartoli fuiſſe crederet ſi non is ipſe dixiſſet. Quaſi verò poſſit † alium facere 5
heredem is, qui iam mortuus, & conſequenter qui nullus eſt. Aliquem certè neceſſe eſt eum eſſe qui alium heredem facere velit, non minus quàm illum qui ipſe fieri heres velit. Vtroque enim caſu factum ipſius requiritur, id eſt, aditio ſine qua extraneus neque heres fieri neque heredem alium facere poteſt. Mortuus autem vt adeat, immò vt heres fiat etiamſi aditio neceſſaria non eſſet, prorſus impoſſibile eſt. Et verò quod ſupradictis locis ita ſcriptum eſt, *neque*

mutata conditione alium heredem fecerit, quomodo ad mortuum accommodari poteſt? An fortè aliqua mortui conditio eſſe poteſt vt alia eſſe poſſit. At rurſus hic idem noſter Bartolus ſeipſo ſubtilior factus, ſuauiter & facetè replicat eum qui moritur mutare conditionem, quod ſanè ridiculum eſt. Mutare namque conditionem is demum dici poteſt qui aliquando aliquam habuit, nunc aliam habet, quod non conuenit ei qui per mortem nullus eſſe cœpit. Quanquam nec ſufficit mutatam eſſe conditionem, ſed illud etiam requiritur, vt mutata conditione alium faciat heredem. Ergo vt aliquis ſit. Nec igitur fieri illud poteſt vt poſt mortem ſuam faciat heredem tranſmiſſarium. Præſertim cùm nec alio iure tranſmiſſarius poſſit heres eſſe primi teſtatoris quàm quia ſecundi heres eſt: Siquidem ius hoc tranſmiſſionis ab herede non in alium tranſmitti Iuſtinianus voluit quàm in heredem heredis, & quidem quatenus heredem, non quatenus Titium aut Sempronium. Iam autem diximus viuentis neque hereditatem neque heredem eſſe poſſe: Quod idcirco ſpecialiter notare volumus, ne quis fortè ſubtilius agendo putet ſe argumenti noſtri vim effugere poſſe
6 ſi dicat tranſmiſſionem † fieri à viuente, ac proinde antequàm nullus omnino ſit à quo ea ſit. Nam cùm in omni motu etiam ſecundum philoſophos præcipuè conſiderandus ſit terminus ad quem, & tranſmiſſio hæc fiat in heredis inſtituti heredem, qui niſi poſt mortem inſtituti nemo eſſe poteſt, omnino conſequens eſt, vt tranſmiſſio fiat poſt mortem inſtituti, nec proinde ab ipſo inſtituto qui iam nullus ſit, ſed à Iuſtiniano, & ſola Imperatoriæ conſtitutionis poteſtate, aliena proculdubio non tantùm à iure vetere, ſed quod etiam neceſſarium eſt, à iuris ratione. Ita enim fecit Iuſtinianus vt plus iuris habeat heres heredis hoc ipſo quod tranſmiſſarius eſt, quàm habuerit ille cuius heres eſt, in mortis ſuæ inſtanti. Ius namque deliberandi de adeunda hereditate tamdiu durat, quamdiu is qui deliberat in eo eſt, vt adire poſſit: Alioqui an non fruſtratoria & ridicula eſſet illius deliberatio qui heres eſſe nunquam poſſet? Atqui certum eſt eum qui dum viueret deliberabat an heres eſſe vellet nécne, ſtatim atque incepit mori, deſiiſſe hereditatem adire vnquam poſſe, cùm aditio ſit facti, vt diximus, & quidem talis facti quod in mortis inſtanti fieri nequit, quoniam per eum ipſum qui moritur fieri deberet, non per alium, *d. leg. vltim. D. de condic. inſtit.* Ergo quemadmodum ius adeundi perit in illo inſtanti mortis ideóque non tranſit ad heredem, ne aliter poſtro iure dicendum eſſet plus iuris in heredem tranſmitti, quàm ipſe defunctus tempore mortis ſuæ habuiſſet. Ita & in neceſſarium antecedens ius quoque ipſum deliberandi in eodem inſtanti mortis perire neceſſe eſt, in eoque plus iuris habere heredem heredis, quàm heres ipſe moriens habuerit. Quæ res manifeſtè violat regulam iuris, quæ non patitur, vt quis in alium transferat id quod ipſe non habeat, aut vt in cuiuſquam heredem tranſeant iura, quæ defunctus deſierat habere cùm moreretur. Nec enim hereditas ſucceſſio eſt in vniuerſa iura, quæ ante mortem ſuam habuit defunctus, ſed in ea tantùm, quæ habuit mortis tempore, Quomodo etiam bonorum poſſeſſionem hereditatis exemplo definit Vlp. in *leg. 3. §. bonorum D. de bonor. poſſ.*

* * *

ERROR VI.

De differentia iuris abſtinendi & iurè deliberandi Ad l. cum antiquioribus. 19. C. de iur. delib.

SVMMARIA.

1 *Occaſionem vnde ſumpſerit Iuſtinianus noui iurè conſtituendi in l. antiquioribus. 19. C. de iur. delib.*
2 *Lapſus Triboniani in ſententia Pauli ICti percipienda.*
3 *Diuerſitas inter caſum quem tractat Paulus in leg. ſi quis filiumfam. 7. §. 1. D. de acquir. hered. & eum, de quo ſcribit Iuſtinianus in dict. l. antiquioribus.*
4 *Ius deliberandi pertinet tantum ad heredes extraneos: ſicut beneficium abſtentionis ad ſuos: ſeparationis ad neceſſarios.*
5 *Exceptio.*
6 *Ex eo quod nepoti ſaluum ius abſtinendi conſeruatur, non ſequi ius deliberandi heredi heredis conſeruari debuiſſe.*
7 *Iuris deliberandi & abſtinendi diſcrimina.*
8 *Nepos in d. l. 7. vnde habeat ius abſtinendi.*
9 *Ratio Pauli malè intellecta à Iuſtiniano quénam pertineat.*

ATque huius quidem tam noui † iuris ita 1
conſtituêdi occaſionem Iuſtinianus captat, vt apertè ipſe profitetur, *in dict. leg. cùm antiquioribus*, ex eo quod Iulius Paulus iam olim reſponderat circa ſuos heredes (quos idem ille peſſimè vocat filiosfamilias, quaſi nomen illud retinere poſſint etiam mortuo patre) vt deliberantes poſſent hereditatem paternam in poſteritatem ſuam tranſmittere, ſed in eo tamen labitur, † vt alias paſſim ſo- 2
let Tribonianus manifeſtiſſima iuris veteris ignoratione. Paulus enim cuius illa ipſa ni fallor ſententia extat in *d. l ſi quis filiumfamilias. 7. §. 1. de acquir. hered.* tractauerat de tranſmittenda per ſuos heredes paterna hereditate, quæ cùm ſit ipſo iure acquiſita ſuo heredi, non poteſt fieri vt ab ipſius ſiue patrimonio ſiue hereditate vnquam ſeparetur, nec ſi millies ipſe viuus abſtinuerit. Neque rurſus de iure deliberandi an eſſet adeunda hereditas nécne (quodnam enim ius deliberandi eſſe poteſt in perſona illius, qui non ſolùm ſuus heres ſit ſed etiam neceſſarius, & cui patris hereditas vel inuito iam ſit acquiſita?) ſed hoc tantùm ſupradicto loco ſcripſerat quod iam in præcedentibus diximus, ſi filius priùs quàm ſciret ſe neceſſarium patri heredem extitiſſe deceſſerit, relicto filio perinde herede neceſſario, permittendum eſſe nepoti abſtinere ſe ab aui hereditate, quia & patri eius permitteretur. Quibus verbis nihil aliud innuit niſi, † quòd abſten- 3
tionis beneficium in aui hereditate non eſt nepoti denegandum, quod filius ipſe & habuit dum vixit, & haberet hodie ſi viueret. Quid verò commune habet cum hoc caſu tranſmiſſio iuris deliberandi de adeunda extranei hereditate extraneo in extraneum? Apud Paulum non dubitabatur, quin tranſmiſſa eſſet hereditas à ſuo & neceſſario herede, in ſuum & neceſſarium heredem, nec tantùm ab ignorante in ignorantem, ſed etiã quod magis eſt ab inuito in inuitum. Ita vt neque poſſet dubitari de iure deliberandi circa hereditatem adeundam, Sed de illo tantùm, An permittendum eſſet nepoti abſtinere ſe ab aui hereditate, à qua &

pater eius, si viuetet, abstinere posset. At Iustinianus eum casum tractat, quo hereditas extranei non sit adita, & proinde quo sit acquirenda per heredem heredis, & quo adhuc deliberari possit an sit adeunda, necne. In casu Pauli non euenit illud absurdum vt plus iuris habeat nepos quàm filius. Habet enim tantundem, cùm habeat nepos & eandem hereditatem acquisitam, & idem ius se abstinendi, quod filius habuit. Sed apud Iustinianum euenit hoc absurdum vt diximus quod plus iuris habet heredis heres, quàm heres ipse institutus, cùm habet saluum ius deliberandi quod heres institutus antequam mortuus fuisset ac moriendo amiserat. Dicat aliquis, Esse quidem hanc differentiam inter suum heredem & extraneum, quod suus heres repudiare non potest, sed abstinere tantùm, Extraneus verò non abstinere dicitur sed repudiare. Verùm esse vtrique commune ius deliberandi, quod quemadmodum extraneus deliberare potest & debet, an sibi delatam hereditatem aditurus sit an repudiaturus: ita & suus heres an immiscere se debeat, an abstinere, propterea quòd effectu tantùm consequitur se immiscendo quantum extraneus adeundo, vt scilicet abstinere amplius non possit *leg. necessarius.57.leg. cum bonis.87.de acquir.hered.* & contrà tantum consequitur se abstinendo quantum extraneus repudiando, vt non habeatur pro herede, *dict. leg. necessarius, leg si filius. 12.D.de interrog.in iur.fac.* Et hoc tanè est quod Iustinianum † fefellit, vt in ea quoque specie quam Paulus tractauit, loquatur de iure deliberandi, de quo tamen Paulus non fuerat locutus: Quasi deliberare dicendus sit suus heres quandiu liberum habet arbitrium aut se immiscendi aut se abstinendi: At non ita est. Ius enim deliberandi necessarium antecedens est aditionis, & repudiationis, non autem immixtionis aut abstentionis: ob idque inauditum est apud Iureconsultos vt de iure deliberandi agatur, cùm de suo herede disputatur, sed tunc tantùm cùm de extraneis heredibus, quorum proprium est hoc beneficium deliberationis, sicuti suorum heredum est beneficium abstentionis, necessariorum verò beneficium separationis *leg. 1.§.vlt. D.de separat.leg.1.& tot.tit.D.de iur.deliber.* Excipio † 5 speciem quam Caius tractat in *leg. si quis suus.8.ill. tit.* cùm suus heres se abstinuit, & postea tempus perit ad deliberandum. Tunc enim est ei indulgendum perinde ac si esset extraneus, quia post abstentionem habetur pro extraneo, & pro non herede, vt diximus, quod ad prætorem, ex cuius tamen iurisdictione ius deliberandi est. Sed citra abstentionem non audiret eum prætor, si peteret ius deliberandi, cùm suo iure nec adito prætore possit abstinere quandiu se non immiscuit *l. ei qui. 12.D.de acquir.hered.* & contrà se immiscere, quandiu se non abstinuit, immo etiam postquàm se abstinuit dummodo bona nondum sint vendita vt alibi scripsimus, ex *l.vlt.C.eod.* At rursus instabit fortè quispiam, Perinde hoc casu euenire absurdum illud quod nos Iustiniano obiicimus, vt plus iuris habeat heres quàm defunctus cùm abstentio sit facti non minùs quàm aditio, nec magis fieri possit vt quis abstineat se in instanti mortis, quàm vt adeat, siquidem abstentio sit actus solennis, qui etiam verba & factum aliquod nedum voluntatem solam desiderat. Cur ergo nepoti permittemus vt se abstineat? Aut si saluum ei conseruamus abstinendi ius, quod pater ipsius moriendo amiserat, quis miretur Iustinianum conseruare heredis ius deliberandi etiam quod primus heres institutus per mortem suam amiserit? Verùm respondeo † 6 esse ista longè dissimilia, quia cùm extraneus moriendo amisit non modo ius adeundi, sed etiam deliberandi, sequitur vt verum sit dicere illum neque heredem vnquam fuisse neque esse amplius posse: quæ res facit vt plus daturi simus heredi eius quàm ipse moriens habuerit, si permittamus heredi vt saluum habeat ius deliberandi, & quod est consequens etiam adeundi hereditatem. Cùm verò suus heres mortuus est ante abstentionem aut immixtionem, è contrario sequitur vt verum sit dicere, non solùm heredem illum fuisse, sed etiam pro non herede habitum eum nunquam fuisse, neque haberi amplius posse. Facit ergo ea res vt tanto magis dicendum sit neporem qui etiam patri suo necessarius heres sit, necessarium esse auo. Tantum abest vt ei plus daturi simus quàm pater habuerit si demus ei ius deliberandi. An non enim minus est habere ius deliberandi de acquirenda hereditate, quàm habere iam acquisitam. Quòd si replices, Immo plus esse quòd possit suus heres abstinere, quàm quod non possit, Dicam, posse tentari subtiliter, neque ius illud quod filius habuit vt se abstinere posset morte ipsius intercidisse, in eóque potissimam elucere † differentiam in- 7
ter ius deliberationis & abstentionis. Quia licet abstentio sit facti, facultas tamen abstinendi est meri iuris præcisi, cuius, vt ita dicam, duratio non æstimatur ex alio iure quod morte intercidat, quomodo ius deliberandi pendet omnino ex iure adeundi vel repudiandi, sed in contrarium per se subsistit, quia non ordinatur ad nouum aliquod factum quod per mortem se non abstinentis debuit impleri posse, aut propter quod videri debeat constitere in faciendo, sed pendet ex non facto, id est, ex non immixtione, quia sufficit, vt se non immiscuerit filius ad hoc vt retineat abstinendi facultatem. Atqui ex eo solo quod decesserit ante abstentionem non potest immixtio aliqua inferri, cùm inter abstentionem & immixtionem detur medium, quod neque abstentio sit neque immixtio. Non potest igitur ob id solum quod ante abstentionem mortuus sit, amisisse facultatem se abstinendi, cùm non ideo possit dici se immiscuisse quod se non abstinuerit, at neque eo magis minúsve heres esse, cùm neque abstentio neque immixtio facere potuerit vt eo magis minúsve heres esset. Is quidem qui moritur desinit posse de facto se abstinere, sed non ideo amittit ius se abstinendi, quia nihil facit aut facere posse desinit, propter quod debeat amittere, cùm potiùs id fecerit aut facere posse desierit propter quod credendus sit abstinendi beneficium nunquam attigisse, quia nunquam se immiscuit, & desinit se immiscere vnquam posse. Idémque proculdubio de iure deliberandi in extraneo herede tractari posset si ius deliberandi per se staret nec esset ordinatum ad aditionem vel repudiationem hereditatis, quod vtrumque facti est & quidem noui & talis facti quod per mortem deliberantis desinit sequi vnquam posse. Nam qui deliberando moritur, nihil quidem facit propter quod amittere debeat ius deliberandi, cùm è contrario ex tunc incipiat verum esse nunquam illum aut adisse aut repudiasse quandiu vixit, quæ res aptior est ad ius hoc deliberandi conseruandum quàm perimendum, sed tamen desinit posse facere id cuius gratia deliberandi ius comparatum est, quia desinit posse adire vel repudiare hereditatem, quorum neutrum qui facere potest cum necesse est frustra quoque ius deliberandi retinere. Denique ius deliberandi pendet ex facto futuro quod per mortem intercidit. Ius abstinendi contrà, non solum non pendet neque in substantia sua neque in ordine, ex facto aliquo, sed etiam pendet ex non facto quod per mortem impletur potiùs quàm destruitur, quia pendet vt diximus ex non immixtione. Et quamuis verum sit non posse amplius se immiscere filium qui moritur ante immixtionem, cùm tamen perinde sit heres citra immixtionem atque si se immiscuisset, non ex eo solo debet amittere ius abstinendi, quo scilicet perinde indiget ob hoc ipsum quod alioqui non solùm heres est, sed etiam habetur pro herede quandiu se non abstinuit.

Est

Est enim comparatum ius abstentionis propter hereditatis acquisitionem iam factam, quæ cùm facta sit non potest morte filij intercidere, neque aliquam immixtionem requirere. Ius verò deliberandi comparatum est propter acquisitionem hereditatis futuram; quæ tamen moriente eo, qui deliberabat desinit sequi vnquam posse. Ideo mirum non est ius deliberandi morte intercidere tanquam ex eo tempore inutile & nullius vnquam effectus futurum. Ius verò abstinendi non æquè, tanquam cuius retinendi causa & necessitas semper, durante nimirum ea hereditatis acquisitione quæ iam ipso iure facta est. Quanquam si verum amamus hæc differentia magis subtilis est quàm vera: Cùm negari non possit, quin ius abstinendi ordinatum sit ad abstentionem quæ facti est non minus quàm ius deliberandi ad aditionem. Frustra itaque prætor conseruaret ius abstinendi in persona illius qui abstinere amplius nunquam potest. Ergo non sic accipiendus est
8 Paulus † quasi existimauerit ius abstinendi quod suus heres viuus habuisset, quamuis moriens amisisset, in ipsius tamen heredem transmitti posse. Nam si filius hic qui prius decesserat quàm se necessarium patri suo heredem extitisse cognouisset, extraneum aliquem, id est, non etiam suum & necessarium heredem reliquisset, is extraneus heres haud dubiè abstinendi beneficium non haberet, nec si moriens suus heres id habuisset quia imputari ei posset cur vltro filij hereditatem agnouisset quæ cum patris hereditate iuncta esse cœpisset: quasi hoc ipso vtriusque hereditatis oneribus vltro se obligasset vt in *l. paterfamilias* 28. *De reb. aut. iud. poss. leg. sed si plures* 10. *§. filio. D. de vulg. & pupill. substit.* Sed est priuilegium hoc nepotis vt possit abstinere se ab aui hereditate, quia non minùs patri suo quàm auo necessarius heres est non voluntarius & ex electione. Ergo ex sua non ex patris sui persona. Et quamuis videatur ei posse imputari, cur patris hereditatem cum aui hereditate iunctam retinere velit, à qua posset etiam abstinere si vellet, pro eo tamen succurrit illa ratio quam adfert Papin. in *l. si filius. 2. D de vulg. & pup. substit.* quod ius dicenti propositum esse debeat liberos ab oneribus hereditariis non sponte susceptis liberare, non inuitos ab hereditate remouere, vt intelligamus esse facilius vt paternam hereditatem cum auita iam ipso iure coniunctam impunè retineat nepos, id est, ita vt non ob id velut pœnæ nomine ab aui hereditate abstinere prohibeatur, quàm vt extraneus, ex duabus hereditatibus coniunctis alterutram dumtaxat sibi possit acquirere, quoniam ita fieret vt separaret hereditates, quod impossibile est, & quas nec abstentio separat, sed causam tantùm, & onus bonorum. Et ob id Paulus in *d. l. si quis. §. 1.* postquam de necessario herede locutus est, dedit que ei potestatem abstinendi se ab aui hereditate retinendo paternam, posteà subjungit veluti regulam iuris quæ in omnibus cæteris casibus locum habeat, In omni successione, hoc est, siue testamentaria, siue legitima quæ extraneo deferatur. Eum qui heres illi extiterit, qui in Titio heres fuit, Titio quoque heredem esse videri, nec posse Titij omittere hereditatem. Quod pluribus à nobis explicatum est *Decade* 31. *in Err.* 9. Ex quo apparet rationem
9 illam Pauli, † *quia & patri eius permitteretur*, quæ Iustiniano errandi, támque absurdi iuris constituendi occasionem præbuit in necessario quidem herede veram & bonam esse, sed non æquè ad eum casum accommodari posse quo extraneus heres sit illius qui se poterat abstinere. Quamquam enim verum esset quod proximè disputauimus, & tandem negauimus, ius illud abstinendi morte non intercidisse, quomodo verum est heredem succedere in iura omnia quæ defunctus habuerit tempore mortis, nihil tamen ex eo inferri potest fauore extranei heredis cuius non sit eadem ratio quæ fuit defuncti, hoc est, cui possit imputari cur hereditatem filij cum patris hereditate iunctam agnouerit, quod imputari non posset nepoti, qui heres ipso iure inuenitur antequàm voluerit heres esse. Itaque in nepote quidem vt habeat beneficium abstinendi ab aui hereditate sufficit ratio illa, quod pater ipsius moriens idem ius habuit, sed non sufficeret in extraneo herede. Quod si extraneus heres non succedit in ius abstinendi quod defuncto competiit, nec succederet etiamsi in ipso mortis instanti adhuc competisset, quamuis in eo etiam ipsius filij aliquod incommodum versari videatur, cùm eo futurum sit vt metu onerum patris timidiùs quis hereditatem filij adiuturus sit, quanto absurdius est quod captata occasione ex illo Pauli responso Iustinianus constituit vt heres quantumlibet extraneus succedat in ius deliberandi quod defunctus habuerit quidem ante mortem suam, sed desierit ius habere viuus & in momento mortis suæ? Nam & multo fauorabilius est ius abstinendi per quod fiat ne quis cogatur se immiscere bonis tametsi re vera suis, quàm ius deliberandi per quod fiat vt hereditatis acquirendæ ius nanciscatur ille, qui nunquam aut heres institutus, aut proximus agnatus fuit, sed tantùm vel heredis instituti vel agnati proximi heres. Iuris enim ratio ex diametro repugnat ne possit quis hereditatem sibi nunquam delatam acquirere. At non repugnat ne possit ab hereditate sibi acquisita abstinere, quia nec abstentio facit vt acquisita hereditas desinat esse acquisita, sed tantùm vt quod ad onera & commoda hereditaria pro non acquisita habeatur apud prætorem.

ERROR VII.

De sententia §. cùm autem. leg. vnic. C. de cadue. tollend. & leg. si quis filiumfamilias. 7. in princ. D. de acquir. hered. & l. 3. C. de iur. delib.

SVMMARIA.

1 *Textus quo Bartoli assecla probari putant transmissarium præferri substituto vulgari.*
2 *Ratio quâ idem constabilire nititur And. Fachineus.*
3 *Quis sit casus vulgaris substitutionis aduersus Fachineum.*
4 *Vera sententia l. vnica. C. de caduc. tollend.*
5 *Ripa ratiocinatio deducta ex d. l. vnica refellitur.*
6 *Ius transmissionis cur inductum.*
7 *Substitutus vocatur per ordinariam prouisionem, transmissarius verò per subsidiariam.*
8 *L. si quis filiumfamilias. 7. D. de acquir. vel amitt. hered. nullatenus probare transmissarium vulgari substituto præferri.*
9 *Sed ex ea potius educi argumentum pro substituto contra transmissarium.*
10 *Heres instituens transmittendo ius deliberandi, alium heredem non facit, contra interpretes.*
11 *Heres per alium factus quis dicatur.*
12 *Conditio ad actum necessaria non potest per æquipollens adimpleri contra pragmaticos.*
13 *Refellitur collectio interpretum ducta ex eo quod putant conditionem ad actum necessariam posse per æquipollens adimpleri.*
14 *Quarta obiectio interpretum diluitur, & docetur ex eo quod ius adcrescendi non impedit transmissionem, non sequi, quod substitutio eam non impediat.*
15 *De qua transmissione agatur in leg. 3. C. de iur. delib.*

16 *Iustinia-*

16 *Iustinianus non hoc sibi proposuit in l. vnique. C. de cad. toll. vt laederet ius substituti vulgaris, sed vt faueret heredi heredis nullo existente substituto vulgari.*

GLoriatur Bartolus ad *leg sed etsi pro dote.* 10.§.*vlt.de legat.præst.* inuentum à se primùm hoc dubium. An substituto vulgari præferendus sit transmissarius an postponendus. Sed gloriantur recentiores qui eandem Bartoli sententiam pro transmissario sequuntur, quod Bartolo fuerint subtiliores, qui textum Iustiniani pro hac Bartoli sententia omnino, vt quidam putant, facientem obseruauerint quem ille prætermiserat. Is † est in *l.vnic.§.cùm autem.C.de cad.toll.* cuius hæc sunt verba, *Cùm autem in superiore legis parte, non aditam hereditatem minimè nisi quibusdam personis, ad heredes defuncti transmitti disposuimus, necesse est si quis solidam hereditatem non adierit, hanc si quidem habeat substitutum ad eum, si voluerit & potuerit peruenire, quod si hoc non sit vel ab intestato successores eam suscipiant, vel si nulli sunt vel accipere nolunt, vel aliquo modo non capiunt, tunc ad nostrum erarium deuoluatur.* Ea namque Iustiniani sententia esse creditur, Hereditatem non aditam non transmitti exceptis liberorum personis & salua transmissione iuris deliberandi ex *leg. cum antiquioribus. 19. C de iur. delib.* His cessantibus hereditatem non aditam ad substitutos deuolui, & iis nolentibus, vel non valentibus, ad heredes ab intestato pertinere, & iis non adeuntibus ad fiscum. Igitur, substitutus, inquiunt, non admittitur nisi cùm prorsus cessat ius transmissionis, atque adeo ipsum transmissionis ius substitutioni præfertur. Verba sunt Andreæ Fachinei diligentissimi hac nostra ætate scriptoris *lib.4. cap.62.controuers. iur.* vbi non solùm errorem communem sequitur, sed etiam confirmare nititur, hac ra-
2 tione, † quòd substitutus vulgaris à testatore vocetur in eum casum quo institutus vel nolit vel non possit heres esse. Atqui cùm is decedit intra annum qui ad deliberandum datur non potest verè dici illum non potuisse vel noluisse heredem esse, quia nec repudiauit hereditatem, & heres esse poterat, sed casus euenit non expressus à testatore quoniam nec adiuit nec repudiauit heres. Ergo, inquit, substitutioni locus esse non
3 potest. Verùm hæc ratio apertè falsa est. Casus † enim vulgaris substitutionis non ille est si institutus repudiauerit aut si heres nullo tempore esse poterit, sed hic vnus quamuis generalior & alios specialiores sub se continens, *si heres non erit*, quem casum negari non potest existere viuo etiam instituto qui moritur ante aditam aut repudiatam hereditatem, licèt non repudiauerit, & aliquando heres esse potuerit, quia non eo minùs verum est illum heredem non fuisse, neque esse amplius posse. Non est igitur casus hic nouus, sed ille ipse qui fuit expressus à testatore, quique cùm viuo adhuc herede euenerit, (quoniam vt in præcedentibus disputauimus certum est hereditatem in vltimo illo mortis instanti adire non posse,) fatendum est tempore anteriorem esse causam vulgaris substituti quàm transmissarij, ob idque transmissario præferri eum de-
4 bere. Neque verò contrà Iustiniano † visum fuisse credendum est. Supradicto enim loco nihil minùs agit Iustinianus, quàm vt constituat vter sit præferendus an transmissarius an substitutus, sed in illo tantùm est vt ostendat quid fieri oporteat de ea hereditate ante cuius additionem institurus decesserit. Videbatur enim caduca omnia vsque adeò sustulisse vt nullo penitus casu locus hodie fisco relictus esset. Quod tamen non ita est. Si enim hereditas adita non sit ab intestato sicuti substituto si quis sit, primùm defertur, si verò substitutus nullus sit, aut hereditatem adire non vult, ea ad legitimos successores pertinet. Ita si neque substitutus neque legitimus heres quisquam esse aut possit aut velit, necesse est vt ad fiscum & ærarium deuoluatur aut iure caducitatis, si ius illud inspiciamus quod Codicis vtriusque temporibus obtinebat, aut etiam ex testamento si Nouellam Iustiniani constitutionem 1. *de hered. & Falcid.* quæ hîc ius dedit post omnes testamentarios & legitimos vt hereditatem possit adire quanquam nec ex testamento, nec ab intestato: quod olim certè nunquam fuit. Quid verò si neque substitutus, neque legitimus successor vllus, sed tamen adsit aliquis transmissarius, siue Theodosianus, siue Iustinianeus? Nullam hic casus habet dubitationem, quin neque fisco locus esse possit, cùm non possint dici vacantia bona quæ per occasionem transmissionis hereditatis, habere possunt heredem. Quid enim refert an hereditas adita sit ab herede instituto, an verò ab ipsius herede adiri possit ex potestate transmissionis? Quare nec erat cur hunc casum Iustinianus exprimeret, præsertim cùm ad quæstionem illam vter præferri deberet, an transmissarius an instituus, non simpliciter responderi potuisset, ac distingui oportuisset inter transmissarium Theodosianum, & Iustinianeum, vt Theodosianus quidem præferretur, Iustinianeus verò postponeretur. Nec minùs tamen erat necesse vt exceptio illa subiiceretur, *nisi quibusdam personis*, ne secum pugnare Iustinianus videretur si generaliter & indistinctè scriberet hereditatem non aditam non transmitti, cùm antè, id est, in §. *in nouissimo*, excepisset personas liberorum & eorum in quos voluit ipse transmitti posse ius deliberandi. Cæterùm, cùm verba illa, *nisi quibusdam personis*, non nisi velut per parenthesim interiecta sint, non est quod ex iis argumentum sumatur, quasi sint cum aliis quæ in eodem §. scripta sunt, coniuncta. Vnde neque probare † illud possum, quod in 5
contrariam sententiam Ripa disputat ad *l.1. num.138. de vulg. & pupill. substit.* ex illo ipso loco potius probari testamentum fieri caducum (sic enim ille loquitur pro eo quod voluit, & debuit dicere, *caduca bona*, nam ne quidem hereditas quatenus hereditas caduca proprie dici potest) vbi non habet locum transmissio, & sic cadere ad venientes ab intestato vel ad fiscum, nisi institutus adiuerit solidam hereditatem, vel nisi adsit substitutus qui velit & possit adire. Ex quo infert ille. Ergo à contrario vbi haberet locum transmissio, testamentum non redderetur caducum, etiamsi institutus vel substitutus non adirent. Hoc autem, inquiunt, esse non potest nisi vltimo loco vocentur ij ad quos fit transmissio. Et consequenter bene sequitur quod post substitutum veniunt alij iure transmissionis. Nam & in hoc errat Ripa quod non obseruat eadem illa verba, *nisi quibusdam personis*, quæ omnes in suam sententiam tam miserè detorquent, non posse tanquam exceptionem accommodari ad sequentia ista, *tunc ad nostrum erarium deuoluatur*, quod tamen Ripæ ratio præsupponit, sed ad regulam de hereditate non adita minime ad heredem transmittenda. Alioqui si bene Ripa argumentaretur, perinde probaret legitimum heredem atque vulgarem substitutum transmissario præferendum esse. Quod tamen verè dici potest, cùm hereditas quæ transmissario, siue defertur, siue acquiritur, siue ex Theodosij, siue ex Iustiniani constitutione sit testamentaria, quæ verò legitimis heredibus ea tantùm sit legitima, cui nec locus vllus est quandiu testamentaria durat. Illa etiam Ripæ ratio falsa est quam subiicit, cùm ait, Sicuti testatores ad caducitatem remouendam sæpe faciunt substitutiones, ita & legem in certis casibus concessisse, vt hereditas non adita transmitteretur pariter ad excludendam caducorum obseruationem, vt nimirum inferat prouisionem illius legis esse subsidiariam, & ideo cessare debere vbi ordinaria prouisio subest. Non enim verum
est inductum † esse ius transmissionis contra caduci- 6

tates

tates duntaxat, cùm etiam inductum ſit fauore perſonarum ac teſtamentorum, ne tam facilè deſtituerentur ſupremæ hominum voluntates, neceſſéque eſſet deuolui rem ad legitimos ab inteſtato venientes, vt conſtat ex *leg. vnica. C. de his qui ante apert. tabul. & ex dict. l. cùm in antiquioribus. 19. Cod. de iure delib.* Rurſúſque probaret eadem hæc ratio ſi vera eſſet, præferendos eſſe tranſmiſſario legitimos heredes, quia vocantur legitimi ex ordinaria diſpoſitione legis, tranſmiſſarius verò, ſi bene Ripa ſentit, non niſi ex ſubſidiaria. Atqui non poteſt negare quin ſubſidiaria ſit prouiſio legis, quæ tranſmiſſarium vocat. Fateor, ſeu ſubſidiaria, tanquam ex teſtamento delata vel acquiſita hereditate illi in quem tranſmittitur. Et idcirco hactenus bona eſt Ripæ ratiocinatio, vt inferre liceat ſubſtitutum tranſmiſſario præferendum, quoniam cùm vtraque adeſt prouiſio & ordinaria & ſubſidiaria, in eundem caſum teſtati, certum eſt potiorem eſſe ordi-
7 nariam, ſubſtitutus † autem vocatur ex teſtamento & per ordinariam prouiſionem & quidem teſtatoris, non legis, niſi ſubſequentis voluntatem teſtatoris. Tranſmiſſarius verò non niſi per ſubſidiariam prouiſionem, eámque non legis, ſed teſtatoris, quamuis ex teſtamento. Adieci, *in eundem caſum teſtati*, quia ſi contendatur inter heredem legitimum & tranſmiſſarium, vocatur quidem tranſmiſſarius, itémque legitimus heres, vtérque ex diſpoſitione legis, adeóque legitimus ex ordinaria, tranſmiſſarius autem ex ſubſidiaria, ſed tamen tranſmiſſarius haud dubiè præfertur, quia cauſa teſtati quantumuis ſubſidiaria præfertur cauſæ inteſtati quantumlibet ordinaria ſit prouiſio per quam inteſtati ſucceſſio defertur. Sed hæc ad Iuſtinianum
8 ſufficiant. Alia Bartoli obiectio quæ ſit † ex Paulo in *d. l. ſi quis filiumfamilias 7. in princip. iunct. §. 1.* nullius planè momenti eſt, fatentibus etiam illis ipſis qui hunc Bartoli errorem ſequuntur. Nam principium legis loquitur quidem de ſubſtituto, ſed non de tranſmiſſario. Reſponſum autem quod eſt in §. 1. præterquàm quod ad ſpeciem planè diuerſam pertinet, neque de ſubſtituto neque de tranſmiſſario loquitur, ſed de filio qui reuera ſuo patri ſuus & neceſſarius heres extiterit: atque ita hereditatem paternam vt acquiſitam in nepotem tranſmiſerit. De nepote verò qui ab aui hereditate abſtinere & velit & poſſit, non tam quòd in eum ſit tranſmiſſum ius abſtinendi, quo pater vti potuit, quàm quòd ſine vllo facto ſuo & ipſo iure reperiatur neceſſarius heres aui per mediam perſonam patris, cui etiam neceſſarius ipſe heres eſt: vt ſuprà explicauimus. Et quamuis de tranſmiſſario iuris abſtinendi reſponſum illud intelligeremus, ad rem tamen noſtram non pertineret. Tractamus enim de tranſmiſſario qui ſit idcirco tranſmiſſarius, vt hereditatem acquirere ſibi poſſit, quæ à defuncto adita non fuerat, ſiue habere illam velit quaſi iam acquiſitam defuncto, licèt nunquam aditam, vt in caſu conſtitutionis Theodoſianæ, ſiue beneficio iuris deliberandi, quod ſemper præcedit hereditatis acquiſitionem. At Paulus in *dict.* §. 1. etiam ſecundum Bartolum tractaret de illo tranſmiſſario in quem tranſmiſſum eſſet ius omittendæ hereditatis, aut quod idem eſt ius deliberandi non ad hereditatem acquirendam ſed ad omittendam illam, quæ iam ipſo iure acquiſita. Quod ius deliberandi ad omittendam hereditatem iam acquiſitam etiamſi ius deliberandi bene dici poſſet, valdè tamen differret ab eo de quo diſputauimus, quod competat ad eam hereditatem quæ nondum acquiſita ſit, acquirendam, eſſéque multo tranſmiſſibilius: quia facilius eſt, vt quis abſtineat re iam ſua, quàm vt rem nondum ſuam: nec ſibi delatam ſibi acquirat. Quinimò ſi ſubtiliùs intueare, poteſt ex illo Pauli loco in principio legis
9 ſumi † argumentum non leue contra tranſmiſſarium pro ſubſtituto. Scribit enim Paulus, ſi quis filiumfamilias heredem inſtituerit, & ita inſcripſerit, *ſi mihi Titius ille filiusfamilias heres non erit, Sempronius heres eſto*, filio adeunte iuſſu patris excludi ſubſtitutum. Quænam verò dubitandi ratio pro ſubſtituto eſſe poterat? Illa vna quod videretur hoc caſu conditio ſubſtitutionis extitiſſe, cùm verum ſit filiumfamilias hunc heredem non eſſe quamuis patrem heredem fecerit. Quanto magis ergo fuerat Paulus pro ſubſtituto reſponſurus contra tranſmiſſarium: eo caſu quo inſtitutus heres nullomodo adiiſſet, nec proinde aut heres ipſe fuiſſet, aut alium heredem feciſſet. Quod enim iactitant interpretes † heredem inſtiturum tranſmit- 10
tendo ius deliberandi alium heredem facere: quippe quia alius adire poſſit ſi velit, hoc iam nos refutauimus in præcedentibus: quia cùm eiuſmodi aditio à tranſmiſſario facienda: non niſi poſt tranſmittentis mortem fieri poſſit, apparet eum qui mortuus iam ſit non magis poſſe alium heredem facere quam heredem ipſum eſſe. Ac præterea implicat contradictionem vt dicatur heredem facere tranſmiſſarium ob id quod faciat vt tranſmiſſarius adire poſſit ſi velit. Heres † enim 11
per alium factus is demum dicitur qui è contrario, cùm heres iam ſit, nulla amplius indiget aditione, alioqui per ſe ipſum non per alium heres ſit is, qui per ſuam & propriam aditionem ſit heres, licet ab alio ius adeundi nactus ſit. Et conditio illa, *ſi heres non erit*, quæ hunc ſenſum habere dicitur in perſona quæ non eſt ſui iuris, *ſi neque is heres erit, neque alium heredem fecerit*, ita proculdubio accipi debet, quod ad hanc poſteriorem partem, ſi alium aditione ſua heredem non fecerit. Aliter enim ſubſtituto locum fieri neceſſe eſt, vt innuunt illa Pauli verba, *filio adeunte iuſſu patris, ſubſtitutus excluditur*, vt intelligamus non aliter excludi ſubſtitutum quàm filio adeunte. Atqui non adit ille nec adire amplius poteſt, qui moritur ante aditam hereditatem, licèt ius deliberandi & adeundi in alium tranſmittat. Ergo hoc ipſo facit locum ſubſtituto. Alia noſtrorum argumenta æquè leuia ſunt. Aiunt condi- 12
tionem † ad actum neceſſariam poſſe adimpleri per æquipollens, vt loquuntur ad *l. Gallus. 29. §. & quid ſi tantùm per ill. textus de liber. & poſthum.* Ergo & illam conditionem vulgaris ſubſtitutionis, *ſi heres non erit*, poſſe adimpleri per æquipollens, Nempe ſi inſtitutus heres non erit, vel per ſe vel fictè per heredem ſuum. Antecedens verò falſum eſt, quia conditiones debent impleri in forma ſpecifica non per æquipollens, *l. qui heredi. 44. leg. Manius. 55. de condic. & demonſtr.* niſi cùm veriſimilis voluntas teſtatoris aliud ſuadet, quoniam ea ſola eſt quæ conditiones regit. *lege in conditionibus. 19. in princip. & §. ſi patronus eodem.* Hic autem tranſmiſſarius de quo agimus, tum quoque cum admittitur non ex teſtatoris voluntate admittitur, ſed ex ſola poteſtate conſtitutionis Iuſtiniani. Nec enim is qui inſtituit heredem Titium de Titij quoque herede cogitauit, nec quis ille futurus eſſet præſcire potuit vt iudicium ſuum in eum conferret, ob idque dicimus heredem heredis licèt ſit heres teſtatoris *lege vltim. C. de hered. inſtit.* non tamen venire ex iudicio teſtatoris, *leg. qui liberis 8. §. vltim. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Quænam igitur ratio eſt vt ex voluntate teſtatoris præferatur ſubſtituto qui habet expreſſam pro ſe voluntatem. Neque verò ſupradictum Doctorum brocardicum bene proponebatur ex *dicto §. & quibus ſi tantùm*, cuius longè alia ſententia eſt, vt ſæpius monuimus. Sed col- 13
lectio † & conſecutio quam ex eo antecedente noſtri faciunt, longè abſurdior eſt. Non enim poteſt dici conditionem illam, *ſi inſtitutus non erit*, tum impleri per æquipollens, cùm inſtitutus eſt heres fictè per heredem ſuum. Immo alia eſt illa conditio, *ſi heres Titij mihi heres non erit*, ab iſta, *ſi Titius mihi heres non erit*, & adeò eſt alia vt non poſſit exiſtere quin alia deficiat; quia impoſſibile eſt vt eo caſu quo Titius heres factus

ſit

sit per aditionem, Titij quoque heres per propriam aditionem heres fiat. Illud verò longè minùs fieri potest, vt quis fiat heres fictè per heredem suum. Nam cùm non nisi post mortem suam heredem habere possit: non magis fictè quàm verè potest fieri heres per heredem suum, quia fictiones debent aptari ad eos casus ad quos ipsa etiam veritas aptari posset, *lege concessionibus. 13. D. de interrog. in iur. faciend.* qui autem iam mortuus est, heres amplius esse aut fieri nunquam potest. Cúmque deficiente per mortem instituto existat conditio vulgaris substitutionis hoc ipso quod incipit verum esse dicere illum neque heredem vnquam fuisse, neque esse vnquam posse, quomodo fieri obsecro potest, vt conditio quæ fuit impleta per mortem transmittentis antequàm vllus adhuc esset transmissarius postea transmissarij facto deficere vnquam possit? Vt enim deficere possit conditio eam necesse est adhuc esse & manere conditionem, siquidem quæ non est, deficere nec potest. Atqui non est conditio postquam fuit impleta non magis, quàm si esset defecta, *l. hac conditio. 10 in fine principij de condit. & demonst.* quoniam implementum conditionis facit actum purum qui erat conditionalis, sicut & conditionis defectus facit nullum. Impossibile igitur est vt propter transmissarij personam deficiat vulgaris substitutionis conditio, quæ extitit per mortem transmittentis. Et quod nostri solent dicere conditionem adimpleri posse per æquipollens, vt maximè verum esset, ad eas tamen conditiones non posset pertinere quæ iam vel extitissent vel defecissent. Rursus obiciunt † idem interpretes pro Bartolo, ius adcrescendi non impedire transmissionem ex *lege 3. C. de iur. delib.* Ergo neque substitutionem posse idem illud ius impedire, cùm ius adcrescendi tacita quædam substitutio appellatur in *leg. si Titio. 61. §. Iulianus. D. de legat. 2. simil. leg. non iustam. 4. C. ad SC. Trebell.* At nos similiter respondemus, malam esse consecutionem. Ideo namque ius adcrescendi non impedit transmissionem, quia est ex lege sicut & ius transmissionis, ex lege, inquam, id agente necessariò ne defuncti persona quæ fuit individua per heredem pro parte repræsentetur. Hoc enim est quòd sæpius diximus. Adcrescendi ius in hereditatibus esse ex necessitate, non ex voluntate, ita vt inter heredes non solùm inuitos locum habeat, sed inuito etiam testatore. At ius vulgaris substitutionis est ex iudicio expresso testatoris. Mirum igitur non est excludi ius adcrescendi per transmissionem: vulgarem verò substitutionem non excludi, cùm transmissio sit etiam ex lege, faciatque ne vlla subsit necessitas inducendi iuris adcrescendi inter coheredes. (Tunc enim subest necessitas, cùm alioqui eueniret vt quæ non adcresceret portio vacaret. Non autem vacat quæ ad deficientis coheredis heredem transmittitur.) Substitutio autem sit ex testatoris voluntate, cui proculdubio fieret iniuria, si hereditas ad alium pertineret, quàm ad eum qui expressim vocatus esset ex substitutione cuius conditio extitisset. Vbi enim certa & aperta est voluntas testatoris: lex non se interponit nisi hactenus, vt eam voluntatem subsequatur, adiuuet, tueatur. Cessante voluntate, omnia lex gerit pro arbitrio circa legitimam hereditatem, quia & qui moritur intestatus, legis voluntatem subsequi intelligitur, non etiam id agere, vt voluntatem ipsius lex subsequatur. Neque tamen illud ferre facilè possumus vt in hanc rem abutantur nostri *dicta lege. 3. C. de iur. delib.* Ibi † enim non agitur de transmissione iuris deliberandi de quo nos disputamus, sed de transmissione hereditatis acquisitæ iure, vt vocant, suitatis. Qui casus nullam habet dubitationem, quin potior sit causa eius qui suo heredi heres extiterit, quàm coheredis ius adcrescendi obtendentis, cùm ius adcrescendi nullum sit, nec esse possit in ea portione quæ iam alij fuit acquisita, *leg. vnic. §. hinc*

14

15

ista defunctis. C. de caduc. tollend. Nam & eadem ratione fit vt dici oporteat in illa specie vulgarem quoque substitutum excludi, propter defectum scilicet illius conditionis, *si heres non erit*, quæ non minùs deficit cùm is cui facta erat substitutio heres fuit ipso iure, & citra aditionem, quàm si per aditionem heres factus esset. Sed captiosa est, vt nemo non videt, argumentatio à transmissione hereditatis iam acquisitæ ad transmissionem iuris deliberandi circa hereditatem nondum acquisitam. Itémque à coherede ad substitutum. Ab eo qui vocatur ex voluntate tacita ad eum qui vocatur ex voluntate expressa. Nam vel fatemur testatorem qui instituto heredi vulgarem substitutum dedit cogitasse de transmissario vel non cogitasse. Si cogitauit, vtique tanto magis voluit ei præferri substitutum quandoquidem eam duntaxat conditionem substitutioni adiecerit, *si institutus non esset heres*, nulla prorsus facta transmissarij mentione, qui tamen æquè in conditione ponendus erat, si testator non minùs per transmissarij, quam per instituti aditionem substitutum excludi voluisset. Si verò de transmissario non cogitauit, de substituto autem cogitauit quem ex testatis vocatum voluit, qua fronte possumus dicere transmissarium substituto præferendum esse, siue addas, *ex tacita testatoris voluntate*, siue non pudeat etiam addere, *contra testatoris voluntatem*, quod postremum esset sanè multo absurdius. Non enim id egit Iustinianus, vt testantium voluntates destrueret, sed potiùs vt adiuuaret aut etiam suppleret in eum casum in quem testator ipse nominatim non cauisset. Atqui euerteretur voluntas testatoris si transmissarius substituto præferretur. Et verò Iustinianum † nihil minùs 16
egisse, quàm vt vulgaris substituti ius læderet, ex eo quoque apparet, quod de hereditate testamentaria & legitima promiscuè loquitur, vt significet non alio casu se fauere testamentario heredi, quàm in quo casu faueret etiam legitimo quantum ad transmissionem iuris deliberandi. Atqui cùm fauetur legitimo heredi, substitutus vulgaris nullus est, quia nisi ex testamento substitutio vulgaris esse nulla potest. Ergo & heredi testamentario tum demum fauere Iustinianus voluit, cùm vulgariter substitutus nemo fuit. Nam neque necesse erat prospici à Iustiniano in eum casum in quem iam aliter, ac multo melius certioréque iudicio prouisum fuisset ab testatore. Fauet enim Iustinianus heredis heredi: planè sibi non minùs quàm testatori incognito, & quisquis ille sit, Testator verò fauere voluit vulgari substituto quem & cognouit & nominauit, quemque licèt instituto heredi posthabuerit: non tamen æquè fuerit postpositurus heredis heredi, quem ignorauit, & de quo nullomodo vnquam cogitauit. Nisi fortè hanc Iustiniani mentem fuisse arbitramur, vt quisquis petiit tempus ad deliberandum hoc ipso habendus sit pro eo qui iam acquisierit hereditatem: quod tamen non ita est. Alioqui non liceret ipsius heredi eidémque transmissario repudiare hereditatem quæ pro iam acquisita haberetur. Vt taceam quod Iustinianus constituit vt ius deliberandi transmittatur non eo tantùm casu quo tempus petitum fuerit ad deliberandum, sed illo etiam quo decesserit heres ante impetratam deliberationem, quo tamen casu nemo dixerit hereditatem posse haberi pro acquisita præsertim verò in extraneo. Denique Iustinianus hoc nouum ius & tam absurdum transmittendæ in extraneum alienæ hereditatis per medium ius deliberandi, eo demum casu induxit & inducere voluisse credendus est, quo nihil esset interpositum inter personas transmittentis & transmissarij, quod transmissionem illam impediret. Atqui cùm vulgaris substitutus adest interponitur persona & ius ipsius inter transmittentem & transmissarium, quia vino adhuc transmittente impletur conditio, vt diximus, vulgaris substitutionis, & consequenter

sequenter primo post ipsius mortem instanti nihil iam est quod obstet quominus hereditas testamentaria substituto deferatur, antequàm transmissario ius vllum acquisitum videri possit. Proinde ipsam substituti personam transmissario obstare necesse est neius illud habere possit contra testatoris voluntatem, quod ex Iustiniani constitutione habiturus esset non reluctante voluntate, si substitutus nemo proponeretur.

ERROR VIII.

De transmissione restitutionis in integrum in heredem minoris ad hereditatem adeundam, quam minor repudiauit, cum adest vulgaris substitutus. Ad l. quòd si minor 24. §. Scaeuola. D. de minor.

SVMMARIA.

1 *Argumentum quo Fachineus probare nititur beneficium iuris deliberandi transmitti ad heredem instituti exclusa substituto.*
2 *Restitutio in integrum quæ minori competit transit in ipsius heredem.*
3 *Minoris heres restitui in integrum non potest aduersus repudiationem à minore factam. & n. 5.*
4 *Hereditas non solùm quæ repudiata sit, ad heredem transmitti non potest, sed etiam quæ non sit adita.*
6 *Quo casu minoris heres iure possit restitutionem in integrum petere.*
7 *Explicatur sententia l. 24. §. Scaeuola. D. de minoribus.*
8 *Refellitur consecutio argumenti Fachinei, numero primo propositi allato discrimine inter transmissionem quæ fit per restitutionem in integrum, & transmissionem iuris deliberandi.*

EX iis obiectionibus, quæ tam multæ pro Bartolo fieri solent ab illis qui transmissarium præferunt vulgari substituto in ea quæstione, quam nunc tractamus, Vna illa est, eáque non leuis, vt videtur, momenti, quòd beneficium
1 † restitutionis in integrum transit ad heredem minoris, qui hereditatem repudiauit, adeóque excluso vulgari substituto, dummodo sit res integra, Ex *leg. quòd si minor 24. §. Scaeuola. D. de minor.* Consequens enim videtur, vt beneficium iuris deliberandi, quod datur ex *leg. cum in antiquioribus 19. Cod. de iur. delib.* multo magis transmittatur ad heredem instituti, excluso substituto. Quomodo ratiocinatur *Andr. Fachin. lib. 4. Controuers. iur. cap. 61.* Nos verò qui substituti causam tuemur, videamus an verum sit quod isti obiiciunt de transmissione in integrum restitutionis: Deinde vtcunque verum esset, an consecutio defendi posset à beneficio transmissionis restitutionis in integrum ad beneficium transmissionis iuris deliberandi. Restitutio-
2 nem † in integrum, quæ minori competit transire in ipsius heredem non nego, sicut & in aliis omnibus speciebus restitutionis euenit vt ad heredem transmittantur *leg. non solum 6. D. de in integr. restit. leg. minor autem 18. §. vlt. cum leg. seq. D. de minor.* Nec illud rursus inficior, si minor hereditatem lucrosam repudiauerit, aut eius adeundæ tempora elabi passus sit, posse illum restitui in integrum ad eam adeundam: quemadmodum è contrario si damnosam hereditatem adiisset, restitui posset ad repudiandam *dict. §. Scaeuola, leg. 1. & 2. Cod. si minor ab heredit. se abstin. leg. 1. & 2. Cod. si vt omissa heredit.* Sed tamen nego minoris † heredem 3
instituti posse in integrum aduersus repudiationem à minore factam. Mouet me quod hac parte longè alia ratio est minoris, alia heredum ipsius. Minorem, qui delatam sibi hereditatem repudiauit, sola repudiatio excludit & summouet ab hereditate. Ideóque cùm fieri possit vt iuuenili leuitate ductus eam hereditatem repudiauerit, quam si maior & consultior fuisset, adire potiùs voluisset, æquissimum est ei succurri auxilio restitutionis, vt aduersus cætera damna omnia, quæ incurrit ob lubricum ætatis, & inconsultam facilitatem. At minoris heredem in hoc ipso casu duo summouent. Primum hoc, quod minor ipse repudiauit: Secundum illud, quòd ex repudiatione infertur necessariò, quòd minor non adiit hereditatem neque adire voluit, quam etiam repudiauit. Vt enim minoris aut alterius cuiuslibet heres nullum ius habeat hereditatis adeundæ, quæ defuncto fuerat delata, non illud necesse est repudiatam fuisse à minore hereditatem, sed sufficit vt non sit adita, quoniam regula iuris habet, Hereditatem † non 4
solùm quæ repudiata sit, ad heredem transmitti non posse, sed etiam quæ non sit adita. Itaque etiamsi minor hereditatem non repudiasset, non eo minùs tamen minoris heres ab adeunda hereditate summoueretur, vel ob hoc solùm quod minor hereditatem non adiisset. Nec tantùm à iure communi adeundæ hereditatis summoueretur, sed etiam ab omni auxilio & beneficio restitutionis. Quomodo enim aut quonam colore posset in integrum restitutio heredi minoris competere, quæ minori ipsi nunquam competiisset? *l. Pannonius 86. D. de acquir. heredit. l. 1. Cod. de restit. milit.* Atqui minori huic, qui hereditatem nunquam repudiasset, at solummodò non adiisset, nulla restitutio competere poterat. Non ob id tantùm quod in non adeundo factum nullum sit contra quod restitutio peti possit (neque enim perpetua esset hæc ratio, si fortè minor passus esset elabi tempora intra quæ adire debuisset, qui casus haud dubiè admitteret restitutionem, quamuis nullum factum intercessisset, quia sufficeret negligentiam in non faciendo interuenisse *leg. 3. §. si quid minori. vers. etsi heres leg. ait prætor 7. alia leg. ejusd. §. penult. & vltim. D. de minor.*) sed ob eam potissimùm rationem, quòd heredi quandiu neque repudiatione neque tempore excluſus est, quominùs adire possit, permittendum est vt adeat quandocunque *l. si curatoris 9. Cod. de iur. delib.* & idcirco cùm lætus dici non possit neque vtilis neque necessaria poterit ei esse restitutio. Quis ergo putet posse illam esse vtilem heredi minoris? Quod si heredi minoris competere non potest, cùm minor decessit neque adita neque repudiata hereditate cur ei magis competet eo casu quo minor † repudiauerit? Dices ratiocina- 5
tionem hanc minùs bonam esse, quia cùm secuta est repudiatio iam cœpit competere minori restitutio quæ nulla interueniente repudiatione, non competiisset. Ac sanè fatendum hoc esset non esse bonam consecutionem, si, quod obiectio præsupponit, sola repudiatio minoris induceret restitutionem. Nam cùm heres in omnia defuncti iura succedat, vtique ius petendæ restitutionis quod habuisset minor ex die factæ repudiationis, transiret in ipsius heredem, tametsi minor non petita restitutione decessisset. Sed falsum illud est, ex sola repudiatione minoris, nasci ius petendæ restitutionis. Nam neque minor ætas, neque aliud quicquid est quod æquitatem restitutionis in minore possit inducere, excepta læsione quæ cum ætatis fauore concurrat, nec vnquam auditur minor petens restitutionem, nisi hæc duo coniunctim probet, se & minorē & læsum fuisse *d. l. quod si minor. §. non semper l. verum 11. §. sciendū est. D. de min. l. nā posteaquàm 9. §. si minor. D. de iur.* Atqui non potest dici minor læsus ex eo solo quòd repudiauerit heredit. etiam quæ opulentissima proponatur, adeóque cuius repudiādæ alia causa nulla sit, quousque saltē hereditatis

adeundæ animum recipiat, quem prius abiecerat. Nemo enim læditur repudiando hereditatem cuius adeundæ voluntatem ne tunc quidem habet, cùm multæ possint esse causæ etiam vanæ, propter quas nolit vel prudentissimus quis implicare se negotiis hereditatis quantumlibet locupletis & lucrosæ, nec quicquam præscribi debeat cur heres esse nolit *l.4.D.ad SC.Trebell. leg. si in testamento* 22.§. *vlt. D.si quis omiss.caus. testam.* Cùm igitur ponamus non modò repudiatam esse a minore hereditatem, sed etiam decessisse illum post repudiationem, neque solum ante petitam in integrum restitutionem, sed quod magis est ante declaratam voluntatem, quòd heres esse vellet quódque eum repudiationis pœniteret: Optima certè consecutio est, quamus potuerit ipse restitui si heres fieri voluisset, non ideo tamen dandam ipsius heredi restitutionem quando post repudiationem minor decessit, non magis quàm si ante repudiationem decessisset, quia non magis vno quàm alio casu læsus dici potest: Vnoque demum
6 illo † casu posset minoris heres iure petere restitutionem si minor decessisset voluntate sua declarata, quod heres esse vellet, multóque magis si in integrum restitutionis postulationem aliqua ratione præparasset. Quanquam enim hoc etiam casu æquè verum est decessisse minorem hereditate non adita: Hereditatem verò non aditam non transmitti, non tamen nocet heredi minoris quod hereditas non sit adita, quoniam ea non aditio, vt ita dicam, ex sola repudiatione nasci intelligitur, quæ si non intervenisset vtique hereditatem adiisset minor quam adire & voluisset & potuisset. Indéque fit vt dubitari non possit quin læsus fuerit minor eam hereditatem repudiando, quam postmodum sibi acquirere voluit, nec tamen potuit propter repudiationem. Atqui hoc ipso quod & minor & læsus fuit, certum est eum in integrum restitui potuisse. Hoc igitur vno demum casu, & alio præterea nullo, fatendum est heredem minoris post repudiationem defuncti ex auctoris sui persona in integrum restitui posse. Alioqui plus iuris haberet minoris heres ad petendam restitutionem eo casu quo minor expressim hereditatem repudiasset, quàm si idem minor neque adita neque repudiata hereditate decessisset: quod tamen sanè perquam absurdum foret. Repudiatio enim si aliud nihil consideres facere debet quo minùs non quo magis admittatur ad hereditatem siue minor siue minoris heres.
7 Neque huic nostræ sententiæ † contrarium est quod ex Scævola Paulus scribit in *d.l.quod si minor* 24.§.*Scævola de minor.* Si quis iuvenili levitate ductus omiserit vel repudiaverit hereditatem vel bonorum possessionem, siquidem omnia in integro sint, omnimodo audiendum esse, si verò iam distracta hereditate & negotiis sinistris ad pecuniam laboribus substituti partam veniat repellendum esse, *multóque parcius ex hac causa heredem minoris restituendum esse.* Etsi enim vltima hæc verba videntur præ se ferre in hac specie minoris quoque heredem rebus omnibus integris posse restitui etiam contra substitutum, tametsi parciùs & difficiliùs quàm minor ipse restitueretur: Attamen facilis responsio est non posse Paulum vel Scævolam ita intelligi vt ad dandam minoris heredi restitutionem non sint necessaria ea omnia quæ necessaria essent ad minorem ipsum restituendum. Alioqui faciliùs minoris heres quàm minor ipse restitueretur, quod Paulus disertè negat. Ergo cùm sola minoris repudiatio non faciat vt possit restitui tanquam læsus nec si omnia in integro sint, si non etiam illud concurrat vt minor dicat velle se restitui aduersus repudiationem, aut quod effectu idem est, velle se heredem esse: Hoc ipsum quoque intervenisse ponendum est quoties quærimus, An heres minoris restitui possit, Ex generali illo nec vnquam falso brocardico, Terminos habiles semper esse supponendos. Nec est quòd quis replicet, Ad constituendam eandem rationem minoris & heredis ipsius, posse sufficere vt dicamus non aliter restituendum esse minoris heredem, quàm si restitui ipse & heres esse velit. Nam licèt hoc omnimodo requiratur, quia non nisi petenti restitutionem dat prætor, nec nisi ei qui heres esse velit quoties restitutio petitur ad hereditatem acquirendam quæ fuerat omissa vel repudiata, siue restitutionem quis petat proprio nomine siue ex defuncti persona: Si tamen iure hereditario & ex persona defuncti petatur restitutio, illud etiam omnino requiritur, & ante omnia, vt ipsi defuncto competierit ius petendæ restitutionis, ac proinde in necessarium antecedens vt læsus fuisse probetur, Ergo & vt voluerit ipse mutato consilio heres esse. Neque sufficit, quòd velle potuerit, Nisi potentia illa in actum deducta sit, quoniam alioqui moriendo desiit posse velle. At vbi voluit semel, cùm ex eo instanti se per repudiationem læsum fuisse ostenderit, non facit mors superveniens, vt ius petendæ restitutionis, quod læsio peperit, extinguatur, quominùs ad minoris heredem transmitti possit. Qua de re tamen, id est, de toto hoc iure transmittendæ hereditatis non aditæ aut transmittendæ restitutionis ad hereditatem adeundam, si quis plura scire voler, legat quæ scripsimus *lib.14.Coniect. cap.1.* Nunc enim id tantum agimus vt ostendamus quomodo accipiendum sit quod volunt nostri, Ius petendæ restitutionis ad hereditatem adeundam transmitti in heredem minoris etiam in præiudicium vulgaris substituti, ne quem fallat responsum illud Pauli quod modo interpretati sumus. Iam verò videamus, † an ex isto antecedente 8
possit inferri quod iidem illi inferunt: Ergo beneficium iuris deliberandi quod datur ex *d.l.cùm in antiquioribus*, transmitteretur ad heredem instituti excluso substituto. Apparet autem vitiosam esse collectionem, quoniam longè diuersa est ratio eius transmissionis, quæ fit beneficio restitutionis in integrum, & eius quæ sine restitutione. Restitutionis namque ius propriũ illud est quod & sonus ipse nominis demonstrat, vt ex omni parte reponat omnia in pristinum statum, quantum per naturam iurisque potestatem fieri potest *d.l.quod si minor.§. restitutio l.vnic. C. de repud. quæ fiunt in iudic. in integr. restit.* Atqui si minor heres institutus nunquam hereditatem repudiasset, sine dubio excluisset substitutum vulgarem, quandoquidem certum est substituto nullum esse locum quamdiu institutus admitti potest. Ergo & cùm repudiauit, quamuis in ea repudiatione totum ius adeundæ hereditaris amiserit, & amittendo transtulerit in substitutum, cùm tamen postea restitutio datur siue illi ipsi minori siue ipsius heredi ad hereditatem adeundam quæ fuerat repudiata, recurrit ad minorem eiúsve heredem vi & potestate restitutionis illud ipsum ius quod repudiatio & læsio abstulerat. Proinde nec mirum illud est, excludi substitutum post repudiationẽ eodem ipso iure quo per aditionem factam ante repudiationem excluderetur. Adeò, vt quamuis interim adierit substitutus ex substitutione (nec enim ob id solum adire prohibetur substitutus, quod aduersus repudiationem possit adhuc minor restitui, nec ex incerto restitutionis pendeat ius quod per se certum est, successionis) non tamen debeat ea res nocere minori, eiúsve heredi, quominus audiendus sit petens restitutionem, dummodò sint omnia integra, id est, dum ne adhuc distractæ sint à substituto res hereditariæ. Quia licet prætor, ex cuius iurisdictione sunt omnes in integrum restitutiones, non possit facere, quod neque ius ciuile facere posset vt substitutus qui semel heres fuit, heres esse desinat *l.ait prætor.7.§.sed quod Papin. C.de min.* facit tamen concedẽdo in integrũ restitutionem vt institutus minor eiúsve heres, qui per aditionẽ fieri heres ampliùs non potest, vtiles actiones habere debeat, directáque substituto denegari oporteat, vt effectu ipso institutus pro herede habeatur, eiúsve heres, nõ autẽ substitutus. At trãsmissionis

iuris

iuris deliberandi alia ratio est, quia non retroagitur ob tempus quo institutus adire potuit, vt hereditas à transmissario adita, iam inde ab ipso transmittente adita videatur. Ideóque non impedit, quominùs substitutus transmissarij ius quod re vera ille præuenit, effectu quoque ipso præueniſſe existimetur, quia transmissarij ius non incipit nisi ex quo die adiit hereditatem heredis instituti, substituti verò ius incipit ex quo instanti mortuus est heres institutus, facta iam tum pura substitutione per implementum conditionis quod contingit, viuo adhuc & moriente instituto, Et consequenter substitutum transmissario iuris deliberandi præferri non modo æquum, sed etiam iuris rationi omnino consentaneum est: Postponi autem transmissario restitutionis in integrum, si ita libeat appellare, dummodo tamen in eo sint omnia vt in integrum restitutionem admittant, id est, dum ne sint iam distractæ res hereditariæ, *dict. §. Scæuola, leg. vltim. Cod. de repud. vel abstin. heredit.* de cuius etiam sententia alibi scripsimus.

ERROR IX.

De sententia l. vnic. C. de his qui ant. tabul. quid noui induxerit tam circa hereditates quàm circa legata & fideicommissa. Et de iure recusandi.

SVMMARIA.

1 *Atopia de nouo iure constituto ab Impp. in l. vnic. C. de his qui ant. ap. tab.*
2 *Quibus liberis caueat d. l. vnic constitutio.*
3 *Quisquis hereditatem sibi acquirere vult per additionem eum necesse est de iure suo certum esse.*
4 *Quid d. l. vnica induxerit.*
5 *Persona in d. l. expressa transmittunt hereditatem in posteros non quasi acquirendam, sed quasi acquisitam.*
6 *Cur in d. l. adiuncta sit illa exceptio* si tamen hereditatem non recusant.
7 *Discrimen inter liberos qui habent beneficium abstinendi, & eos qui ex d. l. vnic. habent beneficium recusandi.*
8 *Quidnam sit ius recusandi ab Impp. in d. l. primùm inductum; & quibus competat.*
9 *Iuris recusandi effectum.*
10 *Differentia inter heredem & eum qui bona tantùm habet.*
11 *D. l. vnica cur generaliter de quibusuis liberis concepta sit.*
12 *In quo plus Iuris habeant sui heredes quàm alij liberi.*
13 *In transmissione hereditatis ascendentium in descendentes quale sit discrimen inter liberos qui sunt sui heredes & eos qui non sunt sui.*
14 *Accursij lapsus.*
15 *Beneficium iuris recusandi latiùs patet, quàm iuris abstinendi.*
16 *Quomodo verum sit sublatam esse à Iustiniano differentiam suitatis & emancipationis.*
17 *Ad transmissionem hereditatis ascendentium in descendentes quid requiratur.*
18 *Extraneus qui adit hereditatem sui heredis qui patri suo necessarius heres extitit hereditates quas confusas reperit non potest separare.*
19 *De priuilegio à Theodosio liberis circa legata & fideicommissa concesso.*
20 *Discrimen inter hereditates & legata seu fideicommissa.*
21 *Quæ legata & fideicommissa ab ignorantibus transmittantur.*
22 *De quibus legatis & fideicommissis loquatur dict. l. vnic.*
23 *Quando lex Papia liberos non premeret inducta caducitate.*
24 *Quodnam impedimentum tollere voluerit Theodosius circa legata & fideicommissa fauore liberorum.*
25 *Hodie transmittitur legatum seu fideic. à descendente in quemlibet heredem etiam: & quæ sit huius iuris ratio.*

DVbitaui † aliquando quid noui fuerit inductum ea Imperatorum Theodosij & Valentiniani constitutione, de qua iam in præcedentibus dicere cœpimus & quæ extat in *leg. vnc. Cod de his qui ant. apert. tabul.* Nam quod pertinet ad liberos primi gradus à patre institutos, de quibus priore loco lex loquitur, certum est si in potestate essent, iam olim ita ius fuisse, vt paternam hereditatem iure suitatis transmitterent ad heredes quoscunque etiam extraneos ne dum ad descendentes *leg. 3. de iur. delib. leg. apud hostes 8. Cod. de suis & legit.* Cùm tamen Theodosij constitutio non aliud ius liberis à patre institutis tribuat, quàm vt patris hereditatem ad suos tantùm descendentes transmittant: Itaque alterutrum necessariò dicendum videtur. Vel de emancipatis duntaxat intelligendam esse hac parte constitutionem. Vel suorum heredum ius fuisse imminutum, quod posterius dici certè non potest, cùm appareat è contrario id agere Imperatores vt liberorum ius augeant, eorum saltem qui sunt ad tertium vsque gradum. At rursus quod ad alios liberos pertinet, in remotiore post primum gradu constitutos, vel à matre aut auo proauóve siue paterno siue materno institutos difficile etiam videtur dicere quid noui Imperatores induxerint. Nam siue instituti essent liberi ex asse, poterant iure communi heredes fieri etiam ante apertas tabulas, quia lex Iulia de caducis non pertinebat ad heredes ex asse institutos, vt probauimus *lib. 3. Coniect. cap. 16. ex l. 1. §. vlt. D. de iur. & fact. ignor.* & Vlpian. *in fragment. tit. 17. de caduc. in princip.* Siue ex parte tantùm, adhuc tamen poterant, adire clausis tabulis non quidem ex iure communi, sed quia lex Iulia & Papia erubuerat iugum suum imponere liberis vsque ad tertium gradum, vt Iustinianus refert in *leg. vnic. Cod. de caduc. tollend.* iisque seruauerat ius antiquum vt scribit Vlp. *in tit. de caduc.* & constat *ex dict. leg. 3. Cod. de iur. delib.* vbi Gordianus hanc heredum ex asse aut ex parte institutorum differentiam sic explicat, vt dicat filium à patre institutum ex asse, etiam clausis tabulis heredem potuisse existere, institutum verò ex parte nihilominùs statim suum ei heredem extitisse: Non quasi heres etiam non extiterit, sed tantùm existere potuerit is qui ex asse institutus fuit, Verùm ad significandum acquisitionem hereditatis in suo herede ex asse instituto posse voluntariam esse ante apertas quoque tabulas, in eo autem qui fuerit institutus ex parte, nullam esse posse nisi quæ sit necessaria, & ex iure (vt aiunt) suitatis. Quod igitur egebant ista constitutione liberi vsque ad tertium gradum, si tabularum aperturam expectare non cogebantur? At qui non excedit constitutio pronepotes, Iam ergo iis prouisum satis esse videbatur per legem Iuliam Papiam, quæ personas ipsorum exceperat, ne ante apertas tabulas heredes esse prohiberentur. Sed tamen postea comperi non eo minùs vtilem adeóque necessariam fuisse constitutionem † vt liberis non quidem suis heredibus, sed cæteris siue à patre siue à matre siue ab auo siue à proauo aut paterno, aut materno institutis in omnem euentum caueretur. Cùm facilè posset contingere, vt eo quoque casu quo potuissent

sent adire tamen non adiissent, aliqua re impediti, rursúmque vt nec adire possent ante apertas tabulas, fortasse quod ignorarent an ex asse, an ex parte, aut si ex
3 parte, ex quanta scripti essent. Quisquis † enim hereditatem sibi acquirere vult per aditionem, eum necesse est de iure suo certum esse, *leg. qui hereditatem* 19. *leg. heres institutus* 32. *D. de acquir. heredit.* Atqui
4 fecit † constitutio non solùm vt liberi possint heredes fieri clausis tabulis, sed etiam vt citra aditionem & ipso iure facti heredes intelligantur, quantum ad hunc effectum vt hereditatem transmittere possint ad suos descendentes, si eam sibi acquisitam esse descendentes velint. Multum ergo ea constitutione fuit additum iuri quod antea in huiusmodi personarum fauorem obtinebat. Vult enim constitutio filios seu filias, nepotes aut neptes, pronepotes aut proneptes à patre vel matre, auo vel auia, proauo vel proauia scriptos heredes, licet non sint inuicem substituti, seu cum extraneis, seu soli sint instituti & ante apertas tabulas defuncti, siue se nouerint scriptos heredes, siue ignorauerint in liberos suos cuiuscunque sint sexus vel gradus derelictam sibi hereditariam portionem posse transmittere, memoratásque personas, si tamen hereditatem non recusant nulla huiusmodi præscriptione sibi obstante, eam tanquam debitam vindicare. Quod nos suprà diximus sic accipiendum esse vt huiusmodi per-
5 sonæ † in posteros suos transmittant hereditatem, non quasi acquirendam, sed quasi acquisitam. Exemplo eius quod iidem Imperatores iam ante constituerant de hereditate infanti delata, nec per patrem ipsius infantis nomine adita, vt si infans viuo patre decederet, posset nihilominus pater eam iure patrio vindicare, quasi iam infanti quæsitam vt scriptum est in prima parte legis *si infanti* 18. *Cod. de iure delib.* Alioqui non de hereditate ipsa vel de hereditaria portione transmittenda loqui debuissent Imperatores, quomodo loquitur lex & titulus sub quo lex posita est, De his qui *ant. apert. tabul. heredit. transmitt.* sed de transmittendo iure deliberandi, vt à Iustiniano factum fuit in *dict. l. cùm in antiquioribus* 19. *Cod. de iure delib.* Nec
6 quòd Imperatores hanc exceptionem † subiiciunt, *si tamen hereditatem non recusant*, facere debet vt de solo deliberandi iure transmittendo sensisse videantur. Sunt enim ista longè diuersa, Transmitti ius deliberandi de adeunda hereditate, Et, Transmitti hereditatem ipsam in liberos sub ea exceptione, si modò eam non recusent. Nam imò verò posterior hic loquendi modus ostendit manifestè tractari de hereditate quasi iam acquisita. Cùm in hereditate nondum acquisita, dubitandi ratio nulla posset occurrere quin iis quibus deferretur liberum esse deberet eam recusare *leg. nec emere* 16. *Cod. de iure delib.* & ridiculus vtique esset qui diceret ius deliberandi ita demum transmitti si non recusetur ab eo in quem transmittitur, cùm vel nomen ipsum iuris deliberandi præ se ferat eligendi, hoc est, vel agnoscendæ vel recusandæ hereditatis libertatem. At quia id agebant Imperatores vt hereditas quæ reuera nec adita esset, nec acquisita, nihilominùs in transmittentis liberos tanquam acquisita transmitteretur, fuit necessaria illa exceptio, *si tamen hereditatem non recusarent*, quoniam erat contra vulgares iuris regulas vt hereditatem iam acquisitam liceret recusare: Nimirum extra eas personas quibus abstinendi beneficium datum est à prætore, id est, suorum & necessariorum heredum. Porrò non fecerunt Impetatores neque salua iurisprudentia facere potuerunt, vt essent sui heredes liberi omnes, præsertim qui à matre aliisque ex materna linea ascendentibus scripti fuissent, vt hoc ipso debuerit iis communicari beneficium abstentionis. Sed tamen fecerunt quod facere potuerunt, vt ascendentium hereditates iis ipso iure ac citra factum vllum acquirerentur. Nam de hereditatibus omnibus sicuti sunt ex iure ciuili, ita & pro arbitrio ciuilis legislator disponit, præsertim verò Imperator qui est supra leges. Et ideo non solùm fuit æquissimum, sed etiam necessarium exceptionem illam subiici, darique liberis transmissariis eandem potestatem recusandæ hereditatis si heredes esse nolint, quam haberet persona ipsa quæ transmisit si hodie viueret. Quomodo iam olim erat constitutum in suis heredibus & necessariis vt si paternam hereditatem in suos quoque ac necessarios heredes transmitterent, idem ius abstinendi ab aui hereditate nepos haberet quod filius habuisset, *leg. si quis filiumfamilias* 7. §. 1. *D. de acquirenda hereditate.* Quanquam inter hos casus † diuersitas illa est, quod in suis heredibus habet 7
filius beneficium abstinendi, quia etiam inuitus & ignorans ac ipso iure inuenitur. In cæteris verò liberis, quibus dat Theodosius priuilegium transmissionis, non idem est, quia quandiu viuunt non facit eos Theodosius heredes ipso iure, vt indigeant beneficio abstinendi (alioqui transmitterent hereditatem ad quoscunque heredes quantumlibet extraneos, quod tamen constitutio nec facit nec patitur) sed possunt illi pro arbitrio tanquam alij heredes quilibet hereditatem vel adire vel repudiare. Itaque liberi eorum in quos transmittitur ea hereditas tanquam acquisita, ne alioqui nullomodo transmitti possit, sicuti plus iuris in hoc habent quàm parentes, quod ipso iure heredes reperiuntur, ita indigent eo iure & fauore quo parentes non indigebant, vt licere iis debeat recusare hereditatem quam repudiare si vellent non possent. Quod enim acquisitum iam est, recusari quidem & omitti potest, at repudiari non potest, *l. 1. §. decret. D. de succeff. edict.* Estque ius hoc meo iudicio valde nouum † & ab Im- 8
peratoribus ea primùm constitutione inductum, quod neque ius repudiandi possis dicere, neque ius abstinendi, sed nouo ac penè, vt ita dixerim, medio nomine, *ius recusandi*, nulla alia iuris parte vsurpatum. Ius enim repudiandi extraneorum duntaxat heredum est. Ius abstinendi suorum & necessariorum. Ius separationis impetrandæ eorum qui necessarij tantùm sunt, Ius verò istud recusandi proprium eorum liberorum quos Theodosiana constitutio transmissarios facit, qui sicuti plus iuris habent quàm extranei heredes in eo, quod nulla indigent aditione ad acquirendam hereditatem. Ita minùs quàm sui heredes in eo quod neque sunt sui neque necessarij, cùm nec in potestate matris parentúmve maternorum fuerint vnquam aut esse potuerint, & ita constituunt medium quoddam genus heredum, quos non meliùs possis exprimere aut aptius quàm per negationem, si voces, *nec suos nec extraneos*, qui cum neque repudiare possint, quia non sunt extranei, neque abstinere, quia non sunt sui, vtique indigent iure recusandi ne inuiti fiant heredes ex ea constitutione, quæ non nisi fauore ipsorum lata fuit. Cuius † sententiæ 9
effectus ille est vt post recusationem non possint tanquam heredes esse obligari, quomodo sunt ipso iure obligati sui heredes etiam post abstentionem, *l. necessariis* 57. *D. de acquir. heredit.* quia tanto maiorem vim habet recusatio hæc quàm abstentio ad omittendam hereditatem, quanto minus iuris habent in hereditate ante recusationem non sui nec necessarij heredes, quàm qui & sui & necessarij sunt. Vnde etiam fit vt liberis istis recusantibus, perueniat ea hereditas ad illos ipsos ad quos ex iuris ratione perueniret si Theodosij constitutio nulla esset. Cùm tamen abstinente suo herede, qui etiam post abstentionem nihilominus heres ipso iure manet, non possit hereditas quæ iam heredem & dominum habet ad alium siue coheredem siue substitutum pertinere, sed bona tantum quæ in hereditate fuerunt, quomodo loquitur Scæuola in *l. ex contractu* 44. *D. de re iudic.* quod longè diuersum est, vt à nobis explicatum fuit suo loco. Directas † enim actiones habet quisquis 10
heres est, siue iure adcrescendi, siue iure substitutionis,

siue

siue iure legitimæ successionis. Qui verò bona tantum habet, factus bonorum possessor à prætore (qui suum heredem se abstinentem pro herede haberi non patitur) is vtiles tantùm actiones habet, non etiam directas, quæ scilicet penes duos simul & in solidum esse
11 non possunt. Hinc verò factum esse arbitror † vt Theodosius constitutionis suæ verba generaliter conceperit de liberis nepotibus & pronepotibus, siue à patre, siue à matre, siue ab auo, siue à proauo paterno vel materno heredibus instituris, sine vlla distinctione suorum heredum & emancipatorum, etiam quod ad paternam hereditatem, vt significaret factos hodie per eam constitutionem omnes liberos eiusdem conditionis in ascendentium hereditate qualibet ipso iure acquirenda, non quidem simpliciter & in omnibus, sed quantum ad effectum eius hereditatis in posteros transmittendæ quippe quòd ascendentium hereditates non minùs debitæ sint descendentibus etiamsi non sint sui heredes, quàm si sui heredes essent *leg. nam etsi is. in princip. D. de inoff. testam. l. scripto 7. §. vltim. D. vnd,*
12 *liber. l. vltim. D. de bonor. damnat.* Non enim plus † iuris habent sui heredes quàm cæteri liberi in eo, quod iis hereditas magis debeatur, sed in eo tantùm, quod cum succedunt non tam ad aliena quàm ad propria bona venire intelliguntur, *leg. in suis 11. D. de liber. & posthum. l. 1. §. largius. D. de success. edict.* Ob idque non sic loquitur Theodosius vt dicat posse descendentes ascendentis hereditatem vindicare tanquam suam, qui modus loquendi suis heredibus solis vel saltem magis conueniret, sed *tanquam debitam*, vt eam rationem expr.meret.quæ liberis omnibus etiam non suis heredibus conueniret. Ex quo tanto magis intelligimus verum esse quod nos volumus & iam probauimus in *Error. 4. Decadis huius*, contra interpretes nostros id egisse Theodosium vt hereditas transmittatur, non tanquam acquirenda, sed tanquam acquisita. Alioqui fuissent proculdubio distinguendi sui heredes ab emancipatis, & hereditas patris, & aui proauique paterni qui soli suos heredes habere possunt, ab hereditate matris & ascendentium maternorum, qui suos heredes habere numquam possunt. Neque tamen hoc ita volumus accipi quasi hodie non plus iuris habeat suus heres in patris aut aui paterni hereditate, quàm in hereditate matris: Absurdum enim esset constitutionem quæ liberorum iura ampliauit, exæquando propemodum suis heredibus non suos, sic interpretari vt suorum heredum (qui etiam liberi sunt, & hoc amplius sui heredes) ius restrinxerit. Sed hoc dicimus, quan-
13 tum ad effectum transmittendæ † ascendentium hereditatis in descendentes quasi iam acquisitæ nihil planè inter suos & non suos heredes hodie interesse. Nisi quod sui heredes eam transmittunt suo iure quod antiquum habent, id est, tanquam sui & consequenter etiam in quoscunque extraneos. Non sui verò non nisi ex nouo iure & beneficio constitutionis Theodosianæ, ac proinde non tanquam sui, sed tanquam liberi, nec in quoscunque, sed in eos tantùm de quibus constitutio locuta est, id est, qui sint ex descendentibus, ita vt ne quidem in ascendentes transmittere illam possint vt bene contra Accursium disputat Bartolus licèt moueatur malè ex *leg. 2. §. si quis ex liberis. D. ad SC. Tertyll.* qui locus pertinet ad ius vetus quod ante
14 Theodosium obtinebat, Sicut & malè † Accursius monebatur ex *leg. hostes 8. Cod. de suis & legit. verer.* quæ de suis tantùm heredibus loquitur, Nisi fortè ex hoc ipso conijcere volumus in ea fuisse Accursium sententia, vt credideric Theodosium liberis omnibus dedisse iura suorum heredum in ascendentium hereditate, In quo planè si ita sensit, erranit. Vnde illud etiam fit vt suis heredibus eorúmque posteris qui etiam sint iidem sui & necessarij heredes necessarium hodie sit perinde ac olim beneficium abstinendi, quòd tamen cæteris liberorum personis neque necessarium esse neque locum habere potest hodie magis quam olim. Omnibus tamen conuenit beneficium iuris recusandi,
15 † de quo loquitur constitutio, quia, *recusandi* nomen generalius est, quàm abstinendi. Quisquis se abstinet recusare etiam hereditatem dicitur. At non contra dicitur se abstinere quisquis recusat: Nam & qui repudiat recusat, qui tamen nisi stultè dici non potest abstinere. Nec valde dissimile est, quòd aliàs dici
16 solet sublatam esse hodie à Iustiniano † differentiam omnem suitatis & emancipationis quantum ad successionem intestati, *Nouell. 118. de heredit. ab intest. venient. cap. 1.* Id enim verum quidem est, sed non ita accipiendum vt emancipati hodie succedant parentibus tanquam sui, aut vt qui olim erant sui, hodie sui esse desierint, sed ita, vt cum suis succedant emancipati, at non tanquam sui, sed tanquam non sui, hoc est, ita vt facto aliquo & additione egeant vel gestione pro herede ad acquirendam hereditatem paternam, Excepto vno illo casu nostro Theodosianæ constitutionis, id est, quo agatur de hereditate illa paterna non ad extraneos heredes, sed ad liberos transmittenda. Sic enim constitutiones aliæ ex aliis interpretandæ sunt, vt quantum fieri potest inter se consentiant. Quod autem dicimus cum Theodosio transmitti † ascenden-
17 tium hereditatem ad descendentes, non vsque adeo simpliciter verum est vt ad effectum huius transmissionis nihil aliud in descendentibus requiratur nisi vt sint descendentes: Illud enim præterea requiritur non quidem vt sint instituti, quomodo loquitur post Accursium Bartolus ad hanc legem, *num. 3.* sed vt sint etiam heredes saltem legitimi illorum à quibus transmissio fit, vt possit ea transmissio fieri iure hereditario. Quo enim alio iure posset nepos maternus succedere in auiæ hereditate quæ ipsi filio aliquando quæsita intelligeretur, si nepos ipse filij heres non esset? Quod si heres quidem sit, sed fortasse pro dimidia tantùm, puta extraneo ei adscripto coherede: totam hereditatem ex transmissione, sed coniuncto adcrescendi iure consequetur, quia hereditas neque pro parte defuncto acquiri potuit, neque in totum acquisita pro parte transmitti, neque rursus ad extraneum transmitti cessante potestate constitutionis, quæ de extraneis locuta non fuit, quos è contrario ab hoc beneficio excluſit, loquendo de liberis & descendentibus duntaxat. In quo magis nouum mirúmque videri debet ius quod Theodosius introduxit. Nam cùm transmittentis hereditas non acquiratur transmissario multo, fortè qui non sit suus heres (pone enim agi de auiæ non paternæ, sed maternæ hereditate delata filiæ, quæ postmodùm superstitibus liberis ante aditam hereditatem decesserit,) ob idque factum nepotum interuenire necesse sit ad acquirendam matris successionem, alienum sanè videtur à iuris ratione vt liceat iis recusare auitam hereditatem, quæ matri acquisita fuisse intelligatur, & maternam nihilominùs retinere. Non enim idem permitteretur extraneo † vltro adeunti hereditatem
18 sui heredis qui patri suo necessarius heres extitisset: neque liceret ei separare hereditates quas vnitas & confusas reperisset, siue tanquam testamentarius veniret, siue tanquam legitimus, siue tanquam substitutus vt in *leg. paterfamilias 28. de reb. auctor. iudic. possidend.* Hoc siquidem casu illud obtinet quod Paulus scribit in *leg. si quis filiumfamilias 7. §. vltim. de acquirend. vel omitt. hereditat.* In omni successione illum qui heres extitit alij qui Titio fuerat heres, Titio quoque heredem esse videri vsque adeò vt nec Titij omittere hereditatem possit. Sed in casu Theodosianæ constitutionis ideò aliud est, quia hereditas ascendentis non acquiritur simpliciter & absolutè descendentibus, qui sui heredes non sunt, quomodo suis heredibus acquireretur, sed secundum quid

tantum, id est, vt iam explicauimus, quantum ad effectum transmittendæ in posteros hereditatis, nec rursus hoc ipsum simpliciter, sed cum hac exceptione, si descendentes eam hereditatem non recusent. Iis namque recusantibus, noluit Theodosius haberi hereditatem pro acquisita ei qui alioquin ipsam quasi acquisitam ad posteros transmisisset, si transmissionis beneficio vti voluissent. Potuit namque Theodosius in nouo isto iure inducendo constituere quicquid voluit, & quam siue acquisitioni, siue transmissioni formam voluit præscribere: Cúmque non tam liberis ipsis heredibus institutis & ante aditam hereditatem defunctis: quàm ipsorum posteris consulere voluerit, nulla erat ratio, cur cogeret posteros tanquam transmissarios hereditatem transmissam agnoscere, nisi vellent etiam transmittentis hereditate carere. Aut cur ascendentis hereditatem haberet pro ipso iure acquisita transmittenti fauore transmissarij, si transmissarius nemo esse vellet. Sed hæc dixisse sufficiat, quod ad hereditatis transmissionem vt sciatur quid noui Theodosius circa hereditates induxerit. Sed addendum etiam aliquid est, de legatis & fideicommissis, de quibus eadem constitutio loquitur in hæc verba, *Quod scilicet etiam super legatis seu fideicommissis à patre vel à matre, auo vel auia, proauo vel proauia derelictis locum habet.* Nam difficilius
19 videtur intelligere quodnam istud nouum † priuilegium sit liberorum circa legata & fideicommissa. Cùm ea sit sempérque fuerit differentia notissima inter hereditates †
20 & legata seu fideicommissa, quod hereditates sicut ignorantibus non acquiruntur, ita neque ab ignorantibus transmittuntur: Legata verò & fideicommissa è contrario & ignorantibus acquiruntur, & ab ignorantibus transmittuntur, *leg. filiusfamilias 16. in fin. D. qui testam. facer. possunt l. cum pater 77. §. surdo de*
21 *legat. 2.* Verùm dicendum est, † in iis demum legatis & fideicommissis hoc obtinere, quorum dies iam cesserit, viuo adhuc legatario & fideicommissario. Diem enim cessisse necesse est vt transmissioni locus esse possit, *leg. 2. 3. 4. & pass. D. quand dies legat. vel fideicomm. ced. l. 2. leg. penult. & vlt. C. eod.* Constitutionem verò
22 nouam † loqui de iis legatis & fideicommissis quorum dies nunquam cesserit, defunctis scilicet legatariis & fideicommissariis ante apertas tabulas. Neque enim poterat fieri vt dies legatorum & fideicommissorum ab herede præstandorum prius cederet quàm dies acquirendæ hereditatis, qui porrò non cedebat heredibus extraneis institutis nisi post apertas tabulas: Interim igitur defunctis legatariis & fideicommissariis tametsi essent illi ex liberis etiam in primo si voles gradu necesse erat caduca fieri & euanescere legata ac fideicommissa quæcunque iis relicta fuissent. Neque contrarium est quod supra diximus ex Vlpiano *fragment. tit.*
23 *17. de caduc. §. penult.* legem Papiam † erubuisse iugum suum imponere liberis & parentibus vsque ad tertium gradum. Id enim ita verum erat si ipsi heredes scripti fuissent, quemadmodum Iustinianus ipse interpretatur in *dict. leg. vnic. §. 1. Cod. de caduc. tollend.* idémque Vlpian. *tit. 18. qui hab. ius antiq. in caduc.* quod nescio an quisquam adhuc obseruauerit. Non ergo si quid iis relictum fuisset per legatum aut fideicommissum extraneis heredibus institutis. Siue quòd non tam fauorabiles viderentur liberi, quos parens ipse vel exheredasset vel præteriisset, nec institutione dignos iudicasset, quamuis adscripto iis aliquo legato vel fideicommisso, siue, quòd non sibi absurdissimè potuisset ita ius constitui vt priùs cederet dies legatorum vel fideicommissorum quàm hereditatis. Itaque sicuti fauor liberorum quibus aliquid testamento relictum esset, facere non poterat vt eo magis posset heres extraneus institutus acquirere sibi hereditatem ante apertas tabulas itaque vt eiusmodi legatorum & fideicommissorum dies ante apertas tabulas cederet, non magis quàm si extraneis relictum quid fuisset. Theodosius † verò hoc quoque 24
immutatum volens fauore liberorum constituit, Non quidem generaliter vt quæ ab ascendentibus relicta sunt legata vel fideicommissa transmittantur in descendentes, etiamsi legatarius vel fideicommissarius decesserit ante diem legati cedentem (ita enim sequeretur transmissioni locum fore, tametsi legatarius aut fideicommissarius viuo testatore decessisset, quod esset absurdissimum) sed vt quasi acquisita transmittantur in descendentes etiamsi is à quo transmissio fit decesserit ante apertas tabulas, Nimirum si decesserit defuncto iam testatore. Nullum enim aliud impedimentum fauore liberorum tollere Theodosius voluit, nisi quod lex Papia attulerat, non etiam illud quod ex iuris antiqui ratione suberat; quoties legatarius vel fideicommissarius defunctus esset viuo testatore. Igitur post eam Theodosij constitutionem, si quid ab ascendente descendenti relictum fuisset legati vel fideicommissi iure, & is descendens mortuus esset ante legatum vel fideicommissum agnitum extraneo herede relicto, non potuisset eiusmodi legati seu fideicommissi transmissio fieri in extraneum heredem, quia constitutio de facienda in descendentes duntaxat transmissione locuta esset. Et tamen si quæratur quid hodie iuris sit, non est dubi-
tandum quin † hoc casu transmissio fiat in heredem 25
quemlibet quantumcunque extraneum. Nempe propter constitutionem non illam Theodosij, sed nouam Iustiniani, quæ legem Papiam de caducis omnino sustulit, fecitque vt legatorum & fideicommissorum omnium purè relictorum dies hodie cedat non ab apertis tabulis, vt temporibus Theodosij, sed ex die mortis, & consequenter vt possint hodie transmitti non minùs in extraneos quoslibet, quàm in descendentes, *d. l. vnic. §. in nouissimo. C. de cad. toll.* Adieci, *purè relictorum*, quia in legatis & fideicommissis conditionalibus aliud est cùm dies eorum non cedat ante conditionis euentum *dict. l. vnic. §. sin autem aliquid sub conditione.* Inde namque fieri necesse est vt mortuo ante conditionem impletam legatario vel fideicommissario etiam qui fuerit ex liberis, nulla tamen legati vel fideicommissi transmissio fieri possit, ne quidem in descendentes siue Theodosianum ante Iustinianeum ius spectes, vt bene ad hanc legem Accursius quoque vidit à Bartolo cæterisque magis communiter probatus, quamuis idem Accursius parum consulto contra scripserit *ad leg. is cui 42. D. de oblig. & action.*

ERROR X.

De Theodosiana transmissione ad intestati quæque successionem producta.

SVMMARIA.

1 *Sententia interpretum de Theodosiana transmissione ad intestati successionem producenda.*
2 *Opposita auctoris sententia.*
3 *Quinam intestati dicantur, tacitè videri legitimam hereditatem ab intestato successuris relinquere, eósque instituere.*
4 *Codicilli ab intestato etiam facti valent.*
5 *Ratio quâ nititur Theodosij constitutio.*
6 *Ad quem casum pertineat Theodosij constitutio.*
7 *Qua ratio Theodosium impulerit ad ius nouum inducendum.*
8 *Theodosius constituit vt liberis non noceret, quod ante apertas tabulas decessissent, sine instituti fuissent, sine legata vel fideicommissa meruissent.*
9 *Cum nulla sunt tabulæ cessant ea quæ Theodosium ad ius nouum constituendum impulerunt.*

10 *Lex Theodosij non potest protrahi ad casum intestati.*
11 *Acquirendæ hereditatis impedimenta varia.*
12 *Lex Papia nihil habet commune cum successione intestati.*
13 *Ad transmissionis priuilegium inducendum quæ requirantur.*
14 *Non omni casu hereditas ascendentis transmittitur à descendente in descendentes.*
15 *Transmissionis beneficium ad eos quoque descendentes pertinet qui nati sunt, adeóque concepti post mortem primi ascendentis de cuius hereditate agitur.*

1 COnsentiens † vox est interpretum omnium & pragmaticorum post Accursium & Bartolum ad *legem vnicam. Cod. de his qui ante apert. tabul. hered. transmitt.* ius illud nouum quod Theodosius ea constitutione induxit de ascendentium hereditatibus quamuis non aditis, tamen tanquam acquisitis in descendentes transmittendis, non minùs habere locum si ab intestato quàm si ex testamento succedatur. Non quod verba constitutionis hanc interpretationem suadeant, quæ ad illum casum apertè pertinent, quo tabulæ extent, & ante apertas tabulas liberi decesserint: Sed quia constitutionis fauor, & æquitas non minùs locum habere videatur in personis descendentium cùm ab intestato succeditur, quàm si ex testamento succederetur, Ne ascendentium hereditate fraudentur quæ iis debita est naturali quodam iure, adeóque ex voto ipso & desiderio parentum qui cùm intestati decedunt superstitibus liberis, quorum sciunt primas esse partes in causa successionis intestati, non minùs id proculdubio agunt, vt liberos habeant heredes quam si eos nominatim
2 scriberent in testamento. At mihi † contrà semper visum est eam Theodosij constitutionem sicuti de intestati successione nullomodo loquitur ita neque ad intestati casum adaptari posse. Neque puto iam de eo quemquam dubitaturum, qui ea bene percipiat, quæ proximo capite disputauimus. Nam siue verba constitutionis inspicimus ex quibus potissimum est inspicienda & indaganda mens constituentis, tota constitutio est de his qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt, ab intestato autem nihil est quod de tabulis vel apertis vel aperiendis tractari possit, siue rationem constitutionis attendimus, illa affertur in vltima legis parte, quòd indignum sit fortuitas ob causas vel casus humanos fraudari descendentes auita vel proauita successione aliósque aduersus auitum vel proauitum desiderium aut institutum insperato legati commodo vel hereditatis gaudere. Quæ ratio vel nulla vel certè minor est cùm succeditur ab intestato. Euenit enim plerumque vt ab intestato heredes illi sint quos omnium minimè habere paterfamilias voluisset, puta si fortè intestatus ille decesserit contra voluntatem suam, fortassis morte præuentus cùm se ad testamentum faciendum accingeret, aut testium solemnem numerum aut denique cæterorum quæ tam multa ad factionem testamenti requiruntur, oportunitatem ex-
3 pectaret. Nam quod dicitur, † eum qui intestatus moritur tacitè videri relinquere legitimam hereditatem ab intestato successuris, tacitéque illos instituisse censeri *l. conficiuntur* 8. *iunct. l.* 3. *in princip. D. de iur. codicill.* indéque esse vt possit quilibet legitimos heredes suos grauare fideicommisso, vt in iisdem locis scriptum est & in *l. ab exheredati* 126. *de legat.* 1. ad eos demum intestatos pertinet, qui testamentum facere, cùm possent nolucrunt vt vltro intestati morerentur. Etsi non
4 nego † valere codicillos ab intestato factos etiamsi eo tempore facti sint, quo paterfamilias testamentum facere non potuisset ob aliquod impedimentum facti, tametsi maximè voluisset *dict. l. conficiuntur.* §. *codicilli*: quia sufficit ad validitatem codicillorum, vt qui codicillos fecit, habuerit eo tempore factionem testamenti licèt in eas angustias se coniecerit aut temporis aut loci vt retento iure testandi, desierit tamen facto testari posse. Sed non facit ea res vtex toto & desiderio patrisfamilias qui testamentum facere cogitabat extranei heredis habendi gratia ipsius hereditas peruenirt ad legitimos successores. Multo minùs, vt in omni casu legitimæ successionis institutus ille videatur qui succedit ab intestato; Alioqui paullatim dicendum erit testatum quoque decessisse illum, qui siue volens siue inuitus decesserit intestatus. Quid enim aliud est decedere testatum quàm decedere aliquo herede instituto? Atqui constitutio † Theodosij ea potissimùm æquitatis
5 ratione nititur, Ne contra desiderium & institutum parentum hereditates ipsorum ad alios quàm ad descendentes perueniant. Ad illum † igitur duntaxat casum constitutio pertinet, quo testamentum factum sit, in eóque institutus fuerit ab ascendente ille ex descendentibus qui transmittit hereditatem in suos descendentes. Hoc enim casu quamuis nihil in testamento dictum sit de iis descendentibus in quos transmissio fit, coniectura tamen pietatis auitæ vel proauitæ facit, vt in qua portione filium suum quis heredem instituit, eam ipsam portionem ad filij posteros hereditario iure peruenire voluisse intelligatur, vt subtilissimè Papinianus ratiocinatur in specie *l. cum auus* 102. *de condit. & demonstr. & Iustinianus in l. cum acutissimi* 30. *Cod. de fidei.* At rursum, si eam præcipuè rationem inuestigare † volumus quæ Theodosium impellere potuit, ac 7
propemodum cogere debuit vt tam nouum & ab ipsius iuris ratione alienum ius induceret, apparebit manifestius quam parum subtiliter faciant qui quod à Theodosio constituturum est expressè in casum testati, tam audacter protrahunt ad casum intestati. Ratio non alia maiórve esse potuit, quàm quòd antea eueniret plerumque, vt quamuis lex Papia iugum suum liberis ad tertium vsque gradum constitutis imponere erubuisset, liberi tamen heredes instituti, si ante apertas tabulas morerentur, parentum hereditates amitterent quippe quas sibi acquirere non potuissent, Obstante non tam lege Papia quàm tabularum obsignatione per quam persæpe fieri necesse erat, vt qui heredes scripti essent siue liberi siue extranei, se tamen scriptos ignorarent, ex eóque adire prohiberentur. Nec enim vnquam licuit heredi instituto adire, nisi qui se institutum sciret. Idque est quod ait constitutio in *vers. siquidem perindignum est fortuitas ob causas vel casus humanos*, &c. Fortuitum enim illud est & ad casus humanos pertinens, nisi quod non sit sine magna perpetuáque Dei Optim. Max. prouidentia, vt qui institutus fuit moriatur non solùm ante apertas tabulas, sed priùs etiam quàm instituta se sciat. Id verò cùm euenit, perindignum sanè videtur & iniquum vt inopinatus ille euentus adferat liberis iacturam hereditatis ascendentium: Cùm non fuerit in potestate instituti ante apertas tabulas defuncti, vt vel non tam citò moreretur, vel aliunde quàm ex apertura tabularum addisceret heredem se institutum, vel denique aditet hereditatem priusquàm sibi delatam fuisse sciret: ob idque non possit ei imputari cur non fecerit, quod vt faceret non fuit in eius potestate. Eadem porro iniquitas euidentior est in legatis & fideicommissis quæ relicta sint vni liberorum heredibus extrancis institutis. Nam cùm extraneos illos institutos ex partibus lex Papia non pateretur hereditatem adire ante apertas tabulas, nec proinde priùs cedere diem legatorum vel fideicommissorum ab iis heredibus præstandorum, An non erat iniquum intercidere legata & fideicommissa, non quidem eo casu quo scripti heredes ante apertas tabulas decessissent (fiebat enim caduca hereditas cum onere legatorum & fideicommissorum,

commissorum, q uemadmodum & legata ipsa ac fideicommissa fiebant caduca cum suo onere vt Vlp. *scribit in fragm. tit. 17. de caducis. in fin.*) sed eo demum casu quo liberi ipsi iidémq ue legatarij aut fideicommissarij nondum apertis tabulis mortui fuissent? Multo minùs enim poterat fieri vt legata vel fideicommissa consequerentur, aut peterent etiam quæ sibi relicta esse scirent, quorum scilicet dies ante apertas tabulas non cessisset. Vt ergo huic iniquitati & periculo Theodosius occurreret, iustissimè constituit † vt liberis non noceret quod ante apertas tabulas decessissent siue instituti heredes fuissent, siue legata vel fideicommissa meruissent. At cessant ista omnia cum nullæ sint tabulæ, † quia eo casu si de hereditate agamus, non potest ignorare legitimus successor quisquis ille sit, sed in primis si sit ex descendentibus, quin delata sit ei hereditas ascendentis, ob idque possit illam pro arbitrio quandocunque sibi acquirere vel adeundo, vel saltem pro herede gerendo nuda etiam voluntate §. *vlt. Instit. de heredit. qualit. & differ.* Et consequenter si decesserit non agnita hereditate, est quod illi imputetur, quare non agnoverit, Nec ratio vlla est cur fauore liberorum ipsius, habeatur hereditas pro ipsi acquisita ipso iure quam ille sibi acquirere viuus cum posset si non voluit, certè nec voluit. Si verò de fideicommissis tractamus (nam de legatis ab intestato tractari nequit cum non possint reliqui nisi in testamento aut in codicillis testamento confirmatis) certum est eorum diem cedere ex instanti mortis eius personæ quæ fideicommissum reliquit, & de cuius hereditate agitur, atque ita in potestate fideicommissariorum esse vt statim agant, Adeóque si priùs decesserint quàm egerint siue agere potuerint siue non potuerint, fortassis nondum per heredem legitimum adita hereditate, nihilominùs fideicommissi actionem in fideicommissarij heredes transmitti non tantùm si descendentes sint, sed etiam si ascendentes omninóve extranei. Proinde non potest dari casus in quo necessaria fuerit constitutio Theodosij ad faciendum vt fideicommissa descendentibus relicta ab intestato in ipsorum posteros & descendentes transmitti possint. Nam neque lex Papia neque aliud quidpiam vnquam obstitit quominus fideicommissorum ab intestato relictorum dies cederet ex instanti mortis nec consequenter quominus transmissio eorum fieri posset in fideicommissarij heredes quoscunque: Igitur constitutio ista Theodosij, nec qua parte de legatis, nec qua de fideicommissis loquitur, interpretationem illam recipere potest vt habeat locum ab intestato. Quod cùm ita sit; illud etiam sit consequens vt neque in hereditatibus ea interpretatio capi possit. Aperta enim sunt verba Theodosij illud ipsum in posteriore legis parte constituti circa legata & fideicommissa, quod circa hereditates constitutum fuerat in priore. Ergo vel tota lex, † vel nulla pars legis protrahi potest ad causam intestati. Non tota vt probauimus. Ergo pars eius nulla. Et sanè hoc vnum egit Theodosius vt descendentibus qui vel hereditatem vel legatum vel fideicommissum ab ascendente accepissent prospiceret, ne si forte morerentur ante apertas tabulas damnum ex eo vllum tenterent. Non etiam vt hereditas aut legatum vel fideicommissum iis omnimodo acquireretur, id est, in eum quoque casum quo nec sublata lege Papia acquiri potuisset: Denique legis Papiæ duntaxat non autem iuris communis & antiqui obstaculum tollere Theodosius voluit, in fauorem quidem descendentium testamento honoratorum, sed tamen ita demum si fauor ille cederet commodo aliorum qui essent etiam ex descendentibus. Finge itaque adhuc durare legem Papiam nec à Iustiniano fuisse sublatam, filiúmque à matre vel ab auo materno heredem institutum, qui subinde decesserit, non adita quidem hereditate, sed tamen post apertas tabulas, & superstitibus liberis, An dicemus locum esse nouæ constitutioni vt hereditas ista quasi iam acquisita in heredis instituti posteros transmittatur? Non puto, quia post apertas tabulas nullus legi Papiæ locus superest, succeditque ius commune quod non patitur vt hereditas non adita transmittatur non solùm si aliquid possit † imputari ei qui non adiit, sed etiamsi nihil, fortè quod ignorauerit sibi delatam hereditatem quantumuis probabili ignorantia, puta quod abesset eo tempore quo paterfamilias decessit, aut quo apertæ fuerunt tabulæ. Quid enim si filius hic institutus decesserit, non solùm ante apertas tabulas, sed etiam priusquàm sciret mortuum esse testatorem quem adhuc viuere existimabat? Aut quid si de iure suo dubitabat, fortè suspicians testatorem non habuisse factionem testamenti? His omnibus casibus, & aliis, si qui sunt similes, constat ex ratione iuris communis non modò transmitti non posse hereditatem nondum aditam, sed neque aditi ab herede instituto tametsi maximè velit, *leg. qui her. ditatem 19. l. in repudianda 23. leg. heres institutus 32. & pass. D. de acquir. heredit.*, nec minùs hodie post sublatam à Iustiniano legem Papiam quàm si lex Papia vigeret. Non enim ex lege Papia, sed ex iure communi omnia hæc acquirendæ hereditatis impedimenta proficiscuntur. Si ergo his etiam casibus in quibus adsunt tabulæ testamenti, nihilomagis constitutio Theodosij locum habet, quia nihil habent illi casus commune cum lege Papia, Quantò minùs habebit locum si ab intestato succedatur? Nam neque aliquid commune habet lex Papia cum successione intestati, neque hoc casu amittit nepos aui hereditatem propter legem Papiam, aut propter cuentum aliquem cui lex Papia caulam dederit, sed propter regulas iuris communis. Nec monemur ex illis verbis legis, *siue se nouerint scriptos heredes siue ignorauerint*. Non enim hunc sensum habent quasi omnimodo & indistinctè transmissionis priuilegium liberis heredibus institutis concedere Theodosius voluerit, sed intelligi debent suppositis, vt semper fieri oportet, terminis habilibus, id est, talibus quales esse necesse est, vt hereditatis primùm acquisitio non impediatur. Quo enim colore fecisset Imperator vt hereditas pro ipso iure acquisita haberetur, quam expressa voluntate sibi acquirere institutus heres etiamsi maximè voluisset tamen non potuisset, incertus nimirum de iure suo? At neque ad transmissionis † priuilegium inducendum illud sufficit vt hereditas ipsa fuerit, quod aiunt, acquiribilis ex parte tam hereditatis quàm heredis instituti, sed illud præterea requiritur vt non possit imputari ei qui acquirere potuit, cur non acquisierit, quomodo potest imputari ei qui post apertas tabulas cùm se heredem siue ex asse siue ex parte scriptum comperisset, negligens tamen fuit in ea hereditate acquirenda tandémque priùs decessit quàm adiret. Cessante namque impedimento legis Papiæ post aperturam tabularum, sicut poterat hic institutus hereditatem adire ex iure communi, ita & non adeundo videtur vti voluisse, & vsus esse iure communi, cùm nullo iam priuilegio ad hereditatem acquirendam indigeret. Nec illud rursum sufficit, vt nihil possit imputare ei qui non adiit, si non etiam concurrat, vt causa propter quam imputari nihil queat, proficiscatur ex iusta ignorantione cui occasionem id tantùm præbuerit quod clausæ fuerint tabulæ. Nam si ideo ignorauit se institutum heredem quod nec sciuerit factum à parente testamentum, nec crediderit parentem decessisse, aut si qua alia de causa idcirco non adiit quod de iure suo dubitauit, nihil ad heredes suos transmittere potest, nec magis ad descendentes quàm ad extraneos. Dices imò verò constitutionem fauere liberis quod ad hoc priuilegium transmissionis: non solùm si ignorauerint se scriptos heredes, verùm etiam si sciuerint, cùm tamen iis qui sciuerunt possit imputari cur non adierint ante

apertas

apertas tabulas, nimirum lege Papia nihil quod ad hoc obſtante liberis, aut parentibus ad tertium vſque gradum. Reſpondeo fauere quidem liberis etiam qui ſciuerunt ſe inſtitutos (quanquam maior erat in illis ratio dubitandi, minórque æquitas iis ſubueniendi) ſed ita demum ſi deceſſerint ante apertas tabulas, non item ſi poſtea. Hoc enim omnino Theodoſius requirit, vt ante apertas tabulas defuncti ſint, vt quod clauſæ ſunt tabulæ iuſtam præbeat excuſationem non aditæ hereditatis, ei quoque qui nihilominus adire potuerat ſi voluiſſet. Ideo fortaſſe quod etiamſi aliunde ſciuerit quæ in tabulis continentur, probabilem tamen ignorantiæ cauſam poteſt prætexere, qua ex parte aut quibus conditionibus heres ſcriptus eſſet, quæ omnia æquum eſt ſcire illum qui adire vult & poteſt priuſquàm adeat. Poſteaquàm verò apertæ ſunt tabulæ nulla prætexendæ ignorantiæ probabilis cauſa ſupereſt, nec ſi abſens apertarum tabularum tempore fuerit is qui heres inſtitutus eſt, poſteáque deceſſerit antequàm apertas reſciret, quoniam abſentia, mors, & alia huiuſmodi emergentia quæ additionem vel remorantur, vel impediunt, extrinſecus accidunt non ex eo quod tabulæ, vel clauſæ fuerint vel apertæ, ideóque perinde accidere poſſunt etiam poſt apertas tabulas, & perinde accidunt hodie poſt legem Papiam ſublatam. Et quamuis laudandus ſit magis quàm vituperandus is, qui poſt etiam quàm ſciuit ſe inſtitutum heredem adhuc deliberat & cunctatur an debeat adire necne, ſi tamen interim decedat non adita hereditate æqui bonique conſulere debet, quod ad heredem ſuum nihil tranſmittit, qui ppe qui tanti habuit periculo amittendæ hereditatis, maius periculum dubiæ hereditatis inconſulto adeundæ effugere. In ſumma quemadmodum errarent qui diceret Theodoſium communicaſſe liberis omnibus ea iura omnia quæ olim propria erant ſuorum heredum, tametſi propoſitionem hanc reſtringeret ad cauſam tranſmiſſionis, adeóque hoc etiam addito *in ſolos deſcendentes*. Ita & errare illos fatendum eſt, qui † 14
putant omnimodo & omni caſu hereditatem aſcendentis tranſmitti à deſcendente in deſcendentes. Nam cùm non tranſmittatur tanquam acquirenda, ſed tanquam acquiſita, vt ſemper diximus. Idem hoc eſſet, quod dicere, Omnimodo & omni caſu acquiri hereditatem liberis etiam ignorantibus, & ſiue in iure, ſiue in facto errantibus, aut titubantibus. Quod ipſum tamen aliis quàm ſuis heredibus conuenire nullomodo poteſt, qui cùm ſint heredes ſtatim & ipſo iure non ſolùm ignorantes, ſed etiam inuiti, & citra vllam additionem, *l. in ſuis 14. D. de lib. & poſthum. l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* parum refert an ſciant, an ignorent, an dubitent. Illud planè non nego quod poſt Dynum, & Cynum tractat Bart. in vltima ad hanc legem
quæſtione. Hinc tranſmiſſionis beneficium + ad eos 15
quoque deſcendentes pertinere qui nati ſint adeóque concepti poſt mortem primi aſcendentis de cuius hereditate agitur. Ideunque prorſus conſequens eſt ei quod volumus tranſmitti hereditatem tanquam acquiſitam ei à quo tranſmittitur. Quid enim poteſt intereſſe an conceptus ſit viuo auo is qui à patre non ab auo hereditatem habere intelligitur? Alioqui ſi cum interpretibus quis ſentiat tranſmitti hereditatem quaſi adeundam, difficilius eſt vt tranſmittatur in nepotem qui auo viuo conceptus non fuerit, præſertim ſi iuncto alio eorundem interpretum errore, ponas tractari de ſucceſſione inteſtati, quia neque nepos, neque cognatus, aut alio vllo modo coniunctus defuncto eſſe intelligitur ille qui poſt ipſius mortem conceptus eſt *l. Titium 7. & ſeq. D. de ſuis & legit. & l. 1. §. ſi quis proximior. D. unde cognat.* Quanquam ſi aliud nihil vrgeret, poſſet dici eam ſententiam ad illos pertinere, qui ab inteſtato ſuccedunt ex perſona propria, non ad illos qui ex perſona alterius & iure tranſmiſſionis.

ANTONII FABRI IC.

Decas Trigeſimaquinta.

ERROR PRIMVS.

De teſtamento in ſcriptis inter liberos, in quo facta ſit per patrem diuiſio hereditatis aut bonorum.

SVMMARIA.

1 *Celebres conſtitutiones Imperatorum de teſtamentis inter liberos factis.*
2 *Conſtantini conſtitutionis ſumma.*
3 *Theodoſiana conſtitutio, & eius ſanctio.*
4 *Iuſtiniani conſtitutio, & eius ſumma.*
5 *In teſtamento imperfecto inter liberos parentis literas neſcientis an ſufficiat alium pro eo ſcripſiſſe.*
6 *Cùm agitur de ſcriptura, qua bonorum diuiſionem inter liberos continet, ſufficit liberorum omnium ſubſcriptio.*
7 *Secus eſt ſi diuiſio fiat hereditatis ex partibus inequalibus.*
8 *Diuiſio hereditatis non eſt confundenda cum diuiſione bonorum.*
9 *Verba Auth. ſi modò. Cod. famil. erciſc. pertinere ad eam ſcripturam, qua ſolam diuiſionem bonorum continet.*
10 *Sola liberorum ſubſcriptio non ſufficit, niſi agatur de patris ſchedula per quam facta ſit tantùm bonorum diuiſio.*
11 *Error Irnerij.*

Res ſunt celebres † Imperatorum conſtitutiones de teſtamentis inter liberos factis. Prima Conſtantini in *l. vlt. C. famil. erciſc.* Secunda Theodoſij in *l. hac conſultiſſima 21. §. ex imperfecta. C. de teſtam.* Tertia Iuſtiniani in *Nouell. 107.* cui titulus eſt, *De teſtam. imperfect. à parent. in liber. fact.* Conſtantinus † primus induxit, vt inter li- 2
beros omnes, ſiue ſui ſint, ſiue emancipati, & ſiue ex eodem, ſiue ex diuerſo veniant gradu, dummodo pariter ad ſucceſſionem inteſtati vocentur, iure ſcilicet repræſentationis quod inter deſcendentes in infinitum ſemper locum habuit, ſiue cœptum, neque impletum teſtamentum, vel codicillus ſeu epiſtola parentis eſſe memoretur, ſiue quocunque alio modo ſcripturæ quibuſcunque verbis vel indiciis inueniantur relictæ, ab inteſtato

intestato quidem vocentur liberi ad successionem, sed tamen iudicio familiæ erciscundæ dispositio defuncti seruato Senatusconsulti auxilio, id est, tetenta quarta ex Pegasiano, custodiatur, etiamsi solemnitate legum fuerit destituta. Nempe quod ad liberos, non etiam quod ad alios, si qua persona extranea liberis permixta esse proponatur. Ante quam constitutionem ita ius erat, vt sufficeret quidem declaratam esse voluntatem quibuscunque verbis, sed non quibuscunque indiciis: verba enim necessaria erant, vt constat ex *l. filij 16. eod. tit.* Theodosius † verò tractans de testamento imperfecto, etsi non vult defuncti voluntatem tenere quæ in eo declarata sit, subiicit tamen exceptionem, *misi inter solos liberos*, ne dubitare quis possit, quin ex imperfecto quoque testamento inter liberos voluntas conseruanda sit, cuiuscunque tandem sit sexus & naturæ parens qui testatus est, vt loquitur Iustinianus in *præfatione dictæ Novell.* 07. vbi apertè testatur additum hoc fuisse à Theodosio ad Constantini legem, quæ de patribus tantùm loquebatur. Etsi enim verba constitutionis de parente generaliter loquuntur, quo nomine certum est vtriusque sexus parentem significari, *l. 4. §. parentem. D. de in ius vocand.* bene tamen Iustinianus vidit de solis patribus sensisse Constantinum, ob hoc ipsum quòd de iis tantùm liberis locutus fuerat, qui vel essent sui vel emancipati, quorum neutrum conuenire potest liberis respectu matris, aut aliorum ascendentium materno-rum, quippe qui nec suos heredes habent, nec proinde emancipatos *l. 4. §. ad testamenta. D. de bonor. poss. contr. tabul. §. fœmina. Instit. de adopt.* Et lanè maior erat ratio fauendi iudicio patris quàm matris, cum paternum consilium & iudicium longè totius esse soleat legibúsque minùs suspectum, quàm maternum, vt in tutoris datione aliisque non paucis exemplis videre est. Theodosium tamen vt idem iuris in vtriusque sexus parente constitueret mouere potuit mouitque procul dubio fauor successionis, debitaque parentis cuiuslibet iudicio reuerentia, cùm æquo iure liberi ad vtriusque parentis hereditatem vocentur, & vtrique parenti, licèt inæqualis sit eorum potestas, par tamen & æqualis reuerentia pietásque debeatur, *l. 4. D. de curat. furios. l. 7. §. vlt. D. vnd. lib. l. vlt. D. de bonor. damnat.* Ex quo apparet in *d. §. ex imperfecto*, verba illa, *à parentibus vtriusque sexus*, quæ in nonnullis editionibus tanquam irrepti-tia vel saltem suspecta notantur, omnino retinenda esse, nec alij quàm Theodosio, si Iustinianum consulimus, adscribi posse. At cùm duabus illis Constantini & Theodosij constitutionibus, plerique, quod passim fieri solet, sic abuterentur vt diuinantibus magis quàm interpretantibus egere viderentur, putauit Iustinianus
4 † *dict. Novell.* 107. adhibendum esse temperamentum ne cum Iustiniano ipso dicam emendationem, vt non quælibet parentis voluntas quibuscunque iudiciis & coniecturis declarata inter liberos defendatur, quomodo antea defendebatur, sed ea demum quæ certas habeat solemnitates, nouella illa constitutione præscriptas. Nimirum vt si literas sciat, tempus facti testamenti primùm declaret sua subscriptione, deinde quoque filiorum nomina propria manu. Tertiò vncias ex quibus liberos scripsit heredes, non signis numerorum significandas, sed per omnes totasque literas declarandas, vt vndique claræ & indubitatæ consistant. Cur
5 verò addidit † Iustinianus, *si literas sciat?* An quod in eo qui literas nescit, solemnitas ista non sit necessaria, sufficiatque alium pro eo scripsisse testamentum illud minus solenne dummodo integris literis scripserit non notis? Ita nonnulli putant quod probare non possum, quia non id agit Iustinianus, vt Constantini & Theodosij leges amplet, sed potius vt coerceat effrenatam illam obscurè testandi licentiam qua earum constitutionum prætextu parentes passim abutebantur. Atqui constitutiones non loquebantur, nisi de eo qui in scriptis aliquid disposuisset, vt verba ipsa præ se ferunt. Porrò in scriptis ita testari nemo poterat, vt aliena manu heredem scribere posset, nisi saltem ipse subscripsisset, si ius vetus inspicias, at ne quidem si subscripsisset, inspecto iure Codicis, vt constat ex *leg. iubemus 29. C. de testam.* quæ quamuis sit Iustiniani, non alia tamen testamenta valere patitur, quàm quæ vel manus vel lingua testatoris fecerit, in quo numero non potest contineri testamentum aliena manu conscriptum, non magis quàm quod aliena manu dictatum esset. Nec fuit hac parte quicquam immutatum ante Nouellam eiusdem Iustiniani 119. cui titulus est, *Vt sponsalit. largit. §. quia verò*, vbi primum Iustinianus induxit, vt secundum priscam consuetudinem liceat testari, quæ nihil aliud exigebat nisi vt & testatoris & testium subscriptio adhiberetur, non etiam vt heredis nomen, siue testatoris, siue alicuius ex testibus manu scriberetur, vt idem Iustinianus refert *in Instit. tit. de testam. ordin.* Itaque eo tempore quo facta est dicta constitutio Nouella 107 id ius obtinebat quod fuerat constitutum *in dict. leg. iubemus*, ex eáque proinde lege constitutio planè interpretanda est, & consequenter non de alio in scriptis facto testamento intelligenda, quàm quod factum sit à testatore literas sciente. Quomodo enim qui literas nesciret, ipse aut heredis nomen scribere, aut subscribere posset? Sanè non nego posse hodie testamentum in scriptis fieri etiam ab eo qui literas ignoret cùm quacunque manu nomen heredis scribi possit. Sed nego ad hæc testamenta pertinere constitutiones illas Imperatorum, De testamentis imperfectis, ideóque contendo noua opus fore constitutione, vt quis possit dicere voluntatem defuncti ex eiusmodi testamentis tuendam esse. Si tamen non de testamento agatur, sed de ea scriptura, † quæ non tam hereditatis, quàm bo-
6 norum diuisionem inter liberos contineat, voluit Iustinianus sufficere liberorum omnium (non etiam vnius ex ipsis, vt malè vulgo creditur) inter quos partitio fit, subscriptionem §. *quia verò d. Novell. de testam. imperfect.* Nimirum quia eo casu de solo iure liberorum agi videtur, & vt eiusmodi diuisio iure contractus valeat magis, quàm iure vltimæ voluntatis (postquam placuit valere pactum de hereditate tertij viuentis, dummodò tertius ille consentiat, & in eadem voluntate perseueret, *l. vlt. C. de pact.*) tantum abest vt possit valere iure testamenti. Quod & ex communi nostrorum sententia bene scribit Iulius Clarus *in §. testamentum, quæst. 14. sed pone.* Nisi quod nimis generaliter loqui videntur nostri, cum hoc ipsum tradunt de qualibet schedula patris, quæ à patre nec scripta fuerit nec subscripta. Si enim poneres † patris schedulam extare, nec scriptam
7 ab eo, nec subscriptam, qua contineretur diuisio hereditatis ex aliis portionibus quàm quæ liberos contingerent ab intestato, id est, ex inæqualibus, vtique non ob id solùm posset valere, quod liberi omnes etiam ex minore parte instituti consensissent, & subscripsissent. Neque ad hunc casum aptari meo iudicio potest Iustiniani constitutio, quoniam non est in potestate liberorum, neque alterius quàm testatoris aut legis, vt portiones hereditarias constituat, nec proinde fieri vlla pactione potest, vt inæquales hereditatis partes ij habeant, quos lex ipsa ex æqualibus facit heredes, cùm testamentum nullum factum est. Quid enim aliud est hereditarias partes constituere, quàm hereditatem ipsam huic & huic pro parte date? Atqui hereditas neque per contractum neque aliter quàm per testamentum dari ab alio quàm à lege potest, *l. hereditas 5. Cod. de pact. conuent. tam. sup. dot.* Necesse igitur est eam scripturam, quæ diuisionem hereditatis contineat, aut à testatore scriptam subscriptámve esse, aut nullomodo valere, non magis contractus, quàm testamenti iure. Etsi enim cùm quoque cùm à testatore ipso scripta vel subscripta est, non eo magis valeat iure testamenti vel con-

tractus,

factus, valet tamen iure voluntatis ab inteſtato propter auctoritatē conſtitutionum Imperatorum Conſtantini, Theodoſij & Iuſtiniani, quæ ad hunc caſum expreſsè pertinent, quibus ceſſantibus nihil eſt quod poſſimus dicere præter id, quod ſit ex iure communi: ex quo portò nemo dixerit valere poſſe voluntatem, ne quidem ab inteſtato, quæ nullam penitus habeat obſeruationem. Nam & in voluntate inteſtati, teſtium quoque numerus aliquis, & alia pleraque requiruntur, quæ interuenire in ſcriptura patris inter liberos non eſt neceſſe, vt ſequenti capite dicemus. Nec putet quiſpiam
8 eſſe hanc inanem, & verbalem tantùm diſtinctionem † bonorum & hereditatis. Habet enim optimam rationem, quia nihil vetat etiam illum qui ex ſemiſſe heres ſit eam facere bonorum diuiſionem, per quam longè minorem quàm dimidiam bonorum partem conſequatur: cùm non eo minùs futurum ſit, vt ex ſemiſſe ſit & videri debeat heres: quod non ſimiliter dici poſſet de illo, qui cùm eſſet legitimus heres ex ſemiſſe non niſi tertiam tamen hereditatis partem haberet. Implicat enim contradictionem, vt quis ſit heres ex ſemiſſe, nec ſemiſſem habeat hereditatis, cùm hereditas illa ſit quæ facit heredem, non etiam bona, vel quantitas bonorum. Nam & euenit plerunque vt qui ex certa hereditatis parte ſcriptus eſt, pro ea tamen parte iubeatur contentus eſſe certis rebus quarum æſtimatio eius partis æſtimationi non reſpondeat: quo tamen caſu perinde tenetur oneribus omnibus hereditariis pro ea parte ex qua ſcriptus fuit, acſi pro eadem parte haberet compe tentem bonorum portionem, *l. ex facto 35. D. de heredit. inſtit.* vt appareat nihilominus eſſe illum & intelligi pro ea parte verè heredem. Ergo quod ſcriptum
9 eſt in *Authent.* † *ſi modò C. famil. erciſc. Si modò ſubiiciantur huic ſcripturæ vel ipſius parentis vel omnium, inter quos ſit partitio, liberorum ſubſcriptio*, non ita accipiendum eſt, quaſi ad confirmandam patris ſchedulam quamlibet nihil interſit an pater ipſe an liberi ſubſcripſerint, ſed reſtringendum neceſſariò eſt ad eam ſcripturam quæ ſolam bonorum diuiſionem contineat, Vt conſtat ex *Nouell. 18. de trient. & ſemiſſ. cap. 7. §. & quod ſæpe: Vnde ſumpta eſt dict. auth. ſi modò, & ex dict. Nouell. 107. §. quia vero*, vbi eadem illa prior Iuſtiniani conſtitutio & referetur & confirmatur. Nam ea quoque Conſtantini lex ad quam Irnerius accommodauit ius nouum, non niſi de diuiſione loquitur, & de iudicio familiæ erciſcundæ, quod etiam titulus ipſe oſtendit, ſub quo lex poſita eſt: Quanquam illud ſemper cauendum eſt quod monuimus ne diuiſionem hereditatis cum diuiſione bonorum confundamus. Etenim Conſtantini lex quæ patris ſchedulam inter liberos tuetur quibuſcunque indiciis & coniecturis ſuffultam, illam quoque diuiſionem complectitur, quæ à patre facta ſit hereditatis non bonorum. Eſt enim lex generalis: Iuſtiniani autem conſtitutio quæ ad legem Conſtantini hoc addit vt neceſſaria ſit ſubſcriptio vel teſtatoris vel liberorum, eſt quidem etiam generalis, ſi diſiunctim de patris ſubſcriptione accipiatur, quia nulla eſt patris ſcriptura tam imperfecta quæ non etiam hodie defendatur ſi habeat ſubſcriptionem teſtatoris, dummodo talem qualem eſſe illam voluit Iuſtinianus, id eſt, quæ & nomina liberorum, & tempus teſtamenti, & modum vnciarum contineat, ſed non æquè ſi accipiatur ſeparatim de ſubſcriptione liberorum, quan-
10 doquidem ſola † liberorum ſubſcriptio nunquam ſufficit, niſi cùm agitur de ea patris ſchedula per quam facta ſit tantum diuiſio bonorum. Errauitque procul dubio Irnerius in concipienda *dict. aut.* ſi modò vt & aliàs perſæpe, ſi aliter intellexit, Vt & in concipienda Auth. quod ſine *C. de teſtam. quemadmodum dicemus in Error. 9. Decad. ſequentis.* Vt iam mirandum non ſit, ab interpretibus quoque omnibus erratum hîc eſſe, quos refert & ſequitur Iul. Clar. *in §. teſtam. qu. 24.* qui ſcilicet Irnerij Authenticas pro Iuſtiniani legibus vbique acceperunt.

ERROR II.

Si in teſtamento parentis inter liberos nulli teſtes interuenerint.

SVMMARIA.

1 *An in teſtamento parentis inter liberos adhiberi teſtes aliquos ſit neceſſe.*
2 *Sententia interpretum negans Iuſtiniani conſtitutione ſubnixa.*
3 *Contraria Cuiacij teſtes requirentis ſententia & eius fundamina.*
4 *Reſponſiones Cuiacij ad conſtit. Conſtantini, Theodoſij, & Iuſtiniani.*
5 *Defenditur ab autore reſponſio Cuiacij ad conſtitutionem Theodoſij aduerſus quorundam impugnationem.*
6 *Neceſſarios non eſſe teſtes ad defendendam inter liberos patris voluntatem aduerſus Cuiacium.*
7 *Nullum teſtamentum defendi poteſt iure teſtamenti ſine teſtibus: nec voluntas nuncupatiua teſtamento declarata aliter probari poteſt quàm per teſtes.*
8 *Teſtamentum imperfectum inter liberos non ad aliud prodeſt, quàm vt defuncti voluntas ab inteſtato conſeruetur.*
9 *Diluitur argumentum Cuiacij depromptum ex l. & in epiſtola. C. de fideicommiſſ.*
10 *Theodoſius non præſcripſit vt in vltima parentis inteſtati voluntate inter liberos teſtes adhiberentur.*
11 *Neque etiam Iuſtinianus in Nou. 107.*

ETſi lex Conſtantini, de qua ſuperiore capite diximus, generaliter habet valere inter liberos quamlibet patris ſcripturam, etiam quæ legum ſolemnitate deſtituatur, quia tamen nihil cauet nominatim de teſtibus, quos regulariter in omni vltima inteſtati quoque voluntate adhiberi moris ſolemnis eſt, *l. vlt. C. de codicill. l. vlt. C. de donat. cauſ. mort.* hinc dubitandi † occaſio apud in- 1
terpretes, An in huiuſmodi teſtamento inter liberos adhiberi teſtes aliquos ſit neceſſe. Nam neque Theodoſij neque Iuſtiniani conſtitutiones circa hæc teſtamenta ſubſecutæ, quicquam de hoc canent. Niſi quod Iuſtinianus *Nouell. 107. de teſtam. imperf.* cùm requirit teſtes in patris voluntate etiam inter liberos facta, quantum ad ea quæ perſonis extraneis relicta proponuntur, hoc ipſo videtur innuere non obſcurè quantum ad ipſos liberos nullis teſtibus opus eſſe. Atque ita vulgo interpretes † noſtri ratiocinantur, quos ferè 2
omnes video in hanc ſententiam conuenire, teſte Andr. Gayll. *lib. 2. pract. obſerv. cap. 112.* Solus inter eos, qui præcipuæ ſunt autoritatis, Iacobus Cuiacius † conſul- 3
tatione prima contrariam ſententiam induxit. Non poſſe voluntatem patris valere ne quidem inter liberos ſi non habeat teſtium ſolemnitatem, quippe quæ tam neceſſaria eſt ad teſtamenti validitatem, vt ipſum etiam teſtamenti nomen ab ea fluxiſſe videatur: implicétque contradictionem vt dicatur teſtamentum ea diſpoſitio quæ nullis teſtibus fulciatur. Neque ſanè poteſt negari quin vulgaris regula iuris faciat pro viro doctiſſimo, cui proinde ad victoriam poſſet ſufficere, quod nihil hac de re ab Imperatoribus conſtitutum eſſet. Vt verò ſibi primùm, deinde aliis hoc perſuadeat, legem † 4
Conſtantini ſic eludit vt dicat, ſufficere quidem hodie

ex

ex ea lege qualiacunque indicia & quaſlibet coniecturas voluntatis patrnæ vt habent verba conſtitutionis, ſed eiuſmodi verbis non excludi neceſſitatem adhibendorum teſtium, non magis quàm cùm dicimus fideicommiſſum etiam nutu relinqui poſſe, *l. & in epiſtola 22. C. de fideic.* Theodoſianam autem conſtitutionem negat facere ad propoſitam quæſtionem, quia loquatur tantùm de teſtamento imperfecto, id eſt, vt eadem ipſa lex interpretatur, quod finem ſuum non habeat, ſubſcriptiones nimirum & ſignacula teſtium, quæ ſicut alia planéque diuerſa, ita longè minor ſolemnitas eſt quam teſtium adhibendorum. Poſtremò ad Iuſtiniani Nouellam conſtitutionem reſpondet, Ex ea potiùs apparere non id velle Iuſtinianum, vt nulla prorſus ſolemnitas hodie neceſſaria ſit in huiuſmodi teſtamentis parentum inter liberos. Porrò ſi qua ſuperſit, non poſſe dici ſublatam illam quæ omnium potiſſima eſſe exiſtimetur. Quod ait de † Theodoſij conſtitutione veriſſimum ſanè eſt, maléque à nonnullis ex eo refellitur, quod Iuſtin. *dict. Nouell.* 107. ſcribit Theodoſium idem conſtituiſſe in matribus & aſcendentibus vtriuſque naturæ, quod Conſtantinus primùm in patribus ſolis conſtituerat, Quaſi Iuſtiniani ſenſus ſit tam generalem fuiſſe Theodoſij quàm Conſtantini legem, vt proinde ſicut Conſtantini ita & Theodoſij conſtitutio cauſas omnes complectatur, ex quibus alioqui teſtamentum iure communi valere non poſſet. Quod certè non ita eſt, ſi Theodoſium conſtitutionis ſuæ vt autorem ita & interpretem habere volumus. Ad vnum enim illum caſum Theodoſij lex coarctata fuit quo patris teſtamentum eſſet imperfectum, eo prorſus ſenſu quem tradit vir doctiſſimus, cùm tamen Conſtantini lex ſit generalis. Neque video cur neceſſe ſit petere ex Iuſtiniano quid Theodoſius conſtituerit, cùm totam ipſam Theodoſij legem habeamus, eámque tam apertis verbis de eo tantùm teſtamento quod imperfectum ſit conſcriptam, vt nec Iuſtiniano ipſi aut Triboniano quantumuis plerumque caliganti aliter videri potuerit, ſi Theodoſij mentem ſcrutari magis quàm pro arbitrio ſuppliere aut hic aut ille voluiſſet. Nam & quod Theodoſium conſtituiſſe Iuſtinianus refert, probántque ipſa Theodoſij verba, vt idem iuris eſſet in parentibus vtriuſque ſexus, quid prohibet coangustari ad eum ipſum caſum ad quem conſtitutio coangustatur. Aut quomodo fieri poteſt vt latiùs pateat ea parentum vtriúſque ſexus ſimilitudo à Theodoſio primùm inducta, quàm reliqua pars legis Theodoſianæ? Cuius contextum totum & ſeriem quiſquis inſpiciet facilè obſeruabit, nihil minùs agere Theodoſium, quàm vt de quibuſlibet parentum ſcripturis inter liberos confirmandis quicquam tractaret. Sed cùm ex profeſſo ageret de teſtamentis imperfectis, quibus neque ſignacula neque ſubſcriptiones teſtium adeſſent, eáque valere non patereretur, coactus fuit excipere teſtamenta patrum inter liberos, ne alioqui nimis generali conſtitutione legem Conſtantini abrogaſſe videretur, tùm per occaſionem magis quam ex propoſito matrum quoque teſtamentis imperfectis fauere, in eóque ſolo Conſtantini legem extendere quam in reliquo ſufficiebat conſeruatam & intactam reliquiſſe: Illum namque caſum lex Conſtantini diſertè expreſſerat quo teſtamentum patris cœptum duntaxat neque impletum proponeretur. Quod ipſum quid aliud eſt dicere, quàm quo teſtamentum patris imperfectum eſſet. Itaque in hoc quidem caſu admittendum neceſſario eſt Theodoſium id ipſum in matribus conſtitutum voluiſſe, quod in patribus ſanxerat Conſtantinus: Sed non ideo fatebor tam generalem eſſe Theodoſianæ quam Conſtantinianæ legis ſententiam ſiue in patribus ſiue in matribus quando nec id euincunt verba legis, quæ de imperfecto duntaxat teſtamento ſpecialiter, vt diximus, loquuntur, nec tanta ratio eſt fauendi matribus æquè ac patribus in hoc vt quæliber ſcriptura ſufficiat ad confirmandam ex indiciis & coniecturis quibuſcunque matris inter liberos voluntatem, quanta eſt fauendi quod ad cauſam teſtamenti imperfecti, quia quod teſtamento imperfecto defuit, vt perficeretur, ſuppleri potuit & debuit alunde quàm à perſona ipſa quæ teſtatur, nimirum ab ipſis teſtibus, nec facit eius ſolemnitatis omiſſio ne minùs clara ſit voluntas teſtantis quàm ſi teſtamentū pleniſſimè perfectum eſſet: Nemo autem negauerit fauorabiliorem eſſe voluntatem, quæ clara & aperta licèt minùs ſolemnis eſt, quàm quæ nec clara nec ſolemnis, Cuiuſmodi illa eſt quæ per indicia tantùm & coniecturas colligenda eſt ex ſcriptura ſolemnitatibus neceſſariis deſtituta. Ego igitur ſentio cum Iacobo Cuiacio contra interpretes adeóque contra Iuſtinianum ipſum (nam proculdubio contra Cuiacium ſenſit hac parte Iuſtinianus) circa hanc Theodoſianæ legis interpretationem, Scilicet non niſi de teſtamentis imperfectis egiſſe Theodoſium, ideóque nullum ex ea lege argumentum ſumi poſſe ad probandum quòd hodie non ſit neceſſaria ſolemnitas adhibendorum teſtium in teſtamento inter liberos, cùm ſit hoc extra cauſam imperfecti teſtamenti, faciatque potiùs vt numquam cœptum teſtamentum videri debeat, quàm vt numquam completum. Nam quemadmodum ſubſcriptiones & ſignacula teſtium ad finem teſtamenti pertinent, vt ait conſtitutio, ita & neceſſe eſt ab interuentu & rogatu teſtium incipere teſtamentum vt ſolemniter cœptum dici poſſit, ſicuti conſtat ex vetere illa formula quæ ſolemnis erat teſtatoribus ad teſtes rogandos. At non illud æquè probare poſſum quod vult vir doctiſſimus, neceſſarios † eſſe teſtes ad defendendam patris inter liberos voluntatem. 6 Doleóque ſanè quòd tanto viro tam infeliciter ceſſerit, vt prima ſtatim conſultatione in tam grauem impegerit errorem. Video enim pragmaticorum noſtrorum inſcitiam captare hinc occaſionem ſibi gratulandi, & in nobiliſſimos quoſque iuris profeſſores inſultandi, quaſi vix alij vlli ſint ineptiores ad reſpondendum in foro de iure ex ipſa etiam iuris ratione nedum ex praxi, quàm qui ius ipſum in ſcholis docent. Quanquam ſi non pro iis reſponderemus ad Cuiacij obiectionem illam de teſtibus in fideicommiſſo quoque quod ſolo nutu relinquitur adhibendis, vix futurum puto vt ex toto eorum grege quiſquam bene reſpondere poſſet. Certè nemo hucuſque fuit quem viderim qui bene reſponderit. Nec facilè poſſum videre quid reſponderi poſſit ab eo qui cum interpretibus ſentiat, ſic accipiendas eſſe iſtas Imperatorum conſtitutiones, vt teſtamenta imperfecta omnibúſque ſolemnitatibus deſtituta defendantur iure teſtamentorum inter liberos, & vt eæ conſtitutiones ad nuncupatiua quoque teſtamenta pertineant. Quomodo enim fieri poteſt, vt teſtamentum † vllum defendatur 7 teſtamenti iure ſine teſtibus? Aut vt voluntas teſtamento nuncupatiuo declarata probari poſſit aliter quàm per teſtes? At nos qui contrà defendimus teſtamenta + iſta non ad aliud prodeſſe quàm defuncti vo- 8 luntas ab inteſtato conſeruetur, nec ad nuncupatiua exrendi conſtitutiones oportere, de quo in ſequentibus dicemus, facilè reſpondemus, Non potuiſſe Conſtantinum neceſſariam putare in huiuſmodi teſtamentis ſolemnitatem teſtium, cuius ſcilicet temporibus ita ius erat, vt nulla inteſtati voluntas, quæ modò per ſcripturam probaretur, egeret teſtibus, ſufficeréque fidem ſcripturæ conſtare, quæ vtique conſtare poterat, aut per teſtes etiam qui ſcriptionis tempore non adfuiſſent, aut per comparationem literarum, ſi ſcripturæ veritas in dubium vocaretur, vt alio iam loco à nobis probatum eſt, *l. vlt. in princ. De legat.* 2. *innct. leg. cùm pater* 77. §. *donationis eod. l. cùm quis decedens* 37. §. *pater. de legat.* 3. Nec † repugnat quod in dict. *l. &* 9 *in epiſtola ſcriptum eſt, adhibitis teſtibus.* Referenda enim

enim sunt ea verba non ad id quod in principio legis Imperatores Diocletianus & Maximianus rescripserunt & in epistola & in libello fideicommissum relinqui posse, quomodo malè Cuiacius videtur intellexisse, sed ad id quod sequitur etiam sine scriptura imò & nutu fideicommissum posse dari, quia quod sine scriptura, & multo magis quod nutu tantùm datur, si testes non sint adhibiti: nullomodo probari potest. Neque nouum est, vt ad proxima tantùm referri debeat quod ad omnia referri nequit, quoties præsertim diuersa eorum ratio est.

10 Etsi verò primus † Theodosius constituit posteà, vt in omni vltima voluntate excepto testamento, quinque testes siue rogati fuerint, siue fortuitò venerint, debeant adhiberi, *d.l.vlt. C.de codicill.* non ideò tamen idipsum constituisse videri potest de vltima parentis intestati voluntate inter liberos, quippe quam nulla noua iuris solemnitate constrictam voluit, non magis quàm Constantinus, cuius constitutionem non solùm confirmatam hac parte, sed etiam auctam voluit fauore parentum, vt melioris essent hodie conditionis, quàm illos esse Constantinus voluisset: qui tamen essent longè deterioris, si voluntas eorum hodie non defenderetur nisi adhibitis testibus, quos Constantini lex nullos re-

11 quirebat. Idem ergo de nouella quoque Iustiniani † cõstitutione iudicium esse debet, vt quamuis non omnem omnino solemnitatem ex parentum testamentis sublatam esse Iustinianus voluerit, de adhibendis tamen testibus non cogitauerit, de quibus nec Constantinus, nec Theodosius cogitarant. Idque apparet sanè non obscurè ex eo, quod Iustinianus eadem Nouella cùm tractat de iis quæ personis extraneis relicta sint, non omittit solemnitatem illam testium adhibendorum, quam tamen omiserat tractans de parente inter liberos testante. Cur enim tam variè locutus fuisset, si ius idem vtroque casu constituere voluisset? vt non dissimiliter idem Iustinianus circa voluntatem testatoris interpretandam argumentatur in *l.vnic.§.vbi autem vers.sin autem ad deficientis C. de cad. toll.* Quot verò testes Iustinianus requirat quantum ad extraneos, alia quæstio est de qua dicemus *in Error.3.Decad.seq.*

ERROR III.

De parentum voluntate minùs solemni inter liberos testati an intestati iure defendenda. Et quid si parens inæqualiter bona sua diuiserit.

SVMMARIA.

1 *Quæstio an voluntas parentis inter liberos minùs solemnis defendatur iure testati, an potiùs intestati.*
2 *Sententia Accursij iure intestati defendi scientis.*
3 *Contraria aliorum sententia.*
4 *Accursij opinio præfertur, & rationibus stabilitur.*
5 *Prima probatio ducta ex Constantini constitutione in l.vlt. C. fam. ercisc. inducitur & ab impugnatione aduersariorum defenditur.*
6 *Secunda petita ex constitutione Theodosij in l. hac consultissima 21.C.de testam.*
7 *Ex Iustiniani Nouell. de testam. imperfect. non posse colligi parentis testamentum imperfectum iure testamenti defendi.*
8 *Interpretes quid fefellerit.*
9 *Argumentum pro interpretibus ex d. Nouell. petitum affertur & refellitur.*
10 *Quæstio Doctorum otiosa & ridicula.*

RAecipua hæc quæstio est in toto tractatu isto, De testamentis imperfectis inter liberos, & ab interpretibus nostris variè tractata. Etsi enim omnes consentiunt ex testamento siue imperfecto siue qualibet alia iuris solemnitate destituto defendendam esse patris inter liberos voluntatem ex Constantini, Theodosij & Iustiniani constitutionibus, de quibus proximo capite disseruimus. Nisi quod nonnulli volunt omnimodo adhibendam esse testium solemnitatem, Non tamen inter eos conuenit an defendatur † ea voluntas iure testati 1 an potiùs iure intestati. Sunt qui velint † defendi iure 2 intestati, sed hi perpauci, Accursium secuti ad §. *eximperf. l.hac consultissima. C.de test.* Alij verò, id est, ferè omnes volunt † hoc esse priuilegium testamenti inter 3 liberos conditi vt iure testamenti defendatur saltem post Iustiniani *Nou.*107.*de test.imperf.* Quam crebriorem esse nostrorum traditionem ad *d.* §. *ex imperf.* tam certum est vt apud eos qui non in alio laborant quàm vt inuestigent quænam communior sententia sit, nullus in hac quæstione dubitationi locus relictus esse videatur. Mihi † Accursius noster vt in cæteris plerisque, 4 ita & hac in re semper visus est longè melius sensisse. Nam si † Constantini legis verba respicimus, vt sunt 5 illa potissimùm attendenda, tanquam quæ primùm hoc ius nouum induxerint, non potest meo iudicio negari quin idem senserit ille quod Accursius in illo loco *d. l. C.famil.ercisc. licèt ab intestato ad successionem liberi vocentur*, Quid enim potuit scribi apertius, vt intelligeremus liberos hoc casu succedere patri ab intestato, nec esse nouum, vt voluntas testamento declarata defendatur, nec tamen ex testamento, sed ab intestato. Neque potest responderi quod vulgo respondetur intelligendum Constantinum de illo casu quo heres nemo institutus fit in testamento. Repugnat enim verba illa constitutionis, *sine cœptum neque impletum testamẽtum*, cum temporibus Constanti ius ita esset, vt testamentum ab heredis institutione incipere oporteret, §. *ante heredis. Inst. de legat.* Repugnare etiam plerique putãt, quod eadem constitutio habet, ex eiusmodi voluntate in testamento imperfecto, aut aliter minùs solemni declarata succedentes liberos si fideicommisso aliqui inuicem grauati sint, cogendos quidem fideicommissum præstare, sed seruato Senatusconsulti auxilio. Quasi non posset esse locus Senatusconsulto Trebelliano, cuius (inquiunt) fit ibi mentio si nullus esset heres institutus. At mihi replicatio hæc non probatur, cùm ab intestato quoque fideicommissa etiam vniuersalia relinqui possint, & ob eam causam lex Falcidia protracta sit etiam ad casum intestati per constitutionem Diui Pij quam Paulus refert in *l.filiusfam.*18.*D. ad l. Falc.* Nec enim Senatusconsultum Pegasianum quod primum induxit ius quartæ ex fideicommissis siue vniuersalibus siue singularibus retinendæ quoque Constantini temporibus nondum erat abrogatum transfusumque in Trebellianum, quicquam cauerat de fideicommissis quæ ab intestato relicta essent: Si quidem de iis solis egerat, de quibus Senatusconsultum Trebellianum factum erat, ac proinde quæ ex testamento relicta proponerentur, non quæ ab intestato *l.*1.*D. ad SC. Treb.* In eoque alius istorum error est qui verba illa Constantini: *seruato Senatusc̃onsulti auxilio*, de Trebelliano intelligũt, quę intelligi proculdubio debent de Pegasiano, cum non alium sensum habeant quàm hunc, *retenta quarta*, quartæ autem retentio ex Pegasiano fit non ex Trebelliano, nisi ex quo tempore sublata est potestas Pegasiani translatáque in Trebellianum, quod Iustinianus primus fecit non Constantinus. Planè cùm Senatusconsultum vtrumque & Trebellianum & Pegasianum habeat locum etiam facto testamento, isque vnus casus Senatusconsulti vtriusque verbis designatus sit, nulla prorsus ratio est cur Constantini lex quæ speciem illam complectitur, in qua Senatusconsulti auxilio locus esse possit, restringatur ad casum intestati, aut quod idem est ad eam scripturã in qua nullus heres institutus proponebatur.

Illud verò longè improbabilius est, quod iidem respondent, posse quidem filios heredes à patre institutos in scriptura minùs solemni succedere ab intestato. Sed tamen non prohiberi etiam ex testamento succedere si velint. Etsi enim non nego fieri posse vt quis ius habeat succedendi siue ex testamento, siue ab intestato, si fortè idem sit & testamentarius heres & legitimus, qui sensus est *l. quoties duplici* 91. *De reg. iur.* id tamen non aliter obtinet quàm si testamentaria successio priùs repudiata sit siue expresè siue tacitè: *l. illud dubitari* 77. *D. de acquir. hered.* quia quandiu ex testamento adiri hereditas potest, ab intestato non defertur, *l. quandiu potest* 30. *eod.* Itaque numquam verum est vocari ad successionem intestati eum, qui vocatur ad successionem testati, quandoquidem vocatio est ex lege hereditatem deferente, quam porrò ex vtroque iure testati simul & intestati nunquam lex defert. Atqui constitutio Constantini eum disertè casum exprimit quo liberi vocentur ad successionem ab intestato. Ergo excludit illum quo possint iidem succedere ex testamento etiamsi maximè velint. Alioqui debuerat Constantinus scribere, *licèt ab intestato succedant liberi*, non quomodo scriptum est *ad successionem liberi vocentur*. Relatis scilicet verbis ad acquisitionem hereditatis, & ad factum
6 liberorum non ad ius successionis. Lex † autem Theodosiana etsi non tam apertè exprimit quod liberi ex testamento imperfecto succedant ab intestato, cùm tamen Constantini supradictam legem supponat, non aliam vtique recipere potest interpretationem, vt à nobis superiore capite satis disputatum est. Nihil enim noui Theodosius induxit, nisi vt quod in solis patribus Constantinus sanxerat, vt vtriusque sexus parentibus obtineret. Nimirum eo ipso modo quo fuerat à Constantino in patribus constitutum. Fiétque hoc probabilius si iungas quod in §. *vlt.* eiusdem Theodosianæ constitutionis scriptum est, Si quis duo testamenta fecerit, prius solemne & perfectum, posterius minus solemne & imperfectum, & in priore quidem eos heredes scripserit, qui ab intestato ad testatoris successionem venire non poterant, in secunda verò voluntate eos scribere instituerit, qui ab intestato ad eius hereditatem vocantur, prius testamentum infirmetur, secunda verò voluntas non quasi testamentum, sed quasi vltima voluntas intestati seruetur. Eadem namque ratione dicendum est institutis liberis in scriptura, siuæ quæ alia qualibet ratione minùs solemnis esse videatur, sufficere parentibus debere quod ex priuilegio ab Imperatoribus indulta voluntas eorum seruetur iure voluntatis intestati, non etiam iure testamenti. Nam nec videntur Imperatores tam ad id respexisse vt testamentis fauerent quàm vt testatoribus, neque rursum vt parentibus fauerent, tam moti sunt fauore parentum aut liberorum quàm ratione illa, quod ea omnium fauorabilissima voluntas videretur, quæ inter eos tantùm obtineret, qui ab intestato essent successuri, siue essent ij liberi, siue agnati, aut in alio genere gradúve legitimorum heredum. Quæ porrò ratio nequaquam euincit vt custodienda sit ea voluntas iure testamenti, sed tantùm vt iure intestati. Neque idcirco nullum aut paruum priuilegium videri debet, quod induxit Constantinus, cùm, si eius constitutionis autoritas non esset, non magis ab intestato quàm ex testamento defendi ea voluntas posset, non solùm quæ declarata esset in ea scriptura, quam testator iure testamenti valere putasset aut voluisset, verum etiam quæ in codicillis tanquam ab intestato factis, si cœpti tantum illi non autem perfecti fuissent. Non. n. vt voluntas quælibet iure intestati defendatur, illud sufficit quod ex testamento valere non possit, nisi etiam concurrat vt ab intestato ea valere voluerit is qui testamentum fecit *l.* 2. *D. de iur. codic. l. vlt. C. eod. l. Titia* 13 *D. de inoff. testam.* Nec rursus ab intestato factos fuisse codicillos sufficit vt valeant, nisi sint perfecti, si vulgarem iuris rationem intueare & hunc casum excipias de parentis siue imperfecta siue minùs solemni voluntate qualibet inter liberos conseruanda ex legibus Constantini & Theodosij. Etsi autem Iustiniani † constitutio Nouella *de testam. imperfect.* quæ 7
totum hoc ius ita confirmauit, vt tamen aliqua ex parte immutauerit, frequentem facit testamenti mentionem, nihilomagis interpretationem illam admittit vt parentis testamentum iure testamenti defendatur. Nam cùm Iustinianus non id egerit vt testamentorum huiusmodi imperfectorum fauorem ampliaret, sed potiùs vt restringeret, quemadmodum in præcedentibus disputauimus, absurdum sanè fuerit existimare post eam Iustiniani constitutionem defendi iure testamenti parentis inter liberos voluntatem, cui non aliud priuilegium Constantinus & Theodosius datum voluerant, quàm vt intestati iure defenderentur. Interpretes nostros † 8
quotquot hunc errorem secuti sunt, id vnum fefellit, quod testamentum à voluntate non distinxerunt, nec quicquam interesse putarunt, an dicamus valere testamentum, an verò valere voluntatem, præsertim testamento declaratam, cùm tamen sint illa longè diuersa, & ab ipso etiam Iustiniano in fine §. *& siquidem eiusdem Nouell. separata.* Omne testamentum voluntas vltima est, aut si mauis voluntatis nostræ iusta sententia vt habet definitio testamenti. At non è conuerso vltima omnis voluntas testamentum est, cùm etiam ab intestato fieri possit, putà per codicillos nullo testamento confirmatos aut per epistolam: cuius quoque meminit *dict. l. vlt. C. fam. ercisc.* quæ lex cùm casus istos omnes coniungat, siue testamentum cœptum & inchoatum, neque perfectum sit, siue (inquit) codicilli aut epistola parentis esse memoretur, omnino cõsequens est, vt quemadmodum codicillis ab intestato factis declaratam volun- 7
tatẽ aut per epistolã, nemo nullam esse dixerit, nec posse defendi iure testati: ita neque illam possimus dicere ex testamento tuendam quæ declarata sit in testamento minùs solemni & imperfecto, vel ex vulgatissima illa interpretum nostrorum traditione, quæ in pluribus determinabilibus (vt loquuntur) æqualem vult fieri determinationem. Pro interpretibus † tamen illud valde vr- 9
gere videtur, quòd Iustiniani Nouell. loquitur de legatis in eiusmodi testamento imperfecto extraneæ personæ relictis, eaque valere vult si coram testibus facta fuerint data: cùm tamen certum sit ex ratione iuris non posse legata relinqui ab intestato, in eoque differre à fideicommissis. Sed respondeti potest Iustinianũ ad id respexisse, quòd iam tũ sustulerat omnes differentias legatorum & fideicommissorum, *l.* 2. *C. commun. de leg.* Ex his verò intelligimus valde † otiosam & ridiculam esse 10
quæstionem quæ à Doctoribus nostris tanta contentione agitatur, An supradictis Imperatorum constitutionibus locus sit, si parens inter liberos bona sua inæqualiter diuisisse proponatur. Etsi enim non nego fauorabilem esse, seruandámque quantum fieri potest inter liberos æqualitatem, siue eiusdem siue diuersi sint matrimonij, cùm tamen ab intestato eam æqualitatem lex ipsa constituat, quid prodesset factam esse à patre diuisionem, eámque à lege comprobari si non aliter valeret, quàm seruata inter liberos æqualitate? Neque verò ad solum fauorem liberorum respexerunt Impp. qui hoc ius nouum constituerunt, vt falsò supponunt qui pro æqualitate ista sentiunt, vt nec ad solum fauorem parentis, quomodo in contrarium multi malè argumentantur, sed ad coniunctum fauorem liberorum, parentis & vltimæ voluntatis. Quare nec illa distinctio probanda est, an inæqualitas magna sit an modica, licèt ita sentiat Iul. Clar. in §. *testam. q.* 14. *n.* 8.

ERROR

ERROR IV.

De teſtamento nuncupatiuo minus ſolemni, inter liberos.

SVMMARIA.

1 *Teſtamenta in ſcriptis hodie minus frequentia, quam nuncupatiua.*
2 *Teſtamentum nuncupatiuum longè pauciores ſolemnitates requirit, quam teſtamentum in ſcriptis.*
3 *An conſtitutiones Conſtantini, Theodoſij & Iuſtiniani pertineant quoque ad teſtamentum nuncupatiuum patris inter liberos.*
4 *Sententia Martini gloſſatoris negans.*
5 *Contra pragmaticorum opinio.*
6 *Et opinionis probatio.*
7 *Tertia ſententia Cornæi & aliorum diſtinctionem adhibentium.*
8 *Diſtinctionis refutatio.*
9 *Martini aſſertio ab autore probatur & rationibus adſtruitur.*
10 *L. vlt. Cod. famil. erciſc. non pertinere ad huiuſmodi minus ſolemnia parentum teſtamenta nuncupatiua.*
11 *Quàm infirma ſit ratio qua colligunt interpretes nullam eſſe neceſſariam in teſtamentis nuncupatiuis inter liberos conditis obſeruationem.*
12 *Quem ſenſum habeant verba illa Nou. 107. ſi literas ſciat.*
13 *Dilnitur ratio interpretum petita ab æquitate & fauore teſtamentorum.*
14 *Teſtamentorum ſolemnitates cur introductæ.*
15 *Probatio per teſtes magis obnoxia eſt falſitati, quam probatio per ſcripturam.*
16 *Intereſt parentum & liberorum, ne ius ita conſtituatur vt in parentis teſtamento nuncupatiuo nullæ ſint neceſſariæ ſolemnitates.*
17 *Vnus teſtis quamuis non faciat plenam probationem facit tamen indicium.*
18 *Minus ſuſpecta eſt probatio quæ ſit per ſcripturam teſtatoris, quàm quæ per teſtes.*
19 *Colligi ex l. 21. Cod. de teſtamentis teſtamentum nuncupatiuum inter liberos non valere ſine ſolemnitate.*

3 CVm minùs frequens † ſit hodie vſus eorum teſtamentorum, quæ in ſcriptis appellantur, frequentiſſimus verò eorum quæ per nuncupationem fiunt, licèt ad futuram perpetuámque rei memoriam per notarios conſcribantur: parum vtilis eſſet quæſtio illa quam in præcedentibus tractauimus, De imperfectis minúſque ſolemnibus parentum inter liberos teſtamentis per ſcripturam conditis, niſi hæc ſubiiceretur de nuncupatiuis: An ob id quod inter liberos facta ſint, defendi debeant iure non quidem teſtamenti, ſed ſaltem inteſtati, quamuis non habeant debitas ſolemnitates. Etſi enim teſtamentum
2 † nuncupatiuum longè pauciores ſolemnitates requirit, quàm teſtamentum in ſcriptis: quod ideo ſolemne appellari ſolet propter ſubſcriptiones & ſignacula teſtium, habet tamen & ipſum ſua ſolemnia, inter quæ illud præcipuè vt non poſſit fieri niſi coram ſeptem teſtibus maſculis & puberibus in eam rem vocatis & rogatis, qui teſtatoris voluntatem tanquam teſtamentum ſine ſcriptura facientis audierint, vt loquitur Theodoſius in *dict. leg. hac conſultiſſima* 21. §. *per nuncupatio-*
3 *nem. C. de teſtam.* Huic autem quæſtioni † de minùs ſolemni teſtamento nuncupatiuo patris inter liberos cauſam illud dedit, quod neque Conſtantini, neque Theodoſij, neque Iuſtiniani leges de alio teſtamento loquuntur, quam quod per ſcripturam factum ſit, vt proinde temerarium videatur eas ad nuncupatiua teſtamenta producere: At ex alia parte fauor vltimæ voluntatis iunctus cum fauore parentum & liberorum ſuadere videtur, vt putare debeamus parum intereſſe, an de teſtamento in ſcriptis agamus, an de nuncupatiuo, cùm nec quicquam referre Conſtantinus voluerit an de teſtamento agatur, an verò de epiſtola vel codicillis, quorum tamen fauorabilem cauſam nemo dixerit eſſe debere, quàm teſtamenti nuncupatiui. Inter omnes ſiquidem vltimas voluntates primum ſine dubio locum illa obtinet, quæ fit per teſtamentum ſiue in ſcriptis illud ſit, ſiue nuncupatiuum. Pauci ſequuntur opinionem † Martini antiqui gloſſatoris, qui negabat 4
eas conſtitutiones ad teſtamenta nuncupatiua pertinere. Communior enim noſtrorum ſententia † eſt æquè 5
in foro atque in ſcholis recepta teſtamenta nuncupatiua parentum inter liberos non ſolùm eodem priuilegio gaudere quo teſtamenta in ſcriptis, ſed hoc amplius, quòd nec indigent forma Nouellæ conſtitutionis, ac quoquomodo confecta ſint cuſtodiri debent dummodo ex indiciis, coniecturis & aliis quibuſcunque modis conſtare poſſit de patris inter liberos voluntate, licèt vltima hæc voluntas omni legum ſolemnitate deſtituta proponatur. Sic namque poſt alios Iulius Clarus in §. *teſtamentum*, *queſt.* 11. Huiúſque opinionis probationem † ſumere noſtri ſolent non aliunde quàm 6
ex *dict. l. vlt. Cod. famil. erciſc.* quaſi eius conſtitutionis ſententia ſit generalis ad confirmandas quaſlibet parentum inter liberos diſpoſitiones, quantumcumque iuris ſolemnitate deſtitutas. Niſi quod addunt eandem æquitatis rationem qua optimus Imperator motus fuit æquè locum habere in vtroque genere teſtamenti, ſiue ad fauorem vltimæ voluntatis reſpiciat (tam enim vltima voluntas eſt, quæ per nuncupationem, quàm quæ per teſtamentum in ſcriptis declarata) ſiue ad fauorem patentis teſtantis, aut etiam liberorum. Non deſunt † tamen quibus religio ſit tam no- 7
uam opinionem indiſtincte admittere, quæ nullius conſtitutionis autoritate nitatur, ſed qui putent diſtinguendum an teſtator literas ſciuerit, an ignorauerit, vt ſi ſciuerit non alias teſtamentum ipſius imperfectum inter liberos conditum obtineat, quam ſi eam formam obſeruauerit, quæ præſcripta eſt à Iuſtiniano *Nouell.* 107. *De teſtam. imperf.* Si verò literas ignorauerit, non eo minùs valeat teſtamentum quòd ea Nouellæ forma ſeruata non ſit, quia, inquiunt, de eo qui literas ignorat non loquitur Nouella Iuſtiniani. Quam diſtinctionem † primus, vt puto, induxit Philipp. Corneus 8
conſ. 218. *lib.* 3. ſed hæc diſtinctio vulgo improbata eſt, tanquam quæ teſtamenti nuncupatiui fauorem impugnet, qui ſemper idem eſt ſiue literas parens ſciuerit ſiue ignorauerit. Ego ſanè diſtinctionem hanc non probo quam neque rationis neque conſtitutionis vllius autoritate niti video, ſed quemadmodum interpretes indiſtinctè pro teſtamento nuncupatiuo reſpondendum eſſe putant: Ita ego † ex contrario pro huiuſ- 9
modi voluntatis inualiditate, Adeóque ex ea ipſa ratione qua mouentur illi vt contra nos ſentiant, Nempe quia de teſtamento in ſcriptis tantùm, aut vt melius dicam, de illa ſolùm voluntate, quæ in ſcripturam teſtatis collata ſit, omnes eæ leges loquuntur, ex quibus tamen huiuſmodi voluntatis per nuncupationem declaratæ, confirmatio inducenda eſſet: Conſtantini ſcilicet, Theodoſij & Iuſtiniani. Ac de duabus quidem poſterioribus omnes fatentur. De Conſtantini verò lege ſunt qui aliter ſentiant, & quos non pudeat ſcribere, probari manifeſtè communem opinionem ex *d. l. vlt. C. famil. erciſc.* Quos † ego certè mirari ſatis non poſſum, qui non vi- 10
derint, aut perpendere noluerint verba illa *d. l. vlt. Scripturæ quibuſcunque verbis vel indiciis inueniantur relicta.*

Iis namque verbis tota legis ſententia reſtringitur, nec quicquam in ea conſtitutione eſt, quod ad teſtamenta nuncupatiua vel accommodari vel trahi poſſit. Fateor (quod illos, ni fallor, decepit) Conſtantini legem non eſſe reſcriptam ad teſtamenta in ſcriptis de quibus tam ſolis & Theodoſij & Iuſtiniani Conſtitutiones loquuntur, ſed ad cæteras quoque vltimas voluntates pertinere etiam quæ extra teſtamentum in ſcriptis conditum ſcriptæ ſint, puta in epiſtola vel in codicillis. At nego poſſe idcirco produci ad teſtamenta nuncupatiua, cùm verbis ſupradictis reſtricta ſit ad eam voluntatem quæ per patris ſcripturam probetur: quæ res nihil commune aut ſimile habet cum teſtamentis nuncupatiuis, quorum ſubſtantia & probatio tum quoque cùm in ſcripturam redacta ſunt, non ex ſcripto tamen pendet aut æſtimatur, ſed ex nuncupatione quam propria lingua & voce teſtator fecerit, teſtéſque audiuerint, *leg. heredes palam* 21. *D. qui teſtam. facer. poſſeſſ.* Neque
11 poſſum intelligere † quam rationem habeat ea collectio qua noſtri vtuntur, cum dicunt; ideo nullam eſſe neceſſariam in teſtamentis nuncupatiuis inter liberos conditis obſeruationem, quod Iuſtiniani conſtitutio, quæ prima poſt Conſtantini tempora iſtiuſmodi teſtamentorum ſolemnitates introduxit, non loquitur, niſi de teſtamento in ſcriptis. Quaſi verò ex ſola Iuſtiniani conſtitutione ſit, non etiam ex iure communi vt teſtamenta nuncupatiua inter quoſcunque tandem facta, id eſt, ſiue inter liberos, ſiue inter extraneos ſuas habeant ſolemnitates. Poſſet quidem hoc verè dici, ſi lex Conſtantini quæ omnes omnino teſtamentorum ſolemnitates ex parentum inter liberos teſtamentis ſuſtulit, de teſtamentis quoque nuncupatiuis locuta fuiſſet, quoniam eo ſuppoſito non quid ante Conſtantinum obtinuiſſet, ſed quid poſt Conſtantinum immutatum eſſet, quæri oporteret: ac proinde quid Iuſtinianus voluiſſet, qui & primus & ſolus id ius Conſtantinianum immutauit, quod medius inter Conſtantinum & Iuſtinianum Theodoſius auxerat, potiùs quàm immutauerat. At nos iam oſtendimus Conſtantinum non tam de teſtamento, quàm de ſcriptura patris de patrimonio ſuo inter liberos diſponentis legem tuliſſe, atque ita nihil minus quàm de teſtamento nuncupatiuo ſenſiſſe. Non ergo quid ex Conſtantini lege à Iuſtiniano immutatum ſit inſpiciendum eſt, ſed quid ante Conſtantinum obtinuerit, quoties de teſtamenti
12 nuncupatiui iure ac viribus diſputatur. Nec iam † eſt quod quis contra nos moueatur ex verbis illis Nouellæ Iuſtiniani, *ſi litteras ſciat.* Non enim hunc ſenſum habent, quaſi ab eo qui litteras neſcit, (quem proinde inſpecto eo iure quod tunc obtinebat, per nuncupationem teſtari neceſſe eſſet,) aut nullas prorſus, aut leuiores pauciores ſolemnitates adhiberi Iuſtinianus voluerit, ſed hunc è contrario, vt in tali teſtatore nullus priuilegio locus eſſe poſſit, neque dubitationi quin omnes eæ omnino ſolemnitates quæ in extranei cuiuſlibet teſtamento nuncupatiuo neceſſariæ ſunt, etiam in parentis quantumcunque inter liberos diſponentis teſtamento exigantur, quemadmodum in primum huius Decadis Errorem interpretati ſumus, nili fortè interpretibus quoque hoc indulgere volu-
13 mus vt agant Imperatores. Illa tantùm obiectio † nobis diluenda ſupereſt quam ſumunt interpretes ex rationibus æquitatis, & fauore teſtamentorum: quòd teſtamento nuncupatiuo rationes iſtæ non minùs conueniant quàm ei quòd factum eſt in ſcriptis. At facilis erit reſponſio ſi inter hæc tam diuerſa teſtamentorum
14 genera diuerſitatis rationem aliquam afferemus. Occurrit verò ſtatim quòd dicamus teſtamentorum † ſiue in ſcriptis ſiue per nuncupationem faciendorum ſolemnitates non aliam ob cauſam introductas eſſe, quàm vt in re tanti momenti tórque fraudibus obnoxia, (de cuius ſcilicet veritate ac viribus diſputatur defuncto iam eo qui teſtamentum feciſſe dicitur,) omnis falſi commiſcendi ratio præriperetur, *l. iubemus* 29. *verſ. ſi enim. C. de teſtam.* Vnde etiam fit vt in iis vltimæ voluntatis ſpeciebus quæ minoris momenti eſſe exiſtimantur: propterea quod in iis hereditas dari non poſſit, cuiuſmodi ſunt codicilli, epiſtolæ, donationes cauſa mortis, & ſi quæ ſunt aliæ huius generis, vel nullæ prorſus ſolemnitates vel ſaltem pauciores, ac vt ita dicam tenuiores requirantur. Atqui nemo neſcit, quòd experientia quotidiana ſummo multorum malo docet, multo maius falſitatis † periculum ſubeſſe in iis pro- 15
bationibus quæ per teſtes, quàm in iis quæ per ſcripturam fiunt. Adeò vt hanc ob cauſam pleraque ſint in iure noſtro, quorum probatio per ſcripturam permiſſa, per teſtes prohibita eſt, vt in ſpecie *leg. penult. Cod. ſi minor ſe maior. dixer. leg. teſtium facilitatem* 18. *Cod. de teſtib.* Quid enim facilius quàm duos aut tres teſtes reperire qui dicant ſe audiſſe patremfamilias inter liberos ſuos hoc vel illo modo diſponentem? Neque verò cuiuſquam magis intereſt quàm & parentum † ipſorum & liberorum ne ita ius conſtituatur vt in 16
parentis teſtamento nuncupatiuo nullæ ſint neceſſariæ ſolemnitates, quomodo in teſtamentis militaribus ſolebat dicere Traianus, cuius reſcriptum perelegans & ad rem noſtram valde accommodatum extat in *leg. Diuus* 24. *de teſtam. milit.* Cùmque Iuſtinianus ea potiſſimum ratione motum ſe profiteatur vt in parentum teſtamentis per ſcripturam faciendis aliquas ſolemnitates requirat, quas neque Conſtantinus neque Theodoſius vllas exegerat, quòd videret plerunque defunctorum voluntates diuinari, quo abſurdius dici nihil poteſt, quis non videt plus quam diuinationem, hoc eſt, merum commentum fore, ſi hoc ius inducamus vt teſtamentum nuncupatiuum parentis inter liberos quibuſcunque indiciis, & coniecturis probari poſſit, & conſiſtere, licèt omni legum ſolemnitate ſit deſtitutum. Ita enim fiet vt dicendum ſit vel vnum teſtem poſſe ſufficere, ſiquidem certum eſt vnum teſtem † 17
quamuis non faciat plenam probationem, facere tamen indicium, quinimò ſi noſtris interpretibus plus quàm iuris rationi tribuimus ſemiplenam probationem: quod tamen adeò abſurdum & periculoſum eſt, vt etiamſi prorſus conſequens hoc ſit ei interpretum traditioni, quam nos retellimus, non repetatur ex ipſis qui adhuc auſus ſit dicere: Omnes enim requirunt duos ſaltem aut tres teſtes, moti ex illo Euangelij loco. *In ore duorum vel trium ſtet omne verbum*, quaſi hæc ſolemnitas iuris, vt imperitè aiunt, naturalis, quæ nullo iure poſſit remitti. Ergo tametſi quæcunque indicia & verba ſufficere Conſtantinus voluerit, illa tamen ſiue indicia ſiue verba in ſcripturis eſſe voluit non in ore teſtium cùm diſertè loquatur de ſcripturis: Nimirum quia ſemper minùs ſuſpecta † probatio eſt quæ 18
fit per qualemcunque ſcripturam teſtatoris bene quomodocunque recognitam, quàm quæ per teſtes quantumuis probatos. Dices ipſam quoque recognitionem per teſtes fieri debere tùm quoque cùm fit per comparationem literarum, ac proinde non minus ſubeſſe hic periculum falſitatis commiſcendæ, *leg. comparationes* 20. *Cod. de fideicommiſſ. inſtrum.* At reſpondeo longè difficilius eſſe vt falſum fiat in recognitione ſcripturæ, quàm in probanda defuncti hominis voluntate, quia poteſt recognitio facilius probari & per plures teſtes, quàm voluntas, cuius tota probatio petenda ſit à teſtibus, ſiquidem ſcripturam recognoſcere poſſunt omnes quotquot cum, cuius ſcriptura profertur, ſcribentem aliquando viderunt, licèt ſcripturam ipſam, de cuius veritate quæritur, fieri non viderint. Et ex iis etiam qui ſcribentem numquam viderunt, iſti qui tantæ ſint peritiæ vt ex characteris forma & literarum comparatione eandem hominis quantumlibet ignoti manum poſſint agnoſcere. Ex quo fit vt non tam facilè

poſſint

possint reperiri testes qui circa recognitionem scripturæ velint id falsò dicere, quod postmodum alij tam multi possint obseruare, certissimèque adfirmare falso dictum esse. Nam quo facilius fallum vt & aliud crimen quodlibet detegi potest, eo difficilius committitur. Voluntas verò defuncti hominis de qua non exaret scriptura vlla, sicuti per alios testes probari non potest quàm qui se præsentes fuisse audeant dicere, Ita si per aliquos falsò probata sit, difficillimè vllas in contrarium probationes admittit: Nec si adsint multi qui dicant eodem se tempore & loco adfuisse, nec quicquam audiuisse, quoniam sufficit solemnem numerum exaudire, *l. heredes palam* 21. *D. qui testam. facer. possess.* solàque ferè probandi falsi ratio illa supereſt, vt probetur testes illos qui se & præsentes fuisse & audiuisse dicunt eo tempore abfuisse vt audire nullomodo potuerint: quod tamen tam certò & tam præcisè probandum est, vt vix quicquam possit esse difficilioris probationis. Hanc verò nostram interpretationem præter illa quæ iam diximus id etiam mirificè probat,
19 quod Theodosius † in *d. l. hac consultissima* 21. *C. de testam. postquam dixit in d. §. ex imperfecto*, voluntatem quæ per testamentum in scriptis conditum sed imperfectum declarata sit non tenere nisi inter liberos, subiungit statim de testamentis per nuncupationem, vt non aliter valeant, quàm si septem testes simul vno eodémque tempore collecti testatoris voluntatem, vt sine scriptura testamentum facientis, audierint. Neque hîc repetit eandem exceptionem, *Nisi inter solos liberos*, quæ tamen nec prætermissa fuisset nec prætermittenda si putasset Theodosius idem ius in vtroque testamenti genere à Constantino vel constitutum vel constituendum fuisse: Et verò si Theodosius ipse testamentum imperfectum definit, quod à testibus neque subscriptum neque signatum est, qua fronte possumus eam constitutionem protrahere ad testamenta nuncupatiua, tanquam quæ ipsa etiam imperfecta esse possint, cum neque subscriptiones, neque signacula testium pro solemnitate requirant, ne tum quidem cum ad futuram rei gestæ memoriam scribuntur? Nisi vbi ius municipale instrumentis & scripturis omnibus testes habentibus hanc imponit nouam solemnitatis necessitatem planè à iuris ratione alienam *l. pen. §. penult. D. de pign. Iuncta. l. 4. eod. l. 4. D. de fid. instr.*

ERROR V.

De testamento minùs solemni facto in fauorem liberorum naturalium.

SVMMARIA.

1 *Naturalium liberorum nomen esse æquiuocum.*
2 *An constitutiones Constantini, Theodosij & Iustiniani protrahenda sint ad liberos naturales ex illicito coitu natos.*
3 *Speculatoris & Pauli Castrensis sententia affirmans, & eius fundamina.*
4 *Contraria opinio communior.*
5 *Sententiam Speculatoris malè fulciri verbis l. vlt. C. de confir. sut.*
6 *Rationis, quâ communis sententia adstruitur lenitas.*
7 *Lex Constantiniana ad adoptiuos quoque liberos pertinet.*
8 *Vera ratio qua liberos naturales à Constantiniana legis beneficio excludit.*
9 *Legem Theodosij ad liberos naturales non pertinere.*
10 *Constitutiones Constan. Theod. & Iustiniani non aliis liberis prospexerunt quàm qui ab intestato succedere possunt.*
11 *Naturales liberi quatenus succedunt ab intestato.*
12 *Quatenus dd. constitutiones ad liberos naturales pertrahi queunt.*
13 *Dd. Constitutiones ad nepotes illegitimos nullatenus pertinere.*
14 *Multiplex liberorum distinctio in proposita controuersia adhibenda.*
15 *An ex eo quòd liberi naturales, neque sunt sui neque emancipati sequatur beneficium Constantini ad eos non pertinere.*

PRæfanda essent multa de naturalibus liberis vt hæc quæstio bene intelligeretur, nisi de toto illo iure quod circa naturales liberos & olim obtinuit, & hodie obtinet, seperatim ac proprium haberemus tractatum breui edendum ad interpretationem *l. vlt. C. de naturalib. liber.* Satis erit monuisse, *naturalium* † *liberorum nomen*, esse æquiuocum, & idcirco ante omnia distinguendum. Aliquando enim ad eos tantùm pertinet qui in seruitute & ex contubernio nati sunt quo sensu passim videas à prudentibus nostris dici liberos naturales vt in *l. Lucius Titius* 88. §. *Dama de legat. 2. l. naturali* 7. *D. de confirm. tutor. l. Lucius* 45 *de vulg. & pupill. substitut.* & alibi passim. Nisi cùm naturales dicunt eos quos hodie vulgo naturales & legitimos appellamus ad differentiam adoptiuorum qui legitimi tantùm sunt non etiam naturales, Vt in tractatu de adoptionibus. Aliquando autem naturalium appellatio ad eos refertur qui nati sunt ex concubina, aut ex alio quolibet illicito coitu. Qui sensus etsi neque prudentibus nostris, neque Imperatoribus primis cognitus ante tempora Constantini, vt refert Iustinianus *Nouell. 89 quib. mod. natur. effic. sui*, in vulgari tamen vsu loquendi tam frequens est à temporibus Constantini, quàm vitium ipsum illiciti coitus, ex quo materia & occasio nominis descendit. Potest igitur proposita quæstio † 2
ad vtramque naturalium speciem accommodari, quamuis multo vtilius ad posteriorem, cùm prioris generis naturales hodie nulli esse inter nos possint non magis quàm serui. Placet autem nonnullis ea sententia quæ fuit primùm Speculatoris † in *tit. de instrum. edit. §. compendiosè*, probata proinde à Paulo Castrensi ad *d. l. hac consultissima. §. ex imperfecto, C. de testam.* vt etiam ad huiusmodi filios duntaxat naturales protrahendæ sint Imperatorum Constantini, Theodosij & Iustiniani constitutiones. Ideo fortasse quod sint fauorabiles, & consequenter benigna interpretatione adiuuandæ *vulg. l. cùm quidam* 19. *D. de liber. & posthum. leg. hoc modo* 64. *D. de condic. & demonstr.* Præsertim cùm idem Iustinianus in *l. vlt. Cod. de confirm. tutor.* hoc ipsum satis apertè exprimere videatur iis verbis, *Naturalibus liberis prouidentes damus licentiam patribus eorum in iis rebus quas quocunque modo eis dederint vel reliquerint:* Sensus enim ille plerisque creditur vt sufficiat quoquomodo relictum aliquid esse filio naturali à patre: Ergo etiamsi minùs solemniter. Alioqui nemo bene sit dicturus, Posse quoquomodo relinqui id quod non nisi solemniter relinqui possit. Contraria † tamen opinio 4
vt verior, ita & communior est, si credimus Iulio Claro in §. *testamentum, quæst.* 12. & *Antonino Tessauro Decis. Pedem.* 94. Nam quod ad Iustiniani † legem 5
attinet, facile est videre verba illa, *quocunque modo* non ad neglectas iuris communis solemnitates pertinere. Sed ad diuersas relinquendi species, quarum aliæ inter viuos sunt, aliæ ad vltimam voluntatem spectantes. Nam lex illa sicuti facit ius nouum, ita pendet ex eo, quod aliis eiusdem Iustiniani aliorúmque Imperatorum legibus, naturales isti capaces facti erant capiendi à parentibus ex testamento vsque ad certam quantitatem, id est, vsque ad vnciam quidem indistinctè, *leg. 2. Cod. de natur. liber.* supra vnciam autem eo toto casu

quo legitimi liberi nulli essent, neque legitima vxor *Auth. licèt eod.* Idque significant etiam verba illa, *d. leg. vltim. dederint vel reliquerint*. Dedisse namque dicitur magis propriè ac ex vsu loquendi, qui dedit inter vivos, reliquisse verò qui in vltima voluntate. Nec Accursius noster ad eam legem hanc interpretationem
6 ignorauit. Ratio † tamen illa qua vnica mouentur nostri, vt contra Speculatorem sentiant, leuior mihi videtur, quàm vt debuerit eos mouere. Aiunt enim leges quæ de parentis inter liberos siue filios testamento imperfecto loquuntur, non de aliis esse accipiendas, quàm qui verè & propriè filij sint. Filium autem definiri eum qui ex legitimo matrimonio sit natus, *leg. filium 6. D. de his qui sui vel alien. iur. sunt*. Quòd si quandóque ad filios naturales extendantur leges de filiis loquentes illud exprimi solere ipsis legibus, in hac verò specie nulla id lege expressum fuisse. At si ratio hæc bona veráque esset, sequeretur idem prorsus de adoptiuis filiis dicendum fore quod isti dicunt de naturalibus. Non posse in iis locum habere constitutiones, quæ de imperfectis huiusmodi testamentis scriptæ sunt, cùm æquè verum sit non esse propriè filios illos quos adoptio non natura fecit, ac potius commentitios, vt Papinianus vocare illos videtur in *l. fideicommissum 76. De condic. & demonstr.* cùm ait fideicommissum à filiis relictum sub ea conditione si quis ex iis diem suum obierit sine liberis, adoptionis commento non excludi. Cui nec dissimile valdè est quod Vlpianus scribit in *l. si ita quis 51. §. 1. de legat. 2.* eum cui in tempus liberorum pars tertia legata est, non posse adoptando consequi legitimum. Adoptiui namque filij non sunt nati filij, tantum abest vt sint nati ex legitimo matrimonio, hoc tamen amplius habent quàm adoptiui, quod ex illo nati sunt, cuius dicuntur esse filij naturales, vt proinde tanto verius sit filios illos esse. Naturaliter enim esse dicitur id quod reuera est, remota iuris potestate, *l. 3. §. aperire. D. de SC. Syllan.* vnde etiam fit, vt propter liberos naturales plerunque deficiat fideicommissum, quod non deficeret propter adoptiuos, *l. cum pater. 77 §. volo, de legat. iunct. l. ex facto 17. § si quis rogatus 1. ad SC. Trebell.* Et tamen certum est in adoptiu-
7 is † quoque liberis locum esse legis Constantinianæ, quæ de omnibus illis loquitur, qui sunt sui heredes: quorum numero vtique adoptiui non minùs quàm qui naturales & legitimi sunt, continentur. Nam & illis æquè testamentaria ac legitima hereditas debetur, si non ab ea certo rectóque iudicio sint moueamur. Non igitur ea sola ratio filios naturales à Constantinianæ legis beneficio excludere debet, quod ex legitimo matrimonio nati non sint, cùm non excludat adoptiuos.
8 Ratio † igitur vera quæ pro communi sententia tuenda adferri debuit, & quam nemo adfert, illa est, quòd lex Constantini de iis tantùm liberis loquitur, qui vel sui sunt vel emancipati, quorum neutrum conuenit naturalibus siue ex concubinatu siue etiam ex contubernio susceptos proponamus, quia cùm sui sint ij qui sunt in potestate, emancipati verò qui aliquando in potestate fuerunt, neutrum dicere potest de naturalibus istis qui in potestate nec sunt, nec vnquam esse potuerunt, quandoquidem ius patriæ potestatis non est nisi ex iustis nuptiis, *Iustit. de patr. potest.* Extra iustas autem nuptias nascitur quisquis vel ex contubernio nascitur vel ex concubinatu, obque id nec iis substituere pupillariter naturalis pater potest, *d. leg. Lucius 45. De vulg. & pupill. substit.* nec tutorem dare extra casum & formam *dict. leg. vlt. Cod. de confirm. tutor.* quia vt vtrumque ius & substituendi pupillariter & tutorem dandi proficiscitur ex iure patriæ potestatis.
9 Quanquam autem subsecuta Theodosij † constitutio induxisse videtur, vt nihil aliud in liberis inspiciendum sit nisi an sint liberi, non etiam illud an sui sint emancipati, cùm legem Constantini quæ de patribus tantùm locuta fuerat, extenderit ad matres, maternósque ascendentes, quorum respectu constat liberos neque suos dici posse neque emancipatos, si tamen subtilius intueare, non ita est: quoniam iis demum liberis quantum ad matris maternorúmque ascendentium successionem prodesse Theodosius voluit, quamuis nec suis emancipatis, quibus scilicet iam Constantinus prospexerat quantum ad successionem patris. Nec enim aliud fecit Theodosius nisi quod Constantini legem de patribus tantùm locutam protraxit ad matres. Ergo iis tantùm liberis prospicere quantum ad matrem Theodosius voluit, qui relatione ad patrem facta vel sui dicendi essent vel emancipati. Atqui non sunt in hoc numero liberi naturales, vt probauimus. Non magis ergo ad Theodosianæ quàm ad Constantinianæ legis siue verba siue sententiam isti pertinent. Et consequenter noua lege opus esset, nouóque Imperatore ad faciendum vt in iis ius idem statueretur, quod in aliis statutum fuit à Constantino, *argum. leg. liberos 18. & l. seq.* in illis verbis *eo quòd nulla constitutio*, &c. *C. de collat.* Idque apparebit euidentiùs si cum hac ratione aliam iungas petendam ab iis quæ à nobis disputata sunt in *Error. 3.* Nempe quod siue Constantini † siue Theodo- 10
sij siue Iustiniani legem consideres non aliud priuilegium liberis datum est nisi vt inter eos voluntas parentis ex testamento, siue imperfecto siue aliter nullo iure intestati defendatur. Ergo nec aliis liberis quàm qui ab intestato succedere possint. Atqui naturales liberi siue ex contubernio siue ex concubinatu susceptí proponantur, numquam succedunt ab intestato. Nisi † fortè 11
in duas vncias eo solo casu quo neque soboles ciuilis neque legitima coniux superstit, vt scriptum est in *dict. auth. licet patri. C. de natur. liber.* Hoc enim Iustinianus tandem induxit, *iunct. Nouell. 86. quib. mod. natur. effic. sui.* cùm antea semper obtinuisset, vt ab omni successione intestati naturales isti arcerentur eodem Iustiniano teste in *l. vlt. C. de natur. liber.* Quo enim iure vocarentur, qui neque sui sunt, neque agnati? *l. scripto 7. D. vnd. liber. d. l. vlt. C. de natur. liber.* Hactenus enim duntaxat iis prospectum erat à prioribus Imperatoribus vt instituí heredes possent vsque ad certum modum, cùm toto iure vetere incogniti fuissent, & incapaces tanquam alienigenæ, & peregrini *d. Nouell. 89. in princip. iunct. l. 1. C. de heredit. instit.* Igitur fieri non potest, vt ad huiusmodi naturales liberos ea constitutiones protrahantur: Nimirum sub hac tamen exceptione: Nisi
12 quatenus † ab intestato succedere possunt, id est, Extra eum casum quo neque legitimi vlli sint liberi, neque legitima coniux, & intra duatum duntaxat vnciarum modum. In eóque puto erratum esse ab interpretibus nostris, quorum nemo hanc adhibet distinctionem, vt nec quisquam in hac quæstione considerat ius succedendi ab intestato, cuius tamen præcipua ratio habenda est, quoties de voluntate ex testamento imperfecto defendenda, disputatur: ita vt non nisi ridiculè possis quæstionem concipere. An ad istas Constantini, Theodosij & Iustiniani leges ij pertineant qui ab intestato succedere non possunt, cùm illis legibus nihil aliud factum sit, nisi vt voluntas defendatur ab intestato. Planè si
13 de nepotibus † illegitimis tractemus, siue sint illegitimi ex illegitimo, siue illegitimi ex legitimo, siue legitimi, ex illegitimo, quæ tria sunt genera illegitimorum nepotum, vt ait, *dict. l. vlt.* & quæratur an ad eos pertineant hæ constitutiones. Respondendum erit intrepidè & indistinctè non pertinere, quia nullo penitus casu possunt isti nepotes ab intestato succedere, nec magis auo aliisque superioribus ascendentibus, quàm vlli ex cognatis, si quis saltem huiusmodi cognationis verbum ad tàm degeneres homines velit extendere, vt vtar verbis Iustiniani in *dict. l. vlt.* quam legem hac parte incorrectam mansisse consentiunt interpretes omnes, & in hoc vno sapiunt, qui in cæteris omnibus ad

hunc

hunc tractatum ſpectantibus omnes omnino deſipuerunt. Itaque hinc videmus in propoſita quæſtione † 14
multum intereſſe, an de liberis naturalibus & legitimis tractemus, an de iis qui ſint naturales tantùm. Et rurſum, cùm de iis qui ſunt naturales tantùm, an de filiis primi gradus, an de nepotibus. Nam in liberis naturalibus & legitimis locum habent ſupradictæ Imperatorum conſtitutiones ſine vlla graduum diſtinctione, quia poſſint ij omnes ſuccedere ab inteſtato ſalua graduum prærogatiua, vt ſcriptum eſt in Auth. Defuncto. *C. ad SC. Tertyll.* In iis verò qui naturales tantùm ſunt, diſtinctio adhibenda neceſſariò eſt, an primi ſint gradus an vlterioris. In liberis primi gradus ſubdiſtinguendum eſt an poſſint aliqua ex parte ſuccedere ab inteſtato nécne. Id eſt an aliqui adſint legitimi liberi aut legitima coniux, an non: Vt ſi propter defectum legitimorum poſſint ab inteſtato ſuccedere, habeant in iis locum conſtitutiones vſque ad eam hereditatis partem, in qua ſuccedere poſſunt. Si minùs aliud reſponderi oporteat. In liberis verò naturalibus vlterioris gradus putà nepotibus aut pronepotibus, ſine vlla diſtinctione dicendum eſt, neque de iis ſenſiſſe Imperatores, neque ad eos per interpretationem protrahi poſſe Imperatorum conſtitutiones. Vnum 15
eſt † quod huic noſtræ diſtinctioni valde aduerſari videatur: Id nimirum quod ſupra diximus, non de aliis liberis locutum fuiſſe Conſtantinum quàm qui vel ſui ſint vel emancipati, quorum neutrum conuenit liberis naturalibus, ne tum quidem cùm ſuccedere poſſunt ab inteſtato, nullis exiſtentibus legitimis. Verùm reſponderi meo iudicio poteſt, Conſtantini legem ita conceptam fuiſſe, quòd eo tempore ita ius eſſet vt non alij liberi ſuccedere ab inteſtato poſſent, ſiue ciuili iure ſiue prætorio, quàm qui ſui vel adhuc eſſent, vel aliquando fuiſſent, cùm naturalium & ius & nomen nondum eſſet cognitum, tantum abeſt vt poſſent ſuccedere ab inteſtato, quod Iuſtinianus longo poſt interuallo primus induxit. At poſteaquàm Iuſtiniano placuit, vt certo caſu & ad certum vſque modum liberi naturales capaces ſint ſuccedendi ab inteſtato, non tam illud inſpiciendum iam eſſe, an ſint ij ſui vel emancipati, quàm verum tales ſint quibus & liberorum nomen, & ius ab inteſtato ſuccedendi conuenire poſſit: quomodo vtique iis conuenit, licèt neque ſui ſint, neque emancipati.

ERROR VI.

De liberis illegitimis legitimatis, quibus aliquid relictum ſit in teſtamento minùs ſolenni.

SVMMARIA.

1 *An patris teſtamentum minus ſolenne inter liberos illegitimos legitimatos valeat ex Conſtantini conſtitutione.*
2 *Sententia affirmantis comprobatio, & n. 4.*
3 *Filiofam. non ſolùm natura, ſed etiam lex facit ſint per adoptionem, ſiue per legitimationem.*
4 *Legitimatorum nomen æquiuocum eſſe.*
5 *Suorum nomine, que vſa eſt lex Conſtantini continentur legitimati non minùs quàm legitimi.*
6 *Suus heres definitur ex tempore mortis patriſfam.*
7 *Filij legitimi & ſui heredis differentia.*
8 *In lege ſine hominis voluntate interpretanda cùm quæritur quinam liberorum appellatione contineantur, quid inſpiciendum.*
9 *An legitimatus per reſcriptum Principis præferatur fideicommiſſario, cui rogatus quis ſit reſtituere hereditatem ſi ſine liberis natis ſibi & legitimis decedat.*
10 *Quid iuris ſit in eadem quæſtione ſi legitimatio facta ſit per ſubſequens matrimonium.*
11 *Primogenij priuilegium legitimè prioris nato competens non amittitur per fratris naturalis & illegitimi antè nati legitimationem.*
12 *Diluitur obiectio petita ex l. vlt. C. de his qui veni. ætat. imp. quâ nonnulli conantur probare Conſt. Theod. & Inſt. conſtitutiones ad legitimatos non pertinere.*

RIdet iam ex ſuperioribus, quid nos ad propoſitam quæſtionem † reſpondendum 1
arbitremur. Etſi enim differentiæ multæ ſunt inter liberos legitimos & legitimatos, ita vt non ſatis propriè dici poſſint legitimi qui ſunt legitimati. Tamen quod ad propoſitam quæſtionem attinet, nihil prorſus intereſſe † poteſt, an liberi 2
quibus pater in teſtamento minùs ſolenni aliquid dederit legitimi ſint an legitimati. Siquidem tam hi quàm illi ex ipſa iuris ciuilis ratione capaces ſunt ſuccedendi ab inteſtato indiſtinctè, hoc eſt, non adhibita ea diſtinctione. An aliqua ſit ſoboles aut coniux legitima, necne: quippe qui ſint verè liberi, adeóque ſui heredes, non minùs quàm ſi & naturales eſſent, & legitimi. Filios enim familiàs † non ſolùm natura, ſed etiam lex 3
facit, ſiue per adoptionem, qui modus fuit veteri iuriſprudentiæ notiſſimus. *leg. 1. & tot. tit. D. de adopt.* ſiue per legitimationem, cuius variæ ſpecies à poſterioribus Imperatoribus fuerunt introductæ, & à Iuſtiniano noſtro partim retentæ, partim emendatæ *Nouell. 89. quib. mod. natur. effic. ſui.* Et *Nouell. 74. quib. mod. natur. legit.* Cúmque † lex Conſtantini quæ extat in *dict. leg. vltim. C. famil. erciſcun.* de iis liberis nominatim loquatur qui ſunt ſui heredes, ſui verò ſint non minùs qui legitimati ſunt quàm qui ab initio legitimi fuerunt, planè non video quid impediat quominùs de legitimatis idem ius quod de legitimis hac parte ſit conſtituendum. Etſi non ignoro ipſum quoque legitimatorum † nomen æquiuocum eſſe. Poteſt enim ad eos 5
aptari qui nunquam fuerunt naturales, ſed ab initio legitimi, quos equidem magis propriè liceat dicere legitimos, quia nunquam illegitimi fuerunt, non magis quàm naturales, cuiuſmodi ſunt qui per adoptionem ſpecialem, aut per adrogationem adſciti ſunt in numerum liberorum, ſed quos tamen poſſis etiam non malè dicere legitimos, cùm ſit verum factos eſſe illos legitimos qui anteà non erant: legitimari enim aliud nihil eſt quàm legitimum fieri. Poteſt etiam & multo conuenientius ad eos accommodari, qui ita fuerunt non legitimi vt fuerint etiam illegitimi, quia fuerunt aliquando naturales tantùm. Et hoc ſenſu legitimati paſſim dicuntur in ſupradictis Iuſtiniani conſtitutionibus, & in propoſita quæſtione. Cæterum ſiue hoc ſiue illo modo legitimatorum nomen ſumatur, ſuus heres eſt quiſquis eſt legitimatus, hoc ipſo quod legitimus eſt. Pertinent igitur legitimati omnes ad Conſtantini legem, ex qua parte de ſuis heredibus locuta fuit. Nec proinde ad rem pertinet ſi quis obiiciat non omnes diſpoſitiones quæ de liberis legitimis loquuntur ad legitimatos extendi poſſe, putà ſi quis locutus ſit de Titij liberis legitimis ex proprio ipſius corpore procreatis, vt in ea ſpecie quam tractat Guid. Pap. Aut ſi de emphyteuſi eccleſiaſtica agatur, quam placuit ad illegitimos legitimatos peruenire non poſſe, ſi non expreſſa & ſpecialis mentio de iis facta ſit, vt ex communi noſtrorum ſententia teſtatur Iulius Clar. *in §. emphyteuſis.* Non enim de legitimis heredibus locuta eſt lex Conſtantini, ſed de ſuis tantùm, quo † nomine legi- 6
timati vtique nó minùs quàm legitimi ipſi vt diximus, continentur: quia *ſuorum* nomen non eſt æquiuocum,

eut analogum quomodo legitimatorum, vt iis conueniat magis propriè qui legitimi ab initio fuerunt, quàm iis qui ex postfacto legitimi facti sunt. Omnes siquidem æquè sunt sui heredes, cùm æquè sint in potestate, primumque gradum obtineant in causa succe-
6 dendi in pecto tempore mortis, quod vnicum † præcisè inspiciendum est, quoties de sui heredis nomine ac iure disputatur, *l. scripto 7. D. vnd. liber. l. si filiusfamilias 33. D. de testam. milit.* Ante mortem enim patrisfamilias sicuti heres nullus esse potest, neque suus heres, quia viuentis non est hereditas, *l. 1. D. de heredit. vel act. vendit. l. 1. D. pro heredit.* & consequenter non cadit in suos heredes ea distinctio quæ cadit in legitimos, an ab initio tales fuerint, an ex postfacto: quia non quem-
7 admodum filius † legitimus, ita & suus heres quisquam nascitur, nisi qui nascitur post mortem illius de cuius hereditate agitur, qui autem post mortem nascitur, si non suus heres sit eo tempore quo nascitur, suus postea fieri nunquam potest, si excipias casum singularem, *l. si quis filio 6. D. de iniust. rupt. & l. 1. §. sciendum. D. de suis & leg.* Et ratio differentiæ perspicua est, quia filius quidem definitur ex natiuitate illius qui filius dicitur, sed cùm adiecta nota filiumfamilias dicimus, eum significamus quem non tam natura quàm lex talem fecerit, quoniam sicuti sola natura filios facit, ita & filiosfamilias sola lex, quæ porrò in eo differt à natura, quod nullo instanti certo concluditur, quominùs potestatem suam exerceat, vt filiumfamilias hodiè faciat eum, qui heri filiusfamilias non fuit. At natura non potest facere vt qui hodiè natus est, si non sit filius Titij postea filius vnquam fiat. Suus autem heres definitur ex tempore mortis patrisfamilias, vt diximus, & æstimatur ex vnico illo instanti, adeò vt neque lex ipsa possit ex postfacto suum heredem facere illum qui talis non fuerit, tunc cùm de suo herede tractandum fuit. Inde igitur euenit, vt neque filius, neque suus heres ex postfacto quisquam fieri possit, at filiusfamilias & quod idem est legitimus filius non minùs ex postfacto possit quis fieri, quam ab initio esse: actu scilicet illo legitimo interueniente per quem liberi legitimi fiunt, siue aliquando illegitimi fuerint, siue nunquam. Deni-
8 que siue de lege, † siue de hominis voluntate interpretanda tractetur, si de illo quæratur, an liberorum appellatione, aut legitimi, aut legitimati contineantur, an ij tantùm qui & naturales sint & legitimi, vnum illud inspiciendum est, an iis verbis vsus sit legislator aut testator, quæ naturæ an iis quæ solius legis factum demonstreng. Priore casu, neque legitimati continentur, neque ij qui ab initio legitimi fuerunt, si non sint etiam naturales, quia natura veritatem vult, lex verò nihil facit nisi per fictionem, vt superiore capite dicebamus ex *leg. fideicommissum 76. de condic. & demonstr. leg. si ita quis 51. §. de legat. 2.* ex quibus locis etiam apparet, si solum nomen *liberorum*, aut *filiorum*, expressum sit, nulla alia nota adiecta, non alios significatos intelligi quàm qui reuera & naturaliter filij sint, non qui ciuiliter & fictitiè tantum *leg. vltim. D. de iur. delib.* vbi quod Iauolenus ex Labeone opponit verum filium ei qui sit naturalis duntaxat, non ad eum filium pertinet qui sit legitimus tantùm (hic enim multò minus dici potest verus filius quàm si esset naturalis tantùm) sed ad eum qui sit & legitimus simul & naturalis, hoc est, ex iustis nuptiis susceptus. Sed hoc ita si à testatore prolatum sit illud liberorum aut filiorum nomen, non si à lege. Lex enim cùm liberos aut filios simpliciter dicit, quidni de suis, id est, de iis quos pro liberis habet sensisse intelligatur, ac proinde de legitimis etiam qui nunquam fuerint naturales? Posteriore autem casu, cùm siue testator siue legislator iis verbis vsus est quæ legis potestatem potiùs quàm naturæ factum demonstrent, non potest res habere dubitationem quin legitimi quilibet contineantur siue ab initio legitimi tantùm fuerint, siue ex postfacto tales effecti per legitimationem, cùm antea illegitimi fuissent: vt puta si vel suos heredes dixerit vel filiosfamilias *leg. 1. D. de adopt. & d. leg. vltim. Cod. famil. ercisc.* Planè cùm adiicitur nota illa, *ex proprio corpore procreatis* siue ad liberorum aut filiorum, siue ad filiorumfamilias mentionem adiiciatur, & siue à testatore siue à lege apertissimum est eos liberos demonstrari, qui à natura sint non qui à lege, vt mirum non sit huiusmodi liberorum appellatione non legitimos tantum, sed legitimatos tamen comprehendi, eo sensu quo legitimatos diximus esse illos magis propriè qui naturales & illegitimi aliquando fuerunt. Nam quod naturalibus deest vt sint legitimi, facilè id supplere lex quandocunque potest. At quod legitimis deest vt sint naturales, id neque lex neque natura ipsa supplere vnquam potest. Ergo in proposita quæstione cùm, vt probauimus, lex Constantini ad eos quoque pertineat liberos qui legitimi tantum sunt, quanto magis pertinebit ad naturales illegitimos legitimatos? Nam hi præter id quod sunt etiam legitimi, habent hoc amplius quàm qui legitimi tantùm sunt, quod sunt præterea naturales. Quamquam si quæratur † an legitimi fieri possint, præsertim per res- 9
criptum Principis in præiudicium fideicommissarij, cui rogatus quis sit hereditatem restituere sub ea conditione, *Si sine liberis naturalibus & legitimis decedat*, vt legitimati fideicommissarium hunc excludant, alia quæstio est, de qua nobis & alio loco dicendum erit, & aliud fortasse quàm quod vulgo traditum est ab interpretibus qui licet non vno omnium voto, frequentiores tamen eunt in illam sententiam vt contra fideicommissarium respondeant pro legitimato: cùm tamen hac in re non maior iuris ratio faciat pro legitimatione quàm pro adoptione, vt siue huius siue illius commento fideicommissarij ius lædatur, quod vtique non magis lædi potest facto Principis, quàm facto priuati de fideicommisso restituendo grauati *dict. l. fideicommissum 76. de condic. & demonstr. d. l. si ita quis 51. § de legat. 2. l. §. meritò, & §. si quis à Principe. D. ne quid in loc. public. l. penult. & vlt. D. de natal. restitut.* Scilicet cum facta est legitimatio post iniunctum fideicommissum & fideicommissario non vocato. Nam si legitimatio fideicommissum præcesserit, nihil obstat sanè quominus dispositio facta de liberis naturalibus & legitimis, ad huiusmodi legitimatos retrahatur qui eo tempore & naturales, & verè legitimi reperiuntur, Vt non malè ratiocinatur & distinguit Andr. Fachin. *lib. 4. Controuer. quæst. 53.* Ideo autem loquimur de legitimatione facta per rescriptum, quoniam in † ea quæ per subsequens 10
matrimonium facta esset, aliud probari oporteret, quòd ea legitimationum omnium non modò optima, sed etiam fauorabilissima & sanctissima esse existimetur, propter sacramenti religionem & potestatem, *cap. ante. Extr. qui filij sint legitim.* Nullum enim commentum, nulla, vt Iustinianus loquitur, machinatio est in huiusmodi legitimatione, cui causam dat solum legis diuinæ præscriptum, & necessitas delendi peccati. Nisi ponas in fideicommissi conditione positos fuisse liberos non sub ea qualitate natalium & legitimorum, sed *ex legitimo matrimonio procreatos*, quomodo vt plurimùm hodie concipi tales conditiones solent. Superueniens namque matrimonium etsi non modò legitimum est, sed etiam legitimos facit liberos omnes antea natos, facere tamen nequit vt ex legitimo matrimonio procreati sint quisquis matrimonium procreati fuerunt, quia hæc verba coniungunt natiuitatem cum legitimitate, vt ita dicam, matrimonij, vt necesse sit matrimonium fuisse legitimum iam eo tempore quo nati sint ij qui se in conditione positos velint dicere. Quæ res facit vt legitimatio etiam per subsequens matrimonium facta nunquam retrottahatur ad tempus natalium, præsertim verò in præiudicium tertij cui medio tempore

ius

ius fuerit acquisitum. §. *si quis sanè. vers. liceat. & §. sit igitur licentia dict. Nouell. 74. quib. mod. nat. effic. legit.* Vnde etiam est quod vulgo bene creditur, Primogenij
11 † priuilegium quod quis habuit tanquam prior legitimè natus non posse ei auferri ob id solùm quod frater naturalis, & illegitimus ante illum natus, postea factus sit legitimus ex matrimonio subsequenti. Vt concludit Andr. Tiraq. *De primogen. quæst.* 34. siquidem ipsum primogeniti nomen natiuitatem demonstrat cuius tempore si matrimonium legitimum non fuit, licèt postea legitimum fiat, non possunt dici ex legitimo matrimonio geniti qui antè nati fuerunt. Quæ cum ita sint nullo modo dubitari potest quin supradictæ Constantini, Theodosij, & Iustiniani constitutiones de testamento minùs solenni inter liberos condito, ad eos quoque liberos pertineant, qui per subsequens matrimonium legitimati sunt, cùm iis etiam conueniant, vt probauimus, qui alio quouis modo legitimi effecti proponãtur. Nec mouere quem-
12 quam debet, quod afferunt contrariæ sententiæ † assertores ex *leg. vltim. C. de his qui ven. ætat. impetr.* Nam quod ibi scriptum est facta legitimæ ætatis mentione illam tantummodo ætatem intellectam videri quæ vigintiquinque annorum curriculis compleatur, non quæ ab imperiali beneficio suppleatur, longè dissimilem rationem habet, quia tunc quoque cum Princeps veniam ætatis alicui tribuit non id agit vt faciat eum maiorem, quod nec si velit facere potest, sed contrà, vt non sit necesse maiorem illum esse, ac proinde nulla causa est vt legitimam ætatem illam intelligamus, quod autoritate imperiali suppletur. At cum Princeps legitimum facit eum, qui illegitimus fuit, non tantum veniam ei tribuit legitimitatis, sed etiam facit illum legitimum, quoniam quicquid lex potest facere id omne, multo magis potest facere Princeps qui est supra leges. Itaque nihil fit contra rationem aut proprietatem verborum cùm appellatione legitimorum ij quoque comprehenduntur, qui verè legitimi facti sunt siue per rescriptum Principis, siue per subsequentis matrimonij sanctitatem.

ERROR VII.

De pia causa instituta in minus solemni testamento.

SVMMARIA.

1 *Quæstio de voluntate minùs solenni in piam causam collata, an valeat ex constitutionibus de quibus antea.*
2 *Dd. constitutiones de solis liberis intelligendas esse.*
3 *Sententia arbitrantium in hac re idem esse priuilegium piæ causæ quod liberorum.*
4 *Relictum piæ causæ in voluntate minùs solenni neque ex testamento, neque ab intestato defendi potest.*
5 *Priuilegia piæ causæ à Tiraquello congesta vnde ducta.*
6 *Quomodo in proposita controuersia quæstio sit concipienda, & decidenda.*
7 *Vxoris & liberorum quando par & æqualis conditio statuatur.*
8 *Nullus est fauor libertatis relictæ in testamento imperfecto: ideóque nec piæ causæ.*
9 *Obiectio petita ex l. 38. D. de fideicom. libert. qua colligitur libertatem ex imperfecto testamento deberi.*
10 *Solutio obiectionis & d. l. 38. interpretatio.*
11 *Postrema d. l. verba, & ideo fideicommissa etiam ei præstanda, irreptitia esse.*
12 *Id quod ex causa fideicommissi indebitum datum est quando repeti possit.*
13 *Quando impediatur repetitio eius quod solutum est ex causa iudicati, eo qui solui putante se condemnatum.*
14 *Hallucinatio imperiti interpretis qui d. l. 38. depranauit.*
15 *Alia emendatio d. l. & correctio lectionis Florentinæ.*

NEque hæc quæstio † prætermittenda est. 1
De voluntate in testamento minùs solenni declarata, & in piam aliquam causam collata. Vtrum ex iis Imperatorum constitutionibus, de quibus suprà diximus, & quæ non nisi de testamento inter liberos condito loquuntur, defendenda sit ex mente Imperatorum, iustáve iuris interpretatione. Quæstio in eo esse creditur, Vtrum eadem causa idémque fauor esse debeat piæ causæ ac liberorum. Alioquin † aperta sunt verba 2
Constantini & Theodosij ad solos liberos pertinentia in *leg. vltim. Cod. famil. & in l. hac consultissima. §. ex imperfecto. Cod. de testament.* sed omnium apertissima constitutio Iustiniani *Nouell.* 107. *de testament. imperfect.* vbi diserte scriptum est, si quis vxori, aut extraneis personis aliquibus voluerit relinquere legata, aut fideicommissa, aut libertates, ea omnia ita demum sint firma, si non solùm scripta sint propria manu testatoris, sed etiam dicta coram testibus, hoc expresso per testatorem quod omnia in dispositione posita consequenter post dispositionem inter liberos factam, & ipse scripserit, & valere velit. Quibus verbis cùm neque vxor excipiatur, cuius persona coniunctissima est, ob idque ab extraneis personis meritò separata, neque libertates, quarum fauor ad piam causam pertinere existimatur, & à fideicommissis pecuniarijs multum distare, *leg. in testamento.* 38. *& leg. seq. in princip. D. de fideicom. libert.* apparet de solis liberis priuilegium constitutionis intelligi & posse & debere. Vulgo tamen creditum † est idem priuile- 3
gium esse in hac re, vt & in aliis plerisque iuris partibus, liberorum & piæ causæ, siue quòd testator non minùs animam suam quàm liberos dilexisse putandus sit, siue quod summa semper sit illa ratio quæ pro religione facit *leg. sunt personæ* 43. *D. de religios. & sumptib. fun.* Sed quàm falsa sit hæc sententia † vel 4
tacentibus nobis intelligere iam potest, quisquis bene perceperit ea quæ hucusque diximus de constitutionum principalium circa ius hoc nouum interpretatione. Nam cùm non alia fuerit mens Imperatorum, tunc quoque cùm liberis fauere voluerunt, quàm vt imperfecta illa minúsque solennis voluntas parentis inter liberos ab intestato custodiatur, vt sæpius diximus & probauimus, quid absurdius esse potest quàm existimare idem priuilegium piæ causæ dandum esse, quæ tamen ab intestato succedere nullo casu, nullóque modo possit? In quo miror lapsos esse, non illos equidem, qui putant voluntatem illam minùs solennem tanquam ex testamento defendi posse (facilius enim esset vt exemplo eorum quæ liberis parens reliquisset, illa etiam valerent quæ eodem testamento in piam aliquam causam relicta proponerentur) sed eos interpretes, qui cùm bene sentiant, quod & nos sentimus, priuilegium constitutionum non nisi ad successionem intestati pertinere, non tamen animaduertunt se plus fauere piæ causæ, quàm liberis cùm id agunt vt parem & æqualem faciant omnium conditionem, An non enim maius priuilegium esset quod haberet pia causa, vt quicquid in piam causam relictum esset, valeret, tametsi pia causa neque ex testamento succedere posset neque ab intestato quàm quod habent

ed by Google

bent liberi, vt quod iis in eiusmodi voluntate minus sollenni relictum est ab intestato sustineatur? Quamquam nec possum videre quo iure aut iuris colore possit defendi relictum piæ causæ, si neque ex testamento neque ab intestato defendatur. Cùm certissimum sit quicquid ex defuncti hominis voluntate petitur & debetur: id necesse omnino esse vt vel tanquam ex testamento vel tanquam ab intestato debeatur. Quòd si hoc dilemmate victus quispiam cogatur dicere quod nos semper negabimus, eáque in piam causam relicta sint, sic defendenda esse tanquam debita ex testamento, vtique hoc ipso fatebitur, quod nos pro absurdo consequenti ponimus. Plus ergo iuris habituram hac in re piam causam quàm liberos. Siquidem multò fauorabilius & honorabilius est succedere, aut quid aliud percipere ex testamento, quàm ab intestato. Ex quo apparet priuilegia † illa piæ causæ quæ tam multa congerit Andreas Tiraquellus in tractatu quem ex professo edidit de priuilegiis piæ causæ, & quæ omnia ferè ad liberorum comparationem referuntur ex Doctorum opinionibus, magis quàm ex vera, ni fallimur, iuris ratione, ad quæstionem hanc extendi non posse. 6 In qua † non tam illud inquirendum est, quod inquirunt interpretes, An idem fauor esse debeat piæ causæ qui liberorum, Quam verum ab intestato succedere possit pia causa, quomodo liberi possunt, an non possit: Cúmque exploratissimum sit non posse, prorsus consequens est, vt quod liberis indultum Imperatores voluerunt, nemo quantumuis audax protrahere queat nisi valdè imperitè & ridiculè ad piam causam. Neque verò alia ratio est propter quam nullum hac parte priuilegium sit vxoris, non magis quàm alterius extranei cuiuslibet, nisi quod vxor marito succedere ab intestato non magis quàm alius quilibet omnino extraneus potest, *leg. vlt. Cod. quor. bonor.* Alioqui cùm fauor † duntaxat personæ attenditur, qui ex 7 coniunctione vt plurimùm æstimatur, nouum non est vt vxoris & liberorum par & æqualis conditio statuatur. Vt cùm quæritur, An valeat legatum vel fideicommissum rei alienæ relictum ab eo qui alienam, esse ignorabat, *leg. cùm alienam. 10. Cod. de legat.* aut de legatis præstandis petita contra tabulas bonorum possessione, *leg. 1. D. de legat. præst.* nimirum si vel dos ipsa mulieri legata sit, vel aliquid pro dote, non etiam si quid aliud præter dotem, *leg. virilis. 8. §. si quid vxori cum seqq. eod.* Quinimò cùm supra relata 8 Iustiniani constitutio † non excipiat libertates, quas tamen diximus ab interpretibus nostris, inter pias causas annumerari, quid aliud exigimus, vt tutò inferamus. Nullo igitur priuilegio hac in re piam causam gaudere. Si quis enim fauor esset piæ causæ, esset maximè libertatis, quæ non priuata res, sed publica esse dicitur in *leg. si quis rogatus 53. D. de fideicom. liber.* & cuius fauore tam multa sunt contra iuris rigorem siue constituta siue recepta, *leg. generaliter. 24. §. si quis seruo eo. tit. & §. vltim. Instit. de dona.* Hoc ipsum tamen quòd dicimus nullum esse fauorem libertatis relictæ in testamento imperfecto, aut quod alia qualibet 9 ratione minùs sollenne sit, pugnare † videtur cum eo quod scriptum est in *d. leg. in testamento. 30. D. de fideicom. liber.* vbi cùm quidam proponeretur in testamento quod perfectum non erat, alumnæ suæ libertatem & fideicommissa dedisse, & filij testatoris iidémque legitimi heredes omnia vt ab intestato egissent, eamque alumnam manumisissent, postea verò apud Imperatorem dubitaretur, an ea libera esset, refert Paulus Imperatorem quæsisse an vt ex causa fideicommissi manumissa fuisset, & interlocutum tandem fuisse, Etiamsi nihil ab intestato pater petisset, pios tamen filios debuisse manumittere eam, quam pater dixisset: Itaque pronuntiasse tandem, & decreuisse alumnam rectè manumissam, & ideo fideicommissa etiam ei præstanda. Atque ita communiter interpretes ex eius loci autoritate sentiunt, non solum libertatem, sed etiam fideicommissa libertati consequentia deberi ex imperfecto quoque testamento, quod & Cuiacius scripsit ad *leg. ex ea scriptura. 29. D. qui testam. facer. poss.* At ego † longè aliam & Pauli, & 10 Imperatoris mentem esse arbitror. Nec enim apud Imperatorem dubitabatur, an libertas alumnæ deberetur, sed an competeret, neque rursus an competeret ex testamento, quod imperfectum nulliúsque momenti esse constabat, sed an ex manumissione quam filij idémque heredes & domini fecerant post mortem patris. Ratio autem dubitandi erat, quia non alia videbatur fuisse causa dandæ libertatis, quàm quod pater eam dedisset, vt proinde filij probabiliter possent credere se obligatos, vt eam libertatem præstarent quam pater directo dedisset, quasi multò magis per fideicommissum daturus eam fuerit, si putasset non valituram directò. Directam enim non fideicommissariam libertatem in ea specie datam fuisse probant non obscurè illa legis verba *alumna sua libertatem & fideicommissa dedit*, cùm si ipsa quoque libertas per fideicommissum data fuisset, scribendum erat, *libertatem per fideicommissum & alia dedit.* Primo autem intuitu credidit Imperator quæstionem esse facti potiùs, quàm iuris, & ob id quæsiit à litigatoribus, an alumna fuisset manumissa tanquam ex causa fideicommissi, an verò nulla alia de causa quàm quòd liberam eam esse manumissores vellent. Quasi mox pronunciaturus, posteriore quidem casu competere ex manumissione libertatem, quam nihil impediret. Priore verò casu non competere, propterea quòd data esset ex falsa causa, id est, velut ex fideicommisso quod vtique nullum fuberat, neque ex testamento, cùm testamentum imperfectum proponeretur, neque ab intestato, cùm nihil pater ab intestato petisset. Sed postea re meliùs perpensa interlocutus est, id est, antequam pronunciaret cùm adhuc causa ageretur, dixit pios filios debuisse manumittere eam quam pater dilexisset. Eáque nimirum ratione motus tandem pronunciauit rectè illam manumissam, hoc est, omissa facti quæstione libertatem indistinctè ex ea manumissione competiisse, propterea quòd etiamsi velut ex causa fideicommissi quod reuera nullum fuberat, libertatem datam esse constitisset, sublata tamen falsa illa opinione supererat causa pietatis, quæ sicut in pecunia vel alia re qualibet indebitè soluta indebiti condictionem impediret vt eleganter scriptum est in *leg. cùm is. 36. §. mulier. D. de condict. indeb.* ita & multo magis facere debeat ne libertas quasi sine causa & perperam data impediretur: Præsertim, cùm in cæteris quoque omnibus relictis pecuniariis, quorum fauor longe minor est, id obtineat, vt si quid ex testamento aliave minùs sollenni voluntate solutum sit, repeti postea velut indebitum non possit *leg. 2. leg. si veritas. 23. C. de fideicom.* Quid ergo de aliis fideicommissis pecuniariis huic eidem alumnæ relictis dicendum erit? Nihil de iis apud Imperatorem quærebatur, puto quia nec de iis ratio quærendi & dubitandi vlla erat, cùm neque adhuc præstita essent, neque vllo iure deberentur. Nam nec libertas ipsa ex testamento illo imperfecto vel competeret ipso iure, vel debita dici posset, vt ad eam præstandam heredes vllo iure tenerentur, si nondum præstita probaretur. Eáque causa pietatis qua motus fuit Imperator, vt libertatem ex manumissione per filios facta competere decerneret, non potest sufficere ad eosdem filios obligandos, vt eam præstent si eo nomine conueniantur, iurisque maiorem quàm pietatis rationem habere velint. Et tamen sequitur † apud 11 Paulum in fine legis, *& ideo fideicommissa ei præstanda.* Inepta prorsus & improbabili collectione. Malum namque argumentum est à libertate ad fideicommissum.

ſum pecuniarium, ſi quidem vt in *leg. ſeq.* idem Paulus ſcribit non eſt ſimilis cauſa libertatis & pecuniarij fideicommiſſi. Sed multo peior collectio eſt à libertate præſtita ad fideicommiſſum pecuniarium præſtandum: cùm longè difficilius ſit libertatem, vel ex ſola pietatis cauſa præſtitam reuocare, quàm nec præſtitam nec debitam denegare. Et verò ſi verum eſt vt eſt, quod proximè diximus, ne quidem libertatem in hac ſpecie deberi, quandiu non eſt præſtita, quantominùs fideicommiſſum pecuniarium debebitur, aut pro debito habebitur, quod præſtitum nunquam fuit? Nam ſi præſtitum eſſet, fateret eandem fore quod ad hoc rationem & libertatis & debiti pecuniarij, qui ad cauſam pietatis pertineat, vt quælibet voluntas defuncti etiam quæ ſit minùs ſolennis vbi impleta eſt, nullum pœnitentiæ locum relinquat. Sed nos tractamus de fideicommiſſis pecuniarijs nondum præſtitis, cùm quærimus an ſint præſtanda. Concludendum igitur eſt non eſſe præſtanda ab heredibus, qui neque ſuccedunt ex eo teſtamento inutili in quo fideicommiſſa relicta ſunt, neque rogati fuerunt ab inteſtato. Quod cùm ita ſit, quis non fateatur irrepſiſſe poſtrema illa legis verba, omninóque delenda? Imperitum interpretem fefellit, quod putauit eam Pauli & Imperatoris mentem eſſe, vt in hac ſpecie libertas etiam quæ nondum præſtita ſit, debeatur ex cauſa fideicommiſſi, quamuis non fuerint fideicommiſſa repetita ab inteſtato: eámque ſententiam eſſe illorum verborum, *an vt ex cauſa fideicommiſſi manumiſſa fuiſſet*, cùm è contrario is potius ſit ſenſus, quem ſuprà attulimus, vt multo difficilius defendatur libertas præſtita ex cauſa fideicommiſſi, quod reuera nullum fuit, quàm ſi vltro & ſponte præſtita eſſet ab eo qui ſciens ſe non debere, non niſi de iure domini manumiſiſſet. Quod enim dici ſolet, id † quod ex cauſa fideicommiſſi indebitum datum 12
eſt, ſi non per errorem ſolutum ſit repeti poſſe, *lege penultima. §. ſi quis ius ignorans. D. de iur. & facti ignorant.* ad ea pertinet quæ per fideicommiſſum verè relicta ſunt, ſed inutiliter, putà in teſtamento minùs ſolenni, non ad ea de quibus præſtandis heres nullo modo ſit rogatus. Atqui ponimus & iam probauimus libertatem de qua conſulebatur Imperator, non per fideicommiſſum, ſed directo datam fuiſſe. Non igitur ad 1
eius reuocationem impediendam ſufficere poſſet, quod opinione fideicommiſſi fuiſſet præſtita ſi non illud etiam concurreret, quod ſublata falſa illa opinione ſupererat cauſa pietatis, quæ libertatem ſimul competentem retineret. Nam & quod idem Paulus ſcripſit in *leg. cùm putarem. 36. D. famil. erciſcund.* ad impedien-
dam † repetitionem eius, quod ſolutum ſit ex cauſa 13
iudicati, ſufficere quòd quis ſe putet condemnatum, haud dubiè ita accipiendum eſt ſi condemnatio aliqua de facto, vt loquuntur, quamuis nulliter facta, præceſſerit, non autem vt nullo interueniente iudicato ſufficiat, quod is qui ſoluit opinetur ſe condemnatum per ſententiam, quæ tamen nunquam fuerit lata. Fefellit
14 † etiam interpretem, quod verba illa *quæſiit Imperator an vt ex cauſa fideicommiſſi manumiſſa fuiſſet*, ſic accepit acſi ſcriptum eſſet, *quæſitum eſt apud Imperatorem, an velut ex cauſa fideicommiſſi manumiſſa alumna libera eſſet*, quod tamen longè diuerſum eſt. Hæc enim poſterior locutio continet quæſtionem iuris, vtrum ancilla eadémque alumna quæ manumiſſa fuit ſit libera. Prior verò quæſtionem facti, vtrum fuerit manumiſſa velut ex cauſa fideicommiſſi. Interrogatus & conſultus erat Imperator à litigatoribus de quæſtione iuris, ipſe verò vt par erat, litigatores interrogabat de quæſtione facti, vt ſolet ius oriri ex facto. Longéque aliud eſt dicere quod Paulus dicit, *quæſiit Imperator*, aliud verò quod interpretes iſte ſenſit, *quæſitum eſt ab Imperatore*. Quãquam, vt explicauimus in ea facti quæſtione non conquieuit Imperator qui meliùs poſtea vidit eo quoque caſu quo manumiſſa fuerit ancilla, velut ex cauſa fideicommiſſi, conſeruandam ei nihilominus libertatem non quaſi præſtitam ex cauſa fideicommiſſi, quod vtique nullum fuit, neque ex teſtamento, neque ab inteſtato, ſed quaſi præſtitam intuitu pietatis ei quam manumiſſorum patet non ſolùm dilexiſſe, verùm etiam directo liberam eſſe voluiſſet. Cùm ergo neque Imperatoris, neque Pauli mens illa ſit, vt ea libertas defendatur iure fideicommiſſi, nemo poſſit niſi ridiculè argumentari à libertate ad cætera fideicommiſſa eidem alumnæ in eodem teſtamento relicta, neque tamen aut præſtita, aut ab inteſtato repetita. Non enim quemadmodum fideicommiſſi pecuniarij capax non eſt alumna ſine libertate, ita è contrario poteſt dici non poſſe illam eſſe liberam, quin habeat fideicommiſſum pecuniarium in neceſſarium, ſiue conſequens, ſiue antecedens. Nihil igitur cauſæ fuit cur ex libertatis datione interpres ſic inferre debuerit, *& ideo fideicommiſſa etiam ei præſtanda.* Sicut nec ratio vlla erat cur Imperator de libertate tantùm conſultus pronunciaret de fideicommiſſis pecuniarijs, de quibus nullomodo quærebatur. Quòd ſi quid obſtaret ne tota illa adiectio † imperito interpreti adſcriberetur, dicerem 15
textum eſſe emendandum & pro iis verbis, *& ideo* legendum *ſed non*, quomodo Cuiacius *lib. 1. cap. 37.* emendauit Pomponium in *l. ſtatuliberi. 29. D. de ſtatulib.* aut quod eſſet probabilius *at non.* Quid enim facilius, quam pro *at*, ſcriptum eſſe *&*, rurſumque pro *non*, ſcriptum eſſe *ideo*, his notis *ion*, quibus vti ſolent etiam hodie exſcriptores cùm id agunt, vt breuiter ſcribant, niſi malis pro *&*, legere *nec.* qui error etiam in Pand. Florent. ſatis frequenter occurrit, & ſanè expeditior hæc emendatio eſt. Vtcumque ſit, mihi certè de Imperatoris & Pauli mente, ac quod præcipuum eſt, de vera iuris ratione omnino liquet. In eadem lege, Florentina lectio vitioſa eſt in illis verbis, *etiamſi ab inteſtato pater petiiſſet.* Deeſt enim dictio *nihil*, quæ non deeſt in Codicibus vulgaribus.

ERROR VIII.

De teſtamento imperfecto ratione voluntatis.

SVMMARIA.

1 *An teſtamentum imperfectum ratione voluntatis valeat.*
2 *Negantium fulcra.*
3 *L. ex ea ſcriptura. 29. D. qui teſt. fac. poſſ. ad teſtamenta imperfecta ratione ſolennitatis pertinere.*
4 *Exemplum teſtamenti præparatum quid ſignificet.*
5 *Imperfecta voluntas quæ.*
6 *Ne quidem militis teſtamentum imperfectum ratione voluntatis valere.*
7 *Clauſula codicillaris defectum voluntatis ſupplere nequit.*
8 *Diſpoſitio patris inter liberos, quæ ſit imperfecta ratione voluntatis, an ſeruanda ſit.*
9 *Sententia interpretum indiſtinctè negantium refertur & refellitur.*
10 *Sententia autoris diſtinctionem hîc adhibentis.*

TRactauimus hucuſque de teſtamento, ſiue in ſcriptis, ſiue per nuncupationem facto quod ſit imperfectum ratione ſolennitatis. Quid ſi ſit † imperfectum ratione voluntatis? Difficilius eſt vt ſuſtineatur, † quia nec voluntas 2
ferè vlla dici poteſt, quæ eſt imperfecta, nec proinde fauor vllus conſeruandæ voluntatis, quæ ſit nulla. Inde namque eſt quod quoties quis exemplum teſta- 1
menti

menti præparat, & priùs decedit quàm testetur, non valent ne quidem quasi ex codicillis quæ in exemplo scripta sunt, licèt verba fideicommissi scriptura habeat, & ita Diuum Pium decreuisse Mæcianus scribit, quem Vlpianus refert in *l. fideicommiss.* 11. §.1 *de legat.*3. Cui simile esse creditur, quod scriptum est in *l. ex ea scriptura.*29.*D.qui testam. facer. poss.* Ex ea scriptura quæ ad testamentum faciendum parabatur, si nullo iure testamentum perfectum esset, nec ea quæ fideicommissorum verba habent peti posse. Quamquam videtur is locus † intelligendus esse potiùs de testamento imperfecto ratione solennitatis, quàm de eo quod sit imperfectum ratione voluntatis, vt apertè probant verba illa, *si nullo iure testamentum perfectum esset.* Neque aliam existimandum est Vlpiani sententiam in *d. l. fideicommissa.*§.1. Exemplum enim testamenti † præparatum nihil aliud significat quàm scripturam quæ contineat plenam & absolutam declarationem voluntatis, sed quæ tamen non sit testamentum: propterea quòd eas solennitates non habeat quas desiderat testamentum, vt vel in scriptis, vel per nuncupationem factum dici possit. Errant itaque meo iudicio, qui ex nostris putant accipiendos esse locos illos de testamento imperfecto ratione voluntatis.Imperfecta † namque voluntas illa demum est, quæ non tota expressa fuit, siue à testatore, siue à testaturo, non etiam illa quæ tota declarata fuerit in ea scriptura quam testaturus paterfamil. parabat ad testamentum, licèt postea non fuerit testatus. Ad testamenti enim solennitatem pertinet, non ad causam voluntatis vt exemplum testamenti fiat testamentum, cùm non in alio differat exemplum testamenti paratum ad testamentum faciendum à testamento ipso, quàm in eo, quod exemplo desunt solennitates, sine quibus testamentum esse non potest, quia nec quælibet testatio voluntatis testamentum est: sed ea tantum quæ sit iusta, id est, iuris solennitatibus munita *l.*1. *D. qui testam.facer.poss.* Fortior erit ratio, si quis dicat voluntatem quamlibet militis esse testamentum. *l. eius militis.*34.*in fin.D.de testam.milit.*quia non sicuti Paganorum, ita & militum iustam voluntatem esse necesse est, sed sufficit vt sit nuda.*l.*1.*eod.*neque tamen † posse valere testamentum militis, quod sit imperfectum ratione voluntatis.*l. Diuus Traianus.*24.*eod.* ne contra voluntatem inducantur priuilegia quæ fuerunt data militibus fauore duntaxat voluntatis conseruandæ. Nam quod dici solet, *Si miles testamentum imperfectum relinquat,* scripturam quæ profertur, perfecti testamenti potestatem obtinere. *l. miles si testamentum.* 35.*eod.* de eo testamento intelligi debet, quod sit imperfectum ratione solennitatis tantùm, non etiam voluntatis, vt ostendit ratio quæ in eadem lege sequitur iis verbis, *nam militis testamentum sola perficitur voluntate.* Eodémque modo accipi debet quod scriptum est in *d. l. eius militis.*34.§ 1.Eius qui militia missus intra annum testamentum facere cœpit, nec perficere potuit, nihilominus ruptum esse prius testamentum quod in militia factum fuerat, si iure militiæ fuerat scriptum, non etiamsi iure communi. Inauditum enim est & absurdum, vt per posterius testamentum quod imperfectum sit ratione voluntatis, rumpatur prius, quod fuerat perfectum, siue iure militiæ, siue iure communi. Addi etiam potest quod neque ex interpretibus nostris quidam ignorarunt, clausulam † codicillarem quæ defectum solennitatis supplere solet *d.l. ex ea scriptura.* §.1 *l.Lucius.*88.§.*vlt.de legat.*2. numquam tamen supplere defectum voluntatis. Sic enim respondit Decius & eleganter *consilio* 205. *ad fin.* In quo tamen video passim errare pragmaticos nostros, & eos omnes qui tam multos congerunt effectus clausulæ codicillaris, quorum sanè pars magna corruet, si Decij sententia recipiatur, quæ vt verissima, ita omnino recipienda est.

An igitur dicemus seruandam † non esse inter liberos dispositionem parentis, quæ sit imperfecta ratione voluntatis? Sic vulgo interpretes † sentiunt, quos refert & sequitur Iulius Clarus in §.*testamentum quæst.* 9. Et Andreas Gayll. *lib.*2. *pract.obseru.cap.*112, sed moti ex supradictis iuris locis, quos ostendimus ad rem non pertinere, quòd loquantur de testamento imperfecto ratione solennitatis. Et præterea nihil aliud ex iis locis inferre possis, tamesi velles eos intelligere de testamento imperfecto ratione voluntatis, quàm quod admittam libentissimè, eiusmodi testamentum non valere iure testamenti, neque ex eo tanquam ex testamento succedi posse. At nos iam diximus sæpius in præcedentibus, harum dispositionum inter liberos conditarum priuilegium illud esse, vt defendantur non iure testamenti etiamsi in testamento scriptæ sint, sed ab intestato. Quid ergo attinet distinguere an testamentum sit imperfectum ratione solennitatis, an ratione voluntatis? Nec vrget quod iisdem locis negatur illa etiam valere, quia in talibus testamentis data sint sub verbis fideicommissorum. Etsi enim fideicommissa ab intestato quoque dari posse certum est, non ideo tamen fit vt ab intestato deberi possint ea quæ in testamento quacumque ratione imperfecto relicta fuerunt, nisi à legitimis heredibus fuerint repetita *dict.l. ex ea scriptura.* §.1.*dict. leg. Lucius.*§.*vlt.l.*3.*D.de iur.codicill.l.vlt.C.de Codicill.l.generaliter* 24. § *ex testamento. D de fideicom. libert.l.*1.*C. eod.* quia nec ea voluntas videri potest eius qui testamentum facere se dicit, vt ab intestato quicquam debeatur aut præstetur, nisi cùm id exprimit *l. in testamento,* 38. *D. eod.* de cuius sententia & lectione proximo capite dicebamus.Nec rursum ex iis Pandectarum locis bonum argumentum sumi potest ad constituendum ius quod ex nouis Imperatorum constitutionibus obtinere debeat circa parentum testamenta inter liberos facta: postquam placuit Imperatoribus in *dict. l.vltim.C.famil.erciscun.dict.l.hac consultissima.*§.*ex imperfecto. C. de testament.& d. Nouell.* 107. *de testament. imperf.* vti ea testamenta quæ olim ita erant nulla, vt neque ex testamento, neque ab intestato defuncti voluntas seruanda esset, hodie prosint ad conseruandam voluntatem ab intestato. Verùm quamquam hæc ita sunt, non tamen facilè admitti † illud potest, vt voluntas imperfecta custodienda sit inter liberos, nec magis ab intestato, quàm ex testamento. Ratione illa, quam initio capitis attulimus, quòd voluntas dici non possit, quæ perfecta non est, & partibus suis omnibus absoluta. Distinctio igitur aliqua est adhibenda quam tamen nemo adhibet, an patris voluntas in testamento imperfecto declarata, imperfecta sit circa personas liberorum an circa extraneos, quos vel coheredes filiis dare destinabat pater, vel legatarios aut fideicommissarios facere, in eodem testamento. Priore casu id obtinebit, quod diximus non posse patris voluntatem defendi ne quidem ab intestato & inter liberos quæ non fuerit perfecta, vt puta si mater plures habens liberos hereditatem suam aut potiùs bona cœperit inter eos distribuere, & post datam vni aut alteri portionem, cùm adhuc plures distribuenda supersessent, obmutuerit, & sic decesserit non declarata quantum ad cæteros liberos voluntate. Hic enim nulla ratio est, cur imperfecta illa voluntas quod ad liberos nominatos defendatur, cùm nesciri possit quid de cæteris senserit, quidve fuerit constituturus si testamentum compleuisset. Dixi, *cum adhuc plures distribuenda supersessent.* quoniam si vna tantùm supersesset, non esset difficile ex aliis quæ fuissent distributæ coniecturam facere quid pater voluisset in eam venire quam non expressit. Nimirum id omne quod in cæteras expressim collatum non reperiretur. Posteriore verò casu nihil sanè vetat defendi voluntatem patris inter liberos cum inter eos perfecta sit, quatenus quod ad extraneos sit imperfecta, quandoquidem

nec

nec quicquam prodeſſet perfectam eſſe voluntatem quod ad extraneos ſi quid ex iuris ſolennibus deeſſet. Finge patrem poſt ſcriptos ex æquis fortaſſe partibus liberos voluiſſe coheredem eis extraneum dare, neque tamen dediſſe præuentum morte, cùm iam fortè prima inſtitutionis verba proferre cœpiſſet. Imperfectum vtique erit teſtamentum, quia non fuerunt completæ inſtitutiones, ex quibus teſtamentum æſtimatur, ſed non eo minùs tenebit voluntas iure inteſtati inter liberos, eorúmque commodo cedet quicquid extraneus fuerat habiturus ſi teſtamentum abſolutum fuiſſet, idque pro hereditariis portionibus, ſiue ſint æquales illæ ſiue inæquales.

ERROR IX.

De illo qui heredem inſtituit, deſtinans addere conditionem quam poſtea non addidit. Ad l. 2. & l. 9. §. tantundem. D. de hered. inſtit. & l. pen. C. de inſtit. & ſubſtit.

SVMMARIA.

1 *Sitne perfectum eius teſtamentum qui omiſit conditionem, quam inſtitutioni addere deſtinarat.*
2 *Iuſtiniani conſtitutio in l. penult. C. de inſtit. & ſubſtit.*
3 *Dubitatio orta ex l. quoties. 9. §. tantundem. D. de hered. inſtit. vbi omiſſa conditio vitiat inſtitutionem.*
4 *Dubiexſolutio Accurſiana refertur & refellitur.*
5 *Alia d. §. tantundem interpretatio Accurſiana expenſa & reiecta.*
6 *De iure quod obtinet in obſcura teſtatoris voluntate accipiendam eſſe dict. l. 9. & Iuſtiniani quoque conſtitutionem.*
7 *Diſſenſerintne Iuſtinianus à Marcello: vbi de Papiniani autoritate.*
8 *D. l. 9. §. tantundem eſſe corruptum inſerta negatione, quæ omnino removenda eſt.*
9 *Emendatio & interpretatio clauſulæ, ſed ſi conditionem, d. §. tantundem, vbi elegans diſtinctio ab eo qui conditionem non addidit, quam inſtitutioni inſerere deſtinarat.*
10 *Iuſtiniani conſtitutionem non pertinere ad ſpeciem de qua Vlpianus & Marcellus in d. leg. quoties.*
11 *Conſtitutionis Iuſtinianeæ abſurditas.*
12 *Inepta Iuſtiniani argumentatio à Papiniani reſponſo, tanquam à ſimili ducta.*
13 *Diſſenſiſſe Iuſtinianum in d. conſtit. à Marcello & Vlpiano in d. l. quoties.*
14 *Triboniani inſcitia.*

AD ſuperiorem quæſtionem quæ fuit de imperfecta voluntate hic quoque tractatus
1 pertinet de illo † qui deſtinans conditionem aliquam addere inſtitutioni heredis quem iam ſcripſerat, poſtea deceſſit nulla adiecta conditione, An eius teſtamentum perfectum cenſeri debeat quantum ad voluntatem, an imperfectum. Etſi
2 enim extat conſtitutio † Iuſtiniani in *leg. penultim. C. de inſtit. & ſubſtit.* qua cautum eſt vt ſi ita ſcriptum inueniatur in teſtamento, *Titius heres eſto ſecundum conditiones infraſcriptas*, nec quicquam aliud adiectum ſit, neque vlla conditio appoſita, non eo minùs teſtamentum completum eſſe, puramque inſtitutionem habere intelligatur, ipſa verò conditionum pollicita-
3 tio pro ſuperuacua habeatur. Attamen facit † dubitationem, quod in contrarium videtur Marcellus reſpondiſſe quem Vlpianus refert & probat in *leg. quoties. 9. §. tantundem. D. de hered. inſtitut.* Si teſtator deſtinans inſerere conditionem inſtitutioni heredis nullam addiderit, habendum eſſe heredem pro non inſtituto. Accurſius † tentat an dici poſſit Marcelli ſententiam ab 4
Vlpiano referri potiùs quàm probari, vt & in *leg. 2. eod. tit.* vbi idem Vlpianus refert. Circa eos qui ita inſtituti ſunt heredes, *ex partibus quas adſcripſero*, non putaſſe Marcellum eos eſſe heredes nullis adſcriptis partibus, non magis quàm ſi ſub expreſſa conditione ita eſſent inſtituti, *ſi eis partes adſcripſero*. Sed magis eſſe ait, vt ſic vtraque inſtitutio accipiatur, ſi voluntas defuncti non refragatur. *Ex quibus partibus adſcripſero, ſi minus ex æquis*, quaſi duplici facta inſtitutione; prima conditionali, ſecunda pura, cámque ſententiam à Celſo probatam eſſe fauore ſcilicet tuendæ inſtitutionis. Aliter atque in illa inſtitutione, *Ex qua parte me Titius heredem ſcripſit Seius heres eſto*. Tunc enim ſi non eſt à Titio ſcriptus heres, nec Seium ab eo inſtitutum eſſe. Nec immeritò, inquit Vlpianus quia hoc poſteriore caſu creditur ineſſe conditio, nec alia eſſe inſtitutio quàm conditionalis, quod non ſimile eſt in caſu Marcelli, quamuis Marcellus iſta ſimilia putabat. Verùm non video quid ſimile aut commune habeat ille tractatus, cum propoſita quæſtione de qua idem Vlpianus in *d. §. tantundem*, niſi quod vtrobique proponit Vlpianus quæſtionem ex Marcello, Marcellique ſententiam refert, ſed ita vt in *d. l. 2.* eam ſententiam apertè improbet, vt dixit, quam à contrario probat in quæſtione *d. §.* tantundem, vbi poſtquam addidit eodem contextu, *ſed ſi conditionem addidit dum nollet, detracta ea heredem futurum, nec nuncupatum videri quod contra voluntatem ſcriptum eſt*, ſubiicit ſtatim, *Quam ſententiam & ipſe & nos probamus*. Quibus verbis an non apertè Vlpianus totam illam Marcelli ſententiam probat? Probabilius † igitur 5
videri poteſt quod idem Accurſius notat intelligendum eſſe Marcellum & Vlpianum in *d. §.* tantundem de eo qui factæ à ſe inſtitutioni deſtinabat conditionem inſerere non aliter inſtituturus. Hunc enim certũ eſt voluiſſe inſtitutionem facere omnino conditionalem, neque voluntatem ipſius pati vt pro inſtituto habeatur is qui repertus inſtiturus purè, cùm noluerit teſtator eſſe illum heredem niſi ſub conditione. Sed tamen huic etiam interpretationi illud obſtat quod manifeſtam continet diuinationem, cùm hoc vnum Vlpianus ex Marcello ſcribat, *de eo qui conditionem deſtinans inſerere non addidit. Nam & tunc pro non inſtituto putat*: In qua clauſula nihil prorſus eſt quod voluntatis quæſtionem poſſit admittere, nedum inducere. Neque verò credendum eſt, Marcellum aut Vlpianum de caſu tam certo & indubitabili tractare voluiſſe. Quis enim neſcit in huiuſmodi quæſtionibus, quæ circa vltimas voluntates occurrunt, nihil aliud inquirendum eſſe, niſi quid voluerit teſtator, idque ſi appareat omnino, ſequendum eſſe, tum etiam cùm verba non modò deficiunt, ſed etiam refragantur? *leg. non aliter. 63. D. de verb. ſignific.* Atqui tractatus præſertim qui tantis Iureconſultis dignus ſit, non poteſt eſſe de re tam certa & indubitabili vulgar. *leg. Domitius. 27. D. qui teſtam. facer. poſſ. leg. quod Labeo. 9. D. de Carbon. edict.* Sicut & Iuſtiniani conſtitutio in *d. leg. penult. C. de inſt. & ſubſtit.* quantumuis generalis eſſe videatur, eum tamen caſum procul dubio non complectitur quo proponas illius qui deſtinauerat inſerere conditionem, nec inſeruerat, certam eſſe voluntatem, quòd nollet inſtitutum aliter quam ſub conditione heredem eſſe. Igitur accipiendus † eſt vterque locus de iure illo quod 6
obtineat in obſcura teſtatoris voluntate, ac proinde ſi nihil aliud ſit quod melius adferre poſſimus, Marcellum & Vlpianum à Iuſtiniano, aut potiùs Iuſtinianum ab ipſis diſſenſiſſe fatendum erit. Quod tamen † ne dici 7
poſſit illud facit, quod non ſolùm nihil Iuſtinianus de

Marcello exprimit, vt ſolet, cum veterum Iureconſultorum ſententias explodit, verum etiam autoritate Papiniani vtitur, ſumpto argumento ab eo quod Papinianus reſponderat in *l. cum pater. 77. §. vltim. de leg. 2.* de teſtatore qui vicos certis finibus circumſcriptos ciuitati reliquerat, eorúmque fines alia ſcriptura ſe demonſtraturum promiſerat, nec tamen morte præuentus id fecerat, Non eo minùs valere fideicommiſſum acſi teſtator fines illos demonſtraſſet. Quid enim attinebat ab huiuſmodi ſpecie tam aliena & diſſimili argumentum trahere ad propoſitam quæſtionem, de qua in contrarium aperta extaret Marcelli & Vlpiani ſententia. Potuiſſet fortaſſis ſolius Papiniani autoritas Marcellum & Vlpianum vincere, ſi in eadem ſpecie contra illos Papinianus ſenſiſſet: quanquam certum eſt non maiorem Papiniani quàm cæterorum prudentum autoritatem fuiſſe niſi hactenus vt ſingulos vinceret, à pluribus verò ſi vel duo tantum eſſent vinceretur. At in ea ſpecie de qua Marcellus & Vlpianus alíve paris nominis Iureconſulti diſertè reſpondiſſent, Papinianus verò nihil: ſanè non potuiſſet eorum ſententia conuelli ſola autoritate reſponſi, quod à Papiniano quidem redditum, ſed ad aliam ſpeciem accommodatum fuiſſet. Dicendum † itaque eſt, ni fallor, corruptiſſimum eſſe locum illum Marcelli, & Vlpiani, ex cóque detrahendam omnino negationem quæ iſtas peperit difficultates. Verius enim eſt, ſi teſtator deſtinans inſerere conditionem inſtitutioni nullam addiderit, heredem nihilominùs habendum eſſe pro inſtituto. Idque ipſe etiam contextus verborum demonſtrat, quibus vtitur Vlpianus vt quæſtionem quam nunc tractamus cum præcedente conuertat, *Tantundem*, inquit, *Marcellus tractat & in eo qui conditionem deſtinans inſerere addidit*. Quid enim hoc aliud eſt, quàm Marcellum in hac ſpecie idem iuris conſtituere, quod conſtitutum fuerit in præcedenti? Atqui in præcedentibus dixerat Vlpianus, Siue maiorem portionem adſcripſerit teſtamentarius, aut quod difficilius eſt teſtator, cùm minorem adſcribere vellet, vt pro quadrante ſemiſſem, ex quadrante fore heredem, quia inſit quadrans in ſemiſſe, Siue quis pro certum ducenta per notam ſcripſerit idem iuris eſſe, *Nam & ibi*, inquit, *virumque ſcriptum eſt, & quod voluit & quod adiectum eſt: qua ſententia non eſt ſine ratione*. Tantundem igitur ex Vlpiani ſententia dicendum eſt in eo qui fuit putè inſtitutus à teſtatore deſtinante conditionem adiicere quam poſtea non adiecit, vt pro inſtituto habeatur. Nam & hoc caſu idipſum ſcriptum eſſe videtur quod teſtator voluit, quia licèt ab initio deſtinaret inſerere conditionem, cùm tamen poſtea nullam addiderit, non alia de cauſa id feciſſe credendus eſt, quàm qui nec addere voluerit. Atque hanc Vlpiani Marcellique ſententiam fuiſſe apertum eſſet, ſi non corrupta eſſent etiam illa quæ ſequuntur, in quibus † puto tranſpoſita negatione illa quam ex priore clauſula tollimus legendum ita eſſe, *ſed ſi conditionem non addidit, dum nollet detracta ea heredem futurum, nec nuncupatum videri quod contra voluntatem ſcriptum eſt*. Hoc nimirum ſenſu vt ſi teſtator, qui putæ inſtitutioni conditionem addere deſtinauerat, eam non addiderit, diſtingui oporteat quam ob cauſam non addiderit, Vtrum ob id quod eum pœnituerit prioris voluntatis, malueritque puram relinquere inſtitutionem quam priùs deſtinauerat facere conditionalem, quod ſanè in dubio præſumendum eſt, cùm voluntas non minùs ex non facto quàm ex facto interdum colligatur, *leg. vnic §. vbi autem legatary vorſ ſin autem ad deficientis in fin. Cod. de caduc. tollend.* An verò ob id potiùs quòd nollet hunc heredem eſſe aliter quàm ſub conditione, aut, vt Vlpianus loquitur, quod detracta conditione heredem illum eſſe nollet. Priore caſu habendus eſt pro inſtituto & quidem putè, quia verum eſt putè inſtitutum fuiſſe, nec inſtitutioni voluntatem deeſſe, tametſi voluntas ab initio non ſatis ſcripturæ conſenſerit, cùm teſtator de conditionali facienda inſtitutione cogitaret. Poſteriore verò caſu habendus eſt pro non inſtituto, quia cùm neque ab initio, neque ex poſtfacto voluntas cum ſcriptura conſenſerit, inſpiciendum neceſſariò eſt quid teſtator voluerit, potiùs quàm quid ſcripſerit, & pro non ſcripto haberi conuenit quicquid contra voluntatem ſcriptum reperitur. Et conſequenter ſi partite loqui volumus, dicendum eſt in hac ſpecie heredem non tam habendum pro non inſtituto quàm nec inſtitutum eſſe, vt loquitur Vlpianus. Nemo enim dici poteſt inſtitutus niſi qui ſit ſcriptus eo animo & ea voluntate vt fiat heres. Atqui ponimus teſtatorem neque voluiſſe detracta conditione heredem eſſe hunc quem ſecundum figuram verborum inſtituerat, purè, neque tamen conditionem addiſſe. Quemadmodum igitur non poſſet heres eſſe is qui neque ſcriptus neque nuncupatus eſſet, tametſi haberet pro ſe voluntatem, quia non nuda voluntate, ſed certis tantùm iuſque legitimis modis heres fieri poſſe placuit. Ita neque hic heres eſſe poteſt qui dicitur voluntate quamuis aut ſcriptus aut nuncupatus adeóque purè inueniatur: Exemplo eius quod in principio *d. leg. quoties* Vlpianus noſter ſcribit. Quoties qui volens alium heredem ſcribere alium heredem ſcripſerit in corpore hominis errans, neque eum heredem eſſe qui ſcriptus eſt, quia voluntate deficitur, neque eum quem voluit, quoniam ſcriptus non eſt. Vulgatæ autem editionis vitium maximum illud eſt quod poſt verba illa, *dum nollet*, habet additum comma, quasi tractet Vlpianus de teſtatore qui tam ſtultus fuerit, vt addiderit conditionem quam addere nullam volebat, quo abſurdius verque dici nihil poteſt. Cur enim addidit ſi nolebat? Nec ſimiliter poſſis interpretationi noſtræ obiicere. Cur ergo non addidit *ſi nolebat*? quia facilius eſt, longéque minùs inconueniens, vt quis non faciat quod facere deſtinauit etiam non mutata voluntate, quam vt faciat quod facere nolit. Expreſſior ſiquidem voluntas eſt quæ ex facto colligitur, quam quæ ex non facto. Neque rurſus video quomodo poſſint ad conditionem referri ſequentia illa: *nec nuncupatum videri*. Nam cùm *nuncupare* nihil aliud ſit, quàm ore nominare, vix vnquã reperias prudentes noſtros tam impropriè loqui vt cõditionẽ nuncupari vel nominari dicãt. Formulam enim habet conditio non nomen, niſi hoc ipſum quod cõditio appellatur. Detrahendum igitur eſt comma, & vnico ſpiritu legendum *dum nollet detracta ea heredem futurũ*, eodem plane ſenſu quo ſi ſcriptum eſſet apertius, *dum detracta ea heredem futurum nollet*. Errori autem cauſam dedit detractio negationis quæ addẽda eſt in illis præcedentibus *ſed ſi conditionem addidit*. Nam quiſquis ita legeret, *ſed ſi conditionem non addidit dum nollet:* numquam ſubiiceret quod imperitus interpres ab Vlpiano affirmatiuè ſubiectum credidit, *detracta ea heredem futurum*. Quomodo enim poſſet detrahi conditio quæ addita nunquam fuiſſet, & quam nec addere teſtator voluiſſet? Quod verò cõditio detracta fuerit facilè fieri ex eo potuit, quod cũ fortè paucioribus literis ſcriptũ eſſet vt moris olim erat *condic. non addidit*, incautus liberalius confuſis prioribus dictionibus putauit ſcriptum eſſe, *conditionem*, & ita fecit affirmatiuam lectionẽ quæ erat negatiua. In ſumma cùm in *d. §.* tantũdem Vlpianus duplicem ſpeciem proponat, vtraque eſt de teſtatore, qui deſtinans addere putæ conſtitutioni conditionem, eam non addidit: ſed prior eſt de illo qui idcirco non addidit, quia nec addere voluit, vt putã relinqueret inſtitutionem, mutata, vt ſupra diximus, voluntate. Poſterior verò de eo qui noluit addere conditionem, non ob mutatam voluntatem, ſed ne faceret conditionalem inſtitutionem quam tamen omnimodo volebat eſſe conditionalem. Atque ita interpretanda eſt aduerſatiua illa *ſed ſi*, quæ proculdubio imperitũ interpretem decepit,

non

non quomodo ille interpretatus est, quasi in posteriore specie tractetur de conditione addita in priore. Ex hoc
10 porrò intelligimus † longè aliam esse speciem de qua Marcellus & Vlpianus tractant, aliam verò illam de qua Iustinianus nouam edidit constitutionem: Marcellus enim & Vlpianus eam speciem tractant in qua fuerit facta purè institutio, id est, neque conditio vlla, neque conditionis mentione adscripta, sed ab eo tamen qui mente destinabat inferere conditionem, quæ destinatio ex iis quæ ab eodem testatore extra testamentum acta vel dicta sint coniici plerunque potest. At Iustinianus tractat de institutione quæ facta sit additis his verbis, *secundum infra scriptas conditiones*, ac proinde quæ expressam habeat conditionis mentionem, quæque ideo aut numquam aut certè multo difficiliùs pura videri possit. Proinde mirum non est Iustinianum in eo iure constituendo nihil de Marcelli & Vlpiani sententia referre, quæ ad aliam speciem pertinebat. Sed illud planè mirum est tam absurdam constitutionem ab eo latam esse, vt institutio facta his verbis, *secundum infra scriptas conditiones*, nullis postea adscriptis conditionibus purè facta existimetur. Etsi namque non potest adiectio ille facere vt conditio vlla institutione addita dici possit, facit tamen ne institutio vlla ratione videri debeat pura, quamuis nulla conditio sit subiecta, siquidem apertissimè demonstrat voluntatem testatoris illam fuisse, vt puram institutionem non faceret qui heredem instituit secundum infra scriptas conditiones. Nec bona est consecutio, vt quia nullis adiectis conditionibus institutio conditionalis dici non potest, eo magis debeat censeri pura. Potiùs enim esset inferendum nullam prorsus esse institutionem. Non puram, quia testator ab initio egit de facienda illa conditionali, eámque suam voluntatem apertissimis scripturæ verbis declarauit, nec vnquam postea scripturam immutauit. Non conditionalem, quia licèt talem eam esse testator omnimodo voluerit, nullam tamen conditionem adscripsit, ita vt non possit dici sub qua conditione fuerit heres hic institutus, licèt illud quoque verum sit, nec purè institutum fuisse, cùm institutio scindi nequeat, nec verba illa, *Titius heres esto*, ab istis immediatè sequentibus separari, *secundum infra scriptas conditiones*. In eóque differt institutio ista ab ea quæ facta sit purè à testatore destinante aliquam inferre conditionem. Illam enim nihil impedit puram esse aut saltem puram fieri, si contraria destinatione testator nullam adiicere conditionem velit. At quæ habet illam adiectionem, *secundum infrascriptas conditiones*, numquam pura fieri potest, nec si testator puram facere velit, nisi etiam ipso facto adiectionem illam tollat, quia, vt iam dixi, institutio numquam ex sola voluntate sed ex scriptura quoque vel saltem ex eo quod palam nuncupatum fuit æstimatur. Ineptius verò est
11 argumentum † quod Iustinianus à Papiniani responso tanquam à simili deducit. Nam in ea specie de qua consultus fuerat Papinianus, vici quos testator ciuitati per fideicommissum reliquerat proprios fines habebant, vt diserte habent verba Papiniani in *dict. §. vlt. d. l. cum pater 77 de legat.* 2 ideóque tametsi testator morte præuentus non expressisset fines quos se per aliam scripturam expressurum & demonstraturum promiserat, nihil tamen obstabat quo minùs fideicommissum deberetur tanquam vtiliter datum, cùm de ea re constaret quæ per fideicommissum relicta erat. In proposito autem casu nullis à testatore expressis conditionibus quas expressurum se dixerat, nulla alia conditio subest quæ institutioni naturaliter insit, quantumlibet dixerit testator velle se institutionem esse conditionalem, quia omnis institutio naturaliter & sua sponte est pura, cùm extrinsecum quid sit & accidentale vt fiat conditionalis. Nec eò magis tamen pura videri potest ea institutio quam testator addendo verba illa *secundum infra-*

scriptas conditiones, voluit facere conditionalem. Fuisse autem rectius argumentum Iustiniani si Papinianus respondisset de illo casu quo testator reliquisset ciuitati vicos quorum fines demonstraturum se promisisset alios, quàm qui in eum vsque diem fuissent. Tunc enim aliud proculdubio respondisset Papinianus mortuo ante demonstratos fines testatore, quia nec scire potuisset, non dicam de quo, sed de quanto corpore testator sensisset, atque ita incertum corpus relictum fuisse appareret, siquidem certum illud corpus est quod quale quantúmque sit vel per relationem ad aliud demonstrari potest, *l. certum 6. D. de reb. credit. leg. vbi autem 75. D. de verb. oblig.* Tum verò si bona esset collectio ab ea specie de qua Papinianus respondit ad eam de qua Iustinianus tractat, sequeretur, fore vt institutio pura fieret etiam quam testator ipso testamenti tempore conditionalem facere voluisset, si morte præuentus conditionem quam ab initio destinauerat addere, non addidisset. Illum enim expressè casum Papinianus tractat quo testator morte præuentus non fecerit quod se facturum promiserat, vt Iustinianus quoque fatetur. Atquin quoties testator, qui institutioni conditionem addere destinabat, ideo non addidit quia morte præuentus fuerit, verum est non fuisse mutatam ab eo voluntatem & consequenter noluisse illum vt detracta conditione heres esset is quem heredem instituit, licèt inspecta verborum figura instituerit eum purè si modò destinabat animo institutioni adiicere conditionem. Hanc enim destinationem mutatam esse oportet, vt fieret institutio pura, quam sola destinatio faciebat conditionalem. Atque ita eò tandem res recidet, vt dicendum sit † dis- 12
sensisse Iustinianum à Marcello & Vlpiano in *d. §. tantundem*, iuxta eam interpretationem & emendationem, quam attulimus, quæ habet non videri nuncupatum heredem illum cuius institutioni testator voluit conditionem aliquam addere, tametsi nullam addiderit si modò in ea manserit voluntate, vt nollet detracta conditione heredem illum esse. Nam si hoc verè dicitur, tum quoque cùm destinatio illa testatoris animo tacita retinetur, si modo quacunque ratione de ea constare possit, quanto magis idem obtinebit cùm destinationi accedit scriptura institutionis habentis adiectionem illam, *secundum infrascriptas conditiones*, & talis scriptura manet integra, non tantùm facto ipso & re vera, sed etiam quod magis est, eiusdem testatoris destinatione? Debuerat saltem Iustinianus suam constitutionem ad eum casum coangustare, quo testator voluntatem mutasset, nec tamen scripturam mutare, morte præuentus potuisset. Quanquam ne quidem hoc casu eam constitutionem rationi iuris consentaneam esse arbitrarer: quia quod semel ritè, rectè, ac secundum testatoris voluntatem in testamento scriptum est, quantum ad heredis institutionem, quæ & caput testamenti & quid indiuiduum est, id postea pro parte tolli aut corrigi non potest, multò minùs sola voluntate, si salua in contrarium remaneat scriptura. At cùm testator morte præuentus non adiicit conditionem quam adiicere destinauerat, tantò magis habenda est institutio pro conditionali non pro pura, quippe quam testator & ab initio conditionalem facere voluerit, & posteà facturus vtique fuerit si per humanæ sortis rationem licuisset. Accidit itaque Triboniano † in 13
hac specie quod aliàs sæpe, vt iis quæ à prudentibus vel Imperatoribus circa alias species constituta sunt, dum se vti putat, vt nouum & inauditum quid piam constituat, abutatur euidentissimè, ac decipiatur cùm decipit, imo & antè quàm decipiat.

ERROR X.

De inſtitutione ſic facta, Ex partibus quas adſcripſi, *aut*, ex partibus quas adſcripſero, *aut*, ex qua parte Titius me heredem ſcripſit. *Ad d.l.2.& l.hoc articulo 19.D.de hered.inſtit.*

SVMMARIA.

1 *Sententia l. 2. D. de hered. inſtit. & diſtinctio in eâ propoſita refertur & refellitur.*
2 *Relatiui natura.*
3 *Falſa demonſtratio in teſtamentis vitiare non ſolet ea quibus adiungitur.*
4 *Triboniani verba inſerta l. 2. D. de hered. inſtit.*
5 *Nunquam una eademque res diuerſo iure cenſeri poteſt.*
6 *Tribonianus Iſtorum nomina & autoritatem ementiri ſolet.*
7 *Plus poteſt conditionis figura expreſſa, quàm tacita.*
8 *Alia clauſula à Triboniano d. l. 2. inſerta.*
9 *Triboniani inſcitia.*
10 *Differentia inter has formulas* ex qua parte me Titius heredem ſcripſit, *&* ex partibus quas adſcripſi.
11 *Conditionum natura.*
12 *Inter falſam demonſtrationem & falſam conditionem multùm intereſt.*
13 *Quid proſpexerit Tribonianus in depranda l. 2. D. de hered. inſtit.*
14 *Deciſio propoſita ab initio controuerſiæ ex mente auctoris.*
15 *Triboniani verſutia & inſcitia.*
16 *Tribonianus corrupit l. hoc articulo 19. D. de hered. inſtit.*
17 *Tribonianus pretexit humanitatem cùm legibus vim infert.*

AD eandem verò Triboniani inſcitiam referendum mihi videtur quod ſub Vlpiani nomine ſcriptum eſt in *d. l. 2. ad fin. D. de hered. inſtit.* in hæc verba, *Poteſt autem intereſſe*, vtrum quis ita ſcribat, *Ex his partibus quas adſcripſi* an *adſcripſero*, vt *ſuperiori modo dicas nullis adſcriptis partibus nullam eſſe inſtitutionem, quomodo in illis Marcellus; Ex his partibus, ex quibus matris teſtamento ſcripti fuiſſent heredes ſunto: ſi inteſtata mater deceſſerit*
1 *hos non eſſe inſtitutos.* Quorum verborũ † non alius ſenſus eſt, quàm hic, Multum intereſſe an teſtatoris enunciatio relata ſit ad tempus præteritum an ad futurum. Priore caſu nullam eſſe inſtitutionem nullis adſcriptis partibus, Poſteriore verò eſſe vtilem etiamſi nullæ ſint adſcriptæ portiones. Quæ tamen diſtinctio apertè falſa eſt. Nam cùm inſtitutio relata eſt ad partes enunciatas per verbum præteriti temporis, nulla ratio eſt cur videri debeat conditionalis, aut ſi qua ratio ſit ea ipſa multo magis conditionalem facit inſtitutionem cum enunciatio cõllata eſt in tẽpus futurum. Certi namque iuris
2 eſt relatiuum † ſi iungatur verbo futuri temporis facere conditionem, quod iunctum verbo præteriti, aut præſentis temporis faceret demonſtrationem, *l. Stichum qui meus erit. 6. de legat. 1 l. nuper. 85 ad fin. de legat. 3 l. ſcribit. 34. §. vlt. de aur. & argent. legat. l. nominatim. 34. §. 1. de cond. & demonſt.* Qua ratione videbatur moueri Marcellus, vt diceret heredes inſtitutos hoc modo, *ex partibus quas adſcripſero*, non magis heredes eſſe nullis adſcriptis partibus quàm ſi ita eſſent inſtituti, *ſi eis partes adſcripſero*, vt Vlpianus refert in *princip. d. l. 2.* quod vtique, non ſimiliter dixiſſet Marcellus ita facta inſtitutione *ex partibus quas adſcripſi*, quo caſu bene vidiſſet nõ eſſe hanc niſi falſam demonſtrationem, quæ † in teſta-
3 mentis vitiare non ſolet *l. demonſtratio. 17. de condit. & demonſtr.* nec magis cùm in ipſa heredis inſtitutione occurrit, quàm cùm in legatis vel fideicommiſſis *l. ſi in nomine. 4. C. de teſtam. l. non ideo. 5. C. de hered. inſtit.* Cur enim vitiaretur inſtitutio propter non adiectas portiones inſtitutione ſic cõcepta, *Ex partibus quas adſcripſi*, cùm etiamſi nullas teſtator adſcripſerit, hoc ipſo tamen æquas adſcripſiſſe intelligatur iuris intellectu & poteſtate? *d. l. quoties. 9. §. heredes. D. eod.* Non idem eſt cùm per modum conditionis actum eſt de partibus in futurum adſcribendis, quoniã conditiones omnes ſicut facti ſunt, ita de facto impleri debent non ſola poteſtate iuris: idcóque nullis adſcriptis partibus vitiatur inſtitutio quæ ita fuerat concepta *ex partibus quas adſcripſero*, quaſi defecta conditione ſub qua fuerant heredes inſtituti, ſi iuris rationem cum Marcello conſulamus potiùs
4 quàm Tribonianum, † cuius proculdubio etiam eſt tota illa clauſula *d l. 2. ſed magis eſt vt ſic vtraque inſtitutio accipiatur, ſi voluntas defuncti non refragetur, Ex quibus partibus adſcripſero ſi minùs ex aquis quaſi duplici facta inſtitutione.* Quis enim vnquam audiit vnica verborum præciſorum formula duplicem inſtitutionem cõtineri, adcóque quod abſurdius & deformius eſt, diffomem, vt vna pura, altera conditionalis eſſe exiſtimetur: cùm in cæteris rebus omnibus quæ alioqui minoris ſunt, &
5 ſolennitatis & momenti, ſoleãt dici nunquam † poſſe aut debere vnam eandémque rem diuerſo iure cenſeri, *l. l. eum qui ædes. 23. D. de vſucap. l. 4. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* Non magis certè hoc fieri poteſt quàm vt vna numero eadémque inſtitutio, partim pura ſit, partim conditionalis. Deinde ſi verum eſt vt eſt, nec Tribonianus ipſe negat illa verba *ex partibus quas adſcripſero*, conditionalem inſtitutionem continere, perinde atque illa, *ſi partes adſcripſero*, cur non perinde liceat mihi dicere, quacumque inſtitutione facta ſub qualiquali conditione, videri heredem inſtitutum dupliciter, ſub conditione quidem, ſi conditio exiſtet, pure verò, ſi deficiet: cùm è contrario nemo neſciat deficere & euaneſcere inſtitutionem conditionalem deficiente conditione, tantũ abeſt vt ex eo pura fiat. Adde quod neque bonum ſenſum habere poteſt ea exceptio, *ſi voluntas teſtatoris non refragatur.* An non enim refragatur apertiſſimè ne poſſit dici pura inſtitutio cui teſtator expreſſam illam iniecit cõditionem, *ſi partes adſcripſero*, hactenus ſaltem, vt in dubio voluntatis probatio exigenda ſit ab eo qui conditionalem inſtitutionem velit in puram cõuertere, & ex ſimplici facere duplicem? Nec me turbat quod in eadem *l.* 2. adiectum video, *quam ſententiam Celſus lib. 16. Digeſtorum probat.*
6 Noui enim † artem hominis qui vt facinora ſua occultet aliorum prudentum nomina & autoritatem adferre ſolet: quod ei difficile non fuit poſt Celſi cæterorumque Iureconſultorum libros peſſimo, nec vllis vnquam ſuppliciis expiando ipſius cõſilio & ſcelere combuſtos: qui ſi hodie extaret æquè facilè nobis eſſet eius mẽdacia atque imperitiam detegere. Sed præter ea quæ diximus, illud etiam Triboniani manum & inſcitiam prodit apertiùs quod hanc ſuam ineptã interpretationem adhibet non minus ad hanc inſtitutionis formulã, *Titius & Sempronius heredes ſunto ſi partes eis adſcripſero*, quam ad illam, *ex partibus quas adſcripſero*: quaſi tam facile ſit conditionis vim violare, cùm ea per modum conditionis expreſſa eſt, atque ſi expreſſa non eſſet: quod vtique non ita eſt. Plus † namque poteſt conditionis figura expreſſa quàm tacita, *leg. ſi ita. 65. §. 1. de* 7
legat. 1. leg. ſeruo libertatem. 47. leg. nonnunquam. 52. de condit. & demonſtr. leg. in ratione. 30. §. tametſi. D ad leg. Falcid. longéque facilius eſt vt ea inſtitutio, *Titius & Sempronius heredes ſunto ex partibus quas adſcripſero*, habeatur pro pura, ſaltẽ aliquo caſu & ex aliqua parte, quàm hæc quæ non tantùm ſenſu, ſed etiã verbis ipſis omninò conditionalis eſt, *Titius & Sempronius heredes ſunto ſi partes eis adſcripſero.* Ergo quod ſequitur † in 8
diſt.

dict. leg. 2. *Aliter atque in illa institutione, Ex qua parte me Titius heredem scripsit, Tunc enim si non est à Titio scriptus, nec Seius ab eo, nec immerito: hîc enim creditur ineſſe conditio, ſed Marcellus hæc ſimilia putat*, totũ Triboniano non Vlpiano tribuendum eſt ſiue contextum verborum parum elegantem conſideres, ſiue ineptitudinem illam rationis. *Hîc enim creditur ineſſe conditio.* Fatendum enim eſt aut ineptam eſſe rationem, aut ita concipi debuiſſe. *Hæc enim conditionalis tantùm creditur eſſe inſtitutio.* Aliæ ſiquidẽ, de quibus proximè diximus, & quas Marcellus ſimiles eſſe putabat, Tribonianus verò diſſimiles eſſe vult an non etiam fatente Triboniano tales ſunt vt iis conditio ineſſe credatur? Vtique cum priùs dixerit videri eas ſingulas continere duplicem inſtitutionem, quarum prior ſit conditionalis. Atqui inſtitutio cui conditio ineſt ſit omnino irrita deficiente conditione. Aut ergo malè Marcellus ſiue à Celſo, ſiue à Triboniano reprehenſus fuit, aut mala ratione mouetur ſiue Celſus ille ſit ſiue Tribonianus, vt inſtitutionem illam, *ex qua parte me Titius heredem ſcripſit, Seius heres eſto*, dicat eſſe diſſimilem cæteris quaſi duplicem inſtitutionem continentibus, conditionalem vnam, puram alteram. Quidni enim perinde dici poterit, ineſſe quidem illi inſtitutioni conditionem, *Si teſtator à Titio heres ſcriptus ſit*, ideóque ex ea parte conditionalem eſſe inſtitutionem, ſed non eò minùs puram videri debere ſi conditio illa defeciſſe proponatur? Quod tamen ſi abſurdum eſt, vt ſanè & à Celſi quoque ſententia alienum, æquè abſurdum in aliis ſupradictis inſtitutionum formulis illud ipſum videri debet. Illud verò omnium ſuauiſſimũ eſt, † quod ex illa inſtitutione, *ex qua parte me Titius heredem ſcripſit Seius heres eſto*, quam Triboniano ipſe fatetur eſſe merè conditionalem, hoc eſt ita vt nullo modo nullóque caſu euadere in puram poſſit, ſumpſit ille tam præcipitem errandi occaſionẽ, vt eam diſtinctionem ſubiungeret quæ ſequitur in verſic. *poteſt* an enunciatio relata ſit ad præteritũ tempus an ad futurum. Nempe quia vidit eam formulam per verbum præteriti temporis conceptam eſſe: nec animaduertit
10 quantum interſit an teſtator ita ſcripſerit, † *Ex parte me Titius heredem ſcripſit*, an ita, *ex partibus quas adſcripſi*. Etſi enim vtrique huic formulæ commune illud eſt vt concepta ſit per verbum præteriti temporis, prior tamen non eo minùs eſt conditionalis, acſi futurum tẽpus demonſtraret *leg. hoc articulo 29. eod. tit.* poſterior verò ſemper pura eſt, nihil præterea niſi falſam habens demonſtrationem, numquam conditionalis: vt ſuprà probauimus. Et ratio differentiæ eſt, quia cùm teſtator per verba ſiue præteriti ſiue futuri temporis tertiæ perſonæ factum demonſtrauit, probabiliter ignorare poteſt quod perſona illud vel iam fecerit vel factura ſit, ob idque conditionem inſtitutioni hoc ipſo iniecciſſe intelligitur ſi iam factum fuit, vel fiet quod poſitum eſt in formula inſtitutionis. At cùm teſtator ſe ad proprium factum retulit, non aliter conditionem facere noluiſſe intelligitur, quàm ſi ad futurum quoque tẽpus ſe re-
11 tulerit, quia cùm omnium conditionum † proprium illud ſit vt circa res incertas verſentur, ex iis omnibus quæ ad factum noſtrum pertinent, ea ſola incerta videri poſſunt quæ ſunt futura quantumlibet ſint in noſtra poteſtate. Atque huius noſtræ ſententiæ argumentum fortiſſimum ſumi poteſt ex eo quod Paulus ſcribit in *l. Legani. 25. De liber. legat.* valere huiuſmodi legatũ, *Titio centum aureos quos mihi debet lego*, etiamſi nihil mihi Titius debeat, quaſi falſa tantùm demonſtratione adiecta. Illud verò nõ valere, *Titio centum aureos quos mihi*
12 *Seius debet lego*, ſi nihil Seius debeat quia inter † falſam demonſtrationem & falſam conditionem ſeu cauſam multum intereſt, vt ait Vlp. in *leg. ſi ſit legatum. 75. §. 1. verſ. quòd ſi addiderit de legat. 1.* Sic enim loci illi coniungendi ſunt, & ambo explicandi ex iis quæ ſcripſimus de ſententia & emendatione, *dict. leg. Legani lib. 5. conſect. cap. 2.* Videtur autem Tribonianus † in cotum- 13
penda ſub Vlpiani nomine tota illa Marcelli ſententia quæ extat in *dict. leg. 2.* (nihil enim video in tota lege à primis verbis ad extrema vſque quod manum Triboniani non prodat) reſpexiſſe ad Iuſtiniani conſtitutionem in *dict. leg. penult. Cod. de inſtit. & ſubſtit.* aut potiùs ad fauorem inſtitutionis & teſtamenti quo ſolo fauore nititur ea conſtitutio. Nam cùm Iuſtiniano placuiſſet vt ea inſtitutio valeret, *Titius heres eſto iuxta infraſcriptas conditiones*, quamuis nulla adſcripta conditione, formulaque in futurum tempus collata, neceſſe erat alterutrum euenire, vt vel inſtitutiones omnes eodem vitio laborantes æquè validas faceret, vel vt eas inualidas ſolas redderet quæ in præteritum tempus collatæ eſſent. Priorem dilemmatis partem eligere Tribonianus auſus non eſt cùm videret illam inſtitutionem tanquam conditionalem ab omnibus improbari, *Ex qua parte Titius me ſcripſit heredem, Seius heres eſto*, ſi non ſim à Titio heres ſcriptus. Elegit itaque tanquã coactus poſteriorem quam reiicere omnimodo debuerat. Nos 14
verò vt totam tractationem † hanc alioqui ſatis intricatam dilucidè concludamus, dicimus eſſe diſtinguendum, an ad ipſius teſtatoris, an ad extranei perſonam relata ſit enunciatio, vt ſi ad perſonam extranei omnimodo ſit conditionalis inſtitutio ſiue facta ſit per verba præteriti temporis ſiue per futuri *dict. l. hoc articulo 19. iunct. leg. illa autem 71. eod.* vbi ſcriptum eſt huiuſmodi inſtitutiones in præteritum tempus conferendas eſſe non in futurum ne captatoriæ videantur, *leg. 1. §. fin. D. de his quæ pro non ſcript. hab.* Si autem ad perſonam teſtatoris ſubdiſtingui oporteat, an per verba præteriti temporis an per verba futuri, vt priore caſu demonſtratio tantùm ſit non conditio, poſteriore verò conditio ſit non demonſtratio, etiamſi nulla conditionis mẽtio facta ſit, ſed tantùm partium adſcribendarum. Quãto magis ſi dictum ſit, *iuxta conditiones infraſcriptas*, facta conditionum aut conditionis expreſſa mentione. Planè ſi teſtator qui nullas adhuc adſcripſit conditiones heredem inſtituat hoc addito *iuxta conditiones ſupradittas*, aut, *ſupraſcriptas*, non faciet ea adiectio vt ſit inſtitutio conditionalis, quia demonſtratio quæ falſa reperitur, non poteſt immutare qualitatem & naturam inſtitutionis. Quicquid autem præteriti temporis eſt, id omnino neceſſe eſt aut verum eſſe aut falſum: licèt plerunque à nobis ignoretur, cum è contrario illa quæ in futurum conferuntur incerta ſint pendeantque ex euentu. Vnde eſt, quod faciunt conditionem, *leg. cùm ad præſens. 37. cum duab. ſeqq. D. de reb. credit.* quia poſſunt eſſe & non eſſe, licèt non defuerint ex prudentibus noſtris qui imprudenter factum aliquod eſſe credentes exiſtimauerint futura non minùs certa eſſe per rerum naturam, ac ea quæ iam ſint aut aliquando fuerint, inter quos Paulus fuit in *leg. ſed etſi 28. in fin. D. de indic.* Parcerem autem Triboniano ſi in conſtituendo eo iure quod inducit, *dict. leg. pen. Cod. de inſtitut. & ſubſtit.* Imperatorem egiſſet non Iureconſultum. Poſſet enim dici nihil aliud intuitum eum fuiſſe niſi fauorem teſtamentorum & inſtitutionum ex quibus teſtamenta æſtimantur. Sed
non poſſum ferre quod ille † abutitur autoritate Pa- 15
piniani, vt nihil niſi ex ſumma veraque iuris ratione conſtituere videatur. Sicut & in *dict. l. 12. §. vltim.* abutitur ille autoritate Marcelli, qui ſcripſerat & verè, heredes ita ſcriptos, *ex his partibus ex quibus teſtamento matris ſcripti fuiſſent heredes ſunto*, non eſſe inſtitutos ſi mater deceſſerit inteſtata. Non enim poſſis niſi ridiculè ex eo inferre quod infert Tribonianus. Illam igitur inſtitutionem nullius eſſe momenti, *ex his partibus quas adſcripſi* ‖ nullas teſtator adſcripſerit. In hac enim formula, vt monuimus, factum ipſius teſtatoris demonſtratur, quæ res falſam duntaxat demonſtrationem facit. In ea verò formula de qua apud Marcellum

cellum demonstratur factum extraneæ personæ, quæ res omnimodo inducit conditionem, *dict. leg. hoc articulo. 19. eod. tit.* In qua etiam lege, † vt hoc breuiter addamus, non puto dubitari posse quin Pomponij sententiam idem hic Tribonianus noster corrupit. Nam cùm scripsisset Pomponius hoc articulo, *quisquis*, omnes significari, & ex eo post Labeonem intulisset, si ita scriptum sit, *Titius & Seius quanta quisque eorum ex parte heredem me scriptum habuerit, heres mihi esto*, nisi omnes habeant scriptum heredem testatorem, neutrum heredem esse posse, addita etiam ratione optima, *quoniam ad omnium factum sermo refertur*, subiunxit Tribonianus de suo, subtiliter si diis placet, *in quo puto testatoris mentem respiciendam. Sed humanius est eum quidem qui testatorem suum heredem scripserit in tantam partem ei heredem fore, Qui autem eum non scripserit, nec ad hereditatem eius admitti.* Solet enim Tri- 17
bonianus † tum maximè humanitatis prætextum obtendere cùm iuris rationi & legibus vim apertam facit. In proposito autem illud prorsus inhumanum est quod facit vim etiam voluntati testatoris. Si enim alteruter duntaxat ex scriptis heredibus instituerit heredem hunc testatorem, qui in conditione institutionis posuit, vt ab vtroque instituerentur, an non violatur voluntas si defecta conditione per eum qui hunc testatorem heredem scribere noluit, alius admittatur? Deinde cùm non possit alius ille admitti nisi in tantam partem ex quanta scripserit testatorem, si scripserit ex dimidia tantum quis aliam hereditatis dimidiam habebit? An non fiet contra voluntatem adeóque contra verba ipsa Triboniani si totum habeat is qui ex parte tantùm scripsit testatorem? Denique dictio illa, *quidem*, abundat. Scribendum enim erat, *sed humanius est eum qui testatorem suum heredem scripserit, &c.* aut si dictionem illam retineas, scribi debuerat in hunc modum, *sed humanius est eum quidem qui suum testatorem non scripserit, nec ad hereditatem eius admitti, Eum verò qui scripserit, in tantam partem ei heredem fore.* Hunc enim scripturæ ordinem Pomponij & Labeonis sententia prioribus legis verbis expressa postulabat. Sed nimis multa in miserum Tribonianum. Iam ad pragmaticos & interpretes nostros redeamus. 16

ANTONII FABRI IC.

Decas Trigesimasexta.

ERROR PRIMVS.

De subintelligenda in testamento parentis inter liberos clausula codicillari.

SVMMARIA.

1 *Tribus rationibus probant interpretes testamentum imperfectum inter liberos iure testamenti valere.*
2 *Rationes interpretum falsas esse aut ineptas.*
3 *Implicat contradictionem vt testamentum valeat iure testamenti, & vt defendatur per clausulam codicillarem.*
4 *Cuiacius post alios censet in omnibus omnium testamentis subintelligendam esse clausulam Codicillarem.*
5 *Contrariam sententiam veriorem esse.*
6 *Clausula Codicillaris effectus.*
7 *Testamentum cum codicillis ab intestato factis nihil habere commune.*
8 *In testamentis inter liberos aut ad pias causas factis, clausulam codicillarem subintelligendam non esse, aduersus interpretes.*
9 *Ratio qua monti interpretes refertur & retorquetur.*
10 *Ex constitutionibus Impp. parentis voluntas inter liberos non defenditur tanquam habens clausulam codicillarem.*
11 *Ad quas dispositiones pertineat Constantini constitutio in l. vlt. C. fam. ercisc.*
12 *Clausula quæ pendent ex voluntate nullo casu à lege subintelliguntur.*

1 VI † testamentum imperfectum inter liberos iure testamenti valere volunt, triplicem rationem adferre solent. Primam, quo huiusmodi testamentum censeatur adnexam habere clausulam codicillarem, cuius ea vis esse solet vt sustineat testamentum quomodo pragmatici & interpretes nostri loqui solent. Secundam, quòd in testamento à parente inter liberos condito non sint attendendæ solennitates iuris ciuilis, sed merum ius gentium, secundum quod non nisi de patris voluntate quærendum est an sit perfecta nécne. Tertiam, quòd iure naturali parentum hereditas liberis debeatur. Sic enim Andr. Gayll. *lib. 2. pract. obseru. cap. 112. post gloss. in l. coheredi. 41. §. cùm filia in verb. non valuit. D de vulg. & pup. sub. & in l. filij in verb. testato. C. famil. ercisc. Alex. cons. 105. n. 5. vol. 7. Ias. in l. hac consultissima. §. ex imperfecto. num. 2. & 3. Cod. de testam. & ad authenticam. n. 21. Cod. de inoff. testam.* Quæ rationes † omnes sicuti ad falsum probandum adferuntur, ita vel falsæ sunt vel ineptæ. Falsa est secũda, quia nullæ sunt iure gentium testamentorum solennitates, vt sequenti capite dicemus. Inepta est tertia licèt sit vera, quoniam cùm parentum heredit s liberis omnibus ab intestato æqualiter iure naturæ debeatur, *l. vlt. D. de bon. damn. l. inter filios. 12. C. fam. ercisc. l. matris. 4. D. ad SC. Tertyll.* consequens fieret vt non aliter parentis inter liberos voluntas seruanda esset, quàm si æqualiter instituti proponerẽtur, quod etsi plerisque ita esse visum est, falsum tamen esse probauimus ad finem Erroris 3. Decade superiore. Prima verò & falsa est & inepta. Falsa, quia nemo vnquam ex prudentibus nostris vel dixit, vel admisurus fuit in testamento inter liberos, magis quàm in cæteris subintelligendam esse clausulam codicillarẽ, vt nos probabimus. Inepta, quoniam etsi verum hoc esset, vt in huiusmodi testamento subintelligi eam oporteret, non tamen facere posset, vt parentis testamentũ iure testamenti valeret, sed tantùm vt testantis voluntas in eo testamento declarata iure intestati defenderetur, acsi expressa esset in codicillis ab intestato factis. Hic namque sensus est, hæc potestas clausulæ codicillaris, vt iam à nobis probatum est in prima Chiliadis nostræ parte. Apparétque ex ea ipsa formula quã interpretes & pragmatici præscribunt, quæ nõ alia quàm vt si testamentũ 2

non

non valeat iure teſtamenti, valeat ſaltem iure codicillorum. Implicat † igitur contradictionem vt teſtamentum valeat iure teſtamenti, & defendatur per clauſulam codicillarem, quæ ſcilicet ſemper conditionalis eſt & cuius conditio deficit ſubſiſtente teſtamento. Sed oſtendamus clauſulam iſtam codicillarem in teſtamento inter liberos, non magis quàm in cæteris ſubintelligi vnquam poſſe. Non deſunt † qui dicant ſubintelligendam eſſe in omnibus omnium teſtamentis, quam ſententiam, quod magis miror, ſecutus eſt ex recentioribus Iacobus Cutacius, ſine quoniam, vt ille ait, dubitandum non ſit, quin teſtatorum omnium eadem ſit voluntas quæ illius Lucij Titij de quo in *l. pen. §. vlt. de legat.* 2. vt ſi quid minùs ritè peritève fecerint, pro iure tamen legitimo habeti debeat ſani hominis voluntas, ſine potiùs, vt alij ratiocinantur, quòd cùm is ferè omnium non modò teſtatorum, ſed etiam notariorum mos & ſtylus ſit, vt in teſtamentis clauſula hæc addatur, credendum ſit per errorem potiùs quàm conſultò prætermiſſam eam eſſe, ſi quando prætermiſſa reperiatur, vnde eſt quod tanta contentione diſputant noſtri interpretes poſt Bartol. ad *l. 1. D. de iur. codicill.* An cùm è contrario adiecta reperitur hæc clauſula, credenda ſit ex voluntate teſtatoris adiecta eſſe, quod vtique & probabilius & receptius eſt, an potiùs vt plerique voluerunt, ex vulgari ſtylo & conſuetudine notariorum Sed tamen, & in foro & in ſcholis, vt alibi monuimus, iam pridem exploſus † hic error eſt, neque extra teſtamenta quæ inter liberos, aut ad piam cauſam fiunt, neceſſe ſit exprimi clauſulam codicillarem, quandoquidem quiſquis teſtamentum facit nihil minùs agit, quam vt codicillos ab inteſtato facere videatur, niſi fortè tam ſtultus proponatur, vt ei potiùs interdicendum ſit factione teſtamenti & codicillorum, ſi putat eſſe poſſe decedere teſtatum ſimul & inteſtatum. Et verò cum † clauſulæ codicillaris effectus vnicus ille ſit, vt legitimi ſucceſſores rogati videantur de præſtandis ab inteſtato iis omnibus quæ in teſtamento data ſunt, acſi in codicillis ab intestato factis relicta eſſent, quis dicat teſtatorem videri cogitaſſe de legitimis heredibus cùm teſtamentum ordinauit, in quo fortaſſis extraneum heredem inſtituit, niſi vt eos excluderet, non etiam vt vel honoraret, vel oneraret? Quòd ſi fortè iidem teſtamento ſcripti reperiantur, qui ab inteſtato ſucceſſuri eſſent. Attamen ne tum quidem de clauſula codicillari adſcribenda cogitaſſe teſtator intelligitur, quoniam nihil omnino ſimile aut commune † habet teſtamentum cum codicillis ab inteſtato factis, ſicut neque ſucceſſio teſtati cum ſucceſſione inteſtati. In eámque apertiſſima ſunt verba *l. 1. D. de iur. codicill. l. vlt. Cod. eod. d. l. coheredi* 41. *§. cùm filia. D. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. generaliter* 24. *§. ex teſtamento. D. de fideic. libert. l. 1. Cod. eod.* ne alios iuris locos, qui plures adferri poſſent, conquiramus. Sola teſtamenta † quæ inter liberos facta ſint, ab interpretibus excipiuntur, quaſi quæ priuilegium hoc habere debeant, vt clauſulam codicillarem ſemper adnexam habere exiſtimentur, niſi quod eâdem audaciâ interpretes idipſum protrahunt ad teſtamenta facta in fauorem piæ cauſæ. Moti ex perpetuo illo errore, quo exiſtimant priuilegia omnia liberis conceſſa etiam ad piam cauſam protrahi & poſſe & debere, vtpote quæ filij loco eſſe credatur. Ego verò non video quid diſſimile ſit in teſtamentis inter liberos, aut ad pias cauſas factis, & propter quod in iis locum habeant illæ ipſæ rationes, quas proximè attulimus ad probandam clauſulam codicillarem in aliorum teſtamentis ſubintelligi nunquam debere. An non enim æquè de teſtamento faciendo cogitat qui teſtatur inter liberos, atque ſi inter extraneos teſtaretur? Quam ergo voluntatem habere poteſt, aut decedendi ab inteſtato, aut liberos ſuos tanquam legitimos ſibi heredes futuros, & ab inteſtato grauandi? An fortè ſolus fauor liberorum, aut pia cauſa facere poterit, vt neque cunctanda, neque inquirenda ſit hac in re voluntas teſtatoris, quaſi paullatim eò tandem decurrendum ſit, vt dicamus clauſulam hanc videri adiectam à lege potiùs quàm à teſtatore? Atqui eſſet hoc longè abſurdius, quia lex quidem eſt hereditatem præſertim legitimam, & ab inteſtato deferre *l. lege obuenire* 130. *de verb. ſignific.* ſed non legitimos ſucceſſores fideicommiſſis vllis, aut aliis præſtationibus onerare, ſi eos paterfamilias non onerauit, quia neque legis eſt fideicommiſſa relinquere, ſed patrisfamilias, ſiue cum teſtamento, ſiue ab inteſtato decedentis. Mouit † ſcfelli.tque interpretes omnes hoc vnum, quod vident ex Imperatorum conſtitutionibus, de quibus præcedente Decade ſcripſimus defendi teſtamenta parentum inter liberos etiam quæ ſint imperfecta, vel qua alia ratione nullius momenti, *l. vlt. Cod. famil. erciſc. dict. l. hac conſultiſſima* 21. *§. ex imperfecto. Cod. de teſtam. Nouell.* 107. *de teſtam. imperfect.* Non alia, vt putant, ratione, quàm quod parentum omnium ea voluntas eſſe credenda ſit, vt huiuſmodi teſtamenta inter liberos omni melioti modo valere velint. Atquin hæc ipſa ratio facere potius debuerat, vt aliud iuris eſſe interpretes agnoſcerent, quia ſi iuris ratio ita ferret, vt clauſula codicillaris in parentum teſtamentis inter liberos ſubintelligeretur, nullis opus erat Imperatorum conſtitutionibus ad confirmandas eiuſmodi voluntates, cùm nec aliud Imperatores induxerint, niſi vt ab inteſtato eæ voluntates defendantur, quod vtique ſubintellectæ clauſulæ codicillaris poteſtas ſua natura aſſequi potuiſſet: aut ſi cum iiſdem interpretibus ſentire velis, factum eſſe ab Imperatoribus, vt teſtamenta parentum imperfecta, iure nihilominus teſtamentorum ſuſtineantur, quod nos improbauimus in *dict. Error.* 3. *Decadis ſuperioris*, tanto magis falſum reperitur commentum illud de ſubintelligenda in iſtiuſmodi teſtamentis clauſula codicillari, ſiquidem, vt initio capitis diſputauimus, nullus poteſt eſſe vſus & effectus clauſulæ codicillaris in eo teſtamento quod ſubſiſtat iure teſtamenti. Nec ruſus pro tuenda interpretum opinione poſſis dicere, ſaltem poſt ſupra relatas Imperatorum conſtitutiones cœpiſſe dici poſſe, quod volunt interpretes clauſulam codicillarem in hoc teſtamentorum genere ſubintelligendam eſſe. Nam quemadmodum clauſula iſta codicillaris nulla egebat noua conſtitutione, vt ſuum illum haberet effectum conſeruandæ parentum inter liberos ab inteſtato voluntatis. Ita neque Imperatorum autoritas potuit egere auxilio clauſulæ codicillaris ad inducendum, vt parentis voluntas quæliber, de qua etiam per coniecturas & indicia conſtaret, iure voluntatis inteſtatis defenderetur. Et verò cùm ex ratione iuris ſalteri cius quo vtimur poſt Theodoſij conſtitutionem in *l. vlt. in fin. Cod. de codicill.* non aliter valeant codicilli quam ſi habeant quinque teſtes, dicendum eſſet ſi nihil aliud Imperatores induxiſſent niſi vt in teſtamentis inter liberos clauſula codicillaris ſubintelligeretur, non aliter locum fore conſtitutionibus, quam ſi quinque teſtibus parentis voluntas munita eſſet: quod tamen falſum eſſe nec interpretes ipſi diffitentur, qui vel nullos teſtes requirunt, ſi patris ſchedula & ſcriptura priuata ipſius voluntatem inter liberos continens proferatur, vt ſupradicto loco concludit Andr. Gayll. *nu. 7. & 8. poſt Bart. & Caſtren. in l. ſi is qui. D. qui teſtam. facer. poſſeſſ.* Bald. & Iaſ. ad *Auth. quod ſine. Cod. famil. erciſc.* vel duobus teſtibus contenti ſunt, ſi pater voluerit teſtari per nuncupationem. Adeo vt putent ſi patris ſcriptura duos teſtes habeat, vel nuncupatio à patre facta, defendendam eſſe voluntatem iure teſtamenti non codicillorum, teſte eodem Andr. Gayll. *num. 13. verſ. ſexto amplia, poſt gloſ. in l. filij in verb. ab inteſtato, & ibid. Salic. & Fulgoſ. C. famil. erciſc. Imol. in l. ſi filium qui in poteſtate. D. de liber. & poſthum. Iaſ. in d. §.*

ex imperfecto, num. 14. de quo in sequenti capite latiùs dicemus. Non ergo defenditur ex constitutionibus parentis voluntas inter liberos, tanquam habens clausulam codicillarem, sed è contrario tanquam non habens. Nam etsi pater qui inter liberos suos testatur, clausulam codicillarem expressim adiecisset, non eo magis tamen ipsius voluntas iure codicillorum ab intestato defendi posset, si vel testes nulli adfuissent, vel qua alia ratione imperfecti, neque completi proferrentur codicilli, detracta scilicet constitutionum autoritate, sed tantùm iure cuiuslibet voluntatis intestati, quod & iam olim obtinebat, *d. l. filij* 26. *Cod. famil. erciſc.* in illis verbis, *sed etsi tam circa testamentum, quàm circa codicillos iudicium eius deficiat*, quod vtique nihil aliud est, quàm si scriptum esset, *si scriptura patris, neque iure testamenti valere possit, neque iure codicillorum.* Quantò minus ergo eam vim habebit subintellecta ista, & planè commentitia clausula codicillaris? Nec enim maior solet, aut potest esse ius taciti quàm expressi, vt est in Doctorum brocardico. Itaque non minus fuit necessaria constitutionum autoritas ad confirmandam ab intestato parentis voluntatem, quæ in codicillis imperfectis declarata esset, quam ad confirmandam eam quæ testamento imperfecto contineretur. Sed & illud obseruandum est constitutionem Imperatoris Constan-
11 tini quæ prima hoc ius induxit in *l. vlt. C. famil. erciſc.* non solùm ad testamenta minùs solemnia & codicillos imperfectos pertinere, sed ad eas etiam voluntates, quæ per epistolam fuerint declaratæ, adeóque per aliam quamlibet scripturam, vt constat ex illis verbis, *sine cœptum neque impletum testamentum vel codicillos, seu epistola parentis esse memoretur, siue quocunque alio modo scriptura quibuscunque verbis, vel indicijs inueniantur relicta.* Cur ergo volumus Constantinum cogitasse de patentum testamentis iure codicillorum potius quam iure epistolæ vel alterius cuiuslibet vltimæ ab intestato voluntatis defendendis? Cùmque nec codicilli ipsi, nisi quinque testes habeant, codicillorum iure defendi possint, neque tamen eo minus valeant ex lege Constantini iure cuiuslibet vltimæ voluntatis intestati, quænam vtilitas aut necessitas esse potest subintelligendæ istiusmodi clausulæ codicillaris in testamento, quod non magis codicillorum iure ab intestato valere possit, quàm iure testamenti? Nec quod in eo testamento fortasse tot adfuerint testes quot adesse necesse erat, vt codicilli ab intestato vtiliter facti viderentur, facere debebit vt eo magis clausulam codicillarem subintelligi oporteat, cùm sufficiant constitutiones quæ volunt citra auxilium talis clausulæ defendi voluntatem iure intestati, eóque alio quam codicillorum, nec fuerit difficilius Imperatoribus constituere, vt testamenta imperfecta valerent citra ius, & nomen codicillorum, quàm vt codicilli ipsi citra ius & nomen epistolæ, aut donationis causa mortis. Est enim illa vltima voluntas quam constitutiones defendunt, prorsus innominata, & quæ non magis codicillorum, quam testamenti aut epistolæ nomine donari possit. Denique
12 nullo † vnquam casu videas à lege subintelligi huiusmodi clausulas quæ pendent ex voluntate, quia voluntatis quæstio est facti, *leg. voluntatis* 7. *Cod. de fideicommiss.* quod autem facti non iuris est, à iure suppleri nunquam potest, *leg. in bello* 12. §. *facti. D. de captiu. & postlim. leg. denique* 19. *D. ex quib. cauſ. maiorib.* Iam autem diximus clausulam codicillarem totam vim suam desumere ex testantis qui eam adscribit, voluntate. Ac præterea tum quoque cùm lex aliquid subintelligere, & vult & potest, aliquam tamen subesse necessitatem oportet, aut vtilitatem quæ ad ipsum subintelligi suadeat. Omnes enim istæ subintellectiones sunt fictiones, quæ nunquam inducendæ sunt, aut admittendæ nisi ex necessitate. Nulla porro hic necessitas subest, ad confirmanda parentum inter liberos testamenta, sufficiente constitutionum imperialium potestate.

ERROR II.

De solemnitatibus iuris gentium in testamento inter liberos adhibendis.

SVMMARIA.

1 *Testamenta parentum imperfecta inter liberos defendi censent interpretes quod in iis requirantur tantùm solemnitates iuris gentium.*
2 *Nulla sunt testamentorum ex iure gentium solemnitates, aduersus interpretes: & n.* 6.
3 *Testamenti factio est iuris ciuilis & ratione solemnitatum, & originis quoque: non verò iuris gentium.*
4 *Testamenti factio cur dicatur esse iuris publici.*
5 *Vsus testamentorum apud omnes gentes receptus, non facit, vt testamentum sit ex iure gentium: cum nitatur ratione ciuili.*
7 *De testamento militari agentes Senatusconsulti nunquam meminerunt solemnitatum iuris gentium.*
8 *Sic nec Impp cùm tractant de testamento tempore pestis condito.*
9 *Neque Iustinianus tractans de rusticorum testamento.*
10 *Interpretes docere non possunt quæ sint in testamentis solemnitates iuris gentium.*
11 *Duorum testium fortuitorum, virinsque sexus, & cuiuscunque rationis non est solemnitas testamentorum ex iure gentium ducta.*
12 *Probationes omnes sunt iuris ciuilis: nec vllus testium numerus ad rem quampiam probandam iure gentium est præscriptus.*
13 *Cur duo testes sufficiant, vbi numerus non adiicitur.*
14 *Heredi scripto quis controuersiam hereditatis facere possit, si merum ius gentium attendamus.*
15 *Ex iure ciuili est non tantum hereditas, sed etiam hereditatis petitio, cæteraque actiones omnes.*

ERat illa secunda ratio quam initio præcedentis capitis ab interpretibus nostris adferri dicebamus, cur † testamenta paren- 1
tum imperfecta inter liberos defendantur. Quia, inquiunt, in huiusmodi testamentis non sunt necessariæ solemnitates iuris ciuilis, sed sufficiunt eæ quæ sunt ex iure gentium, quod nihil aliud inquirit nisi an perfecta sit voluntas testatoris an non, vt tractat Ias. ad *l. hac consultissima* 21. §. *ex imperfecto*, *num.* 2. *Cod. de testam.* Idemque tractare nostri solent cùm disputant de testamentis ad pias causas, aut quæ facta sint tempore militiæ, vel pestis. In iis scilicet nihil aliud requiri, nisi vt eas habeant solemnitates quas ius gentium præscribit, licet desint eæ quas ad præcludendam fraudibus viam constituras volnit ciuilis legislator. Nos autem supra iam attigimus † ridiculam esse hanc tradi- 2
tionem, quia nullæ sint testamentorum ex iure gentium solemnitates, idque nos hoc capite probaturos esse polliciti sumus. Quod vt præstemus apertissimè ac commodissimè, illud primum pro certo habendum est, quod à vulgaribus interpretibus ignoratur, à nobis iam sæpius traditum probatumque est, testamenti † 3
factionem totam esse iuris ciuilis, nulla ex parte autem esse iuris gentium. Nec solum si solemnitates spectemus, in quo sanè omnes conueniunt, sed etiam si originem & rationem inducendorum testamentorum. Etsi enim tam magna ratio fuit permittendi, aut potius,

inducendi

inducendi factionem teſtamenti, vt vix vlla vnquam gens fuerit quæ teſtamentis vſa non ſit, quia homo ſicut ad acquirendum natus eſt, ita nihil magis appetit quàm vt iis acquirat & paret, quos viuus poſſit ſibi mortuo eligere ſucceſſores, ipſa tamen ratio naturalis obſtabat ne teſtamentum facere vbiuis gentium quiſquam poſſet: quoniam ſicuti nihil tam eſt conueniens rationi & æquitati naturali, quàm voluntatem domini volentis rem ſuam in alium transferre ratam haberi, *leg. qua ratione 9. §. nihil autem D. de acquir. rer. dom.* ita è contrario nihil eſt quod à naturali ratione magis abhorreat, quam vt quis transferat in alium plus iuris quàm ipſe habeat, *leg. traditio 20. eod. leg. nemo plus iuris 74. de regular. iur.* aut vt iuris quod ipſe in præſenti habet tranſlationem conferat in id tempus quo nullum ius ſit habiturus. Nihil ſiquidem refert, an de transferendo dominio agat is qui dominus non eſt, an verò is equidem qui dominus eſt collata conuentione in id tempus quo dominus non erit, quoniam diſpoſitio quælibet creditur facta, eo tempore in quod confertur, *leg. ſi ego. 9. §. ſi res. D. de iur. dotalib. leg. quod ſponſa. Cod. de donation. ant. nupt.* Porro is qui teſtatur, licèt eo tempore quo teſtamentum facit, dominus ſit rerum ſuarum, quas idcirco ſi vellet alienare inter viuos, pro arbitrio poſſet, confert tamen effectum ſuæ diſpoſitionis in id tempus quo amplius non erit dominus, id eſt, poſt mortem ſuam, *leg. 1. D. qui teſtam. facer. poſſunt.* Nec enim dominus eſſe poteſt qui mortuus eſt, quia hoc ipſo eſt nullus, vnde & illud fit, vt in nullius bonis eſſe dicantur res hereditariæ antequam heres aliquis exiſtat, *leg. 1. D. de rer. diuiſ.* & nullius libertus eſſe, qui defuncti libertus eſt *l. 4. in princip. D. de bonor. libert. iunct. leg. 3. §. planè ſi fortè: D. de legit. tutor.* Proinde vix eſt vt non de alienis bonis teſtari videatur etiam is qui de ſuis teſtatur, quod tamen abſurdum eſt, *leg. conficiuntur 8. §. ſi poſt teſtamentum, verſic. & de alienis. D. de iur. codicill.* Certè diſponit de rebus non ſuis, cùm certò ſit deſiturus eas habere in dominio ſuo, antequàm diſpoſitio effectum ſortiatur. Ridiculum igitur eſt exiſtimare quod vulgus interpretum exiſtimat teſtamenti factionem eſſe ex iure gentium. Quæ nec aliam ob cauſam dicitur eſſe † iuris publici in *leg. 3. D. qui teſtam. facer. poſſunt.* 4 quàm quod ſit iuris ciuilis, cuius partem conſtituit ius illud, quod ſpecialiori denominatione publicum appellatur, ita vt iure publico fieri dicatur, quod ſit iure teſtamenti, *leg. quod bonis 15. §. 1. D. ad leg. Falcid. iunct. leg. qui duos 42. D. de vulgar. & pupillar. ſubſtitut.* Nec quod adferunt interpretes teſtamentorum † vſum apud omnes gentes receptum fuiſſe, 5 & longè ante promulgatas leges duodecim tabularum ad rem facit. Cum enim quæritur an quid ex iure gentium ſit, an ex iure ciuili, non tam illud inſpiciendum eſt, an apud omnes gentes obtineat necne, quàm vtrum ex naturali ratione inductum ſit, an ex ciuili: ſiquidem quemadmodum ius omne æſtimatur, pendéreque ex ratione, ita ius naturale itemque ius gentium ex ratione naturali (hac ſola differentia, vt hoc obiter dictam, quod ius naturale verſatur circa eas res quæ hominibus communes ſunt cum brutis animantibus, ius verò gentium circa eas quæ hominibus ſolis conueniunt) ius verò ciuile ex ratione ciuili. Alioqui dicendum erit hodie ſtipulationes eſſe iuris gentium cùm nulla ferè gens ſit, quæ non vtatur ſtipulationibus quas tamen nemo neſcit eſſe iuris ciuilis, ſi earum origo ſpectetur, & ratio quæ ipſas induxit §. *de conſtituta. Inſtitut. de action.* Hoc verò præſuppoſito quod negari meo iudicio non poteſt. Originem teſtamentorum eſſe ex iure ciuili, prorſus conſequens ſit quod contra interpretes probandum ſuſcepimus, vt teſtamentorum ſolemnitates nullæ ex iure gentium eſſe poſſint. Neque enim † teſtamentorum ſolemnitates 6 vel intellectu ipſo percipi poſſunt ſine teſtamento cui tanquam ſubiecto inſunt velut accidentia. Proinde ſi teſtamenta iuri gentium incognita ſunt, eorum quoque ſolemnitates eodem iure omnino incognitas eſſe neceſſe eſt. Et quemadmodum præpoſterum eſſet dicere iuris gentium eſſe id quod ab initio fuiſſet iuris ciuilis, cùm ius gentium ordine temporis & naturæ ſit antiquius iure ciuili. Ita & præpoſterum erit ſi quis dicat, teſtamentorum, quæ omnia ſint iuris ciuilis, ſolemnitates aliquas eſſe iuris gentium, quæ omnes vtique ſunt iuris ciuilis, ſi ius ciuile ſumas quatenus à naturali vel gentium iure diſtinguitur, generaliter tamen ita vt ius quoque prætorium comprehendat, ex quo etiam nonnullæ teſtamentorum ſolemnitates inductæ fuerunt, vt Iuſtinianus in Inſtitutionibus refert, *tit. de teſtam. ordin.* A primo enim illo tempore quo vſus teſtamentorum introductus fuit, dubitandum non eſt quin eorum quoque ſolemnitates eodem iure ciuili fuerint introductæ. Vt proinde nulla poſtmodum cauſa vel neceſſitas ſubeſſe potuerit implorandi iuris gentium ad alias inducendas. Nam ius quidem gentium conſtitutum fuit vt ſuppetias ferret iuri naturali, & ſimiliter ius ciuile, vt ſuppetias ferret iuri gentium, ſi quando per improborum ciuium procaciam & perfidiam violaretur, ſed vt ius naturale vel gentium ſubſidio ſit, & quaſi ſuccenturiatum iuri ciuili prorſus inauditum eſt, neque vnquam regreſſus fit à iure ciuili ad ius gentium, vt neque à iure gentium ad ius naturale. Indéque eſt quòd cùm Iureconſulti † de teſta- 7 mento militari loquuntur, in quo conſtat non eſſe neceſſarias iuris ciuilis ſolemnitates quæ in paganorum teſtamentis requiruntur, nunquam tamen & nuſquam meminerunt ſolemnitatem iuris gentium, quaſi ſufficiat militibus ſi iure gentium teſtentur, ſed hoc vnum inculcant, licere militibus teſtari quomodo poſſint, quomodo velint ſine vlla legum obſeruatione dummodo qualitercunque conſtet de ipſorum voluntate, *l. 1. leg. Diuus Traianus 24. & paſſ. D. de teſtam. milit.* Sic & Imperatores † cùm tractant de teſtamento tempore 8 peſtis condito in *leg. caſus maioris 8. Cod. de teſtam.* in quo teſtamenti genere certum eſt non omnes iuris ciuilis ſolemnitates neceſſariò adhibendas eſſe, non tamen ex iure gentium ſumunt eas ſolemnitates quæ remanent neceſſariæ, ſed hoc tantùm dicunt, aliquid de iure laxatum eſſe, ſed non prorſus reliquam teſtamentorum ſolemnitatem eſſe peremptam: Vt intelligamus ſi perempta eſſet omnis illa teſtamentorum ſolemnitas quam ius ciuile introduxit, fore vt nulla penitus ne quidem ex iure gentium ſupereſſet, quia nec aliæ vllæ ſunt teſtamentorum ſolemnitates, quàm quæ ex iure ciuili. Sic denique Iuſtinianus † noſter, 9 qui tam ſæpe, maximè verò in Conſtitutionibus Codicis & in Nouellis omnium negligentiſſimè locutus eſt, cùm de ruſticorum teſtamentis tractat in *leg. vltim. eod. tit. Cod. de teſtam.* poſtquàm diſertè ſcripſit quod nos proximè diſputauimus teſtamentorum ordinationem ſub certa definitione legum inſtitutam eſſe, nec homines ruſticos quibus non eſt legum peritia, poſſe tantum legum ſubtilitatem cuſtodire in vltimis ſuis voluntatibus, vt inferat iis proinde ſuccurrendum eſſe, etſi nullum non monet lapidem vt nouæ conſtitutioni, quomodo ſolet, prætextum aliquem quærat, nullà tamen legis parte recurrit ad ius gentium, aut ad ſolemnitates ex eo gentium iure introductas, ſed primùm ad antiquas leges & Poſteriorum Imperatorum conſtitutiones per quas ruſticitati ſemper conſultum fuiſſe ait, & in multis legum ſubtilitatibus ſtrictam obſeruationem ei remiſſam eſſe, vt habet prooemium conſtitutionis, deinde ad Dei humanitatem, ad quam reſpicientem ſe motum dicit vt ruſticorum ſimplicitati ſubueniret:

ſubueniret. Poſtremò ad antiquam ruſticanorum conſuetudinem quam vult haberi pro lege. An non autem illud omnium maximè conueniens erat, vt in iis teſtamentis quæ & ruri fierent & à ruſticis, neque literarum, neque literatorum copiam habentibus ſi quando vnquàm aliàs, ea tantùm requirerentur ſolemnitates quæ eſſent ex iure gentium ſi quæ tales eſſent, Maximè cùm in fine legis ſcriptum ſit in hæc verba. *Quod igitur quiſque ruſticorum, ſicut prædictum eſt pro ſuis rebus diſpoſuerit hoc omni modo legum ſubtilitate remiſſa firmum validúmque conſiſtat.* Fuit ergo incognita non tantùm prudentibus: ſed ipſi etiam Iuſtiniano commenticia iſta diſtinctio ſolemnitatum in teſtamentis adhibendarum, vt aliæ ſint ex iure gentium, aliæ ex iure ciuili. Neque verò illi ipſi
10 interpretes noſtri, † qui diſtinctionem hanc vt alia tam multa commenti ſunt, facilè poſſint, ſi ſeriò interrogentur, reſpondere, quænam ſint iſtæ ſolemnitates quas ex iure gentium inductas eſſe fabulantur. Quid enim difficilius aut per ipſam rerum naturam impoſſibilius, quàm dicere quid & quale ſit id quod nihil eſt, aut vbi ſit quod nuſquam eſt? Hanc tamen vnam adferre ſolent in qua pluralis ille ſolemnitatum
11 numerus verificetur, vt duos † teſtes interueniſſe ſufficiat, eóſque fortuitos, & vtriuſque ſexus, item cuiuſcunque nationis. Miror non addere illos, *& ætatis.* Nam vt ſeptem teſtes interuenire debeant, iique omnes maſculi, puberes ciues, & rogari fatentur eſſe æquè hæc omnia ex iuris ciuilis conſtitutione. Nec enim ius gentium agnoſcit quantum ad hanc rem attinet, diſtinctionem iſtam hominum, ætatum, nationum & ſexuum. Vt ex eo quoque apparet quod etiam in codicillis qui Romæ fiunt ea obſeruatio neceſſaria non eſt, quorum ſcilicet origo non aliam cauſam habuit quàm vt conficiendorum codicillorum faciliorem poteſtatem haberent ij quos alioquin vel penuria teſtium, vel quod aliud impedimentum ſolemniter teſtari prohiberet, *tot. tit. Inſtitut. de codicill. dict. lege conficiuntur* 8. §. *codicilli. D. eod.* Non ignoro tritam illam noſtrorum ſententiam quæ à Chriſti Domini noſtri ore profecta, in hanc rem ab interpretibus detorqueri ſolere (vt alia pleraque ex diuinis literis deprompta nec tam alienis ſenſibus facilè temeranda) *In ori duorum vel trium ſtet omne verbum.* Sed quid obſecro habet hoc commune cum iure gentium aut cum ſolemnitatibus teſtamentorum ex iure gentium eruendis? Inferendum potiùs eſſet ſolemnitatem illam adhibendorum duorum vel trium teſtium, ſiue in teſtamento ſiue in alia re qualibet eſſe ex iure diuino, tanquàm quæ à Deo ipſo Optim. Max. fuerit conſtituta. Quod tamen quàm falſum ſit, ex eo intelligimus quod Pontifices ipſi, quibus omnibus nihil vnquam fuit antiquius, quàm vti ne quid conſtituerent quod à iure diuino abhorreret, non alia teſtamenta valere paſſi ſunt quàm quæ facta ſint coram duobus teſtibus & Parocho *cap. cum eſſet. Extr. de teſtam.* quamuis eo loco ſupradicta Euangelij verba referantur, non tam vt ſolemnitatem hanc à iure diuino eſſe appareat, cùm neque de teſtamento vllo neque de parocho tùm Chriſtus loqueretur, quàm ne quis putet adeo neceſſarium eſſe omnimodo numerum ſeptem teſtium vt non poſſint duo ſufficere: ſi præterea interueniat parochus, cuius præſentia probitáſque nullam fraudis ſuſpicionem ſubeſſe patiatur. Nec ſanè ſi merum ius gentium conſulas, numerus vllus ſiue binarius ſiue alius præſcriptus eſt ad probationem non dicam teſtamenti, ſed neque alterius rei cuius veritas ſit in obſcuro. Quid enim eſſet in obſcuro aut quod tantas probationes exigeret quantis hodie paſſim opus eſt ſi per hominum perfidiam ius gentium non violaretur? Cùmque probationum vſus etiam hodie nullus ſit niſi propter iudicia & actiones. At non prorſus conſequens † eſt vt quemadmodum & actiones & iudicia 12
ſunt iuris ciuilis, quod omnes fatentur, ita & ſint probationes? Non ergo ex iure gentium, Quod & non obſcurè colligi poteſt ex *leg. 1. D. de teſtibus in verſ. quamquam*, vbi ſcriptum eſt numerum teſtium legibus definitum eſſe, cúmque quibuſdam legibus ampliſſimum, ſed poſtea ex conſtitutionibus Principum ad numerum ſufficientem coarctatum. Quo etiam pertinet quod Vlpianus † ſcribit in *leg. vbi nu-* 13
merus 12. *eod.* duos teſtes ſufficere vbi numerus non adiicitur, ſcilicet in ea lege quæ de teſtibus loquitur. An quia vt noſtri volunt, ius gentium contentum ſit numero duorum? Minimè, ſed quia vt Vlpianus ſubiicit pluralis elocutio nimirum legis, duorum numero contenta eſt. Atqui, inquies, nulla eſt perfidia legitimi heredis qui teſtamentum quod eo fortaſſis abſente factum ſit ignorat & negat. Fateor, ſed non ex eo inferre poſſis ad probandum teſtamentum eſſe ex iure gentium vt duo teſtes requirantur. Non ſolùm quia priùs tibi probandum eſſet, quod iam negaui, teſtamenta eſſe iuri gentium cognita, ſed etiam quia ſi
† merum ius gentium inſpicias, neque legitimus he- 14
res, neque alius quiſquam eſt qui heredi ſcripto controuerſiam hereditatis facere poſſit, cùm vel ipſum nomen legitimi heredis oſtendat deſcendere nos ad ius ciuile quoties de legitimo herede tractamus. Solus ille controuerſiam facere poſſet qui defuncti bona primus occupaſſet. At eo caſu occupator ille haud dubiè vinceret, nec quicquam heredi ſcripto prodeſſet, quod probaret teſtamentum, etiamſi ponetes quod falſiſſimum eſt, aliquam actionem iure gentium eo nomine comparatameſſe, cuius exercendæ gratia probationes requirerentur: quia iure gentium res non habet dubitationem quin primi occupantis fiant quæ in bonis ſunt nullius. In quo numero eſſe res omnes hereditarias antequàm heres aliquis exiſtat ipſum etiam ius ciuile fatetur, cuius autoritate ob eam cauſam neceſſe fuit induci fictionem hereditatis quæ indiem vſque additionis vicem perſonæ defuncti ſuſtineret, ne dici poſſet bona eſſe nullius quæ dominum aliquem interim habere intelligerentur, quamuis non etiam poſſeſſorem *dict. leg. 1. D. de rer. diuiſ. leg. cùm heredes* 23. *D. de acquirend. poſſeſſ. leg. heres D. hereditas* 22. *D. vſuc. leg. liber. homo* 13. §. *ſi ſeruus hereditarius, leg. ob id.* 43. *D. ad leg. Aquil. leg. ſi ante* 25. *D. de interrogat. in iureiurand. fac. leg. non minus* 51. §. 1. *D. de hereditat. inſtitution.* Ex quo apparet non poſſe iure gentium dari caſum in quo tractari poſſit de probando teſtamento, ſed totum hoc pertinere ad ius ciuile ex quo † eſt non ſolum hereditas, ſed etiam 15
petitio hereditatis ſiue teſtamentariæ ſiue legitimæ, vt & cæteræ omnes actiones, & quæ ad actiones exercendas neceſſariæ ſunt probationes, quarum nulla planè eſſet neceſſitas, ſi ius gentium ab improbis hominibus non violaretur.

ERROR III.

De teſtamento inter liberos, in quo pater vni ex liberis legitimam reliquerit alio titulo, quàm inſtitutionis.

SVMMARIA.

1 *Diſpoſitionem inter liberos, in quo pater vni ex liberis legitimam reliquerit alio titulo quàm inſtitutionis, ceſſare cur velint interpretes plerique.*

2 *Iaſon cum aliis ſentit etiam inter liberos diſpoſitionem valere*

valere in qua vni ex liberis legitima titulo legati relicta est.

3 *Iurisprudentiæ infœlicitas.*

4 *Iasonis sententia refellitur variis erroribus explosis.*

5 *Legitima descendentibus debita titulo Institutionis non est necessariò relinquenda, dummodo ex aliqua hereditatis parte filius sit institutus vel exheredatus.*

6 *Refellitur sententia interpretum n. 1. proposita, & varia eorundem positiones euertuntur.*

7 *Heres ex certa re institutus non habetur nisi loco legatarij, cum alius adscriptus est heres vniuersalis.*

8 *Titulus institutionis quatenus honorificus.*

9 *Parentes non coguntur praecisè liberos suos instituere, sed sub disiunctione.*

10 *Quo casu locum habeant Constitutiones Impp. de testamento imperfecto inter liberos.*

11 *Quot testibus debeant probari legata aut fideicommissa extraneis relicta in testamento imperfecto inter liberos. & nu. 13.*

12 *Iustinianus primus constituit vt in scriptura imperfecta pater inter liberos testans possit extraneis legata relinquere.*

14 *Liberorum ius singulare non est vt expressim eos instituì necesse sit, aduersus interpretes.*

15 *Substitui ei nequit qui nullo modo instituitur.*

16 *Ex voluntate testatoris causa intestati potest praecedere causam testatis in ordine succedendi.*

1 SI † pater testatus sit inter liberos, sed ita tamen vt vni ex liberis legitimam reliquerit alio titulo quàm institutionis. Placet interpretibus nostris non valere testamentum, & cessare hoc casu dispositionem vt loquitur, §. *ex imperfecto*, *l. hac consultissima* 21. *Cod. de testam.* vt tractat Salicet. ad *Auth. nouissima & ibid. Alber. n. 1. Cod. de inoffic. testam. Alex. conf. 76. incip. ponderatis his num. 17. vol. 3. Iul. Clar. in §. testamentum quaest. 8. num. 7.* Rationem adferunt, quia institutionis titulus cùm sit longè honorabilior, respicit fauorem liberorum quibus non solum honorificentius, sed etiam multo commodius est succedere ex institutione quàm ex legato *l. filium* 5. §. *sed & si portio. D. de legat. praest.* siue propter ius adcrescendi, quod etiam inter institutos in re certa locum habere volunt interpretes. Siue ad hoc vt propria autoritate ac sine licentia heredis possint occupare eam rem ex qua fuerunt instituti, quod vtique facere non possent citra metum interdicti, Quod legatorum, vt à nobis alio loco pluribus disputatum est. Atqui quod constitutum fuit in *d.* §. *ex imperfecto*, non aliam rationem habet quàm fauorem liberorum, vt iidem interpretes pro certo supponunt. Ergo non debet ea constitutio in ipsorum odium retorqueri, quomodo retorqueretur si huiusmodi testamenta in quibus legitima alio quam institutionis titulo relicta esset defenderetur, *vulg. l. quod fauore 6. Cod. de legib: l. nulla* 25. *D. eod.* Addunt non sufficere ad validitatem testamenti in personis liberorum tacitam institutionem, quæ, inquiunt, in extraneis admitteretur, putà in hunc modum, *si is qui ab intestato mihi successurus est heres esse nolit, substituo Titium.* Ratione illa quod liberos necesse est vel instituì vel exheredari, §. 1. *Institut. de exhered. liber. l. inter cetera* 30. *D. de liber. & posthum. sic enim Andr. Gayll. lib. 2. practic. obseru. cap. 112. num. 11. & 12. post Iulium Clarum in d.* 2 §. *testamentum, quaest.* 35. *num.* 2. At alij contra † volunt non eo minùs valere patris testamentum inter liberos, quòd vni ex ipsis relicta sit legitima titulo fortalsis legati, quam sententiam scripsit *Ias. ad d. §. ex imperfecto num. 4.* se putare veram sicut euangelium. Motus ex eo quod defectus tituli institutionis sit defectus solemnitatis inductæ iure ciuili non à iure gentium, ob idque nec curandus videatur, suppositio nimirum eo quod in præcedentibus diximus ab interpretibus probatum esse. In testamentis inter liberos non alias quàm iuris gentium, solemnitates necessariò requiri. Hîc verò liceat mihi quæso exclamare, Quàm misera maléque tuta esset religio nostra, si euangelij sacrosancti veritas indubitata tam stultis falsisque opinionibus Iasonis responderet! Aut è contrario quàm felix iurisprudentia, beatique nos omnes qui iurisprudentiam profitemur, si quam toti Ecclesiæ promisit Deus Opt. Max Spiritus sancti præsentiam ne aberrare vnquam possit, eandem Doctorib. nostris promisisset tum saltem cùm in vnam sententiam conuenirent, ne dubitare possemus, quin è contrario verum esset, quod ab omnibus probaretur. At nescio + quo facto aut potiùs 3 nescio qua iurisprudentiæ nostræ infelicitate factum est vt vix quicquam absurdius dici possit, quàm quod nostri pro vero & explorato habent consentientibus omnium votis, si modò tale illud sit, quod aliquam vel minimam possit apud peritiores recipere dubitationem. Neque sanè huius rei exemplum luculentius quærendum est, quàm quod nunc præ manibus habemus. Quid enim stultius somniari ab ægroto potest, quam quod vult Iason † audétque dicere, perinde at- 4 que Euangelium verum esse, valere testamentum patentis inter liberos, etiamsi vni ex liberis relicta sit legitima alio titulo, quàm institutionis? Imo verò etiamsi relicta esset liberis omnibus legitima cuiusque partio titulo ac iure institutionis, non eo magis tamen valeret iure ciuili testamentum, si neque essent ij omnes instituti heredes ex aliqua hereditatis parte neque exheredati, vt contra omnium interpretum opinionem probauimus apertissimè in Error. Decadis. Ratio autem illa quam adfert Iason, quòd solemnitas illa relinquendæ liberis legitimæ titulo institutionis non sit à iure gentium, sed à iure ciuili, dupliceem continet errorem. Vnum illum quod putat hanc vnam esse ex testamentorum solemnitatibus iure ciuili introductis, vt legitimam † præsertim descendentibus debitam relinqui 5 oporteat titulo institutionis, quod falsum est. Nam sicuti ad validitatem testamenti iam diximus non sufficere, vt filio relicta sit legitima titulo institutionis, nisi etiam illud concurrat vt ex aliqua hereditatis parte filius vel institutus sit vel exheredatus. Ita è contrario si ponas ex aliqua vel minima, non dico bonorum, sed hereditatis particula institutum fuisse filium, vel è tota hereditate exheredatum, nil necesse est relinqui filio legitimam titulo institutionis, vt eo magis valeat testamentum: sed sufficit vt quoquo titulo relinquatur. Adeo vt etiamsi minus legitima relictum fuerit, nulla tamen ratio supersit impugnandi testamenti, sed agendi duntaxat ad supplementum ex *l. omnimodo* 30. *C. de inoff. testam. &* §. *hac autem disposuimus. Nouell.* 115. *vt cùm de appell. cognosc.* Alius Iasonis error est, quod cùm negat hanc relinquendæ titulo institutionis legitimæ solemnitatem esse ex iure gentium, licèt verè neget, hoc ipso tamen agnoscit aliquas esse testamentorum solemnitates iure gentium comparatas quod nos proximo capite refutauimus. Debuerat igitur Iason hanc suæ sententiæ rationem adferre, quòd nulla sive gentium, siue ciuili iure talis inducta sit solemnitas, vt legitimam oporteat relinqui liberis titulo institutionis: quamquam, vt fieret bona ratio, addendum esset *dummodo ex aliqua hereditatis parte filius esset institutus vel exheredatus.* Quod tamen Iason non addidit, quia nec didicerat addendum esse. In eo denique labitur Iason, quod cum vulgo cæterorum interpretum existimat factum fuisse à Theodosio in *dict.* §. *ex imperfecto*, vt testamenta parentum inter liberos quæ solemnitatibus iuris ciuilis destituta sunt, si modo eas habeant quas iidem illi vocant solemnitates iuris gentium

defendantur

defendantur iure testamentorum: quod nos etiam in præcedentibus confutauimus, cùm in contrarium probauimus nihil aliud egisse Constantinum in *l. vlt. Cod. famil. ercisc.* Theodosium in *dict. §. ex imperfecto*, & Iustinianum *Nouell. 107. de testam. imperfect.* quàm vt parentum inter liberos voluntates iure intestati tuerentur. Atque hæc quidem ad nouum istud Iasonis euangelium confutandum adduxisse sufficiat, vt iam ad communem errorem confutandum accedamus. Primùm autem † confutari potest iis ipsis rationibus, quibus error Iasonis. Laborat enim iisdem vitiis in eo quod supponit, ex ratione iuris communis relinquendam esse liberis legitimam titulo institutionis, etiamsi filius ex nulla hereditatis parte sit institutus, neque exheredatus: Item solemnitates testamentorum alias esse à iure gentium, alias à iure ciuili. Postremò valere huiusmodi testamenta parentum inter liberos, ex constitutione Theodosij iure testamentorum: quæ omnia falsò & absurdè dicuntur. Sed in communi errore illud amplius & peius est quàm in errore Iasonis, quod volunt alij, liberos adeo instituendos esse, quia ad liberorum fauorem id maximè respiciat vt instituantur, cùm & honorabilior, & longè vtilior sit titulus institutionis quàm legati aut fideicommissi. Nam & hoc quoque nos refutauimus in prima Chiliadis huius parte, & ostendimus heredem † ex certa re institutum non haberi nisi loco legatarij, cùm alius adscriptus est heres vniuersalis. Nec repugnat Vlpianus in *d. l. 5. §. sed etsi portio de legat. præst.* Non enim ait, solum † institutionis titulum esse honorificentiorem si quis ex re certa institutus proponatur, sed hoc tantùm scribit, *hereditates non solum honesto titulo, sed & pleniore honore tribui*, vt intelligamus honorem hunc qui in institutione maior esse creditur, non tam ex eo descendere quod quis institutus sit, quàm ex eo descendere quod quis institutus in hereditate: quia nec institutio, sed hereditas illa est, quæ honorem hunc tribuit instituto vt defuncti personam repræsentet, eiusdémque iuris esse censeatur cuius fuerat defunctus. Itaque vt bona sit hæc ratio Doctorum debet concludere, instituendos esse liberos non in legitima sed in hereditate, aut in aliqua hereditatis parte, quod longè diuersum est, quoniam legitima etiam apud interpretes nostros qui in hoc bene sentiunt, non hereditatis portio est, sed bonorum, cùm eius ratio non nisi deducto ære alieno constituatur, quod ex bonis tantùm non etiam ex hereditate vnquam deducitur, *l. Papinianus 8. quarta autem. D. de inoff. testam.* Sed etsi nihil aliud inspiciendum esset, quàm quòd volunt interpretes, nimirum quid liberis fauorabilius esset, sequeretur, nec esse parentibus permittendum vt in eiusmodi testamentis imperfectis liberos suos exheredarent: quod etsi nos pro vero magis quàm pro absurdo habemus, quia non putamus huiusmodi voluntates alio quàm intestati iure defendi, absurdissimum porrò fuerit credere exheredationem ab intestato fieri posse, vt in sequentibus latius dicemus: apud interpretes tamen necesse est vt pro absurdo habeatur, quippe qui velint hæc testamenta imperfecta valere iure testamentorum. Nulla enim vnquam talis lex testamentis dicta est, vt Parentes † cogantur præcisè & omnimodo liberos suos instituere, sed alternatim & sub disiunctione, vt necesse habeant eos vel instituere vel exheredare, *d. §. 1. Inst. de exher. liber. & postum. hered. instit. vel exherod.* ad tollendum scilicet & excludendum vitium præteritionis, quod non minùs per exheredationem tollitur quàm per institutionem. Excepto vno illo casu quo posthumus nepos ex consilio Galli Aquilij fuerit institutus. Filium enim qui testamenti tempore præcedit, adeo necesse est, vt non sit liberum patri exheredare, ne alioqui post mortem suam exheredatus filius videretur, *leg. Gallus 29. §. in omnibus eadem sit.* Denique huic interpretum errori illud etiam consequens fieret, vt non nisi æqualiter instituti possent liberi à parentibus in huiusmodi testamentis imperfectis, siquidem admissa inæquali institutione, sic cuti fauetur us qui reperiuntur instituti ex maiore portione quàm quæ ab intestato eos contingeret, ita econtrario cæteris qui minùs consequuntur, quàm ab intestato fuissent consecuturi, damnum irrogatur: nec potest vni fauere si tres pluresve sint liberi, quin cæteris omnibus noceatur, cùm ex omnium cæterorum portionibus deliberari necesse sit quod in vnum supra contingentem ab intestato portionem conferatur. Nisi parens tanto magis aliquos ex liberis grauare voluerit vt pluribus faueret. Atqui iam probauimus in præcedentibus, constitutiones istas Imperatorum Constantini, Theodosij & Iustiniani ad eum casum coarctati non posse, quo liberi æqualiter fuerint heredes instituti. Non igitur bona est illa ratio propter quam cogendi sint parentes, vt legitimam relinquant liberis titulo institutionis. Ne scilicet in odium liberorum retorqueatur, quod ipsorum fauore inductum fuit, quia non tantùm ad liberorum fauorem respexerunt Imperatores, verùm etiam ad communem fauorem parentum, inter liberos testantium, & præterea ad fauorem vltimæ voluntatis, ita vt quo † casu triplex iste fauor non concurrit, non possint locum habere supradictæ constitutiones: Casus verò ille alius non est, quam si pater aliusve parens quilibet habens liberos, non tantum inter eos, sed etiam inter extraneos testari velit. Nam cùm parens inter solos liberos testatus est, quoquomodo de bonis suis disposuerit, dum ne liberos exheredauerit, vel minus legitima portione cuiquam ipsorum reliquerit, satis intercuenisse creditur fauor liberorum quantum ad inducendam potestatem constitutionum, tametsi ex inæqualibus portionibus instituti sint. Nec aliud erit etiamsi personis liberorum extraneas miscuerit, cùm quod ad extraneas personas attinet si fuerint institutæ, habeatur institutio pro non scripta. Dico, *si fuerint institutæ*, quoniam si extranei non instituti sed legatarij vel fideicommissarij vel liberi scripti proponantur, valebunt vtique legata, fideicommissa & libertates, dummodò probentur † non solum per eam scripturam imperfectam, sed etiam per testes, & quidem non pauciores quàm quinque. Sic enim accipio quod scribit *Iustin. in dict. Nouell. 107. cap. 1. dictáque à testatoribus coram testibus*, neque sententiam illorum probo qui in hac re duobus testibus contenti sunt. Etsi enim pluralis elocutio, quod illi obiiciunt, verificatur in duobus, id tamen nunc obtinet cum alius numerus adiectus non est, vt ait *l. vbi numerus 12. D. de testib.* Hic verò numerus alius quàm binarius adiectus est, non quidem à Iustiniano in *dict. cap. 1.* sed à Theodosio in *l. vlt. in fin. C. de codicill.* vbi constituit vt in omni vltima voluntate quinque ad minus testes requirantur, quod & Iustinianus ipse confirmauit in *l. vlt. C. de donat. cauſ. mort.* etiam in rusticanorum testamentis quæ tamen voluit libera esse ab omni legum obseruatione, in *l. vlt. C. de testam.* Neque mirum videri debet nihil à Iustiniano expressim constitutum fuisse de numero testium in *dicto cap. 1.* cùm de ea re tractaret quæ prioribus legibus iam fuerat definita, ita vt existimauerit parum referre an ita scriberet, *coram testibus*, simpliciter, an verò hoc etiam addito quod per instam interpretationem omnino addendum est, *in qualibet vltima voluntate requisitis*. Alioqui debuisset Iustinianus de binario numero expressim constituere, fecissétque si casum hunc specialem à generalibus constitutionibus quæ in qualibet vltima voluntate quinque testes requirunt, excipere voluisset. Præsertim cum illud etiam noui † inducat, vt in eiusmodi scriptura imperfecta possint extraneis quoque personis relinqui legata, quæ tamen certum est ratione iuris non posse relinqui ab intestato, *l. illud 14. in fin. D. de iur. codicill.* Nimirum,

quæ

quia respicit ad priores suas constitutiones, quibus iam fecerat, vt nulla prorsus inter legata & fideicommissa diuersitas supereſſet, *l.2. C.commun.de legat.* Fideicommissa enim ab intestato relinqui posse nemo ambiget, *l. filiusfam.18.D.ad l.Falcid.l. & in epistola 22. de fideic.* Essent autem duo valde singularia ne dicam absurda quæ Iustiniani constitutio induxisset, si fecisset vt in ea scriptura quæ non valeret nisi iure intestati legata non solùm relinqui possent extraneis, sed etiam ita relinqui
13 vt † duobus testibus contenta essent, quæ omni alio casu, si non septem, quinque saltem testes requirerent. Quòd si possem mihi persuadere cum interpretibus eam fuisse Iustiniani mentem vt huiusmodi testamenta imperfecta iure testamentorum defenderentur, de illo etiam non dubitarem quin eadem Iustiniani constitutio qua parte requirit testes ad validanda legata & fideicommissa in extraneas personas collata de septem testibus intelligi deberet. Ne alioqui in numero quoque testium videretur meliorem fecisse conditionem legatariorum extraneorum vbi testamentum imperfectum esset quàm si perfectum fuisset? Cùm tamen satis supérque iis esse debeat quod hactenus iis consultum voluerit Iustinianus vt legata ipsis data coram testibus quamuis in testamento imperfecto perinde valeant, acsi in testamento perfecto data fuissent. Nam vt sint fauorabiliora quantum ad numerum testium quàm si testamentum perfectum esset, nullo certè colore peti potest. At quia sic Iustinianum intelligo vt testamenta imperfecta nó alio iure valere voluerit quàm successionis intestati, ex eo nimirum moueor vt siue de legatis siue de fideicommissis in exteros collatis agatur, non plures quàm quinque testes requiram, quia nec plures in qualibet vltima intestati voluntate requiruntur. Superest vt illud etiam moneamus, in iis rationibus quas suprà diximus, adferri ab interpretibus vt errorem istum, quem nos nunc conuellimus, tueantur, illud
14 etiam falsum esse quod aiunt singulare † ius esse liberorum vt expressim eos instituí necesse sit, nec sufficiat tacitè fuisse institutos, quasi verò in extraneorum institutionibus aliud obtineat. Nam imo verò heredibus omnibus siue sui sint & necessarij, siue necessarij tantùm, siue extranei commune illud est vt expresè instituí debeant, nec tacita institutio vllo vnquam casu sufficiat etiamsi non deficiat voluntas testatoris, *l. quoties 9.in princ. D. de hered. instit.l.iubemus 29.C.de testam.* Itaque in exemplo illo quod adferunt de testatore ita locuto, *Si is qui mihi ab intestato successurus est heres esse nolit, substituo Titium*, negandum est non solùm quod illi volunt legitimum heredem hoc ipso scriptum videri, sed consequenter illud quoque quod supponunt pro vero, valere hanc Titij substitutionem. Non enim fieri
15 potest † vt bene quis substituatur ei qui nullo modo institutus reperiatur, *l.ex facto 19.D.de hered.* cùm substitutio vulgaris nihil aliud sit quàm institutio secunda, vel quod idem secundi heredis. Secundus autem heres non nisi ex primi comparatione dicatur. Illa sanè institutio valet, *si legitimus successor heres mihi esse nolet, Titius heres esto, l.si quis ita 82. eod.* at non quasi Titio vulgariter substituto, sed potiùs quasi instituto & sub qualibet alia conditione, cùm nihil obstet quominùs ex
16 voluntate † testatoris causa intestati præcedat causam testati in ordine succedendi, vt ad eum locum Baldus notat. Inǽque potius apparet institutionem tacitam non magis in agnato proximo, qui si cum liberis conferatur, extraneus est, quàm in liberis ipsis sufficere. Alioquin esset in illa specie legitimus heres habendus pro tacitè instituto, & consequenter Titius pro substituto nec hereditas testamentaria post legitimam deferretur, quod tamen à Scæuolæ non minùs quàm à Baldi sensu abhorret.

ERROR IV.

De patre qui in testamento, vni ex liberis reliquit minus legitimâ.

SVMMARIA.

1 *Dividenda inter liberos hereditatis arbitrium parentibus quatenus liberum.*
2 *Quid iuris vbi minus legitima vni ex liberis parens reliquit.*
3 *Testamento non facto non est quod de legitima tractetur.*
4 *Ab intestato lex æqualiter dividit inter liberos hereditatem.*
5 *Actio quæ datur ad supplementum cur dicatur actio ex testamento.*
6 *Quid iuris si pater bona sua inter liberos in testamento imperfecto diviserit, vt vni minus legitimâ reliquerit.*
7 *Non teneri filium qui integram legitimam non habet iudicio stare defuncti.*
8 *Eo casu ad legitima supplementum non esse recurrendum.*
9 *Quo remedio filio granato in legitimâ, tempore Constantini & Theodosij prospectum esset.*
10 *Legitima cur Falcidia nomine olim appellata.*
11 *Quibus Iustiniani constitutionibus consulatur filio in legitima onerato.*
12 *Ex Nouell.39. malè inferre interpretes filium fideicommisso granatum duplicem quartam detrahere posse.*

DIuidendæ † inter liberos hereditatis arbi- 1
trium parentibus liberum esse certum est, dummodo non minùs is qui pietatis sibi conscius est, id est, qui impium nihil admiserit, partis quæ intestato defuncto potuit ad eum pertinere, legitimam portionem quæ olim quarta erat, hodie triens vel semis est, ex iudicio parentis obtineat, *leg.parentibus 8. Cod.de inoff. testam.iunct. Auth. vnde etsi parens*, vbi Iaſ. *num.eod.l.quoties 10. vbi gloss. & DD.famil. ercisc. l. hac edictali 6. §.1.C.de secund. nupt.* Quod si † 2
minùs legitima vni ex liberis parens reliquerit, habet filius querelam inofficiosi testamenti iure vetere inspecto: ex Iustiniani autem constitutionibus actionem ad supplementum *l.omnimodo 30. C.de inoff. testam. §. hac autem disposuimus, Nouell.115. Vt cùm de appellat. cognosc.* Sed hoc ita si testamentum factum sit. Alioqui † 3
non est quod de legitima tracterur, quæ scilicet nihil aliud est quàm portio eius portionis quæ ab intestato contingeret, *dict.l.parentibus, & l.quæ nuper.31. eod.tit.* Nullo autem facto testamento ea ipsa portio singulis liberis debetur, quæ singulos contingit ab intestato lex † æqualiter diuidit inter liberos hereditatẽ *l. inter filios* 4
11.C.fam.ercisc. Vnde etiam est quod actio † quæ datur 5
ad supplementũ dicitur actio † ex testamẽto, quia licèt id quod iure supplementi petitur non fuerit relictum in testamento, perinde tamen habetur ex testatoris voluntate ac si relictum esset. Non quasi de eo testator cogitauerit (idẽ enim est etiamsi diserte prohibuerit testator ne quid ampliùs petatur, cùm quicquid in fraudem legitimæ adscriptũ est pro non scripto habeatur ex alia eiusdem Iustiniani constitutione in *l. quoniam in prioribus 32.C.de inoff.test.*) sed quia cùm alterutrum omnimodo euenire necesse sit, vt vel suppleatur filio legitima, vel testamentum per querelam inofficiosi rescindatur, siquidem filium in legitima damno affici non oportet, non est dubitandum, quin testator idémque parens, quantumuis malè fuerit erga filium affectus, ele-

 ctarum

ctorus tamen esset si viueret, vt filius salvo testamento legitimâ integrâ consequeretur, repugnantibus licèt iis verbis quæ aliquando in testamento addidisset, quàm vt testamentum everteret, multoque amplioré portionem ab intestato nancisceretur. Nam vt ab intestato succedat filius, nec tamen in legitima portione succedat, fieri, vt iam dixi, nullomodo potest. Hinc verò perelegans dubitandi occasio nascitur circa testamenta de quibus nunc tractamus, siue imperfecta velis docere, siue iniusta propter defectum solemnitatum, & nullius momenti. Nascitur autem non apud interpretes qui nullam hac parte agnoscunt differentiam inter testamenta perfecta & imperfecta, cùm hæc perinde atque illa velint valere iure testamenti, sed apud nos qui non patimur defendi testamenta imperfecta ne quidem ex Imperatorum constitutionibus nisi iure voluntatis intestati. 6 Quid † enim si pater bona sua omnia inter liberos omnes in eiusmodi testamento imperfecto diuiserit, sed ita tamen vt vni ex ipsis minùs reliquerit, quàm necesse fuerit ad complendam legitimam portionem. 7 An dicemus † hunc qui legitimam non habeat integram, cogendum stare iudicio defuncti, vt legitimæ supplementum petere prohibeatur. Atqui nulla vnquam lex fuit, quæ parenti arbitrium dederit fraudandæ legitimæ liberorum, quippe quæ non tantùm ciuili, sed etiam naturali si non iure, saltem ratione debeatur, *l. vlt. D. de bonor. damn. l. nam etsi 15. D de inoff. testam. l. scripto 7. § vlt. D. vnd. liber.* Rursum si verum est, vt est, quod diximus, nihil † esse quod de legitima ab intestato tractari possit, illud etiam consequens fit vt neque de legitimæ supplemento disputari queat. Præsertim verò si illud etiam est, quod addimus supplementum legitimæ nonnisi actione ex testamento peti posse. Quænam enim actio ex testamento competere potest, vbi testamentum nullum factum est, succeditúrque ab intestato. Et præterea cùm actio ad supplementum comparata sit & introducta per Iustinianum in vicem & locum querelæ inofficioli testamenti vt humaniore remedio prospiceretur filio, ne qua ipsi fraus fieret in legitima, neque tamen defuncti patrisfamilias iudicia tanquam dementis & insani rescinderentur. Omnino consentaneum est, vt quo casu non potuisset ante Iustinianum locus esse querelæ inofficioli testamenti, nec hodie locus fiat actioni ad supplementum. Porro implicaret contradictionem, vt querela inofficioli testamenti competeret eo casu quo testamentum nullum factum esset, quod vel ipsum querelæ inofficioli testamenti nomen demonstrat. Neque igitur fieri potest vt actio ad supplementum vel necessaria vel vtilis esse possit diuisa per parentem inter liberos ab intestato quantumlibet inæqualiter hereditate. An ergo ita fiet vt plus iuris habeat pater, vel plus potestatis ad fraudandam legitimam liberorum si inter eos bona diuidat ab intestato, quàm si facto testamento? Esset verò absurdius hoc & iniquius quàm vt ferri possit. Itaque dicendum est filio qui in legitima oneratus inuenitur, consulendum quidem esse, sed 9 aliter quàm per actionem ad supplementum. Erat † autem olim expeditissima ratio per quam ei consuleretur siue Constantinianæ siue Theodosianæ legis tempora inspicimus. Etenim cùm ab intestato liberi omnes succedant ex iis partibus quas lex constituit, hoc est ex æqualibus, non poterat facere siue hereditatis siue bonorum diuisio inæqualis à patre constituta, vt eo minorem legitimæ successionis portionem consequeretur ille ex liberis, cui minùs pater reliquisset, siquidem priuatorum cautiones legum auctoritate non censentur, vt Papinianus dicebat in *l. vlt. de suis & legit.* Sed tantùm vt ex portione illius quem pater minùs dilexerat, sumeretur quanto plus pater quàm lex in aliorum portionibus esse voluisset. Hoc verò fieri non poterat quin Senatusconsulti Pegasiani auctoritas inducerentur ad retinendam quartam portionem ex eo quod fratrem fratribus præstare necesse esset, tanquam ex fideicommisso, tametsi nullis fideicommissi verbis testator ad grauandũ filium vsus proponeretur: quando in fideicommissis non tam illud inspiciendum est cum quo quis loquatur, quàm in quem voluntatis intentio dirigatur, *l. miles ad sororem. 75. in princ. l. cùm pater. 77. donationis. de legat. 2.* Idque nimirum est quod ait lex Constantini, *iudicio familiæ erciscundæ, licèt ab intestato ad successionem liberi vocentur, seruato Senatusconsulti auxilio defuncti dispositio custodiatur.* Iam enim eo tempore obtinuerat ex rescripto Diui Pij vt legis Falcidiæ, itémque Senatusconsulti Pegasiani potestas inducta esset in intestatorum successionibus propter fideicommissa, *d. l. filiusfamilias 18. ad leg. Falcid.* & propter donationes inter virum & vxorem, quæ fideicommissi partibus funguntur, *l. in donationibus 12. C. eod.* Ita fiebat vt filius quem pater in legitima quoque per inæqualem diuisionem lædere voluerat integram semper Falcidiam retineret, & consequenter inter integram legitimam, cùm ea quantitas, cuius retentio competebat siue ex legatis per legem Falcidiam siue ex fideicommissis per Senatusconsultum Pegasianum responderet quantitati legitimæ portionis. Vtraque enim erat quarta. Vnde & passim à prudentibus & à prioribus Imperatoribus † legitima non alio quàm 10 falcidiæ nomine appellatur, vt alibi probauimus, cùm ex hoc etiam probauimus filium heredem institutum eundémque de hereditate per fideicommissum restituenda grauatum vnam duntaxat quartam ex ratione iuris deducere olim potuisse, *l. quamquam 10. eod. l. iubemus 6. C. ad SC. Trebell. l. Papinianus 8. §. quarta & §. vnde si quis. D. de inoff. testam.* Proinde fieri nullo modo poterat, vt per bonorum diuisionem quantumuis inæqualem à patre factam filius aliquod in legitima damnum pateretur. Sed hodie dubitationem illud facit, quod non videtur amplius huic remedio locus esse, postquàm placuit Iustiniano vt legitima liberorum augeretur, & ex quadrante fieret triens vel semis, non aucta tamen falcidia legatorum vel fideicommissorum. Tametsi enim filio cui pater minus reliquit volunt, portionem quartam tribuas ex tota illa portione quæ ipsum contingit ab intestato, non tamen assequeris vt legitimâ integram habeat quæ vel semis pro numero liberorum esse deberet. Nouo igitur aliquo † 11 remedio est opus, quod ipsum tamen non aliunde quàm ex eiusdem Iustiniani constitutionibus video peti posse. An vero ex ea quæ extat in *l. quoniam in prioribus 34. C. de inoff. testam.* vbi constituit ille, vt legitima portio nullem onus nullumque grauamen recipere possit, & vt si quid contrà scriptum erit pro non scripto habeatur? Non puteresi ea lege passim abutuntur nostri vt probent legitimam liberorum fideicommisso grauari minimè posse. Iis enim temporibus quibus ea constitutio à Iustiniano lata est, nihil necesse erat tale quid caueri ad impediendum ne legitima fideicommisso grauaretur, cùm iam satis prouisum esset Senatusconsulto Pegasiano per retentionẽ quartæ siue ex testamento siue ab intestato fideicommissum datum proponeretur, nec plus adhuc eo tempore in legitima portione quàm in falcidia esset. Nondum enim auxerat Iustinianus legitimam, vt ex quadrante faceret trientem vel semissem quod ab eo postea factum est in *Nouell. 18. de trient. & semiss. Vnde sumpta est Auth. nouissima. C. de inoff. test.* Vt taceam verba *d. l. quoniam*, apertè casum illum demonstrare quo factum sit testamentum, quia nec aliter tractandum esset de legitima portione, non magis quàm de querela inofficioli testamenti, vt supra diximus. Qui enim ab intestato succedit pro virili sua & hereditaria portione, vtique plus habet quàm legitimã, cùm habeat integrã hereditariam portionem, cuius nonnisi partẽ constituit tota illa portio quã nos legitimam

Digitized by Google

gitimam appellamus: Adeò vt si vellet portionem hereditariam repudiare, vel vt melius loquar, omittere, ac sola portione legitima contentus esse, audiri non deberet vt bene nostri tractant post Bart. ad *l. quia poterat* 4. *D. ad SC. Trebell.* Quia enim fronte deberi sibi legitimam posset is dicere cui parens dedisset totam eam portionem quæ ab intestato ad eum fuerat peruenturta, siue ex testamento dedisset siue ab intestato? Petendum itaque remedium est ex Iustiniani *Nou.* 39. cui titulus est *de restit. & ea quæ parit xj. mens. in* §. quamobrem: vbi diserte constituit vt quisquis rerum suarum fideicommissum facere vult, prius & ante omnia teneatur seruare filio legitimam portionem, non quartam (hoc enim iam emendatum fuerat) sed tertiam modis omnibus aut saltem mediam, secundum numerum liberorum. Sicut enim sunt generalia huius constitutionis verba, ita & generaliter de fideicommisso quolibet intelligenda, siue per testamentum siue ab intestato relictum sit. Quid enim refert an hoc vel illo modo relictum sit, cùm vtroque casu eiusdem sit iuris & potestatis? Fideicommissum ergo quod pater filio reliquerit, quamuis relatum ad totam ipsius portionem nulla legitimæ facta detractione, habendum erit pro non scripto ad eam vsque quantitatem quæ portioni legitimæ respondeat, id autem duntaxat in fideicommisso esse intelligetur, quod detracta legitima supererit. Et consequenter in proposita quæstione vtcunque parens inter liberos siue hereditatis suæ, siue bonorum diuisionem fecerit, officium tamen arbitri familiæ erciscundæ tale esse debebit, vt ei quoque cui minùs pater reliquit, nihilominùs legitimam integram adiudicet, facta ei potestate retinendæ ad eam vsque quantitatem hereditariæ portionis, acsi legitimam ipsam pater ipse dedisset. Cùm tamen olim non aliud arbitri officium esset, quàm vt grauato filio, si Senatusconsulti auxilium implorare vellet, quartam ex fideicommisso deducere concederetur, *dict. l. vlt. Cod. famil. erciſc.* Ex quo enim quadrans ille legitimarius in trientem vel semissem commutatus est, cœpit mancum esse vetus auxilium Senatusconsulti ad præstandum filio grauato plenam indemnitatem, fuitque implenda potestas nouæ constitutionis: quæ non in eo tantùm differt à Senatusconsulto quod loquitur illa de triente vel semisse, Senatusconsultum verò non nisi de quadrante. Sed in hoc etiam quod prohibet ne fideicommisso grauari filius hodie possit in legitima cùm olim è contrario Senatusconsultum Pegasianum non illud induxisset ne fideicommisso totius hereditatis grauari heres quilibet etiam filius posset (in quo differebat à lege falcidia quæ non dabat testatori liberam legandi facultatem nisi de dodrante *l. 1. D. ad leg. Falcid.*) sed tantùm vt si de tota hereditate restituenda rogatus esset, ius tamen habeat retinendæ ac deducendæ ex fideicommisso quartæ, perinde atque ex legatis per legem falcidiam retinere concedebatur, §. *sed quia Instit. de fideic. heredit.* Abutuntur + tamen valde imprudenter hac Iustiniani constitutione illi, qui volunt per eam factum esse quod fatentur olim non fuisse, vt hodie filius fideicommisso grauatus duplicem quartam detrahere possit, legitimam scilicet ex illa Iustiniani lege, Trebellianicam verò ex fideicommisso. Priùs enim probare deberent aut ex iuris ratione aut ex Iustiniani verbis, Ei qui tanquam filius iam habeat legitimam permitti Trebellianicæ detractionem ex reliqua hereditate quæ sola sit in fideicommisso: quod tamen numquam probabunt, quia nec verum esse potest. Non enim cuilibet heredi grauato permissa est Trebellianica detractio, sed ei tantùm qui fuerit grauatus supra dodrantem: quod de illo dici nequit qui pro sua legitima non tantùm, quadrantem habeat, sed etiam trientem vel semissem. Præsertim cùm in Trebellianicam imputanda sint omnia quæcunque grauatus heres habuerit quoquo titulo ex bonis eius qui fideicommissum iniunxit, *leg. in quartam* 90. *D. ad leg. Falcid.* Quanto magis ergo legitima imputanda erit: quam etsi filius habere debet non tanquam heres sed tanquam filius cùm à patre institutus non est, habet tamen non solùm tanquam filius sed etiam quasi heres, quoties institutus reperitur. Alioqui consequens fieret, vt officio pietatis quod patrem obligat ad legitimam filio tanquam filio relinquendam nunquam satisfeciſſe pater videretur, nec si filium ex toto asse heredem scripsisset: quod tamen non nisi perabsurdè ac ridicule dici potest. Quid enim amplius facere potuit pater qui filium heredem ex asse scripsit? Nisi forte volumus ei imputare cur non decesserit intestatus vsque ad legitimam filij hereditatem, ex reliquo autem patrimonio testatus: quod esset adhuc stultius. Nec enim potest quis decedere testatus pro parte siue hereditatis siue bonorum, siue temporis, & pro parte intestatus: nec rursum cuiquam imputari vnquam potest cur non decesserit intestatus, *leg. posthumus* 6. *D. inoff. testam.* Denique legitima portio non ea est quam pater filio relinquere præsertim iure institutionis non possit? sed è contrario ei omnimodo relinquere debeat vt securè testetur. Quidni ergo liceat ei sponte facere, quod etiamsi nollet, inuitus tamen facere per leges compellatur? *argum. leg. quod autem* 6. §. *apud Labeonem. D. quæ in fraud. credit.* Sed hoc aliter adiectum sit. Nos institutam disputationem persequamur.

ERROR V.

De vnius ex liberis exheredatione facta in parentis testamento inter liberos imperfecto.

SVMMARIA.

1 *Non est permittendum parenti inter liberos minùs solemniter testanti vt quemquam ex liberis exheredet.*
2 *Ab intestato non fit exheredatio.*
3 *Exheredatio non priùs vim habet quàm adita fuerit hereditas.*
4 *Quandiu hereditas ex testamento adita non est, tandiu durat spes successionis ab intestato.*
5 *Querela inofficiosi testamenti non priùs competit quam adita fuerit hereditas.*
6 *Bonorum possessio contra tabulas datur ante aditam hereditatem, ideòque contra ignum.*
7 *Constitutiones Impp. Constantini, Theodosij quæ parentum testamenta imperfecta inter liberos tuentur ad eum casum non pertinent quo aliquis ex liberis fuerit exheredatus.*
8 *Qui familiæ erciscundæ iudicio agit hoc ipso confitetur aduersarium sibi esse heredem.*
9 *Ex Nou. 107. sequi liberos ex aliquibus vnum institui deberi in testamento imperfecto.*
10 *Testamenta parentum imperfecta non defendi ex Constitutionibus nisi iure voluntatis intestati. & num. 12.*
11 *Quodnam fuerit Imp. propositum Constitutionibus de testamentis parentum imperfectis, aduersus interpretes.*
13 *L. hac consultissima 21. §. ex imperfecto. C. de test. non probari voluntatem imperfectam patris vnum ex liberis exheredantis.*

QVæstionem hanc attigimus iam in præcedentibus cùm de legitima in testamento parentis inter liberos institutionis titulo relinquenda tractabamus

bamus: adeóque quid nobis de ea videatur insigua-
1 uimus. Nempe esse † permittendum patri inter libe-
ros minùs solemniter testanti, vt quemquam ex libe-
ris suis exheredet, neque ad huiusmodi exheredatio-
nem confirmandam siue Constantini, siue Theodosij,
siue Iustiniani legem pertinere, Ratio nostra illa est,
quoniam vt sæpius à nobis dictum probatúmque fuit,
imperfecta huiusmodi testamenta non conseruantur
iure testamentorum sed tantùm iure voluntatis intesta-
2 ti, ab intestato † autem fieri exheredatio numquam
potest, quia implicat contradictionem vt exheredetur
is, qui ab intestato succedit. Quid enim aliud est ex-
heredari quàm summoueri ab hereditate? Quid verò
aliud, ab intestato succedere, quàm admitti ad hereditatem? Neque possit quis sic ista conciliare vt per ex-
heredationem summoueatur filius ab hereditate post-
quàm per successionem intestati ad eam fuerit admis-
sus. Non enim esset hoc summoueri ab hereditate, sed
hereditatem iam acquisitam amittere, quomodo amitti-
tit ille cui tanquam indigno auffertur. At exheredatio
non auffert hereditatem acquisitam, sed summouendo
personam impedit hereditatis acquisitionem. Seranamque esset potestas & vis exheredationis si in id tempus
conferretur quo hereditas esset acquisita, quandoquidem is qui semel heres fuisset numquàm posset desinere esse heres, *l. ei qui soluendo* 88. *D. de heredit. instit.* præsertim verò filius qui adeò suus & necessarius
heres est, vt tum quoque cùm se abstinuit perinde tamen verum sit etiam post edictum prætoris non eo minùs heredem illum manere, *l. cùm quasi* 30. §. *sed etsi fuit. D. de fideicommiss. libert.* Quod etsi de alio etiam
herede quolibet verè dicitur, siue testamentarius ille
sit, siue legitimus, multò tamen certiùs de legitimo,
quia in testamentario facilius contingere potest vt,
quamuis reuera heres fuerit, pro eo tamen habeatur,
acsi nunquam heres fuisset, putà si ruptum sit testamentum ex postfacto per querelam inofficiosi testamenti *leg. circa* 24. *D. de inoff. testam.* cùm ea querela
non detur nisi in heredem & post aditam hereditatem,
l. Papinianus 8. §. *si conditioni eod. l. si quis filium* 34. *in fin. Cod. eod.* qui casus in legitimo herede contingere
non potest, quia nec ab intestato, locus est querelæ
inofficiosi testamenti, vt superiore capite disputaui-
3 mus. Indéque etiam est quod exheredatio † quantumuis ritè ac rectè iustéque facta non prius vim & effectum habere incipit quàm adita fuerit hereditas. Non
solùm odio exheredationis, & ne alioqui testamentum quod herede scripto adeunte destituitur, & per
omnia fit irritum ad solam exheredationis notam proficere videatur, vt ait Tryphoninus in *l. filium* 20. *D. de*
4 *bonorum possess. contr. tabul.* Sed etiam quia quandiu †
hereditas ex testamento adita non est, tandiu spes durat successionis ab intestato, siquidem aditio sola illa
est quæ omnino confirmat testamentum, quod alioquin desticui & irritum fieri necesse est si hereditas ex
testamento non adeatur: In eum autem casum quo ab
intestato succedatur non est quærendum de exheredatione quæ nisi ex testamento valere non potest, & quæ
non alium ob finem fit, quàm ne is qui exheredatus
est succedere vnquam possit, neque ex testamento neque ab intestato. Ex quo illud etiam consequitur quod
5 proximè diximus, vt querela inofficiosi † testamenti
non competat nisi post aditam hereditatem, quia nec
ad aliud comperit, quàm vt deleat & perimat notam
exheredationis, quæ porro ante hereditatis aditionem
nulla dum in effectu esse intelligitur. Sicut è contra-
6 rio dicimus bonorum † possessionem contra tabulas
dari ante aditam hereditatem, ideóque contra lignum
in *l. quod vulgo* 19. *De bonorum possessionem contra tabulas*, quoniam libens præteritis tantùm datur non etiam
exheredatis *l. non putauit.* 8. *eod.* Verum igitur est, quod
volumus exheredationem ab intestato neque fieri nec
que valere posse, ac proinde constitutiones Imperato-
rum † Constantini, Theodosij & Iustiniani quæ paren- 7
tum testamenta imperfecta, nullíúque alioquin momenti tuentur inter liberos ad eum casum non pertinere quo aliquis ex liberis fuerit exheredatus. Quod in Constantini quidem lege tam apertum est vt nihil dici possit apertius. Sic enim incipit. *Inter omnes duntaxat heredes suos qui ex quolibet venientes gradu pares tamen videntur esse*, id est, qui licèt in disparigradu
sint, tamen pariter vocantur ad successionem intestati,
scilicet per ius repræsentationis, quod vtique ab intestato tantùm locum habet non etiam ex testamento.
Sequitur verò, *vel emancipatos quos prætor ad successionem vocat.* Ergo non exheredatos, quia non putauit
prætor exheredatione notatos ad bonorum possessionem, ne quidem contra tabulas admittendos, sicut nec
iure ciuili testamenta parentum turbant, quominùs ea
stare & consistere patiantur, *dict. l. non putauit. in prin.*
Quanto minùs igitur ad bonorum possessionem intestati? Planè, vt sequitur apud Vlpianum, si emancipati
idémque exheredati liberi velint querelam inofficiosi
proponere, est in ipsorum arbitrio, scilicet petita prius
bonorum possessione, quæ ob eam causam litis ordinandæ gratia peti dicebatur, de qua in *l. posthum.* 6. §.
vlt. cum l. seq. & l. Papin. 6. *in princ. D. de inoff. testam.*
Addit lex Constantini *licèt ab intestato ad successionem liberi vocentur.* Quod vtique de liberis omnibus intelligendum est, non ob id solùm, quòd vt est in vulgari
nostrorum brocardico, indefinita æquipolleat vniuersali, *l. si pluribus* 44. *de legat.* 2. *l. si plures* 98. *de legat.* 3,
sed etiam quia fieri non posset vt ex liberis quidam ab
intestato succederent, alij verò per exheredationem à
successione summouerentur, cùm vt diximus, exheredatio non possit fieri nisi in testamento, simul autem de
testamento & de intestati successione tractari nequeat.
Postremò illud in Constantini lege obseruandum est,
quod non aliter volt seruari hanc minus solemnem parentis inter liberos voluntatem quàm officio & æquitate arbitri familiæ erciscundæ. Sic enim habet, *iudicio familiæ erciscundæ defuncti dispositio custodiatur.* Atqui
iudicium familiæ erciscundæ locum non habet nisi inter coheredes, *l. 1. in fin. l. cùm putarem* 36. *vers. sed tu videris & pass. D. eod.* adeò vt qui † familiæ erciscundæ 8
iudicio agit hoc ipso confiteatur aduersarium sibi esse
coheredem, quomodo detracta ex Basilicis negatione
legendum est in *l. qui familiæ* 37. *eod.* licèt confessio illa
si erronea fit retractari quandoque possit, dum ne condemnatio fit secuta, *d. l.* cùm putarem. Potrò non potest
aut coheres esse aut pro coherede habere is, qui fuit exheredatus. Cùm ergo minùs solemnis voluntas parentis
inter liberos non nisi familiæ erciscundæ iudicio custodiatur, planè consentaneum est vt de liberis exheredaris
intelligi constitutio non possit. Inauditum enim est vt
exheredatio vlla per arbitrium familiæ erciscundæ confirmetur, cùm officium arbitri sit hereditatem communem inter coheredes iuxta testatoris voluntatem diuidere, non etiam exheredationem à testatore factam vel
improbare vel confirmare. In hanc verò eandem sententiam apertissima etiam est constitutio † Iustiniani 9
in *d. Nou.* 107. *de test. imperf.* in illis verbis, *volumus si quis literas sciens inter suos filios voluerit facere dispositionem, primum quidem eius tempus subscriptione declaret: deinde quoque filiorum nomina propria manu, ad hoc vncias in quibus scripsit eos heredes, &c.* Filios ergo omnes ex aliquibus vncijs scriptos fuisse Iustin. non aliquem ex ipsis exheredatũ. Quamquam non ita hoc accipiendum est quasi velit Iustin. non aliam parentis inter liberos minùs solemnem voluntatem tuendam esse
quàm in qua liberorum omnium institutio contineatur. Quid enim si non tam hereditatis quàm bonorum
suorum diuisionem facere parens voluerit? Inter hæc
nunquæ multum interesse ostendimus in Errorem

Decadis

Decadis ſuperioris. Quid ſi non de faciendo teſtamento, ſed de epiſtola vel de codicillis conſcribendis cogitauerit? Facilè prætermiſerit hereditariam inſtitutionem, quæ nec per epiſtolam nec per codicillos fieri poteſt, *leg. illud* 13. §. 1. *D. de iur. codicill.* nec eo minus tamen conſeruanda erit ipſius voluntas ſaltem ex Conſtantiniana lege, quæ perinde loquitur de epiſtola & de codicillis atque de teſtamento imperfecto, *dict. leg. vltim. Cod. famil. erciſcun.* Cur ergo requirit Iuſtinianus vt liberi inter quos Parens minùs ſolemniter diſponere voluit, ex aliquibus vnciis heredes fuerint inſtituti? Nimirum quia non de qualibet parentis inter liberos diſpoſitione tractat eo loco, ſed tantùm vt ipſa Nouellæ inſcriptio demonſtrat, *De teſtamentis imperfectis*, teſtamentum autem ſine inſtitutione heredis nullum eſt, quæ ſit caput, fundamentum & principium teſtamenti. Eo præſertim iure quod Conſtantini & Theodoſij temporibus obtinebat, vt inutile eſſet teſtamentum quod non inciperet ab inſtitutione, §. *ante heredis. Inſtitut. de legat.* vbi Iuſtinianus à ſe primùm hoc emendatum fuiſſe gloriatur. Ad alias verò parentum diſpoſitiones per quas bonorum ſuorum inter liberos fecerint diuiſionem citra vllam inſtitutionem, alia Nouellæ pars pertinet, quæ eſt in *capit.* 3. §. quia verò nouimus. Cæterùm ex hoc etiam apparet, quàm verum ſit, quod nos volumus
10 ipſa etiam teſtamenta † parentum imperfecta, non defendi ex conſtitutionibus niſi iure voluntatis inteſtati. Nam ſi defenderentur iure teſtamentorum, quid obſtaret quominùs valerent, etiam vno ex liberis per parentem exheredato? An non exheredatio æquè ac inſtitutio fieri in teſtamento poteſt? Aut quomodo poſſet voluntas parentis inter liberos inſtitutos defendi, iure teſtamenti, quin ipſa etiam exheredatio defenderetur? Alioqui exheredatum neceſſe eſſet ſuccedere ab inteſtato, fratres verò inſtitutis ſuccedere ex teſtamento: quod abſurdiſſimum imo impoſſibile eſſet. Rurſum, cur è contrario faceret vnius ex liberis exheredatio, vt cæterorum qui inſtituti eſſent ius læderetur? Maximè verò ſi proponas rectè iuſtéque factam exheredationem. Quis enim filij iure exheredati fauor, quodnam priuilegium eſſe debeat, ſiue contra fratres inſtitutos, ſiue contra patrem? At audio interpretes illud ipſum rurſus obiicientes, quod iam toties refutauimus, eas Imperatorum conſtitutiones reſpicere ad fauorem liberorum, qui potiùs offenderetur ſi exhe-
11 redationi faueremus. Ego verò hoc primùm nego † quod illi pro vero ſupponunt, reſpexiſſe Imperatores ad fauorem liberorum potiùs quàm patris. Nec ſanè aliud propoſitum Imperatoribus fuit, quàm vt fauerent vltimæ voluntati prudentis patris inter liberos ſuos, piè iuſtéque magis quàm ritè diſponentis. Deinde vt maximè verum eſſet, nihil aliud egiſſe Imperatores niſi vt liberis fauerent, id tamen ita eſſe accipiendum, vt iis fauere voluiſſent quos fauore dignos putaſſent. Inſtitutis igitur, non etiam exheredatis: præſertim verò, ſi, quod euenit plerunque, plures inſtituti reperirentur, vnus verò aut alter tantùm exheredatus. Quidni enim & fauor & numerus inſtitutorum vinceret fauorem ſi quis eſſet, ac numerum exheredatorum? aut cur impiorum liberorum quos pater iuſtè exheredaſſet, improbus fauor noceret inſtitutis, quos pater piè iuſtéque heredes inſtituiſſet? Atqui noceret, ſi faceret vt eò minùs teſtamentum parentis imperfectum iure teſtamenti ſuſtineretur. Non ſolùm quia illis quoque liberis ipſis qui ſunt inſtituti, commodius & honorificentius eſt ſuccedere ex teſtamento quàm ab inteſtato, etiamſi non plus ex teſtamento, quàm ab inteſtato conſequerentur. Verùm etiam quia non ſubſiſtente exheredatione, quam pater in teſtamento imperfecto ſcripſiſſet, neceſſe eſſet euenire, vt quemadmodum exheredatus ſuccederet ab inteſtato, ita & ſimiliter ab inteſtato ſuccederent illi etiam liberi qui fuiſſent inſtituti, ne alioqui videretur pater pro parte liberorum deceſſiſſe teſtator, & pro parte inteſtatus. Ab inteſtato autem minus conſequerentur inſtituti liberi, quàm ex teſtamento conſecuti fuerant, nimirum faciente iis partem exheredato, qui ex teſtamento nullam feciſſet. Neque eſt quod quis replicet, imputandum eſſe patri, qui aliquem ex liberis ſuis exheredare voluit, cur non ſolemniter fuerit teſtatus. Si enim ratio hæc bona eſſet, æquè probaret, nec inſtitutionem inæqualem liberorum defendendam eſſe cùm perinde dici poſſet imputandum eſſe patri cur non ritè teſtatus eſſet, ſi nolebat æqualiter heredes eſſe liberos quos lex ab inteſtato ex æquis partibus erat vocatura. Ac multo magis dicendum eſſet non valituram parentis diſpoſitionem imperfectam, per quam vni ex liberis, aut ſolam legitimam, aut minùs legitimâ, aut etiam nihil reliquiſſet, cùm his omnibus caſibus proculdubio damnum ſentiat filius, cui minùs datur quàm habiturus fuiſſet ab inteſtato. Patúmque diſtat hic ab exheredato, ſi nihil prorſus ei relictum proponatur, niſi quod inuito quoque patre legitimam perinde habere debet ex Iuſtiniani conſtitutione, acſi relicta ei fuiſſet, vt ſuperiore capite dicebamus. Atqui valent huiuſmodi omnes parentum inter liberos diſpoſitiones, quemadmodum probauimus in præcedentibus. Cum ergo quæritur, an parentis voluntas minùs ſolemnis ſeruanda ſit inter liberos non illud inſpiciendum eſt, an poſſit imputari ei cur non ſolemniter fecerit teſtatus, ne tum quidem, cùm eius voluntas ſeruari non poteſt niſi iure inteſtati: Multo
† igitur minùs imputari poſſet ei, qui in tali teſtamento vnum ex filiis ſuis exheredaſſet, cur teſtamentum non perfeciſſet, meliúſque teſtatus non fuiſſet, ſi huiuſmodi teſtamenta defenderentur ex conſtitutionibus iure teſtamentorum. Nec enim poſſet ei obiici exheredationem non potuiſſe fieri niſi in ſolemni teſtamento, cum teſtamentum hoc etiam minùs ſolemne, ſatis tamen pro ſolemni haberetur eo ipſo, quod nihilominus teſtamenti iure ſuſtineretur. Ad quid enim comparatæ ſunt iure tot ſolemnitates teſtamentorum, aut quem effectum habere illud poteſt quòd adhibitæ fuerint, niſi quòd alioqui ex teſtamento ſuccedi non poſſet? Quicquid ergo in teſtamento ſolemni fieri poſſet, idipſum omne fatendum eſt fieri poſſe in teſtamento quantumlibet imperfecto minúſque ſolemni, ſi modo tale ſit quod perinde ſuſtineatur iure teſtamenti acſi ſolemne eſſet, ac proinde exheredationem quoque: Nec enim tam facile eſt illud admittere, vt exheredatio fiat ab inteſtato, quàm vt fiat in teſtamento imperfecto minúſve ſolemni, ſi quidem tale teſtamentum imperfectum minúſve ſolemne non eo minùs teſtamenti ius & nomen retinet, ſtatim atque ſupponis perinde illud teſtamenti iure ſuſtineri, acſi nihil ei ex ſolemnibus deeſſet. Atqui probauimus, non de eo cogitaſſe Imperatores, vt in huiuſmodi teſtamentis exheredationem fieri paterentur, ſed de illo tantùm vt parentis voluntatem conſeruarent inter liberos omnes ſimul ſuccedentes, in quo numero exheredati non continentur. Conſequens igitur eſt, neque de eo ipſos cogitaſſe, vt teſtamenta iſta iure teſtamentorum defenderentur, ſed ab inteſtato tantùm. Vna lex Theodoſij † quæ dubitationem hîc aliquam facere videatur in *dict. leg. hac conſultiſſima* 21. §. *ex imperfecto. Codice de teſtam.* vbi expreſsè conſtitutum eſt & indiſtinctè, ex imperfecto quoque teſtamento defuncti voluntatem inter liberos tenere. Quâ verborum generalitate ea quoque voluntas contineri videtur per quam vnus ex liberis fuerit exheredatus. Sed non ita eſt, quia in præcedente Decade ſæpius inculcauimus, non id agit Theodoſius eo loco, vt nouum aliquod ius hac in re conſtituat

ſtituat, ſed tantùm vt à ſuæ conſtitutionis poteſtate ius illud excipiat quod lex Conſtantini iam induxerat. Niſi quòd additum voluit vt lex Conſtantini quæ de patribus duntaxat locuta fuerat, ad vtriuſque ſexus parentes protraheretur: Itaque extra eam adiectionem, Theodoſij conſtitutio interpretanda eſt ex lege Conſtantini, quam nos iam oſtendimus ſic omnino accipi oportere, vt neque caſum illum poſſit comprehendere, quo vnus ex liberis fuerit exheredatus, neque interpretationem iſtam admittere, vt teſtamentum imperfectum ſuſtineatur iure teſtamenti, nec ob hoc ipſum quod inter liberos ſuccedentes admitti ius repræſentationis, vt ſuprà attigimus, cui tamen numquam locus eſſe poteſt niſi ab inteſtato, vt alibi diſſeremus.

ERROR VI.

De teſtamento parentis inter liberos imperfecto condito coram duobus teſtibus.

SVMMARIA.

1 *Teſtamentum parris imperfectum coram duobus teſtibus conditum an defendatur iure teſtamenti.*
2 *Accurſij & aliorum iuris interpretum affirmantium ſententia refertur.*
3 *Relata ſententiæ ratio.*
4 *In oppoſitum autoris diſputatio.*
5 *Imperfectum teſtamentum quodnam dicatur.*
6 *Noua l. vlt. C. de fam. erciſc. ſanctio circa parentum teſtamenta imperfecta.*
7 *Legati & prælegati differentia.*
8 *Error interpretum.*

NOn quidem conuenit inter omnes iuris noſtri interpretes, an parentum teſtamenta omnia imperfecta de quibus agimus defendantur inter liberos iure teſtamentorum: Quamquam enim receptior illa opinio eſt, quæ vult defendi, non deſunt tamen qui nobiſcum in contrarium ſentiant, non tam teſtamenta ipſa ex principalibus Conſtitutionibus defendi, quàm voluntatem in ipſis declaratam, & iure inteſtati. Sed quantum ad ea
1 teſtamenta † pertinet quæ coram duobus teſtibus con-
2 dita reperiantur, vix quiſquam eſt ex interpretibus † qui non modò fateatur, verùm etiam mordicùs defendat, valere illa iure teſtamenti. Sic enim Accurſ. ad *leg. filij in verb. ab inteſtato. C. famil. erciſc. vbi etiam Bald. Salicet. & Fulgoſ. Imol. in l. ſi filius in poteſtate. D. de liber. & poſthum.* & poſt eos Iaſ. ad *l. hac conſultiſſima* 21. §. *ex imperfecto, num.* 14. *C. de teſtam.* vbi ex hoc infert ille ad ſtatuta quæ ſunt tam multa in Italia fœminas ab inteſtato excludentia. Nimirum non eſſe iis locum, ſi parens inter liberos coram duobus teſtibus teſtamentum feciſſe proponatur, quod non poſſit videri ab inteſtato deceſſiſſe is, qui in ea deceſſit voluntate quæ teſtamenti iure defendi queat. Cuius tamen ſententiæ quam ego mirabilem eſſe ſemper duxi, non aliam rationem adferri † video, quàm quæ à nobis in præceden-
3 tibus, iam non modò relata ſed etiam confutata eſt, quod in teſtamentis parentum inter liberos ex ſolemnitates ſufficiant quæ ſunt ex iure gentium, nec maiores illæ requirantur quæ ſunt ex iure ciuili, & quæ in aliis aliorum teſtamentis requirerentur. Inter eas autem quæ ex mero iure gentium eſſe exiſtimantur, vna illa eſt vt adſint duo teſtes qui ſupremam defuncti voluntatem ab ipſo audiuerint. Nam vt ſeptem teſtes interuenire debeant inuentum proculdubio & commentum eſt iuris ciuilis, §. 1. *Inſtit. de teſtam. ordin.* At ego commentum iſtud & ſomnium interpretum noſtrorum eſſe dico, quod illi volunt aliquas eſſe teſtamentorum ſolemnitates ex iure gentium. Et inter cæteras hanc potiſſimùm de duobus teſtibus adhibendis. De quo quia iam ſatis copiosè & ex propoſito ſcripſi in Errorem huius Decadis ſecundum, nihil nunc eſt repetendum. Hoc tantùm addendum, Nulla conſtitutione † 4
aut ratione probari poſſe, quod aiunt, Teſtamenti iure defendendum eſſe teſtamentum quod coram duobus teſtibus conditum reperiatur, ſiue per ſcripturam, ſiue per nuncupationem. Omnes enim Imperatorum conſtitutiones quæ parentibus inter liberos teſtantibus fauere voluerunt, ſicuti de adhibenda teſtium ſolemnitate non loquuntur, ita neque de iſtiuſmodi teſtamentis imperfectis iure teſtamentorum defendendis. Sed tantùm de conſeruanda parentis inter liberos voluntate ab inteſtato duntmodum, per ſcripturam de illa conſtare poſſit ſiue nulli prorſus teſtes, ſiue pauciores quàm ſeptem, qui ſolemnis numerus eſt adhibiti reperiantur. Quinimò etiamſi ſeptem teſtes adhibiti fuerint, quo-
rum tamen ſigna & ſubſcriptiones deſint. Propriè 5
namque imperfectum teſtamentum † illud eſt, quod finem non habet? finis autem teſtamenti in ſcriptis de quo ſolo imperatores ſenſerunt, ſubſcriptiones ſunt, & ſignacula teſtium, quomodo ratiocinantur Theodoſius in *d. l. hac conſultiſſima.* Itaque ſicuti plus æquo iniurioſi ſunt liberis, minuſque rigidi interpretes illi, qui non aliter conſeruandam putant patris inter liberos voluntatem, ne quidem iure inteſtati quam ſi habeat teſtes, vt diſputauimus in Error. 2. Decadis præcedentis. Ita nimis faciles & indulgentes illi, qui duobus teſtibus contenti ſunt, vt eam parentis inter liberos voluntatem tueantur etiam iure teſtamenti, quæ nec ſi ſeptem teſtes adfuiſſent, defendi tamen poſſet iure teſtamenti, ſi quid vel minimum ex ſubſcriptionibus & ſignaculis teſtium deeſſet. Quam in rem præter illa quæ diſputauimus in præcedentibus, aperta etiam ſunt verba Diocletiani & Maximiani in *d. l. filij 16. C. famil. erciſc.* vbi ſcriptum eſt ſi tam circa teſtamentum quàm circa codicillos iudicium parentis deficiat, id eſt, vt iam alio loco interpretati ſumus, ſi patris ſcriptura quæ proferatur, talis ſit, vt neque teſtamenti neque codicillorum iure defendi poſſit, veruntamen quibuſcunque verbis voluntas eius declarata fuerit, ſuccedi quidem patri ab inteſtato, ſed tamen aditum iudicem familiæ erciſcundæ iudicio ſequi debere voluntatem patris, ſeruato retentionis modo ex Senatuſconſulto, id eſt, permiſſa ex Pegaſiano quartæ retentione ei, qui in minori quàm hereditaria portione inſtitutus reperitur. Idque iuris autoritate ſignificati. Ex quo intelligimus non eſſe noua omnia neque à iuris ratione aliena, quæ Conſtantinus poſtea conſtituit in *d. l. vlt.* ſed in eo tantùm
† quod addit, *vel quibuſcunque indiciis*, cùm priores 6
Imperatores dixiſſent tantùm, *quibuſcunque verbis.* Erant enim neceſſaria olim verba nec ſufficiebant indicia, quæ ſufficere voluit Conſtantinus, cuius lex in cæteris concepta eſt iiſdem ferè verbis quibus vſi ſunt Diocletianus & Maximianus in *d. l. filij.* Quod nequis forte miretur, obſeruandum eſt quod eadem lex ait voluntatem iſtam parentis quibuſcunque verbis declaratam non ſeruari iure actionis, quaſi valida ſint etiam inter liberos quæ in eiuſmodi ſiue teſtamentis ſiue codicillis imperfectis continentur, ſed officio arbitri familiæ erciſcundæ, id eſt, æquitate ſolius iudicij, cuius ea natura & conditio eſt vt arbiter in omnibus & per omnia ſequi debeat defuncti voluntatem nec minùs cùm ab inteſtato ſucceditur, quàm cùm ex teſtamento. Quæ res facit, vt ius liberorum non tam pendeat ex ſcriptura patris, quam ex poteſtate adiudicationis, quæ fit per arbitrum in iudicio familiæ erciſcundæ, ita vt ante illam adiudicationem nullum prorſus ſit ius liberorum. Quomodo euenit cùm donatio inter viuos à

patre

patre in filium familias collata eiuſdem patris morte confirmata eſt, *l. familia cuius 18. eod.* Cui conſequens eſt, vt ſi pater vni ex liberis ſuis aliquid prælegauerit, iſque omiſſa hereditaria portione ne fortè oneribus hereditariis pro ea parte teneatur, prælegato contentus eſſe malit, non ſit admittendus ad prælegati ſiue petitionem ſiue retentionem: quia verum eſt etiam inter liberos non valere huiuſmodi prælegatum, neque poſſe confirmari per arbitrum familiæ erciſcundæ, qui ſcilicet nullus eſſe poteſt quantum ad eum qui non vult eſſe coheres, quia nec inter alios accipi tale iudicium poteſt quàm inter coheredes, *l. cum putarem 56. & ſeq. D. eod.* Cùm tamen ſi prælegatum valerêt, ſiue liberorum, ſiue vltimæ voluntatis fauore, poſſet vtique vel peti vel retineri ſaltem pro ea parte quæ à coherede acciperetur, *l. miles ad ſororem 75. §. 1. De legat. 2.* adeóque totum ſi non prælegatum, ſed ſimpliciter legatum proponeretur, *l. qui filiab. 17. §. vlt. cum l. ſeq. de legat. 1.* Hæc enim vt alibi monuimus, differentia eſt inter legatum † & prælegatum quod legari etiam extraneo poteſt, prælegari verò non niſi vni ex heredibus, quod & prælegati nomen ipſum demonſtrat, itemque præceptionis. (Sunt enim iſta ſynonima, niſi quod verba legati per præceptionem ad perſonam legatarij diriguntur) quomodo namq; poſſet quis dici præcipere, hoc eſt antè capere qui eo accepto aliud præterea 8 caperet nihil? Errant † igitur euidenter noſtri, cum notant ad *d. l. filij*, ſeruandam eſſe quamlibet parentis inter liberos voluntatem, quàmuis minùs ſolemnem. Debuerunt enim dicere ſeruandam eſſe illam demum quæ officio arbitri familiæ erciſcundæ confirmari poſſit, aliam verò præterea nullam, non ſolùm ſi ius vetus inſpicias, ſed etiam ſi nouas poſteriorum conſtitutiones. Idque non modò ſi nulli teſtes adfuerint, ſed etiam ſi duo pluréſve, dum ne ſeptem, aut etiam ſeptem, dum ne ſubſcriptiones aut ſignacula teſtium omnium, aliæve ſolemnitates interuenerint. In ſumma, eſt quidem ſeruanda parentis voluntas inter liberos, at non tam ab ipſis liberis, quàm ab arbitro, qui ſi qua de cauſa nullus inter liberos acceptus ſit, nullam ipſi habere inuicem poſſunt actionem, vt ea quæ parens diſpoſuerit impleatur.

ERROR VII.

De clauſula derogatoria in teſtamento inter liberos ſubintelligenda.

SVMMARIA.

1 *Traditio interpretum de clauſula derogatoria in teſtamento inter liberos ſubintelligenda.*
2 *Imperfecta teſtamenta parentum inter liberos non ſunt verè ac propriè teſtamenta, aduerſus interpretes.*
3 *An huiuſmodi teſtamenta ipſo iure tolli queant.*
4 *An verò per exceptionem, vbi inciſum eſt vel inductum à parente teſtamentum.*
5 *Sententia l. vlt. D. de his quæ in teſt. del.*
6 *Felis interpretes in expoſitione Nou. 107. de imperf. teſt. C. 2.*
7 *Error interpretum de reuocando teſtamento etiam inualido per poſterius clauſulam derogatoriam habens refellitur.*
8 *Interpretes ſuum errorem malè fulcire ex verbis Nou. 107.*
9 *Teſtamentum imperfectum, vbi aliud perfectum poſtea ſit, non euadit in codicillos teſtamentarios.*
10 *Teſtamentum imperfectum cenſetur reuocatum per poſterius, etiamſi nulla in hoc illius facta ſit mentio.*
11 *Clauſulâ derogatoriâ poſterioris teſtamenti vim & validitatem impedire eſt interpretum ſommum, & mum. 15.*
12 *Per voluntatem inteſtati precedentem abſurdum eſt vt impediatur validitas poſtea facti teſtamenti.*
13 *Teſtamenta parentum imperfecta vt valeant debent confirmari & adiuuari per officium arbitri familiæ erciſcundæ.*
14 *Clauſula derogatoria in voluntate parentis imperfecta contenta effectui quando locus ſit.*
16 *Clauſulam derogatoriam cur ſubintelligi velint interpretes in teſtamentis parentum imperfectis.*
17 *Imperfectum teſtamentum parentis inter liberos defenditur iure inteſtati, non verò inter extraneos.*
18 *Clauſulam derogatoriam in parentis teſtamento inter liberos imperfecto ſubintelligi non poſſe.*
19 *Vnde æſtimari ſoleat quod ſubintelligitur.*

Atis non fuit interpretibus noſtris tam multa comminiſci abſurda circa parentum teſtamenta imperfecta inter liberos niſi etiam illud addidiſſent quod nunc refutandum ſuſcepimus. De clauſula derogatoria in huiuſmodi teſtamentis ſubintelligenda, Sic enim exiſtimant † teſtamentum a patre conditum inter liberos cum ſolemnitate, *Auth. quod ſine. C. de teſtam.* non ſolum non tolli ipſo iure, at neque ope exceptionis, ne quidem per inciſionem ſeu inductionem & lituram teſtamenti, ſed requiri expreſſam reuocationem, nec rurſus eam ſufficere niſi etiam illud concurrat, vt factum ſit aliud teſtamentum perfectum & ſolemne, in quo præterea contineatur clauſula derogatoria quæ talis teſtamenti mentionem facit ſpecialem, *per text. in Auth. hoc inter liberos eod. tit. qua ſumpta eſt ex cap. 2. Nou. l. 107. de teſtam. imperfect.* Ita laſ. ad *d. Authent. hoc inter nu. 1. Angel. & Alex. in leg. noſtram, pennit. eod. tit. quos refert & ſequitur Andr. Gaill. lib. 2. obſerv. pract. cap. 112. num. 13. ad fin.* Quæ traditio non pluribus abundat verbis, quàm erroribus. Illud enim primum falſum eſt quod volunt imperfecta huiuſmodi teſtamenta parentum inter liberos eſſe verè teſtamenta. Quamuis enim ſic appellentur tota *dict. Nouell. 107. de teſtam. imperfect.* non magis tamen verè & ſimpliciter teſtamenta dici poſſunt, quàm vt homo ſimpliciter dicatur is, qui vel iam mortuus, vel non niſi pictus ſit. Teſtamenta quidem dicuntur quoniam fiunt à parentibus ſub eo nomine teſtamenti, ſed cum hac adiectione, *imperfecta*, & ſecundum quid. Solent autem Logici dicere, ab eo quod eſt vel dicitur ſecundum quid, non poſſe inferri ab eo quod ſit vel dicatur ſimpliciter: in quo tamen video non ſolum pragmaticos noſtros omnium peſſimos logicos paſſim decipi, ſed etiam interpretes pragmaticis noſtris non multo meliores. Deindè quod aiunt non tolli hæc † teſtamenta ipſo iure per 5 contrariam voluntatem etſi non falsò, tamen ridiculè dicitur. Ea namque demum ipſo iure tolli poſſunt quæ ipſo etiam iure ſubſiſtunt. Vnde eſt quod habet iuris regula nihil tam naturale eſſe quàm vnum quodque diſſolui eo iure quo colligatum eſt, *l. nihil tam naturale 35. de regul. iur.* At qui teſtamenta hæc, vt diximus, ipſo iure non ſubſiſtunt, id eſt, iure ciuili (quod iis verbis, *ipſo iure* ſignificatur) non ſolùm ſi iuris communis rationem inſpicias, ſed etiam ſi imperatorum conſtitutiones, quæ, vt à nobis probatum eſt in præcedentibus, nihil aliud induxerunt niſi vt voluntas in huiuſmodi teſtamentis imperfectis declarata quibuſcunque non modò verbis, verùm etiam indiciis, iure inteſtati defendatur ſola poteſtate iudicij familiæ erciſcundæ, ac per officium arbitri. Non igitur poteſt fieri vt

ipso iure tollantur, nec si aliud testamentum quantumuis perfectum postea siue in scriptis siue per nuncupationem conditum proponatur : quo tamen casu non est ex interpretibus qui non dicat testamentum imperfectum tolli ipso iure. Tertium absurdum est, quod volunt huiusmodi testamenta † ne quidem per exceptionem tolli, tametsi incisum fuerit vel inductum à parente ipso testamentum. Certi namque iuris est doli exceptionem ei nocere qui aliquid petat ex eo testamento, quòd à testatore ipso incisum inductúmve reperiatur, tanquam qui veniat contra voluntatem, etiamsi testamentum tanquam legitimo modo conditum septémque testium signa habens valuerit aliquando *d. l. nostram, versic. sancientes.* Sicut & ille qui duobus factis testamentis posteriores tabulas incidit vt priores supremas relinqueret, cum priore testamento decessisse intelligitur, *l. qui ex liberis. 11. §. testamento. vers. non secus. D. de bonor. poss. secund. tabul.* Quod enim potest maius indicium esse mutatæ voluntatis quàm si testamentum vel incidatur, vel inducatur ? Ideóque nimirum is cuius nomen in testamento voluntate testatoris perductum est, sicut ad adeundam hereditatem iure ciuili, ita & ad petendam iure prætorio bonorum possessionem scriptus non intelligitur, quamuis nomen eius legatur, inquit Iulianus in *l. si ita scriptum. 8. §. is autem eod. tit.* Quid ergo necesse est aliud fieri testamentum ad auferendam ei hereditatem vel bonorum possessionem, quam ex eo ipso in quo scriptus est, consequi nunquam possit ? Tunc enim solet posterius testamentum esse necessarium ad prius reuocandum, cùm prius tale est ex quo vel adiri posset hereditas vel bonorum possessio peti, si aliud testamentum posterius nullum esset, priusque omnino est vt testamentum primum aliquod esse oporteat, quàm vt de secundo tractetur. Adeo vt neque vlla probatio à legitimis heredib. exigenda sit, quòd supremas tabulas quas solas habebat testator incidérit vel induxerit, vt intestatus moreretur. Qua enim alia mente posset videri id fecisse, cùm id fecerit per quod tabulæ quæ in id vsque tempus valuerant, desierint valere ? Nec est contrarium quod hanc voluntatis probationem exigere videtur
5 Paulus † ad Papinianum in *l. vlt. D. de his quæ in testam. delent.* vbi scribit in hæc verba, *sed si vt intestatus moreretur incidit tabulas, & hoc adprobauerint hi, qui ab intestato venire desiderant, scriptis auocabitur hereditas.* Obseruandum namque est, tractari eo loco de testatore qui pluribus tabulis eodem exemplo scriptis vna ex iis in publico depositas abstulerat & deleuerat, alias verò intactas reliquerat ex quibus tamen perinde atque ex ablatis deletisque res gestas declarabat. Proinde non poterat ex vnarum incisione vel inductione concludi, at neque coniici, quòd intestatus decedere voluisset, cùm alias extare sufficeret, vt testatum eum decedere voluisse ac decessisse appareret. Siquidem nemo dixerit necessaria esse duo exempla testamenti vt quis testatus decessisse intelligatur. Probationem igitur voluntatis defuncti bene Paulus exigebat vt scriptis heredibus hereditas auocaretur, nimirum tanquam indignis *l. cùm tabulis. 16. §. vlt. D. de his quæ vt indign.* in eoque cum Papiniano conueniebat, vt explicauimus, *libr. 18.*
6 *Coniect. cap. 16.* Minus verò † obstat [quamquam hoc vnum interpretes omnes fefellit] quod Nouella Iustiniani constitutio 107. *De testam. imperf. cap. 2.* quamuis loquatur de testamento rumpendo, requirit tamen aliud factum esse testamentum idque perfectum. Nec enim Iustinianus eum casum tractat quo vtrumque concurrat vt testator & scripturam testamenti ruperit, & aliud præterea testamentum fecerit, quasi vtrumque concurrere sit necesse, aut saltem posterius testamentum interuenire ad scripturam priorem infirmandam : quomodo interpretes arbitrantur : sed duos casu distinguit, quorum alter est. Si ea scriptura quam parens inter liberos testamentum esse primùm voluerat postmodum ab eo rupta sit vel quod idem est siue incisa siue inducta, & cancellata : Alter verò, si aliud testamentum pater fecerit solenniter ac iure perfecerit, vtroque autem casu etiamsi horum alterum dumtaxat inuenerit, vult Iustinianus, quod nolle non potuit, vt prior illa scriptura quæ alioquin valitura fuerat officio arbitri familiæ erciscundæ fiat prorsus inanis, inutilis, nullíusque momenti. Nec magis requirit, tanquam quid necessarium, vt factum sit secundum testamentum eo casu quo scripturam pater ipse ruperit, quàm vt scriptura rupta sit eo casu quo pater aliud fecerit testamentum : qui tamen casus nullam apud nostros interpretes recipit dubitationem. Non enim quemadmodum exigunt vt ad inductionem & cancellationem prioris testamenti accedat autoritas posterioris perfecti, & solenniter completi. Ita è contrario audent exigere vt ad posterioris testamenti potestatem accedat incisio & cancellatio prioris. Cur enim aut quonam colore requirerent rumpi scripturam & chartam prioris testamenti imperfecti facto alio posteriore eoque perfecto, cùm per posterius testamentum, si modò iure perfectum sit, rumpatur prius ipso iure etiam quod iure valuit, tametsi chartam scripturámque prioris testamenti intactam illibatámque testator reliquerit, §. *posteriore. Instit. quib. mod. testam. infirm. l. 1. & 2. D. de iniust. rupt. l. si quis priore 29. D. ad SC. Trebell.* Et hanc Iustiniani sententiam fuisse fatebitur sanè quisquis verba constitutionis legere ac ponderare volet. Sed in
7 hoc quoque & quarto loco interpretes † nostri errant, quod posterius testamentum quantumuis septem testium signis, cæteríque solennibus omnibus munitum non aliter habent pro satis perfecto validóque ad prius, quamquam prorsus inualidum reuocandum, nec si, quod magis est, prioris testamenti scriptura chartáque rupta sit, quàm si habeat clausulam derogatoriam, per quam priori testamento expressim derogatum reperiatur. Quid enim commune habet cum posterioris testamenti perfectione quòd clausulam derogatoriam vel aliquam habeat vel nullam ? Aut quis credat magis esse necessariam clausulam derogatoriam ad reuocandum testamentum, quod tale sit támque infirmum vt iure testamenti valere numquam possit, quam ad reuocandum illud quod iure perfectum fuerit, & ex quo tam adiri hereditas quàm bonorum possessio peti potuisset ? Quo plus enim vitium quid habet siue testamentum illud sit, siue quid aliud, tanto difficilius est, vt infirmari rumpíque possit. Sed & si quis casus est in quo prius testamentum non aliter tollatur per posterius, quàm si prioris mentio specialis facta sit, qualem casum apud interpretes facilius est, quàm apud prudentes inuenire, vt in sequentibus dicemus, non ideo tamen minùs perfectum videri testamentum potest quod non derogauerit priori si nihil nisi formam testamenti extrinsecam, & solennitatem spectemus : sed ob eam dumtaxat causam nullius momenti est si interpretibus credimus quod testatoris sui voluntatem non habere intelligatur, ex qua tamen pendet ac æstimanda est præcipua vis testamenti, defectúsque ille est voluntatis non solennitatis, defectus inquam voluntatis non ex parte sed in totum, vt proinde tametsi de testamento ratione voluntatis imperfecto sentire quis velit, hoc tamen casu non tam imperfectum testamentum, quàm nec cœptum dici debere videatur. Errandi † tamen oc-
8 casionem interpretibus præbuerunt verba constitutionis, quæ sic concepta sunt, quasi velit Iustinianus expressam fieri prioris voluntatis mentionem, tùm quoque cũ solenniter factum est posterius testamẽtum. Sic enim constitutio habet, *Hoc enim concedimus eum agere hoc ipsum expressim significantem sub præsentia testium septem, quia & si fecerit quandam talem voluntatem, non tamen eam valere viterius vult, sed versum vult aliam*

facere

facere & hanc aut in testamento perfecto faciat omnia testamentorum habente signa, aut in non scripta perfecta voluntate, videri eum defectum esse prioribus infirmus factis ex secunda eius secundum imperfectum testamentum aut voluntatem, dispositione. Sed obseruare debuerunt, quod non obseruarunt, verba constitutionis ad eum casum pertinere, quo testator inceperit à prioris voluntatis reuocatione: quod cùm sit fatcor non sufficere illam reuocationem nisi aliud etiam testamentum fiat, quod sit perfectum. At si testator incipiat à secundo tastamento perfecto vt reuocet prius quod erat imperfectum, dico nullam esse necessariam specialem reuocationem prioris voluntatis. Et ratio est, quia intestatus decedere non potest qui decedit cum testamento perfecto. Voluntas autem illa quæ testamento priore imperfecto continebatur numquam in eo fuit vt posset valere alio iure, quàm voluntatis intestati. Hoc ipso igitur quod secundum testamentum fit & perficitur solemniter, priorem illam voluntatem satis superque reuocatam intelligi necesse est ne alioqui eueniat vt idem pater testatus simul & intestatus decessisse videatur, quod tamen non magis parenti inter liberos testanti permissum est quàm cæteris paganis, si non aliqua noua & hactenus inaudita constitutio in eam rem proferatur. Neque enim verendum est ne cuadat
9 in † codicillos testamentarios, quomodo eueniret factis ante testamentum codicillis, & eo tempore quo paterfamilias nondum de testamento faciendo cogitabat, secutóque postea testamento. Quo casu codicilli vtique per subsequens testamentum confirmati viderentur, factique testamentarij qui antè facti fuerant tanquam ab intestato potiùs validari, licèt testamento specialiter confirmati non essent, vt à Seuero & Antonino contra Papiniani sententiam scriptum fuisse refert Iustinianus in §. *tantum. Instit. de codicill. iunct. l. ante tabulas.* 5. *D. de iur. codicill.* Nam diuersitatis ratio euidens illa est, quòd multo facilius fit vt codicilli tanquam ab intestato facti euadant in codicillos testamentarios propter factum postea testamentum, quàm vt testamentum impefectum euadat in codicillos. Codicilli enim ab initio facti vt valerent tanquam codicilli semper tales remanent, & quod nouam illam qualitatem induunt, vt fiant testamentarij, fit ex necessitate propter factum quandocumque postea testamentum, quod non magis patitur, vt ij anteriores codicilli valeant ab intestato quàm vt intestatus decessisse is qui testamentum solemne faciendo voluit decedere testatus. At imperfectum testamentum à patre factum inter liberos, nec valuit, nec potuit valere vnquam iure codicillorum, ne quidem quasi ab intestato factorum etiamsi ponas quinque testes adfuisse, multò minùs si non tot interuenerint, sed tantùm iure cuiuslibet vltimæ voluntatis intestati, quoniam pater qui testari voluit eamque suam voluntatem testamentum appellauit, nihil minùs egit, quàm vt faceret codicillos siue ex testamento siue ab intestato, si non expressim adiecerit clausulam codicillitatem, quam non adiectam subintelligi nunquam debere probauimus in primum huius Decadis Errorem. Quam enim voluntatem ab intestato decedendi habere potuit is qui testamentum se facere putauit nec nisi de testamento faciendo cogitauit? Mirum ergo non est huiusmodi testamentum imperfectum non euadere in codicillos testamentarios ob id solùm quod postea factum sit aliud perfectumque testamentum. Prius namque faciendum esset, vt ex testamento fierent codicilli & quidem tanquam ab intestato facti, quam vt assumeret naturam & qualitatem illam testamentariorum: cùm prius si esse: & esse
10 quid, quàm esse quale. Porrò si testamentum † illud imperfectum facto alio posteriore, perfectóque testamento valere non potest, neque tanquam testamentum, quia est imperfectum, neque iure codicillorum siue ex testamento siue ab intestato factorum, quia id testator non voluit, neque iure vltimæ voluntatis intestati, quia testamentum solemne adest, quamuis nulla in posteriore testamento facta sit mentio prioris. Quæro cur non reuocatum dici debeat prius testamentum imperfectum etiamsi per posterius non fuerit ei expressè derogatum? Aut ad quid prodesse potest dicere non esse reuocatum, si nihilominus effectum nullum habere potest? Dices fortasse, Immò debere suum sortiri effectum quasi posteriore testamento inutili existente propter vim & potestatem tacitæ illius clausulæ derogatoriæ, quam Doctores nostri in testamento illo priore quantumlibet imperfecto subintelligi volunt. Hoc enim est quod aiunt. Posterius testamentum licet omnes habeat solemnitates, ideo tamen non valere saltem quantum ad hunc effectum, vt reuocet prius, quòd ei pater derogasse videatur cùm prius inter liberos testatus fuit, nisi eum prioris illius voluntatis expressim pœniteret. Sed respondeo non nisi aut furdè hoc dici posse. Primùm quia quod interpretibus placet de clausula † derogatoria vt posterioris testamenti vim & validitatem impedire possit, merum somnium est, vt in sequentibus dicemus. Deinde, quia vt maximè id verum esset, eo tamen dumtaxat casu locum habere posset quo prius testamentum esset factum in quo clausula derogatoria vel contineretur, vel tut intelligeretur. Nam vt per eam scripturam non nisi iure intestati valere possit permittatur patri aut alij cuilibet legem sibi dicere ne postea testari vtiliter possit, si non expressim deroget priori voluntati ab intestato factæ, prorsus nouum est & ante hanc diem inauditum. Potestas namque clausulæ derogatoriæ si qua est tota vim sumit ex viribus testamenti in quo vel expressè vel tacitè continetur. Adeò vt si tale testamentum non valeat, neque valere possit clausula derogatoria in eo adscripta. Ne alioqui eueniat vt testamentum in reliquis omnibus nullum ad hoc solum proficiat vt testari quodammodo interdicatur libera testamenti factione; hactenus talem tamen facilè, aliud testamentum facere possit, quod tanto tanto minùs impediri oporteret, quanto magis esset necesse vt fieret, priore non subsistente. Denique absurdum est † vt per voluntatem intestati præcedentem 12
impediatur validitas postea facti testamenti, quod suas omnes habeat solemnitates. Atqui certum est huiusmodi testamenta parentum imperfecta inter liberos non solùm non valere nisi iure vltimæ voluntatis intestati, sed neque † eo iure valere posse nisi confirmentur & 13
adiuuentur per officium arbitri familiæ erciscundæ, vt supra probauimus ex *l. filij.* 16. *& l. vlt. C. famil. erciscund.* Quomodo igitur impedire possunt ne valeat postea factum testamentum per quod non fuerit tali voluntati expressim derogatum? Si enim familiæ erciscundæ iudicem & arbitrum sumi necesse est ad talem intestati voluntatem confirmandam, nec maior potest esse ius clausulæ derogatoriæ quæ secundum interpretes tacitè subintelligitur in huiusmodi voluntate quàm si expressa esset, nec rursus maior esset vis clausulæ expressæ, quàm principalis ipsius voluntatis, cuius retinendæ gratia clausulam istam derogatoriam adiici oportuerit. Omninò consequens est vt nullum effectum † 14
habere debeat ea clausula derogatoria priùs quam acceptum sit iudicium familiæ erciscundæ. Quo admisso illud etiam sit vt non possit impedire, ne inter fratres iumendos sit arbiter familiæ erciscundæ, qui hereditatem inter eos diuidat ex testamento, quod nos ponimus, & postea & solemniter factum esse. Tunc enim sumitur arbiter familiæ ab intestato erciscundæ, cùm ex testamento diuidi hereditas non potest. Præposterum igitur est vt arbitri familiæ erciscundæ officium quod voluntatem illam intestati tueri posset si ab intestato diuidenda esset hereditas, impediat ne sumi possit arbiter ad diuidendam ex posteriore testamento eóque perfecto hereditas

teditatem. Vt verò arbiter ſumptus ad diuidendam ex teſtamento hereditatem tueatur priorem voluntatem iure inteſtati, manifeſtam ſanè implicat contradictionem: Sed illud magis vt tueri debeat clauſulam derogatoriam, etiam quæ expreſſa fuerit in priore illa voluntate: ſi per eam clauſulam futurum eſt vt teſtamentum nunquam valuiſſe intelligatur, quod tamen iam fuerit confirmatum non modò per legem ex inſtanti mortis teſtatoris, ſed etiam per additionem, adcóque per iudicem ipſum & arbitrum familiæ erciſcundæ ad diuiſionem ex teſtamento faciendam datum: Siquidem apertiſſimum eſt neque ex teſtamento hereditatem diuidi poſſe neque arbitrum in eam rem dari quin teſtamentum fuerit confirmatum poſtquam verò ſemel confirmatum fuit, qua tandem arte vel ſubtilitate allequi potuerunt interpretes vt alius arbiter dandus ſit ad diuidendam ad inteſtato hereditatem, qui clauſulam derogatoriam in teſtamento imperfecto adictam tueri debeat cum reliqua omni voluntate iure voluntatis inteſtati ad extinguendam vim poſterioris teſtamenti, quod iam effectum ſuum pleniſſimum habuerit?
15 Et ſanè ſi verum eſſet, † quod volunt interpretes clauſulam derogatoriam quam in teſtamento parentis inter liberos ſubintelligi aiunt, eam vim habere, vt poſterius teſtamentum quantumuis perfectum ſolemne impediat, ne valere poſſit niſi prior voluntas expreſſim reuocata ſit, ſequeretur ſi quid in eo teſtamento poſteriore legatum vel fideicommiſſi titulo relictum eſſet extraneis perſonis, ne quidem id valiturum. Quoties enim teſtamentum ipſum non valet, præſertim verò defectu voluntatis, & ea de cauſa quod is qui teſtatus dicitur nullo modo teſtari voluerit, quis dicat valere poſſe legata vel fideicommiſſa in eo teſtamento contenta? Nam etſi teſtamentum ab initio valuiſſet, ſi tamen poſtea deſtitueretur non adita ex eo hereditate, legata quoque & fideicommiſſa intercidere neceſſe eſſet, quæ tamen aliquando valuiſſent, *l. ſi nemo. 9. D. de teſtam. tutel. l. ea quam. 14. C. de fideicomm.* Atqui ne ipſi quidem interpretes audent hoc dicere. Iſtam enim
16 clauſulam † derogatoriam ideo tantùm comminiſcuntur, & ſubintelligi volunt in huiuſmodi teſtamentis imperfectis, vt conſeruent priorem patris inter liberos voluntatem, non etiam vt quantum ad extraneas perſonas deſtruant poſteriorem. Cur enim, aut quomodo deſtruerent, cùm ſi quid in priore illo teſtamento imperfecto clauſulam derogatoriam habente extraneis relictum eſſet, coram teſtibus ſaltem quinque: multo magis ſi ſeptem adfuiſſent totum id valere Iuſtinianus voluerit, *dict. Nouell. 107. cap. 1. de teſtam. imperf.* vnde ſumpta eſt *dict. Auth. quod ſine. C. de teſtam.* Quidni ergo multo magis valebunt ea quæ relicta ſint in teſtamento iure ac ſolemniter perfecto? Cùm igitur ea quæ in poſteriore teſtamento perfecto relicta ſunt extraneis omnimodo valeant, fatendum eſt in neceſſarium antecedens ipſum quoque teſtamentum valere, neque poſſe vires eius impediri ex ſola poteſtate clauſulæ derogatoriæ in priore teſtamento imperfecto propter ſolos liberos ſubintellectæ. Itaque fiet vt poſterius teſtamentum ſolemne partim valeat, ſcilicet quantum ad extraneos, partim non valeat, ſcilicet quantum ad liberos: quod tamen fuerit perabſurdum. Quamuis
17 enim de teſtamento † imperfecto verè dicatur voluntatem in eo declaratam defendi quantum ad liberos, non autem quantum ad extraneos, *dict. l. vlt. C. famil. erciſc.* ne tamen id abſurdum videri debeat, facit quod etiam quantum ad liberos defenditur iure inteſtati non ex teſtamento, vt proinde non eueniat hoc caſu quod in ſuperiore euenit, vt pater pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus deceſſiſſe videatur. Nam & quatenus defenditur iure inteſtati, non tamen ſola voluntatis poteſtate defenditur, ſed officio arbitri familiæ erciſcundæ, cuius eſt in adiudicationibus faciendis ſequi voluntatem teſtatoris, cúmque iudicium familiæ erciſcundæ non habeat locum niſi inter coheredes, ab inteſtato autem extraneus nemo heres eſſe poſſit, quia hereditas non niſi teſtamento extraneis datur, *l. hereditas. 5. C. de pact. comment.* apparet non tam ex aliqua vel æquitate, vel Imperatoris voluntate, quàm ex mera neceſſitate fieri, vt voluntas teſtamento imperfecto declarata quantum ad extraneos defendi nullomodo poſſit. At ſi quis è contrario dicere ſimiliter vellet, ex perfecto teſtamento quod pater poſt impertectum feciſſet, tuendam eſſe voluntatem quantum ad extraneos, non etiam quantum ad liberos, propter clauſulam derogatoriam, quæ quantum ad liberos non quantum ad extraneos ſubintelligeretur: faceret ille patrem pro parte teſtatum, pro parte inteſtatum: quod iuris ratio non permittit. Et conſequenter dicendum eſt clauſulam derogatoriam quæ non poteſt ſubintelligi ad impediendam vim poſterioris teſtamenti perfecti, ſi quid fortè in eo relictum ſit extraneis, neque liberorum fauore ſubintelligi debere, vt quantum ad eos pertinet maior prioris, quàm poſterioris voluntatis ratio habeatur. Addamus, ſi clauſula † iſta derogatoria in 18
parentis teſtamento inter liberos imperfecto ſubintelligenda eſſet, futurum vt ad validandum poſterius teſtamentum non ſufficeret factam eſſe in eo ſpecialem & expreſſam prioris mentionem, niſi etiam ipſius clauſulæ derogatoriæ mentio & derogatio expreſſa facta proponeretur. Sic enim vt plurimùm concipi ſolet clauſula derogatoria. Ne aliter poſterius teſtamentum valere poſſit, quàm ſi ita factum ſit, vt ipſorum verborum quibus concepta clauſula eſt expreſſam contineat deſignationem & relationem. Quomodo autem deſignari poſſet clauſula, quæ tantùm ſubintellecta eſſet, nec vſquam expreſſa fuiſſet? Sed & cùm aliter concipi ſoleat, quoties exprimitur, quænam obſecro poteſt eſſe formula huiuſmodi clauſulæ ſubintellectæ? Quic-
quid enim ſubintelligitur, ſolet † ex eo æſtimari quod 19
expreſſum eſſe conueniret: ideóque ſi nec per diuinationem coniicere quis poſſit, quid exprimi potuerit præcisè, i. quid omninò expreſſurus fuerit teſtator, ſi nihil ſubintelligi voluiſſet, planè non video quid ſubintelligere poſſimus. Subintelligimus caſum ſubſtitutionis vulgaris in pupillari expreſſa, & contrà, caſum pupillaris ſubſtitutionis in vulgari expreſſa poſt Diui Marci & Veri conſtitutionem, de qua in *l. iam hoc iure. 4. D. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. quamuis. 4. C. de impub.* quia vtriuſque ſubſtitutionis formula certáque eſt ſempérque eadem, ſaltem quantum ad vim & poteſtatem, quoties exprimitur. At clauſulæ derogatoriæ nulla eſt certa formula, nunquam igitur ſubintelligenda: maximè in teſtamento imperfecto, cum neque in eo quod perfectum eſſet, ſubintelligeretur. Nam in teſtamentis perfectis nihil innouatum eſt ne quidem inter liberos, quia nec fuit neceſſe, ſufficiente liberis iure communi.

ERROR VIII.

De ſententia & ratione Auth. hoc inter liberos C. de teſtam.

SVMMARIA.

1. *Vnde & quomodo colligant interpretes in teſtamento parentis imperfecto inter liberos clauſulam derogatoriam ſubintelligendam eſſe.*
2. *Teſtamentum ſolemne & perfectum per poſterius rumpi non poteſt, niſi hoc æquè ſolẽne & perfectũ fuerit.*
3. *Definitio teſtamenti à Modeſtino allata quibus teſtamentis conueniat.*

4. *Solum*

4 *Solum teſtamentum clauſulam derogatoriam continere poteſt.*

5 *In teſtamento imperfecto inter liberos clauſula derogatoria neque exprimi neque ſubintelligi poteſt.*

6 *Rationes dubitandi cur teſtamentum inter liberos imperfectum, non alia contraria voluntate quàm ſolemni reuocari voluerit Iuſtinianus.*

7 *Ratio decidendi, quia præſumitur pater in ea voluntate deceſſiſſe, ſi charta reperiatur integra & numero 9.*

8 *Cancellatio teſtamenti quando teſtamentum non infirmare cenſeatur.*

10 *Quid iuris ſit vbi pater rumpenda charta voluntatem imperfectam continentis facultatem non habuerit.*

11 *Iuſtinianus diſtinguit inter caſum quo pater voluntatem mutauerit, & eum quo tantùm mutare voluerit.*

12 *Alia Iuſtiniani definitio.*

13 *Quædam ſpecies vltimæ voluntatis non poſſunt aliter quàm per ſcripturam fieri.*

14 *Teſtamentum nuncupatiuum habet ſolemnitates teſtibus potius quàm oculis fidelibus ſubiectas.*

15 *Ratio dubitandi cur teſtamenti imperfecti inter liberos ſcriptura non tollatur per contrariam codicillorum ſcripturam.*

16 *Vera decidendi ratio.*

17 *Teſtamentum inter liberos imperfectum quomodo ab alia qualibet vltima inteſtati voluntate differat.*

18 *Conſtitutio Iuſtiniani de teſtamentis imperfectis ad quas voluntates vltimas ſit reſtringenda.*

19 *Qui codicilli paterni imperfecti inter liberos defendantur.*

20 *Cur neceſſarium ſit teſtamentum ad reuocandam patris voluntatem in teſtamento imperfecto declaratam, nec ſufficiant codicilli: & n. 22.*

21 *Teſtamentum nullum eſſe poteſt ſine heredis inſtitutione.*

23 *Solemnitas quam requirit Iuſtinianus in Nou. 107. ad quam priorem imperfectam parentis voluntatem euertendam ſit neceſſaria.*

24 *Imperfectum inter liberos teſtamentum reuocatur per poſterius perfectum ſiue in ſcriptis ſiue nuncupatiuum.*

25 *Nec ſufficit nuda & verbalis reuocatio, neque hæc poſteriori teſtamento neceſſario adiungenda eſt.*

26 *Nec etiam ſufficiunt codicilli ſiue perfecti ſiue imperfecti.*

27 *Neque teſtamentum poſterius imperfectum: & numero 29.*

28 *Fauorabilior eſt datio quàm ademptio hereditatis: & quatenus hereditas ſemel data adiri non poſſit.*

VNVM illud mirum eſt, necdum à nobis in proxima diſputatione explicatum, quod ſupra relatis verbis. *Nouell. 107. de teſtam. imperfect. cap. 1.* vnde ſumpta eſt *Auth. hoc inter C. de teſtam.* Iuſtinianus conſtituit. Ad reuocandum teſtamentum imperfectum à parente inter liberos conditum non ſufficere, vt parens ipſe dixerit nolle ſe eam ſcripturam vlteriùs valere, ſed hoc præterea exigi, vt aliud faciat idque perfectum teſtamentum, ſiue in
1 ſcriptis, ſiue per nuncupationem. Hoc † enim eſt quod interpretes noſtros maximè præcipites egit in hunc errorem, vt credant in teſtamento patentis imperfecto inter liberos clauſulam derogatoriam ſubintelligendam eſſe. Sic namque ratiocinatur: ſi clauſula derogatoria in eiuſmodi teſtamento non ſubintelligeretur, fore vt ſufficeret priorem voluntatem quæ imperfecta fuiſſet tolli per contrariam voluntatem, quamuis ſimiliter imperfectam ſicut & perfectum teſtamentum prius per poſterius æquè tolleretur, vt eadem ſeruetur proportio teſtamenti imperfecti ad imperfectum, quæ perfecti ad perfectum ſeruaretur. Clauſula enim derogatoria hoc facere videtur, vt ſit neceſſarium poſterius teſtamentum perfectum, quandoquidem nec teſtamento perfecto contenta illa eſt, ſed exigit etiam, vt teſtamentum illud poſterius & perfectum ſpecialem contineat derogatoriæ clauſulæ mentionem & reuocationem. Verùm id tùm rectè dicitur cùm præcedit teſtamentũ † aliquod ſolemne perfectúmque quod etiamſi 2
nullam haberet clauſulam derogatoriam, per aliud tamen poſterius niſi quod æquè ſolemne perfectúmque eſſet, rumpi non poſſet, *l. 2. D. de iniuſt. rupt. §. poſteriore. Inſt. quib. mod. teſtam. infirm.* Itaque præſupponit hæc interpretum ratiocinatio alium illum perpetuum errorem quem nos iam toties confutauimus. Teſtamenta patentum imperfecta inter liberos defendi iure teſtamentorum. Vt enim clauſula derogatoria effectum aliquem iuris à iure habeat, eam neceſſe eſt ſcriptam eſſe, aut ſaltem ſi cum interpretibus hac parte ſentire quis velit, ſubintelligi in ea voluntate quæ iuris vinculum habeat, quæque ob eam cauſam iuſta dici poſſit. Quomodo enim clauſulæ derogatoriæ vim aliquam dare ius poſſet ad confirmandam eam voluntatem, quæ ipſa nullo iuris vinculo contineretur? Atquin ſoli teſtamento conuenit illa definitio, vt ſit iuſta voluntatis noſtræ ſententia, nec cuilibet † teſtamento, ſed ei 3
tantùm quòd à pagano factum proponatur. Nam in teſtamentis quidem militaribus non tam iuſta, quàm nuda teſtantis voluntas inſpicitur, codicillos verò, epiſtolas, & alias ſi quæ ſunt ſpecies vltimæ voluntatis, certum eſt nullo iuris vinculo contineri, præterquàm ſi pendeant ex teſtamento, ſiue antè, ſiue poſt facto, cuius pars quædam dici poſſit, vt de codicillis teſtamentariis ſcriptum eſt in *l. 2. §. codicillorum, l. ab inteſtato. 16. in fin. & paſſ. D. de iur. codic. l. penult. D. teſt. quemadm. aper.* Solum igitur teſtamentum † illud eſt, quod clau- 4
ſulam derogatoriam continere poteſt. Proinde ſi verum eſt, vt eſt, quod volumus, imperfectum parentis inter liberos teſtamentum iure teſtamenti valere nunquam poſſe, conſequens ſit, vt in tali teſtamento † 5
clauſula derogatoria neque exprimi, neque ſubintelligi vllo modo poſſit. Nam nec ex ipſa Imper. Conſtit. factum eſt, vt iuris autoritatem aliquam habeant hæc teſtamenta, ne quidem ab inteſtato, quod facere vtique potuiſſent, ſi voluiſſent Imperatores, tanquam qui ſint ſupra leges, ſed tantùm illud ipſum conſtituerunt, quod iam erat in iure vetere, vt officio arbitri familiæ erciſcundæ ea voluntas ab inteſtato defendi poſſet per adiudicationem: niſi quod addidit Conſtantinus, vt in eam rem poſſent ſufficere iudicia quælibet voluntatis, cùm antea verba perſpicua licèt non ſolemnia requirerentur. Quod ipſum Iuſtinianus poſtea non modò non ampliauit, ſed etiam reſtrinxit cum lege Conſtantini plerique iam paſſim abuterentur, parentúmque voluntates non tam defenderent quàm diuinarent, ac ferè pro arbitrio comminiſcerentur, vt Iuſtin. ipſe ait. Et hæc ratio addi commodè poteſt ad eas quas ſuperiore capite attulimus, vt probaremus falſum eſſe quod interpretes volunt & iactitant De clauſula derogatoria in huiuſmodi teſtamentis ſubintelligenda. Sed tamen hoc ipſum eſt quod magis me torquet, meamque dubitationem auget. Cur † ergo ad hæc te- 6
ſtamenta imperfecta omninò euertenda, vt ne quidem iure voluntatis inteſtati defendatur, non ſufficiat quod expreſſa voluntatis declaratione reuocentur, niſi etiam illud accedat, vt poſterius aliud ſit perfectúmque teſtamentum. Nam ſi non ſolùm clauſulam derogatoriam nullam habere intelliguntur, quia nec poſſunt nec niſi iure voluntatis inteſtati adeóque officio arbitri familiæ erciſcundæ potius quàm iure defenduntur, quid eſt quod habere poſſint tam firmum, tamque efficax vt eã

ea

ea reuocanda non ſufficiat contraria quælibet voluntas? Aut quodnam erit priuilegium perfecti teſtamenti, vt tolli nequeat per aliud poſterius niſi quod ſit etiam iure perfectum, ſi in teſtamento imperfecto idem iuris eſt? Denique quid facilius quàm vt voluntas quælibet inteſtati nullo iure ſuffulta per contrariam voluntatem perimatur, etiamſi poſterior illa voluntas in teſtamento perfecto non fuerit declarata? Et cum ei quoque qui in teſtamento ſolemni ſcriptus fuit, nihil id profit, ſiue ad adeundam hereditatem, ſiue ad petendam bonorum poſſeſſionem ſaltem cum effectu vt defuncti bona retinere poſſit, ſi non retinuerit defuncti voluntatem, vt ſuperiore capite dicebamus ex *l. ſi ita ſcriptum. 8. §. is autem, & l. qui ex liberis. 11. §. teſtamento. D. de bonor. poſſ. ſecund. tabul. l. vlt. in fin. D. de his quæ in teſt. delent.* cur liberis proderit voluntas inteſtati parentis quæ non durauerit? Aut qua fronte poterit quiſque ex iis petere ab arbitrio familiæ erciſcundæ, vt ex officio ſuo voluntatem defuncti tueatur contra voluntatem? An non ad officium arbitri pertinet, vt eam volũtatem defendat quæ ſuprema reperiatur, non eam quæ fuerit quidem aliquando, ſed in qua tamen ad extremum vſque vitæ ſpiritum pater minimè perſeuerauit? Nam etſi pater in filium familias donationem aliquam inter viuos contulerit, quam iure ciuili non valere certum eſt propter vinculum patriæ poteſtatis, *leg. ſine emancipatis 17. C. de donat.* ad officium quidem arbitri familiæ erciſcundæ pertinet vt eam tueatur, donatáſque res filio donatario præcipuas adiudicet, *leg. 2. Cod. de inoffic. donat.* ſed ſub ea tamen exceptione, *ſi non poſtea contrarium patris indicium probetur*, vt ſcriptum eſt in *leg. filiæ cuius 18. Cod. famil. erciſc.* Cur ergo plus iuris habebit patris voluntas in teſtamento imperfecto declarata, vt ab arbitrio familiæ erciſcundæ tuenda ſi etiamſi pater in contraria deceſſerit voluntate? An fortè minus ambulatoria eſt patris voluntas ad extremum vſque vitæ exitum, ſi in teſtamento imperfecto declarata ſit, quàm ſi in eo quod fuerit perfectum ſuiſque numeris omnibus abſolutum? aut quàm ſi in perfecta quidem, ſed inutili & improbata donatione? Quam ergo rationem habere Iuſtiniani conſtitutio poteſt? Non equidem ſoleo valde laborare in rationibus inueſtigandis, quoties aliquam Iuſtiniani conſtitutionem tracto, præſertim verò in qua faciat ille ius nouum quod nunquam poteſt non eſſe à iuris ratione alienum: ſed tamen vt in propoſito caſu laborare debeam, illud facit ac propemodum me cogit, quod vix aliter fieri poſſe video, vt hic interpretum noſtrorum error profligetur circa clauſulam iſtam derogatoriam in parentis teſtamento inter liberos ſubintelligendam, niſi ratio intelligatur qua moueri non modò potuerit, ſed etiam debuerit Iuſtinianus, vt teſtamentum parentis imperfectum non aliter contraria voluntate deſtrui pateretur, quàm ſi poſterior illa & contraria voluntas in teſta-
7 mentum perfectum collata eſſet. Ratio † autem illa occurrit, quæ adferri meo iudicio non malè poſſit, & quàm à nemine tactam inuenio, quòd non de alia patris voluntate tuenda loquitur Iuſtinianus, quàm quæ à patre ipſa ſcripta ſit manu propria, vt habent verba conſtitutionis: ac proinde cuius chartam poſſit pater rumpere ſtatim, atque vult eam non valere. Ex eo namque fit vt quamuis voluntatem ſuam coram teſtibus etiam ſi voles ſeptem declarauerit quod eam ſcripturam vlterius valere nolit, facilè tamen credi poſſit ad priorem illã voluntatem rediiſſe, in eáque decedere voluiſſe, ſi quandiu vixit integram eam retinuerit quam vtique rumpere ſi voluiſſet potuiſſet? Quid enim prohibebat quominus rumpere, ſi nunquam in poſterum valere illam aut conualeſcere vellet? Nam & ſimili pro-
8 pemodum ratione fit, vt quamuis ſufficiat † cancellatum eſſe teſtamentum, ad hoc vt qui teſtatus fuerat probetur voluiſſe decedere inteſtatus, ſi tamen pluribus exemplis idem teſtamentum ſcriptum ſit, quorum alterum teſtator cancellauerit, alterum retinuerit, non idcirco dici poſſit inteſtatus niſi heredes legitimi probent ea mente factam cancellationem, vt is inteſtatus moreretur: quæ ſententia & ratio eſt *d. l. vlt. D. de his quæ in teſtam. delent.* quia voluntas decedendi cum teſtamento durare videatur quandiu exemplum vel vnicum teſtamenti retinetur. Neque † verò nouum eſt vt 9
voluntas quæ defecerat iudicio recenti redijſſe intelligatur, quemadmodum eleganter ait Papinianus in *d. l. qui ex liberis. §. teſtamento.* cuius recentis iudicij non leue indicium illud eſt, ſi pater mortuus eam ſcripturam integram & incorruptam habuerit, quam viuus rumpere poterat ſi voluiſſet. Adeò vt ob hanc cauſam nolit Iuſtinianus contrariam iſtam patris voluntatem probari per teſtes, quanticunque ſint qui dicant patrem voluiſſe recedere aut receſſiſſe à priore. Non quaſi ſit hic caſus ex eorũ numero in quibus probatio per ſcripturam vel omninò neceſſaria ſit, vel maioris autoritatis quàm quæ fiat per teſtes (ſi enim factum eſſet aliquod teſtamentum dummodo perfectum, quamuis per nuncupationem tantum ſine dubio prius imperfectum, licet ſcriptum tolleretur, vt ſequitur apud Iuſtinianum) ſed quia quandiu prius illud teſtamentum imperfectum tuptum non eſt, neque per incitionem, neque per poſterius teſtamentum perfectum, tandiu probabiliter credi poteſt, patrem mutata rurſus ea poſteriore voluntate, quam præſentibus teſtibus declarauerat, ad priorem quæ tum defecerat, rediiſſe. Quòd apertiſſimè Iuſtinianus exprimit iis verbis, *Et ſi quidem vſque ad mortem maneat hoc ſchema, nullus poſtea deducet teſtes, quia voluit forſè talem voluntatem commutare, aut conuertere, aut aliquid tale facere, cui licuit rumpere quod factum eſt, & aliam facere voluntatem, declarantem perfectam eius ſententiam, quam competit valere?* Ex quo mihi videor inferre poſſe, non ſolum quod in præced. Dec. diſputaui conſtitutionem iſtam ad teſtamenta nuncupatiua imperfecta non pertinere, quæ ſcilicet nullomodo rumpi poſſunt niſi poſteriore alio perfectóque teſtamento, nec ſi fuerint ſcripta: cùm non idcirco ex ſcriptura æſtimentur, ſed ex eo quod nuncupatum fuit & ex fide teſtium. Verùm etiam ſi ſcriptura † teſtamenti imperfecti inter liberos conditi non ſit in poteſtate patris eo 10
tempore & loco in quo dicit nolle ſe priorem voluntatem valere, ita vt rumpere illam non poſſit etiam ſi maximè velit, poſſe ſolam ipſius declarationem ſufficere ad prius teſtamentum quod imperfectum fuit euertendum, nec requiri vt præterea faciat aliud perfectúmque teſtamentum, ſi modo decedat in eadem poſteriore voluntate priùs quàm eius ſcripturæ chartæque rumpendæ poteſtatem nanciſcatur. Quoniam hoc caſu ceſſet ratio qua mouetur Iuſtinianus, ne velit ſolam eiuſmodi declarationem ſufficere, nec ſi per mille teſtes probetur. Illa nimirum, quam exprimunt verba iſta, *cui licuit rumpere quod factum eſt.* Præſertim ſi addas declarationem contrariæ voluntatis factam fuiſſe eo loco & tempore in quo non licuerit patri facere aliud teſtamentum perfectum fortaſſis propter deficientem teſtium numerum, qui neceſſarius fuiſſet *l. conficiuntur. 9. §. codic. D. de iur. codic. l. vlt. C. de teſt.* Quamquam videtur Iuſtinianus † 11
diſtinguere caſum illum, quo pater voluntatem mutauerit ab eo caſu quo voluerit tantùm mutare. Nam licèt ad voluntatem & ſcripturam imperfectam deſtruendam ſufficere videretur ſolum propoſitum mutandæ voluntatis, quæ ipſa ſimiliter voluntas imperfecta dici poſſet, tamen non vult Iuſtinianus eam facti quæſtionem relinqui, & ex teſtium fide pendêre, at neque ſufficere propoſitum illud mutandæ voluntatis etiamſi probetur, quandiu ſcripturam penes ſe integram retinuit pater qui voluntatem dicitur mutare voluiſſe: quia fortius eſt indicium retentæ prioris voluntatis, etiam poſt propoſitam eius mutationem, quod ex chartæ retentione

colligi

colligitur. Quid ergo si pater non solùm dixisse probetur per testes, quòd vellet mutare voluntatem, sed etiá expressim mutauerit, eaque mutatio per sufficientem
12 testium numerum comprobetur? Distinguendum † rursus est cum Iustiniano, an posterior voluntas perfectá sit, necne, vt si perfecta sit siue scripta siue non scripta, nulla prioris scripturæ ratio habeatur, si imperfecta sit, nulla posterioris. Perfectam autem non scriptam voluntarem accipere debemus, quomodo interpretes, pro
13 perfecto testamento nuncupatiuo. Nam aliæ species † vltimæ voluntatis, cuiusmodi sunt, epistola, codicilli, & si quid aliud est simile, non nisi per scripturam fieri possunt, quod & nomina ipsa epistolæ & codicillorum demonstrant, *l. litera* 17. *l. vlt. D. de iur. codic.* dixitque Iustinianus perfectam voluntatem non scriptam ad differentiam testamenti in scriptis, de quo in illis verbis, *& hanc aut in testamento perfecto faciat omnia te-*
14 *stamentorum habente signa.* Nec enim testamentum † nuncupatiuum habet vlla testamenti signa, licèt suas etiam habet solemnitates, sed eas testibus potiùs quàm oculis fidelibus subiectas, *l. in testamentis. 26. C. de test.* Proinde non satis est ex Iustiniano si pater mutata voluntate quam expresserat in testamento imperfecto inter liberos condito, conscribat codicillos quibus voluntatem suam contrariam declaret: sed opus est testamento eóque perfecto. Nempè, vt supra explicauimus, si priorem scripturam integram retineat, cuius si vellet, rumpendæ liberam haberet facultatem. Ea namque rupta nihil amplius quærendum esset, neque de illo laborandum an testamentum aliquod secutum fuisset
15 nécne, & an perfectum, an imperfectum. Hoc verò est quod magis mirum videatur, scripturam † testamenti imperfecti non posse tolli per contrariam scripturam codicillorum etiam perfectorum. Nam vt non tollatur per expressam quoque mutationem voluntatis, quæ tamen non probetur nisi per testes, ratio in promptu illa esse videtur, quòd naturale sit vnumquodque dissolui, eo modo quo colligatum est, oportere, & consequenter per scripturam quod per scripturam contractum fuit, *l. prout. 80. D. de solut. l. nihil tam naturale. 35. de regul. iur.* Etsi non vsque adeò perpetua est ea regula vt testamentum solemne in scriptis conditum non possit rumpi per testamentum nuncupatiuum. Sufficit enim posterius quoquomodo valere vt prius quoquomodo factum rumpatur, *l. sancimus. 27. C. de test.* Sed hoc ipsa ratio tanto magis suader, vt testamentum imperfectum per scripturam conditum reuocari possit per contrariam scripturam etiam quæ non valeat nisi iure codicillorum, cùm hoc casu eiusdem naturæ & potestatis sit vtraque voluntas intestati. Quinimò in scriptura codicillorum hoc plus est, quod ea in suo genere est perfecta, potéstque actionem producere, aut saltem extraordinariam persecutionem fideicommissorum in codicillis relictorum: cùm tamen scriptura testamenti imperfecti etiam inter liberos conditi nihil aliud facere possit, ne quidem post tot Imperatorum constitutiones nisi quod inducit officium arbitri familiæ erciscundæ in adiudicationibus faciendis. Quid ergo est quod impedire possit ne testamentum imperfectum tollatur per codicillos perfectos? An ea ratio quam attulimus in præcedentibus quòd videatur pater ad priorem voluntatem rediisse, si eius voluntatis scripturam penes se mortis tempore habuisse comperiatur? Minimè. Tunc enim dumtaxat huic rationi locus esse potest, cùm à priore voluntate hactenus tantum recessisse pater quod dixit nolle se illam valere: non etiam cum voluntatem contrariam expressit perfectéque complexi, siue per epistolam siue per codicillos. Alioqui dicendum esset nec vllam posterioris testamenti ritè perfecti rationem habendam fore si pater imperfecti testamenti scripturam penes se integram retinuisset; quod tamen non solùm à ratione, sed etiam à Iustiniani mente verbisque omninò abhorret. Illa igitur ratio † potiùs afferenda est, 16
quòd cùm testamenta isthæc imperfecta non valeant, nisi sint intestati, non possunt videri sublata per codicillos quantumlibet perfectos postea factos, per quos scilicet non fit vt eo minùs decesserit pater intestatus. Vt neque alia vlla ratione intestati successio impediri potest quàm per testamentum, nec si testator voluerit testari, quemadmodum è contrario qui testatus fuit non ex eo solo intestatus fieri potest quod dicat nolle se testamentum valere, nullémque morti intestatum, §. *ex eo autem. Instit. quib. mod. testam. infirm.* Si non præterea incidat tabulas, vel cancellet. *l. §. penult. D. si tabul. test. nul. ex tab. vnd. liber.* Testamento itaque opus est ne pater hic decedat intestatus, & consequenter vt ea voluntas reuocata intelligatur quæ ab intestato valere possit. Dices, verum quidem esse voluntatem quæ non nisi ab intestato valere potuit reuocatam intelligi per factum postea testamentum, sed non esse bonam consecutionem si quis ex eo inferat, Non igitur posse reuocari voluntatem intestati nisi per testamentum: Vt ex eo constat, quod si quis ab intestato factis codicillis fideicommissa reliquerit, eadem haud dubiè per contrarios codicillos reuocare potest, nec ob eam rem loquitur facere testamentum, *l. cùm proponatis. 3. C. de codic. l. clari. 19. C. de fideic.* At respondeo voluntatem hanc à patre inter liberos in testamento imperfecto declaratam, licet non defendatur nisi iure intestati, adeóque officio arbitri familiæ erciscundæ, vt diximus, in hoc tamen differre † à qualibet alia vltima intestati voluntate, 17
quod non nisi per testamentum reuocari potest, siue quia accedente auxilio & adminiculo arbitri familiæ erciscundæ tantum esset habitura iurium in effectu ad diuidendam inter liberos ab intestato hereditatem, quantum haberet testamentum iure perfectum ad faciendam eiusdem hereditatis ex testamento diuisionem: siue quòd cùm à patre talis scriptura fiat ea mente vt valeat iure testamenti, quamuis neque formam iurisdictionis mutare neque iuri publico derogare sit ei permittium vt aut *l. testandi. 13. C. de test.* non videatur de priore illa voluntate seriò mutanda cogitare, nisi faciat illud ipsum quod esset ei faciendum si vellet recedere ab ea voluntate quam in testamento ritè perfecto declarallet. Atqui non posset perfectum testamentum per codicillos: Ergo nec ei permittendum est vt per codicillos euertat testamentum imperfectum: Quando nec per codicillos adimi potest hereditas quæ tamen per imperfectum testamentum, etsi nec ritè nec solemniter, rectè nihilominùs data intelligitur, cum eam voluntatē arbiter familiæ erciscundæ sequi perinde cogatur acsi testamentum valeret. Cur enim melioris conditionis sit pater qui testamentum condidit, imperfectum quidem, sed tamen tale quod voluerit valere iure testamenti, quodque effectum suum plenissimum licèt ab intestato esset habiturum, si non reuocaretur, quàm si testamentū solemne condidisset? in eoque obseruandum est constitutionem † Iustiniani quæ de testamentis imperfectis 18
loquitur ad ea restringendam esse, non ad cæteras quaslibet parentum inter liberos voluntates extendendam, si enim pater de bonis suis per codicillos suos perfectos siue imperfectos dispositisse proponeretur, nulla ratio est cur non licere illi deberet ab ea voluntate recedere nullo etiam in contrarium facto testamento, si modò id fecisset per quod voluntas in prioribus codicillis declarata tolli potest, & solet. Quamuis nō minùs verum sit seruandam omnimodo patris inter liberos voluntatem quæ in codicillis declarata fuerit imperfectis, quàm eam quæ declarata sit in testamento imperfecto? Nempè quia cum loquimur de codicillis † paternis im- 19
perfectis inter liberos defendendis ex Constantiniana constitutione in *l. vlt. C. fam. erciscc.* de illis intelligimus in quibus id scriptum est, quod iure cōmuni valiturum esset si codicilli perfecti fuissent, ne alioqui plus iuris &

poteſtatis habeant imperfecti codicilli, quàm perfecti. In codicillis autem etiamſi eſſent perfecti, non poſſet pater hereditatem ſuam ne liberis quidem directo dare, ſed tantùm per fideicommiſſum. Ergo eos demum codicillos imperfectos patris inter liberos tueri debemus, in quibus hereditas directo data non ſit: nec proinde mirum eſt ad eos reuocandos non eſſe neceſſarium teſtamentum cuius tunc neceſſarius eſt vſus, cùm hereditas vel danda eſt directò, vel adimenda, quorum neutrum per codicillos quantumlibet perfectos fieri poteſt. §. *codicillis. Inſtit. de codicill. l. quidam.* 27. §. 1. *D. de cond. inſtit.* E contrario igitur neceſſarium † eſt teſtamentum ad reuocandam eam patris voluntatem quæ fuerit in teſtamento imperfecto declarata, cùm eo caſu tractandum ſit de adimenda directò hereditate, quæ per teſtamentum imperfectum fuerat directò, nec inutiliter,
21 quamquam neque ſolemniter, data. Teſtamentum † enim nullum eſſe poteſt, ne quidem imperfectum ſine aliqua heredis inſtitutione, quæ ſi nulla eſſet, non tam imperfectum quàm nec cœptum dici deberet, cùm ſi iuris rationem inſpicias, eius præſertim quod Conſtantini temporibus adhuc obtinebat, incipere teſtamentum debeat ab inſtitutione, §. *ante heredis. Inſtit. de legat. l.* 2. §. *priùs autem, de vulg. & pup. ſubſtit.* At lex Conſtantini diſertè loquitur de teſtamento cœpto nec completo. Ergo de teſtamento, imperfecto quidem, ſed in quo liberi, adeóque omnes, vt tuo loco probauimus, inſtituti reperiantur. Nec minùs conſtitutio Iuſtiniani, quæ à lege Conſtantini in eo tantùm diſſimilis eſt, quod Conſtantinus de qualibet patris voluntate imperfecta locutus fuerat, Iuſtinianus verò de teſtamentis dumtaxat imperfectis tractat, maiorémque in iis ſicut condendis ita & euertendis obſeruationem requirit, quàm Conſtantinus requirendam putaſſet. In ſumma teſtamentum imperfectum licet ipſo iure nullum ſit, *d.* §. *in fin. Inſt. quib. mod. teſt. infir.* cùm tamen inter liberos defenditur iure inteſtati accedente auxilio arbitri familiæ erciſcundæ, non eſt inutile, quandoquidem facit vt in effectu tantundem conſequantur liberi quantum ſi
22 teſtamentum valeret, quamuis alio iure. Nihil igitur † abſurdi eſt hereditatem, quæ in eo data non inutiliter fuerit, adimi non poſſe per codicillos, non magis quàm ſi ſolemniter data fuiſſet. Quid enim referre hac parte poteſt, an ſolemniter data ſit, necne, ſi modò data ſit vtiliter? Et quemadmodum codicilli à patre conditi inter liberos, ſiue perfecti, ſiue imperfecti nullum priuilegium habere debent quantum ad hereditatem in iis directò datam, *vt ſupra diximus*, ita neque illi per quos hereditas liberis in teſtamento, ſiue perfecto, ſiue imperfecto iam data, iiſdem adimatur. Haberent autem ſi facere poſſent, vt teſtamentum imperfectum per eiuſmodi codicillos, ſiue perfectos, ſiue imperfectos reuocatum intelligeretur: inducerent enim ademptionem hereditatis hoc ipſo quod facerent ne arbiter familiæ erciſcundæ in diuidenda hereditate poſſet ſequi eam voluntatem quam pater inſtituens filios heredes in teſtamento imperfecto declaraſſet: cùm ſolo illo arbitri officio & auxilio, vt hereditas à patre liberis in eiuſmodi teſtamento non inutiliter data eſſe videatur. Ex quibus
23 apparet eam ſolemnitatem, † quam Iuſtinianus exigit ad euertendam priorem imperfectam patris inter liberos voluntatem, non eſſe neceſſariam, ſi prior illa voluntas in codicillis tantùm, ſiue perfectis, ſiue imperfectis fuerit declarata, aut in qua alia ſpecie vltimæ voluntatis extra cauſam teſtamenti, ſed nunc tantùm cùm agitur de imperfecto teſtamento euertendo: quaſi nomen ipſum teſtamenti etiam quod nullo iuris vinculo nitatur hanc requirat ſolemnitatem, quoties teſtamentum tale eſt, ex quo ſi non reuocaretur, effectum pleniſſimum ſaltem ab inteſtato habere patris voluntas
24 poſſet. Cæterùm facto poſteriore teſtamento † perfecto, ſiue in ſcriptis, ſiue per nuncupationem, dubitandum non eſt quin prius quod imperfectum fuerat, hoc ipſo euertatur, etiamſi nulla eius mentio facta ſit in poſteriore, quia & perfectum teſtamentum per poſterius æquè perfectum euerteretur, quod tamen imperfecto potentius, aut certè non infirmius eſſe deberet. Et
25 quod Iuſtiniani conſtitutio † vtrumque exigere videtur, vt & dicat pater nolle ſe priorem voluntatem valere, & aliud teſtamentum faciat, tunc locum habere poteſt cùm pater incipit à nuda reuocatione, vt ita dicam, verbali, non etiam cùm à facto ipſo quod interuenerit quando ſit ſecundum teſtamentum. Cùm incipit à nuda verbalique reuocatione, id eſt cùm hoc tantùm dicit nolle ſe priorem voluntatem valere, nihil agit, niſi aliud etiam faciat teſtamentum, quia nec quicquam ageret etiamſi à voluntate illa recederet per codicillos perfectos, quorum vtique maior deberet eſſe poteſtas quam nudæ iſtius voluntatis, quæ nihil aliud eſt quàm nuda pœnitentia. Hereditas namque teſtamento non inutili quamuis iniuſto data, non magis per ſolam pœnitentiam quàm per abſolutos codicillos adimi poteſt. At cùm pater incipit ab ipſo facto, id eſt à confectione & perfectione poſterioris teſtamenti, nil neceſſe eſt vt præterea declaret expreſſim pœnitere ſe prioris voluntatis. Quippè qui ſciat aut ſcire debeat, ſiue prior illa voluntas defendenda ſit iure teſtamenti, quomodo interpretibus placet, non poſſe quemquam in paganis decedere cum duobus teſtamentis, ſiue iure teſtamenti, quod nos volumus, nec illud fieri poſſe, vt voluntatem vllam ab inteſtato relinquat is qui teſtatus decedit. Proinde ſi à
26 contrario ponas † nullum poſterius teſtamentum ſubſecutum eſſe, ſed tantùm codicillos, ſiue perfectos, ſiue imperfectos etiam per quos pater expreſſim receſſerit à priore voluntate (alioqui nihil prohiberet priorem voluntatem ſeruari ſaluis nihilominùs codicillis, quibus nihil contrarium contineretur) non ideò tamen prior voluntas reuocata intelligetur, non propter ſubintellectam vllam clauſulam derogatoriam, vt interpretes noſtri ſomniant, ſed ex ratione iuris communis, quæ non patitur vt hereditas in teſtamento etiam iniuſto minúſque ſolemni non inutiliter data, per codicillos adimatur. At cur non ſufficeret ademptam eſſe ſaltem per aliud teſtamentum poſterius † etiam imperfectum,
27 vt prius quod imperfectum etiam fuiſſe ponimus, tolleretur eo ipſo modo quo factum fuiſſet? Nimirum, inquam, quia non maior vis eſſe poteſt imperfecti teſtamenti, quàm codicillorum ad hereditatem adimendam, quæ priore teſtamento quamuis imperfecto non inutiliter fuerat data, ſi ſolam merámque inſpicias iuris rationem. Si verò æquitatem, non tantus vtique debet eſſe fauor teſtamenti imperfecti ad euertendam vltimã parentis inter liberos voluntatem, quæ alioqui effectum ſuum habitura fuit, quantus ad inducendum officium arbitri familiæ erciſcundæ cuius adminiculo ſuſtineatur ea voluntas quam alioqui mera iuris ratio valere
28 non pateretur. Semper enim fauorabilior eſt dario † quam ademptio hereditatis *l. cùm quidam.* 19. *D. de lib. & poſth.* Adeóque regula iuris eſt hereditatem ſemel datam adimi non poſſe, *l. ſi ita ſcriptum.* 13. §. *regula, eod.* ſaltem facilè, vt loquitur Vlp. *in l.* 1. §. *pen. D. de his quæ in teſt. delent.* i. non niſi per inſtitutionem eámque validam, non etiam per ſolam exheredationem, quomodo Caius explicat *in l. ſi certarum.* 17. §. *ſi eodem. D. de teſt. milit.* Nam cùm heredi inſtituto non poſſit à ſeipſo adimi hereditas, vt neque libertas aut aliud quicquam, *l. ſed ſi conditioni.* 6. §. *vlt. D. de hered. inſtit.* à quo fieri poſſet vt adimeretur liberis, niſi à liberis ipſis, quos ſolos ponimus priore teſtamento imperfecto fuiſſe inſtituros? Ponendum ſi quidem eſt eoſdem liberos in poſteriore quoque teſtamento ſimiliter imperfecto ſcriptos fuiſſe, ſed ex aliis partibus, quàm in priore, extraneum verò neminem, cùm etiam extraneus aliquis adiectus reperiretur cuius perſonam pro non adiecta haberi oporteret.

Quare

29 Quare nec aliud probandum puto etiamſi poſterius † teſtamentum imperfectum propria patris manu totum ſcriptum eſſe proponatur,ſi non illud etiam concurrat, vt prioris teſtamenti ſcripturam idem pater ruperit, ſiue ante,ſiue poſt ſecundùm teſtamentum,quia quandiu integram penes ſe retinet priorem quamuis imperfectam,poteſt videri ad eam voluntatem reduiſſe,in eaque decedere voluiſſe, cùm poſteriorem per quam à priore receſſiſſe videretur non perfecerit, niſi ponas mortè præuentum illum, aut qua alia ratione impeditum non perfeciſſe,cùm perficere cogitaret. Hoc enim probato, maiorem vtique haberem poſterioris voluntatis rationem quam prioris,ſi modo haberet poſterior omnes illas ſolemnitates, quas prior, & quas Iuſtiniani conſtitutio requirit. Sed extra hunc caſum tantùm abeſt, vt prius teſtamentum imperfectum debeat videri euerſum per poſterius æquè imperfectum, vt potiùs ex eo quòd aliud teſtamentum facere pater cœperit ad euertendum prius,tanto magis poſſit conſtare voluiſſe illum,vt prius valeret per poſterius non euerteretur. Cur enim alioqui de poſteriore teſtamento faciendo cogitaſſet?Sicut & ex eo quod poſterius non perfeciſſet cùm poſſet, priorem verò ſcripturam integram penes ſe retinuit in diem vſque mortis, non obſcurè conſtet poteſt, quod prius teſtamentum per poſterius euerti voluerit. Alias rationes ſi quis quærat pro tuenda Iuſtiniani conſtitutione meliores,vt puto non inueniet:nos ſanè his contenti ſumus.

ERROR IX.

De imperfecto patris teſtamento alterius quàm patris manuſcripto, ſed ex ipſius patris mandato.

SVMMARIA.

1 *An imperfectum patris teſtamentum alterius manu, ſed ex patris mandato ſcriptum valeat.*
2 *Conſtitutionis Iuſtinianea ad quæſtionis deciſionem pertinentis duplex interpretatio à Dd. allata refertur.*
3 *Iuſtinianum non ita loqui quaſi ſufficiat vt teſtamentum imperfectum plenis literis: non notis ſcriptum ſit, aduerſus primæ ſententiæ autores.*
4 *Teſtamentum imperfectum parentis,alterius manu ſcriptum non poſſe tanquam nuncupatiuum defendi aduerſus ſecundæ ſententiæ autores.*
5 *Fieri non poteſt vt teſtamentum quod quis fecit tanquam valiturum iure teſtamenti,euadat in nuncupatiuum.*
6 *Teſtamentum vnde æſtimetur nuncupatiuum.*
7 *Error interpretum de teſtamento nuncupatiuo.*
8 *Alius error interpretum cenſentium ſi teſtator cœperit facere teſtamentum in ſcriptis & non adhibuerit omnes ſolemnitates requiſitas, nihilominus valere teſtam. vt nuncupatiuum.*
9 *Interpretes abuti l. 3. D. de teſt. milit. ad ſuum errorem fulciendum.*
10 *Cur ſcriptura quam quis voluit valere iure teſtamenti in ſcriptis nunquam poſſit valere iure nuncupatiui.*
11 *Tribonianus induxit, vt teſtamentum in ſcriptis factum eſſe, & heredem palam eſſe nuncupatum ſimul ſtare poſſent.*
12 *Cùm heres palam eſt nuncupatus coram 7. teſtibus teſtamentum cenſeri poteſt nuncupatiuum etiamſi ſubſcriptiones & ſignacula adſint.*
13 *Scriptura in contractibus cur adhibeantur.*
14 *Iuſtinianus nouiſſimè conſtituit, vt quamuis nomen heredis propria teſtatoris manu ſcriptum non eſſet, non ideo tamen ab ipſo teſtatore nuncupari heredem neceſſe eſſet.*
15 *Teſtamentum parentis imperfectum quod alterius manus ſcriptum eſt valere non poſſe aduerſus interpretes.*
16 *Vt parens ſcribat propria manu nomina liberorum, tempus teſtamenti & modum vnciarum, eſt ſolemnitas omnino neceſſaria.*
17 *Iuſtiniani conſtitutio in quibus diſcedat à Conſtantini & Theodoſij legibus, & quas ſolemnitates requirat.*
18 *Irnerij error in Auth. quod ſine. C. de teſt.*
19 *Subſcriptionem liberorum quando ſufficere velit Iuſtinianus.*
20 *Subſcriptio teſtatoris quando & quatenus neceſſaria in teſtamento inter liberos.*
21 *Conſtitutionem Theodoſij non fauere interpretum ſententiæ.*

PARENTIBVS † inter liberos ſuos teſtaturis accidit ſæpenumero, vt ſiue literas ſciat is qui teſtari vult, ſiue neſciat, non ipſe, ſed ex ipſius mandato, aut notarius, aut alius teſtamentum ſcribat, deſignéque nomina etiam liberorum, tempus teſtamenti, & modum vnciarum. Quod cum factum eſt quæri ſolet an valeat teſtamentum, quod alioqui ſit imperfectum, nec ſuas omnes habeat ſolemnitates. Etſi enim aperta in hanc rem videtur conſtitutio † Iuſtin. *Nou.* 107. quæ 2
diſertè vult vt ſi quis literas ſciens voluerit inter filios ſuos facere diſpoſitionem, primùm eius tempus ſubſcriptione declaret: deinde quoque filiorum nomina propria manu, ad hoc vncias,in quibus ſcripſit eos heredes. Non deſunt tamen qui putent Iuſtiniani mentem non illam eſſe, vt patris teſtamentum inter liberos non aliter valeat quàm ſi ſua manu quiſque literis parens ſcripſerit omnia ſupradicta,ſed hanc potius,Vt ſiue parens ſiue alius pro eo teſtamentum ſcribat, illud planis pleniſque literis ſcribendum ſit non notis. Alij verò contrà putant,non quidem valere poſſe hoc teſtamentum tanquam teſtamentum in ſcriptis, ſed valere tamen tanquam teſtamentum nuncupatiuum ex *l. hac conſultiſſima. 21. §. ex imperfecto. C. de teſt.* Quam eſſe communem noſtrorum opinionem conſtat ex iis quæ noſtri ſcribunt ad *d. §. ex imperf. Iaſ. ad Auth. quod ſine n. 1. in fin. Andr. Gayl. lib. 2. pract. obſer. c. 112. n. 15.* Ego vtramque ſententiam improbabilem eſſe puto.Priorem † quidem quoniam Iuſtinianus non ita loquitur quaſi 3
ad paterni teſtamenti validitatem nihil aliud exigat niſi vt ſcriptum ſit plenis literis non notis, ſed ita vt velit propria manu teſtatoris ſcripta eſſe omnia illa quæ iſti ab alio quolibet ſcribi poſſe volunt, & conſequentur vt alioqui nullius momenti ſit ea patris ſcriptura, quæ hanc formam & ſolemnitatem non habeat. Nam & imperfecta parentum teſtamenta hodie poſt eam cõſtitutionem habent ſuas ſolemnitates ſicut & perfecta ſuas habent à iure communi. Idque ita conſtitui tanto æquius fuit quanto durius & periculoſius eſt vt imperfectum teſtamentum ſuſtineatur, quamuis nonniſi iure voluntatis inteſtati. Poſteriorem † verò ſententiam ne 4
probare poſſim illud facit, Primum, quod video neque Theodoſij neque Iuſtiniani leges ad teſtamenta nuncupatiua pertinere, ſed ad ea tantum quæ per ſcripturam fiunt, vt à nobis probatum eſt Decade ſuperiore. Deinde quod etiamſi ad teſtamenta nuncupatiua pertinerent, non ideò tamen poſſet hoc teſtamentum defendi iure teſtamenti nuncupatiui, quia nec teſtamentum à patre inter liberos conditum in ſcriptis etiã omnes habeat ſolemnitates, quas Iuſtiniani conſtitutio præſcripſit, iure tamen teſtamẽti defenderetur ſed iure voluntatis inteſtati, vt iam toties inculcauimus. Poſtremò quia fieri † nunquam poteſt, vt teſtamentum quod quis fecerit tanquam valiturum iure teſtamenti in ſcri-

pris, euadat in nuncupatiuum. Nisi fortè ponetes ab eodem testatore heredis nomen & scriptum esse, & pro-
6 prio ipsius ore palam nuncupatum. Æstimatur † enim testamentum nuncupatiuum ex ea heredis nuncupatione ac nominatione quæ palam fit, indéque nomen etiam traxit, *l. heredes palam. 21. D. qui testam. fac. poss.*
7 Grauisque error † interpretum nostrorum ille est, quod de testamento nuncupatiuo sic loquuntur, quasi ad aliud constituendum sufficiat non posse testamentum valere iure testamenti in scriptis: nec fieri posse, fiárque sæpenumero vt vllo iure valeat testamentum, id est, neque tanquam in scriptis, neque tanquam nuncupatiuum. Quantuscumque enim fauor sit paterni testamenti, quomodo fieri potest, vt valeret iure testamenti nuncupatiui, si pater id animo agitauit vt per scripturam testaretur, nec liberorum etiam quos heredes habere voluit, nomina tamen vnquam nuncupa-
8 uit? Quare & illud æquè stultum † est quod iisdem interpretibus nostris placet, si testator cœperit facere testamentum in scriptis, & non adhibuerit omnes solemnitates requisitas, putà quod non omnes testes subscripserint aut signauerint, nihilominus valere huiusmodi testamentum tanquam nuncupatiuum. Quod expressim tradit And. Gayll. supradicto loco post Cinum Alber. Fulgos. & Iason. *in d. l. hac consultissima. §. per nuncupationem. Bald. in leg. final. Cod. de iur. codicill. Imol. in leg. 1. §. fin autem. De hered. instituend.* Quid enim est in hac specie quod face = possit, quominùs dici potiùs debeat tale testamentum nullomodo valere, neque tanquam in scriptis, quia imperfectum est suisque necessariis solemnibus destitutum, neque tanquam nuncupatiuum, quia heres non fuerit nuncupatus. Illa ve-
9 rò stultior † ratio est, quam iidem adferunt ex *l. 3. D. testam. milit.* quasi legis illius sententia simile aliquid habeat cum hac specie vel commune: quod certè non ita est. Ibi enim Vlp. ex Pomponio tractat de milite qui cùm destinasset iure communi facere testamentum, defecerat antè quàm testaretur. Et ait non esse cur quisquam dubitet quin testamentum valeat iure militari: neque enim, inquit, qui voluit iure communi testari statim beneficio militari renunciauit, nec credendus sit quisquam genus testandi eligere ad imputanda iudicia sua: quemadmodum plerique pagani solent, cùm testamenta faciunt per scripturam adiicere, velle se hoc etiam vice codicillorum valere, quo casu nemo dixerit, si imperfectum sit testamentum, codicillos non esse. Itaque his casibus testamentum quod quis destinauerat facere iure communi, si eo iure perfectum non sit, tamen defenditur, aut iure militari si à milite factum sit, aut iure codicillorum, si adiecta fuerit clausula codicillaris: Nempè quia licèt deficiant ex solemnitates quæ essent necessariæ ad testamentum in scriptis perficiendum, adsunt tamen ea omnia quæ requiruntur, vt testamentum valeat iure militari, vel vice codicillorum: nec quicquam erat quod obstare videretur, nisi quod voluntatem testator habuerat testandi iure communi. Sed non potest ea voluntas facere, vt eo minùs videatur testator voluisse suam voluntatem alio iure valere, si iure communi valere non posset. At nos de illo tractamus qui destinans testari in scriptis, eo tamen modo sit testatus, vt non omnia fecerit quæ necessaria erant ad hoc, vt testamentum valeret, aut iure testamenti in scriptis, aut tanquam nuncupatiuum. Nam vt testaretur in scriptis, curare debuerat ne quid ex subscriptionibus, aut signis testium deesset. Vt verò per nuncupationem, nuncupandus erat heres, quod nos ex facto proponimus factum non fuisse. Neque fieri potuit vt animum habuerit testandi in scriptis simul & per nuncupationem, cùm aliud planè sit scribere, aliud nuncupare, aliud tacere, aliud loqui. Et quemadmodum ea scriptura quam testator voluit valere iure testamenti, licet habeat en omnia quæ necessaria sunt in codicillis, non idcirco defenditur iure codicillorum, nisi cùm expressè id dictum est, vt omnium apertissimè probat supradictus Vlpiani locus. Nempe quia quisquis testari velle se dicit, hoc ipso profitetur non habere se animum conscribendorum codicillorum, cùm tota specie differant codicilli: præsertim qui ab intestato fiunt, à testamento, non minùs quàm successio intestati à successione testati: ita & admittendum † 10
necessario ad eam scripturam, quam quis voluerit valere iure testamenti in scriptis, multo minùs valere vnquam posse iure testamenti nuncupatiui, non illa solùm ratione quod non videatur is animus fuisse testantis qui in scriptis testari voluit, vt per nuncupationem testaretur, sicuti diximus de codicillis: sed etiam quia in testamento nuncupatiuo hoc plus est quam in codicillis, quod ea quæ sunt necessaria ad constituendum testamentum nuncupatiuum, fieri nunquam potest vt insint testamento in scriptis. Non magis quam vt eodem testamento, heres aliquis sit & nuncupatiuus, & non sit, nullo modo potest dici testamentum in scriptis. E contrario si nuncuparus non sit, nullo modo nuncupatiuum: nec si paterfamilias in scriptis testaturus, alteri scribendum, vt plerumque fit, testamentum dictauerit, vt in *l. quotiens. 9. §. 1. D. de hered. inst.* Etsi enim, qui dictat nomen heredis hoc ipso heredem nuncupet, nuncupat tamen scriptori tantùm qui excipit dictata, non autem palam & coram testibus testamentariis, quod omninò necessarium est, vt testamentum per nuncupationem factum videatur, *d. l. heredes palam. 21. in princ. D. qui test. fac. poss.* Alioqui nunquam fieri posset vt in scriptis testaretur qui voluntatem suam non ipse scriberet, sed alij dictaret. Tribonianus † noster cui nihil fuit 11
dulcius quàm vt autoritate Iustinianei nominis ea cõstitueret quæ à iuris ratione quàm maximè abhorrerent, in ea primus fuit opinione, vt putaret posse ista simul stare, quod testamentum in scriptis factum esset, & nihilominus heres palam nuncupatus, *in l. iubemus. 29. C. de test. vers. Oportet enim omnimodo, vel ex literis testatoris, vel ex voce quidem testatoris, literis autem testium qui ad elogium conficiendum fuerant conuocati, nomina manifestari heredum. Quemadmodum enim*, inquit, *in elogio, quod sine scriptura conficitur, necesse est testatorem voce exprimere nomen vel nomina heredum: ita & in testamentis per scripturam conficiendis, cùm ipse testator manu sua scribere heredes vel noluerit, vel non potuerit, voce tamen eius eos manifestari oportet.* Nam ante hanc constitutionem ita ius erat, vt in testamento in scriptis nomen heredis, siue à testatore ipso, siue ab vno ex testib. siue ab alio quolibet scribi satis esset, nec nuncupari oporteret dummodo testatoris subscriptio adesset, vt diximus *in Error. 1. Dec. ad. prec.* ex eodem Iustin. *in tit. de test. ordin.* Cùm enim heres † palam nuncupatus est, & 12
quidem coram septem testib. quæ solemnitas numeri huius testium communis est vtrique generi testamentorum, siue per scripturam fiant, siue per nuncupationẽ, quid obsecro impedire potest, ne omnimodo factum videri debeat testamentum nuncupatiuum, etiamsi adsint subscriptiones & signacula, tam testium, quàm testatoris? Has siquidem solemnitates omnes licet ad testamenta, in scriptis, non ad nuncupatiua pertineant, nihil tamen vetat in testamentis quoque nuncupatiuis adhiberi, eo prorsus modo quo etiam fieri passim videmus, vt testamenta nuncupatiua scribantur, ad æternam scilicet rei memoriam, vt loquitur Iustin. *d. l. iubemus*, i. nõ tam ad substantiam & solemnitatem actus quam ad probationem interpositæ solemnitatis, quæ potissima † ra- 13
tio est adhibendarum etiam in contractibus scripturarum *l. 4. D. de pignor. l. 4. D. de fid. instrum.* Nec enim silent ea quæ abundant vitiare, nec superuacua cautio nocere, *l. non solent. 94. de regul. iur.* & cùm dicimus non esse istas solemnitates nuncupatiorum testamentorum, non hoc significamus quòd in testamentis

nuncu

nuncupatiuis ſalua actus ſubſtantia adhiberi non poſſint, ſed hoc tantùm quod adhiberi eas non ſit neceſſe. Cæterùm ſi adhibeantur, non eo minùs valebit teſtamentum iure nuncupatiui, nec eo magis iure teſtamenti in ſcriptis, quoties teſtator, propria lingua nomen heredis nuncupauit, licèt idem nomen, ſiue à teſtatore ipſo, ſiue ab alio ſcriptum reperiatur. Quare nec Iuſtinianus in ea conſtitutione conquieuit: ſed cùm videret pleraque teſtamenta tanquam in ſcriptis facta ſubuerti ea ratione quod ſolemnitas iſta non interuenillet nuncupationis heredis, coactus fuit ius vetus, quod
14 abrogauerat, in vſum reuocare, i. conſtituere vt † quamuis nomen heredis propria teſtatoris manu ſcriptum non eſſet, non ideò tamen ab ipſo teſtatore nuncupari heredem neceſſe eſſet. §. *quia verò. Nouell.* 119. *vt ſponſal. largit.* vnde ſumpta eſt *Auth. & non obſeruato. C. de teſtam.* Quid enim erat abſurdius, quàm feciſſe vt heredis nuncupatio ex qua ſola ſemper æſtimata eſt vis & ſubſtantia teſtamenti nuncupatiui, fieret ſolemnitas teſtamenti in ſcriptis? Illud verò dignum eſt obſeruatione, noſtrámque ſententiam mirificè confirmat, quod Iuſtin. ſcribit *in d.* §. *quia verò*, teſtamenta plurima per eam Codicis conſtitutionem ſubuertenda fuiſſe, quod plerique teſtatorum nollent cognitum eſſe teſtibus nomen heredis, quæ proculdubio mens eſt omnium qui in ſcriptis teſtari volunt, quippè quibus alioquin eſſet longè commodius teſtari per nuncupationem, teſtandique genus illud eligere, quod multo pauciores habeat ſolemnitates, *l. in teſtamentis.* 26. *C. eod. tit. de teſtam.* Nam ſi quo caſu fieri vnquam poſſet, vt teſtamentum quod quis in ſcriptis facere voluiſſet, defenderetur iure teſtamenti nuncupatiui, is maximè caſus eſſet in quo teſtator heredem propria lingua nuncupaſſet, neque tamen ipſius nomen ab aliquo ex teſtibus ſcribi curaſſet. Vt enim nomen heredis quod teſtator propria manu ſcribere vel noluit, vel non potuit, ſcribendum ſit ab aliquo ex teſtibus, noua ſolemnitas eſt quam Iuſtin. induxit *in d. l. inbemus*, quantum ad teſtamenta quæ fiunt in ſcriptis, non quantum ad nuncupatiua. Atqui poſt eam conſtitutionem quæ extat *in d. l. inbemus*, inualida erant teſtamenta in ſcriptis quæ ſic facta eſſent, vt nomen heredis ab vno ex teſtibus ſcriptum non fuiſſet, tametſi teſtator nomen illud palam nuncupaſſet: ſicuti neque quicquam profuiſſet ſcriptum eſſe ab vno ex teſtibus nomen heredis, ſi teſtator illud ipſum nomen propria lingua coram ſeptem teſtibus minimè nuncupaſſet. Vtramque enim ſolemnitatem iungit conſtitutio Codicis. Non ergo defendebantur teſtamenta tanquam nuncupatiua, licèt nihil deeſſet ex ſolemnibus teſtamenti nuncupatiui, quoties dixerat teſtator velle ſe in ſcriptis teſtari. Adeò implicat contradictionem, vt velit quis idem teſtamentum valere & tanquam in ſcriptis, & tanquam nuncupatiuum, ſi non hoc ipſum teſtator expreſſim diſpoſuerit ſub diſiunctione, in hunc modum, Vt, *ſi teſtamentum non valebit iure teſtamenti in ſcriptis, valeat iure nuncupatiui.* Quomodo euenit, vt ea voluntas defendi poſſit iure codicillorum, quam tamen teſtator fecerat eo animo vt valeret iure teſtamenti, ſcilicèt cùm adiecta eſt clauſula codicillaris, quæ ſemper habet diſiunctionem, & conditionem, *d. l.* 3. *D. de teſtam. milit. l.* 1.
15 *D. de iur. codicill.* Mea igitur in propoſita † quæſtione ſententia eſt, Teſtamentum patris imperfectum quod non habeat ſolemnitates à Iuſtiniano præſcriptas, quia non ipſius parentis, ſed vel notarij, vel alterius manu ſcriptum proponatur, nullomodo valere poſſe, nec tanquam in ſcriptis, quod omnes fatentur, cùm ſcriptura careat ſuis ſolemnibus, neque etanquam nuncupatiuum, quando patris voluntas ea præcisè, aut diſiunctiuè non fuit, vt per nuncupationem teſtaretur: nec denique iure voluntatis inteſtati, cum eo demum caſu voluerit Iuſtin. ſeruari ab inteſtato huiuſmodi patris voluntatem, quo nihil ex iis ſolemnibus deeſſet, quæ nouella conſtitutio præſcripſit ad viam fraudibus præcludendam. De quo nullus dubitandi locus relinquetur, ſi ea legantur, quæ ſcripſimus *in Errorem.* 4. *Decadis ſuperioris*, cùm diſputauimus, an *Imper. conſtit. de imperfectis parentum teſtamentis*, ad teſtamenta nuncupatiua pertineant. Quicquid enim teſtium fidei committitur, multò magis periculo falſitatis ſubiicitur, quam quòd per ſcripturam ipſius patris probatur, quæ licet ipſa quoque probanda ſit per teſtes, probatur tamen certiùs non ob id ſolùm quòd per plures teſtes probari poſſit, verùm etiam quia non tam citò falſarius quiſpiam de ſcriptura mentiturus ſit, cuius veritatem ſciat per alios tam multos probari poſſe. Nec ſanè video cur defendi potiùs debeat illa patris voluntas quam patre dictante mandantéque alius ſcripſerit, quàm illa quæ declarata ſit coram minore teſtium numero à patre volente teſtari per nuncupationem. Vtroque enim caſu voluntatis probatio pendet à fide teſtium, & rurſum vtroque caſu deficit autoritas conſtitutionis Iuſtinianeæ deficientibus ſolemnitatibus quas conſtitutio introduxit. Quare non eſt quod quis dicat nihil intereſſe an pater ipſe ſcripſerit nomina liberorum, tempus teſtamenti, & modum vrciarum, an verò alij omnia iſta ſcribenda mandauerit, dummodò conſtet de mandato. Nam
16 immò verò multum intereſt, cùm ea ſolemnitas † præſcripta eſt, vt propriam teſtatoris manum adhibitam fuiſſe oporteat, præſertim ob eam cauſam ne quaſi falſi commiſcendi ratio ſuperſit. Quidni enim ſolemnitates præſcriptæ imperfectis teſtamentis perinde ſeruandæ ſunt vt defendantur voluntates tanquam in teſtamentis imperfectis declaratæ, atque ſeruandæ ſunt eæ quæ perfectis ſcribuntur, vt valeant iure teſtamentorum perfectorum? An non maius falſitatis periculum eſt, in teſtamento imperfecto, quàm in eo quod ſit perfectum? Neque dura vel iniqua videri poteſt conſtitutio quæ huiuſmodi voluntates in teſtamentis imperfectis declaratas non niſi certis modis & caſibus valere patitur, quas alioqui mea iuris ratio nullo caſu, nullóque modo valere pateretur: Eſtque omninò quod parenti qui teſtari voluit, imputetur, quare nec perfectorum nec imperfectorum teſtamentorum ſolemnitates adhibuerit, ſi cum teſtamento aliquo ſiue perfecto ſiue imperfecto decedere cogitauit. Et verò non aliam ob cauſam Iuſtinianus huiuſmodi ſolemnitates introduxit,
17 quas † neque Conſtantini, neque Theodoſij leges requirebant, niſi vt intelligeret quiſquis etiam inter liberos teſtari vellet, vel eo prorſus & præcisè modo teſtandum ſibi eſſe ſi imperfectè teſtari vellet, vel omnes omninò adhibendas ſolemnitates quas ius vetus exigebat in condendis teſtamentis ſiue per ſcripturam, ſiue per nuncupationem. In quo tamen non tam iuri veteri quàm Conſtantini & Theodoſij legibus quantum ad propoſitam quæſtionem, derogauit. Nam & iam olim ita ius erat, vt non aliam patentis inter liberos voluntatem ab inteſtato tueri arbiter deberet iudicio familiæ erciſcundæ, quàm quæ per ipſius parentis ſcripturam declarata eſſet, non etiam quæ per teſtes: Atque ita debet accipi quod ſcriptum eſt *in l. ſily.* 16. *Codic. familiæ erciſcundæ*, *verùm quibuſcunque verbis voluntas eius declarata ſit*, de verbis nimirum ſcriptis, non de nuncupatis, vt ex eo conſtat quod lex loquitur promiſcuè de teſtamento & de codicillis qui non poſſunt eſſe non ſcripti. Item ex eo quod alioquin fatendum eſſet Conſtantinum *in dict. leg. vltim. eodem titulo*, teſtrinxiſſe ius vetus, quod tamen nemo non videt è contrario fuiſſe ab illo ampliatum. Cùm enim requirerentur olim verba, voluit Conſtantinus poſſe notas quaſlibet ac indicia quæcunque ſufficere, quod ipſum Iuſtinianus poſtea immutauit. Sed ita tamen vt contentus non fuerit ius antiquum repetere, quod ante Conſtantinum obtinebat, verùm in

eo præterea voluerit iuri veteri derogare, vt cogeretur parens & nomina liberorum, & tempus testamenti & vnciarum modum propria manu scribere, quorum omnium nihil olim requirebatur, si testatoris subscriptio adesset, quæ faceret ne dubitari posset, quia patris testamentum esset aliave scriptura. Hoc enim vnum erat necessarium, vt scripturam quæ proferebatur parentis fuisse appareret, quod non minùs ex sola subscriptione quàm ex totius voluntatis scriptura colligebatur. At hodie non solùm non sufficit subscriptio si non contineat omnia supradicta, sed nec è contrario sufficit parentem propria manu scripsisse & nomina liberorum & tempus testamenti & vnciarum modum, nisi etiam subscripserit. Cùm Iustinianus apertissimè subscriptionem exigat in illis verbis, *Volumus, si quis literas sciens inter filios suos voluerit facere dispositionem, primum quidem eius subscriptione tempus declaret, deinde quoque*
18 *filiorum nomina, &c.* In eoque mitor deceptum fuisse † Irnerium, *in Auth. quod sine. C. de test.* vbi sic ille accipit Iustiniani constitutionem, quasi cæteræ solemnitates sine subscriptione sufficiant, & vicissim sola subscriptio sine cæteris solemnitatibus (saltem si testator in subscriptione mentionem faciat testamentum esse cui subscripserit, vt loquitur Iul. Clar. *in §. testamentum. q.* 24) neque subscriptio necessaria sit nisi cùm solemnitates aliæ deficiunt. Cùm tamen Iustinianus omnes istas solemnitates coniunctim exigat, quarum vnam vel minimam sufficere voluerat Constantinus, solis quoque indiciis contentus, siue ipsius parentis subscriptio aliqua, siue nulla interuenisset. Nec est contrarium quod idem Iustinianus *in cap. 3. dict. Nouell. de test. inter.*
19 vult sufficere subscriptionem † liberorum. Id enim ad eum casum pertinet, quo pater non tam testamentum imperfectum inter liberos suos facere voluerit, quam bonorum suorum diuisionem, secundum ea quæ scripsimus in *Error.* 1. Decadis præcedentis ad interpretationem *Auth. si modo C. famil. ercisc.* quam ex *dict. cap.* 3. idem Irnerius desumpsit. Notandumque est quod *in d. cap.* 3. Iustinianus inscribit, *si autem & in diuisione ipse subscripserit, & clara omnia per subscriptionem suam fecerit, sit & hoc ratum, quoniam & hoc legislatione nostra continetur.* Quid enim apertius scribi potuit, vt intelligeremus priorem eius constitutionis partem ita in-
20 telligendam esse, vt necessaria sit subscriptio † testatoris, nimirum quoties id agit pater vt non solùm bona sua diuidat, sed etiam hereditatem: nec idcò tamen quælibet subscriptio sufficiat eo casu, sed illa demum quæ omnia faciat clara, id est, quæ & tempus testamenti, & filiorum nomina & modum vnciarum expressim declaret: Non quod necesse sit omnia ista in subscriptione contineri, si ponas scripturam ipsam testamenti quæ omnia eadem illa contineat, manu testatoris exaratam esse: Sed quia facilè possit accidere, & verò plerumque accidat, vt parenti moribundo, cui tantum non sit vitium quantùm necesse esset ad testamentum perficiendum, nec etiam liceat per morbi temporisve angustias testamenti scripturam propria manu conficere: sitque illi multo commodius, & expeditius subscriptione sua facere clara omnia quæ ad testamenti substantiam magis pertinere existimantur. Hanc verò nostram ad Iustinianum interpretationem illud etiam valdè confirmat, ni fallimur, quod idem Iustinianus constituit, *Nouell.* 119. *vt sponsalitia largit. §. quia verò*, vt non valentibus testatoribus aut nolentibus eam custodire subtilitatem quam induxerat, *d. l. iubemus*, scribendi nomen heredis propria manu testatoris vel vnius ex testibus, sed secundum priscam consuetudinem testari valentibus, siue per se aliquis siue per alterius personam nomen heredis inscripserit, ratum quidem sit testamentum, sed ita demum si omninò reliquam legitimam obseruationem in testamento testator obseruauerit. Etsi enim eo loco Iustinianus de testamentis parentum imperfectis nominatim non loquitur, tamen cùm constitutio generalis sit ad omnia testamenta pertinens. Itaque post eam constitutionem de testamentis imperfectis, vt ordo ipse Nouellarum demonstrat, non video cur excipi debent parentum testamenta imperfecta. Præsertim cùm illa ipsa constitutio, quæ iis amplius fauet, hoc ipsum nominatim exigat vt liberorum nomina cum tempore testamenti & modo vnciarum scripta sint propria parentis manu, non quidem inchoata ipsa quæ testamenti scripturam continet, sed saltem in subscriptione per testatorem ipsum facienda, vt iam ostendimus. Nisi forte respondeas posteriorem Iustiniani legem loqui de iis testamentis quæ possint & debeant valere iure testamentorum, non de aliis quæ non defendantur nisi iure voluntatis intestati, Cuiusmodi esse diximus imperfecta parentum inter liberos testamenta. Sed præter id quod hanc responsionem nunquam laudabunt interpretes qui magis probant vt huiusmodi testamenta quamuis imperfecta, iure testamentorum defendantur. Non est dubitandum quin Iustinianus, cùm ea testamenta infirmat quæ non habeant omninò rel qua legitimam obseruationem, non minùs de voluntate ipsa infirmanda senserit, quàm de testamento, vt neque testati neque intestati iure testamentum sustineatur, quod solemnitatibus suis destitutum est. Concludimus igitur testamentum parentis imperfectum inter liberos, in quo non sint scripta ipsius testatoris manu ea omnia quæ Nouella ultima constitutio præscribit, nullomodo valere, neque perfecti testamenti iure, id est neque tanquam testamentum siue in scriptis, siue nuncupatiuum, neque tanquam voluntatem intestati, etiamsi constet patente ipso dicta se exceptum id fuisse à notario, vel ab alio exscriptore. Nec pro interpretibus † facit constitutio Theo- 21
dosij qua vna mouentur *in d. §. ex imperfecto.* Siue quòd nihil ea noui inducat, nisi quod ad vtrumque parentem extendat Constantini legem de solis patribus locutam, quæ tamen parentis scripturam omnimodo requirebat, siue quòd vtraque illa lex & Constantiniana & Theodosiana, quæ imperfectis parentum inter liberos testamentis plus æquo fauere videbantur, haud dubiè correcta sit & emendata per Iustinianum hactenus, vt non alia eiusmodi testamenta hodie valeant ne quidem iure voluntatis intestati, quàm quæ omnes illas habeant quæ à Iustiniano præscriptæ fuerunt testamentorum imperfectorum solemnitates.

ERROR X.

De testatore inter liberos disponente, qui notarium adhibere volens priùs decessit, quàm notarius accederet.

SVMMARIA.

1. *An valeat testamentum parentis, inter liberos minùs ritè testati, quando notarium adhibere volens, decessit priùs quàm notarius accederet.*
2. *Sententia interpretum putantium huiusmodi testamentum ob defectum voluntatis non valere: & eius sententia fundamina.*
3. *Opinio Saliceti de scriptura patris inter liberos testamentum continentis, & in capsa post mortem patris reperta inualiditate.*
4. *Opposita aliorum interpretum sententia, qua statuunt testamentum patris de quo num. 1. valere: quod defectus sit solemnitatis potiùs quàm voluntatis.*
5. *Autor hanc sententiam probat, rationem verò reiicit & num. 11.*

6. *Notarij*

6 *Notarij interuentus non eſt de teſtamentorum ſolemnitate.*
7 *Notary cur adhibeantur ad inſtrumenta ſcribenda.*
8 *Non eſt in teſtatoris poteſtate vt ſolemnitatem nouam inducat.*
9 *Non eſſe defectum voluntatis in ſpecie propoſita nu. 1. aduerſus primæ ſententiæ autores.*
10 *Non adhibito notario non deficit voluntas, aut iuris ſolemnitas, ſed probationis ſpecies, quam interuentus notarij attuliſſet.*
12 *Differentia inter teſtamenta in ſcriptis & nuncupatiua.*
13 *Error eorum qui cenſent teſtamentum de quo num. 1. non valere propter defectum voluntatis.*
14 *Quod teſtator voluntatem mutare potuerit, non facit vt eo minus valeat teſtamentum.*

1 NOn parua inter noſtros contentio † eſt, ſi pater minùs ritè inter libetos teſtatus notarium adhibere voluerit, vt plerunque ſolent notarij ad teſtamenta quælibet ſiue conſcribenda ſiue publicanda accerſiri, priùs autem deceſſerit quàm notarius accedere vel voluerit vel potuerit. An nihilominùs teſtamentum ſuſtineatur eo iure quo cætera parentum inter liberos teſtamenta. Ponimus enim omnes eas ſolemnitates interuenſſe, quas nouella Iuſtiniani conſtitutio in eiuſmodi teſtamentis imperfectis requirit, nec niſi notarij miniſterium quod teſtator non lex exigebat, hîc defuiſſe. Quamquam & patre inter liberos ſolemniter teſtato eadem quæſtio poteſt emergere, ſi putas patrem qui per ſcripturam teſtatus fuerat, notarium adhibere poſtmodum voluiſſe. Putant autem noſtri quæſtionem hanc in eo eſſe, An voluntatis defectus ſit an ſolemnitatis. Nam ſi quis admittat eſſe defectum ſolemnitatis, non videtur dubitandum quin valeat inter liberos, cùm in eo teſtamentorum genere ſecundum interpretes noſtros ſublatæ ſint omnes ſolemnitates, niſi quæ ſint ex iure gentium, in quibus nemo poſuerit teſtamenti publicationem, aut notarij interuentionem. Si verò magis placeat eſſe defectum voluntatis, omnes conſentiunt nullum poſſe hac parte priuilegium eſſe paterni teſtamenti, quod voluntatem habeat imperfectam. 2 Plerique † autem putant eſſe hunc defectum voluntatis potiùs quàm ſolemnitatis, ob idque nec teſtamentum valere. Pro quibus illud facit quod eſt in vulgari noſtrorum brocardico, quandiu agendum aliquid ſupereſt nihil prorſus actum videri, *leg. penult. in fin. Cod. de his quibus vt indign.* Cùm totum illud tempus quod præcedit completam teſtamenti lectionem, liberum ſit teſtatori ad mutanda, detrahenda, addenda quæcunque vel addere vel detrahere vel mutare velit in ſuo teſtamento, & ſæpe accidat vt etiam inter legendum plerаque vel deleantur vel emendentur, ita iubente teſtatore tanquam ad id quod agit eo tempore diligentiùs attendente: Vt proinde non poſſit dici plenam eſſe numeriſque omnibus abſolutam voluntatem cui aliquid addere vel detrahere teſtator adhuc pro arbitrio poſſit, etiam quod ad inſtitutionem heredis, ex qua vis potiſſima teſtamenti æſtimatur: Maxime verò cùm teſtator qui notarium accerſiri iubet eam ſuæ voluntati legem dicere videatur, vt non aliter illam valere velit quàm ſi notarij fide ac ſubſcriptione muniatur, quod plerunque ſummo iudicio faciunt teſtatores, vt fraudibus & falſitatibus viam præcludant, cuius in publica ſcriptura comminiſcendæ difficilior dolus eſt, quam in priuata. Accedit ratio illa, quod ad cuiuſlibet teſtamenti ſubſtantiam pertinere illud videatur, teſtator profiteatur & declaret eam ſcripturam quæ profertur ſuum eſſe teſtamentum, *l. hac conſultiſſima. 8. §. at cùm humana fragilitas.* in illis verbis, *elogium ipſe ſuum profiteatur agnoſcere. Cod. qui teſt. fac. poſſ. & l. hac conſultiſſima. 21. ibi, dum tamen teſtibus præſentibus teſtator ſuum eſſe teſtamentum dixerit C. de teſtam.* Quæ ratione motus Salicetus † ad *d. l. hac conſultiſſima. §. ex imperfecto*, in ea eſt opinione, vt putet, ſi ſcriptura manu patris ſcripta inter liberos reperiatur in capſa poſt mortem patris quam non appareat fuiſſe lectam & publicatam, nullius eam eſſe momenti, non ſolùm ratione omiſſæ ſolemnitatis, ſed etiam ex defectu principaliter voluntatis: quod & Alexand. refert *conſ. 76. num. 12. volum. 3.* Quæ opinio licet à plerisque notata ſit, & magis communiter improbata propterea quod nuſpiam leges requirant lectionem & publicationem teſtamenti imperfecti pro ſolemnitate, vt bene contra Salicetum diſputat *Iaſ. in Auth. quod ſine. Cod. de teſtam.* neque ritus vt teſtator profiteatur ſcripturam quæ profertur ſuum eſſe teſtamentum, niſi cùm teſtamentum ſit coram teſtibus, quos ſupra probauimus nullos requiris in paternis teſtamento inter liberos, videtur tamen probabilius defendi poſſe in ea ſpecie quam tractamus, cùm teſtator ipſe hanc legem ſibi dicere voluit, vt teſtamentum a notario legeretur, & publicaretur: Nulla enim fit iniuria teſtatori, cùm ipſius teſtamentum ob eam cauſam ſit irritum, quod non ſit adhibita ſolemnitas quam ipſe voluit adhiberi. Frequentior tamen Doctorum † noſtrorum ſchola in eam magis inclinat 4 ſententiam, vt hic ſit defectus ſolemnitatis potiùs quàm voluntatis, ideóque non impediat quominus tale teſtamentum paternis inter liberos ſuſtineatur, non quidem ex iure communi, ſed ex priuilegio. Quod expreſſim concludit Iaſ. ad *dict. §. ex imperfecto*, *num. 4. poſt Baldum in l. vlt. Cod. de fideic. Alex. dict. conſ. 76. lib. 3. & poſt eos Andr. Gayll. lib. 2. practic. obſervat. cap. 112. num. 16.* Mihi ſententia † quidem iſta probatur ſed ratio non item. Nam vt ad teſtamentum ritè ac ſolemniter conficiendum adhiberi notarium oporteat, nullo prorſus iure cautum eſt, nulla etiam conſuetudine introductum. Etſi enim mos ille apud omnes ferè gentes inualuit adhibendorum in teſtamentis notariorum, non ideo tamen hoc fit quòd ea teſtamentorum † ſolemnitas eſſe exiſtimetur, ſiue in ſcriptis teſtari quis velit, ſiue per nuncupationem, ſed quoniam certior iſta ratio eſt conſeruandæ voluntatis, probandæque ad futuram rei memoriam: quæ etiam cauſa eſt conſcribendorum inſtrumentorum, de iis quoque contractibus qui ſcripturam non requirunt, *leg. 4. D. de pignor. l. 4. D. de fideic. inſtrum.* Et quia parum eſſet extare ſcripturam cuius fides in dubium vocari poſſet, placuit in eam rem vt plurimùm adhiberi † notarium, 7 cuius fides faceret vt de inſtrumenti tanquam publici veritate diſputari non oporteret. Neque hoc negat quiſquam ex interpretibus, ſi teſtator nihil dixerit de notario adhibendo. Sed cùm teſtator notarium accerſiri iuſſit, hic verò caſus eſt in quo volunt illi eſſe hanc vnam ex ſolemnitatibus teſtamenti: Et in hoc ego ab iis diſſentio. Nec enim puto eſſe in teſtatoris † poteſtate vt ſolemnitatem nouam inducat extra eas quæ legibus aut conſtitutionibus inductæ fuerunt, ſicuti nec poteſt facere, vt non ſint neceſſariæ ſolemnitates illæ quas ius noſtrum ſiue ciuile ſiue prætorium introduxit. Vtrumque ſiquidem pendet ex eodem iuris principio, de quo in *leg. nemo poteſt 55. de legat. 1. & in l. teſtandi 13. C. de teſtam.* Neminem poſſe facere quin leges in ſuo teſtamento locum habeant, & teſtandi de pecunia ſua facultatem permiſſam eſſe, vſque adeò certis regulis & legibus, vt neque iuriſdictionis formam pro arbitrio mutare, neque iuri publico derogare cuiquam ſit permiſſum: Itaque finge teſtatorem expreſſim cauſſe vt non aliter ſuum teſtamentum valeret quàm ſi octo teſtes in eò adhibiti reperirentur, adhibitos verò fuiſſe ſeptem duntaxat. Non dubito quin æquè valiturum ſit teſtamentum ac ſi nihil in contrarium à teſtatore cautum eſſet, quia & pro non cauto habendum eſt

quicquid contra vel prætet leges cautum eſt, ne alioquin eueniat vt priuatorum cautiones legum autoritate cenſeantur, quod Papinianus nunquam admitteret, *l.vlt. D.de ſuis & legit.* Sicut è contrario ſi teſtator diſertè præciperet vt teſtamentum ſuum valeret coram ſex teſtibus, quis tamen diceret eo magis valiturum eſſe teſtamentum, quod ſolemnem teſtium numerum non haberet? Eiuſdem namque poteſtatis & autoritatis eſt, ſolemnitatibus à iure præſcriptis aliquid addere vel detrahere. Et conſequenter eiuſdem amentiæ & inſaniæ alterutrum facere velle illum, qui velle non poſſit. Atqui nemo eſt tam ſtultus qui putet liberam ſibi eſſe teſtandi facultatem niſi quam habeat à lege. Ergo neque alias ſolemnitates teſtamento ſuo præſcribere quiſquam poteſt aut debet, quàm quas lex ipſa aut alia quælibet conſtitutio quæ vim legis obtineat, præſcripſit. Quæ cùm ita ſint, fatendum eſt extra cauſam eſſe ſolemnitatum teſtamenti, vt notarius aliquis adhibeatur vel nullus, etiamſi maximè id egerit teſtator vt notarius adhiberetur. Quod ex iis etiam quæ ſequenti Decade circa clauſulam derogatoriam dicturi ſumus, clarius intelligitur. Atſi non eſt defectus hic ſolemnitatis, erit-ne
9 ſtatim conſequens vt ſit defectus voluntatis: Nè † hoc quidem arbitror dici poſſe. Quis enim teſtator vnquam cogitet de adhibendo notario ea mente, vt ſi qua de cauſa præſertim fortuita notarius non interueneriit, teſtamentum valere nolit? An non ita fieret contra vulgare noſtrorum brocardicum vt inducta ad vnum finem, contrarium effectum operarentur? *l. legata inutiliter 19. de legat 1. leg. legata 14. D. de adim. legat.* & contra id quod Vlp. ſcribit in *l.3. D.de teſt.mil.* non eſſe credendum quemquam eligere id genus teſtandi per quod iudicia ſua ſubuertantur. An forte aliam ob cauſam notarius adhiberi ſolet, quàm vt teſtamenti cauſa ſit in tutiore loco? Quod ſi tum quoque cùm notarius adhiberetur nihil aliud accedit viribus teſtamenti quod ſuas iam habeat ſolemnitates, niſi quod per inſtrumenti publici fidem certior fit, commodiuſque ad poſteros tranſmittitur probatio voluntatis, quid aliud incom-
10 modi † adferre poteſt quod notarius nullus interuenerit, niſi vt deficiat hæc probationis ſpecies, quam interuentus notarij attuliſſet? Hoc ipſum verò quod hæc aurilla probationis ſpecies deficiat ſiue de teſtamento ſiue de alia re qualibet agatur, cuiuſnam obſecro ponderis & momenti eſſe poteſt, quoties adſunt aliæ ſufficientes, & idoneæ probationes? Nullius omnino, cùm nihil referat qua ratione quid probetur, dummodo probetur eo modo qui iure non ſit improbatus, vt in eleganti ſpecie tractat Vlpianus in *leg. qui tabulas 27.§. inde poteſt quari. D.de furt. & Scæuola in l. cùm taberniam 34.§.1. D.de pign.* vbi ait ſi conuenerit de pignore non idcirco pignoris obligationem ceſſare quod dies vel Conſules additi, vel tabulæ ſignatæ non ſint. Eſt autem accommodatior ad rem noſtram textus in *l.vlt. in princ. de legat. 2.* vbi cùm apud eundem Scæuolam proponeretur quidam teſtamento ſuo ſignificaſſe vt ſi quid obſignatum reliquiſſet, id vice codicillorum valeret, epiſtola autem reperta eſſet quæ non erat obſignata, & quæreretur an ea quæ epiſtola continebantur, deberentur. Reſpondet Scæuola ſi epiſtolæ fides conſtaret, deberi omnia quæ teſtator in ea dari ſe velle ſignificauit. Cui conuenit etiam quod Marcianus ſcribit in *l. diui 6.§. licèt. D.de iur. codic.* licet in confirmatione codicillorum paterfamilias adiecerit vt non alios valere velit, quàm ſua manu ſignatos & ſubſcriptos, tamen valere factos ab eo poſtea codicillos; etiamſi neque ab eo ſignati neque eius manu ſcripti, ſubſcriptive proponantur. Si enim ita eſt vt neque in codicillis noceat defectus ſolemnitatis, quam teſtator adhiberi voluit, tametſi codicillorum ſolemnitas nulla ſit à legibus conſtituta, quæ proinde multo faciliùs ex teſtatoris arbitrio pendere poſſit, quanto minùs nocebit in teſtamentis quæ ſuas habeant à iure ſolemnitates, quibus addere quicquam vel detrahere vt quis maximè velit, non tamen poſſit? Quòd ſi propter † non adhibitum notarium 11
quem teſtator adhiberi voluerat, nullus aut ſolemnitatis aut voluntatis defectus ſubeſſe intelligitur, quid obſecro cauſæ eſſe poteſt cur eo magis inutile & inefficax videri debeat teſtamentum, ſiue perfectum ſiue imperfectum proponatur, ſi modo nihil deſit ex cæteris ſolemnibus quæ ad teſtamenta ſiue perfecta ſiue imperfecta conficienda requiri leges voluerunt? Quare nec aliud erit etiamſi quis coram teſtibus ſeptem rogatis néque adhibitis nuncupato herede atque ita facto per nuncupationem citra ſcripturam teſtamento, dixerit velle ſe notarium adhibere. Id enim credendus eſt dixiſſe & facere voluiſſe ad voluntatis ſuæ probationem perpetuandam, vt diximus, non ad ſui teſtamenti vires aut ſuſpendendas aut euacuandas: Nec aliam hac parte inter teſtamenta † in ſcriptis & nuncupatiua differen- 12
tiam agnoſco, niſi quod, quæ in ſcriptis fiunt imperfecta eſſe poſſunt, nec eo minùs tamen valere iure inteſtati ſi eas habent ſolemnitates quas nouella Iuſtiniani conſtitutio præſcripſit. Nuncupatiua verò imperfecta nulla eſſe poſſunt, ſaltem ex quibus voluntas tuenda ſit ne quidem iure inteſtati, vt probauimus ſuo loco. Sed & in eo † errant, qui volunt huiuſmodi teſtamentum, 13
in quo non fuit adhibitus notarius quem adhiberi pater voluerat, nullius eſſe momenti etiam inter liberos propter defectum voluntatis quòd putant Imperatorum conſtitutiones non pertinere ad teſtamenta quæ ſint imperfecta ratione voluntatis. Nam & hæc quoque ſententia iam à nobis confutata eſt, cum ea tamen diſtinctione quam adhibuimus in Error. 8. Decadis præcedentis. Atqui, inquies, poterat teſtator accedente notario & teſtamentum legente mutare voluntatem aut in parte aut etiam in totum. Fateor, nam & potuit mutare perinde, abſente etiam notario: Sed non † poteſt ea 14
tes facere vt eo minùs valeat teſtamentum, ne alioqui dicendum ſit ne illud quidem valiturum in quo notarius adhibitus fuerit, aut poſt quod factum nihil de adhibendo notario teſtator dixerit. Quandoquidem & hoc æquè mutari poteſt. Non igitur inſpiciendum eſt an teſtator voluntatem mutare potuerit, ſed an mutauerit, quam nec mutaſſe aut mutaturus fuiſſe credendus eſt ‖ non expreſſim mutata probetur, *l.eum qui 22. D. de probat.* Nam nec adhuc mutat qui de ea mutanda iam cogitat, adeóque nec qui vult mutare quouſque mutet. Aliúdque eſt mutare, ſicut & aliud eſt teſtari, illud verò teſtari velle.

ANTONII

ANTONII FABRI IC.

Decas Trigesimaseptima.

ERROR I.

De testamento imperfecto in quo sunt instituti venientes ab intestato.

SVMMARIA.

1 *Quæstio de testamento imperfecto in quo sunt instituti venientes ab intestato, nullis existentibus liberis, aut iis præteritis.*
2 *Quid ad priorem quæstionis partem respondendum sit ex Vlp. in l. 2. D. de iniust. rupt.*
3 *Testamenti militaris, & eius in quo fuerint scripti legitimi successores conuenientia & differentia.*
4 *De testamento imperfecto in quo sunt instituti venientes ab intestato quid constituerit Theodosius in l. 21. §. vlt. C. de test.*
5 *Differentia inter testamentum inter liberos imperfectum & id in quo instituti sunt legitimi successores.*
6 *Refutatur sententia Cuiacij testes in testamento inter liberos imperfecto requirentis.*
7 *Quodnam ius nouum circa testamenta imperfecta in quibus instituti sunt legitimi successores induxerit Theodosius in d. l. 21. C. de test.*
8 *In l. 2. D. de iniust. rupt. à compositoribus iuris introsam esse exceptionem de testamento posteriori imperfecto, in quo instituti sunt venientes ab intestato.*

ABsoluimus proxima Decade tractatum *De imperfectis parentum inter liberos testamentis*, sed non prorsus tractatum *De testamentis imperfectis*. Supereſt
2 enim quæstio † illa tractanda. Quid si in testamento imperfecto instituti sint non liberi ipsi, qui nulli esse proponantur, sed alij quilibet legitimi successores ab intestato venientes. Item quid si aliqui sint liberi, sed quos tamen pater præterierit in eo testamento. Nam & hoc quoque testamentum imperfectum appellat Caius in quo filius præteritus sit in *leg. si duobus 12. §. si prius. D. de bonor. possess. contr. tabul.* Ad priorem quæstionis † partem illud pertinet, quod Vlpianus scribit in *leg. 2. D. de iniust. rupt.* Tunc prius testamentum rumpi cum posterius tunc perfectum est. Nisi forte posterius, inquit, vel iure militari factum sit, vel in eo scriptus fuerit is, qui ab intestato venire potest: Tunc enim & posteriore non perfecto superius rumpitur. Quibus verbis etsi videtur Vlpianus eandem constituere rationem testamenti militaris, & eius in quo fuerint scripti legitimi
3 successores, obseruandum † tamen est non in alio esse bonam comparationem nisi in eo, vt per huiusmodi testamentum posterius imperfectum rumpatur prius quantumcumque perfectum: At non etiam in eo, vt quemadmodum testamentum militare testamenti iure defenditur, ita & defendatur illud in quo instituti sint venientes ab intestato. Aliud enim est rumpi testamentum prius, aliud verò valere posterius, satisque magnum priuilegium est testamenti in quo instituti sunt legitimi successores, vt quamuis imperfectum sit, tamen rumpat superius contra iuris communis regulas, etsi non eo magis valeat iure testamenti: Estque e in hanc rem apertissima Theodosij † constitutio in *leg. hac consultissima 21. §. vltim. Cod. de testam.* vbi posteaquàm decreuit ille conuenienter iuri veteri, vt si quis testamento iure perfecto postea ad aliud venerit testamentum non aliàs quòd antè factum est infirmetur, quàm si id quod secundò facere testator instituit, iure fuerit consummatum. Nisi fortè in priore testamento scriptis his qui ab intestato ad testatoris hereditatem vel successionem venire non poterant, in secunda voluntate testator eos scribere instituerit qui ab intestato ad eius hereditatem vocantur. Subiungit in hæc verba, *Eo enim casu licet imperfecta videatur scriptura posterior, infirmato priore testamento secundum eius voluntatem non quasi testamentum, sed quasi vltimam voluntatem intestati valere sancimus.* Quibus verbis etsi nihil noui Theodosius constituit, si iam olim Vlpianus illud ipsum senserat & scripserat in *d. l. 2. D. de iniust. rupt.* sic tamen loquitur, acsi constitueret, propterea quod in præcedentibus disposuerat expressim ne ex imperfecto testamento voluntas teneret nisi inter solos liberos: quod facilè sic accipere quis potuisset, vt ne quidem intestati iure defendi deberet ea voluntas quam quis declarasset in testamento posteriore imperfecto fauore legitimorum successorum, si non hoc nominatim Theodosius addidisset, de posteriore testamento iure intestati defendendo. Quo admisso si quis inferat, Futurum igitur vt nihil interesit an liberi scripti in testamento imperfecto, an verò legitimi quilibet successores, cùm nec aliud sit priuilegium testamenti imperfecti inter liberos conditi, quàm vt ab intestato sustineatur, quemadmodum in præcedentibus Decadibus à nobis disputatum fuit. Respondebo, Imò priuilegium liberorum maximum esse siue præcesserit testamentum aliquod perfectum, siue nullum. In eo nimirum quod, vt sequitur apud Theodosium, non aliter imperfectum † illud testamentum defenditur 5
iure vltimæ voluntatis ab intestato fauore legitimorum heredum quàm si quinque testes interuenerint, qui tamen nulli in testamento inter liberos condito requiruntur, si modò de parentis voluntate constet per ipsius scripturam de cuius fide non dubitetur. Vnde fortissimum argumentum † sumi potest, pro ea sententia quam nos propugnauimus contra Cuiacium existimantem in testamento parentis inter liberos requiri testes. Quod si ita esset vtique non pauciores, quàm quinque requirerentur. Eo autem numero requisito posset dici in quo essent liberi melioris conditionis. Nisi fortasse quis in eo quoque contra nos sentiret quod testamentum patris imperfectum inter liberos testamenti iure defendendum esse arbitraretur: quod nos & negauimus semper, & negabimus, siue testes aliqui siue nulli in eo testamento adhibiti proponantur. Planè cùm quinque testes adhibiti fuerunt, non est absurdum aut mirum eodem iure censeri testamentum imperfectum in quo instituti sunt venientes ab intestato, atque si in eo liberi essent instituti. Non magis, quàm vt testamento iure perfecto par sit causa liberorum

liberorum & extraneorum. Vtrumque enim fit, non quia melior in nullo esse debeat conditio liberorum, sed quia non sit in quo melior esse possit, cùm voluntas in extraneos collata suas habet solemnitates, siue quas ex testamento habere debeat, siue quas ab intestato. Hoc enim addendum est quia sicuti testamenti perfecti solemnitas illa est vt habeat septem testes, ita & voluntatis intestati vt habeat quinque post aliam eiusdem Theodosij constitutionem in *leg. vlt. C. de codicill.* Ante quam, vt sæpius alibi monuimus, nullius in eam rem testium numerus erat præscriptus, & subsistebat, vt de ea voluntate quæ intestati iure defendenda esset, quoquomodo constaret. In cóque tantum haud dubiè ius nouum † fecit Theodosius, in *d. l. hac consultissima. §. vlt.* quod eam priorem suam legem secutus, quam & Iustinianus probauit in *l. vlt. C. de donat. caus. mort.* addidit necessitatem adhibendorum in testamento imperfecto quinque testium, ad prius testamentum perfectum reuocandum, quam non addiderat Vlpian. in *d. l. 2. D. de iniust. rupt.* Nisi fortè probabilius quis putet, quod tam olim Accursius scripsit ad *d. l. 2.* Compositorum † esse, non Vlpiani exceptionem illum de testamento posteriori imperfecto, in quo instituti sint venientes ab intestato: Nam præter id quod ratio nullo modo † potest eam exceptionem admittere nullóque in toto iure veteri eius est alius quo idipsum probari possit, negare non potest quin ea Theodosianæ constitutionis verba, quæ supra retulimus, sint verba Imperatoris, ius planè nouum, & antea inauditum constituentis. Atque ita omnimodo sentiendum esse existimo. Et hæc quidem ad priorem propositæ quæstionis partem scripsisse sufficiat.

ERROR II.

De sententia & ratione, §. si prius, l. si duobus 12. D. de bonor. possess. contr. tab.

SVMMARIA.

1 *Quid sentiat Caius Iurisconsultus in l. si duobus §. si prius D. de bon. poss. contr. tab. de testamento imperfecto in quo instituti sunt legitimi successores, filio praeterito.*

2 *Imperfectum testamentum qua notione vocet Caius: quo vero sensu Theodosius & Iustinianus.*

3 *Ratio cur testamentum in quo praeteritus est filius in potestate imperfectum appellet Caius.*

4 *Antinomia aduersus Caij verba illa si remoto filio potiores futuri sint in ea hereditate posteriore testamento scripti heredes.*

5 *Legitimi successores in posteriore testamento imperfecto scripti non quasi ex testamento succedunt, sed iure vltimae voluntatis ab intestato.*

6 *Cur dubia verba illa Caij filius praeteritus rectè petet bonorum possessionem.*

7 *In filij potestate non esse vt conualidet posterius testamentum imperfectum, deinde illud ipsum rumpat petita bonorum possessione contra tabulas.*

8 *Dubitatio de casu quo heredes posteriori testamento scripti hereditatem obtinere possint remoto filio praeterito, & existente testamento anteriori perfecto in quo filius est exheredatus.*

9 *De eo ipso casu autoris sententia.*

10 *Bonorum possessio contra tabulas, & bonorum poss. secundum tabulas differentia.*

11 *Ius petendae bonorum possessionis quod habet filius in posteriori testamento imperfecto praeteritus vnde pendeat: & quibus casibus eam vtiliter petat.*

AD posteriorem verò illud pertinet, quod Caius † tractat in *d. l. si duobus. §. si prius. D. de bonor. poss. contr. tabul.* Si prius testamentum exteriure factum, in quo filius exheredatus est, consequens verò imperfectum, in quo præteritus sit filius, posteriore testamento præteritum, rectè bonorum possessionem petiturum si remoto quoque filio potiores sint in ea hereditate, posteriore testamento scripti heredes. In quo responso illud primùm mirari quis possit, quod Caius imperfectum † vocat testamentum in quo filius præteritus sit. Longè alio sensu quàm quo hucusque à nobis actum est de testamentis imperfectis. Imperfecta namque testamenta solemus dicere cum Theodosio in *d. l. hac consultissima*, & cum Iustiniano in *§. penult. I. sist. quib. mod. testam. infirm.* ea quæ finem suum non habent, cùm rei cuiusque perfectio extra ipsius fine constituatur, ac proinde illa tantum quæ testium subscriptionibus & signaculis sunt destituta. Quæ verò ideò non valent quod in iis præteritus sit aliquis ex liberis qui erant in potestate, iniusta potius appellantur & nullius momenti, *l. 1. D. de iniust. rupt.* quia licet habeant septem testium numerum & signa & subscriptiones, tamen non eo magis valere possunt. Verùm responderi † pro Caio potest, hæc quoque imperfecta testamenta nec impropriè aut inelegantèr appellari, propterea quod cùm filij in potestate necessariò instituendi sint vel exheredandi, *l. inter cæteras 30. in fin. l. Gallus 29. §. in omnibus. D. de liber. & posthum.* non potest dici perfectum & absolutum esse testamentum, in quo vni ex liberis præteritus sit, hoc est, neque institutus neque exheredatus. Potest quidem esse, dicique cæptum, quia caput & principium testamenti cuiuslibet secundum veteris iurisprudentiæ tempora consistit in institutione, quæ potest esse extranei quoque perinde ac sui heredis, sed non potest dici perfectum, quandiu neque institutus neque exheredatus fuit is quem omnimodo necesse erat vel instituì vel exheredari: cùm sit ista vna ex testamentorum solemnitatibus non minùs quàm illa vt septem testes totidémque testium signa & subscriptiones adhibeantur. Sed illud magis mirum † est quod Caius ait contra heredem in eiusmodi testamento imperfecto institutum posse præteritum filium petere bonorum possessionem contra tabulas, si remoto filio potiores futuri sint in ea hereditate posteriore testamento scripti heredes. Quomodo enim possunt esse potiores nisi rumpatur prius testamentum? Quomodo autem rumpi potest prius, quod nos ponimus iure factum esse, si posterius sit imperfectum? Nam quod iam disputauimus, Perfectum prius posse rumpi per imperfectum posterius, cùm in eo posteriore instituti sunt venientes ab intestato præter id quod à Theodosio primùm introductum est, planéque abhorret ab eo iure quod Caij temporibus obtinebat, vt diximus ad finem cap. præcedentis ad hunc etiam casum accommodari non potest, in quo proponitur præteritus is, qui ab intestato quoque successurus esset si causa intestati locum habere posset, quæ proinde ne locum habere hic possit, illud impedit, quod voluntas defuncti perinde subuerteretur præteritus filius cum institutis admitteretur: quem tamen ab intestato admitti necesse esset, si eo iure succederetur. Præsertim cùm verissimum sit quod diximus & probauimus ex *d. l. hac consultissima. §. vlt. C. de testam.* legitimos † successores in posteriore testamento imperfecto scriptos non quasi ex testamento succedere, sed iure vltimæ voluntatis ab intestato: & consequenter non alio casu quàm quo possit defendi ea voluntas iure successionis intestati, non quo subuertenda in aliquo sit & violanda vt in reliquo defendatur, quod vtique contingeret si iure intestati sustineretur testamentum in quo præteritus esset vnus ex liberis ab intestato successuris. Eueniret enim vt succederet antequam vnus

vnus ex liberis ad inteſtati ſucceſſionem ſimul cum fratribus vocatus, & nihilominus contra voluntatem patris à quo præteritus fuiſſet. Rurſum ſi filius hic † in
6 poſteriore teſtamento imperfecto præteritus, neque ex poſteriore teſtamento imperfecto ſuccedere poteſt, quia in eo fuerit præteritus, neque ex priore quia in eo fuit exheredatus, neque ab inteſtato, quia ceſſante cauſa poſterioris teſtamenti imperfecti, ſupereſt prius perfectum, per quod inteſtati ſucceſſio excluditur, quanam obſecro ratione admitti poteſt ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas? Nam & ex teſtamento ſuccedere dicitur qui per hanc ſpeciem bonorum poſſeſſionis ſuccedit, licet ſuccedendo rumpat teſtamentum, §. *ſunt autem. Inſtitut. de bonorum poſſeſſ.* & abſurdum videtur vt per huiuſmodi bonorum poſſeſſionem rumpatur poſterius teſtamentum, quod non modò imperfectum eſt, ſed etiam tale vt eo rupto, nihilo magis ſucceſſurus ſit hic filius, cui ſemper obſtabit prius teſtamentum quod ponimus eſſe perfectum, & iure factum. Sic igitur fiet vt omni auxilio & ciuili & prætorio filius hic deſtituatur. Nec enim quiſquam dixerit audiendum eum ſi velit petere poſſeſſionem contra tabulas priores, in quibus ſcilicet fuit exheredatus, *leg. non potuit 8. D. de bonor. poſſ. contr. tabul.* Denique ſi in ea ſpecie quam Caius tractat, prius teſtamentum ruptum eſt per poſterius, quid neceſſe eſt filio præterito petere bonorum poſſeſſionem contra tabulas poſteriores ad eas rumpendas quæ ipſo iure non valent? Si verò non eſt prius ruptum per poſterius, quænam poteſt eſſe vtilitas bonorum poſſeſſionis in rumpendo teſtamento poſteriore, quo nimirum rupto adhuc ſuperſit prius
7 quod rumpi nunquam poſſit? An fortè dicendum † erit in filij præteriti poteſtate & arbitrio eſſe debere, vt conualidet poſterius teſtamentum alioqui imperfectum, vel ad hoc ſolùm vt per poſterius rumpatur prius, mox verò poſterius quoque rumpatur petita contra tabulas bonorum poſſeſſione? Ita nonnullos grauiſſimos viros ſentire ſcio: Quaſi liberis permittendum ſit ſiue præteriti ſiue immerenter exheredati proponantur, vt genus euertendi teſtamenti poſſint eligere, quod ipſis fauorabilius, & commodius videatur. Sed non ita eſt: Neque enim ratio iuris patitur vt in poteſtate & arbitrio filij ſit an teſtamentum patris valeat, an ſit nullum, non magis quàm illud an ſit inofficioſum nec-ne: Nec proinde pendet aliunde quàm ab eadem ipſa iuris ratione. An prius teſtamentum rumpatur per poſterius, aut an rumpendum ſit per querelam inofficioſi teſtamenti, an per bonorum poſſeſſionem contra tabulas. Quare nec ſi loquitur Caius in *dict. §. ſi prius*, vt dicat filium in poſteriore teſtamento imperfecto præteritum poſſe petere bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ita demum ſi velit prius teſtamentum ruptum eſſe per poſterius, aut ſi malit bonorum poſſeſſionem contra tabulas agnoſcere quàm dicere teſtamentum nullum. Sed eo demum caſu admitti filium præteritum in poſteriore teſtamento & in priore exheredatum ad beneficium bonorum poſſeſſionis contra tabulas, ſi remoto quoque filio potiores in ea hereditate futuri ſint poſteriore teſtamento ſcripti heredes: quod vtique nemo dixerit in eiuſdem filij eſſe arbitrio & poteſtate, cùm pendeat ex iuris ratione. Vnde eſt quod ſequitur apud Caium. *Et ita ius habet, vt cùm is contra quem filius petit bonorum poſſeſſionem amoto filio poſſit obtinere hereditatem, filius quoque rectè videatur petere bonorum poſſeſſionem, Si verò ille non poſſit obtinere hereditatem, filius quoque excludatur.* Illa
8 ergo ſemper manet dubitatio, † quiſnam caſus eſſe poſſit in quo heredes poſteriore teſtamento ſcripti, hereditatem obtinere poſſint remoto filio qui in eo teſtamento fuit præteritus, cùm adeſt aliud teſtamentum anterius & perfectum in quo idem filius fuerat exheredatus. Non ignoro poſſe dici ex eo quoque teſtamento in quo ſuus heres præteritus ſit, poſſe nihilom nus peri bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas, ſi modò ſeptem teſtium ſigna habeat: quia nec aliud prætor inquirit in danda bonorum poſſeſſione ſecundùm tabulas, niſi an ſigna teſtium habeant, nec taſæ vel cancellatæ ſint, & an teſtator habuerit teſtamenti factionem vtroque tempore & teſtamenti & mortis, *leg. 1. & paſſ. D. de bonor. poſſ. ſecund. tabul.* Sed ea bonorum poſſeſſio plerumque eſt ſine re, non ſolùm ſi filius ipſe præteritus iure ſuo vti velit & hereditatem ab inteſtato vindicare, ſed etiam ſi beneficio fratris præteriti edictum committentis, alius frater etiam qui fuerit ex hereditatis parte aliqua inſtitutus, eodem iure vtatur, *leg. is qui in poteſtate 15. cum ſequent. D. de legat. præſt.* In propoſito autem alia ratio eſt quæ videatur facere vt ea bonorum poſſeſſio quam ſecundum poſteriores tabulas agnitam fuiſſe ponimus, non poſſit eſſe cum re. Nempe quòd non minùs prætor eandem ſpeciem bonorum poſſeſſionis ſecundum tabulas daturus ſit heredibus inſtitutis in teſtamento priore perfecto. Imo tanto magis quanto fauorabilius & potentius eſt teſtamentum, quod perfectum, quàm quod imperfectum eſt. Data autem ex duplici teſtamento diuerſis heredibus duplici bonorum poſſeſſione, ſi controuertatur vtra debeat eſſe cum re, vtra ſine re, apertiſſimum eſt cum vtraque non poſſit eſſe cum re, ſicut nec iure ciuili duo in ſolidum heredes eſſe poſſunt, ſine re futuram illam quæ competit ex teſtamento imperfecto, Illam verò cum re quæ ex perfecto. Quid enim facere poſſit, vt non melior & potentior eſſe debeat cauſa teſtamenti perfecti quàm imperfecti? Quod ſi ita eſt quomodo vnquam fiet, quantumuis remoto filio qui in poſteriore teſtamento imperfecto, præteritus fuit, vt heredes in eo teſtamento ſcripti obtineant hereditatem? Siquidem excluſo filio adhuc ſupereſt cauſa prioris teſtamenti, quæ facit vt potior eſſe debeat conditio heredum in eo inſtitutorum. Niſi proponas ruptum eſſe ipſo iure teſtamentum prius per poſterius, quod tamen, vt iam diximus, contingere nunquam poteſt, cùm in poſteriore præteritus eſt vnus ex liberis, qui ab inteſtato fuerat ſucceſſurus, ſiue qui in eo teſtamento iuſtituti ſunt proponantur eſſe ex liberis, ſiue agnati poſt filium proximiores: quia ſicuti omnium liberorum in cauſa ſucceſſionis inteſtati par & æquale ius eſt, quandiu aliquis ex liberis ſupereſt, certum eſt, nullam agnatorum rationem haberi poſſe, quippe quos neque lex duodecim tabularum, neque prætor ad ſucceſſionem vnquam vocet cum liberis, ſed ſub ea conditione, *ſi ſuus heres non erit, leg. 1. & paſſ. D. de ſuis & legit.* Ego igitur puto intelligendum eſſe Caium de illo † caſu, quo
9 ſcripti fuerint in poſteriore teſtamento imperfecto alij teſtatoris liberi qui in priore eodémque perfecto teſtamento fuerant exheredati, extraneo, aut quod hac parte idem eſt, aliquo ex agnatis herede inſtituto. Tunc enim, cùm ſubſequens inſtitutio deleat notam exheredationis, faciátque vt qui in priore teſtamento ſcripti fuerant, non poſſint amplius dicere liberos illos qui in poſteriore teſtamento, quamuis imperfecto, inſtituti ſunt, pro exheredatis habendos eſſe, neceſſario euenit vt prius teſtamentum in quo fuerant exheredati, non tam rumpetur per poſterius quàm euacuetur, & inutile fiat, non propter factam in eo inſtitutionem perſonarum ab inteſtato ſuccedentium quandoquidem ponimus vnum ex liberis præteritum fuiſſe. Sed quia verum eſt prius teſtamentum ex perfecto factum fuiſſe imperfectum, tanquam in quo præteriti fuerint liberi, quos moriente patre nemo poſſit dicere eo teſtamento vel inſtituros fuiſſe vel exheredatos Etſi enim reuera fuerunt exheredati tempore teſtamenti inſpecto, non omen haberi poſſunt pro exheredatis, quia non duraruut exheredati cùm poſtmodum ab eodem patre fuerint inſtituti antè quàm exheredano effectum ſuum habere cœperit,

quem

quem habere incipit poſt mortem duntaxat patris, adeóque non niſi ex die aditæ hereditatis, *l. ſi quis filium § 4. in final. C. de inoffic. teſtam.* Nam ſi dubitandum aliquando fuit apud Papinianum an nota exheredationis ſublata eſſet per ſubſecutam adoptionem, in *l. filio 23. de liber. & poſthum.* quanto minùs dubitari poteſt an ſublata ſit per ſequentem inſtitutionem quamuis factam in teſtamento alioquin inutili & imperfecto? Nam vt filius primùm exheredatus, & poſtea inſtitutus in teſtamento inutili poſſit admitti ad paternam hereditatem ſaltem ab inteſtato, non eſt neceſſe vt valeat poſterius teſtamentum, ſed ſufficit non ei nocere priorem exheredationem, quod ipſum quoque proinde ſufficit ad prius teſtamentum quod valuerat euertendum, quo ſcilicet ſubſiſtente filius in eo exheredatus admitti nunquam poſſet neque ab inteſtato cùm adeſſet teſtamentum, neque ex teſtamento in quo fuiſſet non modò inſtitutus, verùm etiam exheredatus. Proinde extranei qui in priore illo teſtamento perfecto fuerant inſtituti non poſſunt facere, vt bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas ab iiſdem liberis agnita qui in priore teſtamento fuerant exheredati, in poſteriore inſtituti, ſit ſine re, cùm non poſſint ipſi rem obtinere quaſi excluſis filiis, quos pater ipſe mortis ſuæ tempore noluerit eſſe excluſos, ſed inſtitutos. Alioqui dicendum eſſet neceſſariam fore filiis iſtis in poſteriore teſtamento imperfecto inſtitutis querelam inofficioſi teſtamenti ad infirmandam, & damnandam patris memoriam, qui ipſe tamen illud idem teſtamentum euertere notámque exheredationis abſtergere voluiſſet, iiſdem ipſis liberis quos prius exheredauerat alio poſteriore ac ſaniore iudicio licet minùs ſolemniter inſtitutis: quod certè iniquum eſſet, nec minùs patri ipſi quàm liberis iniurioſum. Hoc autem admiſſo quod negari non poteſt, in hac ſpecie liberos poſteriore teſtamento imperfecto inſtitutos non ſolum poſſe bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas agnoſcere, ſed talem etiam quæ omnimodo futura ſit cum re ſi à fratre præterito nullam hereditatis controuerſiam patiantur. Conſequens ſit quod Caius ſcribit, vt poſſit filius præteritus contra poſteriores illas tabulas petere bonorum poſſeſſionem, quæ vt peti poſſit, ſufficit ſecundum tabulas peti potuiſſe quæ effectum habere potuerit aliquo caſu, licet poſtea peti poſſe deſierit vt ſcriptum eſt in *l. quod vulgo 19. D. de bonor. poſſ. contr. tab.* de cuius ſententia ſcripſimus multa, quæ ad hunc tractatum pertinent *lib. 1. Conſect. cap. 19.* At ſi poſteriore teſtamento inſtituti heredes non poſſent eſſe potiores heredibus inſtituris in priore teſtamento perfecto, non eſſet permittendum filio præterito vt poſſet contra poſteriores tabulas petere bonorum poſſeſſionem, non propter heredes in iis poſterioribus tabulis ſcriptos, quibus nulla ſanè fit iniuria cùm omnimodò à ſucceſſione excludantur; ſed propter heredes in prioribus inſtitutos, quibus euidens iniuria fieret ſi filio præterito, qui ab iis ritè exheredatus fuit, bonorum poſſeſſio contra tabulas daretur, quia ſic euenire vt iis emolumentum ſucceſſionis eriperetur, cùm bonorum poſſeſſio contra tabulas nunquam ſit ſine re & ſine effectu, in quo † differt à bonorum poſſeſſione ſecundum tabulas, quæ licet debeat poſſe aliquo caſu eſſe cum re, (alioqui faceret prætor actum inutilem & ridiculum cùm eam daret) plerunque tamen ſine re eſt, vt Vlpianus in Titulis ſcribit *tit. de bonor. poſſ.* & nos pluribus locis docuimus. Itaque ius † filij poſteriore teſtamento imperfecto præteriti, quantum ad petendam bonorum poſſeſſionem contra tabulas pendere à iure heredum in eodem teſtamento inſtitutorum, vt ſi non habeant ius retinendæ ſucceſſionis adueſſus eos, qui in priore teſtamento perfecto ſcripti fuerant, nec ius habeat filius præteritus petendæ bonorum poſſeſſionis. Habeat verò ſi remoto filio futuri eſſent illi potiores. Ita namque ſit vt hoc poſteriore caſu bonorum poſſeſſio contra tabulas non faciat iniuriam heredibus in priore teſtamento inſtitutis, quos alij heredes in poſteriore ſcripti, contra quos iure ſuo vtitur filius præteritus petendo bonorum poſſeſſionem contra tabulas, perinde acſi hereditatem ab inteſtato vindicaret. Quid enim refert quantum ad effectum, an hereditatem vindicet iure ciuili, an verò ſuccedat iure prætorio in bonorum poſſeſſionem contra tabulas, cùm vtroque caſu ſucceſſionis commodum & emolumentum conſequatur? Quod ſi poneremus in poſteriore teſtamento imperfecto ſcriptos fuiſſe extraneos heredes, nec teſtatori alios fuiſſe liberos, quàm filium illum quem ponimus in poſteriore teſtamento fuiſſe præteritum, in priore exheredatum, etſi vix poſſet fieri vt eſſent potiores iis, qui in priore perfecto ſcripti fuiſſent quantumlibet ij quoque extranei proponerentur (quoniam in pari cauſa & conditione heredum fauorabiliores & potiores eſſe deberent illi, qui in teſtamento perfecto quàm qui in imperfecto ſcripti fuiſſent.) Adhuc tamen dici poſſet aliquo caſu poſſe potiores eſſe: nimirum ſi prioribus aliquid obſtet, propter quod non videretur reuocaſſe defuncti voluntatem. Veluti ſi teſtator poſt factum prius teſtamentum dederit ſe adrogandum, deinde rurſum iuris effectus aliud teſtamentum condiderit imperfectum, in quo vnum ex filiis ſuis præterierit. Quidni enim hoc caſu poſteriore teſtamento ſcripti heredes etiam extranei, poterunt habere bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas filio remoto ſiue per abſtentionem, ſiue qualibet ratione, quandoquidem habituri ſunt doli exceptionem aduerſus alios heredes ex priore teſtamento hereditatem vindicantes? *l. qui ex liberis 11. §. teſtam. D. de bon. poſſ. ſecund. tabul.* Idémque erit ſi ponas priore teſtamento ſcriptos heredes factos fuiſſe incapaces vtpote adhuc teſtatore vt hereditatem obtinere non poſſint. Eo nempe caſu ſolus filius præteritus impedire poteſt ne cum re ſit bonorum poſſeſſio, quam ſecundum tabulas prætor dederit heredibus etiam extraneis, in poſteriore teſtamento imperfecto inſtitutis. His ergo caſibus vtiliter filius præteritus petet contra tabulas bonorum poſſeſſionem. At ſi poneremus in eo poſteriore teſtamento ſcriptos fuiſſe agnatos, nihilo eſſent ipſi fauorabiliores quam extranei, cùm, vt diximus, pro extraneis habeantur quandiu ab aliquo, vel vno ex liberis antecedantur. Nec quòd abſtinente filio poſſit eos prætor admittere tanquam agnatos ex edicti ſucceſſorij præſtatione, *l. defuncto. 6. C. de legit. hered.* facere debet vt teſtamentum imperfectum in quo fuerunt inſtituti, proinde poſſit nouo iure rumpere prius perfectum etiam filio præterito ſe abſtinente, atque rumperet ſi filius in medio non eſſet. Vt enim rumpatur prius teſtamentum perfectum per poſterius in quo inſtituti ſunt venientes ab inteſtato ex nouo iure ciuili eſt, non autem ex iure prætorio. Iure autem ciuili neque in ſuis, neque in agnatis ſucceſſio eſt, *l. 1. §. ſciendum. D. de ſuis & legit. §. placebat inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ.* Vnus ergo ille caſus ſupereſt, qui à nobis propoſitus & explicatus fuit, quem ad Caij reſponſum accommodare poſſis: Si ponas in poſteriore teſtamento liberos fuiſſe inſtitutos, excepto eo, qui fuit præteritus. Sed non eſt Caius ad hunc caſum coarctandus, cùm idem poſſit contingere pluribus caſibus etiam extraneo herede in poſterioribus tabulis imperfectis inſtituto, vt proximè annotauimus: quod tamen nemo ante nos fortaſſis obſeruauit.

ERROR

ERROR III.

De teſtamento poſteriore in quo filius eſt præteritus, an rumpat prius.

SVMMARIA.

1 *Bartolus & eius ſequaces falsò autumant per teſtamentum ſecundum, in quo filius eſt præteritus, ſi in eo ſcripti ſint venientes ab inteſtato rumpi teſtamentum prius & n. 5.*

2 *Cur Caius in l. ſi duobus §. ſi prius D. de bonorum poſſ contr. tab. det bonorum poſſeſſionem filio præterito.*

3 *In caſu d. l. ruptum non eſſe teſtamentum prius per poſterius.*

4 *Quid inquirendum in reſponſo Caij.*

6 *Erronea Bartoli dicentis d. §. ſi prius. debere intelligi de emancipato, interpretatio.*

7 *Filij emancipati præteritione neque nullum neque iniuſtum fieri poteſt teſtamentum.*

EX his apparet, reſponſum illud Caij in *d. leg. ſi duobus.* 12. *§. ſi prius D. de bon poſſ. contr. tabul.* Non pertinere ad propoſitam diſputationem. De priore teſtamento perfecto rumpendo per poſterius in quo inſtituti ſint venientes ab inteſtato, longéque aliam eſſe Caij & ſententiam & rationem quàm vulgo exiſtimetur. Sic enim
1 noſtri ſentiunt poſt Bartolum †ad eum locum per teſtamentum ſecundum in quo filius eſt præteritus ſi in eo ſcripti ſint venientes ab inteſtato, rumpi teſtamentũ prius, quod omninò falſum eſt. Non enim dat Caius
2 † bonorum poſſeſſionem contra tabulas filio præterito ratione illa quod teſtamentum prius ruptum ſit per poſterius in quo inſtituti ſint venientes ab inteſtato, ſed quia multis modis contingere poteſt, vt quamuis prius teſtamentum non ſit ruptum per poſterius, potiores tamen eſſe debeant qui ſcripti ſunt in priore, vt in omnibus illis caſibus proximo capite relatis: Et inter ceteros cùm per inſtitutionem factam in ſecundo teſtamento euacuata exheredatione quæ facta fuerat in primo cœpit prius teſtamentum eſſe imperfectum, quod ab initio fuerat perfectum, vt proinde nil fuerit neceſſe illud rumpi, quemadmodum ſupra explicauimus. Itaque ſi poneres in teſtamẽto illo poſteriore non fuiſſe adhibitos ſeptem teſtes, datétne Caius filio præterito bonorum poſſeſſionem cùm requirat omnimodo vt ſeptem teſtium ſignis ſint ſignatæ, neque ex iis tabulis aditi poſſet hereditas iure ciuili cùm non valeant ipſo iure, propter filij præteritionem. Bonorum igitur poſſeſſio contra tabulas illas poſteriores dari non poſſet, quia non datur, niſi contra eas ex quibus vel aditi poteſt hereditas vel bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas peti *dict. leg. quod vulgo.* Contra priores verò tabulas in quibus filius fuerat exheredatus multo minùs, quia ſiue dicamùs, eas corruere & euacuati per inſtitutionẽ in poſteriores collatam aliorum liberorum qui in prioribus fuerant exheredati, eadem ratio locum habet quam proximè attulimus, ne rumpi poſſint per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quippe quæ non datur niſi aduerſus eas tabulas ex quibus vel aditi hereditas iure ciuili, vel bonorum poſſeſſio agnoſci iure prætorio poſſit. Siue priores illas tabulas ſubſiſtere velimus, ſubſiſtere quoque exheredationem neceſſe eſt quæ filium exheredatum facit indignum beneficio prætoris, *dict. leg. non putauit.* Cui conſequens eſſet etiam hodie quod Caius non obſcurè innuit vt eo caſu filius in prioribus tabulis exheredatus in poſterioribus præteritus omnino excluderetur, quia ſcilicet in poſteriore teſtamento ſcripti heredes non poſſent eſſe potiores, quantumuis eſſent ex liberis. Priores namque intelligere debemus eos demum qui ſuccedant tanquam ex teſtamento non qui ſuccedant ab inteſtato. Quomodo enim poſſent ſuccedere ab inteſtato ſubſiſtente priore alio teſtamento in quo iidem fuiſſent exheredati? Aut quid commune habet cum iure dandæ bonorum poſſeſſionis contra tabulas, quod, qui in iis tabulis inſtituti fuerint, poſſint ſuccedere ab inteſtato, cùm per eam bonorum poſſeſſionem contra tabulas ſuccedatur, vt diximus, ex teſtamento? Neque verò Caius in toto illo reſponſo quicquam exprimit de venientibus ab inteſtato. Tantum abeſt vt quod ait de obtinenda hereditate per heredes in poſteriore teſtamento ſcriptos debeat intelligi de illa ab inteſtato obtinenda, quod proculdubio Caij temporibus nullo caſu poterat euenire. Cum igitur eo caſu quo heredes in poſteriore teſtamento ſcripti hereditatem ex eo teſtamento obtinere non poſſunt neque ciuili iure, neque prætorio, velit Caius filium præteritum excludi, Apparet non eſſe igitur hoc caſu ruptum † teſtamentum prius per poſterius minus ſolenne etiam in quo inſtituti ſunt venientes ab inteſtato, quia ſi ruptum eſſet prius, haud dubiè filius præteritus non excluderetur à paterna ſucceſſione, ſed ad eam admitteretur, adéoque citra bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quia neque noceret ei poſterius teſtamentum quod eſſet nullum ratione præteritionis, neque prius quod per poſterius ruptum eſſet. At excludi filium vult Caius, ſi poſteriore teſtamento ſcripti heredes non ſint futuri ex eo teſtamento potiores. Non igitur habet prius teſtamentum pro rupto per poſterius, nec ſi ſeptem teſtium ſigna adeſſent, quia defectus ſolennitatis teſtium, licèt maius vicium ſit, quàm vitium præteritionis ſui heredis, quantum ad prætorem in iure dandæ bonorum poſſeſſionis ſecundùm tabulas, quæ ſiue cum re, ſiue ſine re futura ſit, non tamen potentior eſt ad impediendum ne venientes ab inteſtato in eiuſmodi teſtamento imperfecto inſtituti poſſint ſuccedere ab inteſtato, vt conſtat ex *dict. leg. hac conſultiſſima. paragrapho vltim.* vbi hic nominatim caſus traditur de teſtamento in quo non adfuerint niſi quinque teſtes. Ergo in illo Caij † reſponſo non illud inquirendum eſt quod vnum inquirunt interpretes. An in 4
poſteriore teſtamento inſtituti ſint venientes ab inteſtato vt eo magis minúſve prius teſtamentum rumpatur. Sed illud tantum an poſteriore teſtamento ſcripti heredes futuri ſint in ea hereditate potiores & quidem ex eo ipſo teſtamento in quo fuerunt inſtituti, ſcilicet vel adeundo hereditatem iure ciuili, vel ſaltem petendo bonorum poſſeſſionem ſecudùm tabulas cum re. Non tanquam rupto priore per poſterius: ſed tanquam euacuata exheredatione per mutatam patris voluntatem, qui eoſdem filios in poſteriore inſtituit quos in priore voluerat exheredatos, ſi ponas in poſteriore inſtitutos fuiſſe liberos. Aut tanquam extincto aliqua ratione vel debilitato iure heredum in priore teſtamento inſtitutorum, ſi ponas etiam extraneos in poſteriore fuiſſe inſtitutos. Itaque finge in poſteriore inſtitutos fuiſſe liberos, qui, vt paſſim hodie fit circa fœminas, excluſi fuerint à ſucceſſione inteſtati aut per iuratam renunciationem, factam ex iuſta cauſa præceptæ forſitan portionis, aut per ſtatutum. Nullus erit eorum fauor neque ad ſuccedendum ab inteſtato: neque ad rumpendum prius teſtamentum fauore ſucceſſionis inteſtati. Et tamen ſi ponas eoſdem liberos in priore teſtamento fuiſſe omnes exheredatos, in poſteriore verò vnum ex iis præteritum reliquis omnibus inſtitutis, non dubitabo quin idem Caij reſponſum habere locum debeat fauore filij præteriti, vt

perinde danda sit ei bonorum possessio contra tabulas quia æquè verum est ipsius fratres in posteriore institutos & qui in priore fuerant exheredati fore potiores heredibus extraneis in priore institutis. Cùm iis sufficiat quod habent tabulas septem testium signis signatas, vt secundùm eas bonorum possessionem accipere possint, & quidem futuram cum re, propter purgatam per posteriorem institutionem exheredationis notam, quæ aspersa fuerat in priore testamento. E contrario finge testamentum posterius esse imperfectum non propter præteritionem filij, sed propter non adhibitam testium solemnitatem, ita vt ex eo neque adiri hereditas possit, neque peri bonorum possessio secundùm tabulas, in eóque institutos fuisse proximos agnatos nullis liberis existentibus. Erunt proculdubio ex iuris ratione potiores heredes in priore testamento instituti quantumuis extranei, cùm ex iis tabulis quæ non habent solemnem numerum testium, neque adiri hereditas iure ciuili possit, neque bonorum possessio peri iure prætorio: tametsi non possit hoc casu tractari de bonorum possessione contra tabulas quæ non nisi liberis datur. Non igitur solus fauor venientium ab intestato potest facere vt prius testamentum alioqui perfectum rumpatur per posterius imperfectum, si nihil nisi eam iuris rationem inuestigemus, quæ Caij temporibus obtinebat, sumpta Theodosianæ constitutionis potestate, quæ hac in re nouum ius sine dubio fecit.
5 Itaque quod vult Bartolus, † putátque probari omnino ex *dict. §. si prius*. Per testamentum secundum in quo filius sit præteritus si in eo scripti sint venientes ab intestato, rumpi testamentum prius, certè falsum si ad ius Pandectarum referatur, sed & quod magis est, etiam post Theodosij constitutionem æquè falsum id reperitur, cùm Theodosij constitutio casum hunc non complectatur quo testamentum posterius sit imperfectum propter vnius ex liberis præteritionem, neque verò per interpretationem ad eum extendi possit, quia implicat contradictionem, vt ab intestato custodiatur voluntas patris qui vnum ex liberis præteriit, nisi ponas talem esse personam præteritam quæ ab intestato succedere non possit, excluſam fortè à successione intestati, vt diximus, aut per statutum, aut per iuratam renuntiationem. Hoc enim casu talis personæ præteritio, etsi imperfectum & iniustum faceret testamentum secundùm ea, quæ nos disputauimus aduersus contrariam interpretum nostrorum traditionem *Decad.* 14. *Error*..... non tamen posset impedire ne ab intestato ij soli succedere deberent qui reperirentur instituti, nec proinde quia prius testamentum perfectum per posterius quantumlibet imperfectum rumperetur siue illud tantum faceret posterius imperfectum, quod præterita esset aliqua persona ex iis quæ iure ciuili debuerant vel instituí vel exheredari, siue illud etiam concurreret, quod aliqua deesset ex cæteris solemnitatibus testamentorum, præsertim circa testium vel numerum vel signacula, vel subscriptiones. Suauiter igitur non minus quàm verè Bartolus ad *dict. §. si prius*, fatetur nescire se alibi casum similem, aut alium iuris locum quo probari possit rumpi testamentum prius per posterius in quo filius sit præteritus si in eo scripti sint venientes ab intestato: Sed illud addere debuerat ne quidem ex illo iuris loco probari posse tam falsam conclusionem, quæ nullo alio iuris loco probetur, plurimis verò improbetur. Maximè verò ex *leg. si filius qui in potestate. 7. D. de liber. & posthum.* vbi Paulus diserté scribit, Si filius qui in potestate est præteritus sit, etiamsi postea viuo patre decedat non valere testamentum nec superius rumpi. Quod & ad eum locum Bartolus ipse fatetur, post glossam. Respondens ad *dict. §. si prius*, qui vl-
6 de obstare videbatur, loqui † eo loco Caium de præterito filio emancipato non de suo herede, quod tamen omnino ridiculum est, ab eodem ipso Bart. ad *dict. §. si prius*, bene reprehensum. Si quid enim toto in iure certum est, illud est certissimum, filij emancipati † præteritione, neque nullum neque iniustum fieri
7 testamentum, nec proinde dubitari posse quin per secundum testamentum in quo filius emancipatus præteritus fuit, si cætetas habeat solemnitates, ruptum sit prius quantumcunque perfectum. Cui consequenter fatendum est filio præterito emancipato competere hoc casu omnimodo & indistinctè bonorum possessionem contra tabulas, neque necessariam aut accommodatam fore distinctionem illam, quam tamen ponit Caius in *dict. §. si prius*, tanquam ex iuris ratione omnino necessariam. Vt vel ex hoc maxime appareat tractari à Caio casum illum, quo testamentum prius non sit ruptum per posterius, quia si esset ruptum nullus distinctioni locus relinqueretur, quia contra posteriores tabulas dari filio præterito bonorum possessio deberet. Et quamuis exigat Caius vt posteriore testamento scripti heredes sint potiores, non ideo tamen exigit vt prius testamentum sit ruptum (in quo vno Bartolus aliique interpretes decipiuntur) cum fieri possit, vt saluis viribus prioris testamenti potiores nihilominus sint heredes scripti in posteriore, quemadmodum à nobis suprà explicatum est. Sed ad refellendas alias ab aliis allatas ad Caium interpretationes veniamus.

ERROR IV.

De filio in posterioribus tabulis præterito, qui per querelam inofficiosi rupit priores in quibus fuerat exheredatus.

SVMMARIA.

1 *Interpretatio dict. §. si prius, allata à P. Paulo Parisio.*
2 *Eiusdem interpretationis refutatio.*
3 *Querela inofficiosi testamenti & bonorum possessionis contra tabulas differentia.*
4 *Querela inofficiosi testamenti & bonorum possessio contra tabulas in eandem personam nunquam concurrunt.*
5 *Bonorum possessio contra tabulas nunquam est sine re, & sine effectu.*
6 *Responsio pro Parisio euertitur.*
7 *Distinctio Caij in d. §. prius quò pertineat.*
8 *In specie d. §. si prius, nullo casu potest concurrere bonorum possessio contra tabulas cum querela inofficiosi testamenti.*
9 *Ratio qua probat Parisius rupto per querelam primo testamento adhuc vtilem esse bonorum possessionem contra tabulas, & eiusdem refutatio.*
10 *Querela inofficiosi effectus.*
11 *Bonorum possessio secundum tabulas quomodo à prætore detur.*
12 *Non aditio hereditatis non est modus rumpendi testamentum.*
13 *Quodnam testamentum dicatur destitui per non aditionem.*
14 *Nunquam eiusdem hominis hereditas ex diuersis testamentis aditur.*
15 *Lex duo eiusdem hominis testamenta nunquam confirmat, exceptis militaribus.*
16 *Lex nihil vnquam agit sub conditione.*
17 *Secundum quas tabulas prætor det bonorum possessionem: & quid in ea danda inspiciat.*
18 *De præterita testamenti confirmatione.*
19 *Confirmari testamentum à lege vel prætore quid sit.*

20 *Delatio hereditatis sine bon. possessionis est iuris, agnitio vero & acquisitio facti: & quomodo differant quæ iuris quæque facti sunt.*

21 *Quando det prætorbon. possessionem secundum tabulas ex eo testamento in quo suus heres est præteritus.*

22 *Parisij hallucinatio in Caio interpretando, & quam malè distinctionem Caij intellexit.*

INeet cæteras ad Caium interpretationes quas adferunt, qui Bartolo subtiles videri volunt in interpretatione *d.§.si prius. l. si duobus.* 12. *D. de bon. possess. cont. tabul.* subtilissima videtur illa quam primus, quod sciam tradidit Petrus Paulus Parisius † in additionibus suis ad Bart. in *l.si filius qui in potestate 7. D. de lib. & posthum.* vbi neglectis Alexandri solutionibus, iactitat habere se nouum, & vt loquitur peregrinum intellectum. Ait autem quod & nos iam scripseramus capite præcedente, antequàm additionem illam vidissemus: non ita Caium loqui in *dict.§.si prius*, vt dicat quod cæteri omnes interpretes absurdè præsupponunt cum Bartolo, Per testamentum posterius in quo suus heres præteritus fuerit, rumpi prius: sed hoc tantùm scribere. Si filius qui in primo testamento exheredatus fuerat, in secundo fuerit præteritus, tunc demum posse illum petere bonorum possessionem contra posteriores tabulas, quando remoto filio scripti in secundo possent petere secundùm tabulas, ita vt essent potiores. Hoc verò, inquit, facile potest fieri etiamsi prius testamentum non sit ruptum per posterius, si quo alio modo rumpatur, puta si filius in primo exheredatus contra illud querelam proposuerit & obtinuerit: quia tunc, inquit, petet contra tabulas, quoniam remoto filio instituti in secundo haberent bonorum possessionem secundùm tabulas. Addit, *vel si primum rumpatur, quia hereditas non adeatur: quo casu erit idem, Et sic antequàm filius intentet querelã, si rumpat testamentum, non potest petere contra tabulas.* Itaque in eo dissentit quidem Parisius à cæteris, quod ad dandam filio in posterioribus tabulis præterito bonorum possessionem contra tabulas, non requirit quod illi requirunt, vt prius testamentum ruptum sit per posterius, sed in eo tamen cum illis conuenit quod vult necessarium esse, vt prius testamentum ruptum sit antequàm possit dari filio præterito bonorum possessio contra secundum. Duos autem illos casus adfert quibus testamentum prius rumpatur, vnum per querelam inofficiosi testamenti, alium verò per non additionem hereditatis. Malè † in omnibus nisi in eo quod nobis consentit. 2 Caius enim vt det filio præterito bonorum possessionem contra tabulas, non magis exigit vt prius testamentum aliquo modo ruptum sit, quàm vt per posterius ruptum probetur, sed illud tantùm requirit, vt posteriore testamento scripti heredes sint potiores iis qui in priore scripti fuerunt, quod nos in præcedentibus iam ostendimus facilè fieri posse saluo quoque priore testamento, nec vno tantùm casu, sed pluribus quos hîc inculcare nil est necesse. Deinde si ponas filium hunc in posteriore testamento præteritum, qui in priore fuerat exheredatus, proposuisse querelam inofficiosi testamenti contra prius testamentum & obtinuisse, dico fieri postea nullo modo, nullóque casu posse, vt hic idem filius petere possit bonorum possessionem contra posterius testamentum. Etsi enim scio differre querelam † inofficiosi testamenti à bonorum possessione contra tabulas, cùm in aliis multis, tum in eo 3 maximè quod qui petit contra tabulas & rumpendo succedit, & succedendo rumpit, qui verò proponit querelam inofficiosi, rumpit quidem testamentum si obtineat, sed non eo magis succedit, at facit tantum sibi locum, aut alij qui sit in gradu succedendi, vt habeat viam apertam ad succedendum ab intestato, *leg. posthumus. 6. D. de inofficioso testamento.* Hoc tamen defendo, querelam † inofficiosi testamenti cum bonorum possessione contra tabulas in eandem personam con- 4 currere nunquam posse, & eum qui proposuerit querelam si obtinuit non posse amplius petere contra tabulas, quemadmodum è contrario qui petit bonorum possessionem contra tabulas, nunquam indiget querela ad succedendum: quod vtrumque probatur non malè ex *leg. non putauit. 8. D. de bonor possessio. contr. tabul.* Ratio est, quia per bonorum possessionem contra tabulas succeditur ex testamento. Per querelam autem inofficiosi testamenti non aperitur via nisi successioni intestati, fieri verò nequit vt in eadem hereditate, & ex testamento & ab intestato succedatur, non magis quam vt quis decedat pro parte testatus, & pro parte intestatus. Item quia rupto per inofficiosi querelam testamento, atque ita aperto iure succedendi ab intestato non potest amplius hereditas adiri ex testamento, aut bonorum possessio secundùm tabulas peti: nec igitur peti bonorum possessio contra tabulas, quæ sine effectu foret, vt inquit Iureconsultus *in l. quod vulgo. 19. eodem titul. de cont. tabul.* Hæc enim bonorum possessio contra tabulas nunquam est sine re, & sine effectu. Effectus porro alius esse non potest, quàm vt rumpat testamentum, cuius tamen rumpendi neque ratio, neque 5 necessitas vlla subest postquam succedi iam potest ab intestato. Nec est quod quis pro Parisio † respondeat, 6 ista procedere ratione vnius & eiusdem testamenti. At nos eum casum tractare in quo plura sint testamenta, quorum altero rupto per querelam nihil prohibeat alterum quoque postea rumpi per contra tabulas. Nam immo verò non magis hoc fieri potest circa plura testamenta, quàm circa vnum & idem testamentum, sicut nec fieri vllomodo potest, vt quis decedat cum pluribus testamentis. Nec enim aliud testamentum per querelam rumpi potest, quàm illud demum quo rupto possit succedi ab intestato, ac proinde post quod ruptum non superfit aliud testamentum rumpendum vt succedatur, siue ex testamento per contra tabulas, siue ab intestato. Et illa Caij † distinctio in *dict. §. si prius*, an heredes in 7 posteriore testamento scripti sint potiores heredibus in priore scriptis necne, vt priore casu filius præteritus in posteriore testamento. & exheredatus in primo admittatur ad bonorum possessionem contra tabulas, posteriore verò casu excludatur. Non aliò pertinet quam vt intelligamus eo casu quo heredes in secundo testamento potiores futuri sint, non indigere filium querela inofficiosi testamenti, neque contra istos à quibus non fuit exheredatus, sed præteritus, neque contra heredes in primo testamento scriptos, quippe quos pro victis haberi oporteat hoc ipso quod filius alios heredes vicerit, à quibus ipsi vincantur. Sufficere igitur vt filius hic contra posteriores tabulas agnoscat bonorum possessionem. Contrà autem, illo casu quo heredes in primo testamento scripti potiores futuri non sint, inutilem fore filio præterito bonorum possessionem contra tabulas, siue contra istos à quibus fuit ex heredatus, siue contra instituros in secundo testamento, cùm nihil possit ei prodesse victoria aduersus eos obtenta, qui ipsi nihil vnquam iuris in ea hereditate, aut habuissent, aut habere potuissent. Sufficere igitur huic filio vt proponat inofficiosi querelam aduersus heredes in priore testamento scriptos, à quibus fuit ipse exheredatus. Ita fit vt in † specie *dict. §. si prius*, nullo casu possit con- 8 currere bonorum possessio contra tabulas, cum querela inofficiosi testamenti, siue potiores futuri sint remoto filio heredes illi qui in priore testamento scripti sunt, siue qui in posteriore. Ratio autem † quã adfert Parisius, vt probet rupto per querelam primo testamento, posse ad-

huc vtilem esse bonorum possessionem contra tabulas, quoniã, inquit, rupto priore testamento pollens qui in secũdo institutus fũt agnoscere filio remoto bonorũ possessionem secundum tabulas, euidenter falsa est: cùm nullo iuris loco scriptum sit post propositam inofficioti querelam quæ obtinuerit posse adhuc locum esse agnoscendæ bonorum possessionis secundum tabulas, siue in fauorem ipsius heredis qui victus sit, siue in fauorem alterius, pro ea scilicet parte hereditatis, pro qua factus sit per querelam locus successioni intestati. Alterutrum enim omnino euenire necesse est, vt vel inofficiosi querela prorsus sit inanis & elusoria, vel vt viam aperiat successioni ab intestato. Siquidem non
10 alium effectum † habet quàm vt pro ea saltem hereditatis parte pro qua proponitur, patremfamilias faciat intestatum. *l. circa.* 24. *l. Titia.* 13. *& pass. D. de inoff. testament.* Patremfamilias autem facto intestato posse dari à prætore bonorum possessionem secundum tabulas planè inauditum est, & tam absurdũ vt nihil dici possit absurdius. Quamquam enim prætor eam bonorum † possessionem facilè dat & de plano, ac sine vlla causæ
11 cognitione, vnde etiam fit vt ea plerunque sit sine re, quemadmodum sæpius diximus ex Vlpiano in *tit. de bonorum possession.* nunquam tamẽ eam prætor dat quin possit aliquo casu esse cum re & effectu: ne alioqui edictum & beneficium prætoris, non tantum ei qui inanem bonorum possessionem peteret, sed ipsi quoque prætori ludibrio esse videretur. Atqui nullo casu potest bonorum possessio secundum tabulas esse cum re, posteaquàm aperta est via succedendi ab intestato. Nullo igitur casu fieri potest, vt post querelam inofficiosi propositam quæ vicerit, tractari amplius possit de danda secundum tabulas bonorum possessione, nec proinde de bonorum possessione contra tabulas, cuius nimirum ius tamdiu duntaxat durat, quamdiu ius bonorum possessionis secundum tabulas, cùm per vtramque perinde succedatur ex testamento. Quod verò addit Parisius secundum casum, *Si prius testamentum ideo rumpatur, quod ex eo hereditas non adeatur*, non solùm imprudenter, sed etiam valde imperitè à tanto viro dictum mihi videtur. Non solùm quia non est hic modus †
12 rumpendi testamenti, si hereditas ex eo non adeatur, quandoquidem tale testamentum destitui dicitur, aut irritum fieri, non rumpi, quod longe diuersum est *l. 1. D. de inuoff. rupt.* Sed etiam, quia illud demum testamentum †
13 dicitur destitui & irritum fieri per non additionem, ex quo adiri hereditas potuit aliquando. Atqui
14 nunquam fieri potest, vt eiusdem hominis † hereditas ex diuersis testamentis adiri possit, nec si vnus idémque heres in pluribus testamentis scriptus proponatur: multo minùs si ex diuersis testamentis, diuersi sint heredes. Ergo tacendum est in specie *d. §. si prius*, vel adiri hereditatem nunquam potuisse ex priore testamẽto, vel si adiri potuit aliquando, non ob id magis posse adiri ex secundo, quod desierit posse adiri ex primo. Non enim ex alio adiri vnquam potest, quàm quod
15 fuerit confirmatum per legem moriente testatore, † lex autem neque duo eiusdem hominis testamenta vnquã confirmat, si excipias militaria. *l. militis codicillis. 36. §. 1. D. de testamen. milit.* neque pluribus factis testamentis vnquam confirmat posterius sub ea conditione, si ex
16 priore nemo hereditatem adibit, quia nihil lex † vnquam agit sub conditione, sed semper purè & in ipso instanti mortis, ita vt testamentum quod non confirmatur in eo instanti in quo testator moritur, confirmari postea nunquam possit. Dices fortasse, aliud esse de additione hereditatis, aliud verò de agnitione bonorum possessionis secundum tabulas disputare, & facilius esse vt secundum posteriores tabulas detur bonorum possessio etiam futura cum re, si ex prioribus hereditas adiri posse desierit, quàm vt ex posterioribus tabulis, quas lex nunquam confirmauerit, possit fieri additio, quæ est ex iure ciuili, & ex lege. Ego verò contendo nihil prorsus hac parte interesse, quia neque secundum † alias tabulas bonorum pos- 17
sessionem prætor dat, quàm quæ inspecto tempore mortis confirmatæ sint, vel à lege, vel saltem ab ipso prætore. Vnde etiam fit vt in danda eiusmodi bonorum possessione illud potissimum inspicere prætor soleat, an testator eo mortis tempore habuerit testamenti factionem *l. 1. §. sufficit D. de bonor. possess. secund. tabul.* Prætor † autem nunquam confirmat duo eiusdem ho- 18
minis testamenta non magis quàm lex. Cùmque non possit non confirmare testamentum prius, quod iure factum fuisse ponimus, ex eóque bonorum possessionem secundum tabulas deferre, etiam quæ cum re & effectu omnimodò sit futura, consequens est vt posterius testamentum in quo suus heres præteritus reperitur, confirmare nec possit nec debeat, neque ex eo bonorum possessionem secundum tabulas deferre, quàm alioqui eodem tempore deferret ex diuersis testamentis. Eodem tempore, quoniam siquando bonorum possessio secundum tabulas ex aliquo, siue priore, siue posteriore testamento defertur, eam necesse est non dico agnosci, sed deferri edicto prætoris, vel in ipso instanti mortis, vel nunquam. Deferri enim ex priore pure, ex posteriore verò sub ea veluti conditione: Si ex priore, neque aditi hereditas, neque bon. possessio secũdum tabulas peti poterit. quomodo Parisius intellexit, nullomodo potest. Confirmari. n. testamentum à lege, non illud est, Adiri ex eo hereditatem, sed tantùm adiri 19
quandoque posse: sicut & confirmari testamentum à prætore, non illud est, Bonorum possessionem secundum eas tabulas statim dari, sed aliquando posse. Planè, deferri statim vtramque hereditatem scilicet à lege, bonorum possessionem à prætore: quoniam delatio, † 20
siue hereditatis, siue bonorum possessionis est iuris, agnitio verò & acquisitio facti. Quæ iuris sunt, fiunt statim & purè, quæ verò facti in tempore. Neque simile est quod ex eo quoque testamento, † in quo suus he- 21
res præteritus sit, si modo habet septem testiũ signa & subscriptiones, nec aliud quicquam obstet, prætor dat secundum tabulas bonorum possessionem, adeóque futuram cum re si frater præteritus iure suo vti, partémque suam fratribus auocare nolit. *l. filio præterito. 17. D. de inoff. rupt.* Id enim fit cum aliud testamentum nullum est, quod à lege vel à prætore confirmari possit, non etiam cùm aliud testamentum extat iure factum, cuius confirmationem, ex eóque delationem bonorum possessionis secundum tabulas nihil impedire possit, siue ciuili, siue prætorio iure. Denique facilius est vt testamentum imperfectum ex æquitate tueatur prætor cùm illud vnicum est, quàm vt eo casu quo aliud testamentum præcedit iustum & perfectum, quod tamen euerti necesse sit priusquàm posterior ratio aliqua haberi possit. Quid enim ageret prætor tuendo testamentum imperfectum, vt euerteret perfectum? Si vtrumque tueri & confirmare posset, faceret sanè pro sua æquitate, sed cùm non nisi alterutrum tueri possit & debeat, etiam ad deferendam ex eo bonorum possessionem secundum tabulas, nihil aliud facere potest quàm vt perfectum tueatur, imperfectum verò penitus desetat. Neque igitur hoc casu deferet vnquam bonorum possessionem contra posteriores tabulas imperfectas, secundum quas è contrario bonorum possessionem dare nunquam posset. In eo autem egregiè hallucinatur † Parisius, quod Caium sic intelligit, acsi diceret in 22
specie *d. §. si prius*, eo demum tempore posse filium præteritum in secundo testamento petere bonorum possessionem contra tabulas, quando iam ruptum fuerit prius testamentum, per querelam aut per non additionem. Cum tamen distinctio, quam Caius adhibet, casuum denotet diuersitatem non etiam temporum in eodem casu. Distinguit enim an casus

talis

talis sit, in quo heredes posteriore testamento scripti possint esse potiores ab initio & eo tempore inspecto, quo testamentum confirmari necesse est, & ciuili iure & prætorio, vel nunquam: an verò casus talis sit in quo ij qui posteriore testamento scripti sunt, nunquam possint esse potiores: vt priore demum casu possit filio prætetito vtilis esse bonorum possessio contra tabulas non etiam posteriore. At Parisius nulla casuum facta distinctione distinguit tantum tempora in hunc modum; an filius præteritus velit petere bonorum possessionem contra posteriores tabulas eo tempore quo prius testamentum nondum fuerit ruptum per querelam aut destitutum, an postea, vt si postea sit audiendus, si antea non item: quæ distinctio prorsus alia est, & à Iureconsulti sensu aliena. Nam illa casuum distinctio quam Caius fecit, eò pertinet, vt vno casu audiendus sit omni tempore filius præteritus petens contra tabulas bonorum possessionem, id est, etiamsi incipiat ab ea bonorum possessionis petitione, nec vnquam id egerit aut expectauerit vt prius testamentum, vel rumperetur, vel destitueretur, scilicet si potiores in ea hereditate futuri sint posteriore testamento scripti heredes. Alio autem casu, id est, si non sint isti potiores futuri, nullo tempore audiendus sit hic filius, petens bonorum possessionem contra tabulas, id est, nec si egerit querela, & obtinuerit aut expectauerit, vt prius testamentum iritum fieret ac destitutum: quia bonorum possessionem contra tabulas, sicut & eam, quæ secundum tabulas defertur, necesse est, vel competere ex ipso instanti mortis, vel nunquam. Nempe cuius non possit ius ex aliquo futuro euentu pendere, non magis quàm confirmatio ipsa posterioris testamenti. Illud etiam Parisij interpretationem destruit, quod Caius vt filio in posterioribus tabulis præterito det bonorum possessionem contra tabulas requirit vt heredes in iis tabulis scripti potiores sint in ea hereditate *filio remoto*, id est, subducta persona filij præteriti, & supposito quod filius hic præteritus nolit vti iure suo, ita vt tota de hereditate controuersia non inter alios discutienda superstit, quàm inter eos qui scripti sunt in priore testamento & eos qui in posteriore. At Parisius sic Caium intelligit, vt filij præteriti personam factúmque interuenire necesse sit ad victoriam posterioribus heredibus contra priores comparandam. Quis enim præter filium ipsum proponere querelam possit ad rumpendum prius testamentum? Ita fit vt secundum Parisij interpretationem posteriore testamento scripti heredes potiores sint heredibus scriptis in priore *propter filium*, quos tamen Caius vult potiores esse pro suo iure *filio remoto*, id est, tales qui à filio quidem ipso vinci possint, sed qui tamen possint & ipsi vincere heredes in priore testamento scriptos, & hereditatem obtinere si filius non se interponat. Nunc iudicium esto Doctorum omnium an Parisius melius & feliciùs quàm Bartolus Caij sententiam sit assecutus.

ERROR V.

De testamento in quo suus heres præteritus est, & instituti sunt venientes ab intestato, an interim valeat de iure ciuili, donec filius dicat nullum.

SVMMARIA.

1 *Bartolus censet testamentum in quo filius est præteritus, si instituti sint venientes ab intestato valere interim de iure ciuili, donec filium dicat nullum.*

2 *D. Sententia Bartoli refutatio.*

3 *Ex testamentorum solemnitate vna hæc est, vt liberi in potestate instituantur vel exheredentur.*

4 *Testamentum solemnitates non aliunde pendent quàm à lege.*

5 *Restrictionem propositionis n. 1. propositæ allatam à Bartolo à iure alienam esse.*

6 *An sit vllus fauor testamentorum in quibus instituuntur venientes ab intestato.*

7 *Bartolum suam sententiam perperam adstruere ex d. §. si prius.*

8 *Conciliatio l. si duob. §. si prius. D. de bon. poss. contr. tabul. & l. si filius 7. D. liber. & post. à Bartolo allata quàm sit inepta & falsa.*

9 *Responsio Bartoli ad l. filio 17. D. de iniust. rupt. & eius euersio.*

10 *Testamentum in quo filius præteritus est etiam fatente Bartolo tale est vt nunquam ex eo possit adiri hereditas.*

11 *Nec conualescit ex æquitate prætoria per filij approbationem.*

12 *Se abstinente filio: quomodo defendatur ex æquo & bono testamentum, in quo filius fuit præteritus.*

13 *Erronea sectatorum Bartoli sententia defendentium testamentum in quo filius in potestate est præteritus conualescere iure prætorio per solam filij abstentionem.*

14 *Cùm filius præteritus iure suo vtitur, & auocat hereditatis partem, ex eiusmodi testamento prætor non potest amplius dare bon. possessionem secundum tabulas.*

15 *Error alius Bartoli in productione constitutionis Theodosij de testamentis parentum imperfectis.*

EST hoc etiam vnum ex notabilibus † Bartoli ad *d. l. si duobus* 12. §. *si prius. D. de bonor. possess. contr. tabul.* Testamentum in quo filius est præteritus, si in eo instituti sint venientes ab intestato valere interim de iure ciuili, donec filius dicat nullum. Sic enim ille ad *dict. §. si prius, num.* 3. Notabile † sanè notabilissimum, si tam esset verum, quàm euidenter falsum est. Pugnat enim cum certissimis principiis iuris, quæ testamentum patris in quo filius in potestate præteritus sit, nullo prorsus casu nullóque tempore valere patiuntur, nec si filius ille præteritus decedat viuo patre, vt in præcedentibus diximus *l. si filius qui in potestate 7. D. de liber. & posthum.* Est namque hæc vna † ex testamentorum solemnitatibus & quidem præcipua, vt liberi omnes, qui vel testamenti, vel mortis tempore in patris potestate reperiuntur, omnimodo sint, vel instituendi, vel exheredandi, *l. 1. & 3. D. de iniust. rupt. l. Gallus* 29. §. *in omnibus, & l. seq. D. de liber. & posthum.* Cúmque solemnitates † testamentorum non aliunde pendeant quàm à lege ipsa quæ & eas induxit, & his veluti angustius testandi licentiam constringi voluit, *l. testandi* 13. *Cod. de testam.* quid, obsecro, absurdius esse potest, quàm existimare in filij præteriti arbitrio & potestate esse an tale testamentum valeat necne? Ita namque fieret vt iuris ciuilis autoritas ex hominis voluntate penderet, quod prudentes nunquam admitterent, *l. ordine* 15. *D. ad municip.* Neque verò Bartolus ipse audet hoc dicere, Testamentum in quo filius in potestate præteritus sit, interim valere donec filius dicat nullum, sed propositionem hanc vt minùs † absurdam faciat, restringit ad eum casum quo in huiusmodi testamento instituti sint venientes ab intestato. Quasi omnium fauorabilissima sint huiusmodi testamenta, ex quibus hereditas defertur iis, qui etiamsi non essent instituti, ab intestato tamen successuri essent. Sed tamen in hoc quoque nec minùs apertè labitur. Fauor enim horum testamentorum, † in quibus instituuntur illi qui ab intestato essent successuri, planè

planè nullus eſt ſi iuris ratio veterúmque prudentum autoritas conſulatur: cum primus Theodoſius conſtituerit in *l. hac conſultiſſima* 21. *§. vlt. C. de teſtam.* vt per tale teſtamentum etiam imperfectum rumpatur prius quantumlibet iure validum & perfectum. Theodoſius verò etſi inuita iuriſprudentia huiuſmodi teſtamentis fauere voluit, hactenus tamen iis fauendum eſſe putauit, vt prius teſtamentum poſſint rumpere, & defuncti voluntas ex iis, ſi quinque teſtes habeant tuenda ſit, at non etiam vt valeant quaſi teſtamenta, cum verbis conſtitutionis manifeſtè contineatur, vt valeant iure duntaxat vltimæ voluntatis ab inteſtato. Non igitur ex ea Theodoſij lege argumentum ſumi poteſt pro Bartolo, vt fauore legitimorum ſucceſſorum magis valeat iure ciuili teſtamentum in quo præteritus ſit ſuus heres quàm ſi alius extraneus quilibet in eo teſtamento inſtitutus reperiretur. Quod ſi ne quidem poſit Theodoſij conſtitutionem verè id dici poteſt, quanto improbabilius obſecro eſt, quod vult Bartolus iam ipſis Caij temporibus idipſum obtinuiſſe? Et tamen vnus ille Caij
7 † locos eſt quo moueatur Bartolus, vt ita putet, hoc nimirum argumento, quod ſi non eſſet poſſibile ex huiuſmodi teſtamento in quo legitimi ſucceſſores inſtituti eſſent, adiri hereditatem de iure ciuili primum teſtamentum per iſtud ſecundum non rumperetur: *d. l. ſi filius qui in poteſtate 7. D. de liber. & poſthum. l. cum in ſecũdo 16. D. de iniuſt. rupt. l. ſi quis eũ 16. §. 1. D. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* Atqui non dubitat Bartolus, quin Caij ſententia ſit in ſpecie *dict. §. ſi prius*, teſtamentum prius rumpi per poſterius, quia non poteſt videre quanam alia ratione fieri queat, vt filius in ſecundo teſtamento præteritus, & in primo exheredatus poſſit petere bonorum poſſeſſionem contra tabulas poſteriores quandiu priores ſubſiſtunt. Nec tamen poteſt ille dicere tantam vim regulariter eſſe teſtamenti in quo præteritus ſit filius in poteſtate vt prius teſtamentum perfectum poſſit rumpere, quoniam videt à Paulo contrà reſponſum in *d. l. ſi filius 7.* Quid ergo? Locos iſtos ſic
8 † conciliat, vt apud Paulum non rumpatur prius teſtamentum per poſterius in quo præteritus ſit filius in poteſtate, quia inquit non erant in illa ſpecie inſtituti venientes ab inteſtato. Apud Caium verò rumpatur, quia inſtituti erant ab inteſtato ſucceſſuri. Omnia diuinatiuè & commentitiè. Quis enim Bartolo reuelauit reſtringendam Pauli ſententiam, quæ alioqui generalis eſt ad eum caſum quo extranei fuerint inſtituti potiùs quàm liberi? An forte faciliùs aut ſæpius ſolet illud contingere vt quis filium ſuam quem in poteſtate habet, præterear propter extraneos quàm propter alios liberos? Rurſum vt iam diſputauimus in præcedentibus quid eſt apud Caium ex quo poſſit velle illum & pro ſuppoſito habere, vt prius teſtamentum in quo filius fuerat exheredatus rumpatur per prius in quo idem filius fuit præteritus? Ac præterea quid in toto illo Caij reſponſo, quod vel minimam coniecturam præbeat inſtitutionis poſteriore teſtamento collatæ in legitimos ſucceſſores? Sunt igitur omnia iſta commentitia & nugatoria. Sed & præuidet Bartolus † poſſe
9 ſententiam ſuam fortitet impugnari & ex eo quod Papinianus noſter reſpondit in *leg. filio præterito 17. de inuſt. rupt. teſtam.* filio præterito qui fuit in patris poteſtate & fratribus eius inſtitutis, etiam ſi ille bonis patris ſe abſtineat, nec fratribus auocet partem ſuam hereditatis, tamen ex ſubtilitate iuris teſtamentum non valere, ideoque nec legata nec libertates ipſo iure competere, ſed ex bono & æquo tantùm defendi. Reſpondet autem planè incertus & neſcius quid habeat reſpondendum. Si teneamus, inquit, fuiſſe hoc additum à compoſitoribus quod ſcriptum eſt in *l. 2. D. eod. tit.* vt rumperetur prius teſtamentum perfectum per poſterius imperfectum, in quo inſtituti ſint venientes ab inteſtato, habeo reſponſionem claram, quod lex Papiniani reſpexit iura antiqua, ſi verò intelligimus quod hoc erat de iure antiquo, pro ſi lutione cogito. Fateatur ergo Bartolus quod nec quiſquam negare poſſit, in ſpecto iure vetere non poſſe defendi teſtamentum in quo filius in poteſtate præteritus eſt, etiamſi in eo fuerint inſtituti venientes ab inteſtato. Quod cùm ita ſit, cur igitur à Caio aliter reſponſum fuiſſe arbitratur? Aut quid eſt obſecro in toto Caij reſponſo, quod poſſis dicere fuiſſe à compoſitoribus immutatum? Aut quomodo fieri poteſt, vt per tale teſtamentum poſterius imperfectum, rumpatur prius perfectum, ſi poſterius tale eſt ex quo nunquam adiri poſſit hereditas? Et verò, nec Bartolus ipſe diſſentiret ad *dict. l. ſi filius 7. de liber. & poſthum.* teſtamentum † in quo filius præteritus eſt 10
tale eſſe, vt nunquam ex eo poſſit adiri hereditas, licet velit conualeſcere illud ex æquitate prætoria per expreſſam filij approbationem: hactenus vt ex eo dari poſſit bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas. In quo tamen † etiam fallitur: non enim iuris prætorij magis 11
quàm iuris ciuilis autoritas pendere poteſt ex filij præteriti arbitrio & voluntate, quod tamen contingeret ſi iure prætorio conualeſceret teſtamentum propter filij præteriti adprobationem. Quare nec ſic Papinianus loquitur in *dict. leg. filio*, vt dicat conualeſcere teſtamentum ſiue ciuili, ſiue prætorio iure, tametſi filius ſe abſtineat bonis patris, ſed tantùm † ait defendi volun- 12
tatem patris ex bono & æquo etiam quod ad legata & libertates, quod ſic accipiendum eſt non vt teſtamentum conualeſcat iure prætorio (teſtamentum enim quod moriente teſtatore non valuit iure prætorio poſtea conualeſcere nunquam poteſt) ſed vt ex eo teſtamento, ſi modo fuerit ſeptem teſtium ſignis ſignatum, potuerit prætor dare bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas quam dat de plano, & ſine cauſæ cognitione etiam ex eo teſtamento quod nullum ſit de iure prætorio futurum, nimirum ſine re, ſi frater præteritus iure ſuo vti velit, quæ tamen non poſſet eſſe ſine re ſi daretur ex eo teſtamento quod iure prætorio valeret, vt in ſpecie *leg. poſthumus 12. eod. titul.* At cùm filius præteritus iure ſuo vti non vult, ſéque abſtinet bonis patris, ea bonorum poſſeſſio quæ tam quam data ex inutili teſtamento futura erat ſine re, ſi filius iure ſuo vti voluiſſet, euadit in bonorum poſſeſſionem cum re, ſed ex euentu potiùs quam ex aliqua, ſiue ciuilis, ſiue prætorij iuris ratione & vt loquitur *leg. 2. D. de riuis*, occaſione potiùs quam iure, quia nemo eſt, qui eis auferre velit, quibus prætor dederat eam bonorum poſſeſſionem: Poſteaquàm verò cœpit ea bonorum poſſeſſio eſſe cum re, non autoritate iuris prætorij, ſed facto ſolo & voluntate filij præteriti, qui ius ſuum exequi noluit, ſuccedit æquitas iuris prætorij, quæ facit non vt conualeſcat teſtamentum (quid enim neceſſe eſt conualeſcere cùm iam habuit effectum? ſed vt perinde teneantur heredes ſcripti ad præſtanda legata & libertates, ac ſi teſtamentum iure ciuili valuiſſet, & eo prorſus modo quo tenerentur, etiamſi rupiſſent ipſi teſtamentum per contra tabulas occaſione fratris præteriti, qui tamen iure ſuo non vteretur, vt in ſpecie *l. nonnunquam 14. D. de legat. præſtan.* Et quemadmodum ridiculus eſſet qui diceret in ea ſpecie *dict. l. nonnunquam* conualeſcere iure prætorio teſtamentum ob id ſolum quod filij qui accepiſſent bonorum poſſeſſionem contra tabulas, obligati eſſent ad præſtationem omnium legatorum, cùm è contrario ruptum fuerit iure prætorio per contra tabulas, quod antea & ciuili & prætorio iure valebat. Ita multo magis ridiculi † ſunt illi qui 13
cum Bartolo defendunt teſtamentum in quo filius in poteſtate præteritus eſt, quod conſtat nullum eſſe, nec minùs prætorio quàm ciuili iure, conualeſcere poſtea iure prætorio per ſolam filij præteriti abſtentionem. Moti ex eo tantùm quòd fratres inſtituti incipiant ex eo tempore debere legata. Quaſi bona ſit conſecutio,

Legata

Legata omnia debentur, ergo testamentum conualuit: quæ tamen est inepta. Nam si legata deberi possunt, tum quoque cùm testamentum iure prætorio ruptum fuit per bonorum possessionem contra tabulas, ita vt non eo magis testamentum conualescere dicatur, quid prohibet legata deberi æquitate prætoria ex eo testamento, quod neque validum, neque ruptum vnquam fuerit, quódque nec hodie conualescat? Eadem namque ratio vtroque casu locum habet ad heredes scriptos præstationi legatorum obligandos, quod quamuis testamentum sit & maneat, vel nullum, vel ruptum, neque minùs prætorio quàm ciuili iure, tantundem tamen illi ex hereditate consequuntur fratre præterito se abstinente quantum consequerentur, si testamentum iure ciuili nedum prætorio valeret. Cur non ergo tantundem præstabunt? Neque enim occasio fratris præteriti lucro adficere debet fratres instituros, cùm præteritus iure suo non vtatur, quemadmodum eleganter ratiocinatur Vlpianus *in dict. l. nonnunquam*, de quo & nos plura scripsimus *lib. 6. coniect. cap. 14. & in Error. 3.*
14 *Decad. 13.* Ex his verò apparet, cùm filius † præteritus iure suo vtitur, & auocat hæreditatis partem fratribus, siue per contra tabulas, siue ab intestato, nihil enim refert, non incipere nullum esse, aut apparere testamentum quod iam antea, & fuit & apparuit omni iure nullum, sed incipere in eo esse, vt exinde non possit prætor ex eiusmodi testamento bonorum possessionem secundum tabulas dare, quippè quæ nullo amplius casu cum re, & effectu esse posset, aut si quam iam antè dederat, fiat ea inanis, & nullius omninò commodi, etiam pro iis partibus quas instituti fratres ab intestato habere deberent, cùm fieri nequeat, vt vno ex fratribus ab intestato succedente, aut ex testamento quidem, sed per contra tabulas, duret ius bonorum possessionis secundum tabulas, quæ ex diametro aduersatur, & bonorum possessioni contra tabulas, & successioni intestati. Adeò vt facilius sit bonorum possessionem contra tabulas euadere in bonorum possessionem secundum tabulas, vt in specie *dict. l. nonnunquam*, quàm vt duæ istæ bonorum possessiones secundum tabulas & contra tabulas in eandem successionem possint concurrere, aut bonorum possessio secundum tabulas cum successione intestati. Sed & illud quoque Bartolum malè habuit quod non potuit videre *ad dict. §. si prius*, quomodo possit bonorum possessio contra tabulas dari aduersus testamentum, in quo fuit præteritus filius, etiamsi in eo scripti sint venientes ab intestato, cùm tale testamentum non defendatur tanquam testamentum, sed iure voluntatis intestati *dict. l. hac consultissima. 21. §. vlt. C. de test.* De quo sequenti capite tractandum erit. Sed illud interim
15 monendum, in eo etiam errare † Bartolum quod vult Theodosij constitutionem *in dict. §. vlt.* hunc quoque casum complecti quo præteritus sit vnus ex filiis ab intestato successuris, quod certè non ita est. Nam neque constitutiones quæ fauent testamentis parentum inter liberos ad hunc casum pertinent, cùm fieri nequeat, vt instituti sint venientes ab intestato cùm aliquis ex liberis, aut præteritus fuit, aut exheredatus, vt disputauimus Decade superiore. Et melius idem Bart. *ad dict. leg. si filius*, vbi probat opinionem Accursij ad eum locum existimantis constitutionem Theodosij *in dict. §. vltim.* cessare, si quis ex liberis in potestate constitutis præteritus proponatur. Nec sanè mutasset sententiam *ad dict. §. si prius*, nisi responsum Caij cuius neque sensum, neque rationem percipere potuit, eum fefellisset.

ERROR VI.

De bonorum possessione danda contra tabulas, in quibus præteritus fuit suus heres.

SVMMARIA.

1 *Mirari Bartolum & alios aduersus tabulas quibus est præteritus filius dari filio bonorum possessionem.*
2 *Responsio Bartoli qua nititur superiori dubio satisfacere.*
3 *Error Bartoli putantis illud etiam testamentum solemne esse in quo suus heres neque institutus neque exheredatus.*
4 *Testamentum illud est iniustum, & nullius momenti in quo præteritus est saltus heres.*
5 *Alius error Bartoli affirmantis testamentum propriè esse etiam in quo suus heres præteritus sit.*
6 *Tertius error Bartoli putantis bonorum possessionem contra tabulas dari contra quamlibet vltimam voluntatem.*
7 *Contra testamentum imperfectum de quo agitur in §. vlt. l. hac consultiss. C. de test. non dari bon. possessionem contra tabulas.*
8 *Quomodo ex autoris sententia verum sit illud Caij, aduersus tabulas in quibus præteritus est filius in potestate bonor. possessionem filio vtiliter dari, & num. 10.*
9 *Præteritio sui heredis non pertinet ad solemnitates quas ius prætorium agnoscit.*
10 *Quod tabulæ sint ipso iure nullæ non impedit quin à prætore detur præterito bonorum possessio.*
11 *Beneficium bonorum possessionis contra tabulas ad quem finem inductum sit à prætore.*
12 *Responsum Caij nihil habere commune cùm Theodosij constitutione.*

CVM tabulæ in quibus præteritus est filius qui fuit in potestate, nullæ sint ipso iure, siue ius ciuile, siue prætorium spectemus, vt proximo capite disputauimus, mirum † videtur Bartolo ad *l. si duobus. 12. § si prius. D.* 1
de bonor. possess. contra tabul. quod eo loco Caius scribit contra huiusmodi tabulas dandam nihilominùs esse filio præterito bonorum possessionem. Nec miror sanè id aliis quoque interpretibus non minùs quàm Bartolo mirum fuisse: siquidem certum est bonorum possessionem contra tabulas, quæ sine re & effectu nunquam esse potest, non aduersus alias tabulas competere quàm ex quibus, vel adiri hereditas possit iure ciuili, vel bonorum possessio peti iure prætorio, *l. quod vulg. 19. eod. tit.* quorum tamen neutrum videtur dici posse de iis tabulis, in quibus præteritus fuit filius in potestate: sed miror neque Bartolo, neque alij vlli interpreti venisse in mentem, quid respondendum sit ad hanc obiectionem. Nihil enim aliud habet Bartolus † 2
quod respondeat, nisi quod ait quando testamentum deficit ratione omnis solemnitatis non posse dici propriè testamentum, sed quando adsunt solemnitates licet facta sit præteritio, tunc esse propriè testamentum: vel, inquit, licet non sit propriè testamentum, tamen vltima voluntas contra tabulas. In quibus verbis tres potissimùm errores continentur. Primus ille, † quod 3
de sui heredis præteritione sic tradat Bartolus, quasi non sit hæc vna ex solemnitatibus testamentorum, cùm putet fieri posse, vt testamentum sit solemne, etiam in quo suus heres neque institutus fuerit neque exheredatus. Quod tamen non ita est: nam inter cæteras quæ

Digitized by Google

ad ordinanda teſtamenta neceſſariò deſiderantur, pro ſolemnitate, principale ius eſt de liberis inſtituendis vel exheredandis, inquit idem Caius noſter *in l. inter cætera* 30. *de liber. & poſthum.* Vnde fit vt cùm eadem teſtamenta, non iure facta dicantur, in quibus iuris ſo-
4 lemnia defuerunt, *l.* 2. *D. de iniuſt. rupt.* iniulta † quòque dicantur illa, in quibus præteritus fuit filius iam natus qui debuerat vel inſtitui vel exheredati, *leg.* 3. §. *ex his apparet eod. tit.* Quid enim aliud eſt teſtamentum iniuſtum quàm quod non iure factum eſt. Etſi hoc ampliùs eſt in teſtamento in quo præteritus fuit ſuus heres quo I dicitur eſſe nullius momenti, quo etiam nomine ſi quis donauerit alia teſtamenta non iure facta is proculdubio non erraverit, cùm teſtamentorum iura & vires pendeant à iuris auctoritate & legum *leg. verbis legis* 126. *l. lege obtinere* 139. *de verb. ſignific* tametſi Papinianus hæc duo tanquam ſeparata vlurpet *in dict. leg.* 1. *de iniuſt rupt.* Indéque etiam eſt quod huiuſmodi teſtamentum in quo ſuus heres præteritus eſt, imperfectum appellat Caius *in dict.* §. *ſi prius*, quippè quòd non ſuas omnes partes habeat, & ſolemnitates. Secun-
5 dus † Bartoli error eſt huic finitimus, quod audet adfirmare teſtamentum propriè eſſe etiam in quo ſuus heres præteritus ſit. Quomodo enim teſtamentum propriè dici poteſt ſi non modo imperfectum eſt, nam & imperfecta teſtamenta dicimus non propriè & ſimpliciter ſed ſecundum quid, *Nouell.* 107. *de teſtam. imperf.* quomodo dicimus hominem mortuum vel pictum] ſed etiam nullius omninò momenti *dict. leg.* 2. *leg. ſi filius.* 7. *D. de liber. & poſthum.* Quamquam non perſtat Bartolus niſi dubitanter in hoc errore: Subiicit enim, *vel licet non ſit propriè teſtamentum, tamen eſt vltima voluntas contra quam datur contra tabulas.* Hic
6 verò tertius Bartoli † error eſt quo putat bonorum poſſeſſionem contra tabulas dari contra quamlibet vltimam voluntatem, etiam quæ ab inteſtato dumtaxat locum habere poſſet. Quod ſi ita eſſet, daretur ergo contra codicillos ab inteſtato factos, contra fideicommiſſum per epiſtolam relictum, adcóque contra donationem cauſa mortis. [Nam hæ omnes ſpecies ſunt vltimæ voluntatis.] quod tamen nemo vnquam dixit, nec dicet niſi qui planè bardus & ſtultus videri volet. In ea verò vltimæ voluntatis ſpecie de qua nunc tractamus, id eſt quæ collata ſit in teſtamentum imperfectum in quo præteritus fuerit filius in poteſtate & inſtituti venientes ab inteſtato, ſi hoc demus Bartolo, quod proximo capite negauimus, ad hunc caſum protrahi
7 poſſit conſtitutio † illa Theodoſij quæ extat *in dict. leg. hac conſultiſſima.* 21. §. *vltim. Cod. de teſtam.* non poſſe verum eſſe, quod vult Bartolus infirmari eam poſſe ac debere per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ex eo intelligimus quod Theodoſius huiuſmodi teſtamentis hactenus dumtaxat fauet, vt voluntas in iis declarata defendatur non tanquam teſtamentum, ſed iure inteſtati. Quo præſuppoſito relinquitur neceſſariò vt non poſſit ea voluntas admittere vſum bonorum poſſeſſionis contra tabulas, cuius effectus in eo totus eſt, & vt rumpat teſtamentum, & faciat vt ex teſtamento ſuccedere dicatur is qui & ſuccedendo rumpit, & rumpendo ſuccedit, §. *Sunt autem Inſtitut. de bonorum poſſeſſ.* Quomodo enim poſſet bonorum poſſeſſio contra tabulas aut rumpere teſtamentum, aut aperire viam ſucceſſioni teſtamentariæ, cùm voluntas vltima de qua rumpenda agitur, vires ex ſeipſa nullas habet niſi ab inteſtato? Falſum igitur eſt, quod vult Bartolus contra teſtamentum imperfectum de quo agitur *in dict. §. vltim. leg. hac conſultiſſima*, id eſt etiam in quo inſtituti ſint venientes ab inteſtato poſſe dari bonorum poſſeſſionem contra tabulas. Nec ſi proponas teſtamentum illud non laborare vitio prætentionis, ſed qua alia ratione imperfectum eſſe, propter omiſſam ſolemnitatem aliquam circa teſtium vel numerum, vel ſignacula, vel ſubſcriptiones. Neque tamen eo minùs verum eſt quod Caius ſcribit *in dict. §. ſi prius.* Aduerſus † eas tabulas in quibus filius præteritus ſit, qui 8
erat in poteſtate, bonorum poſſeſſionem filio præterito vtiliter dari poſſe: Sed indiget hoc explicatione: Nimirum vt eo demum caſu vere hoc dicatur, quo tale teſtamentum in quo filius præteritus eſt cæteras ſuas habeat ſolemnitates iure etiam prætorio requiſitas, id eſt quantum ad teſtium numerum, ſignacula & ſubſcriptiones. Nam quod modo diſputauimus contra Bartolum, eſſe hanc vnam ex ſolemnitatibus teſtamentorum, vt ſuus heres vel inſtituatur vel exheredetur, iure quidem ciuili verum eſt ex quo ſui heredis nomen & ius deſcendit, ſed non etiam iure † prætorio, 9
quòd ſicut abhorret iſta nomina ciuilia, vt inducat aut potiùs retineat naturalia. Ita nihil aliud exigit ad hoc vt deferat bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas, niſi vt tabulæ proferantur ſeptem teſtium ſignis ſignatæ non roſæ nec raſæ aut cancellatæ, & vt ab eo factæ ſint, qui teſtamenti factionem habuerit vtroque tempore & teſtamenti, & mortis *dict. leg.* 1. *& paſſ. D. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tabul.* Itaque vitium præteritionis ſui heredis licèt faciat teſtamentum nullum & iniuſtum, non minùs prætorio iure, quàm ciuili vt ex eo conſtat quod ſuo herede præterito prætor ſtatim defert liberis bonorum poſſeſſionem ex capite. Vnde liberi ab inteſtato non expectata præteriti voluntate an patris teſtamentum adprobaturus ſit, nec-ne *l.* 1. *in fin. D. ſi tab. teſt. null. extab. leg vltim. D. de liber. & poſthum.* quia tamen non pertinet ad ſolemnitates quas ius prætorium agnoſcit, non impedit quominùs † ex eo te- 10
ſtamento in quo ſuus heres præteritus eſt, bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas dari poſſit. Præſertim cùm ea ſpecies bonorum poſſeſſionis ſit ex illarum numero quæ non ſolùm de plano dantur & ſine cauſæ cognitione, ſed etiam plerumque ſine re & ſine effectu. Qualis vtique ſemper illa eſt quæ datur ſecundum tabulas in quibus ſuus heres præteritus fuit, ſi modò velit ille ius ſuum exequi ſiue vindicando hereditatem iure ciuili ab inteſtato ſiue petendo contra tabulas bonorum poſſeſſionem. Nec enim conceſſa bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas impedit ne filius præteritus ius ſuum etiam per prætorem ipſum exequatur. At quia fieri poteſt vt ea bonorum poſſeſſio quam prætor heredi ſcripto dedit ſecundùm eas tabulas in quibus ſuus heres præteritus fuit, euadat aliquo caſu in bonorum poſſeſſionem vtilem, efficacem, & cum re. Nempè ſi filius præteritus exequi ius ſuum nolit, malitque paternis bonis abſtinere. Inde eſt quod non inutiliter prætor dat bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ſecundùm quas heredi ſcripto bonorum poſſeſſionem vel iam dederit vel dare ſaltem potuerit: quia non poteſt ea bonorum poſſeſſio contra tabulas eſſe ſine re & effectu, cùm faciat vt ſecundùm eas tabulas bonorum poſſeſſio vel dari exinde nunquam poſſit, vel quæ data fuerat, ea deſinat poſſe vnquam eſſe cum re & cum effectu: Qui ſenſus eſt, *leg. quod vulgo.* 19. *D. de bonor poſſeſſ. contr. tabul.* Quare ad rem non pertinet quod tabulæ illæ ſint ipſo iure nullæ, † nec minùs quòd ad ius prætoriũ attiner, quàm quod ad ius ciuile. Id enim facit dumtaxat vt neque ex iis adiri poſſit iure ciuili hereditas, neque iure prætorio peti ſecundùm eas talis bonorum poſſeſſio quæ omninò ſit futura cum re, qualis vtique eſſet illa quam ex iis tabulis prætor daret ſi teſtamentum in quo præteritus fuit filius pro iuſto & valido haberetur. Sed non facit vitium illud præteritionis, vt non poſſit ſecundum eas tabulas dari bonorum poſſeſſio ex euentu futuro vel ſine re ſi filius præteritus ius ſuum exequeretur, vel cum re ſi mallet ille abſtinere bonis patris. Vt verò fiat illa ſine re, quid intereſſe poteſt an filius præteritus ius ſuum exequatur vindicando hereditatem iure ciuili, an petendo contra tabulas? Aut cur

non

non ſuo heredi præterito dabit prætor bonorum poſſeſſionē cótra tabulas quam daret præterito emancipato? Etſi enim ſuo herede pręterito hoc amplius eſt quod teſtamentum vtroque iure ciuili, & prætorio nullius eſt momenti, non item cùm præteritus fuit filius emãcipatus. Attamen quod ad pretorem attinet qui in danda liberis bonorum poſſeſſione nihil niſi naturale liberorum nomen intuetur, reiecta ſuitatis & emancipationis diſtinctione, nihil prorſus intereſt an qui præteritus eſt ſuus fuerit, an emancipatus dummodo fuerit ex iis liberis quos prætor poſſit & debeat
12 habere in numero liberorum: Nec alium † in finem inductum eſt à prætore beneficium bonorum poſſeſſionis contra tabulas, niſi vt emancipatis præteritis ſuccurreret ad exemplum eius quod iure ciuili conſtitutum erat fauore ſuorum præteritorum, *leg. non putauit. 8. in princip. D. de bonor. poſſ. contr. tab.* vt proindè mirandum non ſit dari à prætore bonorum poſſeſſionem contra tabulas etiam ſuo præterito. Nec alioqui ei nocear, quod plus iuris habent quàm emancipatus in eo, vt teſtamentum non magis ciuili quam prætorio iure valere patiatur. Id namque facere quidem poteſt facitque vt ſuus heres præteritus vindicare poſſit hereditatem iure ciuili citra auxilium iuris prætorij, quod neceſſarium eſt præterito emancipato, ſed non debet eripere ſuo heredi commodum bonorum poſſeſſionis contra tabulas, quam prætor daret præterito emancipato. His conſequens eſt, vt ſi tabulæ in quibus fuit ſuus heres præteritus ſeptem teſtium ſignis ſignatæ non ſint nõ poſſit locus eſſe bonorũ poſſeſſioni contra tabulas etiamſi liberi ſoli ab inteſtato ſucceſſuri in iis ſcripti proponantur, ne quidem poſt ſupradictã Theodoſij conſtitutionem, quia neque bonorum poſſeſſio ſecundùm eas tabulas dari à prætore poſſet, ne quidem talis quæ ſine re ſemper & omni caſu ſit futura. Et conſequenter non poſſet dici quem effectum haberet iſta bonorum poſſeſſio contra tabulas, quæ tamen ſine re & effectu eſſe nunquam poteſt *dict. leg. quod vulgo in fin.* Ex quo fit tãto manifeſtius quod ſæpius in præcedẽti-
13 bus, reſponſum illud † Caij in quo interpretando tam infelicitet laborat Bartolus, nihil habere cõmune cum Theodoſij conſtitutione *in dict. leg. hac conſultiſſima. §. vltim.* Caius enim dat ſuo heredi præterito bonorum poſſeſſionem cõtra tabulas, ſed præſuppoſitis terminis habilibus, id eſt, ita demum ſi ſeptem teſtium ſignis fuerint ſignatæ, ſiue ab inteſtato veniẽtes ſiue alij penitus extranei fuerint inſtituti. Theodoſius verò ea demum teſtamenta imperfecta tuetur inre voluntatis inteſtati, quæ non modo legitimorum heredum inſtitutionem contineant, ſed etiam in teſtium ſolennitate deficiant, dum ne pauciores teſtes habeant quàm quinque. Itaque ridiculum eſt tractare de accommodanda bonorum poſſeſſione contra tabulas ad caſum Theodoſianæ conſtitutionis. Sed vel ad id præterea maximè, quod neque Theodoſius caſum illum complexus eſt quo aliquis ex liberis præteritus reperiretur, vt monuimus ad finem capitis præcedentis, & alibi ſæpe. Aliquem autem ex liberis præteritum fuiſſe neceſſe eſt quoties agitur de bonorum poſſeſſione contra tabulas, quippe quæ non datur niſi liberis vel præteritis, vel interdum etiam inſtitutis quidem, ſed occaſione fratris præteriti edictum committentis, *leg. is qui in poteſtate. 15. & leg. ſeq. D. de legat. præſt.*

ERROR VII.

De clauſula derogatoria in priore teſtamento ad poſterius impediendum appoſita.

SVMMARIA.

1 *Sententia interpretum erronea de poteſtate clauſulæ derogatoriæ in priori teſtamento ad poſterius impediendum appoſitæ.*
2 *Quid contra cæteros interpretes de poteſtate clauſulæ derogatoriæ ſenſerit Iacobus de Arretio à Bartolo probatus.*
3 *Ratio qua nititur interpretum communis ſententia.*
4 *Interpretes volunt non renocari primum teſtamentum, etiamſi extaret ſtatutum, quod vltimum teſtamentum teneret, non facta mentione verborum derogatoriorum in primo appoſitorum.*
5 *Sententia interpretum de poteſtate clauſulæ derogatoriæ à iure alienam eſſe.*
6 *Iuris eſt explorati, poſteriori teſtamento rumpi priut atque ideo euerti omnia quæ in priori continentur.*
7 *L. ſi quis in principio. 22. D. de legat. 2. non fulcire ſententiam interpretum.*
8 *Diſcrimen inter legata & teſtamenta ratione conſtitutionis & euerſionis.*
9 *Nuda voluntate impediri non poteſt teſtamentum, ſi omnia illa concurrant quæ lex præſcribit ad teſtamentum ordinandum.*
10 *Quiſquis teſtatur facit legem.*
11 *Etiam eius qui per vim dolumve alterius teſtatus eſt teſtamentum valet, hereditas tamen auferetur heredi tanquam indigno.*
12 *Quomodo teſtamentum ſine voluntate eſſe non poſſit.*
13 *Non audiendus eſt teſtator qui poſtquam teſtamentum fecit, dicit ſe non habuiſſe teſtandi facultatem.*
14 *Simulatio mendacium eſt.*
15 *Allegatio & exceptio ſimulationis quando locum habeat, & cui illa competat.*
16 *Quando quæ ſimulatione geſta ſunt pro infectis habeantur.*
17 *Nemini turpitudinem propriam allegare permittitur.*
18 *Et qui teſtatus eſt ſecundum legis præſcriptum non eſt permittendum, neque alij cuiquam ex eius perſona vt dicat teſtamentum fuiſſe ſimulatum.*
19 *Simulatio eius qui ſimulatè facit teſtamentum eſt improbior ſimulatione inter priuatos.*
20 *Cautio clauſulæ derogatoriæ in fraudem legum à priuato adhibita in teſtando valere non debet.*
21 *Clauſulam derogatoriam nullius eſſe momenti ex pronuntiatis Iuriſprudentiæ certiſſimis conficitur.*
22 *Clauſula derogatoria habens effectum quam aiunt Dd. conſtringit liberam teſtandi facultatem: quæ potius erat ampliandæ, quam coarctandæ.*

NOn eſt grauior alius noſtrorum error circa teſtamenta & periculoſior, nullus tamen & in ſcholis & in foro frequentior, quàm hic quem antiqui gloſſatores inuexerunt, De poteſtate clauſulæ derogatoriæ appoſitæ in priore teſtamento ad poſterius impediendum. t Sic enim omnes vno ore ſentiunt. † Huiuſmodi clauſulæ derogatoriæ vim illam eſſe ac poteſtatem vt nullum & inualidum faciat poſterius teſtamentum quantumlibet ſolennitatibus iuris omnibus ſubnixum, niſi in poſteriore teſtamento facta ſit expreſſa mentio & re-

uocatio

uocatio clauſulæ derogatoriæ. *Secuti gloſ. ad leg. ſi quis in principio. 22. de legat. 3. vbi Bart. & alij tractant. Bald. Salycet. & alij ad leg. ſancimus Cod de teſtam.* Solus
2 Iacob.† de Aretio iam olim errorem hunc & detexit & impugnauit, D.ſtinguens vt Bart. refert ad *dict. leg. ſi quis num. 4.* An verba ſint derogatoria actus teſtandi, an verò alicuius duntaxat ſolennitatis in teſtamento adhibendæ an voluntatis tantùm. Vt prioribus duobus caſibus nihil operentur, quia nemini licet aut inteſtabilem ſe facere, *leg. ſtipulatio hoc modo concepta. 61. D. de verbor. obligat.* aut ſolennitates teſtamentorum quæ iuris publici ſunt immutare, *leg. Diui. 6. §. licet. D. de iur. Codicill.* Tertio autem caſu valeant & operentur niſi expreſſa interueniat reuocatio prioris voluntatis ex *dict. leg. ſi quis in principio. & leg. ſi mihi & tibi. 12. §. vltim. de legat. 1.* Sed ea diſtinctio & ſententia Iacobi, quamuis à Bartolo probata quantum ad verba derogatoria appoſita circa poſſibilitatem ipſam teſtandi, vt ille loquitur, à cæteris tamen omnibus vulgo improbata penitusque explosa eſt, vt teſtatur Guid. Pap. *queſt. 127. num 2.* & nominatim Bartolum quoque reprehendit Salycetus ad *dict. leg. ſancimus.* exiſtimans verba derogatoria etiamſi poſibilitatem ipſam teſtandi reſpiciant, perinde tamen effectum habere ſi non expreſſim reuocentur, ratione illa quòd quantumcunque præciſa ſint non auferant liberam teſtandi facultatem cùm poſſint reuocari ſi teſtator expreſſim & ſpecialiter dixerit in poſteriore teſtamento pœnitere ſe prioris
3 voluntatis. Iſtorum autem omnium † ratio quam adferunt illa eſt, quòd verba derogatoria vim habeant cuiuſdam proteſtationis præambulæ, quæ proinde declarat in ſecundo teſtamento deeſſe voluntatem ex *leg. & ſi quis 14. §. plerique. D. de relig. & ſumpt. funer. leg. qui in altera. 6. §. vlt. D de acquir. her.* Quo præſuppoſito dicunt ſecundum teſtamentum non eſſe teſtamentum neque ſecundum definitionem teſtamenti poſitam in *l. 1. D. qui teſt. facer. poſſ.* neque ſecundùm alluſionem vocabuli de qua Iuſtin. *in princip. titul. Inſtitut. de teſtament.* ſed eſſe quoddam cimbalum tinniens, dans ſine mente ſonum, per quod videtur teſtator apparenter complacere ſed non cum effectu, vt loquitur M. Anton. Natta *conſi. 639 incip. parnam dubitationem. numer. 3.* vbi addit, primum teſtamentum hoc caſu non tam eſſe primum, quam ſolum, quia ſecundum eſt nullum deficiente conſenſu, & ſupremam voluntatem non minus hic præualere quamuis poſtrema ſcriptura non præualeat. Adeo autem ſibi placent interpretes in hoc
4 errore, vt non dubitent † adfirmare idem dicendum eſſe etiamſi extaret ſtatutum, quod vltimum teſtamentum teneret, non facta mentione verborum derogatoriorũ primo appoſitorum. Quia inquiunt tale ſtatutum eſſet nullum quaſi factum aduerſus ius gentium, quod requirit in teſtamento voluntatem teſtantis, quam non habet ſecundum teſtamentum, propter præcedentia verba primi, vt conſuluit Paulus Caſtrenſ. *conſil. 344. incipient.* videtur ſine dubio dicendum *lib. 2.* quem ſupradicto loco refert & ſequitur Natta. Addens etiam pro confirmatione, quod ſecundum teſtamentum in hac ſpecie eſt ſimulatum, cùm teſtator nihil intendat agere propter proteſtationem præcedentem. Vnde, inquit, ſtatutũ diſponendo quod vltimũ teſtamẽtũ teneat, non obſtantibus verbis derogatoriis primi, videtur remouere ne poſſit excipi de ſimulatione contra vltimum teſtamentum. Atqui ſtatùtum remouens exceptionem ſimulationis eſt nullum; quia eſt contra ius naturale, ſiquidem vbi deficit conſenſus, ibi deficit ius naturale, *leg. 1. §. conuentionis. D. de pact. Bald. conſil. 118. prætermittendum eſt. colum 2. lib. 4.* Tale igitur ſtatutũ ſi quod extaret, eſſet nullum & extraordinario etiam eccleſiæ ſubſidio, ſi aliud non competeret, eneruandum. Ego
5 verò illud primùm miror tam abſurdam † ſententiam, & à notiſſimis iuris principiis alienam à tot interpretibus, ſine vllo iuris loco probari potuiſſe. Nam cùm in liberis noſtris tot ſint exempla plurium teſtamentorum ab eadem perſona cõditorum, nuſquam tamen videas, aut à prudentibus, aut ab Imperatoribus factam eſſe vlpiam mentionem clauſulæ derogatoriæ in priore teſtamento appoſitæ ad poſterius impediendum, ſed paſſim & generaliter traditum. Poſteriore † teſtamento 6
rumpi prius & conſequenter euerti omnia quæ in priore continebantur, ac proinde ipſam quoque clauſulam derogatoriam ſi qua erat, dummodo poſterius fuerit iure perfectum. *leg. 1. & 2. D. de iniuſt. rupt. & irrit. facti. teſtament. l. ſi quis prior. 29. D. ad Senatuſconſult. Trebel. §. poſteriore. Inſtit. quibus mod. teſtam. infirm.* & aliis innumeris iuris locis. Nimia ergo audacia iſta eſt tot iuris locos per hanc exceptionem reſtringere, quæ nulli vnquã Iureconſultorũ, aut Imperatorũ in mentem venerit, ſi non ſit appoſita clauſula derogatoria in priore teſtamento, aut certè imprudentes valde fuerunt Iureconſulti noſtri, quos tamen prudentes ſolemus dicere, qui de tam mirabili cauſula cuius tam frequẽs hodie in teſtamentis vſus eſt, nihil vnquam ſcripſerint aut cogitarint. Nam quod ſolent noſtri obiicere † ex *dict. leg.* 7
ſi quis, in principio. 21. de legat. 3. longè alienum eſt à propoſita diſputatione. Ibi enim agitur de clauſula derogatoria legati in eo ipſo teſtamento relicti, in quo etiam clauſula derogatoria adiecta proponatur. At nos tractamus de clauſula derogatoria appoſita in priore teſtamento ad impediendum aliud teſtamentum & poſterius & perfectum. Inter quos caſus euidens differentia illa eſt, quod legata † licèt nuda voluntate & ſine 8
verbis non relinquantur, nuda tamen voluntate adimi poſſunt, *leg. 3. §. 1. ſequ. D. de adim. legat.* Teſtamenta verò ſicuti nuda voluntate non conſtituuntur. *l. qui ex liberis. 11. §. teſtamento. D. de bonor. poſſeſ. ſecund. tabul.* ita neque nuda voluntate tolluntur, *§. ex eo. Inſtit quib. mod. teſt. infirm.* Immo quod totius diſputationis huius caput eſt, & quod neque Iacobus de Aretio, neque alius quiſquam dixit, nuda voluntate † impediri non 9
poteſt teſtamentum, ſi cætera omnia concurrant, quæ lex neceſſaria eſſe vult ad teſtamentum ordinandum. Hoc volo dicere, Si quis dicat ſe velle facere teſtamentum, & coram idoneo numero teſtium inſtituat heredem, & adhibeat omnes ſolennitates quæ in teſtamento, ſiue in ſcriptis, ſiue nuncupatiuo requiruntur, valere proculdubio teſtamentum, etiamſi teſtator re vera non habeat animum teſtandi: nec licere hoc caſu teſtanti etiamſi maximè velit actum facere inutilem & deriſorium defectu ſuæ voluntatis, ſi modò in cæteris omnibus ſatisfaciat voluntati legis. Ratio eſt, quoniam quiſquis † teſtatur facit legem, ideóque verbis legis & 10
imperatiuis vti cogitur. Vnde eſt quod lex duodecim tabularum in permittenda teſtamenti factione, vt vno verbo & heredum inſtitutiones, & legata, & libertates, & tutelas complecteretur, vſa eſt verbo *legaſſit. l. verbis legis 120 de verborum ſignificat.* quod nihil aliud eſt quàm *per legis modum diſpoſuerit.* Facit ergo id quod & ſolus, & vniuerſus populus facere poſſet & deberet, quia ſolius populi eſt legem facere Senatorio magiſtratu interrogante. *§. lex eſt. inſtit. de iur. natur. gent. & ciuil.* Itaque ſicuti ridiculus eſſet qui poſt legem ab vniuerſo populo latam vellet dicere & probare populum non habuiſſe voluntatem legis ferendæ. Et ille magis qui poſteaquam Conſuli legem roganti, reſpondiſſet ſolenne illud verbum, *Vti rogas*, vellet dicere non habuiſſe ſe tunc animum ſerio reſpondendi, & ad legem ferendam concurrendi (quid enim aliud id eſſet quàm illudere legibus & reipublicæ:) Ita æquè ridiculus eſt quiſquis teſtãdo faciens legẽ iure ac nomine populi vniuerſi, & omnes adhibendo neceſſarias ſolemnitates, putat tamen adhuc ſe poſſe nihil agere, ſi modò intra ſe id agat, vt nihil agat. Quatenus enim teſtando legem facit, totus populi corpus repræſentat: quatenus autem

autem id mente agitat, vt non habeat voluntatem testandi, priuatum hominem agit. In eo igitur conflictu actus & voluntatis actui contrariæ magis inspiciendum est quod vniuersus populus fecisse creditur, quàm quod facere noluit homuncio, quem non puduit tam impudenter abuti legibus, vt iis ipsis illuderet. Idque
11 adeò verum est, vt etiamsi qui per vim † dolúmve alterius condiderit testamentum, licèt neque possit ei quicquam imputari, neque de ipsius voluntate dubitari, quod eum heredem habere noluerit quem scripsit, valeat nihilominus testamentum, nec aliud remedium supersit, nisi vt ei, qui sic scriptus est, hereditas tanquam indigno auferatur, *l. 1 l. 2. §. vlt. D. si quis aliqu. testar. prohib. vel coëg.* Non enim relinqui debet quæstio voluntatis in eo actu qui habeat non solùm expressa verba voluntatem id ipsum agendi declarantia (quorsum enim verba nisi vt significent id ipsum quod exprimunt, inquit IC. *in l. Labeo. 7. in fin. D. de supell. legat. l. ille aut ille.* 23. *l. non aliter.* 63. *de legat. 3. l. si aly.* 19. *D. de usufruct. legat.*) sed interuenientem quoque iuris & legum autoritatem, adeóque qui actus ipse nihil aliud sit quàm lex. Neque ad rem pertinet si quis obiiciat testamentum, non aliter aut vim, aut nomen legis habere posse, quàm si adsit voluntas testantis.
12 Etsi enim non nego testamentum sine † voluntate nullum esse posse. Id tamen eo pertinet, vt non alia voluntas per legem confirmata dici possit, quàm quæ in testamentum collata sit, at non etiam vt post testamentum solemniter conditum liceat de viribus eius dubitare hoc solo prætextu quasi conditum sit testamentum sine voluntate testandi. Nam neque post priuatam stipulationem audiendus esset, qui diceret se aduersa fatio suo non nisi seriò stipulanti non seriò respondisse. Quantò minùs ergo audiendus est qui post legem in testando factam, responsóque totius populi nomine quasi ad Consulis interrogationem dato, negat seriò à se responsum fuisse? Lex siquidem ex parte sua nihil agit perperam & in vanum, sed omnia vt prudenter, ita
13 seriò. Nec igitur pati potest vt testatori, † cui legis auxilium, quo testari posset imploranti, idipsum seriò indulserit, liceat postea dicere id se non seriò imploràsse, & testandi voluntatem à qua testamentum incipere debuerat, nunquam habuisse. Quid enim absurdius quàm eum qui testamentum se facere dixerit, quique mentem suam adeò solemniter testatus & contestatus sit adhibitis tot testibus, postmodum negare quod vnquam habuerit animum testandi? An non est hoc euidentissimum & impudentissimum mendacium? Neque verò hoc negant interpretes, qui vt diximus testamentum posterius propter clausulam derogatoriam in priore adpositam, simulatum esse volunt. Neque enim simu-
14 latio † quicquam aliud quàm mendacium est. At quis vnquam audiit licere cuipiam sibi ipsi mendacium suum obiicere, & mendacij sui consequi fructum? Frequentissima est, fateor, allegatio & exceptio simulationis, † sed in contractibus, quia eam qui obiicit, aduer-
15 sario suo obiicit non sibi, at non etiam in testamentis quæ pendent ex solius testantis voluntate, cui proinde non est permittendum, vt legis decipiendæ gratia quicquam faciat simulatè. Nam si simulatio in priuati necem facta legibus semper vindicatur, quanto magis ea vindicanda est, quę fit in fraudem & decisionem legum, adeóque quod plus est, in actu ipso legis faciendæ. Dices fortasse pro interpretibus, non aliam simulationi pœnam à legibus constitutam esse, quàm vt omnia simulatè gesta pro infectis habeantur, *l. 1. & tot. tit. C. plus valer. quod agit. quàm quod simulat. concip. l. si ex pretio. 6. C. si certum petat.* Consequens igitur potius esse, vt posterius testamentum tanquam quod sit simulatum, nullius planè sit momenti. Sed respondeo falla-
16 cem & captiosam esse argumentationem. Tunc enim † quæ simulatè gesta sunt pro infectis habentur, cùm pro infectis haberi vult is qui simulationem passus est, at non etiam si inuito eo simulationem allegare velit is qui dolum fecit. Improbè namque facit quisquis resistit, quominus ex suo mendacio conueniatur, *l. rem alienam.* 41. *D. de pignor. act.* nec cuiquam † turpitudi- 17
nem suam propriam allegare permittitur, *l. alias.* 18. *in fin. vbi Bart. D. de iureiur. l. si plures.* 38. *in fin. D. de administ. & peric. tutor. l. itaque.* 12. §. 1. *D. de furt.* Eadem igitur ratione dicendum est, si † is quis legis auxilium 18
implorans ad testandum quasi mox testamentum, & legem facturus simulatè dumtaxat id faciat, reuera autem nullam habeat testandi voluntatem, non esse permittendum, aut alij cuiquam ex eius persona, vt dicat testamentum fuisse simulatum. Immò tanto magis in pœnam simulationis testamentum valere, si lex id valere velit. Quis verò dubitat quin velit valere, cùm videat & imploratum fuisse auxilium suum à testatore vt posset ille testari, & adhibitas omnes solemnitates, quas adhiberi oportuit ad solemniter & seriò testandum? Quin & maior ratio est hoc casu, quàm si de simulatione inter priuatos ageretur. Nam in priuatorum † 19
contractibus etiamsi autor simulationis ille sit qui dolum struit in aduersarium, tamen is quoque in cuius necem fit simulatio, conscius est & particeps simulationis. Alioqui nihil ageretur, si non consentirent omnes contrahentes in eadem re agenda, *l. in omnibus rebus.* 51. *l. in omnibus negotiis.* 17. *D. de obligat. & action.* Proinde obici ei quodammodo potest cur simulationi consenserit. At cùm quis simulatè facit testamentum, solus ille simulat vt irrideat leges, neque eiusmodi simulationis vllo modo conscia est lex quæ deciperetur, si decipi se pateretur. Atqui non alia ratio est impediendi, ne per hanc simulationem lex decipiatur quæ interuenit, & suas secum adfert solemnitates, quàm ita posito iure vt testamentum quod simulatum facere voluit non valeret, tanquam validum iusiúmque defendatur. Alioqui simulationis & fraudis suæ effectum haberet testator, si testamentum quasi simulatum non valeret. Cùmque priuatorum cautiones legum autoritate censeri absurdum putauerit Papin. *in l. vlt. D. de suis & legit.* eueniret hoc casu quod esset longè absurdius, vt plus posset priuati cautio, adeóque quod magis est excogitata in fraudem legis, quàm ipsa legis autoritas. Priuati namque cautio faceret ne posset valere testamentum, quod tamen iuris publici legúmque autoritas valere vellet. Quòd si omnia quæcumque in fraudem, siue Velleiani, siue alterius senatusconsulti excogitata dici possunt, nullius omninò sunt momenti, vt Paulus scribit *in l. quidam,* 29. *§. vlt. D. ad SC. Velleian.* quanto minùs ferendum est vt valeat cautio † derogato- 20
riæ clausulæ in fraudem legum adhibita in testando, cùm nec nisi à lege habeamus, non solum vt testari possimus, sed etiam vt dicamus testari nos velle? Aut potest-ne fieri vt ea clausula derogatoria possit videri adhibita vtiliter in fraudem posterioris testamenti, quin hoc ipso adhibita sit in fraudem legum, ex quibus alioquin esset illud valiturum? Hoc verò si quis admittat, quod iam probauimus, non posse fieri vt audiatur is qui solemniter & iure testatus velit postea negare sibi vnquam animum fuisse testandi, aut ita testandi. Illud etiam admittendum est nullius esse roboris clausulam derogatoriam in priore testamento appositam ad euertendum posterius. Cùm ad aliud prodesse non possit etiam secundum interpretes, quàm vt protestationis cuiusdam loco sit quæ faciat, vt testandi voluntas in secundo testamento defuisse videatur: implicet verò cõtradictionem vt citra mendacium & illusionem testandi voluntas non sit in eo qui ritè ac solemniter testatur adhibitis quoque tot testibus ad testimonium voluntati suæ perhibendum. Nam si præsens idémque tacitus defectus voluntatis non impedit testamentum, quod habet expressæ voluntatis manifestam probationem,

multo

multo minùs impediet proteſtatio futuri defectus voluntatis, quandoquidem facile poteſt contingere vt is etiam qui ſic proteſtatus fuerit quaſi non habiturus teſtandi voluntatem futuri teſtamenti tempore, eam tamen poſtmodum habeat in actu ipſo teſtandi, tametſi proteſtationem illam, & clauſulam derogatoriam non reuocauerit, ſiue conſulto non reuocauerit, ſiue per obliuionem. Non enim video quænam coniectura capi poſſit retentæ prioris voluntatis ob id ſolùm quod teſtator memor clauſulæ derogatoriæ non tamen eam
21. reuocauerit, quippè quàm † à iuris peritioribus dicere potuit nullius eſſe momenti ſi modo Papinianum aliósque prudentes potius quàm Bartolum cæteróſque interpretes conſulere voluiſſet. Omnes enim prudentes conſentiunt teſtamenti factionem eſſe iuris publici, *leg. 3. D. qui teſtam. facer. poſſ.* priuatorum verò pactionibus vel cautionibus iuri publico derogari non poſſe *leg. ius publicum. 43. D. de pact. dict. leg. vltim. de ſuis & legit. leg. quod bonis. 15. §. 1. D. ad leg. Falcid.* Denique teſtandi de pecunia ſua facultatem cuique ſic eſſe permiſſam certis legibus & conditionibus, vt neque iuriſdictionis formam mutare neque iuri publico derogare cuiquam permittatur, *leg. teſtandi. 13. Cod. de teſtam.* Inter cæteras verò leges & conditiones teſtamentorum quibus licentia data fuit, præcipua hæc eſt vt nemo poſſit ſiue in teſtamento ſuo ſiue extra teſtamentum facere quin leges in teſtamento ſuo locum habeant *leg. nemo poteſt. 55. de legat. 1.* nec proinde eam ſibi legem dicere, ne poſſit recedere à priori voluntate, *d. l. ſi quis in principio. de leg. 3.* aut in ſumma quicquam aliud facere per quod libertas teſtandi conſtringatur nedum penitus tollatur *leg. cùm duobus. 52. aliàs, leg. ſi fratres. §. idem reſpondit ſocietatem. D. pro ſocio.* At negari non poteſt quin clauſula † derogatoria ſi
22 eum effectum habeat quem Doctores volunt conſtringat liberam illam teſtandi facultatem, quia licet velint manere in arbitrio teſtatoris, vt eam clauſulam reuocet ſi mutet voluntatem, multo tamen liberiorem teſtandi facultatem habet quiſquis nulla indiget reuocatione ad liberè ſecuréque teſtandum, quàm qui propria cautione ſe conſtrinxit ne teſtamentum mutare poſſit, niſi hoc vel illud faciendo, cùm eueniat plerumque, vt non faciat quod faciendum eſſet ad recuperandam teſtandi facultatem, oblitus fortaſſis eorum quæ priore teſtamento continebantur. Aut ex longinquitate temporis aut propter implicationem verborum, vt in ſpecie de qua Guid. Pap. *d. queſt. 117.* Aut denique quod frequentius eſt propter humanæ fragilitatis conditionem, quæ mortis cogitatione perturbata minùs poteſt plures res memoria conſequi aut retinere vt Imperator Iuſtinus ait *in leg. hac conſultiſſima. 8. verſic. at cùm humana fragilitas. Cod. qui teſtam. facere poſſ.* Quomodo enim huius clauſulæ derogatoriæ meminiſſe poſſit is qui vix ſui ipſius aut etiam Dei Opt. Max. eo tempore ſit memor? Niſi fortè volumus ei imputare cur non citiùs fecerit teſtamentum, & eo tempore quo magis vigebat memoria: quod tamen ſi quis velit dicere, non video cur non expeditius futurum ſit dicere imputandum eſſe morienti cur moriatur aut cur teſtari velit. Atqui certum eſt, liberam hanc teſtandi faculatem, nullis aut temporis aut memoriæ finibus eſſe coarctandam, ſed ampliandam potiùs vt tamdiu duret, quandiu is qui teſtari vult tantum habet vitium & ſpiritus, quantum neceſſe eſt ad implendas omnes teſtamenti ſolemnitates. Et nemo non videt intereſſe teſtatoris cuiuſlibet vt valeat poſterius teſtamentum omnimodo, nec ſubiaceat quæſtioni facti, quam inducit vſus clauſulæ derogatoriæ. An eius clauſulæ memor eſſet teſtator nécne, cùm poſterius teſtamentum ordinabat. Inducta enim vel minima facti quæſtio apertiſſimum & præſentaneum iniicit periculum ſubuertendi teſtamenti, cùm aperiat viam, vel falſitati teſtium, vel præſumptionibus, quibus nihil eſt periculoſius, cùm vt plurimùm poſitæ ſint in religione & arbitrio iudicantis, vt & illa ipſa hodie quis iuris ſunt certioris. Imperitia interpretum eo vſque progreſſa, vt omnia de quibus dubitant quantumlibet certa ſint & ex iuris ratione indubitata, faciant arbitraria. Non arbitraria verò illa ſola, in quibus errant.

ERROR VIII.

De ſententia & ratione l. ſi quis in principio. 22. de legat. 3. l. ſi mihi & tibi. 12. §. vltim. & l. ſi ita ſit adſcriptum. 14. de leg. 1.

SVMMARIA.

1 *Teſtamentum iure factum non poteſt nullum eſſe defectu voluntatis etiamſi maximè id velit teſtator, ſine defectus ille probetur per clauſulam derogatoriam poſitam in priore teſtamento, ſine alia ratione.*

2 *In l. ſi quis in principio. 22. D. de leg. 3. agitur de clauſula derogatoria legati, non teſtamenti.*

3 *Ratio dubitandi, ſi clauſ. derogatoria valet in legato, valere quoque debet in teſtamento, quia vtrumque eſt lex, & legatum ex teſtamento pendet.*

4 *Quomodo ex Hermogeniani verbis colligant interpretes non eſſe habendam rationem vltimæ voluntatis ſi non ſit ſpecialiter reuocata prior, per quam fuerat derogatum poſteriori.*

5 *Interpretum collectio ex l. 12. §. in legat. D. de leg. 1. qua inferunt ſecundum teſtamentum non valere ſi ex clauſula derogatoria in primo appoſita conſtet animum teſtandi defuiſſe in teſtatore cùm poſterius teſt. ordinabat.*

6 *Clauſula derogatoria in principio teſtamenti appoſita non ſemper facit vt legatum poſteriore ſcriptura relictum non valeat quaſi nec datum, ſed è contrario plerumque vt non valeat quaſi ademptum.*

7 *Verba derogatoria vim habent cuiuſdam ademptionis etiam ex Bartoli ſententia, cuius notatur inconſtantia.*

8 *Clauſula derogatoria in legatis adpoſita non facit regulariter vt legatum poſterius habeatur pro non dato, ſed tantùm vt habeatur pro adempto.*

9 *Exceptio petita ex d. §. in legatis.*

10 *Ademptio in legatis quomodo precedat aut ſequatur dationem.*

11 *Non poteſt fieri, vt clauſula derogatoria in primo teſtamento adſcripta deſtruat ſecundum niſi per viam ademptionis hereditatis.*

12 *Explicatur regula iuris, hereditas adimi non poteſt, & propoſita controuerſia accommodatur.*

13 *Differentia inter legatum & hereditatem.*

14 *Inter eadem conuenientia.*

15 *Concluſio de clauſula derogatoria inutilitate.*

16 *Explicatur & defenditur aduerſus interpretes vera dicta l. ſi quis in principio ſententia.*

17 *Probatur clauſulam à Tribonianæ additam eſſe l. ſi quis.*

18 *Cuiacius lapſus in d. l. ſi quis interpretatione.*

19 *Differentia inter legatum & hereditatem.*

20 *Notatur antinomia inter dict. leg. ſi quis & leg. ſi mihi 12. §. in legatis. D. de leg. 1. atque l. 14. eod.*

21 *Conciliatio dd. ll. ab autore adfertur petita ex diſtinctione formularum legati, quibus vtuntur Pomponius & Hermogenianus.*

22 *Si testator ita scribat*, cui bis legauero semel debeti volo: *& deinde sciens & prudens eidem bis leget, vtrunque legatum debetur.*

23 *Si testator eandem formulam adscriberet vt scienti prudenti facultatem bis eidem legandi auferret: illa foret inutilis.*

24 *Cuiacy lapsus.*

25 *Quis sit scopus testatoris ita concipientis formulam*, cui bis legauero, ei tantum semel deberi volo.

26 *Qua sit vis illius formulæ.* Quod infra Titio legauero id neque do, neque lego: *& quibus aliis formulis eneruetur.*

27 *Differentia inter illas formulas*, Quod infra Titio legauero id neque do neque lego: & cui bis legauero semel deberi volo.

1 PROBAVIMVS capite superiore testamentum † solenniter & iure factum non posse nullum esse defectu voluntatis etiamsi maximè id velit testator, siue defectus ille voluntatis probetur per clausulam derogatoriam positam in priore testamento, siue per simplicem aliquam protestationem, aut qualibet alia ratione. Sed nondum planè respondimus ad eos iuris locos, quibus moueri quis possit vt pro interpretibus
2 contra nos sentiat. Etsi enim quod attinet ad † *leg. si quis in principio. 22. de legat. 3.* iam monuimus tractari eo loco de clausula derogatoria legati non de clausula derogatoria testamenti. Addita etiam diuersitatis ratione, quod non sicut legata ita & testamenta nuda voluntate delcantur. Tamen quod in te-
3 stamentis † disputauimus non posse obtendi defectum voluntatis ad ea euertenda si testator omnes adhibuerit iuris solennitates, ad legata quoque videtur pertinere cùm ex testamento pendeant, nec minùs legem faciat qui legat quàm qui heredem instituit. Vnde & legati nomen manauit, & diffinitio quam tradit Vlp. in *fragment. tit. de legat.* cùm ait legatum esse quod legis modo imperatiuè relinquitur. Neque tamen dubitari potest quin clausula derogatoria quam nos hac ratione docuimus nihil operari posse in primo testamento contra secundum, vtilis & efficax sit
4 in legatis. Nam † in *dict. leg. si quis.* etsi præfatur Hermogenianus, Si quis in principio testamenti adscripserit, *cui bis legauero, semel deberi volo*, & postea eodem testamento vel codicillis sciens sæpe eidem legauerit, supremam voluntatem haberi potiorem, quia nemo possit legem sibi dicere vt non liceat recedere à priore voluntate, subiungit tamen in hæc verba, *sed hoc ita locum habebit si specialiter dixerit prioris voluntatis sibi pœnituisse & voluisse vt legatarius plura legata accipiat.* Ita inuens à contrario sensu quod inferunt interpretes non esse habendam rationem vltimæ voluntatis si non sit specialiter reuocata prior per quam fuerat derogatum posteriori: quod conuenit responso Vlpiani in *leg. si ita sit adscriptum 14. de leg. 1.* qui locus alioqui cum Hermogeniani lege pugnare videretur, Et apertius Pomponius in *leg. si mihi & tibi. 12. paragapho, in legatis, de legat. 1.* postquàm proposuit regulam iuris quæ vult in legatis nouissimas scripturas valere, quia mutari causa præcedentis legati vel die vel conditione vel in totum ademptione potest. Ita vt si sub alia & alia conditione legatum ademptum sit, nouissimam ademptionem spectari oporteat, subiicit,
5 interdum tamen in legatis † non posteriorem sed præcedentem scripturam valere. Nam si ita, inquit, scripsero. *Quod Titio infra legauero id neque do neque lego*, quod infra legatum erit non valebit. Non alia vtique ratione videtur, quam, quod ex verbis illis præcedentibus appareat in legato postea facto animum legandi Titio, testatori defuisse. Cur non ergo similiter dicemus secundum testamentum valere non posse, si ex clausula derogatoria in primo apposita costet animum testandi defuisse in testatore cùm posterius testamentum ordinabat? Hic vero nodus est quem oportet dissoluere, vt tota hæc res melius intelligatur. Illud autem præmittendum est, tum etiam cùm de legatis † 6.
agitur, clausulam derogatoriam in principio testamenti appositam non semper facere vt legatum posteriore scriptura relictum non valeat quasi nec datum, sed è contrario plerunque vt non valeat quasi ademptum; quod & Vlpianus sentit *dict. l. si ita sit adscriptum*, quamuis subiungat nec datum videri legatum quod ademptum fuit. Inspecto scilicet effectu rei, potiùs quàm veritate ac subtilitate iuris, quæ sane non patitur, vt adimi quicquam possit nisi quod datum sit *l. 3. §. conditio. D. de adim. legat.* Verba enim derogatoria † vim habent cuiusdam ademptionis, quod & fatetur 7
differte Bart. *post gloss. ad d. l. si quis num. 6.* etsi vix est vt non secum pugnet qui paullo ante scripserat post Cinum clausulam derogatoriam habere vim protestationis præambulæ quæ declaret in sequenti scriptura deesse voluntatem. Nam legatum sine voluntate legandi nullum esse posse certum est, legatum porro quod nullum sit adimi nullomodo posse, longéque aliud esse legatum non dare, aliud verò datum adimere. Sed sentiat Bartolus vecunque voluerit. Dico clausulam † 8
derogatoriam in legatis adpositam non facere regulariter vt legatum posterius habeatur, pro non dato, sed tantùm vt habeatur, pro adempto: Exceptio † tamen 9
casum de quo in *dict. §. in legatis*, vbi magis esse puto vt posterius legatum non detur, tanquam non legatum, non tanquam ademptum. Qui enim dicit se legare & non legare pugnantia loquitur, & nihil agit vt postea dicemus. Nec obstat ei quod de ademptione dicimus si quis obiiciat præposterum esse vt ademptio præcedat dationem. Non enim præcedit † ordine intel- 10
lectus aut temporis quamuis præcedat ordine scripturæ. Nam qui sic loquitur, *quod infra Titio legauero id ei dari nolo*, nullam vim habere vult hanc scripturam nisi postea Titio leget. Vbi autem Titio legauit, tunc demum vult superioris scripturæ potestatem eam esse vt quod Titio reuera legatum fuit: non debeatur, Ergo vt ademptū intelligatur quia: quod legatum aliquando fuit in testamento vtili non aliter fieri potest vt non debeatur, quàm si adimatur. Nulla autem hic repugnantia & contradictio est propter quam dici possit legatum datum non fuisse, cùm aliud sit non legare, aliud vero legatum dari nolle, quod nihil aliud est quàm legatum adimere. Ergo si quis velit cum interpretib. † 11
nostris eandem facere vim & potestatem clausulæ derogatoriæ ad subuertendum posterius testamentum, quam esse prudentes voluerunt in legatis ad posteriorem legati scripturam eneruandam, cum fateri necesse erit, fore vt per huiusmodi clausulam hereditas posteriore testamento data, adempta esse existimetur. Nec sanè ratio alia vlla superest faciendi, vt clausula derogatoria in primo testamento adscripta destruat secundum nisi per viam ademptionis, cùm probauerimus non posse ex eiusmodi clausula induci nullitatem secundi testamenti prætextu deficientis voluntatis. Atqui regula iuris est hereditatem † adimi 12
non posse *leg. si ita scriptum 13. §. regula. D. de liber & posth. l. si certum. 17. §. si eodem D. de testam. milit.* scilicet per exheredationem vt scriptum est in *d. §. si eodem*, aut per simplicem ademptionem siue in eodem siue in alio factam, quomodo legata adimuntur. Tunc enim vni hereditas bene adimitur, cùm alij datur, quod non fit nisi per institutionem, & quidem quæ in alio testamen-

to fiat. Nam si in eodem testamento eadem hereditas pluribus detur, atque singulis ex asse, nulli hereditas adempta esse creditur, sed omnib. data, testatore ad secundum aut tertium assem transgresso. Multo minus igitur fieri potest vt per priùs testamentum adempta videatur hereditas quæ dabitur per secundum, quandoquidem etsi iam in secundo testamento data esset, non nisi per tertium testamentum adimi posset. Non enim sicut in legatis diximus, ademptionem quæ præcedit ordine scripturæ, non tamen præcedere ordine naturæ aut temporis aut intellectus. Ita & in ea hereditatis ademptione dici potest quàm clausula derogatoria non potest inducere nisi ex institutione facta in primo testamento Nam cum ademptio hereditatis non possit fieri nisi per institutionem, habet vtique primum testamentum suam institutionē ante quàm fiat secundum. Et consequenter etiam ordine temporis necesse erit vt ademptio ante donationem hereditatis facta esse intelligatur si clausula ista derogatoria in priore testamento adposita aliquid operetur; quod tamen quam absurdum futurum sit quis non videt. Itemque si quis velit dicere quod in legatis diximus eodem tempore fieri & datione & ademptionem. Id enim non magis fieri potest quàm vt quis eodem tempore duo faciat testamenta cùm separatā esse oporteat institutionem per quam hereditas data ab institutione adimitur, & in separato fieri testamento. Ne alioqui hereditas aut pluribus data potius quàm vni adempta videatur; vt iam diximus, aut heredi instituto à se ipso adempta, quod esset adhuc absurdius, *l. sed si conditioni 6. in fin. D. de hered. instit.* Aperta igitur est † differētia
13 legati & hereditatis, vt intelligamus clausulam derogatoriam quæ ideo valet in legatis quod possint adimi, contraria ratione non posse valere in hereditatibus, quoniam adimi non possint. Item quia pluralitate data testamentorum, quæ necessariò præsupponitur cùm agimus de clausula derogatoria appositā in testamento ad secundum destruendum, non potest fieri vt vtrumque testamentum valeat, nec proinde vtraque voluntas in vtroque testamento declarata, nec rursus vt primum testamentū potius sit secundo, cùm hereditas in secundo data per primum adempta videri non possit quia nec in secundo ipso adimi posset, quin ei ipsi heredi qui in secūdo institutus esset à seipso adepta intercideretur. Quis enim patiatur fieri posse in primo testamēto ad secundi destructionē id quod ne quidē in secūdo ipso fieri posset? An in legatis omnia sunt dissimilia, quoniam in eodem testamento legatū & dari, & adimi potest, cumque per aliam posteriorem voluntatem adimitur, non est necesse vt sit aliud testamentum, nec rursus vt legatum quod vni adimitur in alium transferatur. Itaque nihil absurdi est, vt legatum in testamento datum eodem testamento adimatur, aut etiam in codicillis, eo testamēto confirmatis, siue ademptionis scriptura præcedat siue sequatur scripturam legati: Sed erit bona comparatio † hereditatis & legati, si
14 ponas velle testatorem in priore testamento adimere legata quæ daturus sit in posteriore. Hoc enim non magis facere potest quā vt adimat in primo testamento hereditatem quam daturus sit in secundo, cùm fieri nequeat vt habeat quis duo testamenta, neque vt priùs non reuocetur per posterius quod sit perfectum? Nec denique vt reuocato priore testamento non etiam reuocatæ sint omnes clausulæ quæcunque eo testamento continebantur. actus enim testamenti indiuiduus est, nec vnquam auditum fuit vt priùs testamentum per posterius non in totum reuocetur; tum quoque cùm vtroque testamento iidem heredes fuerunt instituti *l. si iure 28. de legat. 3.* Atqui ademptio quæ in priore testamento sit eorum quæ in posteriore dabuntur siue hereditas sit siue legatum, necessario suppo-

nit vtrunque testamentum valere, prius quidem vt sit quod adimat, posterius vero vt sit quod adimatur Concludendum † agnitur est clausulam derogatoriam vnius 15.
testamenti ad alterum quibuscunque tandem verbis concipiatur siue vt deroget possibilitati testandi, siue vt immutet solennitates testamenti. siue vt subtrahat voluntatem in secūdo testamento necessariam, nullius omnino esse momenti. De quo ne dubitare quisquam possit, illud etiam facit, quòd cum quoque cùm de legatis agitur vt in specie † *dict. leg. si quis in* 16
principio, testatore ita loquente, *cui bis legauero semel deberi volo*, non dubitat Hermogenianus quin cui postea sæpius legatum fuerit, sæpius quoque legatum debeatur; potiorque sit posterior scriptura: Ratio ob quam adfert, quod nemini liceat eam sibi legem dicere vt non possit recedere à priori voluntate, Dummodo posterior scriptura non excidat ignoranti, id est dum sciat testatoriam se legasse illi cui iterum legat. Sic enim Hermogenianus intelligi vult, ne pugnet cum Vlpiano in *leg. si ita sit adscriptum. 14. de legat. 1.* & ita accipiendum quod ait *dict. leg. si quis*, in illis verbis, *sciens eidem sæpe legauerit*, non quomodo interpretes nostri vulgo, qui id referunt ad clausulam derogatoriam, quasi eam scire debeat testator, & eius meminisse vt ab ea voluntate, quantum habuerat, recessisse videatur. Cum è contrario dicendum potius sit sufficere ad clausulam derogatoriam extinguendam, vt eius oblitus sit quis reuocare id, quod à se dictum factúm ve non meminerit? Ac si rursus dicas cum interpretibus scientiam requiri ad inducendam necessitatem reuocationis, & tanquam in necessarium antecedens, dicendum erit non debuisse Hermogenianum sic loqui, quomodo locutus est affirmatiuè, *si sciens sæpius eidem legauerit suprematam voluntatem potiorem habeto*, subiecta conditione affirmatiua, *si specialiter dixerit se prioris voluntatis pœnituisse*, sed debuerat scribere negatiuè, si sciens testator sæpius eidem legauerit suprematam voluntatem, potiorem non haberi, deinde subiungere exceptionem aut negatiuam conditionem, *Si non specialiter dixerit*, se prioris voluntatis pœnituisse. Scientia enim aut (vt potiùs loquendo) esset, memoria clausulæ derogatoriæ magis facit vt posterior scriptura non debeat haberi potior quàm vt debeat haberi. At cùm quis prūdens & sciens eidem sæpius legat siue memor siue immemor prioris illius clausulæ, *Cui bis legauero ei semel deberi volo*, vtique vult sæpius legatum deberi, in eoque recedit à priore voluntate. Neque dubito quin ita simpliciter scripserit Hermogenianus †, non additis illis ver- 17
bis, *sed hoc ita locum habebit si specialiter dixerit prioris voluntatis sibi pœnituisse & voluisse vt legatarius pluria legata accipiat*, quam totam clausulam Triboniani esse non Hermogeniani bene iam ante nos obseruauit Iacob. Cuiac *lib. 14. obseruat. cap. 7.* probauitque non solum ex inconcinna illa parumque eleganti verborum structura, [ne dicam barbara] quis enim latinè sic loquitur, *sibi pœnituisse & accipiat* pro *accipëret*] itémque ex legis inscriptione quæ sumpta est ex libris Epitomarum; Sed ex eo etiam quod non bene conuenit ea conditio superioribus. Cur enim scientiam iureconsultus requireret si præterea vellet specialem fieri derogationem? Aut cur specialem fieri derogationem si contentus esset scientia? Aut quomodo posset non scire is, qui etiam expressim & specialiter derogaret? Quanquam in eo errat Cuiacius † quod cum cæ- 18
teris quòd scientiam illam refert ad clausulā derogatoriam. Itemque in eo quod non distinguit, An clausula derogatoriam sit apposita in testamēto ad adimendū legatū, an vero subuertendum posterius testamentum. Illud sanè bene obseruat solere Tribonianum requirere specialem expressionem etiam vbi ratio iuris specialem

non

non requirit, vt in *l. vlt. Cod. de nouat. & Nouell. 99.* quod & nos alibi oſtendimus ex aliis pluribus exemplis ſumptis etiam ex legibus Pandectarum à Triboniano corruptis. Quod ſi Hermogenianus clauſulæ derogatoriæ poteſtatem non agnouit ne quidem ad eneruandam poſteriorem ſcripturam legati, quanto minùs fuit ille agnituros ad ſubuertendum poſterius teſtamentum. Nã hæc quoque inter legatum † & teſtamentum differentia adferri poteſt præter eas quas ſuprà attulimus, quod quamuis legatum non poſſit relinqui niſi in teſtamento, inſpecta iuris veteris ratione, nec minùs faciat legem de bonis ſuis qui legat quàm qui heredem inſtituit, minùs tamen legibus illudit qui legat non habens voluntatem legandi vt nihil agat, quàm qui heredem inſtituit, quoniam ſublato legato, ſiue quòd ademptum ſiue quòd voluntatis defectu nec datum videatur, non ideo tamen corruit aut deriſorius fit actus ille teſtandi, quomodo corrueret, & fieret deriſorius, ſi teſtamentum poſterius per prius impediretur: quia teſtamentum æſtimatur ex heredis inſtitutione non ex legato, & cùm quis teſtando dicitur facere legem, non tam ſingula ſpectantur quæ teſtamento continentur, alioqui quot eſſent legata tot leges factæ viderentur, quam totum ipſum teſtamentum, quaſi vnum quid & indiuiduum, quo ſubſiſtente, licèt in eo deriſorium aliquod ſit legatum, non eo minùs verum eſt factam eſſe à teſtatore legem, nec quicquam in fraudem ſpetúmve legum à teſtatore factum fuiſſe cùm teſtamentum valeat, etiam inutili facto legato. Sed noua tamen difficultas † hîc exoritur, quam nec Cuiacius ipſe diſſoluit, qui ſolus eam præuidere potuit, quod ſublata deletáque tota illa clauſula Tribonianea, quæ ſola interpretes noſtros præcipites egit, pugnare videbitur Hermogeniamus in *d. l. ſi quis cum Pomponio. in d. §. in legatis.* Hermogeniani namque ſententia illa relinquetur, vt ſi quis in teſtamenti ſui principio ita ſcripſerit, *Cui bis leganero ſemel deberi volo*, & poſtea ſciens & prudens eidem ſæpius legauerit, ſæpius legatum debeatur, quia nemini liceat eam ſibi legem dicere vt non poſſit recedere à priore voluntate. At Pomponius aperte ſcribit *d. §. in legatis*, ſi teſtator ita dixerit. *Quod infra Titio leganero id neque do neque lego*, deinde Titio aliquid legauerit, legatum propter ſuperiorem ſcripturam non deberi. Nec ſanè improbabile eſt Tribonianum, eo Pomponij reſponſo permotum, & alio reſponſo Vlpiani cuius iam meminimus in *leg. ſi ita ſit adſcriptum. 14. de legat. 1.* cum aliam conciliationis rationem nullam reperiret, ſupradictam clauſulam & conditionem ad Hermogenianum addidiſſe. Sed reſponderi meo † iudicio commodè poteſt, multum inter has loquendi formulas intereſſe. Nam quod ad Pomponium attinet, qui ſic loquitur, *Quod infra Titio leganero id neque do neque lego*, enixam voluntatem oſtendit legati non modò adimendi, ſed etiã nec dãdi. Oratione concepta negatiuè, adeóq; per duplicem negationẽ. Dici enim ſolet & verum eſt negationẽ magis negare quàm adfirmatio adfirmet, neq; rurſus poteſt ea clauſula effectum illum habere, ſi non hunc habeat quem vult Pomponius vt impediat ne legatum Titio debeatur. Nam cùm teſtator ita locutus poſtea Titio legat, non tam videtur à priore voluntate recedere, quam id facere ſine quo prior illa voluntas effectum nullum habere potuiſſet, neque in hunc cadit hæc diſtinctio, an prudens & ſciens an ignorans leget, ſiquidem ignorans nemo legat. At is, qui ſcribit †, *Cui bis leganero ſemel deberi volo*, præter id quod affirmatiuè loquendo minùs enixam præ ſe fert adimendi legati voluntatem, quod à ſe bis datum & multiplicatum videri non prohibet, videtur etiam ita ſcribere magis diffidens ſuæ memoriæ quod facilè poſſit ægretanti homini & moribundo accidere vt iterum leget ei cui non meminerit iam ſe legaſſe, quam vt tibi adimat ſæpius eidem legandi facultatem. Itaque vt legatum vtrumque debeatur nihil aliud exigimus, niſi vt teſtator ſæpius eidem legauerit ſciens, & prudens, id eſt, quomodo explicauimus, memor iam ſe eidem legaſſe: nec eo magis inutilem efficimus clauſulam, quæ ſcilicet operaretur ademptionem poſterioris legati, ſi probaretur teſtator fuiſſe immemor prioris legati cùm iterum legabat: Aut, vt dicam melius, ſi non probaret legatarius ſcientiam & memoriam teſtatoris quod prioris legati meminiſſet, putà ſi poſterius legatum haberet dictionem vulgarem, *hoc amplius*, aut *vltra*, aut quam aliam ſimilem ex iis quæ repetitiuæ & implicatiuæ appellantur. Scientiæ enim probatio hoc caſu exigenda eſt à legatario, non obliuionis ab herede, pro quo ſatisfacit præſumptio collecta ex iis verbis, quibus teſtator ſe memoriæ ſuæ diffidere oſtendit. Vnde eſt quod Vlpian. in *dict. leg. ſi ita adſcriptum*, reſpondet ſimpliciter proheredẽ, non niſi ſemel ab eo legatum deberi, quia non proponebatur ex facto teſtatorem ſcientem ſæpius eidem legauiſſe. Nam ſi teſtator eam † clauſulam adſcripſiſſet, vt ſibi etiam prudenti & ſcienti adimeret facultatem legandi ſæpius eidem legatario, proculdubio clauſula non valeret. Hoc enim eſt quod ait Hermogenianus nemini licere ſibi eam legem dicere, vt non poſſit recedere à priore voluntate. Nam qui ſciens & prudens ſæpius legat, quid aliud vult, niſi vt ſæpius legatum debeatur? Immo, inquies, id potius facit ſine quo prior illa clauſula effectum habere non poſſet, vt diximus in ſpecie quam tractat Pomponius. At iam dixi, Immo poſſe effectum habere clauſulam non probata per legatarium ſcientia & memoria prioris legati, vt apud Vlpian. in *dict. leg. ſi ita adſcriptum*. Deinde in ſpecie Pomponij illud etiam diſſimile eſt, quod prior clauſula non aliquam voluntatem continet, ſed tantùm noluntatem, ideóque qui ſic loquitur, *Quod infra Titio leganero id neque do neque lego*, non poteſt videri eam ſibi legem dicere nec poſſit recedere à priore voluntate quæ adhuc nulla ſit, ſed id tantùm agit vt quamuis poſtea dicat ſe legare, nondum tamen videatur habere voluntatem legandi. Facilius namque eſt, vt quis nondum incipiat velle, quam poſtquam velle cœpit, ſubinde voluntatem mutare prohibeatur. Siquidem voluntas ſemper libera eſt ex quo quis incipit hoc vel illud velle: At voluntas vt ſit aliqua neceſſe eſt priuſquàm libera eſſe poſſit, aut mutabilis. Proinde ſi apud Hermogenianum poneres ita locutum teſtatorem, *Cui bis leganero ei neque lego niſi ſemel*, æquè diceremi ei cui bis legatum fuiſſet, non niſi ſemel debitum iri, hoc eſt, non niſi vnicum duntaxat legatum: illud verò, non exiguius quomodo Cuiacius male † putat ex *leg. ſemper in obſcuris. 9. de regul. iur.* [hic enim nihil obſcurum eſt propter quod ad eam regulã iuris recurrendum ſit, & alia ſpecies eſt de qua in *dict. leg. ſi ita ſit adſcriptum in fin.* vbi agitur de ademptione ſimpliciter facta poſt multa legata relicta ita vt non poſſet dici quod nam vel eandem vel dapté videri deberet.] ſed prius, quia poſtquam ſemel hic teſtator legauit, quicquid poſtea legat quantum, aut quantuluncunque tandem illud ſit pro non dato, proque non legato habendum eſt. Sed cum teſtator † ita concipit formulam, quomodo concepta eſt apud Hermogenianum, *Cui bis leganero ei ſemel tantùm deberi volo*, nnon id agit vt poſtea ſæpius legando videatur voluntas deficere in poſteriore legato, ſed potius vt adimat ſequentia legata ne debeantur: quod aperte Vlpianus ſcribit in *dict. leg. ſi ita ſit adſcriptum. 14. de leg. 1.* quæ ademptio cùm non tantum in noluntate conſiſtat, ſed etiam in voluntate, contrariam voluntatem haud dubiè admittit, quæ vt probetur ſufficit quod conſtet teſtatorem non obliuione prioris legi, ſed ſed prudentem & ſcientem ſæpiùs eidem legauiſſe. An ergo

10 20 21 22 24 25

ergo admittimus posse quem sibi legem dicere ne possit recedere à priore voluntate? Minimè. Nam neque potest esse duplex voluntas quomodo duplex voluntas est. Ergo nec vna prior, alia posterior. Sed qui sic loquitur †, *Quod infra Titio leguero id neque do lego*, non eam sibi legem dicit ne aliquando possit velle, quod nunc declarat se nolle, sed tantùm verbis suis quæ proferet cùm legabit, eam vim aufert, quam alioqui essent habitura adsignificandam voluntatem propter expressam contrariã voluntatem quousq; incipiat velle. Itaque si postea sic scriberet, *Titio fundum Cornelianum do lego quia datum ei & legatum volo*, valeret vtique legatum propter præsentem, quæ superueniret legandi voluntatem, quam voluntas præterita impedire non posset. Idemque esse puto si testator ita scripserit *Titio fundum Cornelianum deberi volo*. quia satis est vt testator voluntatem suam apertè expresserit, non tantùm legando, quod non sufficeret, sed expressim addendo quod velit, etiam nulla facta clausulæ derogatoriæ mentione. Potest etiam inter has formulas † differentia illa obseruari, quod in testatoris potestate magis est vt non det & leget cùm dat & legat, quia sine voluntate dandi & legandi, neque datum, neque legatum vllum est, quàm vt quod dat & legat non debeatur. Vt enim legatum debeatur, necne ex iuris autoritate est, iuris autem ratio facit, vt legatum quod vtiliter & sollenniter relictum est nisi post ademptum fuerit, omnimodo debeatur. Itaque cùm is qui ita dixerat, *Quod infrà Titio leguero, id neq; do, neq; lego*, postea fundũ legat, id facit quod in ipsius potestate est quia sic legat, vt nihil legare videatur, propter deficientẽ ipsius voluntatem ex qua pendebat, an legaret, an non. Proinde mirum non est, legatum non deberi, quia nec vllum esse intelligitur, cùm testator legando id ipsum faciat, quod expressim dixerat se non facere, secúmque pugnet legando & non legando cuius repugnantiæ & contradictionis effectus alius esse non potest quàm vt neutrum ratum sit vt habet regula iuris in *l. vbi pugnantia.* 188. *de regul. iur.* acsi scriptum esset, *Titio fundum Cornelianum do lego, Non do, non lego.* & consequenter vt non valeat legatum. Sufficit enim heredi vt scriptura legati non valeat, licet nec valeat ea quæ cũ legato pugnat quia legati scripturã õmnimodo valere necesse est vt legatum debeatur. Heres verò nulla eget scriptura vt retineat legatũ inuitiuer relictũ, *leg. legatũ est delibatio.* 116, *de legat.* 1. At cũ is qui sic dixerat, *Cui bis leguero semel deberi volo*, postea idem sæpius legat, id facit quod posset non facere, non autem id quod non posset facere etiamsi maximè vellet. Poterat facere semel tantùm legando, vt non nisi semel legatum deberetur, puta & semel tantum legare potuisset si voluisset. Sed non poterat facere vt sæpius legando semel tantùm deberetur legatum, quia toties deberi lex vult quoties à testatore relictum fuit nisi proponas esse legatum speciei aut generis quidem, sed per modum speciei relictum quod multiplicari non possit *leg. planè.* 34. §. 1. *de leg.* 1. Et tamen legando sæpius nihil facit quod antea dixerit se non facere, quomodo faceret si dixisset, *Cui bis leguero semel tantum do lego*, sed cùm sæpius legat, verum est eum sæpius legare, nec quicquam est in verbis clausulæ derogatoriæ propter quod dicendum sit eum semel tantum legasse. Atqui non potest fieri vti leget, quin velit legatum deberi, quia voluntatem hanc legandi cocomitatur statim potestas iuris, quæ confirmat legatum ex die testamenti hactenus saltem vt cedente die debeatur. Hoc ipso igitur quod hic testator bis legat, dummodò sciens & memor prioris legati vt lex ait [ne alioqui pugnet Vlpian. *dict. leg. si ita sit adscriptum.* 14. *de legat.* 1.] recedit à priore voluntate qua expresserat velle se vt cui bis legaret semel tantum deberetur: Nec proinde aliud quicquam est, quod possit impedire ne legatum sæpius relictum sæpius debeatur, nisi quod idem testator initio voluerat vt legatum hoc quantumcunque petitum, semel tantùm deberetur. Hoc autem impedire non potest ne sæpius debeatur, quia nemo potest eam sibi legem dicere ne à priore voluntate recedere possit. At cùm is qui dixerat, *quod infra Titio leguero, id neque do neque lego*, postea Titio legat, id solum & præcisè quod expressim sibi prohibuerat, & prohibere potuerat, ne faceret, quia legat id quod dixerat se non legare: cùm posset non legare, & quemadmodum non legando legat, ita & legando non legat. In hanc nihil agit, quia iuris autoritas non patrocinatur huic legato cui voluntas deest. Nam tam videtur testator hic à priori voluntate recedere cùm legat quàm cum seipso pugnare contradictoriè, siquidem inter, *dare & non dare, legare & non legare* quæ sunt contradictoria facti, medium nullum est. Quo non similiter dici potest de illo qui sæpius legat id, quod se dixerat semel tantum deberi velle. Non enim ille est qui facit vt legatum sæpius debeatur, sed ratio iuris, quam non potuit ille prohibere. Quod verò ille ipse est qui sæpius legat, non potest inducere contradictionem, quia non sibi legem dixerat ne legaret, sed tantùm ne sæpius legatum deberetur. Legare autem, & non velle deberi legatum non sunt contradictoria, sed tantum diuersa, & quidem ita vt sub vno eodémque genere non contineantur, quippe quorum vnum sit facti, alterum iuris. Denique quod magis est, inter Non velle deberi legatum, & velle deberi medium aliquod est, scilicet, *legare*, cum nisi legando facere nemo possit vt legatum debeatur. Vt & inter omnia iuris extrema medium aliquod esse necesse est quod in faciendo vel non faciendo consistat vt ex eo ius vel non ius oriatur. Nihil potiò prohibet quominus testator verè dicatur legasse sæpius, quisquis sæpius legauit, quoties præcedens clausula derogatoria non sic concepta est vt testator dixerit se non sæpius, sed tantum prohibuerit sæpius deberi. Aliud enim hic facit cum sæpius legat, quam quod fieri prohibuit: Nec quemadmodum facto tuo legem dare potuit ne faceret, ita etiam potuit impedire aut immutare ius quod ex suo facto nasciturum esset.

ERROR IX.

De testatore qui legem sibi dixit maioris solennitatis in secundo testamento adhibendæ Ad l. Diui 6. §. licet. D. de iur. codicill.

SVMMARIA.

1 *Rationibus confutata de clausulis derogatoriis interpretum opinio legum textibus subuertenda proponitur.*
2 *Sententia l. Diui. 6. §. licet, D. de iur. Codic. & sententia ratio aduersus interpretes inducta.*
3 *Prima responsio interpretum & eiusdem ex Bartolo confutatio.*
4 *Secunda solutio interpretum: & eiusdem reprehensio ex Bartolo.*
5 *Bartoli reprehensio reiicitur, & solutio interpretum aliter refellitur.*
6 *Tertia solutio, & eiusdem impugnatio.*
7 *Quarta solutio qua fuit Oldradi & Andreæ de Pisis probata Zasio.*
8 *Quartæ solutionis confutatio.*
9 *Quinta solutio qua est Bartoli refertur & refellitur.*
10 *Nugatoria quorundam solutio explosa.*

Non

NOn videbimur † aut nobis aut aliis satisfeciſſe confutato tot rationibus errore iſto interpretum circa clauſulas derogatorias teſtamentorum, datiſque tam multis reſponſionibus ad eos iuris locos quibus interpretes mouentur, niſi etiam legum autoritate pugnemus & vincamus. Occurrunt autem duo potiſſimum iuris loci, ad hanc quæſtionem maximè pertinentes nec interpretibus ipſis incogniti, ſed quos illi putant eludere ſe poſſe ſuis parum argutis ſubtilitatibus & commentis, niſi nos ſubtiliùs, in contrarium nitamur. Primus † eſt in *l. Diui. 6. §. licèt, D. de iur codicil.* vbi Marcianus tractans de illo qui in confirmatione codicillorum adiecerat, vt non aliàs valere illos vellet quàm ſi ſua manu ſignati eſſent & ſubſcripti. Ait valere tamen codicillos ab eo factos poſtea, licèt neque ab ipſo ſignati neque manu eius ſubſcripti fuerint, quoniam inquit ea quæ poſtea geruntur, prioribus derogant. Quæ ratio vt nemo non videt generalis eſt, & pertinens ad confirmandam poſteriorem quamlibet voluntatem etiam cui teſtator voluerit per priorem derogare, ſiue poſterior illa declarata ſit in codicillis eo teſtamento confirmatis, ſiue in alio poſteriore teſtamento. Nam ſi codicilli poſt teſtamentum facti qui ex teſtamento ipſo ita pendent vt ab eo vires capiant, derogant voluntati quæ in contrarium expreſſa fuerat in teſtamento etiam citra vllam ſpecialem derogationem, quanto magis videri debet derogatum clauſulæ derogatoriæ in priore teſtamento appoſitæ, per poſterius teſtamentum quod neque pendet neque pendere vllo modo poteſt à priore? Rurſus ſi in codicillis non poteſt præcedens clauſula derogatoria facere vt videatur voluntas defuiſſe, cùm tamen nuda voluntate conſtent, nec vllam iuris ſolennitatem exigant, quanto minùs faciet clauſula derogatoria in priore teſtamento adiecta, vt in poſteriore quod citè ac ſolenniter factum fuerit, credendus ſit teſtator nullam habuiſſe teſtandi voluntatem? Agnoſcunt interpretes eſſe hoc contrariũ terribile, vt loquũtur, ad quod nihil omnino reſpondet quod placere poſſit, neque tamen ex eo moueri & perſuaderi poſſunt vt errorem ſuum agnoſcant. Aſſerunt autem plures ſolutiones poſt *gloſſ. ad d.l. ſiquis in princip. 22. de legat. 1.* ſed quas omnes ipſe etiam Bart. improbat, vt in alea omnium peſſima & improbabiliſſima conquieſcat. Prima † illa eſt, ſequentem voluntatem emanantem ſimpliciter, id eſt ſine ſpeciali clauſulæ derogatoriæ reuocatione valere quidem ipſo iure, & ita eſſe accipiendum quod ſcribitur in *d. §. licet*, ſed tolli ope exceptionis ex *d.l. ſiquis*. Bartolus reprehendit & rectè, quia Marcianus in *dicto* §. ſic loquitur, vt non dubitet quin ſequens voluntas declarata in poſterioribus codicillis quibus fuerat in teſtamento derogatum, plenum effectum habere debeat. Et è contrario nullum de neceſſitate exceptionis opponendæ verbum eſt apud Hermogenianum in *d.l. ſiquis*. Secunda † ſolutio eſt, multum intereſſe an verba derogatoria ponantur in eodẽ teſtaméto in quo legatur, an in alio teſtaméto, vt priore caſu neceſſaria ſit ſpecialis reuocatio, *d.l. ſiquis*. poſteriore verò non ſit neceſſaria *d. §. licet*. Bartol. etiam reprehendit ex *dict. leg. ſi quis*. vbi dicitur nihil intereſſe an teſtator qui in teſtamento ita ſcripſerat, *Cui his legauero, ſemel deberi volo*, poſtea legauerit ſæpius in eodem teſtamento an in codicillis poſtea factis. Vnde inquit, ſiue legetur in teſtamento, in quo fuerunt verba derogatoria, ſiue in codicillis poſtea factis, ſiue in alio poſteriore teſtamento [hoc enim omnino ſenſit Bartolus, licèt non addat] requiritur reuocatio ſpecialis. Sed hæc reprehenſio † non eſt recta; quia quod legatur in codicillis poſt teſtamentũ factis, & conſequenter eo teſtamento confirmatis perinde habendũ eſt acſi eo ipſo teſtamento relictum eſſet, propter ſingulare ius codicillorum teſtamentariorum, vt quæcunque in his ſcribuntur, perinde habeantur ac ſi in teſtamento ſcripta eſſent *l. 2. ab inteſtato. 26. ad fin. ff. de iur. codic.* Nam & inde eſt quod in huiuſmodi teſtamentariis codicillis legata dari poſſunt, quæ alioqui certum eſt non poſſe dari in codicillis ab inteſtato factis *l. illud 13. §. tractari. eod. tit.* At quod in poſteriore teſtamento legatur, non poteſt videri legatum in priore, quia non pendet poſterius teſtamentum à priore cum è contrario prius per poſterius ſubuertatur. Ideóque fatendum eſt nil eſſe neceſſe ad eneruandam clauſulam derogatoriam in priore teſtamento appoſitam vt ea per poſterius teſtamentum ſpecialiter reuocetur, in eóque noſtros errare, qui abutuntur reſponſo Hermogeniani in *d.l. ſi quis*, vt quod ibi ſcriptum eſt de clauſula derogatoria poſterioris legati, protrahant ad clauſulam derogatoriam poſterioris teſtamenti. Etiam admiſſo eo quod nos cum Cuiacio neganimus in præcedentibus, vt tota illa clauſula quæ requirit ſpecialem clauſulæ derogatoriæ reuocationem Hermogen. ſit, non Triboniani. Veruntamen neque iſtorum ſolutio bona eſt. Nam neque tunc cùm in eodem teſtamento adeſt clauſula derogatoria legati & legatum, neceſſaria eſt vlla ſpecialis reuocatio ſi iuris rationi plus quàm Triboniani iudicio tribuamus. Deinde vt maximè id verum eſſet, tanto magis contra hos pugnaret reſponſum Marciani in *d. §. licet*. Etſi enim tractat Marcianus de clauſula in teſtamento appoſita per quam voluerit teſtator derogare codicillis poſt teſtamentum factis, tractat tamen de codicillis eo priore teſtamento confirmatis, & conſequenter qui tales ſunt, vt quicquid in iis ſcriptum eſt, in ipſo teſtamento ſcriptum intelligatur vt tam diximus. Tanto magis ergo ſecundum illorum diſtinctionem neceſſaria eſſet ſpecialis reuocatio, quam tamen Marcianus nullam requirit, ne quidem generalem, extra tacitam illam quæ poſteriorem voluntatem ſemper concomitatur, vt deroget priori. Itaque impingunt iſti in eundem errorem in quem etiam Bartolus, quod non vident habenda eſſe pro ſcriptis in teſtamento quæcunque ſcribuntur in codicillis teſtamento confirmatis. Tertia † ſolutio eſt referre an clauſula derogatoria ponatur antequam legetur vel poſtea. R diculè, non ſolùm quia tam in *d. paragrapho, licet quàm in dict. leg. ſi quis*, tractatur de clauſula derogatoria quæ præceſſerit. Sed etiam cùm clauſula derogatoria ſequitur, non poteſt eſſe locus quæſtioni an reuocata illa ſit per legatum aut aliam voluntatem poſteriorem cùm tota reuocationis tacitæ inducendæ ratio pendeat ex eo quod poſteriora derogant prioribus vt Marcianus ait. *Quarta* † ſolutio fuit Oldradi & Andreæ de Piſis quos refert Bartolus, Conſtituendam eſſe differentiam inter verba derogatoria ſolennitatis & derogatoria voluntatis, quæ fuit vetus illa diſtinctio Iacobi de Aretio ſuperius à nobis relata. In §. *licèt*. fuiſſe verba derogatoria ſollennitas, quæ ſolennitas eſt iuris publici, ideóque talem clauſulam derogatoriam reuocari per ſimplicem contrariã voluntatem, quia de facili res redit ad ſuam naturam *l. ſi vnus, 27. §. pactus ne peteret. D. de pact.* At *in d.l. ſi quis* fuiſſe derogatoria circa legatum ſeu voluntatem legandi, quam teſtator poteſt tollere ſicut vult, cum à ſua libera voluntate dependeat & ideo requiri ſpecialem reuocationem. Hanc verò ſolutionem tanquam omnium optimam probat Zaſius ad *l. ſi mihi & tibi duodecima, paragrapho, in legatis. de leg. primo*. Sed parùm ſubtiliter † vt mihi videtur. Nam, quod bene obſeruat Bartolus, non ita ſcripſerat teſtator apud Marcianum, *Volo quod in codicillis meis requiratur iſta ſolennitas quod ego me ſubſcribam & mea manu ſignem*, quibus verbis videretur derogaſſe ſolennitati tantùm non etiam voluntati, ſed vlterius procedendo dixerat velle ſe vt non alias codicilli valerẽt quos poſtea facturus eſſet, quam ſi abſi eo ſignati

manúque eius ſubſcripti eſſent, quæ verba ſine dubio ſunt derogatoria voluntatis: ob idque concepta diſpoſitiuè quatenus derogant voluntati, conditionaliter autem dumtaxat quatenus derogant ſolemnitati vt argutè ratiocinatur. Cuius ſententiam ſecutus Paulus Caſtrenſ. *ad d.§. in legatis*, ait quòd ſi quis in priore teſtamento diceret, *nolo aliud teſtamentum facere poſſe niſi cum decem teſtibus*, ea clauſula nihil operaretur, neque impediret quominùs valeret poſterius teſtamentum, etiam quod coram ſeptem tantùm teſtibus factum eſſet, quoniam ea clauſula ſolemnitati tantùm derogaret quod fieri non poteſt. Sed ſi vltra prædicta verba teſtator ſubiungeret, *& ſi contingat me aliud facere teſtamentum in quo non ſint adhibiti decem teſtes nolo illud valere*, tunc operaretur, & valeret clauſula ad ſubuertendum poſterius teſtamentum, quia eſſet derogatoria voluntati. In quo tamen fallitur, reſpondétque apertiſſimè, contra *d.§. licèt*. Nam ſi nihil nocet teſtatori quod in teſtamento legem ſibi dixerit adhibendæ alicuius ſolemnitatis in codicillis qui ex ratione iuris nullam ſolemnitatem habent, nec exigunt, quanto minùs ei nocebit, quod legem ſibi dicere voluerit maioris ſolemnitatis adhibendæ in teſtamento quod ſuas habet eaſque certas & perpetuas ſolemnitates? An non æquè contra leges cautio illa eſt, cùm quis non vult valere poſterius teſtamentum paucioribus quàm decem teſtibus munitum, atque ſi è contrario præciperet valere teſtamentum quod quinque vel quatuor tantum teſtes haberet? Eiuſdem nimirum potentiæ eſt ſtatutis ſolemnitatibus aliquid addere, vel detrahere, nec alterius eſt addere quam eius qui poſſet detrahere vel contra. Itaque licèt Marcianus ſupradicto loco non loquatur de clauſula derogatoria poſterioris teſtamenti ſed de derogatoria poſterioris codicillis. Ex eo tamen fortiſſimum & inuincibile argumentum pro nobis ſumitur quantum ad clauſulam derogatoriam teſtamenti, quia cum codicilli teſtamentarij per teſtamentum ante factum confirmati ab ipſo pendeant vt diximus, nec vllas habeant à iure ſolemnitates, multo maior ratio eſſet vt ea clauſula derogatoria in teſtamento adſcripta noceret codicillis, quàm vt noceat teſtamento poſteriori quod & ſuas habet à lege ſolemnitates, & à teſtamento priore nullomodo pendet. Atqui non nocet clauſula derogatoria codicillis poſtea factis etiamſi fuerit derogatoria voluntatis. Ergo multò minùs nocebit poſteriori teſtamento. Quod ſi ex illo Marciani reſponſo probatur apertiſſimè nihil operari clauſulam derogatoriam nec ſi fuerit derogatoria voluntatis tantùm, quantò apertiùs probabitur, quod & Oldradus & Iacob. de Arctio & antiqui illi fatebantur nihil operari debere clauſulam derogatoriam, quæ ſit derogatoria ſolemnitatis? Et tamen communior interpretum opinio eſt, tum quoque cùm ſolemnitati tantùm derogare teſtator voluit, valere clauſulam derogatoriam, niſi ſpecialiter reuocetur, quod & Bart. ipſe concludit *ad leg. omnes populi. in 3. quæſt. in principio de inſtit. & iur. Salicet. in leg. ſancimus. Cod. de teſtam. poſt gloſſ. ad dict.§.* in legatis quo abſurdius nihil ſanè dici poteſt. Etſi enim verum quod Salicetus obiicit eiuſmodi clauſulam derogatoriam ſolemnitatis perinde reuocari ſpecialiter poſſe, acſi eſſet derogatoria voluntatis. Vt inferat, Non igitur ex ea tolli teſtatori liberam & cum ſolitis ſolemnitatibus teſtandi facultatem, non eo minùs tamen verum eſt in eo lædi autoritatem legum quod vel pluribus vel paucioribus ſolemnitatibus illa teſtandi facultas conſtringitur, quod priuatorum cautionibus contra ius publicum fieri certè nullomodo poteſt *l. teſtandi. 13. C. de teſtam. l. nemo poteſt. 55. d. leg. 1. l. vltim. D. de ſuis & legit.* Neque tamen video quid ſit quod tractare noſtri poſſint de clauſula derogatoria ſolemnitatis in ſpecie *d.§. licèt*, cùm ibi Marcianus agat de codicillis qui nullam omninò habuerunt olim iuris ſolemnitatem quia nec legibus cogniti erant vt Iuſtin. ſcribit *in tit. de codicill. Inſtit.* Ac ſanè in ea ſpecie fatendum eſt teſtatorem, neque addere neque detrahere quicquam voluiſſe ſolemnitati codicillorum quæ nulla eſt, ſed tantùm voluiſſe addere ſolemnitatem vt faceret ſolemnes, vt ita dixerim, codicillos quales à iure cogniti nulli ſunt. Supereſt † igitur vt videamus 9
quid tandem Bart. & alij ad Marcianum reſpondeant, vt ſuum illud de clauſula derogatoria commentum tueantur. Reſpondent verò poſt *gloſſ. in d.§. licèt*, debere Marcianum intelligi ex Hermogeniano, valere nimirum codicillos poſt teſtamentum factos non obſtante derogatoria in teſtamento adſcripta, ſed ita demum ſi ea clauſula ſpecialiter fuerit reuocata. Sed quis non videt quod Cuiacius fatetur *lib. 14. obſeruat. cap. 7.* hanc ſubauditionem plus nimio habere licentiæ? Nihil ſiquidem prorſus eſt apud Marcianum ex quo poſſit vel minima coniecturæ occaſio capi quod in ea ſpecie teſtator expreſſim & ſpecialiter reuocauerit voluntatem quam expreſſerat in teſtamento. Quin etiam ratio qua Marcianus mouetur contrariam ſuadet interpretationem: *quoniam*, inquit, *poſteriora derogant prioribus*. Ita innuens moueri ſe ex eo quod poſterius factum potiùs quàm poſterius dictum ſit. Sufficit enim factos eſſe poſt teſtamentum codicillos neque à teſtatore ſignatos neque manu eius ſubſcriptos, vt appareat teſtatorem voluiſſe per hæc poſteriora derogare prioribus, etiamſi non addiderit ſpecialem reuocationem, quandoquidem nihil intereſt factis an verbis voluntas declaretur, *leg. Pomponius ſcribit 9. D. de negot. geſt. leg non tantùm. 5. D. rat. rem haber.* Imò potentior eſt voluntatis declaratio quæ ex facto colligitur, quàm quæ fit verbis. Alia igitur interpretatio & reſponſio pro interpretibus quærenda eſt, aut fatendum ſententiam noſtram Marciano placuiſſe, nec eam tantùm in cathedra pulchram eſſe, vt Cinus dicebat, ſed etiam in foro probandam, in quo defendum maximè eſt quod hucuſque tam ſæpe pronunciatum ſit & quotidie pronuncietur pro errore iſto interpretum contra manifeſtiſſimam iuris rationem in tot teſtamentorum euerſionem, & iacturam tot hereditatum iis ablatarum qui poſteriore teſtamento ſcripti reperiantur, quaſi nihil iuris habeant illi pro quibus omnes leges clamant. Illud non eſt prætermittendum † æquè nugatores eſſe iſtos qui dicunt apud 10
Marcianum fuiſſe teſtatorem ignorantem quem Hermogenianus ponit ſcientem. Nam & id æquè commentitium eſt, & ab ea ratione, qua Marcianus moueri ſe dicit, alienum.

ERROR X.

De ſententia & ratione l. vltim. in principio de leg. 2. & l. conficiuntur. 8. §. vltim. D. de iur. codicill.

SVMMARIA.

1 *Deciſio Scæuolæ in ſpecie l. vlt. in pr. D. de leg. 2. refertur & aduerſus interpretum commentum de clauſulis teſtamentorum derogatoris inducitur.*
2 *Reſponſio interpretum diſtinguentium an clauſula derogatoria expreſſa ſit, an tacitè à contrario ſenſu collecta refellitur.*
3 *Alia interpretum reſponſio diuinatoria conuellitur.*
4 *Accurſium, Bartolum & alios perperam cenſere in ſpecie d. l. vlt. in pr. nullam eſſe clauſulam niſi à contrario ſenſu.*
5 *Vera ſententia l. conficiuntur. 8. §. vlt. D. de iure C. aduerſus Bartolum defenſa.*
6 *Cur in ſpecie d. l. vlt. valent ea quæ data fuerant in epiſtolam non obſignata, cùm teſtator non aliam ſcripturam*

pturam

pturam confirmasset quàm qua obsignata reperiretur. At in d. l. conficiuntur, *non valent codicilli anteriores, saltis nouissimis confirmatis.*

7 *Quæuis vltima voluntas est ambulatoria vsque ad mortem.*

8 *Cùm primos codicillos facit is qui postmodum facit alios, non id agit vt faciat codicillos inutiles.*

9 *Bartoli falsa traditio refellitur.*

10 *Sententia Petri de bella-Pertica à Bartolo probata reuocatur.*

11 *Error Bartoli putantis Scæuolam ad probandam fidem epistolæ quinque testes requirere.*

12 *Lapsus Cuiacij in dict. leg. vltim. in princ. interpretanda.*

13 *Omnibus actibus solemnibus commune est, vt qui solemnitates adhibuit, nunquam possit dicere voluntatem sibi defuisse id agendi quod agere se dixit.*

14 *Quo pertineat distinctio tradita ab Hermogeniano in l si quis in princ. D. de legat. 3.*

15 *Multum interesse an verba testatoris derogatoria ad factum, an ad ius referantur.*

16 *De clausula derogatoria circa leges & Principum constitutiones.*

1 LOCVS † hic alius est, qui pro sententia nostra vrget contra interpretes, vt appareat clausulam derogatoriam etiam in legatis nullius esse momenti. Quidam testamento filium & vxorem suam heredes instituerat, & cauerat vt si quid obsignatum recepisset, id vice codicillorum valeret. Postea epistolam scripserat in qua & quidquid in peculio habuerat filius ei donauerat, & adiecerat præcipua hæc cum sui que iuris & post mortem suam habere velle: quæ tamen epistola non fuit obsignata. Quærebatur an quæ epistola continerentur ad filium pertinerent. Respondit Scæuola *in l. vlt. in princip. de legat. 2.* si fides epistolæ constaret deberi, quæ testator in ea dare se velle significauit. Non igitur validitas epistolæ impeditur per clausulam illam in testamento appositam quæ omnibus scripturis non obsignatis derogasse videbatur. Et ita interpretes quoque omnes
2 sentire coguntur. Sed respondent voluntatem † testatoris derogatoriam in ea specie non sumi nisi tacitè à contrario sensu, indéque fieri vt per tacitam quoque voluntatem contrariam reuocetur, nec speciali indigeat reuocatione. Aliud igitur responsurum fuisse Scæuolam si verba derogatoria fuissent expressa, puta si testator disertis verbis cauisset ne qua ipsius epistola scriptura ve alia valeret nisi quæ esset obsignata. In quo quàm euidenter fallantur ex eo intelligimus, quod si talia testatoris verba proponerentur, esset hic casus ille ipse de quo respondit Marcianus *in l. Diui 6. §. licet, de iur. codicill.* de cuius loci sententia scripsimus capite superiore. Et tamen non dubitat Marcianus quin clausula derogatoria eo casu nullius planè sit momenti, etiamsi non fuerit specialiter reuocata. Non ergo bona distinctio est an clausula derogatoria expressa sit, an tacitè à contrario sensu collecta. Eritque multo commo-
3 dius † ne dicam tolerabilius ad eam confugere diuinationem ad quam iidem interpretes confugiunt vt effugiant Marcianum, cùm ponunt adiectam fuisse in posteriore scriptura specialem prioris voluntatis reuocationem. Quod tamen si quis velit dicere, replicabo idipsum quod iam supra dixi circa speciem Marciani, nihil esse apud Scæuolam vt neque apud Marcianum, ex quo possit coniici reuocatam fuisse siue specialiter siue generaliter priorem voluntatem. Ac proinde subauditionem hanc plus nimio habere licentiæ vt Cuiacius loquitur *lib. 14. cap. 7.* ita vt non tam subauditio vel suppletio quàm nugatoria diuinatio dicenda sit.
4 Sed & falsum est † quod Accursius, Bart. & alij volunt in specie *d. l. vlt. in princip.* nullam esse clausulam derogatoriam nisi à contrario sensu. Cùm enim neque codicilli neque aliæ vltimæ voluntates post testamentum conditæ aliter valeant, quàm si confirmatio facta sit in testamento, apparet confirmatione facta codicillorum certi generis, putà quos testator ipse obsignasset, nullo esse opus argumento à contrario sensu: vt alterius generis codicillis derogatum dici possit, sed sufficere quod non sint confirmati: atque ita nihil interesse an posterioribus codicillis alterius generis expressè derogatum sit, an verò per solam confirmationem. In eamque rem elegans est responsum Pauli † *in l. conficiuntur. 8. §. vlt. D. de iur. codicill.* vbi scribit ille, si quis certi generis codicillos confirmauerit, putà, *Quos nouissimos fecero*, non vtique statim quæ codicillis dantur videri consistere, quandiu alij quoque fieri possunt, & ideò si alij postea fiant legata in prioribus data non deberi, nec valere. Cur enim non valent nisi quia non fuerunt confirmata, etiamsi neque expressè neque tacitè fuerit iis derogatum? Nec est quod quis cum Bartolo respondeat, apud Paulum duo interuenisse, scilicet primam voluntatem derogatoriam tacitè & codicillos posteriores, per quæ duo simul coniuncta videantur codicilli medio tempore facti non valere quasi fuerint in pendenti. Nam quod ad primam illam voluntatem tacitè derogatoriam attinet, iam diximus nullam hîc esse: cùm nec vlla necessitas, subsit eam inducendi, sufficiente non confirmatione quæ minùs quàm derogatio est, quia est quid merè negatiuum aut priuatiuum, derogatio autem quælibet siue expressa sit siue tacita, est quid positiuum. Quod verò addit Bart. de codicillis posterioribus per eos fuisse reuocatos codicillos anteriores ridiculum est. Non enim euenit in codicillis quod in testamentis vt nemo possit cum pluribus decedere, quia codicillos plures facere cuiuis potest *d. l. Diui, §. codic.* Et ideò non quemadmodum qui facit posterius testamentum, hoc ipso reuocat prius ita dici potest ex posteriorum codicillorum confectione anteriores reuocatos intelligi, nisi quatenus haberent contrariam voluntatem, puta si quod in anterioribus datū fuerat, in posterioribus ademptum proponeretur. Hoc namque est quod nos perpetuum esse volumus, vt per posteriorem voluntatem priori derogetur. Sed non est hic sensus Paul. *in d. §. vlt.* quin ille potiùs vt nihil eorum valeat quæ in prioribus codicillis relicta sunt, etiamsi nihil per posteriores fuerit derogatum, quia vt non valeant priores codicilli sufficit non fuisse illos confirmatos, licèt nec fuerint abrogati. Nihil ergo interest, an testator certi generis codicillos dumtaxat confirmauerit, an verò etiam addiderit expressim se non alterius generis vllos codicillos valere velle. Vtroque enim casu alterius generis codicilli non valent, non tanquam iis aut expressè aut tacitè derogatum sit, sed tanquam qui non fuerint confirmati. Dices cur ergo † in specie *d. l.* 5 6
de leg. 2. valent omnia quæ data fuerunt in epistola non obsignata cùm testator non aliam scripturam confirmasset quàm quæ obsignata reperiretur? In specie autem *d. l. conficiuntur. 8. §. vlt. de iur. codic.* non valent codicilli anteriores, propterea quòd solos nouissimos testator confirmasset? Hîc ego acumen & subtilitatem interpretum nostrorum desidero, ex quibus nemo hunc modum dissoluit. Puto autem multùm referre, an testator confirmauerit codicillos nouissimos, & postea plures fecerit vt *in d. §. vlt.* an verò eos codicillos confirmauerit quos sua manu obsignaret, postea verò codicillos non obsignatos, aut quod idem est, vice codicillorum epistolam non obsignatam reliquerit, vt in *d. l. vlt. in princ.* Priore casu non valere codicillos anteriores tanquam nullomodo confirmatos licèt nec abrogatos. Posteriore autem casu valere codicillos etiam non obsignatos, & quidem quod magis est, tanquam confirmatos. Differentiæ ratio est, quia testator qui post co-

dicillos nouiſſimos confirmatos facit plures codicillos, nihil facit propter quod videri debeat recedere à priore voluntate, cùm neque intellectu poſſint percipi vlli codicilli nouiſſimi niſi ex comparatione priorum. Itaque nihil cauſæ eſt cur non prima illa voluntas ſeruanda ſit quæ confirmauit certi dumtaxat generis codicillos, id eſt non quoſlibet, ſed eos tantum qui nouiſſimi eſſent. At is qui poſt confirmatos eos tantùm codicillos, quos obſignatos relinqueret, codicillos conſcripſit, nec obſignauit, aliquid facit ex quo apparet voluiſſe illum recedere à priore voluntate. Cur enim codicillos feciſſet niſi vt valerent? Cur verò non obſignatos, niſi quia voluit etiam non obſignatos valere? Sciens nimirum neceſſe non eſſe ad codicillorum validitatem vt vel teſtatoris manu ſcripti ſint, vel ab eo ſignati, *d. l. Diui. §. codicillos*, vbi ob hanc cauſam Marcianus ſtatim ſubiicit [quod mallem vnico contextu legere quàm diſcreto] Licèt in confirmatione codicillorum paterfamilias adiecerit vt non aliàs valere illos velit, quàm ſua manu ſignatos & ſubſcriptos, tamen valere quoſcumque fecerit etiam non ſignatos neque ab eo ſubſcriptos, quòd ea quæ poſtea geruntur, derogent prioribus. Denique qui confirmat codicillos nouiſſimos, non excludit confectionem, ſed tantùm confirmationem plurium codicillorum, quamuis ſi vnos tantùm codicillos facerent non minùs eſſent illi futuri nouiſſimi, quippè quos alij nulli ſequerentur *l. qui duos. 9. D. de reb. dub. l. ex duobus. 34. de vulg. & pup. ſubſt. l. proximus. 92. l. in vulgari. 162. de verb. ſignif.* Qui verò confirmat codicillos tantùm eos qui erunt obſignati excludit non tantùm confirmationem, ſed etiam confectionem aliorum non obſignatorum. Alioqui dicendum eſſet cogitaſſe illum de codicillis inutilibus fruſtra faciendis, quod tamen nunquam præſumendum eſt. Cùm ergo eo tempore quo confirmauit codicillos eam habuerit voluntatem, vt non alios codicillos vnquam faceret quam qui valerèt, turſum vt non alij valerent quàm qui eſſent obſignati, neceſſariò conſequens eſt vt ſi poſtea faciat codicillos non obſignatos ſiue memor ſiue immemor prioris voluntatis, recedat omninò ab illa priore voluntate. Quo admiſſo illud etiam conſequens ſit vt poſterior voluntas potior eſſe debeat, valeantque codicilli etiam non obſignati, quoniam huic voluntati præter id quod vltima eſt, etiam ius patrocinatur quod non exigit obſignationem codicillorum vt valere poſſint. Itaque hoc caſu ſuccedit ea propoſitio quam Hermogenianus tradit *in l. ſi quis in principio 22. de leg. 3.* Neminem poſſe ſibi eam legem dicere vt à priore voluntate recedere non poſſit, quod & ſcriptum eſt *in l. quod autem. 7. §. penult. D. de donat. int. vir. & vxor.* Eſt enim hoc ius non tantùm eius voluntatis quæ in teſtamento declarata
7 ſit, ſed alterius quoque cuiuſlibet vltimæ † voluntatis, vt ambulatoria ſit ad ſupremum vſque vitæ exitum *l. cùm hic ſtatus. 32. §. pœnitentiam eod. l. 4. D. de adim. legat.* Replicabis fortaſsè. Fieri non poſſe vt quis certi generis codicillos confirmet, quin cogitet de aliis codicillis inutiliter faciendis, etiam cùm nouiſſimos confirmat, ſiquidem pluribus factis codicillis inutiles omnimodo reperiuntur qui priores facti erunt *d. l. conficiuntur. §. vlt.* Ego verò hoc nego, quia cùm primos †
8 codicillos facit is qui poſtmodum facit alios, non id agit vt faciat codicillos inutiles. Quippè qui omnimodo eſſent valituri ſi contingeret mori teſtatorem nullis aliis factis codicillis. Quare nec ait Paulus eſſe illos ſtatim vel vtiles vel inutiles, ſed eſſe in pendenti quandiu alij fieri poſſunt. Quod ergo inutiles fiunt per ſubſequentes codicillos non fit quod ab initio cogitatum ſit de inutilibus codicillis faciendis; ſed ex ſuperueniente noua voluntate, quæ codicillos illos priores vtiliter factos & vt eſſent aliquando vtiles, vlterius valere aut in pendenti eſſe non patitur, aliis poſtea factis, qui efficiant vt priores intercedant non tanquam reuocati per poſteriores, ſed tanquã non confirmati, ob hoc ſolum quod propter nouiſſimos qui ſuperuenerunt ipſi nouiſſimi eſſe deſierunt, & habere voluntatem teſtatoris quæ ſola faciebat vt valere poſſent. Itaque & quod ſcriptum eſt *in d. §. vlt.* non valere codicillos non nouiſſimos, & quod *in d. l. vlt.* valere codicillorum vice epiſtolam non obſignatam, ſit vtrumque ex eodem illo iuris principio nullam exceptionem admittente, quod vult liberam eſſe teſtatori mutandæ voluntatis facultatem. Nam qui confirmatis nouiſſimis dumtaxat codicillis plures poſtea codicillos facit, non mutat per nouiſſimos eam voluntatem quam habuit tempore confirmationis, ſed illam ſolum quam habuerit tempore priorum codicillorum, faciendo ſcilicet vt non ſint amplius nouiſſimi illi, quos tamen nec fecerat nec confirmauerat, niſi tanquam nouiſſimos futuros vt valerent. Qui verò poſt confirmatos dumtaxat eos codicillos qui obſignati eſſent, facit codicillos, nec eos obſignat, mutat haud dubiè voluntatem quam habuit tempore confirmationis, cum faciat è diametro contra id quod facere deſtinauerat. Ex his verò intelligimus falſum etiam eſſe quod tradit † Bart. *ad dict. leg. ſi quis*
9 *in princip. num. 2.* quod ſi in ſpecie *d. l. vlt. in princip. de legat. 2.* teſtator duplicem epiſtolam ſcripſiſſet, primam non obſignatam, & ſecundam obſignatam, fieret per vltimam coniuncta voluntate prima, vt prior epiſtola non valeret *arg. dict. leg. conficiuntur, §. vlt.* Nam illo etiam caſu, adhuc tamen inter Marciani & Scæuolæ quæſtiones hoc interceſſet, quod non quemadmodum codicilli poſteriores faciunt vt priores deſinant & eſſe nouiſſimi, & valere tanquam qui neque facti neque confirmati ſint niſi quaſi nouiſſimi futuri. Ita & epiſtola vltima obſignata facere poteſt vt prior quæ obſignata non fuit, nec eo minùs tamen ab initio valuit, deſinat valere, quia non fuerat prior facta vel confirmata, vt valeret tanquam nouiſſima, ſed vt valeret tanquam epiſtola tametſi obſignata non eſſet: Cui voluntati nihil contrarium ſuperuenit cùm alia epiſtola ſit eáque obſignata, quia nihil vetat vtramque valere, mutata nimirum voluntate iam eo tempore quo prior epiſtola fiebat ea mente vt valeret quamuis non obſignaretur. At cùm plures codicilli fiunt ab eo qui nouiſſimos tantùm confirmauit, ſicut fieri non poteſt vt ſint omnes nouiſſimi, ita neque vt omnes valeant, ſiue priorem voluntatem reſpicias quæ nouiſſimos tantùm confirmauit, & à qua nemo dixerit receſſiſſe teſtatorem cùm priores codicillos fecit, quos vtique ſperabat nouiſſimos futuros, ſiue poſteriorem, quæ cum prioribus codicillis nouos addidit, non priori voluntari quæ in teſtamento de confirmandis nouiſſimis codicillis expreſſa fuerat, ſed prioribus tantùm codicillis quos nouiſſimos eſſe noluit, derogauit. Nec eſt quod dicas pro Bartolo perinde poſſe valere vtroſque codicillos & priores & poſteriores, atque illos qui ſint & illos qui non ſint obſignati, cùm non ſit magis ex natura & ſolemnitate codicillorum, vt vni, quàm vt obſignati ſint. Id enim tunc verè diceretur cùm teſtator codicillos ſuos quoſlibet, aut ſimpliciter confirmaſſet, non etiam cùm ad nouiſſimos confirmationem reſtrinxit, quo caſu priores qui non reperiuntur confirmati non poſſunt valere, tanquam nullam teſtatoris voluntatem habentes, neque primam neque vltimam. Non primam, quia de nouiſſimis tantùm codicillis confirmandis, vt diximus, actum fuit. Non vltimam, quia per poſteriores codicillos nihil fit, ex quo poſſit dici receſſum à priore voluntate, non magis quàm per priores, ſed tantùm ab eo quod prioribus codicillis continebatur: cum eſſet in poteſtate teſtatoris non ſolum facere vt priores illi codicilli eſſent nouiſſimi, nullis aliis poſtea factis, ſed etiamſi alios codicillos facere voluiſſet, in poſterioribus omnia illa addere quæ prioribus data erant, vt ita neque à voluntate declarata in confirmatione codicillorum,

lorum,neque ab eo quod in prioribus codicillis conſtitutum fuerat vlla ex parte receſſum dici poſſet. Poſtremò nec illud dici poteſt quod dicebat vetus ille interpres Petrus † quem Bartol. refert ac probat, in ſpecie, *d. l.vltima*, verba illa quæ clauſulam derogatoriam ſiue expreſſam,ſiue tacitam inducere videntur adiecta fuiſſe ad argumentum,vt inducant fideicommiſſum,ideóque non debere inducere diminutionem,*l.legata inutiliter. 19.de legat.*1.Nam negari non poteſt,quin teſtator qui eos tantùm codicillos confirmat quos obſignabit, ſit tunc temporis, vt alios qui obſignati non erunt valere nolit perinde acſi expreſſim id cauiſſet, cùm non alij valere poſſint quàm qui ſunt confirmati: itaque fatendum eſt adiectionem illam de obſignatione codicillorum non eſſe factam ad augmentum, ſed potiùs ad diminutionem & teſtrictionem. Et quod nihilominus eos qui obſignati non ſunt,dicimus valere adeóque tanquam confirmatos, non ideò fit quaſi ſua ſponte valere poſſint citra confirmationem, ſed quia mutauit voluntatem, quam mutare & voluit, & potuit teſtator, cùm quos fecit codicillos non obſignauit: adeò ſemper verum eſt poſteriora prioribus derogare.In illo etiam erat
11 Bartolus quòd † Scæuolam ſic interpretatur,vt ad probandam fidem epiſtolæ quinque teſtes neceſſarios eſſe putauerit,quod non ita eſt. Primus enim Theodoſius *in l.vlt. C de codic.* induxit vt in codicillis,& alia qualibet vltima voluntate extra teſtamentum,non pauciores quàm quinque teſtes requirantur. At Scæuolæ temporibus ſufficiebat, vt quoquomodo conſtaret epiſtolam manu teſtatoris ſcriptam fuiſſe, ſiue per duos teſtes id probaretur, *l.vbi numerus.*12. *D.de teſtib.* ſiue per literarum comparationem. Nullam enim iuris ſolemnitatem olim habebant codicilli, quam hodie vnam hanc habent, vt ſine quinque teſtibus expediri non poſſint, non magis quàm teſtamenta ſine ſeptem. Non fuit in
12 hac quæſtione Iacobus Cuiacius † multo ſubtilior Bartolo cæteriſque veteribus interpretibus. Etſi enim nobiſcum benè ſentit in eo quod volt non alia ratione moueri Scæuol.*in d.l.vlt.in princ.* quàm quòd potuerit teſtator prudens, & ſciens mutare voluntatem. In eo tamen errat,quod vt probet teſtatorem in ea ſpecie ſciẽtem & prudentem à priore voluntate receſſiſſe hoc vnũ intuetur, quod teſtator ille non ſatis habuit filio peculium palàm donare, ſed etiam adiecit ſe id præcipuum ſuique iuris filium ſuum, & poſt mortem ſuam habere velle: quæ tamen omnia enixam quidem patris erga filium voluntatem probant, ſed non mutationem voluntatis, vt aliam epiſtolam valere pater vellet, quàm quæ eſſet obſignata. Cùm neceſſe ſit omnia ſcribi quæcumque in epiſtola continentur priuſquam obſignetur. Nihil autem veret etiam poſt declaratam adeo enixis verbis tantam patris erga filium voluntatem ſupereſſe adhuc neceſſitatem obſignandæ epiſtolæ ex eiuſdem patris voluntate:quem proinde credibile eſt,ſi aliud nihil pro filio adferas, quàm quod epiſtola continetur, hoc ipſo quod epiſtolam obſignare noluit receſſiſſe ab iis omnibus quæ per epiſtolam in filium contulerat,& pœnitentia ductum maluiſſe nihil agere, quàm ſolemnitatem voluntati ſuæ à ſeipſo præſcriptam complere. Debuit ergo potiùs dicere Cuiacius, quod & nos dicimus,Probari in hac ſpecie mutationem voluntatis ex eo ſolo,quod teſtator qui prius cauerat, vt ea demum epiſtola vice codicillorum valeret quam obſignatam relinqueret, poſtea tamen epiſtolam fecit quam non obſignauit. Alterutrum enim prorſus neceſſe eſt, vt dicamus. Vel receſſiſſe illum à priore voluntate, vel epiſtolam inutilem & illuſoriam facere voluiſſe, quorum illud facilè potuit facere,hoc verò nonniſi abſurdè ac ridiculè. Etſi enim ius ciuile, neque codicillos, neque epiſtolas agnoſcit, neque aliam vltimam voluntatem quàm quæ ſolemni teſtamento declarata ſit,non eo minùs tamen verum eſt habere hominem à lege vt poſſit condere vltimam voluntatem etiam per codicillos,quia ſi lex primùm facultatem hanc ſolemniter teſtandi non dediſſet,nunquam vſus codicillorum, aut inductus aut confirmatus fuiſſet. Tantóque maius beneficium videri debet quod à legibus habet is qui moritur cum minus ſolemni voluntate, quod ſcit voluntatem ſuam etiamſi nullas habeat ſolemnitates, nihilominùs ratam fore. Igitur perinde illuderet legibus,& iuri noſtro quiſquis vellet facere codicillos deriſorios aut epiſtolam inutilem, atque ſi vellet ſolemniter teſtando ſubtrahere tamen ſibi voluntatem teſtandi, vt nihil egiſſe videretur. Niſi quod tam multæ ſolemnitates in teſtamento adhibitæ,tanto magis demonſtrant, non fruſtra, ſed ſeriò id agi quod adeò ſolemniter agatur. Id enim non tantùm teſtamentis conuenit, ſed omnibus actibus † ſo- 13
lemnibus commune eſt, vt qui ſolemnitates adhibuit, nunquam poſſit dicere voluntatem ſibi defuiſſe id agẽdi quod agere ſe dixit. Omnes namque ſolemnitates ſunt à lege, cui manifeſtiſſimè & impudentiſſimè hac ratione illuderetur. Quare nec Scæuola *in d.l. vlt.* reſpondit ea tantùm valere quæ pater in filium tam enixè contuliſſet, ſed omnia quæ per epiſtolam dari ſe velle ſignificauit, vt intelligamus reſponſi rationem non ex patris erga filium adiectione petendam eſſe,ſed ex mutatione voluntatis propter conſcriptam poſt teſtamentum epiſtolam quæ non fuerit obſignata. Neque verò in hanc ſpeciem cadit illa diſtinctio † quam adhibet 14
Hermogenian. *in d.l.ſi quis,in princ.de legat.*3. an teſtator ſciens epiſtolam, aut codicillos facit,qui non intelligat his modis condi vltimam voluntatem quæ omnimodo valitura ſit,ſi nihil deſit ex iis quę ad validitatem ius requirit. At quamuis ſimiliter verum ſit neminem ignorantem legare, facilè tamen fieri poteſt vt quis ignorans ſæpius leget, id eſt non memor ſe iam eidem legaſſe, ſiue rem eandem legauerit, ſiue diuerſam. Hoc enim eſt hoc iam in præcedentibus monui, ſcientiam quam requirit Hermogenian.*in dict.leg.ſi quis*,neque ad clauſulam derogatoriam quæ præceſſerit referri debere, neque ad actum ipſum legandi, vt ab interpretibus à Cuiacio factum eſt, ſed ad memoriam prioris legati, vt proinde diſtinctio iſta ſcientiæ vel ignorantiæ,non aliter locum habeat quàm in ſpecie *d.l.ſi quis, & leg.ſi ita ſit adſcriptum. 14. de legat.*1. hoc eſt cum is qui initio teſtamenti ſic ſcripſerat,*cui bis leganero,ſemel deberi volo*,poſtea eidem legauit ſæpius, & quæritur an legatum ſæpius debeatur. In eóque errauit euidenter Cuiacius, exiſtimans apud Hermogenianum dici teſtatorem *ſcientem*,pro eo quod ille interpretatur, *ſcientem prudentem*. Quaſi ſupradicta verba,*cui bis leganero, ſemel deberi volo*, ſint hominis diffidentis ſuæ non tantùm memoriæ, ſed etiam conſtantiæ,dum veretur ne ſuaſionibus fortè ac blanditiis amicorum non poſſit reſiſtere, vt præmuniat ſe ſtatim ab initio, ſibique præcaueat in poſterum ne ea res ipſi heredive ipſius fraudi ſit. Hoc verò non ita eſt. Si quis enim ſic loquitur ſuæ diffidens memoriæ prudenter quidem facit,cùm facilè contingat homini præſertim moribundo & mortis cogitatione turbato,vt eidem ſæpius leget,cui tamen ſemel tantum dari velit, ignorans ſcilicet ac immemor ſe iam legaſſe quod ſupra diximus eſſe in dubio præſumendũ ex *d.l. ſi ita ſit adſcriptum*,ſed ſi diffidat ſuæ conſtantię putétque ea ratione poſſe ſe aſſequi vt quãuis ſciens leget ſæpius non tamen niſi ſemel legatũ debeatur,quin prius ille recuperet voluntatẽ ſæpius vltro legandi,is præcludubio errore labitur,vt in ſimili loquitur *Iuriſc. in l.ſi alij.*19. *D. de vſuf. legat.*Etſi enim animum non habeat ſæpius legandi,ſæpius tamen legatũ debebitur quod ſæpius relictũ fuerit,ſi modo ſciens & memor ſe iã legaſſe, iterum leget.Huic namque poteſt imputari cur id faciat, quod lex non alium finem patitur fieri niſi legatum debeatur: quod ei ſoli non poſſis imputare qui per obliuionem prioris legati addit poſterius, nullum proinde habens

animum

animum sæpius legandi, *leg. Seia.* 20. *in princip. de instruct. & instrument. legat.* At quid si in specie *dict. leg. vlt. & l. Dini.* 6. §. *licèt de iur. codicill.* testator ita diceret, *Si quæ scripturas non obsignatas reliquero, eas neque scribo, neque relinquo.* Dicerem eo casu non valituras illas quæ non obsignatæ reperirentur, siue epistolæ essent, siue codicilli: quia non potest mutatio voluntatis colligi eo facto quod ille ipse qui facit, neget se facere velle, *ex leg. si mihi & tibi.* 12. §. *in legatis, de legat. prim.* Ita multum interest, † an verba testatoris derogatoria ad factum, an ad ius referantur. Si ad factum, operantur ne testator postea faciendo id quod se non facere dixerat, quicquam fecisse videatur, dummodò faciat in eodem testamento. Hoc enim necesse est ad inducendam repugnantiam & contradictionem, quæ alioqui nulla esse potest pluribus factis testamentis, cùm statim atque posterius perfectum est, tollatur prius. Si verò ad ius relata sint, nihil operantur, quia interueniens factum contrarium priori voluntati, contrariam quoque voluntatem demonstrat, vt à nobis in superioribus explicatum fuit. De clausula † derogatoria circa leges & Principum constitutiones alius tractatus est, in quo placet mihi quod supradicto loco Cuiacius notat sufficere, vt quisquis posteriorem legem facit aut constitutionem, habeat voluntatem priorem abrogandæ, licèt nullam subiiciat specialem prioris derogationem. Nulla enim alia lege quàm propria voluntate constringitur, ne legem nouam faciat & veterem abrogare possit, siue populus ille sit, siue Princeps. Quod in priuato secus est qui non potest, non velle quod leges volunt. Leges autem omnes volunt, vt quisquis vltimam voluntatem condit præsertim solemnem: postea non possit dicere voluntatem sibi in eo actu defuisse, nec cuiquam liberum esse patiuntur aliquid deteriorè agere circa vltimas voluntates, si nihil desit ex iis quæ à iure ad voluntatis confirmationem requiruntur.

ANTONII FABRI IC.

Decas Trigesimaoctaua.

ERROR I.

De clausula derogatoria reuocatione, an specialis esse debeat, an verò sufficiat generalis.

SVMMARIA.

1 *Clausula derogatoria voluntatis ex sententia interpretum expressim reuocari potest.*
2 *Qualem esse oporteat clausula derogatoria reuocationem, vt valida sit & efficax.*
3 *In genere quando fiat reuocatio: quando in specie: quando denique in individuo.*
4 *Ex Marci Antony Natta & aliorum sententia adhibenda est specialis reuocatio.*
5 *Probatur sententia dicentium non requiri individualem, sed sufficere specialem reuocationem.*
6 *Si testamentum vnicum præcesserit, an sufficiat in posteriore adhibitam fuisse clausulam illam, non obstante alio quocumque meo testamento.*
7 *Diffinitio testamenti à Socino ex Aretino relati, & responsio ad quæstionem, n. 6. propositam.*
8 *Quanam specialis reuocatio requiratur ob Hermogeniano in l. si quis in princ. D. de legat. 3.*
9 *Falsum esse illud Socini, testamentum generale predicari de omnibus contentis in testamento, tanquam genus de suis speciebus, & tot esse testamenta quot sunt dispositiones in testamento contenta.*
10 *Reuocato testamento censetur clausula derogatoria in eo adscripta.*
11 *Illa etiam quæ extra testamentum fieri potuerunt si in testamento facta sint, necessariò corruunt & reuocantur, reuocato, aliterve corruente testamento.*
12 *Absurda quæ sequuntur sententiam interpretum arbitrantium non reuocari prius testamentum, nisi reuocetur clausula derogatoria.*
13 *Differentia inter clausulam reuocatoriam legati posterioris: & clausulam reuocatoriam posterioris testamenti.*
14 *Conclusio autoris de reuocatione testamenti in quo clausula derogatoria inserta est.*
15 *Obiectio Socini diluitur*

TIOSA & superuacua erit hæc quæstio apud eos qui ex superiore Decade didicerint clausulas derogatorias per quas mutandæ voluntatis libertas quoquomodo constringatur, vel restringatur, nullius esse momenti. Sed quia tamen non tantum nobis tribuimus, vt tam inueteratum errorem scriptis nostris tam citò profligatum iri speremus, cæteros errores circa clausulam derogatoriam inductos qui ex primo illo fluxerunt, prosequemur, vt ex iis quoque qui adhuc in posterum errare volent, si qui erunt tam imprudentes, hoc tamen à nobis habeant etiam inuiti, vt minùs errent. Ex iis omnibus † qui volunt eam esse clausulæ derogatoriæ vim & potestatem, vt impediat secundi testamenti validitatem cùm fuit derogatoria dumtaxat voluntatis, nemo est qui non fateatur, posse tamen illam expressim reuocari. Nam & qui post Salicet. *ad l. sancimus. C. de test.* defendunt valere huiusmodi clausulas, tum quoque cùm expressim derogatoriæ sunt solemnitatis, adeóque facultatis, & vt loquuntur, possibilitatis testandi, non aliaratione mouentur, quàm quòd expressim quoque reuocari quandoque possint, si velit testator saluam sibi pro arbitrio testandi voluntatem superesse. Quærunt itaque qualem † esse oporteat clausulæ derogatoriæ reuocationem, vt valida sit & efficax. In eo autem consentiunt expressam esse oportere, nec taciram sufficere. Sed cùm tribus modis exprimi quid possit, In genere, in specie, & in individuo, dubitant, an generalis reuocatio sufficiat, an verò specialis necessaria sit adeóque individua. In genere † tunc reuocationem fieri volunt cùm in secundo testamento adiicitur vulgaris illa clausula quæ hodie ex stilo Notariorum adiici solet in omnibus etiam primis testamentis, *Cassans & irritans quodcumque testamentum præcedens*, aut quod effectu idem est, *non obstante quoque testamento.* In specie verò, cùm testator ita scribit, *non obstante quacumque clausula derogatoria in priore testamento apposita.* In individuo denique si verba ipsa clausulæ derogatoriæ referantur &

expri

existimantur hoc modo, *non obstante clausula derogatoria concepta sub tali formula verborum*, vt ex communi aliorum sententia tractat Marc. Anton. Natta, *cons. 639. n. 8.*
4 vbi concludit † neque generalem reuocationem sufficere, neque individualem illam requiri, sed adhibendam esse specialem. Pex textum *in leg. si quis in prior. 22. D. de legat. 3.* in illis verbis, *si specialiter dixerit*, vbi etiam Bart. & alij quos refert & sequitur Socin. *ad leg. si mihi & tibi. 12. §. in legatis, n. 5. & 6. de legat. 1.* Quod aiunt non requiri † individualem, vt vocant, sed sufficere specialem, sicut ab omnibus admittitur, ita verissimum est extra omnem dubitationem: quia si clausulam derogatoriam in individuo reuocari oporteret, nihil esset faciliùs quàm vt obliuione verborum quæ exprimenda essent, eriperetur testatori facultas mutandi testamenti, cùm nihil sit labilius hominis memoria, *l. peregrè. 44. in prin. de acq. possess.* Itaque si testator in secundo testamento dixerit, *non obstante quocumque testamento per me condito & clausulis derogatoriis in eo appositis*, volunt omnes reuocationem istam valere tanquam specialem post Bart. *ad d. l. si quis n. 10.* vbi ponit casum in fortioribus terminis si testator conditionaliter tantùm meminisset verborum derogatoriorum hoc modo, *etiamsi in eo testamento essent quædam verba derogatoria.* Item si clausula derogatoria sic esset concepta. *Quòd si aliud testamentum fecero, nolo valere nisi sit obseruata talis solemnitas, Etsi in eo fuerint apposita verba reuocatiua istius clausulæ nolo valere*, quia, inquit Bartol. quocumque modo sint facta verba reuocatoria si prioris voluntatis faciunt mentionem & etiam qualitatis testamenti sufficit ad reuocationem quod sit reuocata clausula derogatoria, nec necesse est quod verba singulariter exprimantur. Mùltò magis idem dicendum erit si in posteriore testamento ita scriptum sit *non obstantibus quibuscumque verbis, in primo testamento appositis, etiamsi de talibus verbis oporteat specialem fieri mentionem quorum tenorem hic haberi voluit pro expressis.* Qui casus est de quo ita consuluit & respondit Feder. de Senis *cons. 47. incip. habita super casu predicto.* Bald. & Angel. *in l. omnes. 4. per ill. text. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* vbi idē esse volunt, etiamsi clausula reuocatoria in posteriore testamento sic concepta sit, *non obstante aliquo alio testamento etiamsi de eo fieri debet mentio specialis.* Quæ tamen species à superiore dissimilis est nec videtur carere dubitatione cùm aliud sit reuocari specialiter prius testamentum: aliud verò reuocari specialiter clausulam derogatoriam positam priore testamento: nec sufficiat reuocari specialiter testamentum in quo fuit clausula derogatoria si non ipsa etiam clausula reuocetur. Nam
6 & inde est quod in illa quæstione si † testamentum vnicum præcesserit, an sufficiat in posteriore adhibitam fuisse clausulam illam, *non obstante alio quocumque meo testamento*, vt clausula derogatoria benè reuocata intelligatur, etsi Bartolus affirmatiuam partem secutus est, *d. num. 10.* quasi generalis relatio ad testamentum, quod est vnicum, haberi debeat pro speciali ratione *ex leg. 1. & 2. de liber. & post leg. si optio. 13. D. de optio. legat.* contraria tamen sententia receptior est, teste Alex. *cons. 25. incip. viso testam. vol. 3.* Non alia meliore ratione quàm quia ipsum quidem prius testamentum hoc casu specialiter reuocatum esse videatur, at non ipsa etiam clausula derogatoria apposita in eo testamento: vt subtiliter ratiocinatur Socin. *ad dict. §. in legatis, num. 5. & 8.*
7 vbi notat † ex Aretino, testamentum dupliciter posse considerari. Primò respectu formæ, &, vt ipse loquitur, contextualitatis, & hoc respectu dici vnum *leg. si is qui. 25. D. qui test. facer. possunt. leg. heredes palam. 21. §. vlt. vol. leg. cùm antiquitas. 28. C. de test.* Secundò, respectu plurium contentorum in testamento, & tunc quot sunt dispositiones tot posse dici testamenta, cùm testamentum dicatur testatio mentis: Ex quo infert quod testamentum tanquam genus prædicatur de dispositionibus contentis in eo, scilicet institutione heredis legatis, clausula derogatoria & aliis contentis tanquam de suis speciebus, & quælibet dispositio, putà legatum prædicatur de suis individuis. Et consequenter quod clausula illa, *non obstante quocumque testamento*, etiam si vnum dumtaxat testamentū de facto præcesserit [de iure namque plura præcedere non posse certum est] licèt sit specialis quantum ad testamentum, non est tamen specialis, sed generalis quantum ad clausulam derogatoriam, ob idque nec sufficit. Per textum *in d. l. si quis.* Mihi tamen tota hæc distinctio & traditio suspecta est. Quamquam enim specialem reuocationem † Hermogenianus 8
exigit *in d. l. si quis*, si modò Hermogeniani sunt verba illa quibus decipiuntur interpretes, & quæ nos post Cuiacium docuimus in præcedentibus esse Triboniani. Non tamen exigit specialem reuocationem clausulæ derogatoriæ, vt Socin. & alij præsupponunt, sed tantùm specialem reuocationem prioris voluntatis, id est, vt verba ipsa legis explicant, quòd testator dicat pœnitere se præcedentis voluntatis, & disponat contrà quàm prius disposuerat. Hoc enim est quod lex ait, *& voluisse vt legatarius plura legata accipiat.* Et quamuis in clausula derogatoria posterioris tantum legati difficilè sit, vt reuocetur prior voluntas, quin clausula ipsa derogatoria pariter reuocetur. In ea tamen de qua nunc agimus, id est, quæ sit derogatoria posterioris testamenti quid vetat testatorem dicere quod pœniteat se prioris voluntatis, etiamsi non addat specialem clausulæ derogatoriæ reuocationem? An non satis specialiter dicit se pœnitere, cùm non modò aliud facit testamentum, sed etiam aliūm heredem? Nam si apud Hermogenianum, sufficit vt testator qui ita scripserat, *Cui bis legauero, semel deberi volo*, postea dicat velle se, vt legatarius plura legata accipiat, ne possit dubitari quin eum pœnituerit prioris voluntatis, etiam nulla clausulæ derogatoriæ expressim facta mentione, Cur non sufficiet ad reuocandam clausulam derogatoriam in priore testamento appositam, quod factum sit aliud testamentum in quo specialiter reuocatum sit prius, quantumuis clausula derogatoria in priore contenta generaliter tantùm non 10
etiam specialiter reuocata proponatur? An forte fieri potest, vt non recedat à priore testamento is qui condit posterius, aut vt non recedat à priori voluntate qui recedit à priore testamento. Quòd si is qui post testamentum à se solemniter conditum præbet se adrogandum, vsque adeò à priori voluntate recedere intelligitur, vt quamuis moriatur sui iuris nullo alio facto testamento, si tamen scriptus heres bonorum possessionem secundùm tabulas petat, doli mali exceptione submouendus sit, quia dando se in adrogationem testator cum capite fortunas quoque suas in familiam & domum alienam transtulerit vt Papin. ratiocinatur *in leg. penult. §. vlt. D. de bon. poss. secund. tab.* quanto magis à prioti voluntate recessisse credendus est quisquis aliud testamentum fecit, aliúmque fortunarum suarum successorem elegit, tametsi de clausula derogatoria neque in genere neque in specie quicquam dixerit? sed quanto apertius si testamentum ipsum in quo clausula derogatoria continebatur, specialiter reuocauerit? Pœnitentiam enim illam, quam apud Hermogenianum Tribonianus exigit, quid necesse est probari verbis, si probetur facto ipso? Aut etiamsi verbis probanda esset, quibúsnam aliis opus est quàm ex quibus appareat pœnitere testatorem prioris testamenti? Aut quando potest apparere manifestiùs, quod cum pœnitet quàm cùm non contentus aliud facere testamentum reuocat expressim prius per posterius? Sed neque verum est quod vult Socinus † testa- 9
mentum in genere prædicari de omnibus contentis in testamento tanquam genus de suis speciebus, & tot esse testamenta quot sunt dispositiones quæ in testamento continentur. Esset enim falsa propositio si quis diceret legatum aut tutelam esse testamentum. Multò ma-

gis

gis ista, *Clausulam derogatoriam in priore testamento adscriptam esse prius testamentum.* Æstimatur enim testamentum ex sola institutione à qua necesse est vt vires capiant, & legata & clausulæ omnes testamentariæ: Et consequenter fieri non potest, quin reuocato † specialiter testamento, ipsa quoque heredis institutio per æquipollens specialiter & expressim reuocata intelligatur. Nec rursus vt reuocata institutione non etiam cætera omnia reuocata existimari debeant, quæ pendens ab institutione. Ergo & clausula derogatoria quam vtique nemo dixerit posse saluam, & efficacem consistere nisi saluo subsistente testamento. Sed etsi verum esset quòd Socinus vult clausulam derogatoriam in priore testamento adscriptam posse separatim dici testamentum, ob id solùm quòd sit testatio mentis, [quasi verò sicut omne testamentum ex allusione vocabuli est testatio mentis, ita è conuerso omnis testatio mentis testamentum sit] hoc ipso statim consequens fiet, vt ad eam reuocandam sufficiat, prius testamentum per posterius saltem expressim & specialiter reuocatum esse. Alioqui paulatim eò vsque absurdi progrediemur, vt dicamus reuocato priore testamento per posterius, etiamsi nulla in priore fuerit clausula derogatoria, nihil tamen reuocatum fuisse si non institutiones quoque & legata & cætera omnia reuocentur, quæ priore testamento continebantur. Nam secundum Socini sententiam facilè cuiuis licebit cauillari reuocatum quidem esse testamentum, sed tot fuisse testamenta quot fuerunt dispositiones in priore illo testamento, ideóque non tam testamenti quàm testamentorum reuocationem fieri debuisse. Quòd si verum est & omnes fatentur, reuocato testamento nihil aliud exigi vt omnia quæ in eo continentur, reuocata intelligantur, eo saltem casu quo nulla sit in testamento clausula derogatoria, quidni eadem ratione facebimus clausulam derogatoriam si qua in eo testamento reuocato adscripta sit, reuocatam quoque intelligi debere? Cur enim potentior esse debeat, quàm legata, & cætera in eodem testamento contenta, siue singula pro vnius testamenti partibus recipias, siue pro totidem testamentis separatis? Nam quòd in priore testamento adiecta sit, vel non sit clausula derogatoria, ad id tantùm prodesse potest, vt reuocato priore testamento ipsa etiam clausula derogatoria si qua inserta fuit, reuocata dici debeat, quæ si nulla fuisset vtique reuocari non potuisset. At non etiam vt impediat reuocationem testamenti ne ipsa quoque simul cum testamento reuocata videatur. Ita enim fieret vt prius testamentum quod alioqui per secundum foret ipso iure reuocatum defenderetur, vimque suas acciperet ex clausula derogatoria, quæ tamen ipsa pendeat à testamento. Atqui ita vt principale confirmaretur per accessorium, & totum per partem: quæ omnia quàm absurda sint, si iureconsultos consulamus, docebit satis ratiocinatio Papin. *in l. quod per manus.* 10. *D. de iur. codicill. & Pauli in l. ex pupillari.* 44. *de vulg. & pup. substit.* Nec ad rem pertinebit si quis obiiciat clausulam derogatoriam non tantùm posse considerari tanquam partem testamenti, sed etiam quasi protestationem quandam præambulam quæ declaret voluntatem & consensum in posteriore testamento deesse. Sic verò consideratam non esse necessarium vt pendeat à testamento, cùm possit protestatio fieri & plerumque commodiùs, etiam extra testamentum. Nam respondeo illa etiam † quæ extra testamentum fieri potuerunt si in testamento facta sint, necessario corruere & reuocari, reuocato aliterve corruente testamento, vt cernere est in fideicommissis, quæ certum est & ab intestato relinqui posse: & tamen cùm in testamento relicta sunt si testamentum corruat, nullo modo deberi nisi à legitimis successoribus fuerint repetita. *l. generaliter.* 24. *§. ex testamento. D. de fideic. libert. l.* 1. *C. eod. l. ea quam.* 14. *C. de fideic.* quia qui quis fideicommissum in testamento simpliciter relinquit videtur id animo agitare, vt ita demum velit illud valere si testamentum quoque valeat, *l. si iure.* 18. *de legat.* 3. Præposterum igitur † est ac proinde ridiculum dicere, Impediri reuocationem prioris testamenti ob clausulam derogatoriam in eo appositam, cùm prius esse debeat vt testamentum non sit reuocatum, quàm vt clausula derogatoria in ipso adscripta debeat aliquid operari. Sed illud euidentius absurdum dicere. Non pœnitere testatorem specialiter prioris voluntatis, cùm expressim eum pœnitet prioris testamenti. Aut non pœnitere illum prioris testamenti, cùm posterius condit, quod sit iure perfectum. Nam vel necesse est, vt putet posse quem decedere cum pluribus testamentis, quod tamen ne quidem ex clausula derogatoria colligi potest, quippè quæ supponit non nisi vnum testamentum valere posse, Vel vt posterius testamentum condendo solemniter, illudat manifestè non modo testibus, sed etiam legibus: quorum neutrum sanè lex ferre potest, quæ tamen sola hac in re consulenda est, cùm sola tribuat & indulgeat ius testandi. In eóque manifesta est differentiæ ratio inter clausulam † derogatoriam posterioris legati in eodem testamento relicti & clausulam derogatoriam posterioris testamenti. vt superiore Decade ostendimus, quia non sicut potest in eodem testamento eidem sæpius legari, pluraque legata in eodem testamento relinqui in specie *d. l. si quis.* Ita potest fieri vt quis decedat cum duobus testamentis. Proinde mirum non est quod nos volumus, etiam admisso eo quòd interpretes putant & nos negamus, vt clausula posterioris legati derogatoria specialiter & expressim reuocanda sit. Non adeò tamen fieri consequens vt clausulam posterioris testamenti derogatoriam specialiter in posteriore reuocari oporteat, cùm citra vllam specialem expressionem reuocetur satis per ipsius testamenti prioris reuocationem, testamentum verò prius per posterius. Concludamus † igitur ad reuocandum testamentum prius in quo tal a clausula inserta fuerit, non modò sufficere generalem reuocationem, sed neque necessariam illam esse, sufficiente sola posterioris testamenti potestate propter coniunctam iuris autoritatem: Nec quicquam refert quibus verbis clausula derogatoria concepta sit: Nec ne sus an vnum testamentum præcellerit an plura. Adeóque nec an in posteriore testamento facta sit aliqua mentio prioris, an nulla. Quod si admisso interpretum errore fateamur clausulam derogatoriam posterioris testamenti alicuius esse pondetis, vt expresè illam reuocari oporteat, hoc saltem assecuti videmur vt tam appareat generalem quamlibet reuocationem sufficere, nec specialem requiri. Nam si nullam requiri probauimus, multò magis probatum relinquitur sufficere generalem. Nec me mouet quod Socinus † obiicit ex *leg.* 1. §. *inter. D. ad leg. Cornel. de falsi.* vt probet aliud esse confirmari testamentum aliquod generaliter, quòd sit cùm vna subscriptione confirmantur omnia quæcumque testamento continentur. Aliud verò confirmari specialiter aliquid quod in eo contineatur, per specialem scilicet subscriptionem: Inferens ex eo, pari ratione generalem testamenti derogationem & reprobationem dici debere, cùm testamentum ipsum reuocatur & generaliter omnia in eo contenta, Specialem verò si quid ex iis quæ in testamento continentur specialiter reuocetur. Etenim respondeo non eandem esse hac parte adprobandi & reuocandi testamenti rationem. Adprobationem testamenti generalem non semper sufficere sed interdum specialem requiri, vt in specie d. §. *inter*, cùm extraneus sibi aliquid in alterius testamento adscripsit; quia fieri facilè potest, vt toto reliquo subsistente testamento, illa tamen clausula falsa sit per quam sibi extraneus adscripsit, quomodo illam pro falsa habet lex Cornelia, si non speciali adprobatione suspicio ista falsi purgetur. At fieri nunquam potest, vt reuocato generaliter testamento, non etiam reuocata intelligantur omnia;

10 11 12 13 14 15

omnia, quæ in testamento fuerant constituta, quia si testamentum ipsum non valet propter reuocationem, nihil quoque valere potest eorum omnium quæ eo testamento continentur. Quid ergo potest prodesse, specialiter reuocari clausulam derogatoriam, aut qua ratione potest necessaria videri talis reuocatio specialis, si testamentum ipsum specialiter nedum generaliter reuocatum proponatur, per posterius testamentum, in quo præsertim alij fuerint heredes instituti, quàm qui fuerant in priore?

ERROR II.

Si in secundo testamento apposita sit clausula, non obstante tali testamento manu talis tabellionis recepto, Et de aliis casibus. Et ad l. sancimus. 25. C. de testam.

SVMMARIA.

1 *Sententia Bartoli de reuocatione testamenti per hanc clausulam* non obstante tali testamento manu talis tabellionis recepto.
2 *Quid Baldus hic senserit.*
3 *Quid Socinus.*
4 *Quæ circumstantiæ iudicem maximè mouere debeant vt pro secundo testamento pronuntiet ex placito interpretum.*
5 *Sententia autoris de posterioris testamenti validitate.*
6 *Secundum testamentum factum coram Principe vel iudice ex omnium sententia primum tollit.*
7 *Cur testes testamentarij durare debeant donec suprema contestatio peragatur.*
8 *Interprètes volunt reuocationem specialem necessariam non esse si secundum testamentum factum sit integro decennio post primum.*
9 *An debeat maior esse fauor testamenti secundi perfecti post lapsum decennium, quàm eius quod fuerit perfectum altero die post primum.*
10 *Testamentum non est ex earum rerum genere quæ nuda voluntate aut constitui possunt aut reuocari.*
11 *Qui fiat vt hodie posterius testamentum factum post decennium etiam minus solemniter tollat prius.*
12 *Lapsus decennij prodesse potest ad impediendum effectum clausulæ derogatoriæ in priori testamento adhibitæ.*
13 *Iustinianus non id egit vt posterius testamentum tacitam intelligatur habere clausulam derogatoriæ reuocatoriam, cùm post decennium factum est.*
14 *Frustra quæri à Socino & aliis coniecturas mutatæ voluntatis cùm adsunt expressa testatoris verba.*

1 HABVIT hic casus dissentientes nobiliores interpretes. Bartolus † enim *ad leg. si quis in princ. num. 8. de legat. 3.* putat non sufficere huiusmodi reuocationem. Nisi clausula derogatoria in priore testamento posita simpliciter fuerit concepta in hunc modum, *si aliud testamentum fecero nolo valere*, nullis aliis verbis additis quæ facere debeant, vt specialiori opus sit reuocatione. 2 Baldus † verò *in leg. humanum, C. de legib.* sufficere omni casu talem reuocationem tanquam quæ satis specialis sit hoc ipso quod tam specificam habet relationem ad prius testamentum: quam sententiam alij quoque secuti sunt quos refert Socin. *ad leg. si mihi & tibi. 12. §. in legatis, num. 9. de legat 1.* 3 Ipse † verò valdè dubius, quod iis euenire necesse est qui à iuris ratione aberrantes fluctuant in errore, non facilè potest decernere in quâ partem propensior esse debeat. Ait enim considerandum esse quod aut volumus secùndum testamentũ prævalere, quasi apposita sit sufficiens clausula reuocatoria hoc ipso quod facta est relatio specifica ad prius testamentũ. Et hoc, inquit, est falsũ, quia dicitur esse generalis, non specialis. Aut volumus dicere secundum testamentum prævalere, quasi tunc dicatur clarè constare de mente testatoris ex eo quia multũ specificè retulit se ad certum testamentum manu certi tabellionis conscriptum. Et tunc fortè non esset absurdũ dicere, quòd secundum prævaleret, quia, inquit, ista est vna maxima in hac materia secundùm Doctores, quòd vbi possumus coniecturare testatorem voluisse secundũ testamentum valere non curamus qualiter clausula reuocatoria apposita fuerit. Itaque vt nihil concludat, hoc vnũ concludit, quod hodie Doctoribus nostris frequentissimum est, Esse rem hanc ex earum numero quas arbitrarias vocant, & in hac quæstione posse iudicem ex variis circumstantiis aliquando in vnam, aliquando in alteram partem moueri. Circumstantiæ † autem quæ iudicem maximè debeant mouere, vt pro secundo testamento pronuntiet, iuxta ea quæ idem Socin. tradit *n. 15. & seqq.* hæ potissimum sunt. Si inter primum & secundum testamentum intercesserit decennium. Ex *l. sancimus. 27.* vbi Bald. *& aly. C. de testam.* quæ induxit vt prius testamentum quamuis perfectum tollatur per posterius etiam imperfectum tam ex contraria voluntate quam ex cursu temporali, quamquam nulla ibi mentio clausulæ derogatoriæ in priore testamento appositæ, vt nec alio vllo iuris loco. Item si post primum & ante secundum testamentum intercesserint graues inimicitiæ inter testatorem & heredem in priore testamento institutum, *arg. l. 3. in fin. D. de adim. leg. l. in confirmando. 8. l. vtilitatem. 10. D. de confir. tutor.* Item si magna sit adfectio testatoris erga personam in posteriore testamento scriptam. Ex Bald. *in leg. si in iure. C. de manum. test.* Rursum si testator in secundo testamento dixerit velle secundum testamentum omninò valere, & quod in eo contenta sortiatur effectum. Iuxta opinionem Baldi *cons. 196. incip.* Reperitur quod quidam dixit *lib. 3.* vbi ait perinde hoc esse ac si specialiter testator expressisset de clausula derogatoria cum nihil aliud requiratur vbi constare potest de mente testatoris. Ex traditis per Ioan. Andr *in cap. 1. de constit. in 6.* Postremò si testator in secundo testamento dixerit velle se illud esse præcisum. Nam & hoc verbum volunt nostri habere vim clausulæ derogatoriæ, secuti Iacob. de Aretin. *leg. omnes populi. de instit. & iur. Abbat. in cap. ex parte de rescript. Ioa. Andr. in c. 1. ad fin. de excess. prælat. lib. 6.* Ego verò sicut † omnibus istis casibus in quibus fatentur nostri testamentum posterius valere cum ipsis sentio, quia nec aliud sentirem etiamsi ex supradictis omnibus circumstantiis quarum aliquam ipsi requirunt, nulla prorsus interueniret. Ita non possum facere quin ridiculum esse putem dubitare. An in ea specie quam proposuimus prævalere debeat omnimodo posterius testamentum. Quidni enim prævaleat etiam secundum ipsas interpretum traditiones cùm tam aperta sit hoc casu reuocatio, & tam specifica prioris testamenti, per designationem personæ tabellionis qui testamentum excepit? Aut quis tunc dubitationi locus relinquitur an testator senserit de eo testamento reuocando? Neque rursus video quomodo possint ista stare quæ tamen Socinus & alij pro compatibilibus habent, vti non modò testamentum prius sed ipsam quoque clausulam derogatoriam testamento illo priore appositam specialiter reuocari oporteat, Et vt sufficiat constare de mente testatoris, quod velit secundum testamentum valere. An non enim semper constat & quidem clarissimè, quoties posterius testamentũ iure perfectum est cùm nullomodo fieri queat vt subsistat verumque testamentũ, aut vt non ex iuris ratione prius testamentum per posterius perfectum euertatur, etiam-

4 5

si nulla prorsus facta sit mentio prioris testamenti? Quantò magis ergo si expressim siue specialibus siue generalibus tantùm verbis fuerit reuocatum? Aut si hoc quoque casu voluntas in posteriore testamento deesse intelligitur propter præcedentis clausulæ derogatoriæ potestatem, quid obsecro prodesse potest ad posterius testamentum confirmandum quod testator dixerit velle se illud præcisum esse, aut omninò valere & quod in eo contenta effectum sortiantur? Cur non enim perinde liceat dicere in iis posterioris testamenti verbis non minùs quàm in cæteris deesse voluntatem si clausula derogatoria non sit specialiter reuocata? Aut quis testator est qui non perinde credendus sit velle, vt posterius suum testamentum valeat & sortiatur effectum etiam cùm de eo nihil cauit, atque cùm expressim & specialiter id dixit. An fortè quisquam est tam stultus & ridiculus qui testamentum solemniter perficiat ideò tantùm, vt nihil agat. Quid verò vnquam egerit vel aget seriò is qui in re tam solemni, tam honorifica histrionem velit agere dum fingit se agere testatorem. Quòd si quando secundum testamentum † factum est coram Principe vel coram iudice, omnes consentiunt tolli primum per secundum, vt Bald. Alex. & alij notant *in dict. leg. fancimus*, quia coram iudice ac fortiùs coram Principe præsumatur cessare omnis suspicio machinationis, vt tractat Socin. *ad dict. §. in legatis, num.* 13. *ex leg.* 1. *Cod. de pred. cur. lib.* 10. quidni eadem erit potestas & autoritas legis quæ Principis vel Iudicis, cùm nisi præsente lege & suas solemnitates adhibente testamentum fieri non possit. Quamuis enim lex in eo differat à Iudice & à Principe quod neque videt neque videtur, vt præsentem vim vel dolum, aut impedire aut coërcere possit, an non tamen æquè sufficienter consulit testatori, ne quo tempore testator vim vllam dolúmve pati possit cùm iubet adesse septem testes, masculos, puberes, & ciues Romanos, qui vnico contextu testamentum fieri videant, neque quicquam se præsentibus, aut vi aut dolo malo fieri patiantur? Nam & ob eam causam constitutum est, vt testes, † qui in testamento propter solemnitatem adhibentur, durare debeant donec suprema contestatio peragatur, vt Vlpianus scribit *in l. qui testamento.* 20. *§. & veteres. D. qui testament. facer. poss.* Ne scilicet dubitari possit in toto illo actu testandi, qui vnicus & indiuiduus est nihil interuenisse quod à legibus bonísve moribus abhorreat. Adeò vt si vel vnus ex testibus eo in loco vbi testamentum factum est inuitus detentus sit, non valeat testamentum, *dict. l. qui test. §. vlt.* quia lex non tantùm testatoris, sed testium quoque liberam vult esse voluntatem. Dices posse facilè contingere vt interueniat vis & dolus ante factum testamentum, licèt non interueniat in actu ipso testandi, & coram testibus. In eam rem comparatum esse vsum clausulæ derogatoriæ, vt se præmuniat testator aduersus fraudes vel blanditias, quas sibi vel ab aduersariis, vel ab amicis aut consanguineis timet. At ego eadem ratione contendam, Neque illud testamentum posterius debere præualere quod factum sit coram iudice vel Principe, si in priore fuerat adiecta clausula derogatoria, quoniam præsentia iudicis vel Principis, excludit quidem suspicionem omnem præsentis doli, metúsve, ne quicquam præsente Principe vel iudice dolo malo, aut per vim metúmve factum videatur, [quam in rem solet etiam sufficere præsentia amicorum, *l. transactionem.* 35. *Codic. de transact.* quidni etiam multo magis præsentia septem testium in testamento adhibitorum, qui vt plurimùm ex amicioribus eligi solent] sed non excludit vim vel fraudem quæ interuenerit antequàm ad iudicem vel ad Principem iretur, quandoquidem eodem dolo metúve, quo quis ad iudicem vel ad Principem ire cogitur, vt contra voluntatem suam testetur etiam prohibetur ne apud iudicem vel Principem audeat conqueri de dolo illo, metúve sibi illato, cùm sciat non posse sibi semper adesse iudicem vel Principem ad vim fraudémve arcendam, quam ab aliis sibi timet. Non igitur maior ratio est, vt clausulæ derogatoriæ specialis reuocatio necessaria sit in eo posteriore testamento, quod solemniter factum sit coram septem testibus qui legis, totiusque populi maiestatem repræsentant, quàm in eo quod coram iudice vel Principe factum proponatur. Sed & interpretibus nostris illud valdè obstat, quod iam diximus eos fateri † post Baldum *ad dict. leg. fancimus.* Clausulæ derogatoriæ reuocationem specialem necessariam non esse, si secundum testamentum factum sit integro decennio post primum. Nec enim Iustiniani constitutio *in dict. leg. fancimus*, vllam tribuit vim posteriori testamento post transcursionem vt ipse loquitur, decennij facto, nisi quantam ipso iure haberet posterius testamentum, quod ritè factum perfectúmque esset sequenti die post prius, vt ex legis verbis apparet. Ergo si clausula derogatoria in priore testamento apposita non impedit posterius testamentum etiam per quod non fuerit specialiter reuocata, si factum illud sit post decennium, neque impediet aliud posterius quodlibet quocumque tempore factum dummodò iure perfectum. Neque responderi pro interpretibus potest Iustiniani constitutionem æquiparare testamentum posterius quod iure perfectum sit, testamento imperfecto quod conditum sit post lapsum decennij, sed si testamentum † secundum sit & iure perfectum, & præterea à lapsu decennij fauorabile, æquum esse vt in hoc plus iuris habeat quàm aliud testamentum perfectum quodlibet, vt citra illam specialem reuocationem possit prius testamentum euertere, quod priorem clausulam derogatoriam habebat. Nam replicabo, immò verò non posse maiorem esse fauorem testamenti secundi perfecti post lapsum decennium, quàm eius quod fuerit perfectum altero, aut tertio die post primum: siquidem testamento perfecto, neque perfectius aliud, neque proinde fauorabilius vllum intelligi potest, præsertim verò ex solo lapsu temporis, cùm è contrario, quo antiquius est primum testamentum, eo fauorabilius videri debeat, si nulla eius reuocandi causa noua probetur emersisse. Quamquam nec causam reuocandi testamenti aliquam superuenisse satis est, vt debeat haberi pro reuocato, quia non est testamentum † ex earum rerum genere quæ nuda voluntate ¶, aut constitui possint aut reuocari, *leg. penult. §. vltim. D. de bonor. poss. secund. tabul. §. penult. Institut. quib. mod. testament. infirm.* multò minùs ex sola coniectura mutatæ voluntatis, inducta ex inimicitiis quæ superuenerunt: quamuis sufficerent illæ ad inducendam tacitam legati vel fideicommissi ademptionem, *dict. leg.* 3. *§. vltim. & l.* 4. *D. de adim. legat.* At neque in tota illa Iustiniani constitutione verbum vllum est, ex quo possit colligi id egisse Iustinianum, vt posteriori testamento clausulam tacitam inesse velit ad prioris testamenti reuocationem. Maximè verò si ponas in priore testamento adesse clausulam derogatoriam, quæ aliquo casu vel tempore debuerit habere effectum. Quod enim hodie † posterius testamentum factum post decennium etiam minùs solemniter, tollit prius, non sit ex potestate vltimæ voluntatis tanquam reuocatoriæ, sed sola potestate constitutionis Iustinianeæ quæ inuita iurisprudentia nouum hoc ius induxit. Cùm ergo ea constitutio non loquatur de testamento solemniter facto post decennium, quia nec indigebat vlla constitutione noua testamentum tale, vt primum testamentum quantumuis solemne rumperet ipso iure: nihil causæ est cur sine lege debeamus fauere testamentis secundis

post

poſt decennium ritè factis potiùs quàm cæteris ante decennium bene ordinatis. Illud verò adhuc abſurdius eſt iis nos fauere quantum ad inducentem tacitam clauſulam reuocatoriam, clauſulæ derogatoriæ in priore teſtamento contentæ, cùm in ipſo etiam legis caſu, hoc eſt, poſteriore teſtamento exiſtente imperfecto, nihil tale à Iuſtiniano conſtitutum reperiatur. Poteſt ſanè lapſus † decennij prodeſſe ad impediendum effectum clauſulæ derogatoriæ in priore teſtamento adhibitæ. Eo prætextu quod per lapſum decennij obliuionis præſumptio inducatur, vt notant noſtri *ad l. peregrè. 44. D. de acquir. poſſeſſ.* Sed hæc ratio non tam inducit tacitam reuocationem clauſulæ derogatoriæ [quomodo enim tacitè illam reuocaſſe videri poteſt qui nec expreſsè potuit reuocare propter obliuionem?] quam tollit eius reuocandæ neceſſitatem, quoniam arctaretur quis ad impoſſibile ſi cogeretur eam clauſulam ſpecialiter reuocare, cuius nullo modo meminiſſet. Deinde quid ſi ex facto proponatur, probetúrque teſtatorem poſterioris teſtamenti tempore non tantùm fuiſſe memorem prioris, ſed etiam clauſulæ derogatoriæ in eo adſcriptæ, quam tamen non reuocauerit ſpecialiter in poſteriore? Ceſſabit hoc caſu fauor temporis quoad præſumptionem obliuionis inducendam, quia ſemper & in omnibus præſumptio cedit probationi veritatis. Et tamen æquè verum erit iuxta interpretum ſententiam, per poſterius teſtamentum nullam habens clauſulam reuocatoriam euerſum fuiſſe prius quod habebat derogatoriam, Nimirum propter concurrentem, vt illi volunt, lapſum decennij cum poteſtate perfecti & poſterioris teſtamenti. Non igitur ſolus prætextus obliuionis quæ ex decennio præſumitur, probabilem facere poteſt hanc interpretum ſententiam[1], quæ nec Iuſtiniani conſtitutione noua, neque alia vlla, vel veteris, vel noui iuris lege adiuuatur. Aut ſi Iuſtinianum † id egiſſe volumus, vt poſterius teſtamentum tacitam intelligatur habere clauſulam derogatoriæ reuocatoriam, cùm poſt decennium factum eſt ſolemniter, peto indicari mihi quodnam ſit hac de re verbum in tota conſtitutione, aut rationem aliquam adferri, cur minùs fauorabile ſit teſtamentum iure perfectum, quod antè quàm quod poſt decennium factum ſit. Illud ſanè in tota hac quæſtione ſummopere notandum eſt, quod Socinus ex intentione, vt ipſe loquitur, Doctorum omnium notat, *d. nu. 25.* ſumendam eſſe hanc concluſionem generalem, quod ex quibuſcumque coniecturis iudici conſtare poſſet quod teſtator voluit ſecundum teſtamentum prævalere, tollitur primum, licèt ſecundum etiam eſſet ſimpliciter factum, quia tota hæc materia eſt fundata in præſumpta voluntate teſtatoris. In quo nec ego diſſentio, niſi quod hoc amplius volo, Fruſtra † quæri ab iis coniecturas mutatæ voluntatis, vbi neque in ratione iuris, neque in verbis poſterioris teſtamenti vlla ambiguitas eſt, quominùs voluerit teſtator prius teſtamentum per poſterius reuocare, *l. ille aut ille. 23. §. 1. de legat. 3.* abſurdúmque eſſe plus hac in re tribui coniecturis etiam aliunde quàm à teſtamento ipſo petitis, quàm tribuatur expreſſis & diſertis verbis poſterioris teſtamenti.

1 *Bartoli & ſequacium de propoſita queſtione ſententia.*
2 *Oppoſita Iaſonis & Vaſquij opinio.*
3 *Valere teſtamentum etiam per vim & impreſſionem factum, aduerſus Iaſonem.*
4 *Quas actiones prætor concedat aut deneget.*
5 *Quæ indignis auferuntur ea omnia fiſco applicantur.*
6 *Perſona quæ à ſucceſſione ſemel excluſa eſt ſemper ac perpetuò manet excluſa.*
7 *Poſtquam ſucceſſum eſt ex teſtamento nunquam ſuccedi poteſt ab inteſtato.*
8 *Cùm ex teſtamento quod per vim dolúmve factum eſt adiri poſſit hereditas & acquiri, ſequitur neceſſariò vertere ipſum teſtamentum.*
9 *Reſponſio Vaſquij ad leges quæ auferunt hereditatem ſcriptis heredibus tanquam indignis, vt eam applicent fiſco; & reſponſionis confutatio.*
10 *A ratione iuris incipere debet, quiſquis veram legum ſententiam aſſequi vult.*
11 *Quænam ſit ratio iuris, cur etiam per vim dolúmve teſtamentum valeat.*
12 *Teſtamentum eſt nullius momenti, cùm in ipſo actu teſtandi vis dolúſve internenit.*
13 *Prima obiectio Iaſonis & Vaſquij refertur & diluitur.*
14 *Secunda obiectio Vaſquij petita ex vulgaribus teſtamentorum regulis, & eiuſdem confutatio.*
15 *Tertia obiectio petita ab eo quod nec matrimonium valeat, vbi alteruter coniugum coactus refellitur.*
16 *Quarta obiectio Vaſquij refertur & refellitur.*
17 *Quæ actiones dentur ei qui alterius improbitate læſus eſt in eo quod hic coëgerit teſtari defunctum, qui aliàs legitimo heredi hereditatem eras relicturus, & num. 19.*

ERROR III.

De teſtamento per vim vel dolum condito in fauorem doloſi.

SVMMARIA.

1 *Q. an teſtamentum valeat quod factum eſt per vim dolúmve aut heredis inſtituti, aut alterius cuiuſlibet.*

QVONIAM in præcedentibus diximus, vt clauſulæ derogatoriæ poteſtatem elideremus, cuius vſum noſtri induxerunt aduerſus metum futuri doli, aut futuræ coactionis quam doli quis timeat, vel ab amicis, vel ab aduerſariis: valere teſtamentum etiam per vim & impreſſionem factum, dummodò ſit ſolemne. Ex eóque apparet nunquam poſſe fieri, vt qui ſolemniter teſtatus eſt audiendus ſit, ſi dicat teſtandi voluntatem ſibi defuiſſe (is enim maximè audiendus eſſet, qui ſe per vim vel dolum alterius coactum probaret, vt teſtaretur) de illo nunc diſputare cogimur, an teſtamentum † valeat quod factũ ſit per vim dolúmve, aut eius ipſius qui heres inſtitutus eſt, aut alterius cuiuſlibet. Ne alioqui obſcurum per obſcurius, adeóque quod magis turpe eſſet, falſum per falſius probaſſe videamur. Quamquam enim communis ea eſt noſtrorum ſententia † poſt Bart. *ad l. vlt. D. ſi quis aliq. teſtar. prob. vel coëg.* ſiue per vim, ſiue per dolum alterius teſtari quis coactus ſit, aut teſtamentum mutare prohibitus, valere nihilominùs ipſo iure teſtamentum ita vt adiri ex eo hereditas poſſit, ſed hereditatem ab inſtitutis tanquam indignis ablatam fiſco applicari, excluſis illis qui ſi teſtamentum nullum factum eſſet, ab inteſtato venturi fuerant. Non deſunt tamen qui contra putent huiuſmodi teſtamenta per vim vel dolum extorta nullius omninò eſſe momenti. Inter quos Iaſon † quem refert, & ſequitur ex recentioribus Hiſpanis ſubtiliſſimus Fernand. Vaſquius, §. 17. *n. 5. & ſeqq.* vbi contrariam aliorum ſententiam tam multis rationibus confutat, & iis quidem ad quas nemo hucuſque reſponderit, vt tandem concludat ſibi eam ridendam potius quàm confutandam videri. Nos contra, † qui pro communi non tam interpretum quàm prudentum opinione pugnamus, quid in vtramque partem adferri poſſit, videamus. Ac primùm pro nobis illud euidenter facit, quòd quibus locis Iureconſulti aut Imperatores tradunt de illo, qui per vim, vel per dolũ prohibuit aliquẽ teſtari,

testari, vel coëgit, semper habent eum pro indigno, denegántque ei actiones hereditarias, vt locum faciant, fisco, *leg.* 1. & 2. *si quis aliq. testar prob. D. & C.* Quorum omnium nihil dici posset, si testamentum ipso iure non valeret. Quas enim actiones habere posset ex inutili testamento is qui esset institutus? Si verò nullas haberet, quænam obsecro eidem denegari possent? Prætor † enim cuius est actiones concedere vel denegare, inspecto nimirum iure vetere quo actionum & formularum impetratio nondum erat sublata per Constantini & Theodosij leges quæ extant, *sub tit. Cod. de formul. & impetr. act. sublat.* sicuti non alias actiones concedere potest, quàm quæ vel ciuili, vel prætorio, vel saltem extraordinario iure competunt, ita neque alias denegare. Prius siquidem est vt actio competat, quàm vt vel detur à prætore vel denegetur. Et rursus, quomodo posset hereditas auferri heredibus in eiusmodi testamento instituris, tanquam indignis, quam ipsi nunquam habuissent? Nam & ob eam causam totus *tit. de his quæ vt indign. D. & C.* sic accipitur ab interpretibus omnibus & rectè, vt quæ indignis † auferuntur omnia fisco applicentur: nimirum propterea quod ea necesse est indignis primum acquiri ex testamento, per quam acquisitionem extincto semel iure illorum, qui alioquin erant venturi ab intestato, nihil supereſt quod de illis postea tractari possit, aut cur aliquam iis iniuriam facere videri fiscus debeat, qui nihil sibi vindicat nisi quod ipsi nunquam fuerant habituri, quippè per acquisitionem iam ex testamento factam excluſi. Est enim veriſſima & perpetua in omnibus præsertim ordinariis intestatorum successionibus regula illa quam & interpretes nostri extra certos casus probant. Personam quæ à successione † semel excluſa fuerit semper ac perpetuò manere excluſam nec sanè vllus casus excipiendus esset, si non inductæ essent hodie quædam excluſiones temporariæ per statuta locorum & per iuratas renunciationes, quibus filiæ præsertim dotatæ excluduntur à parentum intestatorum successionibus fauore masculorum, & quandiu masculi supererunt, de quibus Bart. *ad l. vlt. D. ad SC. Tertyll.* Itaque progreſſus quidem fit à successione testati ad successionem intestati, antequam successio ex testamento acquisita sit, *l. 1. D. si tab. testam. null. extab. vnd. liber.* Sed postquam † successum semel est ex testamento nunquam succedi potest ab intestato, sicuti nec fieri regressus à successione intestati ad successionem testati, nisi cùm ea lex fuit testamenti, vt *in leg. si quis ita.* 82. *D. de hered. institut.* Cùm igitur ex † testamento quod per vim dolúmve factum est, adiri possit hereditas & acquiri, vt deinde heredi tanquam indigno auferri possit & fisco applicari, fatendum necessariò est valere ipso iure testamentum, quoniam inauditum est adiri posse hereditatem ex eo testamento quod non valeat, cùm hereditatis delatio semper præcedat aditionem, *leg. delata* 153. *de verbor. significat.* lex autem cuius solius est hereditatem deferre, nunquam deferat ex eo testamento, quod ipsa non confirmauerit moriente testatore, nec rursus confirmet vnquam testamentum quod minùs solemniter factum proponatur, *leg. lege obuenire.* 130. *eod. tit.* Nec responderi potest quod Vasquius † respondet, leges illas quæ auferunt hereditatem scriptis heredibus tanquam indignis, vt eam applicent fisco, siue testari alium quis coëgerit siue prohibuerit ad eum casum coarctandas esse quò sint illi veri quidem heredes, sed alio iure quàm ex eo testamento, puta si iidem illi qui ab intestato successuri erant coëgerint testatorem, vt heredes eos scriberet cùm aliud scribere vellet, quo casu cessante quoque causa testamenti quod ipsi per vim extorserint, remanent nihilominùs heredes saltem ab intestato, vt proinde possit iis meritò tanquam indignis auferri hereditas, quam neque ex testamento neque ab intestato haberent, si vim non feciſſent. Nam potest quidem hæc interpretatio in eos cadere qui aliquem testari prohibuerunt, siue ipsius hereditatem ab intestato hac ratione consecuti sint tanquam legitimi successores, siue ex alio priore testamento quod immutatum fuisset si prohibitio testandi nulla interueniſſet. At non potest cadere in eos qui testatorem testari coëgerunt. Non solùm quòd vix sit, vt hæc coactio per eos fiat qui possint succedere ab intestato cùm nullo isti egeant testamento ad succedendum, possitque iis sufficere, si prohibeant testari volentem ne testetur. Verùm etiam quia ratio nulla esset, vt heredibus scriptis auferretur tanquam indignis hereditas quam non haberent quasi scripti & ex eo testamento, sed tanquam legitimi & ab intestato. Ibi enim pœna esse debet vbi delictum est. Delictum autem istorum nullum fuit circa successionem intestati, sed tantùm circa successionem testamentariam, cùm testatorem cogendo, vt testaretur, tanto magis fecerint ne ab intestato hereditas deferri posset, secuta præsertim ex eo testamento aditione. Hactenus ergo puniri debent ne lucrum aliquod ex eo testamento retinere possint, non etiam, vt iis tanquam legitimis heredibus hereditas auferatur, quippè quam nec ab intestato habuerint, nec habere vnquam potuerint à quo tempore sibi eam ex testamento acquiſierunt. Quamquam si omiſſa causa testamenti hereditatem illam ab intestato possidere vellent, vt fiscum excluderent, non deberet ea res fraudi esse fisco, in cuius iniuriam consilium malum quod ab initio iniissent mutare postea non potuissent iuxta regulam iuris, *leg. nemo potest mutare.* 75. *de regul. iur.* Alioquin esset ineptiſſima illa ratio auferendæ iis legitimæ successionis, quod patrem familias per vim testari coëgissent: Nec alio casu bona esse potest quàm quo per vim prohibita facultate testandi acquisierit quis sibi ius succedendi ab intestato. Itaque si legibus agamus, expeditum est valere testamentum etiam quod vi dolóve alterius factum fuerit. Si verò ratio iuris quærenda est, à qua † meo iudicio incipere semper debet quisquis veram legum sententiam assequi velit. Iam docuimus in præcedentibus actum testandi tam solemnem † esse, vt cùm in eo adhibitæ sunt omnes iuris solemnitates non sit postea permittendum siue testatori siue alijcuilibet, vt dicat testandi voluntatem in eo actu defuiſſe. Et quamuis ea res non purget dolum metúmve, si quis præceſſerit factionem testamenti, quin perinde vindicandus sit in persona eius, qui vel dolum admiſit, vel vim metúmve intulit, sufficit tamen ad hoc ne dici possit, testamentum sine voluntate testandi factum esse: non quod coacta voluntas hoc casu voluntas dici debeat, in quo scilicet si quando vnquam alias debet esse libera, sed quia neque coacta potest dici inspecto eo tempore in quo tam solemniter declarata fuit, ac præsente quodammodo ipsa lege, cuius vicem solemnitates iuris obtinuerunt. Nam si poneres in actu ipso testandi † vim dolúmve interueniſſe, quod non aliter fieri posset quàm ipsis quoque testibus vim illam dolúmve participantibus, siue faciendo, equidem non dubitarem quin testamentum ipso iure nullius esset momenti, cùm vel vni ex testibus vim factam esse sufficiat eo tempore, vt testamentum infirmetur, *dict. leg. qui testamento.* 20. §. *vltim. D. qui testament. facer. poss.* Quanto magis eo tempore testator ipse, aut vim aut dolum patiatur? Sed aliud est de ea vi tractare quæ testamentum præceſſerit, ad quam pertinet disputatio nostra, aliud verò de illa quæ in actu ipso testamenti interuenerit, de qua nunc tractamus. Ponimus enim testamentum solemniter factum fuiſſe. Implicat verò contradictionem, vt solemniter factum sit, & vt vis aliqua, siue testatori, siue testibus impreſſa fuerit eo tempore quo fiebat, cum sit hæc vna ex testamentorum solemnitatibus, vt testes non solum adesse,

esse, sed etiam à testatore ipso rogatos esse oporteat. Cui solemnitati nihil tam contrarium esse potest, quàm si vel inuiti testes detineantur vel inuitus testator vt eos rõget per vim adigatur. Ex quibus facillimum est ad omnia Iasonis & Vasquij argumenta respondere.
14 Primùm enim obiiciunt † quod Vlpian. scribit *in d.l. vlt. qui testamento*. Si testes inuiti detenti sint ibi vbi testamentum factum est, non valere testamentum. Quanto minùs ergo valebit, inquiunt, si non testibus: sed testatori facta vis probetur; Nos vero fatemur bonam esse ratiocinationem à testibus ad testatorem, sed non similiter ab ea vi, & coactione de qua loquimur, ad eam de qua Vlpian. *in d §. vlt. aut contrà*. Vis facta, siue testibus, siue testatori in actu ipso testandi, impedit sanè validitatem testamenti, sed non ea per quam coactus quis fuit, vt sumeret consilium testandi, si postea solemnitates omnes interuenerunt ne alioqui eueniat, vt & testibus & legibus illudere videatur is qui non solùm testandi voluntatem qualemqualem præ se ferat, sed etiã liberam, & talem vt in testium potestate non sit suspicari vim aliquam dolúmve in eo actu interuenire. Præsertim cùm fieri etiam possit, vt qui testandi consilium nunquam cœpisset si vis ei facta non fuisset, postea testatus sit seriò & ex animi sui sententia. Quod quoniam in ipsius mente positum est, quam inuestigare lex non potest, aut percipere melius quàm ex verbis factisque testatoris, quid aliud facere potest nisi vt credat seriò testari sic voluisse illum, qui & iis verbis vsus est, quibus testamenta concipiuntur, & eas præterea solemnitates adhibuit, quas adhibere coguntur ij demum qui seriò & iure testari volunt, qui denique nullam eo tempore & coram testibus significationem dedit contrariæ voluntatis, aut violentiæ sibi illatæ. Quamquam ea res, vt dixi, non excusat factum illius qui postea probatur intulisse vim, vel dolum admisisse, vt is qui omninò non testari, aut aliter testari voluerat sic testaretur, quominus id quod tam improbè malóque more contra leges gestum est, ipsis etiam legibus vindicetur. Et sanè quid esset incertius iure testamentorum si eorum validitas impediri posset ex ea vi quæ aliquando illata fuisset ante testamentum, & de qua nihil vnquam testes audiuissent vel suspicari potuissent? Maximè cùm si qua vis, vel metus dolúsve inferatur ad testandum, in occulto id fieri soleat, & tam cautè, vt eius probatio non nisi difficillima esse possit. Atqui constanter vèteres prudentes decreuerunt, iura testamentorum ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno aut arbitrio aut facto pendere, *leg. illa institutio. 52. D. de hered. instit.* Adeò vt neque ex ipsius testatoris arbitrio pendere possint. Etsi enim positum est in arbitrio testatoris an testari velit, néc-ne, & an hunc, an illum heredem instituere. Si tamen testetur solemniter, non est in ipsius arbitrio an testamentum valeat, néc-ne. Et quod de iudicibus scribit Papin. *in leg. ordine. 15. D. ad municip.* facti quidem quæstionem in potestate ipsorum esse, sed iuris autoritatem non esse, idem de testatoribus quoque omnibus dici potest, iuris autoritatem ad quam pertinet vt testamenta vel confirmet vel infirmet in eorum arbitrio non esse nisi hactenus, vt in eorum potestate sit, solemnitates necessarias vel adhibere, vel non adhibere, quod facti est non iuris. Quòd verò iidem Iason † & Vasquius
15 adferunt ex vulgaribus illis testamentorum regulis, Testamentum esse voluntatis nostræ non alienæ iustam sententiam, & sic dictum à testatione mentis, deberéque liberum esse testatori cuilibet testandi arbitrium, *leg. 1. C. de sacros. Eccles.* quorum omnium nihil videtur posse conuenire ei testamento quod per vim, dolúmve alterius factum probetur, quippè cui non tam testatoris quam eius qui vim dolúmve intulit voluntas causam & formam dedisse videatur, facillimè ex supradictis dissoluitur. Lex enim non potest non habere pro voluntate testatoris omnem illam voluntatem quam testator suam esse dicit coram testibus, & inter ipsas iuris solemnitates, neque curat quid ante testamentum factum sit, sed quid ipso testandi actu fiat, quia neque ex iis quæ præcesserunt æstimatur testamentum, sed ex momentanea illa & indiuidua supremi judicij contestatione, in qua satis est, neque vim neque dolum præsentem interuenisse, sed adhibitas esse illas solemnitates quibus contenta lex est, vt de viribus testamenti dubitari non possit. Propter quam causam solet hodie in omnibus ferè testamentis adhiberi cautio illa, vt testator dicat coram testibus, se neque vi neque dolo sed sponte & vltro testari. Quæ clausula licèt non excludat probationes dolo ante testamentum adhibiti præsertim quia notarij magis quàm ipsius testatoris verba illa esse creduntur, prodesse tamen debet ad hoc vt præsentem vim dolúmve coram testibus non fuisse patium testatorem appareat, quod satis est ad validitatem testamenti. Minùs autem me monet quod obiicitur † de 16
matrimonio, Non valere illud si alteruter coniugum coactus probetur, *cap. gemma, de sponsal.* Est enim hac parte longè dispar ratio matrimonij & testamenti, quia matrimonium est coniunctio quæ fit non tantùm à lege diuina sed etiam à Deo ipso, quem non potest latere secretum coactæ voluntatis, quique ideò coactam illam voluntatem habet pro nolumate, tum quoque cùm ab hominibus libera & spontanea esse creditur. At in testamentis ordinandis sola legis autoritas se interponit, lex autem nescit coactam esse voluntatem illam, quam testator ipse spontaneam dicit, neque credit posse fieri vt non eo tempore voluntas libera & seria sit, quæ tot solemnitatibus munitur. Illa fortior † obiectio vi- 17
detur, quam Vasquius ait posse solam sufficere tanquam quæ naturali potissimùm nitatur æquitate, quòd absurdum sit, & iniquum legitimos successores propter quos nolebat testator facere testamentum vt heredes illos habere posset, affici damno & amittere hereditatem ob improbum factum eius, qui patremfamilias inuitum adegit ad testandum, nec quicquam causæ esse cur prætextu heredis instituti qui certè indignus est, emolumentum hereditatis legitimæ auferatur iis qui nihil peccauerunt. Ne aliter posito iure fatendum sit alieno od o alium prægrauari, quod Iustinianus iniquum esse ait *in l. si quis suo. 35. §. legis. Cod. de inoffic. testam.* Sed respondendum est hanc obiectionem, supponere pro verò id quod nos tanquam falsum negamus, testamentum, vi dolóve malo extortum nullius esse momenti. Nam si non valeret ac nihilominùs hereditas fisco applicaretur, fieret sanè iniuria legitimis heredibus qui ex alieno facto damnum hereditatis incurrerent. Sed cùm valeat testamentum, atque ita exclusa sit successio intestati, cui nimirum locus esse non potest subsistente testamento ex quo adiri possit hereditas, non habent legitimi heredes de quo conquerantur, nisi de ipso testatore, qui testando etiam per vim dolúmve alterius, fecit tamen ne possent illi vnquam succedere ab intestato. Habent certè etiam quod de illo conquerantur qui vim merúmve intulit. Hactenus nempè vt per actionem de dolo † consequantur quanti sua interest, 18
in quo pretium saltem amissæ hereditatis continebitur, *leg. Lucius. 88. §. Sempronia, de leg. 2.* Sed aliud est eos de indemnitate consequenda, aliud verò de iure testamenti aut legitimæ successionis, disputare: neque apertior in hanc rem textus quærendus est, quàm in responso illo Scæuolæ quod extat, *in dict. §. Sempronia*, vbi cùm proponeretur Semproniam substitutam heredi instituto legata accepisse sub ea conditione si heres non esset. Illa verò contenderet dolo malo heredis instituti factum esse, quominùs testatrix volens eam primo gradu heredem scribere, mutaret testamentum. Non ponit Scæuola dubitatum ex ea causa fuisse de viribus testamenti an valeret néc-ne, sed tantùm de indemnitate quam per actionem de dolo Sempronia

vrgebat: vnde etiam est quod ibi Scæuola respondet, Semproniam etiamsi in actione illa. De dolo non obtinuerit, legati tamen quod in eo testamento ipsi relictum fuerat persecutionem saluam habere, quia vt ibidem verè notat Baldus, non tam testamentum ipsum quàm personam heredis impugnasse intelligitur, ob idque nec commodum testamenti admittere debet. Atqui certum est in toto hoc tractatu nihil prorsus interesse, an vis adhibita sit doluve in eo vt quis testari cogeretur, an in eo vt vel omninò testari, vel testamentum quod ante fecisset mutare prohiberetur. Omni casu te-
19 stamentum valere fatendum est, solámque † de dolo actionem ei qui ex alterius improbitate læsus sit, superesse. Nisi quod nostri etiam dant condictionem ad duplum ex Iustiniani *Nou. 134. vt nulli iudic. c. 3. §. & hoc peruenit*, locum illum intelligentes nec absurdè non tantùm de iudicibus, sed & de alio quolibet, propter verba illa quæ in hanc rem apertissima, *vel alij cuilibet*. Nec enim priuato cuiquam permittendum est quod ipsis etiam iudicibus interdicatur, licet nonnulli ex nostris interpretibus de illo dubitarint, vt videre est apud Iaſ. *in l. 1. C. si quis aliqu. test. prohib.*

ERROR IV.

Si non existente soluendo eo, qui dolo malo testari quem prohibuit vel coëgit, pars læsa velit agere contra fiscum.

SVMMARIA.

1 *Bartolus existimat non existente soluendo eo qui dolo malo testari quem prohibuit vel coëgit, partem læsam agere posse contra fiscum.*
2 *Relata Bart. sententia confutatio.*
3 *Leges quas affert Bartolus, ad dissimiles casus pertinere.*
4 *Pœnæ depensæ repeti non solent.*

1 PLANE quod addit Bart. † *ad d. l. vlt. num. 2. D. si quis aliq. testar. prohib. vel coëg.* Si is, qui dolo malo vel per vim alium testari prohibuit vel coëgit, non sit soluendo ad indemnitatem ei qui læsus fuerit præstandam, regressum læso dandum esse contra fiscum arg. *l. vlt. in princ. D. de eo per quem fact. erit. & l planè si filium. 94 §. 1 de legat. 1.* etsi magnum temperamentum est ad corrigendam eam iniquitatem quam huic sententiæ Vasquius obiicit, nullomodo probabile
2 videtur. Nec enim † potest legitimus heres agere contra fiscum, quin hoc ipso fateatur fiscum aliquod ius habere in ea hereditate: qui porrò in ea nullum habere potest, quin valeat testamentum, nec rursus valere testamentum quin extinctum sit ius omne succedendi ab intestato. Cúmque præmium & commodum fisci pœna sit heredis instituti, qui nec ob aliam causam tenetur actione de dolo ei quem læsit, nisi dolus ipsius coërceatur, quid obsecro causæ est, cur pœna fisco applicata ex legibus, eidem fisco auferri debeat in subsidium ad præstandam indemnitatem ei cum quo fiscus, neque contraxerit, neque quasi contraxerit, & cui fiscus neque sit, neque vnquam fuerit obligatus? Exempla verò quæ
3 sumit Bart. † ex *d. leg. vlt. de eo per quem fact. erit, & ex d. l. planè. §. 1.* valdè dissimilia sunt. Nam in specie *d. l. vlt.* in subsidium tenetur is qui in iudicio sistere debuit, si is cuius dolo malo factum est ne sisteret non sit soluendo: ne alioqui vt lex ait, ipse qui reus est lucrum faciat, & actor damno adficiatur qui habuit eum obligatum, vt in iudicio sisteret. At fiscus non potest dici reus cùm nihil debeat, & absurdum sit pœnam eum subire, siue in subsidium ex facto illius, ex quo lucrum potiùs pœnæ nomine consequatur. In specie autem *d. l. planè. §. 1.* is ad quem hereditas exemptione serui heredis scripti peruenerit, ex causa cogendus est fideicommissum præstare, id est si Dominus serui heredis scripti, idémque venditor soluendo non erit, quia verum est eum possidere hereditatem quæ fuerat per fideicommissum relicta, nec æquum est venditionem serui esse fraudi fideicommissario qui ius habuit, quominùs fideicommissum sibi debitum consequatur. At nullum est nec vnquam fuit ius legitimorum heredum in hereditate, quæ ex testamento quamuis per vim dolúmve facto delata est alteri & postmodum in pœnam coactionis ad fiscum deuoluta. Nulla igitur ratio est propter quam fiscus in subsidium teneri debeat, non magis quàm vt principaliter, quantumuis non soluendo sit is qui nec factus est talis, nisi vt fiscum faceret locupletiorem. Et certè lex videbitur imposita verbis magis quàm rebus si quod dicimus heredi scripto auferri, tanquam indigno hereditatem & applicari fisco sic intelligatur, vt tamen potior causa esse debeat venientium ab intestato quàm fisci eo casu quo is cui fiscus aufert, non sit soluendo ad præstandam legitimis heredibus indemnitatem. Tandémque in effectu recidet hæc sententia in illam Iasonis & Vasquij existimantium legitimos heredes fisco præferri debere. Quòd tamen quàm absurdum sit ex illo etiam intelligi potest, quod in hac hereditate ad fiscum deuoluta, non modo ipsa nullum vnquam ius fuit legitimorum heredum, sed neque probabili spe, quia improba est spes quæ admixtam habet sollicitudinem de hereditate viuentis, *leg. 2. §. interdum. de vulg. & pup. substit. leg. ita tamen. 27. §. a patre D. ad SC. Trebell.* etiam in personis liberorum *l. 1. §. si impubere. D. de collat. bonor.* qui tamen benè ad propria bona venire dicuntur, *l. 1. §. largius. D. de succeſſ. edict. l. in suis. 11. D. de liber. & posthum.* Facit etiam contra Bartolum quod est in iuris regula, Pœnas † depensas repeti non 4
solere, *l. pœnæ. 42. D. de condict. indeb. l. si pignore. 22. in princ. & § 1. D. de pignor. act. l. id quod pœna. 74. D. de solut. l. quod à quoquam. 46. de regul. iur.* Etsi enim regula iuris habet non debere pœnam eidem restitui à quo exacta fuit. Ita inuenos non fore absurdum vt alteri restituatur, In proposito tamen vt absurdum videri debeat, à fisco eam restitui legitimis heredibus, illud facit quod legitimos heredes vincebat is cui fiscus abstulit hereditatem, cùm essent legitimi heredes excluſi per testamentum antequam fiscus admitteretur. Itaque potest hoc casu fiscus tueri se contra legitimos heredes vulgari etiam illo brocardico, *Si vinco vincentem vos multo magis vinco vos, vulg. l. de accessionibus. 14. D. de diuers. tempor. præscript.*

ERROR V.

De legatis in eo testamento relictis, quod per vim dolúmve alterius factum sit, aut mutari prohibitum.

SVMMARIA.

1 *Q. An valeant legata in eo testamento relicta quod per vim dolúmve alterius factum est, aut mutari prohibitum.*
2 *Quid pro legatariis afferat Bartolus.*
3 *Quid contra legatarios idem obiiciat.*
4 *Bartoli distinctio qua proposita quæstioni satisfacit.*
5 *Ex distinctione Bartoli sequi, valere ipso iure testamentum etiam per vim extortum.*
6 *Iuris loci ex quibus probat Bartolus legata valere an pertineant ad testamenta vi dolóve malo facta, an ad ea quæ mutare prohibentur testatores.*

7 *Sententia*

7 *Sententia l.1.§.1.D.si quis aliqu.testar.prob. vel coëg.*
8 *Sententia l.2.§. vlt.D.q quis aliq. test.prob.*

HANC quæstionem † proponit Bart. ad *l. vlt. num.3.D si quis aliq. testar.prohib. vel coeger.* quæ licet non magnam videri possit habere difficultatem, à nobis tamen prætermittenda non fuit,quia pertinet ad ea quæ contra Iasonem & Vasquium disputauimus apertissimè confirmanda. Disputat autem Bart. in vtramque partem. Ac primum pro legatariis, † vt probet etiam ex testamento per vim facto legata deberi ex *l.1.§.8.D. eod.* vbi Vlpianus scribit si dominus dolo fecerit ne mutaretur testamentum in quo seruus eius scriptus erat, quamuis manumissus adierit hereditatem, nihilominus actiones ei denegari cùm & liberis eius si quid datum fuerit denegari debeant, etsi non fuerint in potestate. Sed si legatum, inquit, ei relictum sit, idque restituere sit rogatus, consequens erit dicere admitti eum ad legatum, quod non ipse habuisset, sed ad alium sit translaturus. Valet igitur hoc casu fideicommissum in eo testamento relictum,& propter fideicommissum etiam legatum fideicommissi onere adfectum. Item ex *l.2.§.vlt.eod.* vbi Paulus ait si fidei eius qui dolum admisit, commissum est, vt hereditatem restitueret, eam hereditatem caducam fieri cum suis oneribus, vt commodum legis falcidiæ fiscus sentiat, dodrantis autem fideicommissarius. Postea contra legatarios † idem Bart. obicit, cum testamentum per vim dolúmve factum est, non magis legatarios quam heredes habere voluntatem testatoris, & ideò æquè indignos esse qui legata consequantur. Neque ad rem pertinere quod illi ipsi nec vim, nec dolum admiserint Propterea quod non idcirco debeant esse melioris cõditionis ne ex dolo alieno lucrentur.Tandem concludit,† distinguendum esse, An constet per vim dolúmve factam esse heredum institutionem, nec aliud quicquam præterea, An verò testatorem coactum deceptúmve totam illam voluntatem codidisse, vt priore casu solæ institutiones corruant, legata verò debeantur & fideicommissa quæcunque meo testamento data fuerint: posteriore autem casu legata quoq. & fideicommissa intercidant,etiamsi neque legatariorum neque fideicommissariorum dolus interuenisse probetur. Quæ Bartoli distinctio si vera est, vt est, illud omnimodo inferri † ex ea potest contra Iasonem & Vasquum. Valere ipso iure testamentum etiam per vim extortum: Nam si non valeret, quomodo legata ex eo vel fideicommissa deberi vlla possent? Erit fortasse qui pro iis respondeat[ipsi enim nihil respondent] supradictos iuris † locos ex quibus probat Bartolus legata valere & fideicommissa, non pertinere ad illum casum, quo testamentum vi dolove malo factum fuerit, sed ad illum potiùs quo quis post factum solenniter ac liberè testamentum prohibitus sit per vim aut dolum ne id mutaret, cum mutare vellet. Quo casu nec Vasquius ipse negat valere prius testamentum ex eóque aditi hereditatem posse, sed auferri postea scripto heredi tanquam indigno, qui scilicet non videatur retinuisse voluntatem, quam defectus mutare prohibitus non fuit. Nec sanè potest negari quin hæc interpretatio conueniat Vlpiano, cuius verba illa sunt, *si dominus dolo fecerit ne mutaretur testamentum, d.l.1.§.1.D.si quis aliq. testar.prohib.vel coeger.* Sed si verum amamus, non conuenit Paulo in *d.l.§.vlt. eod.* cuius verba ista, *si fidei eius,qui dolum admisit commissum est*, præter id quod sunt generalia, & consequenter ad hunc quoque casum conditi per vim testamenti adaptanda, tantum abest, vt ad aliam illam speciem prohibitæ mutationis testamenti restringi debeant, vt nec illam complecti possint, quia quoties scriptis heredibus ideo hereditas ablata est, quòd testator aliud testamentum facere mutata voluntate voluit & impeditus ab ipsis est, ab vniuerso priore iudicio recessisse intelligitur,vt idem Paulus scribit in *leg.si scriptis. 19. D.de his quæ vt indign.* Quid enim probabiliter credi potest non fuisse mutaturus eorum omnium quæ testamento continentur, qui testamentum ipsum mutare voluit,nec potuit? Æquissimum ergo est vt hoc casu neque legata, neque fideicommissa vlla debeantur.Nisi fortè ex facto proponatur teuatorem non nisi institutiones mutare voluisse, quomodo interpretandũ & accipiendum necessario est quod Vlpianus tractat in *d.l.1.§.1.* ne alioqui pugnet cum Paulo, cuius sententia non procedit nisi in dubia eius, qui testamentum mutare voluit,voluntate. Sicque Vlpiani † sensus erit & verus & apertus. Prohibita per heredem institutum eiusue dominum testamenti mutatione nihil quidem deberi posse ex iis quæ siue domino siue seruo eiúsve liberis quamuis in potestate non constitutis datum fuerit siue institutionis titulo, siue legati: Sed excipienda tamen legata quæ testator ab eo transferri voluerit in alium ex causa fideicommissi. Eo nimirum casu quo non possit dici mutata voluntas testatoris erga fideicommissarium, siue liquidò id constet, siue per probabiles coniecturas ex personarum qualitate & adfectione arbitrio iudicis æstimandas,quæ omnia neque Bartolus, neque alius quisquam ex interpretib. videtur bene explicasse. Non enim distinguunt an relicta sint legata in eo testamento quod per vim factum sit,an in eo quod fuerit mutari prohibitum. At apud Paulum qui † in *d.l. 2. §.vlt.* simpliciter ponit fidei eius commissum esse qui dolum admiserit, vt hereditatem alij restitueret, & valere tale fideicommissum etiam post hereditatem fisco applicatam, vt perinde à fisco restitui debeat hereditas detracta falcidia, atque per heredem institutum fuisset restituenda,si indignus non fuisset. Nihil est quod melius aut probabilius dicere possimus quàm de illo Paulum loqui,cuius dolo malo coactus fuerit testator vt testaretur,siue nunc primùm, siue secundo loco. Vterque enim casus ad edictum prætoris pertinet,quoniam vtroq, modo par & æqualis iniuria fit testatori siue nunc primùm cogatur facere testamentum ne ab intestato habeat heredes illos quos alioqui habere voluisset,siue facto iam testamẽto aliud facere compellantur vel alium instituat heredem quàm qui ab eo fuerat electus in priore. Nec inter hos casus alia differentia est nisi quod cùm quis nunc primùm testari cogitur fit iniuria legitimis heredibus qui ab intestato fuerant successuri. Cum verò secundum testamentum per vim extorquetur, fit iniuria heredibus in primo institutis qui etiam extranei esse potuerant. Cæterum si quis intelligere Paulum velit de illo casu, quo quis per vim dolúmve prohibuerit duntaxat ne quis nunc primùm testaretur(iam enim alium excluſimus quo prohibitus sit testator iterum testari & mutare voluntatem) nunquam assequetur vt tractari possit de fideicommisso de quo tamen Paulus tractat in *dict.§. vlt.* Nemo.n.prohibendo alium testari seipsum onerat fideicommisso.Nisi forte volumus eum qui prohibitus sit testari non fuisse prohibitum facere codicillos in quibus ab intestato fideicommissum hereditatis reliquerit. Sed quamuis hoc fieri possit,vt qui prohibitus fuit testari ab agnato proximo iam fecerit codicillos quibus cum onerauerit fideicommisso ab intestato, non potest tamen hæc interpretatio subsistere,quia sicut is qui facto iam testamento aliud facere voluit & prohibitus fuit ab vniuerso iudicio, quod in priore testamento declarauerat recessisse intelligitur, ita vt neque legata neque fideicommissa vlla ex priore illo debeantur, nisi quorum aliunde constet duraſſe voluntatem vt supra diximus ex *dict. leg. si scriptis 19.D.de his quæ vt indign.* Ita & qui factis ab intestato codicillis testamentum postea facere voluit, ac ne faceret impeditus est, ab omni ea priore intestati voluntate recessisse

ſuũ agnoſcat, planè non video,quid ad eas Vaſquij rationes reſpõdere poſſit,quas ille ipſe Vaſquio ſuppeditauit contra nos in eo caſuquo vis teſtatori facta ſit ab herede inſtituto. Nulla.n. diſſimilitudinis ratio reddi poteſt, cur teſtamentum per vim extortum magis minúſve debeat valere vno caſu quam alio. In eóque pro Vaſquio contra Iaſonem ſentio, ſed contra vtrumque in eo quod volo vtroque caſu valere teſtamentum,ſi nõ in ipſo actu teſtandi,& inter ſolennia vis adhibita proponatur. Cum è contrario Vaſquius vtroque caſu velit eſſe teſtamentum nullius momenti, Iaſon verò vno caſu valere, alio non valere. Sed Iaſonis error grauior † 5
in eo eſt quod quo caſu valere vult teſtamentum fauore nimirum heredis inſtituti, qui ipſe neque vim neque dolum admiſerit, nec participauerit, excludit etiam fiſcum, nec vult heredi ſcripto auferri hereditatem tanquam indigno. Motus ex eo tantum, vt appareat, quod non poſſit videri indignus is qui fraudem, neque fecit,neq; ſcibit.Quæ tamen ratio mala eſt:Indignus enim eſt in hoc tractatu, quiſquis non retinuit volũtatem defuncti,licèt nullus in eam rem dolus ipſius interuenerit, aut qui teſtatorem defunctum detulit, quamuis & præmium ex ea cauſa meruerit. *l.1.l. cum tabulis.16.§.vlt. D. de his quæ vt indign.* Atqui non poteſt dici eum qui ſcriptus eſt in teſtamento, per alterius vim extorto habere defuncti voluntatem, non magis quam ſi vim ipſe feciſſet. Vtroque enim caſu æquè verum eſt ſcriptum eſſe heredem illum quem teſtator habere noluerat, vt propoſitum eſt in *d.l.1. C.ſi quis aliq. teſtar. prohib. vel coeg.* Vtroque igitur caſu heres ſcriptus indignus eſt indiſtinctè, ſiue vim ipſe fecerit, ſiue alius pro eo, ſiue ſciente, ſiue ignorante. 6
Nec moueri Iaſon debuit † ex *l.nihil intereſt. 5.C. de eo quod met. cauſ.* quaſi ex ea probetur vim ab alio illatam non nocere niſi ſcienti. Nam immo vero certum eſt in edicto illo nihil referre à quo vis facta ſit metuſve illatus, nec an ſciente illo qui conuenitur an ignorante: quia verba edicti in rem concepta ſunt. *l.metum. 9.§.1.& vlt.l.ſi cum.14.§.in hac actione.D.eod.l ſed ex dolo.15.§.vlt.D. de dolo.* vt non improbabiliter poſſit quis ſuſpicari in *d. l. nihil intereſt.* legendum eſſe *inſciente*,pro *ſciente*,vt & in *l.ſi ſeruus.34. D.de vſuc.* Sed quamuis nihil immutaretur: aliud tamen eſt de edicto *quod met. cauſ.diſputare.* Aliud verò de hereditate ſcriptis heredibus auferenda tanquam indignis. Cum indignus ſit quiſquis non habet voluntatem defuncti, quæ res cadere poteſt in ignorantem perinde ac in ſci- 7
entem, vt iam dixi. Illa melior ratio videtur, † quam Accurſ. ad *d.l.2.adducit*, quod dolus vnius non debeat alteri nocere, ex *leg.metum.9.§.animaduertendum. verſ. ſed licet.D.de eo quod met.cauſ.l.& eleganter.7.in princ. D.de dolo. & reg. l. non debet alteri.74. de regul. iur.* Adeo vt in illo ipſo edicto de quo agimus, neque fratris factum fratri nocear, neque legatariis factum heredis inſtituti. *leg.2.§.fratris.& ſeqn. D.ſi quis aliq. teſtar. prohib.* Verum iam olim Bartolus † bene reſpon- 8
dit. Immo vero dolum alterius mihi nocere, ſi ſit immediata cauſa acquiſitionis meæ, indéque eſſe quod mei procuratoris dolus mihi nocet, ſi ex eius dolo lucrum conſequi velim. *l.procurator.11. D.de dol.except. l.1.§ ſi quis tamen. & ſeq. D.de vi & vi armat.* Et in propoſita quæſtione inſtituto ſeruo, vel filiofamilias,ſi poſtea dolo malo, vel domini, vel patris prohibit uſus ſit teſtator ne teſtamentum mutaret, eum dolum nocere ſeruo manumiſſo, & filiofamilias emancipato, vt actiones ei perinde denegari debeant, atque ſi dolum ipſe adhibuiſſet,aperte ſcribit Iulianus in *l.vnic.D.quib. non competit. bono.poſſ.* vbi ait non contineri hunc caſum verbis edicti,vt intelligamus ita eum reſpondere ex iuſta ad edictum interpretatione. Nec ſimile eſt quod dolus heredis inſtituti qui teſtatorem coegit ad teſtandum non nocet legatariis, vt diximus capite præceden-
ti. Hoc enim tunc verè dicitur cum vis facta eſt teſtatori circa inſtitutionem tantum non etiam circa legata. At nos eum caſum tractamus, quo quis vnius dolo coactus ſit ad alium heredem inſtituendum. Atque ita etiam Bart. noſter reſpondit. Ad ſuprædictos vero iuris locos, quibus in contrarium niti quis velit, vt probet cum Accurſio dolum vnius alteri non nocere.Reſpondet idem Bart. non eſſe in iis ſpecibus dolum alterius immediatam cauſam acquiſitionis meæ, ſed mediatam duntaxat. Immediatam vero,meam operam in *dict.verſ. ſed licet.* meum contractum in *dict. l.& eleganter.* Ne- 9
malè. Sed potuit etiam & † melius reſpondere.Multum referre an quis dicat,dolum alterius mihi nocere, vt damnum aliquod incurram, an verò hactenus ne lucrum ex eo commodumve conſequi poſſim.Priore ſenſu verum eſt dolum vnius alteri nunquam nocere, poſteriore verò non item. Nam neque hoc caſu tam dicendus eſt nocere quàm non prodeſſe,quod longè diuerſũ eſt ſi quis benè & partitè loqui velit.Aliud enim eſt nocere, aliud non prodeſſe, ſicut è contrario, aliud prodeſſe, aliud non nocere. *leg.iuris ignorantia. 7.cum duab. ſeqq. D. de iur.& fact.ignor.* Eſt namque *non prodeſſe*, medium quoddam inter *prodeſſe*, & *nocere* Et ſimiliter *non nocere*, Iuris autem regula quæ vix vllam exceptionem patitur,illa eſt Dolum vnius alteri neque prodeſſe, neque nocere.*l vlt. Cod.de acquir. poſſ.l. bona fide.27.§.1.D.ad SC. Velleian.* vbi Papinianus ait, Cùm ex contractu ſerui, qui cum muliere contraxit agens dominus exceptione Senatuſconſulti ſubmouetur,non tam videri factam deteriorem domini conditionem per ſeruum, quod ratio iuris non admitteret. *l.melior.132. de reg. iur.* quam nihil domino fuiſſe quæſitum.Sic & in propoſito dicendum eſt,cum propter dolum eius qui teſtatorem coegit, vt me heredem inſtitueret, aufertur mihi tanquam indigno hereditas,non tam fieri conditionem meam deteriorem ex dolo alterius, quod iniquum eſſet,quàm nihil mihi ex ipſius dolo acquiſitum eſſe, quia nec acquiri quicquam debuit. Nec enim hodie inuenirem me inſtitutum ſi dolum ipſe non admiſiſſet.Alioqui ſi poneres † talé eſſe me qui etiamſi ni- 10
hil ille dolo feciſſet, fuerim tamen ſucceſſurus,aut tanquam proximus agnatus, aut tanquam priore alio teſtamento iam inſtitutus, aliud ſanè dicendum eſſet,nec mihi eripienda eſſet hereditas, nec dolus alienus non modo non prodeſſet, verum etiam noceret. Quod & Bartolus bene ſenſit ad *d.l.vlt.num. 7.* vbi ait quod dicitur,Dolum eius qui teſtari aliquem coegit, vel prohibuit, non debere proximiori nocere, tunc verum eſſe cum cauſa proximitatis cauſatur à ſanguine & conſanguinitate, vt ipſe loquitur, non etiam cùm à dolo tertij qui extraneum heredem inſtitui fecit. Vnde etiam eſt quod idem Bartolus tractat in *l.1.§.ſi dominus. eod. tit.* Si maritus † prohibuerit vxorem facere teſta- 11
mentum licet eo propoſito, vt mulieris liberi etiam cõmunes poſſent ei ſuccedere ab inteſtato, & quidem cum effectu,id eſt,ita vt non ſit auferenda iis hereditas tanquam indignis, quia non ſuccedunt hoc caſu ex facto & dolo patris, ſed ex poteſtate legis quæ ipſa nihil dolo fecit, licet dolus patris huic legitimæ ſucceſſioni præbuerit non tam cauſam,quomodo tamẽ Bart.loquitur & malè, quam occaſionem. Aliud itaque eſſet ſi mater inſtituta priore teſtamento liberis aliud teſtamentum facere voluiſſet ad alios heredes ſibi eligendos,& à marito prohibita fuiſſet.Tunc enim dolus mariti noceret liberis, ne ex priore teſtamento poſſent ſuccedere, niſi ad amittendam hereditatem eámque fiſco applicandam, quoniam in hac ſpecie nihil præbet cauſam ſucceſſioni teſtamentariæ præter dolum mariti; cùm ſi is teſtamentum mutari non prohibuiſſet, ſuccedi hodie non poſſet ex priore illo, quod mutatum reperiretur. Quare ad rem non pertinebit, ſiquis pro liberis obiiciat fuiſſe illos æquè ſucceſſuros ab inteſtato etiamſi

etiamsi prius testamentum pro se non haberent. Nam si secundum testamentum factum fuisset quo mater alios sibi heredes destinabat, non magis legitimæ successioni quam priori testamento locus vllus relictus fuisset. Quamquam hoc ipsum quod volo post Bart. liberis hoc casu auferendam hereditatem esse tanquam indignis, puto sic accipi oportere, si succedere voluerint ex priore illo testamento, quod mater voluerat mutare. Non item si omissa causa testamenti ex quo sciant non posse se hereditatem retinere, malint succedere ab intestato. Nec enim possunt videri fraudem fisco facere, qui potius sibi consulunt ne ex dolo patris, fraudem ipsi damnúmque patiantur *leg. quia autē. 6. §. si patronus D. si quis omiss. caus. testam. l. cum pater. 77. §. Titio fratri antepenult. de legat. 2.* Neque vero posset vlla diuersitatis ratio satis probabilis adferri inter hunc casum, & illum quo maritus vxorem nunc primum testari prohibuisset, vt vno casu magis quam alio auferenda sit legitima hereditas liberis tanquam indignis, quam scilicet vtroque casu habent ex lege non ex dolo patris, licet per occasionem doli paterni. Quin etiam absurdum esset deteriorem haberi conditionem ob id solùm quod priore mariis testamento fuerint instituti, si modò non ex illo testamento velint succedere, sed ab intestato. Quod tamen dignum fuit obseruatione, & animaduersione ad Bartolum, qui in hoc certè mancus fuit ad *dict. §. dominus*. Sed videtur supplcuisse ad *leg. vlt. numer. 11. versic. item predicta vera eod. tit.* vbi eadem quæstione proposita de marito qui prohibuit vxorem vel testari vel mutare testamentum ad hoc vt omnes filij succederent, concludit non nocere id liberis quominus ab intestato succedant. Etsi non videtur ad rem
12 pertinere quod ille rationis † loco addit, tam patrem prohibentem quam matrem esse in æquali gradu liberis idcóque ex pari illa coniunctione tolli omnem doli suspicionem ex *l. penult. §. 1. D. de rit. nupt.* Maxime, inquit, hodie & nouo iure quo mater necesse habet liberos suos in aliquo instituere *nouell. 115. vt cùm de appellat. cognosc. §. aliud quoque capitulum.* Nam etsi prohibitio non à patre facta esset sed ab alio, qui aut nullam aut minorem adfectionem haberet erga liberos, non aliud tamen iuris foret, quia perpetuò verum est quod idem Bart, tradit in *dict. vers. item predicta.* prohibitionem tertij, quisquis ille sit, non posse nocere successuris ab intestato. Deinde quid attinet ex pari illa parentum erga liberos adfectione patrem excusare à doli præsumptione, cùm ponamus dolo malo patris factum esse ne testamentum à matre mutaretur, ad hoc vt filij omnes succederent siue ex priore testamento siue ab intestato. Alioqui nec esset locus quæstioni cùm nec ei edicto locus sit nisi de dolo eóque manifestissimo interueniente. Non est autem quod quis in hac specie liberis obiiciat, quod nos in præcedentibus disputauimus non posse omissa causa testamenti in fraudem fisci ab intestato succedi. Tunc enim id obtinet cùm idem ille est qui & dolum admisit & succedere vult ab intestato, siue dolum admiserit in cogendo testatore vt testaretur, siue in prohibendo eo ne testamentum mutaret. Ita namque fieret vt in fisci iniuriam consilium mutaret, quod iuris regula fieri non patitur, nec quidem in iniuriam priuati. *l. nemo potest mutare. 75. de reg. iur.* At nos cum casum tractamus in quo nullus ex patre liberorum dolus interuenerit, ac proinde in quo non possit iis obiici quod mutent consilium in fraudem fisci. Quibus sanè eo magis fauendum est, quod cum sint liberi pene ad propria bona veniunt quando parentibus succedunt, siue ex testamento succedant siue ab intestato *leg. 1. paragrapho, largius. D. de succes. edict.* Etsi neque in aliis ab intestato succedentibus aliud erit si fortè ponas prohibitum quem testari aut mutare testamentum ad hoc vt prohibiti frater aliúsve agnatus proximus saluam haberet succedendi facultatem siue ex priore testamento siue ab intestato, dum tamen cautionem illam agnatus proximus adhibeat vt succedat, non ex testamento ne locum faciat fisco, sed ab intestato.

ERROR VII.

Si frater fratrem testari, aut testamentum mutare prohibeat, an aliis fratribus noceat. Et quid de legatariis.

SVMMARIA.

1 *Quibus casibus censeant interpretes quari posse an fratris factum noceat fratri, cum agitur de fratre qui fratrem testari aut testamentum mutare prohibuit.*
2 *Distinctio Bartoli pertinens ad eum casum, quo quis ab initio testari prohibetur.*
3 *Obiectio Bartoli qua colligitur in casu proposita distinctionis fratris factum fratri nocere aquum esse, & Angelus ex Bartolo dissolutio.*
4 *Alia d. obiectionis solutio ab autore proposita, & responsionis Bartoli censura.*
5 *Legitimi heredes tacitè instituti quando videantur.*
6 *Varij casus quibus ab intestato succedentes ex tacita defuncti voluntate succedere non dicuntur.*
7 *Cur non auferatur hereditas legitimis heredibus eo casu quo quis per vim aut dolum prohibuit ne frater testaretur.*
8 *Sententia Bartoli de quo casu quis prohibuit ne frater mutaret testamentum.*
9 *Cùm quis prohibet ne frater mutet testamentum hereditas applicatur fisco, etiamsi prohibens non fuerit institutus aduersus Bart.*
10 *Prenuntiatum Pauli* factum fratris fratri non nocet non *pertinet ad eum quo frater fratrem prohibuit ne mutaret testamentum.*
11 *Cum quis alium testari prohibet qui volebat mutare testamentum, prohibitio illa scripsis heredibus quando noceat aut non noceat.*
12 *Cum ex pluribus institutis quidam dolo faciunt ne testamentum mutetur, non nocet ea res cæteris.*
13 *Bartolum malè colligere factum prohibentis extraneis institutis non nocere, ex eo quod factum prohibentis non noceat legatariis & fideicommissariis.*
14 *Dolus prohibentis legatariis & fideicommissariis quando noceat aut non noceat.*
15 *Sententia l. cum quidam 12. D. de his quæ vt indign.*
16 *Legata in priori testamento relicta valent si posterius fuerit innalidum.*
17 *Cum quis posterius testamentum facere voluit, factumque fuit, si per vim dolumve prohibitus non fuisset, videtur testator in dubio recessisse ab vniuerso priore iudicio.*
18 *Clausula illa* cassans & irritans omnia testamenta, &c. *in posteriori testamento non iure facto apposita non sufficit vt heredes aut legatarios pro indignis testator habuisse videatur.*
19 *Probatur Vigilij sententia de inutili notariorum cautione in posteriori testamento adhiberi solita.*

HVIC etiam quæstioni viam aperuerunt interpretum nostrorum contentiones. Etsi enim Paulus in *l. 2. §. fratris. D. si quis aliq. testar. prohib.* apertè scribit fratris factum

fratri

fratri non nocere, obſeruant tamen interpretes † poſt Accurſium ad illum locum poſſe duobus caſibus fieri vt quæri oporteat an factum fratris noceat fratri. Vno, ſi frater frattem nunc primùm,& vt loquuntur,de nouo teſtari non coegerit,ſed prohibuerit,vt ab inteſtato fratres omnes ſuperſtites ſuccedere poſſent.Altero,ſi cùm vnusex fratribus priore fratris teſtamento ſolus eſſet inſtitutus,eundé frattrem volentem teſtamentum mutare, prohibuerit ne mutaret. Prior caſus nullam certè habet dubitationem.Quoties enim † quis ab initio teſtari prohibetur, vera eſt & indubitata diſtinctio quam tradit Bart.ad *l.vlt.num.9.eod.tit.*Aut eum qui prohibet eſſe proximiorem & talem qui ſolus ab inteſtato ſucceſſurus ſit. Aut non eſſe proximiorem ſed vel remotiórem, vel vnum ex proximioribus , quòd alium habeat vel à quo anteuertatur, vel cum quo concurrat. Si proximior ſit, factum ipſius non ei tantum nocere, ſed cæteris quoque omnibus quos ille in cauſa legitimæ ſucceſſionis anteuertit, vt hereditas ei tanquam indigno auferatur , & fiſco applicetur *leg.1.in princip.eod.* Si vero vel parem habeat in gradu vel anteriorem, ſibi quidem eum nocere ſed alis non nocere. Sed tamen adhuc dubitat ipſe Bart.† & contra diſtinctionem hanc obiicit illud ipſum quod nos ex eiuſdem Bartoli ſententia diſputauimus in ſuperioribus, ſi quis teſtatorem cogat vt alium etiam ignorantem inſtituat heredem,locum eſſe edicto, ex eóque fieri locum fiſco vt heredi ſcripto hereditas tanquam indigno auferatur. Atqui ſi quis impedit teſtari volentem ne teſtetur , is videtur illum cogere vt hereditatem relinquat venientibus ab inteſtato. Siquidem ſuccedentes ab inteſtato non alio iure aut colore ſuccedunt, quam quod tacitè inſtituti videantur *l.3.in princip.leg.conficiuntur.*8.§.1.*D.de iur. codicill.* Fratris ergo factum etiam hoc caſu fratri nocere æquum eſt. Neque vero habet Bartol. quod ad hanc obiectionem reſpondeat, niſi quod procederet ſi conſtaret teſtamenti factionem prohibitam ei fuiſſe qui volebat alios heredes inſtituere quam legitimos ſucceſſores: Sed quod diximus ex vnius prohibitione non impediri ius ab inteſtato ſuccedentium in anteriore aut eodem gradu conſtitutorum, eo demum caſu locum habere quo probetur quod quis alium prohibuerit teſtari ſimpliciter, cum fieri poterat ſi teſtamentum feciſſet, vt legitimos heredes inſtitui ſſet. In quo tamen veteor † ne Pauli ſententiam Bartolus nimis reſtringat. fratris enim factum frati non nocere indiſtincte Paulus ait,neque video cur ad nouam hanc Bartoli diſtinctionem recurrendũ ſit,cum ad obiectionem illam quæ diſtinctioni cauſam præbuit reſponderi facilè poſſit ex iis quæ proximo capite diximus: Multum intereſſe an coactus ſit teſtator, vt heredem extraneum inſtitueret qui non erat ſucceſſurus ab inteſtato , An vero prohibitus ſit teſtari, vt legitimo ſucceſſori locus aperiretur. Priore caſu apertè fit contra edictum , quia extraneus ille inſtitutus non poteſt conſequi hereditatem ex tali teſtamento quin profit ei dolus eius , qui teſtatorem coegit. Poſteriore vero nihil fit contra edictum quia dolus coactoris non tam præbuit cauſam legitimæ ſucceſſioni , quam occaſionem , cum legitimus ſucceſſor ſuccedat ex beneficio legis immediatè,quod beneficiũ ignoranti eripi ob dolum alterius,non modò abſurdum eſſet, verum etiam iniuriosum.Præſertim cùm fieri potuerit vt is qui coactionis tempore voluntatem habebat condendi teſtamenti ad excludendos ab hereditate legitimos ſucceſſores, poſtea fuerit voluntatem mutaturus, ſiue ante,ſiue poſt factum teſtamentum, quibuſcunque aliis heredibus legitimos prælaturus. Neque vero tam generaliter & abſolute verum eſt, quod pro vero aſſumit Bartolus. Legitimos † heredes tacitè inſtitutos videri , nec alio iure ſuccedere quàm quaſi ſcriptos. Id enim tunc quidem verè dicitur , cum paterfamilias fideicommiſſum aliquod ab iis relinquit ab inteſtato vt in *d.l.3.d.l.conficiuntur. de iur. codicill. l.ab exheredari.126. de legat.*1. Sed quid ſi inuitus † quis decedat inteſtatus, qui ſcilicet teſtari vellet ad extraneos heredes eligendos ſi poſſet; nec tamen teſtandi habeat facultatem , forte non habens ſufficientem copiam teſtium vt in *d.l.conficiuntur.* 8.§.*codicilli.* Aut quid ſi iam cœpto teſtamento primiſque heredibus nominatis, cùm in eo eſſet vt ſecundos iamiam nominaret, obmutuerit, atque ita imperfecto teſtamento deceſſerit vt in *l.ſi is qui teſtamentum* 25. *D. qui teſtam. facer.poſſ.*Quid denique ſi putabat iam deceſſiſſe filium aut fratrem aliumve,qui tamen mortis tempore & viuus & proximus agnatus reperiatur, aut ſi alium ab inteſtato heredem habeat, quàm de quo habendo cogitabat. vt in *l.qui graui.*11.*cum duab. ſeq. l. ab inteſtato.* 16. *l. pen.D.de iur.codicill. l. cum pater.*77.§.*cum exiſtimaret. de legat.* 2. His omnibus caſibus nemo dixerit ab inteſtato ſuccedi ex tacita patrisfamilias defuncti voluntate, cùm è contrario , aut contra aut ſaltem præter eius voluntatem ſuccedatur: Neque tamen eo magis aufertur hereditas legitimis ſucceſſoribus tanquam indignis eo prætextu quod non habeant defuncti voluntatem, quippe quibus ſufficit quod à lege vocati ſint, nec iuſta aliqua defuncti voluntate à beneficio legis excluſi. Eadem igitur ratione dicendum eſt, Etiamſi quis per † vim aut dolum prohibuerit ne frater teſtaretur ad hoc , vt hereditas iure inteſtati ad legitimos heredes deuolueretur , quam teſtaturus paterfamilias volebat in extraneos transferre , non ob id tamen auferendam eſſe legitimis ſucceſſoribus hereditatem tanquam indignis, cum non eam habeant quaſi vel expreſsè vel tacite inſtituti,ſed tanquã legitimi,hoc eſt à ſola lege vocati, cuius beneficio neque ipſi indignos ſe reddiderint, qui nihil dolo malo egerunt , neque ex alterius facto indigni fieri potuerint, quomodo potuiſſent ſi extranei fuiſſent ac per alterius vim dolúmve inſtituti: quia indignitas heredis tunc demum æſtimatur ex eo quod non habeat ille pro ſe defuncti voluntatem , cum potuit & debuit ſuccedere ex voluntate, non autem cum ex lege : quæ ſcilicet nullam voluntatis aut expreſſæ aut tacitæ concomitantiam requirit, dum ne per contrariam eamque iuſtam voluntatem impediatur.*Poſterior* caſus quem initio capitis propoſuimus dubitabilior eſt ſi vnus ex fratribus cùm priore fratris teſtamento ſolus eſſet inſtitutus, eundem fratrem volentem mutare teſtamentum prohibuerit ne mutaret. Circa quem † caſum diſtinguit rurſum Bartolus more ſuo, nec aptius & felicius quàm ſoleat. An is qui prohibuit eſſet inſtitutus in primo teſtamento, an nõ Vt ſi,neque ipſe neque ipſius vel filius vel ſeruus fuit inſtitutus,eius prohibitio non impediat ſuccedere inſtitutos in primo, & notat. in *d.l.1.in princip.ſi quis aliqu.teſtar.prohib.vel coeg.& ex d.l.2.*§.*fratris* Niſi cõſtaret,inquit,quod teſtator volebat mutare teſtamẽtum reſpectu heredis inſtituti, & alium inſtituere, quo caſu perinde eſſet acſi teſtatorem coegiſſet vt illum heredem inſtitueret. Quid namque intereſt an te compellam vt Titium inſtituas, an vt in facta iam Titij inſtitutione perſeueres? Si vero ipſe prohibens erat inſtitutus in primo teſtamento , ſubdiſtinguit Bart. an eſſet ille inſtitutus cũ aliis an ſolus.Si cum aliis,admittit dolũ ipſius aliis non nocere,ſi modo nihil ipſi dolo fecerint ex *dict.leg.1.paragrapho,vltim.& d.*§.*fratris.*Nimirum ſi non conſtet voluiſſe teſtatorem mutare teſtamentum etiam quod ad inſtitutiones illorum qui nihil dolo fecerunt. Si vero ſolus erat inſtitutus, iterum ſubdiſtinguit, An æque ſolus eſſet ſucceſſurus ab inteſtato , an cum aliis : Si ſolus auferri hereditatem ei tanquam indigno, & applicari fiſco ex *dict. leg. 1.inprincip. D. eod.* Si vero cum aliis, eſſe quidem nonnullos qui putent factum ipſius aliis nocere non debere quominus ſuccedant ab inteſtato vel in totum

ſi ſiue

si sint proximiores vel pro parte si in pari sint gradu succedendi ex *dict. paragrapho. patris.* Sed magis esse vt fisco locus fiat: si testatorem quis compulisset vt se institueret *vt in l.*1.*C.eod.* Ratione illa iam allata, quod nihil planè interfit an te compellam vt heredem me instituas, an vt in facta institutione perseueres: Ego vero sicut posteriorem huius distinctionis partem, totámque subdistinctionem probo, ita priorem nullomodo probare possum. Tametsi † enim is qui per vim dolumue malum prohibuit ne testamentum mutaretur non fuerit heres institutus nec eius aut filius aut seruus, sed alius quilibet, tamen non dubito quin perinde locus sit fisco ad auferendam scriptis heredibus etiam ignorantibus hereditatem, perinde atque si coactus ab eo fuisset testator vt eosdem illos heredes institueret. Nam quemadmodum in posteriore subdistinctionis parte nullam agnoscit Bartolus differentiam, & hoc rectè, an qui solus heres institutus fuit cùm ab intestato alios coheredes esset habiturus testatorem compulerit vt se institueret, an vero cum prohibuerit ne priorem institutionem mutaret, Ita nec dici potest quicquam interesse an te cogam vt alium instituas, an te prohibeam ne institutionem mutes quam mutare velles. Vtroque enim casu euenit vt cogam te habere heredem & quidem ex testamento, illum quem habere nolles. Et consequenter vt heres priore testamento scriptus non habeat voluntatem defuncti cum tamen non succedat nisi ex voluntate. Qui verus & proprius casus est eius indignitatis inducendæ quæ fisco locum faciat vt proximo capite dicebamus. Ponimus siquidem heredes istos priore illo testamento institutos successisse ex testamento siue potuerint siue non potuerit succedere ab intestato. Nam si ab intestato succedere vellent tanquam agnati proximi & legitimi successores, vt fiscum excluderent & ne admitterent hereditatem ob tertij dolum quem non participassent, vtique putarem licere hoc eis debere, quandoquidem hoc casu fraudem non tam facere quàm excludere viderentur, vt docuimus in præcedentibus. Nec faci contra nos pro Bartolo quod ille
10 obiicit ex *dict. leg.* 2. *paragrapho, fratris,* factum † frattis fratri non nocere. Nam vt idem Bart. fatetur ad finem suæ distinctionis, non potest locus ille accommodari ad eum casum quo frater fratrem prohibuerit ne mutaret testamentum, in quo alius frater, aut ille ipse qui prohibuit, fuisset institutus, sed ad illum duntaxat quo frater fratrem prohibuerit ne de nouo testaretur. Quinimo cùm ilo etiam casu quo frater fratrem prohibuit de nouo testari, Bartolus vehit fratris factum fratri nocere si constet testaturum fuisse patremfamilias in fauorem aliorum si prohibitus non fuisset, quidni hoc idem admittit ille, cùm frater fratrem prohibuit testamentum mutare? Siquidem fieri non potest vt nolit mutare institutionem qui vult testamentum mutare, cum testamentum ex institutione æstimetur. Itaque exceptio illa quam addit *Bart. si constaret*, inquit, *quod testator volebat mutare primum testamentum respectu heredis instituti & volebat instituere alium*, planè inepta & ridicula est. Debueratque potius Bartolus
11 scribere, Eo casu quo quis † alium testari prohibet qui volebat mutare testamentum, prohibitionem nullam nocere scriptis in primo testamento, nisi constaret quòd nolebat testator mutare testamentum, respectu heredis instituti, sed respectu substitutorum aut legatariorum, fideicommissariorum: quod sanè in dubio præsumendum non est, cum qui dicit testamentum non tam substitutiones siue directas, siue precarias aut legata aut fideicommissa eo nomine intelligat, quàm institutiones. Idem esset si constaret testatorem, qui in primo testamento plures heredes instituerat, voluisse mutare testamentum quod ad institutionem quorundam, non etiam aliorum. Eo namque casu testandi prohibitionem ab alio factam non oporteret nocere iis quorum respectu non cogitasset testator de mutanda voluntate, sed iis tantum circa quos voluntatem mutasset. Neque nouum est vt edicto locus sit pro parte heredum cum plures fuerunt instituti, Nam etsi ex institutis quidam † duntaxat dolo malo fecissent ne testamentum 12
mutaretur non noceret ea res cæteris qui nihil dolo malo fecissent *dict. leg.* 1.§.*vlt. eod.* Nisi constaret testatorem etiam quod ad alios voluisse mutare voluntatem, vt Bart. interpretatur. Et recte Ellent enim eo casu indigni illi qui non renituissent voluntatem ex qua tamen successissent, non minus quam si coactus fuisset testator, vt eos institueret heredes *dict. leg. C. eod.* 13
Minus vrget pro Bartolo quod ille † obiicit, Factum prohibentis non nocere legatarijs & fideicommissarijs etiam extraneis *l.*1.§. *sed si legatum. & l.*2.§.*vlt. D. eod.* vt inferat, Nec igitur instituris extraneis nocere non debere. Primum quia si esset bona, ratiocinatio sequeretur. Neque nocituram extraneo heredi instituto eam vim, quam quis adhibuisset in testatore cogendo vt eum institueret, quia neque legatarijs & fideicommissarijs noceret *d.l.*2.§.*vlt.* Et tamen fatetur Bart. nec si vellet posset negare quod nos pro eo contra Iasonem in præcedentibus probauimus, Nocere instituto extraneo quantumuis ignoranti eam vim quam alius fecerit ad cogendum testatorem vt hic institueretur ex *d.l.*1.*C. eod.* Non est igitur bonum argumentum à legatarijs & fideicommissarijs ad heredes. Et ratio diuersitatis est, quia testamentum, vt iam diximus, æstimatur ex institutione non ex legatis aut fideicommissis aut aliis quæ in testamento relinquuntur. Deinde quod ait Bart. dolum † prohibentis non nocere legatarijs & fideicommissarijs, qui scilicet dolum non participauerunt, 14
etsi verum est in eo casu quis compulsus sit ad testandum siue pro ipso coactore siue pro alio quolibet, non tamen æquè potest admitti eo casu quo dolus admissus sit in prohibendo ne mutaretur testamentum, [qui tamen casus est quem nunc tractamus] quoniam quisquis testamentum mutare voluit is in dubio credendus est ab vniuerso priore iudicio recessisse. *l. si scriptis.* 19. *D. de his quæ vt indign.* id est non tantùm quod ad institutiones, sed etiam quod ad legata, fidei commissa, & cætera omnia. In eoque iam supra monui errasse Bart. ad *d.l. vlt. num.* 11. & 12. vbi siue vlla casuum istorum distinctione, vult legata valere, nisi probetur contraria voluntas testatoris, quæ tamen è contrario probanda est à legatarijs, quod testator voluerit legata salua manere cùm cogitauit de mutando testamento. Ad quem casum dixi coarctandum esse quod in contrarium videtur scribere Vlp. in *d.*§ *sed si legatum.* Nec 15
obstat responsum † Papiniani in *l. cum quidam.* 12. *eod. tit. de his quæ vt indign.* vbi cum tractaretur de eo qui per posterius testamentum inualidum à priore recesserat, legata nihilominus valere scriptum est in fine legis. Obseruandum enim est quod nemo obseruat, aliam esse speciem quæ apud Papinianum proponitur in principio legis, aliam quæ in fine. In principio tractatur de illo qui testamentum non solum mutare voluerit, sed etiam mutauerit institutis in secundo testamento iis quos instituere non potuerat. In fine autem legis de illo cuius tanquam indigni nomen testator cancellauerat. Et ad hanc nimirum posteriorem † speciem pertinet quod à Diuo Marco constitutum Papinianus refert, vt legata salua manerent, adeoque quod magis est saluas ei conseruandas esse præceptiones, si non contraria testatoris voluntas probaretur. Nempe, quia non potest videri ab vniuerso priore iudicio recessisse is qui heredis nomen duntaxat cancellauit, quomodo recedit ille qui condit aliud testamentum, adeóque qui vult condere si modò per vim dolúmue

alicuius

alicuius prohibeatur ne id facere possit. Cancellatio enim est facti, ex quo nihil potest inferri nisi quatenus factum & cancellatum est, Itaque cætera quæ in eodem testamento non cancellata reperiuntur nihilominus valent, propter eas quas attulimus *lib.* 18. *Coniect.* At non similiter possunt valere legata in priori testamento relicta, cùm testator aliud testamentum facere nolens, ab vniuersa recedit voluntate. Dixi *aliud testamentum facere volens*, non modo quia hic casus est de quo disputamus, sed etiam vt intelligamus, referre maxime, an testator reuera fecerit aliud posterius testamentum, sed inualidum, an verò, testamentum duntaxat mutare
16 voluerit, nec tamen mutauerit, quia per vim dolúmve alterius fuerit impeditus. Priore casu nihil † est propter quod legata valere minus debeant, cum prius testamentum non sit ruptum, vt lex ait: nam & institutiones conseruarentur si testator secundum testamentum inualidum fecisset simpliciter, non adiecta luæ voluntatis declaratione quod priore testamento institutos pro indignis & malè meritis haberet, vt bene hac parte Papinianum interpretatur Bart. ad *d. l. cùm quidam ex l. cancellauerat. D. de his quæ in testam. delent. & l. hereditas. 4. C. de his quib. vt indign.* Alioqui certum est, si posterius testamentum non valeat, vsque adeo primum subsistere, vt neque heredibus hereditas, neque legatariis legatum quasi indignis auferatur, vt nec fideicommissariis fideicommissum, quia quod ad institutiones pertinet, eæ nuda voluntate non infirmantur. *l. militis.* 38. §. *veteranus. D. de testam. milit.* Cætera verò omnia etsi nuda voluntate infirmari possent, non tamen pro infirmatis habentur. Ideo quòd credendus sit testator ita demum à priore testamento velle recedi, si posterius valiturum sit, vt Pomponius ait in *l. si. iure.* 18. *de legat.* 3. Nisi ad reuocationem minus solennem testamenti solennis accedat lapsus decennij ex *l. sancimus* 21. *C. de testam.* Quod cum ita sit, apparet rationem illam Papiniani qua vtitur contra heredes *qui non habuerunt supremam voluntatem* [si tamen ea verba rationis loco accipienda sunt, an non potius pro demonstratione illorum duntaxat heredum quos testator habuit pro indignis] non ex eo solo posse vim sumere quod testamentum posterius factum sit inualidum, nisi etiam illud accedat, vt eos expressè indignos testator dixerit, saltem reuocata expressim priore institutione, vt maximè aliud nihil contra eos requirere quis velit. Cum enim posterius testamentum quod minimè valet, non faciat quin supremum sit illud quod alioqui primum esset, necessariò illud etiam consequens est, vt suprema voluntas dici debeat illa quæ in eodem testamento continetur: ac proinde vt eo demum casu possit dici heredes prius scriptos supremam voluntatem non habere, quo testator voluntatem suam mutatam esse declarauerit aliter quàm per posterioris testamenti inutilem confectionem. In summa nihil hoc casu distant institutiones à legatis & fideicommissis, quia æquè fieri è contrario posset, vt saluis institutionibus legata
17 fierent caduca, itémque fideicõmissa, legatariis & fideicõmissariis, siue omnibus, siue quibusdam reputatis indignis, ac malè meritis, nulla tamẽ circa heredes tali facta declaratione. At cum quis posterius † testamentum nullũ fecit, sed tantum facere voluit factúrúsque fuit, si per vim dolumve prohibitus nõ fuisset, dicimus videri testatorem in dubio recessisse ab vniuerso priore iudicio, nec minus quantum ad legata & fideicommissa, quàm quod ad institutiones. In eóque peiorem facimus conditionem & heredum & legatariorum & fideicommissariorum, quàm si factum esset posterius testamentum inualidum. Quoniam qui testari voluit & prohibitus fuit, credendus est vtiliter ac iure testaturus fuisse si prohibitus non fuisset: quo facto vtique nihil eorum omnium quæ priore testamento scripta fuerant, valere potuisset. Quæ præsumptio non cadit in eum quem apparet, & testatum & inutiliter testatum fuisse. Non. n. quid iste facere voluerit inspiciendum est, sed quid iam fecerit. Fecit autem nihil, quia posterius testamentum non solenne quod fecit nullum est, nullíusque effectus: nisi testator expressim priorem voluntatem reuocauerit vt indignos esse ostenderet, vel heredes, vel legatarios aut fideicommissarios. Eo namque casu prodesset testamentum ad hoc, vt ex illo quamuis nullo declararetur & probaretur voluntas, *leg. vltim. D. de reb eor. qui sub. tutel. vel cur. sunt.* 18
Quia ergo, si in posteriore † testamento adiecta esset clausula illa quæ passim hodie adiici solet, *Cassans & irritans omnia testamenta. &c.* & posterius illud testamentum non iure factum reperitur. An diceremus auferendam tamen heredib. priore testamento scriptis hereditatem, itemq. legatariis, & fideicommissariis relicta omnia, & quidem tanquam indignis? Nam ea clausula manifestam continens prioris testamenti derogationem, tametsi iure inutilem ad eneruandas vires prioris testamenti, hactenus tamen efficax videri potest, vt ostendat testatorem à priore voluntate expressim recessisse, nec voluisse vt suprema voluntas illa esset quam primo testamento declarasset. Verum hoc non sufficit, vt heredes aut legatarios pro indignis testator habuisse videatur, si non aliunde id probetur *dict. §. veteranus. & dict. l. hereditas.* Nec enim sunt simpliciter indigni omnes qui non habent voluntatem, sed ij tantum quibus eam eripuit testator tanquam malè meritis & indignis. Præsertim cùm hæc clausula reuocatoria ap- 19
ponatur hodie tam sæpe, ne dicam semper, vt ex notariorum stilo, potius quàm ex testandis speciali iudicio adiici videatur. Quare nec possum non probare † quod Viglius & alij tractant ad §. *posteriore. Instit. quib. mod. testament. infirm.* Posit Bartolum ad *leg. si iure.* 18. *numer.* 4. *de legat.* 3. inutilem esse notariorum cautionem quam in posteriore testamento solent adhibere ad rumpendum prius, quod nimirum per posterius rumpitur, & quidem ipso iure iure etiamsi nihil de eo dictum sit in posteriore, si posterius valeat. Neque ad auferendam heredibus in priore testamento scriptis hereditatem tanquam indignis, si posterius non valeat, nisi aliunde probentur indigni. *dict. §. veteranus. dict. l.* 4. Atque ita intelligendus & explicandus est Papinianus in *dict. l. cùm quidam.* non quomodo apud Accursium, qui nihil hic vidit.

ERROR VIII.

Si per blanditias sine dolo & vi factum sit secundum testamentum ab eo, qui alios heredes vtiliter instituerat in primo.

SVMMARIA.

1 *Si quis per blanditias citra vim & dolum id egerit vt testaturi iudicium erga se prouocaret, non incidit in edictum* Si quis aliq. test. proh. vel coeg.
2 *Sententia Angeli de eo qui per blanditias fecit, vt is qui priore testamento alium heredem instituit iterum testetur, & blandientem ipsum instituat.*
3 *Iasonis opinio de proposita specie.*
4 *Auctoris aduersus vtriusque sententiæ patronos disputatio.*
5 *Quo casu hereditas ad fiscum peruentura esset si vis doluve interuenisset, eodem casu dolo nullo interueniente hereditas ad eum qui posteriore testamento scriptus est pertinet.*
6 *Actionem de dolo in proposita specie dari non posse.*
7 *Neque enim actionem in factum.*
8 *Alterius iudicium & benevolentiam blandis sermonibus*

bus in ſe prouocare non eſt prohibitum, dummodo dolus malus abſit.

9 *Iaſonis exceptio inepta refellitur.*

10 *Angelum pro ſententia confirmanda male adducere. l.4.D.de inoff.teſt.*

11 *Iuſtinianus probationem cauſæ exheredationis liberorum exigit ab heredibus patris, cùm antea liberi tenerentur probare ſe immerenter exheredatos.*

12 *De quibus blanditiis loquatur Caius in l.non eſt enim.4.D.de inoff. teſt.*

PAtentvr omnes qui † per blanditias citra vim & dolum id egerit vt teſtatuti hominis iudicium erga ſe prouocaret, non incidere in edictum *Si quis aliq. teſtar. prohib.vel coeg.* Nam & hoc diſertè ſcriptum eſt *in l.vlt. C.ſil.tit.l.captatorias.* 70. *D. de hered. inſtit.* & elegantèr Papinianus noſter in *D.l.ſi quis aliq.teſt.prohib.Virum*, inquit, *qui non per vim nec per dolum quominus vxor contra eum mutata voluntate codicillos faceret interceſſerat, ſed, vt fieri adſolet, offenſam agræ mulieris maritali ſermone placauerat, in crimen non incidiſſe reſpondi, nec ei quod teſtamento datum fuerat, auferendum.* Sed
2 tamen ſi quis † per blanditias fecerit vt is qui priore teſtamento alium heredem inſtituit, iterum teſtetur, & blandientem ipſum inſtituat, Plerique putant, etſi ſecundum teſtamentum valeat, dandam tamen heredi inſtituto in ptiore actionem ſi non de dolo (ponimus enim dolum nullum interueniſſe) ſaltem in factum ad reuocandam hereditatem ab eo qui fuerit in poſteriore. Quam ſententiam primus induxit Angel. ad *d.l.vlt. Cod ſi quis aliq. teſtar. prohib. & ad l.non enim. 4. D.de inoff.teſtam.* vbi refert ita iudicatum fuiſſe Perulliis, dum eſſet ipſe Vicarius Epiſcopi, Cum quidam prius teſtamentum feciſſet in quo religioſos quoſdam inſtituerat, Poſtea verò quidam agnati ei perſuaſiſſent, quod erat malè factum inſtituere tales religioſos, quia talem hereditatem conuerterent ad malum, atque ita feciſſent vt eos ipſe inſtitueret, Potiorem eſſe debere cauſam religioſorũ ad ſuccedendum ex priore teſtamento. Eámque deciſionem & vulgem & notandam eſſe aiunt non illi tantùm, qui eiuſdem ſunt opinionis. Inter quos Bartol. Cepoll. Veron. *cautell.* 38. ſed illi etiam qui
3 contra ſentiunt: in quorum numero † Iaſon eſt ad tit. *C.ſi quis aliq. teſtar. prohib.num.vlt.poſt. gloſ. ad l.quicquid. vbi etiam. Cin.C.arbitr.tutel.* qui nolunt probari dolum malum heredis in ſecundo teſtamento ſcripti vt hereditas ab eo auocari poſſit. Ego † autem neque illis
4 aſſentior: Nam quemadmodum ſi dolus nullus interuenerit non poteſt locus eſſe edicto prætoris contra eos propoſito qui aliquem teſtari vel prohibuerunt vel coegerunt, quoniam verba edicti nominatim exigunt dolum ſiue cogentis ſiue prohibentis, ita cùm dolus aliquis probatur non ſolùm poſterius teſtamentum valet, ſed etiam ita valet vt ex eo hereditas & adiri poſſit, & adita fiſco applicari debeat, adeoque prius etiam quam adita ſit tanquam quæ propter dolum in poſteriore teſtamento adhibitum caduca facta ſit, vt bene Bart. notat ad. *l. vlt. num.* 15. *ff.ſi quis aliq.teſtar.prohib. ex l.* 2. *§.vlt.eod. & ex l. cum quidam.* 12. *de his quæ vt indign.* Neutro igitur caſu poteſt ſuccedere aut hereditatem auocare is qui priore teſtamento fuit inſtitutus. Nam ſi ius haberet ſuccedendi eo quoque caſu, quo dolus in mutando priore teſtamento interueniſſet, non poſſet hereditas applicari fiſco ex perſona eius qui in ſecundo inſtitutus fuiſſet, nec minus fiſco quam poſteriori heredi præferendus eſſet is qui in primo ſcriptus reperiretur: Ne alioqui à fiſco iniuriam pateretur. Quod ſi ne tum quidem cum heres poſteriore teſtamento ſcriptus in dolo fuit hereditas tamen ad heredem priore teſtamento ſcriptum pertinet, quanto minus pertinebit ſi nihil dolo malo, ſed per blanditias duntaxat factum eſſe proponatur? Generalis namque & perpetua propoſitio in hoc tractatu eſt, quo caſu † hereditas ad fiſcum peruentura eſſet ſi vis dolúſve interceſſiſſet, eodem caſu dolo nullo interueniente hereditatem ad eum qui poſteriore teſtamento ſcriptus ſit pertinere, quia nihil tanquam indigno auferri poteſt, niſi quod ille, vel iam acquiſierit, vel ſaltem acquirendi ſibi ius habuerit. Parum ſiquidem refert, an hereditas ipſa, an ius tantum hereditatis adeundæ ipſi eripiatur. Et è contrario, quo caſu hereditas ad eum qui teſtamento priore ſcriptus eſt pertinere poſſet excluſo non tantum fiſco propter deficientem dolum, dolive probationem, ſed illo etiam quem teſtator in poſteriore teſtamento ſcripſiſſet, Eodem caſu tametſi dolus interueniſſet, fiſcus tamen excluderetur, tanquam qui non plus iuris habere poſſit quam haberet is qui indignus dicitur, ſi fiſcus non eſſet. Atqui nec negat quiſquam, nec negare poteſt, fiſco locum fieri, ſiue coactus fuerit per dolum vt teſtator, vt nunc primum teſtaretur, ſiue vt teſtamentum mutaret, vtrumque enim æque contra leges & contra bonos mores eſt. Fatendum ergo eſt, ſi dolus nullus interuenerit, nec proinde vis quæ ſine dolo malo eſſe nunquam poteſt, hereditatem ad eum ſpectare debere qui fuerit in poſteriore teſtamento inſtitutus, & quidem cum effectu, vt nulla actione per eum qui in priore ſcriptus fuerat, auocari ab eo poſſit. Et vero quænam, obſecro, actio in hanc rem comparata dici poteſt? Non
6 quidam † actio de dolo, etſi eam quoque dat Angelus, quia certum eſt nunquam poſſe ei locum eſſe niſi vbi dolus interuenit, qui ſemper probandus eſt, non modò ſi agatur, ſed etiamſi excipiatur de dolo *l.dolum.6.C. de dolo.l. quoties.* 18. *§.qui dolo.D. de probat.* Nec rurſum actio † in factum, quæ ſolet eſſe ſubſidiaria actio-
7 nis de dolo, ſiue propter reuerentiam perſonarum, ſiue qua alia ratione de dolo agi non poſſit. *l.non debet* 11. *§.* 1. *D.de dolo.l.ſi ſuperſtite.* 5. *C.eod.* Hãc enim adiectionẽ nõ quodlibet factũ inducit, ſed illud demũ quod actione aliqua vindicandum videatur: quale illud non eſt, cùm iure ſuo vtatur qui ſuccedit ex poſteriore teſtamento valido, ac iure perfecto, nec alterius iudicium
8 † beneuolentiam blandis ſermonibus in ſe prouocare ſit prohibitum, dummodo dolus malus abſit, vt initio capitis præfati ſumus. Et verò ſi tum quoque cum poſterioris heredis dolus interuenit, non tamen datur actio, ſiue de dolo, ſiue in factum ei qui in priore ſcriptus fuerat ad hereditatem auocandam, quippe quæ ad fiſcum deuoluitur, ſed ad hoc tantum vt ei qui dolum paſſus eſt, indemnitas præſtetur, quemadmodoum diximus in præcedentibus ex *l.Lucius.* 88 *§. Sempronia.de legat.* 2. Cur plus iuris habere debebit is qui priore teſtamento ſcriptus fuit, vt hereditatem auocare poſſit à poſteriore herede cuius dolus nullus probetur? An non ei ſatis ſuperque cautum eſſet, indulta ipſi actione in perſonam pro indemnitate conſequenda, quã habuiſſet ſi dolus interueniſſet? At neq; ratio vlla eſt, cur ad hunc quoque caſum talis actio protrahatur. Et enim vt indennitatem priori heredi, poſterior præſtare debeat, ea tantum ratio facit, quod alioqui poſterior heres ex dolo ſuo lucraretur. Quæ ſola ratio fuit inducendæ iam olim, & actionis & exceptionis doli. *l.* 1. *D.de doli except.l.ne ex dolo.* 12. *D.de dolo.* Atqui hæc ratio ceſſat in eo qui nihil dolo admiſit, ſed iure tantum ſuo vſus eſt. Nulla ergo actione perſonali teneri poteſt, non magis quàm petitione hereditatis, cùm neque contraxerit vel quaſi, neque deliquerit vel quaſi, nec denique aliud quicquam egerit ex quo ſiue legislator ciuilis ſiue prætor actionem aliquam prodiderit quæ dari poſſit. Illa autem exceptio † quam ponit Iaſon, *niſi probaretur dolus malus ſecundi*, æquè inepta eſt. Dolus
9 namque interueniens ſecundi heredis, tametſi eum obliget vt non ſolum hereditatem tanquam indignus amittere

mittere debeat, ſed etiam hoc nomine teneri ei cui dolo malo præripuit occaſionem habendæ hereditatis vt nimirum indemnitatem ei præſtet, *d. §. Sempronia.* Nullam tamen parere actionem poteſt, per quam poſſit is qui in priore teſtamento ſcriptus fuerat hereditatem auocare ab eo, qui in poſteriore inſtitutus fuit. Cùm è contrario faciat vt hereditas ad fiſcum deuoluatur, atque ita impediat tanto magis ne heres priore teſtamento ſcriptus auocare illam poſſit. Nec enim facit quominus valeat ipſo iure ſecundum teſtamentum, & euertat prius, ex quo proinde fieri nequit vt hereditas vn-
10 quam peti aut auocari poſſit. Quòd verò Angelus † pro ſententia ſua confirmanda adducit ex *d. l. non eſt enim. 4. D. de exoffic. teſtam.* parum videtur mihi ad rem pertinere. Nihil enim aliud ibi Caius ſcribit, niſi quod non eſt conſentiendum parentibus qui iniuriam aduerſus liberos ſuos teſtamento inducunt, cùm plerumque id faciant, linimentis inſtigationibuſve corrupti. Ex quo loco longè probabilius & aptius inferre poſſumus, ex ſolis blanditiis & inſtigationibus etiam quæ dolum adnexum habeant, non modò nõ impediri validitatẽ teſtamẽt, ſed neq; poſſe teſtamentũ euerti, ſi non aliud iuris auxilium concurrat, quomodo in ea ſpecie concurrit querela inofficioſi teſtamenti, cuius tamen proponendæ nulla ſubeſſet neceſſitas exheredato filio ſine cauſa & propter ſolas blanditias nouercæ, ſi blanditiarum allegatio & probatio ſufficeret, quam non ſufficere ex illo etiam apparet quod neque ſatis erat Caij temporibus propoſitam eſſe ab exheredato filio querelam. ſi non illud quoque probaret, immerenter ſe exheredatum *l. liberi. 28. C. de inoff. teſtam.* quod ius manſit vſque
11 ad tempora Iuſtiniani † qui probationem cauſæ exheredationis liberorũm exigit ab heredibus patris in *l. omnimodo. 30. eod.* Quamquam ne locus ille Caij ad rem noſtram faciat, illud etiam in cauſa eſt quod nos de iis blanditiis loquimur, quæ dolum nullum habeant admixtum: de quibus in *l. vlt. D. & C. ſi quis aliq. teſtar. prohib.*
12 *Caius † vero in dict. leg. non eſt enim*, de iis loquitur quæ non careant dolo malo & machinatione. Sic enim reſpondendum eſt non quomodo Bart. & Salicet. qui dicunt blanditias illas verſari circa prohibitum. Nullo enim iure præterquam nouo ac Iuſtinianeo prohibita eſt exheredatio etiam quæ facta ſit ſine cauſa, licet quæ talis eſt ſubuertatur facilè per querelam inofficioſi. Nec rurſus quomodo Iaſon, quod ibi blanditiæ tendebant in perniciem alterius inſtituti: Nam imò vero tendebant in perniciem filij qui exheredatus proponebatur, & in vtilitatem eius qui fuerat inſtitutus.

ERROR IX.

De actione quæ competit fiſco aduerſus heredem indignum ad auferendam ei hereditatem.

SVMMARIA.

1 Quomodo ſit practicandus *tit. D. & C. Si quis aliq. teſt. prohib. & quænam actio fiſco competat aduerſus heredem indignum ex ſententia Bartoli.*

2 *Expenditur ſententia Bartoli, & oſtenditur rectè Bartolum ſtatuere inſtituendam aduerſus heredem indignum accuſationem criminalem, & ſuper accuſatione ferendam ſententiam.*

3 *Bartolum non rectè addere per ſententiam iudicis heredi indigno imponendam eſſe pœnam extraordinariam.*

4 *Malè quoque Bartolum ſtatuere ſententiam aduerſus condemnatum habituram effectum confiſcatio-*

nis bonorum.

5 *Non poſſe fieri vt heres inſtitutus & per additionem iam verus heres effectus petitione hereditatis à fiſco conueniatur, contra Bart. & n. 9.*

6 *Petitio hereditatis cui & aduerſus quem detur.*

7 *Nequidem vtilem petitionem hereditatis fiſco competere aduerſus Alex. & Fulgoſij ſententiam.*

8 *Interpretes ſuam ſententiam perperam adſtruere ex verbis Senatuſconſulti in l. item veniunt. §. praeter hac. D. de petit. hered.*

10 *Hereditatis petitio eſt actio ciuilis.*

VALDE laborant noſtri vt doceant quõmodo ſit practicandus [ſic enim loquuntur] *titulus ille. D. & C. ſi quis aliq. teſtar. prohib. vel. coeg.* & quænam actio danda ſit fiſco ad auferendam heredibus ſiue ſcriptis ſiue legitimis hereditatem. De quo † Bart. quæſit ad *l. 1. in princip. num. 5. & ad l. vlt. num. 5. D. ill. tit.* Et vtroque loco concludit hunc rei gerendæ ordinem eſſe debere vt qui incidit in edictum accuſetur eo nomine criminaliter, & feratur contra eum ſententia per quam imponatur pœna extraordinaria, vt eo facto ſententia contra ipſum habeat effectum confiſcationis bonorum, & exinde cõueniatur ille pro hereditate, petitione hereditatis. Sicq. accipiendum eſſe quod de hereditate ab indignis aliis auferenda ſcriptum eſt in *l. 1. C. de his quib. vt indign. arg. l. in cognitione. 13. D. de SC. Silan.* Sic enim & Bart. & alij omnes vulgo exiſtimant poſt gloſ. ad *d. l. 1.* petitionem hereditatis competere fiſco aduerſus indignum quemlibet ad auferendam hereditatem. Etſi eam Accurſij ſententiam Bartolus mirari ſolebat, vt à Baldo ita referente ſe audiuiſſe teſtatur Paul. Caſtr. ad *d. l. 1* Nec abs re. Falſa enim eſt vt mox probabimus. Quod 1
ait Bart. † de inſtituenda criminali accuſatione nõn diſplicet. Crimen enim eſt, ſi quis per vim dolúmve teſtari alium vel cogat, vel prohibeat *l. 1. Cod. ſi quis aliq. teſt. prohib.* & conſequenter criminoſum eſt ſi quis cõmittat id, propter quod ex illo edicto debeat conueniri *l. vlt. eod. l. vlt. D. eod.* Rurſum quod addit de ferenda ſententia ſuper eiuſmodi accuſatione, perinde verum eſt. Quid enim prodeſſet inſtitutam eſſe accuſationem ſi ſententia nõ ferretur? Sed quod ſubiungit de imponenda † per eam ſententiam pœna extraordinaria, non video 3
quam habeat rationem. Sufficit enim pœna ordinaria, cùm ea ſiue legibus, ſiue conſtitutionibus Principum, ſiue edictis prætorum certa eſt conſtituta, nec quicquam cauſæ eſt cur ordinariæ extraordinaria iungatur, nec rurſus cur aliud quicquam in ſententia contineatur, niſi quod reus fecerit contra edictum: Nam & hoc caſu etiam nihil reus de pœna ſubiecerit, tamen legis & edicti poteſtas aduerſus eum exercebitur. Cùm facti quidem quæſtio in iudicantis arbitrio ſit, pœnæ vero perſecutio non eius voluntati mandetur, ſed legis autoritati reſeruetur, vt ex Papiniano Marcianus tractat in *l. 1. §. 1. ff. ad SC. Turpill. iunct. l. ordine 15. in princ. D. ad municip.* Idque adeò verum eſt vt ſi quæ pœna grauior, & vltra legem impoſita ſit à magiſtratu, ea res proſit condemnato ad exiſtimationem eius conſeruandam cuius alioquin iacturam incurrere deberet, quaſi duriore ſententia cum eo de ipſius exiſtimatione tranſactum videatur, v ait Vlp. in *l. quid ergo 13. §. pœna grauior. D. de his qui not. infam.* Proinde ſtatim atque pronunciatũ eſt reum feciſſe in edictum, hoc ipſo ſuccedit pœna edicti, vt & reus indignus habeatur, & ei tanquam indigno hereditas auferatur. Quod ſi hoc etiam in ſententia iudex addere velit, vt pronuncietur heredem indignum eſſe, quamquam nil neceſſe eſt, facile tamen hoc ferri poteſt, immo fortaſſis melius fuerit, ſed vt extraordinariam pœnam addat, nullomodo ferri poteſt. Illud vero multo minus quoniam quod ſequitur apud Bartolum. Eam ſententiam † aduer- 4

ſus condemnatum habituram effectum confiſcationis bonorum. Quomodo enim fieri poteſt vt confiſcationis effectum habeat ſententia quæ pœnam aliquam irrogauerit extraordinariam ſi nihil dixerit de confiſcatione? Aut etiam vt iudex poſſit confiſcationis pœnam infligere, vbi lex aliam irrogat pœnam? Siue enim ius vetus inſpicias, vix erat vt ex vlla cauſa irrogaretur confiſcatio vniuerſorum bonorum vt notant plerique ad *l.1.& vlt. D.de bon. damnat.* etſi de eo nihil nunc adfirmamus. Siue ius nouum intueamur, certum eſt hodie non niſi ex certis cauſis iiſque perpaucis licere Iudici confiſcare, præſertim vero vniuerſa bona. Inter eas verò cauſas hanc non eſſe ſi quid factum ſit aduerſus edictum prætoris, *ſi quis alium teſtar. prohib. vel coeg.* Inauditum enim eſt vt ex hac cauſa vel confiſcatio bonorum vniuerſorum vel alia vlla pœna extraordinaria vel ordinaria irrogetur, præter eam quæ heredem habeat pro indigno vt hereditas fiſco applicetur. Alioquin fruſtra eſſet tractare aut pronuntiare de heredis indignitate, cum ſi confiſcanda eſſent vniuerſa ipſius bona, fieret vt illa etiam amitteret quæ alitunde quàm ex hereditate ipſa habuiſſet, & quorum tamen reſpectu indignus dici non poſſet. At rurſum ſi Bartolus ſic intelligit, vt iudex qui de crimine cognoſcit, eadem bona confiſcare debeat, quæ ſunt ex hereditate, quid aliud obſecro eſt quod agendum ſuperſit, aut propter quod petitio hereditatis, aliaue actio inſtituenda ſit poſt ſententiam, vt bona ad fiſcum deuoluantur? An non ſatis deuoluta ſunt, ſi ſint confiſcata? Aut cur volumus iterum condemnari eum, qui ex eadem cauſa iam ſit condemnatus? Sed quod in tota hac quæſtione præcipuum eſt, Dico non poſſe † iuris rationem pati vt heres
5 inſtitutus & per aditionem iam verus heres factus, petitione hereditatis à fiſco conueniatur. Certiſſimum ſiquidem eſt hereditatis petitionem † neque dari alij
6 quàm ei qui ſit heres, aut ex teſtamento aut ab inteſtato, neque contra alium quam eum qui vel totam hereditatem vel rem aliquam hereditariam poſſideat ſine titulo, & pro herede tantum cùm reuera heres non ſit, aut pro poſſeſſore qui interrogatus cur poſſideat, nihil aliud reſpondere poteſt, quam quia poſſidet *l. regulariter. 9. cum ſeqq. D.de hered. petit.* Atqui cùm † hereditas alicui auferetur tanquam indigno, neque fiſcus ideò
7 fit heres *leg. inter eos.* 51. §. *vit. vbi gloſſ. D. de fideiuſſ. l. quoties. 14. ad fin. D.de nouat.* neque eo magis deſinit heres eſſe is qui indignus pronuntiatus eſt, cùm ſemel heres fuerit *l ei qui ſoluendo 88. de hered. inſtit. leg. ex facto. 43. §. Iulius Longinus. D.de vulg. & pupill. ſubſt.* vbi Paulus diſertè ſcribit. Eum qui in fraudem legum fidē accōmodat, & adeundo heredem effici, & non deſinere eſſe heredem, licèt res quæ ipſi relictæ ſunt, auferantur. Idcóque & ex ſecundis tabulis quibus pater filio ſuo impuberi ſubſtituerat, *Quiſquis ſibi heres eſſet*, in tantum poſſe indignum hunc heredem eſſe in quantum ſcriptus eſſet. Satis enim punitum eſſe in eo in quo fecit contra leges. Nullo igitur iure aut iuris colore fieri poteſt, vt petitio hereditatis fiſco aduerſus indignum heredem accommodetur. Idque ipſi etiam interpretes fateri coguntur, qui vt hanc obiectionem effugiant, admittunt petitionem hanc hereditatis directam non eſſe ſed vtilem. Quod nominatim tradunt Alex. & Fulgo. *ad d.l. 1. Cod. de his quib. vt indign.* Exemplo ſcilicet poſſeſſoriæ petitionis hereditatis quæ datur bonorum poſſeſſori *tot. tit. D.de poſſeſſ. hered. petit.* aut fideicommiſſariæ, quæ datur fideicommiſſario *tot. tit. de fideic hered. petit.* Neutra enim iſtarum directa eſt petitio hereditatis, & ex iure ciuili, ſed vtraque vtilis & prætoria, quia neque bonorum poſſeſſor neque fideicommiſſarius iure ciuili heres eſt, ſed vterque iure prætorio heredis loco habetur, quia vniuerſales ſunt ſucceſſores *l. 1. & 2. ff de bonorum poſſeſſ. l. 1. & 2. & paſſ. ff. ad. SC. Trebel. §. reſtituta. Inſtit. de fidei-com. hered.* Verum non poteſt hæc interpretum ſubtilitas † obiectionem noſtram diluere. Primum quia lon- 8
ge alia cauſa eſt fiſci qui hereditatem indigno abſtulit, alia vero bonorum poſſeſſoris, aut fideicommiſſarij vniuerſalis. Iſti enim iuris ſucceſſores ſunt, ob idque nimirum habentur loco heredum & hereditatis, actionibus non quidem directis, ſed tamen vtilibus & experiri & conueniri poſſunt. Fiſcus vero etiam poſtquā hereditatem indigno abſtulit, non eo magis tamen iuris ſucceſſor eſt. Idque omnino conſequens eſt ei quod ſupra diximus non fieri illum heredem, quia ſi eſſet iuris ſucceſſor, ita tamen vt neque idcirco bonorum poſſeſſor fieret neque fideicommiſſarius, non aliud quàm heredis nomen habere poſſet. Item ei quod diximus heredem qui poſt aditionem indignus pronunciatus eſt, nihilo magis heredem remanere: Hoc enim admiſſo neceſſe eſſet admittere duos eiuſdem hominis heredes in ſolidum contra iuris regulam, de qua in *l. quod contra. 141. §. vni duo. de reg. iur.* ſi indigno manente herede fiſcus heredis etiam iure ac nomine cenſeretur. Indéque eſt quod creditoribus hereditariis fiſcus numquam tenetur, neque ab iis conueniri vlla perſonali actione poteſt, tanquam qui tum quoque cùm hereditatem indigno abſtulit non tam hereditatem quam bona abſtuliſſe exiſtimetur. Nam & hereditas eſſe deſinit per aditionem veri heredis ſitque ipſius patrimonium, nec per ablationem & auocationem illam à fiſco factam redire poteſt ad priſtinam cauſam hereditatis, quia non eam aufert fiſcus hoc colore, quaſi nunquam pertinuerit, aut fingenda ſit nunquam pertinuiſſe ad heredem indignum. Sed è contrario tanquam in qua ius ille habuerit ad eam acquirendam, ſed non ad retinendam. Itaque non elidit ius heredis indigni fiſcus, at ſupponit potiùs & confirmat vt illud ipſum ſibi applicet. Et ob eam nimirum cauſam, cùm creditoribus hereditariis nulla actio dari poſſit neque contra fiſcum, quia nulla competit, cùm non ſit heres, neque contra heredem indignum cui fiſcus abſtulit hereditatem, quia licèt ipſo iure competat tanquam contra verum heredem, iniquum tamen eſt & inhumanum actionem dari in eum cui bona ablata ſunt, *leg. vlt. §. vlt. D. quæ in fraud. credit.* non alia ratio ſupereſt conſulendi creditoribus quàm ſi ex bonis fiſco applicandis æs alienum ante omnia detrahatur, vt id demum fiſco acquiſitum intelligatur quod ſupereſſet deducto ære alieno *l. 1. §. aut bona. l. non poſſunt. 11. de iur. fiſc.* Nam & extra hunc caſum ſolemus bona dicere quæ deducto ære alieno ſuperſunt, *l. ſubſignarum. 39. §. 1. de verb. ſignifi. l. mulier. 72. D.de iur dot. l. 2. §. 1. ff. de collat.* Ex eo igitur intelgimus petitionem hereditatis contra heredem indignum fiſco dari non poſſe, ne quidem vtilem, nec rectam eſſe fiſci & aliorum quibus vtilis petitio hereditatis indulgetur, comparationem, etiam ex parte fiſci. Sed etſi bona eſſet comparatio ex parte fiſci, illud tamen adhuc obſtaret ex parte heredis indigni, vt petitione hereditatis à fiſco cōuenīri nō poſſet, quod ille ipſe heres verus eſt, vt diximus. ac proinde talis contra quem impoſſibile ſit petitionem hereditatis dari quæ nec aduerſus alium vllum datur cum titulo poſſidentem *l. 2. l. cogi. 11. C. de petit. hered.* quanto minus contra verum heredem? Nam & ſimiliter dicimus fideicommiſſariam hereditatis petitionem quæ ad exemplum petitionis ciuilis comparata eſt eoſdémque effectus habet *l. 1. ff. de fideic. hered. petit.* numquam tamen exerceri poſſe in eū ipſum qui fideicommiſſariam hereditatem reſtituit *l. vlt. §. penult. eod.* Nempe quia non ab alio quàm qui verus heres ſit reſtitui hereditas poteſt *dict. l. 1. ff. ad SC. Trebell. l. mulier. 22. §. vlt. eod.* reſtitutio autem non facit vt deſinat ille heres eſſe *d. §. reſt. Inſt. de fideic. hered.* abſurdum porro eſſet petitionem hereditatis nec minùs eā quæ vtilis quàm quæ directa ſit contra verum heredem exerceri. Nihil ergo agunt interpretes noſtri cū iſtā he-

reditatis

reditatis petitionem quam fiſco aduerſus heredem indignum accommodant, vtilem eſſe volunt vt eam ab
9 obiectione noſtra tueantur. Fefellit eos textus ſenatuſconſulti ab Vlpiano † relati & explicat in *l. item veniunt. 20. §. praeter haec & ſeqq. ff. de petit. hered.* Verba enim ſenatuſconſulti licet ad priuatorum quoque cauſas protractum illud ſit à prudẽtibus ex rationis (vt noſtri loquuntur) identitate per fiſcum petita. Ergo, inferunt iſti viri boni, de petitione hereditatis quam inſtituere fiſcus poſſit ad vindicandam hereditatem quamlibet caducam: Atqui caduca ſit hereditas ei delata & acquiſita qui patremfamilias teſtari vel prohibuerit vel coegerit *l. 2. §. vlt. D. ſi quis aliq. teſt. prohib. vel coeg. l. cum quidam. 12. D. de his quae vt indign.* Poteſt igitur haec quoque per petitionem hereditatis vindicari. Atque ita ipſi ratiocinantur. Sed valde inſubtiliter, pace tantorum virorum hoc dixerim, ne dicam imperitè. Non enim verba illius ſenatuſconſulti tam generalia ſunt, vt omnes complectantur caſus, in quibus hereditatem quaſi caducam fiſcus perſequi & vindicare à quocunque velit: at è contrario excludunt diſertè hunc caſum de quo tractamus, id eſt in quo hereditas per verum heredem poſſideatur. Siquidem de iis ſpecialiter locutus eſt Senatus, qui ſe heredes exiſtimant. Ac proinde qui non ſunt veri heredes. Non igitur de indignis, quos diximus & probauimus veros heredes & eſſe & manere. Neque vero deſunt innumera exempla hereditatum, quae caducae factae ſint ex alia cauſa quam indignitatis, & quarum ratione nihil prohibeat inſtitui petitionem hereditatis non directam ſed vtilem à fiſco, cum poſſeſſores non ſunt veri heredes, ſiue ſe heredes eſſe exiſtiment, ſiue ſe heredes non eſſe ſciant, id eſt, ſiue bonae ſiue malae fidei poſſeſſores proponantur. At vt petitio hereditatis ſiue directa ſiue vtilis detur fiſco contra eum qui verus heres ſit, neque Senatus, neque Vlpianus, neque alius vllus ex viris prudentibus noſtris vnquam dixit. Immo ni fallor ea cauſa fuit faciendi ſenatuſconſulti, vt quid in cauſis fiſcalibus ſequendum eſſet ſciri poſſet, cùm ordinaria ciuilis actio petitionis hereditatis fiſco competere non poſſet nequidem aduerſus non heredem cum nec ipſe heres eſſet neque rurſus vlla ex iis quas praetor extra ordinem pro ſua iuriſdictione induxit. Niſi forte putamus ante ſenatuſconſultũ illud incognitam fuiſſe petitionem hereditatis, quod tamen abſur-
10 dum eſſet dicere, cum hereditatis † petitio dicatur eſſe actio ciuilis, id eſt, manans ex interpretatione prudentum ad legem 12 *tabul.* ex qua ius ipſum hereditatum deſcendit ſiue teſtamentariarum ſiue legitimarum *l. 1. 2. & 3. ff. ill. tit. de pet. hered. l. lege obuenire. 130. de verb. ſignif.* Idq; verba etiã ipſa ſanatuſconſulti praeferunt.

5 *Cur in ſpecie l. 1. C. de his quibus vt indign. ex tempore tantum motae litis vſuras debeantur, interpretum placita referuntur.*

6 *Ad dubitationem propoſitam auctoris reſponſio verior. & n. 8.*

7 *Mora quando contrahi intelligatur.*

9 *Cur aliud in fructibus, aliud in vſuris ab indigno dependendis ius conſtitutum ſit.*

10 *Fructus ſunt acceſſiones naturales, vſura vero induſtriales.*

11 *Titulus* his quibus vt indign. *vt apud Gallos & plerasque alias gentes eſt abrogatus.*

12 *An heres indignus cui olim fiſcus hereditatem auferebat eam hodie retinere debeat, an vero ad legitimos heredes debeat pertinere, & rurſus qua actione.*

ET verò iure alio † cenſeri hunc cui tãquam 1
indigno hereditatem fiſcus aufert, alio cæteros à quibus hereditatem fiſcus petit, & de quib. ſenatuſconſ. factum eſt ſi modò ſe heredes exiſtimauerint, atque ita fuerint bonæ fidei poſſeſſores, ex eo quoque apparet in *d. l. 1. C. de his quib. vt indign.* conſtitutum eſt vt heredes quos necem teſtatoris inultam reliquiſſe, conſtiterit, fructus integros reddere cogantur, id eſt vt ſequentia explicant etiam eos perceperint ante litem motam: Ratione illa quæ in textu ſequitur, quod non videatur bonæ fidei poſſeſſores ante illatam controuerſiam fuiſſe qui debitum officium pietatis ſcientes omiſerunt. Cum tamen ex eo ſenatuſconſulto quod circa fiſcales hereditatis petitiones factum eſt, non niſi ex die illatæ controuerſiæ fructus reddere poſſeſſor teneatur, tanquam qui in nullum vſque diem bonæ fidei poſſeſſor, ſi aliud nihil obſtet, fuiſſe exiſtimetur. Ita fit quod non immeritò mirari quis poſſit vt deterioris † A
conditionis ſit is qui vere heres eſt in ſpecie *d. l. 1.* quàm qui falſò quidem ſed bona fide exiſtimat ſe heredem, Nempe quia bonam fidem inducit probabilis error facti, qui facile poteſt interuenire, ſi forte agnatus proximus putet nullum eſſe factum teſtamentum ab eo qui tamen teſtamentum fecerit, & alium heredem inſtituerit eius cuius perſona hereditas caduca facta ſit, puta defuncti ante aperras tabulas, vt exemplum petamus ex eo iure quod prudentum temporibus obtinebat. Qui autem ideo indignus eſt quod ſciens neglexerit vindictam necis defuncti cuius heres eſt, non niſi in iure errat ſi neſcit ſe indignum eſſe, & ideo quamuis nulla ei adhuc controuerſia inferatur, non eo magis tamen videri poteſt bonæ fidei poſſeſſor, vt fructus ante perceptos, aliorum exemplo qui à fiſco conueniuntur, præſtare non compellatur. Quo exemplo idem iuris eſſe puto in cæteris omnibus indignis ex quacunque cauſa indigni ſint, ſiue quod tacitam fidem accommodauerint in fraudem legum, ſiue quod defunctum teſtari vel prohibuerint vel coegerint. Omnibus enim hoc commune eſt, vt cum ex proprio facto indigni ſint, proprij autem facti ignorantiam non poſſint prætendere *l. quamquam. 7. D. ad SC. Velleian.* eos neceſſe ſit errare in iure; ſi putant ius ſibi eſſe retinendæ hereditatis, etiam prius quàm eius cõtrouerſiam vllam à fiſco patiantur. Atque ita Papinianũ ſenſiſſe conſtat ex *l. heredem 17. & l. ſeqq. D. de his quae vt indign.* in quarum altera tractans de illo qui ſciens defuncti vindictam inſuper habuit, in altera vero de illo qui tacitum fideicommiſſum in fraudem legis ſuſcepit, in vtraque tamen vult cogendum † eſſe indignum vt fructus omnes omnino reſtituat, etiam quos perceperit ante litem motam: quod bonæ fidei poſſeſſor fuiſſe non videatur, Exemplo, inquit, bonorũ fiſco vindicatorum, de quorum fructibus dubitari non poteſt quin omnimodo fiſco debeãtur, Vſuratũ † alia ratio eſt. Placet enim eas fiſco non de- 4
beri niſi ex dielitis motę ſiue de tacito fideicõmiſſo, ſiue

ERROR X.

De ſententia l. 1. C. de his quib. vt indig. & quid hodie iuris obtineat cùm tractatur de indignis.

SVMMARIA.

1 *Diſcrimen inter eum cui tanquam indigno hereditatem fiſcus aufert, & alios à quibus hereditatem fiſcus petit, de quibus eſt Sctum relatum in l. 20. §. 6. D. de petit. hered.*

2 *Cur deterioris conditionis ſit is qui vere heres eſt in ſpecie l. 1. C. de his quibus vt indig. quam qui falſo quidem, ſed bona fide exiſtimat ſe heredem.*

3 *Indigni cogantur reſtituere omnes fructus etiam quos perceperunt ante litem motam.*

4 *Indigni quatenus vſuras fiſco debeant.*

de insuper habita nece defuncti controuersiæ, sed tamen ex eo die deberi etiam pretium eorum quæ quis non tantùm ex rerum hereditariarum, sed ex ipsorum quoque fructuum ante perceptorum distractione habuerit, at non etiam eorum fructuum quos in vsu habuit. Horum enim pretia tantùm restitui satis est, inquit Papin. *in d.l.cum qui.* 18. *in princip.* vbi tamen subiungit, Imperatorem Seuerum benignè decreuisse vt bonorum tacitè relictorum citra distinctionem temporis fructus tantùm debeantur, id est siue antè siue post motam litem percepti sint, eorum tamen vsuræ nullæ debeantur. In quo melioris conditionis esse Imperator voluit eum qui indignus est ob susceptum taciti fideicommissi secretum, quàm eum qui indignus sit ob inultam necem defuncti, aut ob vim factam dolúmve illatum testatori, Non quidem ex ratione aliqua iuris quæ hanc diuersitatem inducat, sed ex sola benignitate. Ideò fortasse quod qui tacitam fidem accommodat solis legibus fraudem facit vt faueat testatori, Qui verò ex qualibet alia causa indignus est, non tantùm legibus fraudem facit, sed ei quoque cuius hereditatem possidet, & idcirco sicut duplici odio dignus est, ita & maiore pœna. Dices, Cur non ergo præstat † vsuras nisi ex die motæ litis ac non potiùs ex die motæ, vt dici solet in aliis bonæ fidei iudiciis, *l.mora.* 32. *§.in bona fidei. D. de vsur. l.in bona fidei.* 13. *C. eod.* Nam & in hoc hæsitarunt interpretes nostri, supponentes dari hoc casu petitionem hereditatis quæ inter bonæ fidei actiones à Iustiniano connumeratur *in §.action. instit. de act.* Neque verò facilè possunt se extricare vt videre est apud Accursium qui *in d. l.* 1. tres adfert solutiones, quæ à cæteris omnibus omnes improbantur, Tandemque in hoc conquiescunt interpretes, vt dicant in bonæ fidei quidem iudiciis vsuras venire à tempore motæ, sed tunc demum quando exercentur ea iudicia contra illum qui nullum ius habet in ea re pro qua conuenitur, sed si contra eum exerceantur, qui mero iure aliquod ius habeat, licèt eo priuari possit, aliud esse nec tunc venire vsuras à tempore motæ, sed tantùm ex die litis motæ. Atque ita post Paulum Castrensem concludit *Iaſ. ad d.l.in fin.* Parum acutè. Primùm, quia lex non ponit quod illi ponunt agi in ea specie de petitione hereditatis. Deinde, quia Seueri temporibus, & ante constitutionem Iustiniani *in l. vlt. in fin. C. de petit. hered.* nondum erat constitutum vt petitio hereditatis inter bonæ fidei iudicia computaretur. Tertiò, quia tantum abest vt eius cui tanquam indigno aufertur hereditas melior conditio esse debeat ob id quod reuera heres sit, & ius habeat in hereditate, quàm illius qui nullum ius habet, sed tantùm bonæ fidei possessor est, Vt è contrario sit ille deterioris in eo quod fructus omnes restituere compellitur etiam perceptos ante litem moram, quod in cæteris qui petitione hereditatis etiam à fisco conueniuntur diuersum est, vt proximè ostendimus. Quia nimirum non sunt ista repugnantia, vt heres habeat ius in hereditate, tanquam qui reuera heres sit, & tamen malæ fidei possessor esse credatur. Postremò etiamsi poneres conueniri petitione hereditatis à fisco illum, qui in hereditate nullum ius haberet, sed bonæ fidei tantùm possessor esset, non aliud tamen iuris quod ad fructuum & aliarum rerum hereditariarum quæ distractæ sint, aut pecuniarum vsuras seruaretur, nisi hactenus vt nec ex die motæ litis & illatæ controuersiæ deberentur. Nullas enim omninò deberi supradicto senatusconsulto expressum est. De illo igitur potiùs dubitare interpretes debuerant. Cur in casu senatusconsulti mora lite & instituta petitione hereditatis vsuræ nullæ debeantur pecuniarum ex distractione redactarum, ne quidem ex die motæ litis, Quàm, Cur in specie, *d. l.* 1. ex tempore tantum motæ litis debeantur: in vtraque autem quæstione illud etiam explicandum est, Cur alia fructuum, alia vsurarum ratio constituatur. Ego respondeo. Ad eam primum dubitationem † quæ interpretes agitat. De vsuris ab herede indigno à die tantùm litis motæ non à die motæ præstandis. In hoc errare interpretes quod diem motæ litis alium esse putant, quàm diem moræ. Nam ex ipsis Senatusconsulti supradicti verbis, moram litem petitámque hereditatem intelligere debemus, cum primùm scierit quisque eam à se peti, hoc est cùm primùm, aut denunciatum sit ei, aut literis, vel edicto euocatus sit, quod & Vlpianus inculcat *in d. l. item venitur §. petitam.* Quomodo autem contrahi mora potest quæ hoc tempus antecedat? Nam & tunc contrahi mora † intelligitur, cum quis congruo loco & tempore interpellatus fuit, *d.l. moral. in princ.* quæ interpellatio † sicuti necessariò scientiam inducit ita & facit, vt exinde mota lis videatur, saltem quantum ad hoc iudicium petitionis hereditatis. Nisi poneres talem esse speciem, in qua contraheretur mora in re ipsa & ipso iure, vt putà fauore minoris ætatis, *lege in minorum. 3. Cod. in quibus caus. rest. in integr. necess. non est, l. Titia Seio.* 87. *§. vsuras, de legat.* 2. Sed is casus alienus est à disputatione nostra, quæ est de fisco actore non de minore. Quod ergo Imper. Seuerus constituit, vt indignus cui hereditatem fiscus aufert, vsuras præstare debeat ex die motæ litis, illud ipsum est quod nostri volunt præstandas esse à die moræ. Diligenterque separandum est tempus litis motæ à tempore litis contestatæ. Non enim similiter posset dici contestatam videri litem ex die scientiæ, cùm contestatio sit actus solemnis, qui olim non nisi apud prætorem fiebat, hodie verò non nisi apud iudicem, *l. vni. C. de lit. contest l. sed etsi lege.* 25. *§. si ante. ff. de petit. hered.* Quamquam etsi litis contestatæ mentio facta esset à Seuero *in d. l.* 1. adhuc tamen dici posse rescriptum ita intelligi debere, vt neque motæ litis, neque motæ tempus ideirco excluſum videretur, sed illud tantum tempus quod & moram & motam litem præcessisset, quomodo verba ipsa Senatusconsulti interpretatur Vlpianus *in d. §. si ante.* Et nos quoque alias interpretati sumus *tit. C. de vsur. & fructib. legat.* vbi scriptum est legatorum fructus & vsuras deberi ex die litis contestatæ. Nempè si non aliqua mora contestationem præcessisse probetur. Quandoquidem constat si mora in soluendis legatis vel fideicommissis facta sit, ex die motæ vsuras deberi, *d. §. vsuras, & d. l. in minorem l. si quis seruo.* 84. *de leg.* 2. *cum similib.* Qua etiam ratione dicerem si tempus motæ litis diuersum esset à tempore moræ, sic accipiendum fore rescriptum Seueri. De vsuris ex die tantùm litis motæ præstandis, non mora aliqua præcessisset, Non enim ad excludendum præcedentis moræ tempus ita scriptum est *in d. l.* 1. sed ad excludendum, vt iam dixi tempus omne quod præcedit moram, ad differentiam fructuum, à quibus dependendis nec immune illud tempus est. Illud igitur dumtaxat explicandum supereſt: cur aliud † hac parte in fructibus, aliud in vsuris fuerit constitutum. Si de fructuum vsuris loqueremur, de quibus & Papin. *in d. l. eum qui.* aperta esset ratio dissimilitudinis, quia fructus sunt accessiones, fructuum verò vsuræ accessionum accessiones quæ vel prohibitæ sunt, vel si quando permissæ in odium malæ fidei possessoris, tamen sunt odiosiores, *l. vltim. Cod. de vsur.* Sed cùm Seueri rescriptum loquatur etiam de vsuris pretiorum ex rebus ipsis hereditariis distractis redactorum, quarum fructus hodie præstarentur, si distractæ non fuissent, difficilè videtur dicere cur non eadem constituta sit ratio fructuum & vsurarum, cùm dici soleat vsuras vicem fructuum obtinere, nec debere à fructibus separari, *l. vsuræ.* 4. *D. de vsur.* Dicendum est fauorabiliorem esse fructuum restitutionem, quàm vsurarum, quia fructus sunt accessiones naturales quas qui præstat non ideirco fit pauperior, sed tantùm non locupletior, cùm idipsum restituat quod percepit, *l. indebiti.* 15. *D. de cond. indeb. l.*

videamus.

videamus. 38. *§. ſi actionem, de vſur.* At vſuræ non acceſſiones naturales ſunt, ſed, vt loquuntur, induſtriales, quia non tam ex re ipſa, hoc eſt ex pecunia quæ ſui natura ſterilis eſt, aut ex iure, quàm ex negotiatione percipiuntur, vt eleganter Papin. dicebat *in l. ſi iuris.* 62. *D. de rei vindic.* Itaque durius agitur cum reo ſi ad vſurarum, quàm ſi ad fructuum reſtitutionem condemnetur. Vnde etiam eſt quod in bonæ fidei iudiciis cùm vſuræ non debeantur niſi ex die moræ, fructus tamen omnimodo debentur, *d. l. videamus. §. pen.* hoc eſt etiamſi mora nulla facta ſit, quia in eo nulla fit iniuria ei qui
10 ex bona fide † condemnatur, de quo alibi ſcripſimus. Et hæc quidem ex iuris ciuilis ratione, ni fallimur, veriſſimè diſputantur, & inſpecto eo iure quod Seuero
11 temporibus obtinebat. Sed cùm hodie totus † ille *tit. de his quib. vt indign.* apud pleraſque gentes abrogatus ſit, quomodo apud Gallos abrogatum eſſe refert Bugnonius Gallus in ſuo illo tractatu. *De legib. abrog.* dubita-
12 ti eleganter poteſt quid iuris ſit: An ſcilicet heres † indignus, cui olim fiſcus hereditatem auferebat, eam hodie retinere debeat, an verò ad legitimos heredes pertinere debeat, & rurſus qua actione. Nec enim dubitandum eſt quin hodie perinde ac olim valeat teſtamentum, ex quo hereditas etiam indigno acquiritur, veréque ſit heres is quoque qui indignus eſt: vt proinde legitimi heredes, & ab inteſtato venientes non videantur ſuccedere poſſe ſuo iure, ſed egere aliqua actione ad auferendam heredi ſcripto hereditatem. Atqui nulla talis actio iure prodita eſt. Quinimò repugnat hoc Principis iuris, vt hereditas poſtquàm ex teſtamento acquiſita fuit ad legitimos heredes reuertatur. Condictio igitur ſaltem ex lege aliqua dari deberet. At quid ſi non lege aliqua, ſed moribus tantum ius illud vetus fiſcale fuerit abrogatum? Condictio ex moribus nulla eſt. Verùm enim verò cùm fiſcale ius in hoc ſublatum ſit, non fauore indigni heredis, qui ſemper eodem odio dignus eſt quo fuit olim, ſed fauore legitimorum heredum, dicendum eſt permittendum eſſe legitimis heredibus vt adeant, ſibique hereditatem adferant ab inteſtato, tum vbi conuenientur ab herede teſtamentario petitione hereditatis ex teſtamento, cum ſummoueant exceptione doli mali, vt & in ſpecie, *leg. penult. §. vlt. D. de bonor. poſſ. ſecund. tab.* Dolo enim malo facit quiſquis prætextu teſtamenti, & captata occaſione iuris ciuilis eam petit hereditatem, qua tamen indignum ſe reddiderit, *arg. leg. 1. ff. de dolo excep.* Et quamuis nullo iure legitimi heredes poſſint hereditatem ſuam dicere, quæ ex teſtamento iuſto alij delata & acquiſita eſt, ſufficit tamen iis, ad vincendum quod poſſeſſores ſint, & iuſtam habeant exceptionem, cuius vires ex perſona petentis æſtimari debeant, cùm alioquin potior ſit cauſa poſſeſſoris in re pari, hoc eſt in pari non iure, vt eleganter Paulus quamuis in diſſimili ſpecie reſpondit *in l. militis. 36. §. veteranus. D. de teſtam. milit.* At quid ſi indignus ipſe poſſideat. Autoritas quidem iudicis imploranda erit, ne quid per vim & malo more factum videri poſſit. Sed eo ipſo modo proponenda erit actio à legitimis ſucceſſoribus acſi nullum teſtamentum eſſet. Producto autem teſtamento ad elidendam legitimorum heredum intentionem, debebunt illi replicare de dolo malo, vt ea ratione non quidem teſtamentum ipſum euertant, quod neque per exceptionem neque per replicationem doli vnquam ſubuerti poteſt, ſed tamen aſſequantur, vt nullam ex eo teſtamento vtilitatem heres ſcriptus aut petere aut retinere poſſit. Quam in rem mihi videtur accommodatiſſimus textus Papin. *in d. l. pen. §. vlt.* in cuius ſpecie licet heres ſcriptus non habeatur pro indigno, quia teſtator mutauerat voluntatem non propter malè merita heredis, ſed quia volebat ſe adrogandum dare, perinde tamen acſi indignus eſſet arcetur à commodo hereditatis teſtamentariæ, cùm non habeat pro ſe ſupremam teſtatoris voluntatem. Nec eo minus tamen teſtamentum ipſo iure valet. Etſi rurſus quamuis valeat, non impedit quominùs legitimi heredes ſuccedere ab inteſtato poſſint, non quidem ipſo iure, ſed beneficio exceptionis doli quæ iis accommodatur contra heredem ſcriptum volentem agere ex teſtamento. Porrò cui poſſidenti exceptionem doli damus eidem ſi cogatur agere contra eum à quo potiùs conueniri deberet, replicationem æquè facilè & ex eodem æquitatis fonte dandam eſſe notiſſimum eſt. Et ex his abſolutus ſit tractatus quem interſerere coacti ſumus ad interpretationem *tituli. D. & C. ſi quis aliq. teſtar. prohib. vel coëgit.*

ANTONII FABRI IC.

Decas Trigeſimanona.

ERROR I.

De clauſula derogatoria appoſita in teſtamento minùs ſolemni, vel rupto ex cauſa preteritionis, aut exheredationis.

SVMMARIA.

1 *QQ. hoc capite tractanda. 1. quid iuris ſit, vbi appoſita eſt clauſula derogatoria in teſtamento minus ſolemni. 2. Quid ſi in teſtamento rupto ex cauſa præteritionis vel exheredationis.*
2 *Reſponſio Bartoli ad 1. quæſtionem.*
3 *Eiuſdem ad ſecundam quæſt. reſponſio.*
4 *In oppoſitum autoris diſputatio.*
5 *Bartolus ſtatuit clauſulam derogatoriam habere vim cuiuſdam proteſtationis præambulæ, qua declaret in ſecundo teſtamento cui expreſſim derogatum ſit, voluntatem teſtandi non adeſſe.*
6 *Ex actu quoque nullo declaratur voluntas.*
7 *Clauſula derogatoria in quibus vim ademptionis habeat.*
8 *Quomodo intelligendum illud, In codicillis hereditatem neque dari, neque adimi poſſe.*
9 *Si clauſula derogatoria haberet vim proteſtationis & ſubtrahendæ voluntatis, etiam appoſita in teſtamento minus ſolemni impediret validitatem poſterioris teſtamenti contra Bart.*
10 *Si clauſula derogatoria ſit appoſita in teſtamento quod ruptum ſit vel factum irritum ex cauſa preteritionis vel exheredationis, corruunt inſtitutiones, legata verò & cætera firma manent.*
11 *Excutitur Bartoli reſponſio ad ſecundam quæſtionem.*
12 *Reſponſio autoris ad vtramque quæſtionem.*

INTERIECTVS superiore Decade tractatus de illo qui aliquem testari prohibuit, vel coëgit, institutam nostram de clausula derogatoria disputationem interrupit, quam nos nunc absoluemus. Duplex autem occurrit hoc capite
1 tractanda inspectio. Vna, † quid si apposita sit clausula derogatoria in testamento minùs solemni. Altera quid si in testamento rupto ex causa præteritionis vel exheredationis. Vtramque quæstionem proponit Bart. *ad leg. si quis in princ.* 22. *n.* 6. *& 7. de legat.* 3. Ad priorem † verò respondet, Verba derogatoria habere vim
2 cuiusdam ademptionis. Ex notat, per glos. magnam *d.l. si quis.* Et ideò ad hoc vt adimatur hereditas debere id fieri in voluntate solemni, quia in codicillis neque dari neque adimi hereditas potest, *l.* 2. *C. de codic. l. quidam,* 27. *§. vlt. D. de codic. inst.* Et oportere, quòd in tali voluntate adimatur ex qua possit adiri hereditas, vt idem Bart. notat *ad l. si iure.* 18. *de legat.* 3. Sed in ademptione legati non requiri tantam solemnitatem *ex l. si ita sit adscriptum.* 14. *de legat.* 1. *& fideicommissum.* 27. *Cod. de fideicommiss.* Melior textus est *in l. militis.* 36. *§. veteranus. D. de testam. milit.* Itaque quod ad legata in posteriore testamento solemni relicta; vult Bartolus clausulam derogatoriam in priore testamento etiam minùs solemni adhibitam operari ne deberetur. Ad posteriorem
3 † verò quæstionem respondet eodem ferè modo, In quantum derogatoria verba continent ademptionem hereditatis, atque ita respiciunt institutionem, nihil posse operari. Secùs verò in quantum respiciunt legata & fideicommissa, quia Nouella Iustiniani constitutio. 115. *vt cum de appell. cognosc. §. aliud quoque capitulum,* vnde sumpta est, *Auth. ex causa. C. de liber. præter.* rupto testamento vel irrito facto ex causa præteritionis vel exheredationis, conseruat testamentum quantum ad legata, & fideicommissa, & cætera omnia in eo contenta, præterquàm quod ad institutiones. Ego non
4 † solùm veramque hanc quæstionem otiosam esse arbitror, si verum est vt est quod probauimus in præcedentibus, merum commentum esse Doctorum nostrorum quicquid illi de clausula posterioris testamenti derogatoria nugantur, sed etiamsi qua talis clausula admitti posset quæ his quæstionibus locum faceret, longè aliter quàm à Bartolo factum sit, ad eas respondendum esse. Nam quod ad priorem attinet, vt ex Bartoli traditionibus contra Bartolum ipsum disputemus, vult ille ad *d.l. si quis in princ. num.* 4. quod & ante eum Cinus docuerat, huiusmodi clausulam
5 † derogatoriam habere vim cuiusdam protestationis præambulæ quæ declarat in secundo testamento cui expressim derogatum sit, voluntatem testandi non adesse. Atqui voluntas illa & & protestatio probari potest ex priore testamento etiam
6 non solemni, cùm dici soleat verúmque sit ex † actu quoque nullo declarari voluntatem, *l. vlt. D. de reb. eor. qui sub tutel. l. cùm quidam.* 12. *D. de his quæ vt indign.* Non ergo quod clausula derogatoria apposita sit in nõ solemni testamento vim & effectum eius impedire potest. Quid enim referre debet an prius testamentum in quo apposita illa est, valeat néc-ne, cùm posset ea protestatio fieri quocumque alio loco & tempore id est etiam extra testamentum? Aut si eam cùm in testamento inutili apposita est inutilem esse volumus, quoniam vt à nobis disputatum est in præcedentibus: Illa etiam quæ extra testamentum fieri possent, si tamen in testaméto facta sint non aliter valere possunt, quàm si testamentum quoque ipsum valeat. Cur volumus manere illam vtilem & validam ad impedienda legata quæ secundo testamento relicta fuerint? Etenim quod pro ratione adfert Bartolus clausulam derogatoriam habere vim ademptionis, hereditatem verò in voluntate minùs solemni adimi non posse ad rem omninò non pertinet.
7 Quia ea potest quidem esse vis clausulæ derogatoriæ in iis demum qui adimi possunt, adeóque in eodem testamento, cuiusmodi sunt legata, fideicommissa & similia de quibus *in d. l. si quis in princ. & apertius in l. si ita sit adscriptum.* 14. *de legat.* 1. at non in iis quæ adimi non possunt, cuiusmodi est hereditas. Nam vt diximus *in Error.* 8. *Decad.* 37. regula iuris est hereditatem adimi non posse, *l. si ita scriptum.* 13. *§ regula. D. de liber. & posthum.* Eam præsertim quam nondum quis dederit, sed quam postea daturus sit, & quidem in alio testamento. Id enim adimi tantùm potest quod in eodem testamento vel datum sit vel dari saltem possit: In quo numero non est hereditas alia posteriore testamento relinquenda, cùm habere duo testamenta non magis quis possit quàm duas hereditates, Et quod dicitur, in codicillis † hereditatem neque dari neque adimi posse, 8
non hunc sensum habet quasi in solemni testamento sicut dari potest ita & adimi possit, sed eo pertinet vt intelligamus, hoc plus esse in testamento quàm in codicillis, quod in eo hereditas dari potest, quæ porrò hoc ipso quod vni datur, alij qui eam alioquin habituros essent adempta esse intelligitur, vt suo loco explicauimus, vt proinde non aliter adimatur, quam si detur. Sed etsi vera esset ratio ista Bartoli quæ vult clausulam derogatoriam habere vim ademptionis non minus in hereditatib. alio testamento relictis, Attamen contra Bartolum sufficeret quod alia quoque ratio vera esset, quam idem Bart. & alij omnes probant, ex eo sum, ta quod eadem † clausula vim habeat protestationis præambulæ (vt loquuntur) ad subtrahendam voluntatem à futuro actu, qui tamen sine 9
voluntate perfici non possit. Etsi enim difficilis reuocatur datio hereditatis quàm legati, vt ait Bartolus, si tamen initium inspicias & tempus illud quo nec hereditas adhuc data sit nec legatum, illud vtrique commune esse constat, vt neutrum dari possit sine dandi voluntate, quam nec sufficit adesse in danda hereditate si non sit solennis. Itaque quanuis clausula derogatoria non posset ex vna parte, & quatenus vim ademptionis habet, impedire validitatem posterioris testamenti cùm esset apposita in priore minùs solénni, sufficeret tamen ad hunc ipsum effectum inducendum, quod haberet vim protestationis, & subtrahendæ voluntatis, Nec minùs quantum ad hereditatem quàm quod ad legata, & fideicommissa in quibus hoc vltro Bartolus admittit. Quod vero ad posteriorem quæstionem pertinet, Si clausula derogatoria sit apposita in eo testamento quod ruptum sit vel factum irritum ex causa præteritionis, aut exheredationis, constituit quidem Iustinianus inuita etiam iurisprudentia vt institutiones tãtum corruant, legata vero & cætera omnia valida remaneant, *d. Auth. ex causa. C. de liber. præter.* Sed non video † qua ratione possit quis ex hoc inferre cum Bartolo, 10
Conseruandam igitur esse clausulã derogatoriã quę destruat legata siue in eodẽ siue in alio testamento relicta, Aut infirmãdã quatenus respicit institutiones ne valere possint. Potius enim a contrario inferendum esset, Inutilem esse debere clausulam derogatoriam quod attineret ad legata, & cætera quæ Iustiniani constitutio vult valere, vtilem verò ad euertendas eas institutiones quas nec Iustiniani constitutio valere patitur: Nisi fortè ad id respexit Bartolus, quod nulla opus est clausula derogatoria ad infirmanda ea quæ iam ipso iure non valeant, sed tantùm ad infirmanda ea quæ alioqui valerent. Verum si ita Bartolus sensit, non debuit igitur hereditates distinguere à legatis. Cùm enim tractemus de clausula derogatoria posterioris testamenti, quæ posita sit in priore rupto ex causa præteritionis, vel exheredationis, Apparet non de ea institutione nos tractare, quæ in eodẽ testamento scripta sit, sed de ea quæ in alio posteriore, quam idcirco non possumus dicere nullam esse, cùm ponamus testamentum posterius valere. Quidni ergo valebit clausula derogatoria in priore testamento apposita, vt destruat posteriorem institutio-

nem

Sed videtur potius ad id reſpexiſſe Bartolus, quod eadē
11 eſſe debeat ratio † dationis & ademptionis, Vt quē-admodum datio hereditatis quæ per inſtitutionem fit non conſeruatur ex Iuſtinianea conſtitutione, ita neque conſeruatur ademptio quæ per clauſulam derogatoriam fieri intelligitur. Contrà autem conſeruatur ademptio legati quā inducit poteſtas clauſulæ derogatoriæ, quoniam & datio legati ſi qua eo teſtamento facta eſſet, conſeruaretur. At neque interpretatio hæc Iuſtiniani verbis aut menti vllomodo cōuenit: Egit enim Iuſtinianus de conſeruanda legatorum datione, non de conſeruanda eorumdam ademptione, cuius ſcilicet conſeruandæ nulla ſubeſt neceſſitas, cum teſtamentum in quo data ſunt legata, vel ab initio non valuit, vel ex poſtfacto deſiit valere tanquam ruptum aut irritum factum ex cauſa præteritionis vel exheredationis, Nempe ſi de iis legatis agamus, quæ in eodem teſtamento fuerint relicta: Nam ſi de ijs quæ in alio & poſteriore teſtamento data ſint, ſicut ad ea non pertinet conſtitutio Iuſtiniani, ita neque de ipſorum ademptione confirmanda cogitaſſe dici poteſt. Et omnino improbabilis eſt iſta interpretatio, vt imperator qui legatorum dationem confirmatam voluit fauore legatorum, hoc ipſo ademptionem quoque legatorum ſiue in eodem ſiue in alio teſtamento relictorum cōfirmaſſe intelligatur. Præſertim cùm facta in priore teſtamento ademptio legatorum in poſteriore datorum, etiamſi fieri poſſet quod nos ſemper negauimus, non poſſit eſſe non odioſa, habentibus legatariis pro ſe voluntatem illam defuncti, quæ ſaltem ordine temporis & ſcripturæ ſuprema dici poſſit, eámque iuſtam & ſollennem, quam proinde abſurdum ſit, aut impediri aut euerti per contrariam, quæ & prior fuerit, & minùs ſolennis. Quod autem vult Bart. Clauſulam derogatoriam nihil operari quatenus reſpicit inſtitutiones, vt eadem ſit ratio ademptionis & dationis hereditatis, ſupponit perpetuum illum errorem Bartoli & nōſtrorum quod hereditas adimi poſſit, quam nos toties diximus & pro-
12 bauimus adimi non poſſe. Debuit ergo Bartolus † ad vtramque quæſtionem reſpondere, quod nos reſpondemus Clauſulā derogatoriam appoſitam in teſtamento, ſiue minus ſolenni ſiue rupto ex cauſa præteritionis vel exheredationis nihil prorſus operari poſſe neque quod ad inſtitutiones, neque quod ad legata. Vt hoc ſaltem caſu obtineat quod nos generaliter volumus, Clauſulam iſtam ſi per eam poſteriori teſtamento derogare quis velit, nullius vnquam eſſe momenti, nec ſi teſtamento ſolenni iuſtóque appoſita proponatur.

ERROR II.

De iuramento appoſito in priore teſtamento an habeat vim clauſulæ derogatoriæ. Et De clauſula Omni meliori modo.

SVMMARIA.

1 *Vnde manarit erronea illa pragmaticorum ſententia, Teſtamentum iuratum mutari & reuocari non poſſe.*

2 *Iuramentum quo quis ſibi legem dicit, ne à priore voluntate recedere poſſit non eſſe obligatorium quod ſit contra bonos mores, aduerſus Bart.*

3 *Reiicitur diſtinctio Couarruuiæ docentis iuſiurandum non eſſe obligatorium ſi ſit contra bonos mores naturales, ſecus ſi contra ciuiles.*

4 *Nihil eſt homini tam naturale quàm vt habeat liberam voluntatem.*

5 *Teſtandi facultatem ſibi aut alij qui præripit contra bonos mores facit.*

6 *Facultas teſtandi eſt à lege, nec niſi per legem tolli poteſt.*

7 *Iuſiurandum quo quis ſibi conatur vim teſtandi eripere non poteſt habere vim & effectum clauſulæ derogatoriæ.*

8 *De vi clauſula* omni meliori modo.

9 *Sententia l. cum pater. 77. §. filius matrem. D. de legat. 2.*

10 *Errores Bartoli de vi clauſulæ inrifiurandi, clauſula* omni meliori modo.

11 *Non eſſe periurum qui reuocat teſtamentum iuratum contra Ioan. Andr.*

12 *Diſtinctio Ioan. Andreæ inter actus contra quos iurans venire poteſt, aut non poteſt.*

MVltorum ſed imperitiorum pragmaticorum vulgaris vox eſt, Teſtamentum † 1
iuratum mutari & reuocari non poſſe. Cui errori cauſam illud præbuit quod frequentiſſimo doctorum noſtrorum ſuffragio receptum eſt, Iuſiurandum habere vim clauſulæ derogatoriæ ad impediendum poſterius teſtamentum, perinde ac ſi clauſula derogatoria expreſſim adiecta eſſet in priore. Quod diſertè tradit Bart. ad *l. ſi quis in principio. num. 15. de legat. 3. ſecutus opinionem Ioan. Andr. ad cap. quod ſemel de regul. iur. in 6.* Mouetur autem hac vna ratione quod iuramentum in teſtamento appoſitum habeat vim hanc, vt perinde ſit ac ſi teſtator diceret, velle ſe teſtamentum valere omni iure quo valere poteſt *ex l. cùm pater. 77. §. filius matrem de legat. 2.* vbi cum filius quidam matrem ſuam heredem ſcripſiſſe proponeretur, eámque cum iuſiurandi religione rogauiſſe, vt fideicommiſſa tabulis data præſtaret: Papinianus reſpondet; Etiamſi teſtamentum nullo iure factum eſſet, nihilo minùs matrem legitimam heredem cogendam præſtare fideicommiſſa. Propterea quod enixæ, inquit voluntatis preces ad omnem ſucceſſionis ſpeciem porrectæ videbantur. Non vero qui clauſulam iſtam poſterioris teſtamenti derogatoriam nullam agnoſcimus, ne tum quidem cum expreſſa fuit, quid de hac Bart. opinione ſentiamus, difficile non eſt intelligere. Falſum nimirum illam eſſe, nec poſſe quicquam dici abſurdius. Qui enim iurat † velle ſe, vt ſupremum ſit teſtamentum illud in 2
quo iurat, nec id à ſe vnquam reuocatum iri, aliud agit niſi vt eam ſibi legem dicat ne à priore voluntate recedere poſſit, quam legem vtique ſibi dicere nemo poteſt. *dict. l. ſi quis in principio. & l. quod autem. 7. §. penult. de donat. int. vir. & vxor.* Nec quod eam legem ſibi dicat adhibito etiam iureiurando ad rem facit, niſi vt tanto magis appareat niti eum contra leges, & conſequenter fruſtra illum agere, vt legum poteſtatem & autoritatem labefactet. Certum namque eſt nullam eſſe vim iuriſiurandi, ſi in id adhibeatur vt aliquid fiat contra leges. *l. non dubium. 5. in fin. C. de legib. l. iuriſgentium. 7. §. & generaliter. D. de pact.* Et in ſpecie extat reſcriptum Seueri & Anton. à Marciano relatum in *l. ſi quis inquilinos. 11 2. §. vlt. de leg. 1.* Iuſiurandum contra vim legum & autoritatem iuris in teſtamento ſcriptum nullius eſſe momenti. Nec eſt quod quis dicat iuri ciuili hac parte derogatum eſſe per ius pontificium quo diſtricte cauetur, vt ſeruari debeat iuſiurandum quodcunque ſeruari poteſt citra diſpendium ſalutis æternæ *cap. cùm contingat. extr. de iureiur. & cap. quamuis pactū. de pact. in 6.* Nam immo vero iuris quoq; pontificij regula illa eſt, Non eſſe obligatorium iuramentum quod præſtitum ſit contra bonos mores. *cap. non eſt. obligatorium. de reg. iur. in 6.* Atqui contra bonos mores eſt, vt cuiquam hominum libera teſtandi facultas auferatur, qua nihil eſt aut fauorabilius, aut honorificentius, quæ tamen per huiuſmodi iuſiurandum ſi præcisè ſeruandum eſſet, auferretur. Non eſt igitur obligatorium hoc iuſiurandum. Atque ita Bart. quoque concludit ad *d. l. ſi*

quis

quis. num. 14. Post. Petr. & Cyn. in *l. 1. C. de sacros. eccles. ex l. stipulatio hoc modo concepta. 61. de verb. oblig l. ex eo. 4. C. de inutil. stipul.* vbi diserte scriptum est omnes illas cautiones esse ideo inutiles iure ciuili, quod sint contra bonos mores. Neque est quod quis cum Didaco Couarr. & aliis nonnullis interpretibus supradictam iuris pontificij regulam explicantibus distinguat hac parte mores ciuiles à naturalibus, qua regula illis de eo tantum iureiurando intelligi debeat quod sit cõtra bonos mores naturales, non etiam de illo quod sit contra ciuiles. Potest enim cadere quidẽ hæc distinctio in mores, quorum si de iis simpliciter loquamur, alij naturales sunt, alij ciuiles: sed non potest cadere in bonos mores, de quibus tamen agitur in *d. l. stipulario. & d. l. ex eo.* Bonos enim mores cùm dicimus solos eos intelligimus, quos non tantum lex ciuilis, sed ipsa etiam natura pro bonis probisque habeat. Sicut & bonum aliquem cum dicimus naturalem non ciuilem bonitatem intelligimus. Eam scilicet ex qua non solum bonus ciuis, sed etiam bonus vir, & bene à natura ad probationem informatus æstimari debeat. Deinde quamuis non à natura homo habeat, sed à lege vt testari possit, nõ eo minus tamen fit vt contra bonos mores naturales non sit, si ea testandi facultas homini eripiatur, quia naturale omnium hominum votum illud est vt testari libere possit, tametsi ratio naturalis sufficere in eam rem sola non potuisset, nisi legis auxilium præsto fuisset. Ac præterea quoniam nihil est homini † tam naturale quam vt liberam habeat voluntatem, liberumq; arbitrium faciendi quicquid velit, ex iis scilicet quæ facere cum vult, potest: Adeo vt nec homo dicẽdus amplius esset is qui desineret posse velle & nolle, Postquam igitur per legem factũ est vt possit quilibet ciuis testari si velit, perinde violatur naturalis illa libertas, cùm alicui eripitur facultas libera quam quisque habet ad edendum, bibendum, dormiendum, bene etiam maléque operandum. Ergo contra bonos † mores quoslibet, id est etiam naturales facit quisquis aut sibi aut alij præripit liberã hãc testandi facultatem. Dico *sibi aut alij.* Etsi enim quid alij præripit, hoc etiam respectu contra bonos mores facit, quod nimis sollicitus videtur de hereditate viuẽtis. quæ solicitudo non nisi improba esse potest cùm plena sit tristissimi & periculosissimi euentus *l. vlt. C. de pact. l. 2. §. interdum. D. de vulg. & pupill. substit.* quod nõ similiter de eo dici potest qui proprio iureiurãdo eã testandi facultatẽ non præripit nisi sibi ipsi: Attamẽ vt eadẽ huius, quæ illius ratio esse debeat, illud facit quod ex eodem fonte profluit vt nemo aut sibi aut alij eam libertatem testandi auferre possit, Nempe quia eam nemo habet aut à se aut ab alio, sed tantum † à lege, in quo numero quæ sunt, nec per alium quam per legem ipsã tolli possunt *l. 3. D. de interd. & relegat.* Et vero si posset quis sibi ipsi solus eam legem dicere ne testari in posterum posset, cur non obligaretur de ea re cum alio paciscendo? Nec enim aliud faceret qui de ea re pacisceretur siue per stipulationẽm, siue per nudam conuentionem, in contractu tamen vtili adhibitam in *l. pact. quod dotali. 14. C. de pact.* nisi quod eam sibi legem diceret ex conuentione cum alio inita. Quam idcirco tanto magis valere æquum esset si citra conuentionem cuiquam priuato eam sibi legem dicere liceret. Idque est quod *Vlp. aut in d. l. quod autem 7. §. pen. de donat. int. vir. & vxor.* non posse quem velle vt sibi ea lex imponatur ne voluntatem murare possit. Qui ergo per iusiurandum proprium hoc se asse qui posse putat, id agit sanè vt faciat quod scit se facere non posse etiamsi maximè velit. Atqui iusiurandum, vt de temporis antiquitate quidam scripsit, licet multum possit, non est tamen omnipotens sicut Deus: vt omnia possit facere etiam illa quæ per naturã fieri nullo modo possunt. Nam & Theologi nostri, quorum propria de libero arbitrio disputatio est, pro certo habent, Esse hanc rem ex earum genere quæ implicant contradictionem, Vt qui homo est non habeat semperque retineat liberam agendi quod voluerit voluntatem. Hoc igitur suppositio quod negari non potest, adeóque quod apud omnes in confesso est, Neminem posse testandi facultatem sibi præripere, nequidem per adhibitam iurisiurandi religionem: illud omnino sequitur vt iusiurandum † hoc quod diximus & probauimus nullius esse momenti non possit derogatoriæ clausulæ vim & effectum habere. Vulgatum nãque est & verissimum, id quod nullum sit, nullum posse effectum producere: Prinsque est vt iusiurandũ vim aliquam habeat, quàm vt operari possit illud ipsum quod operaretur clausula *omni meliori modo.* Quamquã nec illud videre possum quid simile aut commune habeat clausula illa † *omni meliori modo* cum clausula derogatoria. Finge namque testatorem in testamento suo expressim cauisse vt id valeret omni meliori modo, nec quicquam de clausula derogatoria dixisse. Faciet quidem expressa clausula vt si testamentum aliud valere non possit iure testamenti in scriptis quamuis pro tali factum sit, valere debeat iure testamenti nuncupatiui si adsint omnia, quæ in testamento nuncupatiuo requiruntur: Adeoque si voles vt si neque tanquam in scriptis neque tanquam nuncupatiuum valere possit, deficiente fortassis aliqua ex iis solennitatib. quæ vtrique testamentorum generi sunt communes, defendatur tamen ea voluntas iure codicillorum ab intestato. Sed vt idem operetur ea clausula, quod operaretur expressa derogatoria ad impediendas vires posterioris testamenti si quod rite ac solenniter factum sit, dici meo iudicio nullo modo potest. Est enim extra causam validitatis prioris testamẽti vt per posterius tũpatur vel non tũpatur, Et tantũ abest vt validitas prioris obstet ne possit rũpi, vt è contrario non aliud testamentũ rumpi possit, quã quod teneat ipso iure *l. 1. l. nã etsi. 5. D. de iniust. rupt.* Proinde non est bona cõsecutio si quis dicat Clausulã *omni meliori modo* fauere vt testamentũ omni modo valeat, Ergo facere ne per posterius rumpi possit. Vtrumque enim simul stare commode potest vt & prius testamentum valeat & per posterius rumpatur. Atque ita esse ex eo quoque intelligimus quod neque hoc facere potest clausula illa *omni meliori modo*, vt testamentum omni modo defendatur iure testamenti [quid enim si, vt dixi, desit aliquid ex solennibus?] sed tantum vt voluntas in eo testamento declarata defendatur iure codicillorum saltem ab intestato. Quomodo ergo poterit impedire, ne prius testamentum rumpatur per posterius, & ne succedatur ex posteriore testamento quod sit iure perfectum? Si quidem quandiu succedi ex aliquo testamento potest certum est non posse succedi ab intestato, & cùm dicimus clausulam *omni meliori modo*, prodesse ad conseruandam voluntatem ab intestato, non illud significamus facere clausulam illam vt succedatur ab intestato quæ adhibetur è contrario potius in id vt testamentum iure testamenti quantum fieri potest defendatur, sed vt defendatur ab intestato voluntas testatoris si locus sit successioni intestati. Vt ergo sciatur, an successioni intestati locus sit necne, non illud inspiciendum est an clausula illa adiecta sit testamento, sed an testamentum aliquod sit siue prius illud in quo sit inserta clausula, siue aliud posterius ex quo succedi possit. Nam & cum prius testamentum iure factum est, constat inutilem esse clausulam istam, quippe quæ tacitam conditionem eam habeat, *si testamentum non valebit eo modo quo agitur vt valeat*, sicut clausula codicillaris habet illam, *si testamentum nullo modo valebit iure testamenti.* Deficiente namque conditione clausulæ ipsam quoque clausulam conditionalem euanescere necesse est. Denique clausulæ istæ non lædunt ius commune quantum ad solennitates aut condendi aut reuocandi testamenti, sed tantum conseruant voluntatem eo casu quo alio qui futurum esset vt ea

interci-

intercideret teſtamento ipſo intercidente. At cùm teſtamentum prius intercidit tanquam ruptum per poſterius, cùm intercidat ex noua eiuſdem teſtatoris voluntate nihil cauſæ eſt cur clauſula, *omni meliori modo*, aut etiam codicillaris in priore teſtamento oppoſita conſeruare debeat voluntatem, quæ fuerit reuocata, aut impedire reuocationem factam ex mera & libera volũtate. Multò igitur minùs hoc facere poterit clauſula adhibiti iuriſiurandi, etiam admiſſo eo quòd eſſet clauſula illa vtilis & æquipollens clauſulæ, *omni meliori modo*. Nec ab hac noſtra ſententia diſcrepat † Papin. *in d. §. filius matrem*, vbi ait dumtaxat preces enixæ voluntatis quam interpoſita iuriſiurandi religio præmonſtrabat, ad omnem ſucceſſionis ſpeciem porrectas fuiſſe, id eſt, tam ad legitimam quàm ad teſtamentariam quaſi iiſdem fideicommiſſis quæ in teſtamento data fuerant à legitimo herede repetitis. Sed non ait Papinianus eaſdem preces ad aliud teſtamentum quodlibet æquè porrigi debuiſſe. Nam ſi facto proponeretur teſtatorem qui in priore teſtamento eas preces iuriſiurandi religione firmatas adhibuiſſet, aliud feciſſe teſtamentum in quo ea fideicommiſſa non repetiiſſet, quis credat reſponſurum Papinianum pro fideicommiſſariis, vt eandem deberent habere actionem contra heredes in ſecundo teſtamento ſcriptos quam habuiſſent contra inſtitutos primo? Nempè facilius eſt vt ex tam enixæ voluntatis probatione colligamus, teſtatorem voluiſſe fideicommiſſa ab herede teſtamentario, data à legitimo ſucceſſore intelligi repetita, quàm vt ab iis heredibus quos ſcripſerit in poſteriore teſtamento. Vel ideò quod cùm magis dilexerit heredem teſtamentarium quem prætulit, quàm legitimum quem excluſit, nihil abſurdi eſt ſi capiatur ea interpretatio quæ non meliorem faciat conditionem legitimi heredis quàm teſtamentarij, ſi modò verba teſtamenti aut ſuadere aut amittere poſſint eam interpretationem. At eſſet abſurdum eam ſumere coniecturam quæ parem faceret conditionem heredum in vtroque teſtamento ſcriptorum, cùm ij qui in poſteriore ſcripti, nec vllo modo grauati reperiuntur, fuerint haud dubiè dilectiores, quàm qui & ſcripti ſunt in priore poſtea reuocato, & nominatim grauati. Et tamen ſi vera eſſet Bartoli & interpretum traditio, quam nunc confutamus, conſequens ei eſſet vt non ſolùm fideicõmiſſa deberentur quæ in priore teſtamẽto relicta eſſent, ſed quod eſſet abſurdius, vt deberentur ex priore teſtamento, tametſi aliud & poſterius ritè factum eſſet. Quoniam idem contingeret ſecundum noſtros ſi clauſula derogatoria in priore teſtamento adiecta proponeretur. Atque fieret vt clauſula ſiue iuriſiurandi, ſiue illa, *omni meliori modo*, quæ non poſſet facere quominùs ab inteſtato ſuccederetur, faceret tamen ne poſſet ſuccedi ex poſteriori teſtamento ſolemni & perfecto, & conſequenter vt cauſa teſtamenti debilior eſſet aduerſus illas clauſulas, quàm cauſa inteſtati. Duplex igitur in hac re
10 Bartoli † & aliorum error fuit. Vnus ille quod volunt clauſulam iuriſiurandi, tum quoque cùm inutile illud eſt & nullius momenti æquipollere clauſulæ, *omni meliori modo*. Alter, quòd volunt clauſulam, *omni meliori modo*, æquipollere clauſulæ derogatoriæ. Tertius fuit
11 Ioann. † Andr. *ad d. cap. quod ſemel de reg. iur. in 6.* & ſequacium exiſtimantium eum qui iurauit ſe non reuocaturum teſtamentum, ſi poſtea reuocet iure quidem id facere hactenus vt ſecundum teſtamentum valeat, ſed tamen eſſe periurum. Quomodo enim periurus eſſe poteſt, ſi iuſiurandum non eſt obligatorium tanquã quod ſit contra bonos mores, vt ex Bartolo ipſo ſupra diſputauimus? Illa verò Ioannis Andreæ † diſtinctio æquè
12 improbabilis eſt, & aliena. An id de quo agitur tale ſit vt pendeat à mera voluntate iurantis, nec ei neceſſe ſit adire prætorem, cuiuſmodi eſt facere teſtamentum. An verò non pendeat à iurantis voluntate, ſed neceſſe habeat ire ad prætorem. Vt priore caſu non obſtante iuramento poſſit contrauenire. Sed tamen periurus fiat poſteriore verò non poſſit contrauenire, quia prætor non debeat eſſe autor periurij. Nam ſi hæc diſtinctio vera eſſet, ſequeretur contra Ioan. Andr. nec valiturum poſterius teſtamentum, quia licèt ad teſtandum non ſit adeundus prætor, adeunda tamen lex eſt ſine qua nemo teſtari poteſt: lex autem non magis periurio fauere aut peierandi licentiam dare poteſt quàm prætor. Et tamen conſtat inter omnes ex iuramento actum teſtandi non impediri.

ERROR III.

De iuramento appoſito in poſteriore teſtamento ad derogandum clauſulæ derogatoriæ appoſitæ in priore.

SVMMARIA.

1 *An iuramentum appoſitum in poſteriori teſtamento habeat vim reuocandi clauſulam derogatoriam appoſitam in priori.*
2 *Baldi & Papy ſententia affirmant quibus rationibus ab iis firmetur.*
3 *Sententia autoru de propoſita quæſtione admiſſa vulgari ſententia de poteſtate clauſulæ derogatoriæ.*
4 *Errare interpretes quod clauſulam iuriſiurandi in ſecundo teſtamento adhibiti ſufficere putant ad reuocandum primum teſtamentum.*
5 *Iuramentum non valet quod certo & deliberato iudicio caret.*
6 *Teſtamentum vi dolóve extortum valet ipſo iure, dummodo inter ipſa teſtamenti ſolemnia neque vis neque dolus interuenerit.*
7 *Iuſiurandum per vim aut metum ſine dolo malo extortum non eſt obligatorium.*
8 *Præſumptionis metus & doli aduerſus poſterius teſtamentum cùm in priori adhibita eſt clauſula derogatoria non elidituꝛ per iuramentum in poſteriori additum.*
9 *Quibus caſibus iuſiurandum prodeſſe poſſit ad clauſulam derogatoriam reuocandam, ſuppoſitis interpretum de vi clauſulæ derogatoriæ placitis.*
10 *Vis clauſulæ derogatoriæ præcipua in quo conſiſtat.*
11 *Iuſiurandum in quocumque actu interpoſitum ſequitur naturam illius actus in quo adhibetur.*
12 *Reſponſio ad primam rationem præſententiæ Baldi & Papij allatam.*
13 *Solutio ſecunda.*

QVÆRO volunt interpretes vt iuſiurandum appoſitum in priore teſtamento habeat vim clauſulæ derogatoriæ ad poſterius impediendum, facit locum huic quæſtioni de iuriſiurand. clauſula appoſita † in poſteriori teſtamento an habeat vim reuocandi clauſulam derogatoriam quæ adhibita fuerat in priore, ſi alia ſpecialior & expreſſior nulla interuenerit. Video autem omnes in hoc conſentire vt putent affirmatiuè reſpondendum eſſe poſt Bald. *ad l. ſancimus. circ. fin. C. de teſtam. quem refert & probat Guid. Pap q.* 128. vbi concludit iuramentum hoc caſu idem operari acſi teſtator ſpecificè mentionem feciſſet de clauſulis derogatoriis in primo teſtamento adiectis. Eiuſque ſententiæ duplex potiſſimùm ratio adferri ſolet. Prima quam ibid. ex Baldo ponit Guid. Pap. quod non reuocatio ipſa clauſulæ derogatoriæ operetur validitatem ſecundi teſtamenti, ſed voluntas ipſius teſtatoris, quæ præſumitur mutata ſi verba derogatoria in primo teſtamento adiecta in ſecundo reuocentur. Ex quo ſequitur vt ſi appareat de voluntate mutata, putà

quia

quia teſtator ita iuranit, tunc ſecundum teſtamentum prævalere debeat, etiamſi non habeat derogatoriam derogatoriæ. Altera ratio eſt, quia inter cætera iuramenti priuilegia quæ à Doctoribus noſtris penè innumera recenſentur, hoc vnum eſt, vt habeat vim ſpecifici & expreſſi conſenſus vt notant omnes ad illius Papiniani reſponſum de quo ſuperiore capite dicebamus *in l. cùm pater. 77. §. filius matrem, de leg. 2.* Nihil ergo intereſt an clauſula derogatoria in priore teſtamento appoſita, expreſſim reuocata ſit per clauſulam reuocatoriam appoſitam in ſecundo, an verò per adhibitum ſimpliciter iuſiurandum.' Cùm dici ſoleat quod eſt in vulgari noſtrorum brocardico, Nihil referre quid ex æquipollentibus fiat. Ego verò, † qui nihil puto verius dici poſſe, 3
quam quod probaui in præcedentibus, nullam eſſe clauſulam derogatoriam quæ poſſit facere, ne per ſecundum teſtamentum quod alioqui iuſtum & perfectum ſit tollatur primum ipſo iure, nõ poſſum dubitare quin multò magis verum ſit quod noſtri volunt, Valere omnimodo poſterius teſtamentum in quo adiecta ſit clauſula iuriſiurandi. Cur enim minoris poteſtatis & efficaciæ debeat eſſe teſtamentum, quod teſtator dixerit & iurauerit velle ſe valere? Sed hoc tamen poſſum dicere, Sup- 4
poſito † errore illo interpretum qui has omnes circa clauſulam derogatoriam quæſtiones inuexit, De poteſtate clauſulæ derogatoriæ in priore teſtamento adhibitæ, vt poſterioris teſtamenti vires impedire poſſit, ſi non expreſſim & ſpecialiter in eo reuocata ſit. In hoc etiam errare interpretes quod clauſulam iuriſiurandi in ſecundo teſtamento adhibiti ſufficere putant vt reuocatio bene facta intelligatur. Nam ſi admittimus clauſulam derogatoriam habere vim cuiuſdam proteſtationis præambulæ quæ oſtendat in poſteriore teſtamento deeſſe voluntatem, vt Cinus dicebat, & Bart. probat *ad l. ſi quis in princ. num. 4. de leg. 3.* adeò vt nihil profit ad reuocandum primum, quod teſtator in ſecundo dixerit. Velle ſe id ſuum eſſe ſupremum teſtamentum, quódque omnes in eo adhibuerit iuris ſolemnitates, ſuam quoque ſi voles ſubſcriptionem, obſignationem ſeptem etiam teſtium & ſignacula & ſubſcriptiones. Quaſi omnia iſta ſimul iuncta non ſufficiant ad faciendum vt teſtandi voluntas aliqua in ſecundo teſtamento adfuiſſe videatur. Quidni adhibito etiam iureiurando pergimus cauillari, & ſi non proſus adfirmare ſaltem ſuſpicari poſſe fieri vt teſtator lingua quidem iurauerit ſed tamẽ geſſerit mentem, vt ille dicebat, iniuratam? Qui enim exiſtimat cum interpretibus noſtris abſurdum non eſſe vt quis faciat teſtamentum ſolemne ſine teſtandi voluntate, cur putabit abſurdum eſſe vt quis iuret ſine teſtandi voluntate. Atqui non magis iuramentum quàm teſtamentum poteſt valere ſi non habeat iurantis voluntatem cùm ex tribus illis notiſſimis comitibus iu- 5
riſiurandi primum ac præcipuum ſit iudicium: Vt nimirum † certo & deliberato iudicio iuratum fuiſſe appareat, quod portè iudicium ibi eſſe non poteſt vbi nec iurandi voluntas eſt. Quinimò hoc plus eſt in teſta- 6
mento quàm in iureiurando, quod teſtamentum † etiam vi dolóve extortum valet ipſo iure, dummodò inter ipſa teſtamenti ſolemnia neque vis neque dolus interuenerit, vt tota ferè Decade ſuperiore probauimus *ex tit. D. & C. ſi quis aliqu. teſtar. prohib. vel coëg.* At iuſiuran- 7
dum † ſiue per vim aut metum ſiue dolo malo extortum eſſe probetur, nullius planè momenti eſt, neq; obligatorium dici poteſt: quia exigit pleniſſimam voluntatis libertatem, cùm præſtetur Deo, quem latêre nõ poſſit, an is qui iurat paſſus ſit vim aliquam, vel metum, vel dolum. Facilius ergo eſt vt iuramentum in ſecundo teſtamento appoſitum nullius momenti ſit, quàm vt 8
ſecundum ipſum teſtamentum per ſe non ſufficiat ad prius reuocandum. Præſertim ſi verum † illud quoque eſt quod pro vero coguntur habere interpretes vt clauſulæ derogatoriæ vim adſtruant: Quoties in priore teſtamento adhibita eſt clauſula derogatoria, præſumi teſtamentum poſterius quod expreſſam reuocationem nõ contineat, extortum eſſe per vim vel metum, vel per dolum, aduerſus quem prudens & prouidens teſtator, voluerit ſe præmunire cùm prius teſtamentum ordinauit, Cur enim putemus elidi hanc præſumptionem per iuramentum additum in poſteriore teſtamento cùm nihil prohibeat ipſum quoque iuramentum eadem vi eodémve dolo extortum eſſe. Cur non potius eadem & vis & metus & doli præſumptio quam inducit clauſula derogatoria ad iuſiurandum quoque protrahatur? Quaſi verò ad purgandum violentiæ dolíve ſuſpicionem ſufficiat id facere quod tamen æquè vim ac dolum admittere poſſit. Et verò cùm ponamus factum eſſe teſtamentũ poſterius ab eo qui non erat immemor clauſulæ derogatoriæ adhibitæ in priore (nam in eo qui eſſet immemor aut propter lapſum decennij aut propter implicationem verborum quibus clauſula derogatoria concepta fuiſſet aliud eſſe omnes volunt) vt nulla opus ſit ſpeciali reuocatione quamuis iuramentum nullum in poſteriore teſtamento interuenerit. An non probabile eſt teſtatorem qui nullam eius clauſulæ cuius meminerat mentionem facere voluit in poſteriore teſtamento, à priore voluntate, quantumuis iurauerit, recedere noluiſſe. At fortè difficiliùs ei erat clauſulam derogatoriam expreſſim & ſpecialiter reuocare, quàmiurare, ſi reuocandi animum habuiſſet? Planè duobus caſibus † putarem iuſiurandum prodeſſe ad clauſulam derogatoriam reuocandam. Primus eſt, Si teſtator iuret non recordari ſe verborum clauſulæ derogatoriæ quam adhibuit in priore teſtamento, aut an aliud teſtamentum vllum vnquam fecerit, in quo adſit clauſula aliqua derogatoria: Hoc enim caſu ſtandum vtique eſt iuramento, de ea præſertim re quæ in ipſius animo & memoria reſidebat, *argum. d. l. cùm quis decedens. 37. §. codicill. de leg. 3.* etiamſi neque decennium præterierit, neque verba clauſulæ fuerint adeò intricata, vt tam citò memoria excidere potuerint. Quamquam & hoc caſu etiam citra iuramentum vix eſt, vt non credi debeat ſimplici adfirmationi teſtatoris, vtique ea ſimplex adfirmatio non debeat haberi pro ſpeciali reuocatione clauſulæ derogatoriæ cuius etiam ſpecialem fecerit mentionem. Omnes namque fatentur adiuuandum eſſe ſecundum teſtamentum quantum fieri poteſt, ſi quid vel minimum ſit ex quo conijcere liceat teſtatorem à iudicio priore recedere voluiſſe: ſed poteſt iuriſiurandi adiectio prodeſſe ad tollendam omnem dubitationem. Alius caſus eſt, Si teſtator iuret neque vi, neque dolo malo cuiuſquam factum eſſe, vt ſecundum faceret teſtamentum, & addat, nec vi aut dolo vllius ita ſe iurare. Nã cùm clau- 10
ſulæ † derogatoriæ vis præcipua in eo conſiſtat, vt inducat præſumptionem violentiæ, vel metus, vel doli contra ſecundum teſtamentum, nulla vel melior, vel aptior clauſulæ derogatoriæ reuocatio eſſe poteſt, quàm quæ fiat iis verbis ex quibus certò, & liquidò conſtare poſſit ſecundum teſtamentum, neque vi, neque dolo malo factum fuiſſe, quamuis nulla ſpecialior aut expreſſior clauſulę mentio facta proponatur. Conſtare autem certius non poteſt, quàm per hoc teſtatoris iuſiurandum. De quo an valeat dubitari non poteſt, cùm aſſertorium ſit, nõ promiſſorium. Eo vſque ſaltem donec contrarium probetur. Nam ſi ex apertioribus probationibus appareret ſimulatum & falſum fuiſſe iuſiurandum & vi dolóve malo extortum, illud ſemper obſeruandum eſſet vt præſumptio cederet veritati, minorque adfirmationi teſtatoris, quam rei geſtæ probationibus fides adhiberetur. Sed extra hos duos caſus vix eſſe puto, vt maior vis eſſe debeat iuriſiurandi in poſteriore teſtamento adhibiti, quàm clauſulæ derogatoriæ appoſitæ in priori. Apud eos ſcilicet qui eiuſmodi clauſulæ derogatoriæ tantam poteſtatem eſſe volunt. Alioquin quid erit facilius, quàm omnes illas cautiones, quibus voluit teſtator

ſibi

sibi prospicere aduersus periculum quod præuiderit condendi alterius testamenti, adhibita illa vnica in secundo testamento iurisiurandi formula eludere? Taceo
11 quod certissimum est: Iusiurandum † in quocumque actu interpositum sequi naturam illius actus in quo adhibetur, *l. vlt. C. de non numer. pecun.* Ex quo sequitur si testator iurauerit in secundo testamento quod alioqui fuerat non valiturum defectu voluntatis, nullius quoque momenti iusiurandum esse debere. Si simpliciter iurauerit testator velle se posterius testamentum valere, nisi præterea talibus verbis conceptum sit vt dubitari nequeat testatorem à priori voluntate recessisse. Indéque facilis responsio est ad duas illas rationes pro tuendo interpretum errore superiùs allatas. Etsi enim
12 fateor † quòd vult Baldus ad validitatem posterioris testamenti sufficere vt appareat mutatam esse voluntatem licèt reuocatio nulla specialis facta sit. Nego tamen probari posse mutatam ex eo solo quod testator iurauerit se posterius testamentum valere, quoniam vt diximus, eadem violentiæ dolique præsumptione laborat iuramentum qua testamentum, adeóque facilius ex ea impediri potest, quàm testamentum ipsum. Quòd verò
13 addunt † nostri iuramentum habere vim specificationis, vt ita dicam, & expressionis, tunc demum admitti potest cùm de ea re agitur quæ expediri potest nuda & simplici voluntate, quia prodest iusiurandum ad enixam voluntatem testificandam, vt in specie, *d. §. filius matrem*, vbi de illo tantùm quærebatur. An fideicommissa in testamento inutili data à legitimis heredibus repetita intelligerentur, quæ repeti vtique potuerant sicut & relinqui nuda voluntate, & quibuscumque verbis dummodo aptis ad significandam voluntatem. At in proposita quæstione, cùm in priore testamento adest clausula derogatoria quæ facit vt in posteriore voluntas deesse videatur, non potest secundum testamentum expediri prima illa voluntate testandi nec [concurrant omnes iuris solemnitates [disputauimus enim supposito errore interpretum pro vero] sed ante omnia opus est, vt mutetur prior voluntas, & ab ea recedatur, ad hoc vt posteriori testamento locus aliquis fieri possit. Probandum igitur esset, quod nos negamus, posse sufficere ad probandam voluntatis mutationem quod testator iurauerit velle se valere posterius testamentum. Potuit enim æquè facilè iurare per vim aut dolum, sciens tamen & cogitans adhuc durare vim clausulæ derogatoriæ in priori testamento appositæ ad posterius impediendum, *arg. l. sicut. §. non videtur. D. quib. mod. pign. vel hyp. solvit.* Sanè si poneres testatorem iurasse mutatam à se voluntatem, res careret dubitatione, quoniam & citra iusiurandum simplici testatoris adfirmationi ea de re credendum esset, *d. l. si quis in princ.* 22. *D. de leg.* 2.

ERROR IV.

De clausula derogatoria iurata.

SVMMARIA.

1 *Varia interpretum sententia de quæstione, an aliqua ratione fieri possit vt eam sibi quis legem præcisè dicat ne à priore testamento recedere possit.*

2 *Quæstio inter Bartoli asseclas de clausula derogatoria iurata, & secundum ad quæstionem responsio.*

3 *Auctoris disputatio aduersus eos qui iramenti clausula derogatoria prioris testamenti addita eam esse potestatem volunt, vt inducat necessitatem clausulæ in indiuiduo reuocandæ.*

4 *Quando clausula derogatoria mentionem facere testator non cogatur ex interpretum sententia.*

5 *Qui specialiter reuocauit clausulam derogatoriam in-*

ratam, specialem etiam iurisiurandi mentionem feciſſe videtur.

6 *In proposito casu locum non habere propositionem*, Ea vis est iurisiurandi vt specialem ipsius mentionem fieri oporteat.

7 *Si specialis clausula derogatoria reuocatio non sufficeret, ne quidem iusiurandum in secundo testamento adhibitum citra specialem clausulæ reuocationem sufficere posset.*

8 *Expressa multa & prosunt & nocent, quæ si expressa non essent, perinde quidem ineſſent, sed tamen non æquè vel prodessent.*

VIX credibile, sed tamen verissimum est, non multò plures interpretum, nostrorum esse opiniones quàm errores: nec nobis fore difficilius de iis Chiliades quàm Decades scribere, si tantùm haberemus, ocij quantum & materiei & animi ad scribendum. Qui sibi persuaserunt posse fieri per clausulam derogatoriam in priore testamento appositam vt posterius testamentum quamuis alioquin iustum & solemne, impediatur tanquam deficiente testandi voluntate, ij subinde quærunt † An 1
aliqua ratione fieri possit vt eam sibi quis legem præcisè dicat, ne à priore testamento recedere possit. Nec defuerunt qui dixerint posse hoc fieri. Quidam ita si testator præmonuerit secundum testamentum quod facturus sit, fore fictum & simulatum, nec ob aliam causam factum quam ad declinandam indignationem consanguineorum. Alij ita, si testator dicat velle se si contingat aliud testamentum à se fieri vt omnia quæ in priore disposuit in posteriore contineantur: Alij si testator non stet in nudis terminis vltimæ voluntatis, sed transeat ad contractum donando ex tunc bona sua omnia heredi instituto si testamentum mutari contingat. Aut saltem ea vendendo pro tanto pretio quod iam sibi solutum esse fateatur: Alij denique si testator iuret nunquam se reuocaturum priorem illam voluntatem. Quas omnes opiniones figillatim & ex ordine refellit Bart. *ad l. si quis in principio, à num.* 11. *vsque ad* 15. *de legat.* 3. tam benè vt in iis diffusius refellendis nos immorari nil sit necesse: Sed ex illis ipsis qui Bartolum secuti fatentur non posse testamenti posterioris factionem præcisè impediri, plerique adhuc disputant, An † fieri saltem possit per clausulam derogatoriam vt 2
prius testamentum difficiliùs reuocetur, etiamsi clausula ipsa derogatoria per testamentum posterius specialiter reuocata esse proponatur. Tandémque concludunt præsentissimum esse remedium si testator iureiurando clausulam derogatoriam confirmet, quia, inquiunt, sequens derogatio quamuis specialis sit non tollit præcedentem dispositionem iuramento firmatam si de iuramento facta mentio non fuerit. Per gloss. *in cap. cùm non deceat de elect. libro 6.* Nisi in posteriore quoque testamento adsit iusiurandum, quo casu fatentur tolli clausulam prioris testamenti iuratam, propterea quòd ea sit vis iurisiurandi vt faciat actum valere omni meliori modo quo valere potest ex *l. cùm pater. 77. §. filius matrem, de legat.* 2. Res eo recidit, vt cùm in priore testamento adiecta est clausula derogatoria quæ iureiurando confirmata sit, non putent sufficere specialem illius clausulæ reuocationem, quam alioquin sufficere omnes consentiunt sed indiuiduam illam requirant, quæ nullo iureiurando interueniente non requireretur. In quo † mirum est tanto 3
maiorem vim eos tribuere clausulæ derogatoriæ quanto minorem deberent. Nam cùm nihil sit quod clausulæ istius vim tam impediat, quàm quòd libertam testandi facultatem nullo modo constringi posse prudentes voluerint, *l. cùm duobus.* 52. *aliàs, l. si fratres, §. idem responderi societatem. D. pro socio.* An non

consequens est, vt quo magis per clausulam derogatoriam ea libertas constringeretur, eo minus vitium & efficaciæ clausula debeat habere ad posterius testamẽtum impediendum? Atqui tantò magis constringit quanto difficiliorem facit prioris testamenti reuocationem. Libertas namque testandi non ex eo solo æstimatur, quod quis semel testando possit de rebus suis omnibus pro arbitrio disponere dum ne quid faciat contra leges, sed ex eo quoque quod mutare voluntatem possit, nouúmque testamentum condere quoties velit, ea tamen lege vt per testamentum posterius necessariò derogetur priori. Ne alioqui vel testator cum duobus testamentis decessisse, vel lex eam voluntatem quæ non suprema fuerit, confirmasse videatur. Ergo qui clausulæ derogatoriæ vim eam esse volunt vt posterius testamentum non aliter patiatur valere quàm si specialiter fuerit reuocata, vt se ab obiectione ista liberarent, si non minorem, certè nec maiorem huic clausulæ potestatem tribuere deberent, cùm iurata fuit quàm cùm iuramentum nullum interceſſit, cùm id quod ex iurisiurandi adiecti autoritate excedit, impedimentum adferat potiùs quàm adimentum ad clausulam derogatoriam confirmandam. Nam si verum est clausulam derogatoriam etiam simplicem contra leges esse, si per eam id agatur vt posteriori testamento derogetur, multò magis contra leges ea videri debebit quæ fuerit iurata, quia tantò magis nititur contra leges, qui non aliam ob causam iurat, quàm vt legum autoritati opponat religionem & autoritatem iurisiurandi in ea re quam scit aut scire debet à legibus esse improbatam. Quòd si Doctores nostri, vt clausulam istam faciant minùs repugnantem legibus, sic rem temperant vt sufficiat eam reuocari specialiter, nec sit necesse reuocari in individuo. An non satis supérque fauerent clausulæ iuratæ, si dicerent non eo minùs valere illam debere quòd sit iurata, quoniam æquè facilè reuocari possit acsi iurata non esset? At cùm è contrario volunt, iuramenti eam esse potestatem vt inducat necessitatem clausulæ in individuo reuocandæ, an non faciunt vt hoc casu tantò minùs valere debeat clausula quæ testandi libertatem si non prorsus auferat, saltem tantopere constringat? Nam & idem fatentur, † Siue de- 4
cennium effluxerit à die conditi prioris testamenti, siue verba clausulæ derogatoriæ sint intricata vt facilè potuerint memoria excidere, succurrendum esse testatori, ne clausulæ derogatoriæ mentionem vllam facere cogatur, vt est apud Guid. Pap. *quæst.* 127. Quanto igitur magis ei succurrendum est qui clausulam derogatoriam in priore testamento appositam in posteriore specialiter & expressim reuocauit, licèt nullam iurisiurandi fecerit mentionem? An non enim satis declarat mutatam à se priorem voluntatem, cùm meminit specialiter clausulæ derogatoriæ. Aut cur volumus ei imputare cur specialem & individualem, vt loquuntur, prioris iurisiurandi mentionem non fecerit, cum nec possit ei imputari cur in priore testamento iurauerit, quandoquidem frustra & contra leges iurauit, *leg. si quis inquilinos.* 112. *§. vltim. de legat.* 1. *leg. non dubium.* 5. *Cod. de legib.* Sed & cùm dici soleat, quod & verum est relatum inesse in referente cum omnibus suis qualitatibus *leg. esse toto. D. de hered. instit.* non possum vi- 5
dere cur non dici debeat satis † specialem iurisiurandi mentionem fecisse testatorem, qui specialiter reuocauerit clausulam derogatoriam quæ fuit iurata: Nam cùm ea clausula vnica fuerit, An fortè potest specialis illa reuocatio ad aliam clausulam referri quàm ad eam quæ iurata fuit. Aut quid est ex quo dubium aliquod vel minimum possit emergere, an de illa ipsa clausula reuocanda testator senserit, cum alia penitus nulla est quæ vel debuerit vel potuerit reuocari. Atqui, in- 6
quiunt, ea vis † est iurisiurandi vt specialem ipsius mentionem fieri oporteat. Hoc enim vnum est quod nobis obiiciunt ex gloss. *in dict. cap. cùm non deceat de elect. in 6.* Sed ego respondeo, vt maximè vera esset illa propositio de qua nunc disputare nihil attinet, non posse tamen eam in proposito casu locum habere, id est, cum de testamenti reuocatione agitur, quia sufficit vt quoquomodo constet testatorem per posterius testamentum quod ritè ac iure perfecerit à priore voluisse recedere, ac voluntatem mutauisse, cum neque per iusiurandum neque alia vlla arte potuerit facere ne voluntatem mutare posset, *d. l. si quis in princ.* Eam porrò voluntatis mutationem manifestissimè probari ex speciali derogatoriæ clausulæ reuocatione etiamsi specialis mentio iurisiurandi siue consultò siue per obliuionem prætermissa sit, cùm non eo minùs certum sit de ea clausula reuocanda quæ iurata fuerat sensisse testatorem. Nihil enim refert an in individuo & proprio nomine digitóve quid demonstretur, an per eam notam quæ adeo certa sit & indubitata, vt quæstioni locum nullum relinquat, *leg. certum. 6. D. de reb. credit.* Quòd si non sufficeret † factam esse specialiter mentio- 7
nem, & reuocationem clausulæ derogatoriæ, multò minùs posset sufficere iusiurandum in secundo testamento adhibitum citra vllam specialem clausulæ derogatoriæ reuocationem. Quantacunque enim sit vis posterioris iurisiurandi, non potest ea maior esse quàm vt prius iusiurandum ipso iure tollat, quo tamen sublato non eo minùs salua & integra remanet clausula derogatoria si non fuerit reuocata. Quippè quàm nihil vetabat fieri ab initio non iuratam, quomodo pleræque & passim fiunt. Sicut igitur in priore testamento aderat clausula derogatoria eaque iurata, ad quam reuocandam non sufficiebat secundum interpretes specialis reuocatio nisi quæ mentionem faceret prioris iurisiurandi. Ita & in posteriore testamento non sufficiet secundum eos, qui errorem illum nunc supponimus pro vero, quod testator iusiurandum adhibuerit, nisi etiam specialiter reuocauerit clausulam derogatoriam. Vt vnumquodque dissoluatur eo modo quo colligatum est, iusiurandum per contrarium iusiurandum, clausula verò derogatoria per reuocatoriam, iuxta vulgarem regulam iuris, de qua *in l. Stichum aut Pamphilum. 95. §. naturalis iunct. l. prout. 80. D. de solut. l. nihil tam naturale. 35. de reg. iur.* Satis enim est, quod posterius iusiurandum eam vim habeat vt dissoluat prius etiam cuius nulla mentio facta sit, quod alioquin specialiter exprimi debuisset. Nec si præterea hanc ei vim demus, vt habeatur pro speciali clausulæ derogatoriæ reuocatione duo specialia circa idem inducamus contra vulgatissimum nostrorum brocardicum, *ex l. C. de det. promiss.* Quod brocardicum etsi est ex numero eorum quæ soleo ridere, quidni tamen nobis liceat cum iis ineptire, vt eorum ineptias profligemus? Non esset quidem inconueniens clausulam illam derogatoriam quam nostri tacitè & per æquipollens inducunt ex solo iureiurando appositio in priore testamento, tolli per iusiurandum subsequens appositum in posteriore voluntate, quasi subsequens quoque tacitè ac per æquipollens clausulam reuocatoriam habere videtur. Ita namque fieret vt nihil amplius esset in posteriore iureiurando quam in priore. Sed cùm in priore testamento adest & clausula derogatoria expressa & iusiurandum. Dico absurdum fore vt per solum iusiurandum adhibitum in posteriore, non modò iusiurandum illud quod in priore adhibitum fuerat, sed etiam clausula derogatoria tollatur citra specialem reuocationem. Nec enim clausula ista siue derogatoria siue reuocatoria quam & derogatoriæ derogatoriam appellant, est ex earum rerum genere, de quibus dici possit. Nihil referre an exprimatur quid, an tacitè contineatur, cùm non contineatur tacitè in iureiurando, sine quo & esse illa potest, & iusiurandum sine illa. Quamquam nec nouum illud est, vt expressa † multa, & prosint, & noceãt, quæ si expressa 8

non a

non essent, perinde quidem ineſſent, ſed tamen non æquè vel prodeſſent vel nocerent, *l. ſi ita legatum.65. §.1. de legat.1. l.ſeruo libertatem.47. l.nonnunquam.52. D.de condit.& demonſt l.expreſſa nocent.195.de reg.iur.* Nocent expreſſa vbi ſcilicet ratione expreſſi occurrit aliqua ratio viciandi actus vt Bald. explicat ad *d.l.nonnunquam.* Eadem igitur ratione dicendum eſt expreſſa prodeſſe,non expreſſa non prodeſſe,cùm ratione expreſſi occurrit aliqua ratio confirmandi actus qui alioquin non valeret. Cuiuſmodi eſt ex interpretum opinione ſecundum teſtamentum cui ſit derogatum per clauſulam derogatoriam poſitam in primo ſi non ſpecialiter clauſula illa fuerit reuocata in ſecundo. Quàm verò parum ad rem faciat quod pro interpretibus obiicitur *ex l.cùm pater.77.§.filius matrem de leg.2.* Iuſiurandum habere vim clauſulæ *omni meliori modo*, conſtat, ni fallimur,apertiſſimè ex iis quæ ſcripſimus in Errorem huius Decadis ſecundum. Itaque nihil id nos nunc moratur.

ERROR V.

Si primum teſtamentum præceſſerit validum, & ſecundum ſit inualidum ex cauſa præteritionis vel exheredationis, vt in vtroque relicta ſint legata & fideicommiſſa. Ad Auth.ex cauſa C. de liber.prater.& leg.vlt.D.de hered.inſtit.

SVMMARIA.

1 *Si primum teſtamentum præceſſerit validum, ſecundum verò ſit inualidum ex cauſa præteritionis vel exheredationis, quæritur quid iuris ſit tam circa Inſtitutiones, quàm circa legata & fideicommiſſa in vtroque relicta.*

2 *Ex ſententia Bartoli rumpitur prius teſtamentum quantum ad legata & fideicommiſſa,non quantum ad inſtitutiones: & vnde hoc adſtruat Bart.*

3 *Notanda quod infert Bartolus ex ſuperiori ſententia,fieri poſſe vt quis paganus cum duobus teſtamentis decedat, & vnde id confirmet Bart.*

4 *Diſputatio aduerſus Bartolum qua probatur Nou.115. §.aliud quoque capitulum, in fin.non pertinere ad caſum quo teſtamentum ſit nullum ex cauſa præteritionis filij in poteſtate & num.13.*

5 *Iuſtinianum in dict. Nou. de iis teſtamentis agere qua teneant ipſo iure,ſed quæ poſtea reſcindenda ſint & euacuanda ex cauſa præteritionis vel exheredationis, per querelam inofficioſi teſtamenti & n.7.*

6 *Querela inofficioſi teſtamenti quando & contra quem competat.*

7 *Teſtamentum quod ipſo iure nullum eſt reſcindi, ſeu rumpi non poteſt.*

9 *Irritum non ſit teſtamentum niſi quod aliquo caſu, & tempore ualuit.*

10 *De qua præteritione loquatur Inſtinianus in dicta Nouell.115.*

11 *Scopus Inſtiniani in d. Nou.115. c. aliud quoque.*

12 *Præterito filio in poteſtate teſtamentum non valet,nec vnquam ex poſtfacto conualeſcit: ſed ipſe filius ab inteſtato ſuus & neceſſarius heres eſt.*

14 *Verbum* præteritionis *in d. Nou.115. Bartolum & alios generaliter de qualibet præteritione etiam paterna perperam interpretari.*

15 *Bartoli aſſeclas ſuam ſententiam inſubidè defendere colore quæſito ex fauore Conſtitutionis erga liberos & legatarios,quibus proſpexit.*

16 *Valdè abſurdum eſt quod Iuſtin. in d.Nou. conſtituit, vt reſciſſo per querelam teſtamento, legata nihilominus conſeruentur.*

17 *Ne quidem poſt d. Nou. conſeruanda eſſe legata ſi teſtamentum in quo filius vel à matre præteritus,vel à patre exheredatus eſt, reſciſſum ſit per querelam iuri veteri cognitam, aduerſus omnium interpretum ſententiam.*

18 *Quæ ſit querela Iuſtinianea,qua non Iuſtinianea: in quibus conueniant, & in quibus differant, & numero 20. & 21.*

19 *Actori ſemper incumbit onus probandi id quod eſt fundamentum ſuæ intentionis, etiamſi mera negatio ſit.*

22 *Regula iuris*, quoties duplici iure defertur aliquid, repudiato nouo iure ſupereſt vetus, *declaratur, & exemplo illuſtratur.*

23 *Errores varij Bartoli circa interpretationem d. Nouell.115. referuntur & refelluntur.*

24 *Vera l.vlt. D.de hered. inſtituend. ſententia aduerſus Bart. aſſeritur & defend. & 26.*

25 *Inter ius & æquitatem poſitam interpretatione ſoli Imperatori & oportet & licet inſpicere.*

27 *Cauſam fuiſſe impulſiuam non finalem illam quam in præfatione poſterioris teſtamenti Androſthenes expreſſerat in d.l. vlt. de hered. inſt.*

ELEGANS quæſtio † eſt non apud elegantiores & Papinianeos iuris interpretes ſed apud vulgus imperitiorum, quam proponit Bart. *ad l. ſi ita.18. num.2. de legat.3.* Si primum teſtamentum præcelleric validum & ſolemne, ſecuudum verò ſit inualidum ex cauſa præteritionis vel exheredationis, & in vtroque legata aut fideicommiſſa relicta proponatur, quid iuris ſit tam circa inſtitutiones quàm circa legata & fideicommiſſa. Quæſtioni locum † facit Iuſtiniani conſtitutio. *Nouell.115. Vt cùm de appellat. cognoſc. §.aliud quoque capitulum*, vnde ſumpta eſt, *Auth. ex cauſa. Cod.de liber. prater.* cuius iam in præcedentibus non ſemel meminimus, quæ primum induxit vt ex cauſa præteritionis vel exheredationis rupto vel irrito facto teſtamento inſtitutiones quidem corruant ſed cætera tamen omnia firma remaneant, &, vt ait conſtitutio, *tanquam in hoc non reſciſſum obtineat teſtamentum.* Inde namque fieri videtur vt in propoſita ſpecie ſecundum teſtamentum quod non valet quantum ad inſtitutionem non poſſit rumpere inſtitutionem in priore factam manente hac parte incorrecto iure veteri de quo, *in l. ſi filius qui in poteſtate.7. D.de liber.& poſthum. vbi ſcriptum eſt.* Si filius in poteſtate præteritus ſit etiamſi viuo patre decedat, non eo magis tamen valere teſtamentum nec ſuperius rumpi. Rumpat tamen quantum ad legata, & fideicommiſſa quæ in priore teſtamento relicta fuerant, faciatque vt nulla debeantur ſed ea tantùm quæ in poſteriore, cùm ex hoc latere valeat poſterius teſtamentum. Atque ita ſupradicto loco ratiocinatur & concludit Bartolus vulgo adprobatus, vltrò inferens † tanquam mirabile, quod alioqui pro abſurdo ei obiicere quis potuiſſet,fieri hoc caſu,vt decedat quis cum duobus teſtamentis etiam inter paganos, cum priore quod ad inſtituriones, cum poſteriore verò quod ad legata. Quod tamen quàm remotum ſit & diſcrepans à notiſſimis iuris regulis,nec Bart.ipſe diffitetur:ſed addit eſſe quaſi de hoc caſum *in l.vlt.D.de hered.inſtit.Rom.* proponebatur Pactumeius quidã Androſthenes Pactumeiã Magnam filiam Pactumeij Magni ex eſſe heredem inſtituiſſe, eique partem eius ſubſtituiſſe:Poſtea Pactumeio Magno occiſo & rumore perlato quaſi filia quoque ipſius mortua,mutauiſſe teſtamentũ,Nonumque Rufum heredẽ ſcripſiſſe hac præfatione. *Quia heredes quos volui habere mihi,continere nõ potui,Nonius Rufus eſto.* Cùmq; de iure Pactumeiæ Magnæ apud Imperat. cognitione ab iis ſuſcepta quæreretur, Refert Paulus licet modus

institutione contineretur, quia falsus non solet obesse, tamen ex voluntate testantis putasse Imperatores ei subueniendum, & ideò pronunciasse hereditatem ad ipsam pertinere, sed legata ex posteriore testamento præstare eam debere perinde atque si in posterioribus tabulis heres scripta fuisset. Vnde fit vt in hac quoque specie videatur Androsthenes cum duobus testamentis decessisse, Cum priore quidem quantum ad institutionem Pactumeiæ Magnæ, cum posteriore verò quantum ad legata in eo relicta tanquam à Nonio Ruto præstanda. Sed vereor ne Bartolo hic acciderit, quod alibi sæpè, vt non magis Iustiniani quàm Pauli mentem percepisse videatur. Etenim † quod ad Iustiniani constitutionem primum attinet, vt hinc exordiamur, magnus & intolerabilis Bart. & aliorum error ille est, quod putant eum quoque casum. Nouella illa constitutione contineri, quo testamentum sit nullum & inualidum ex causa prætentionis filij in potestate, qui ex vtriusque iuris & veteris & noui ratione debuerit institui vel exheredari. Cùm tamen de hoc casu non magis cogitauerit Iustinianus, quam de minuendo iure liberorum, quibus contractio tota ea constitutione voluit potissimum prodesse, vt apparet ex ratione, quam ille addidit in eo ipso loco vnde sumpta est, *dict. Authent. ex causa, in d. §. aliud quoque cap. ad fin.* in iis verbis, *ne liberi falsis accusationibus condemnentur, vel aliquam circumscriptionem in parentum substantiis patiantur.* Minueretur enim proculdubio ius liberorum in parentis potestate constitutorum, si legata in eo testamento, quod nullo iure valuisset, relicta deberentur, quæ olim filius præteritus nullo iure debuisset, *l. is qui in potestate. 15. D. de leg. præst.* Sed multò magis si testamenta huiusmodi hodie valerent ipso iure quæ olim nullomodo valebant, nullóque tempore, adeò vt neque conualescere possent, *d. l. si filius. 7. l. inter cætera. 30. de lib. & posth. l. 1. de inoff. rupt.* & apud Iustin. ipsum *tit. de exhered. lib. in princ.* Nec tanè apertius quicquam est si quis Iustiniani verba non minùs quàm iuris rationem perpendere velit, quam tota ea † Constit. Iustin. de iis testamentis agere quæ teneant ipso iure, & ex quibus adiri possit hereditas ab heredibus institutis, sed quæ postea tamen rescindenda sint, & vt constitutio loquitur, euacuanda ex causa prætentionis vel exheredationis. Alioquin quomodo aut quando possent heredes scripti facere, quod nominatim eis iniungit constitutio, vt exheredationis causam à testatore insertam probarent, si heredes ipsi non essent? Aut quomodo heredes esse possent sine aditione? aut denique adire ex eo testamento, quod ipso iure non teneret? neque enim vel prius vel aliter testamentum haberi pro euacuato & rescisso, vult Iustin. quam heredes instituti excluſi sine à probandis causis ingratitudinis, siue quod eas testator ipse nullas allegauerit, ex illis saltem quas Iustin. solas idoneas esse voluit, siue quod quas testator allegauerat probare non potuerint. Prius autem est vt sint illi heredes quam vt probandum quicquam habeant quasi heredes. Vnde iam olim illud erat vt querela † inofficiosi testamenti non competeret nisi post aditam hereditatem, quia non contra lignum & testamentum ipsum, vt bonorum possessio contra tabulas, *l. quod vulgo. 19. D. de bon. poss. contr. tab.* sed contra heredem, & dabatur olim & hodie datur, *l. Papinianus. 8. §. si conditioni. D. de inoffic. test. l. si quis filium. 34. in fin. Cod. eod.* Atqui Iustin. cum tota illa Nouella tractat de testamento euacuato & rescisso, vtique non de alio † testamento tractat, quàm quod euacuatum & rescissum sit per querelam inofficiosi: nam quod nonnulli somniant intelligendam esse constitutionem de nouo remedio quod ipse induxerit in locum querelæ, quam proinde ea constitutione abrogata esse volunt, planè nugatorium est. & à nobis in prioribus nostris Decadibus explosum. Cúmque Iustinianus aperiè istos casus coniungat, siue testator nullam prætentionis, aut exheredationis à se factæ causam allegauerit, siue eam allegauerit quam heredes instituti probare non potuerint, constituens vt vtroque isto casu testamentum euacuetur & rescindatur, omninò consequens est, vt quemadmodum posteriore casu quo exigimus probationem causæ exheredationis ab herede supponimus in necessarium antecedens testamentum valere adirámque fuisse ex eo hereditatem. Ita & priore casu, qui tamen solus potest habere dubitationem, id est in quo nulla ingratitudinis causa sit expressa à testante, admittendum necessariò sit valere testamentum, ex eóque non solum adiri potuisse, verùm etiam fuisse aditam hereditatem. Qua enim ratione posset aliter verum esse quod Iustinianus constituit vt non possit aliqua ingratitudinis causa allegari nedum probari contra liberos vel prætentos vel exheredatos, cùm nullam testator allegauit? Quis namque allegare posset aut deberet, nisi heres? Quando autem nisi eo tempore quo iam heres factus esset? Ergo adita iam hereditate, vt habiles termini, quod aiunt, perpetuò supponuntur. Neque sanè fieri vnquam potest vt euacuetur testamentum † vel rescindatur, nisi quod teneat ipso iure, cùm id quod ipso iure nullum est rumpi non possit, *l. 3. l. nam etsi. 5. D. de iniust. rupt.* Idque multò melius quàm Bartolus percepit Irnerius qui Authenticam ab illa Iustiniani constitutione exceptam sic concepit, *ex causa exheredationis vel præteritionis irritum est testamentum quantum ad Institutiones.* Irritum enim esse dixit, vt significaret aliquando tenuisse, Irritum † siquidem non fit testamentum, nisi quod aliquo casu & tempore ratum fuit, *l. 1. l. si quis filio. 6. §. irritum. D. de iniust. rupt. & irrit. fact. testam.* nec vnquam videas irritum à prudentibus dici testamentum quod ab initio fuerit nullum. At Bartolus *inualidum*, appellauit, quo nomine illud potissimum significatur quod nullas vnquam vires habuerit. Sed & obseruatione dignum † illud est quod Irnerius in concipiendis Authenticæ verbis priorem fecit exheredationis quàm prætentionis mentionem, vt significaret non de qualibet præteritione intelligendam esse Iustiniani constitutionem, sed de illa tantum, quæ habetur pro exheredatione, cuiusmodi est præteritio siue à matre siue ab aliquo ex maternis ascendentibus facta, §. *mater. Instit. de exhered. liber. l. filiam præteritam. 15. Cod. de inoff. testam.* Etsi Iustinianus non eundem ordinem obseruauit, *in d. §. aliud quoque capitulum*, vbi sic loquitur, *liberos præterire aut exheredes in suo facere testamento.* Nimirum quia non putabat fore vt tam stupidus & supinus quilquam esset qui prætentionis verbum de illa præteritione intelligeret quæ faceret testamentum ipso iure nullum, præsertim cùm & iuncta exheredationis mentio, & iuncta necessitas exprimendæ causæ ingratitudinis satis ostenderet nihil aliud Iustinianum † agere tota ea constitutione nisi vt omni ferè ex parte immutet ius quòd olim obtinebat circa querelam inofficiosi testamenti. Ergo vt de iis tantùm casibus nouum ius faciat in quibus, & erat olim, & etiamnum hodie locus est querelæ, Non de iis in quibus querela non solum superuacua & inutilis futura sit, sed etiam inepta nullóque iure competens, propter nullitatem & inualiditatem testamenti, quod querela omni casu præsupponit valere. Atqui certum est præterito † à patre filio qui fuit in potestate testamentum non valere, nec vnquam ex postfacto conualescere, sed ipso iure filium ab intestato & suum & necessarium heredem esse, ob eámque causam non minùs hodie quàm olim egere beneficio abstentionis ne à creditoribus hereditariis tanquam heres conueniatur. Qui sensus est, *l. filio præterito. 17. D. de iniust. rupt.* in illis verbis, *Quòd si bonis patris se abstinuit.* Non igitur † casus hic pertinet ad Iustin. constitutionem. quod & significant verba illa Iustiniani, *sed quantum ad heredum institutionem pertinet testamento euacuato ad parentum*

heredi

Digitized

hereditatem liberos tanquam ab intestato ex æqua parte peruenire ne liberi falsis accusationibus condemnentur vel aliquam circumscriptionem in parentum substantijs patiantur. Ex quibus verbis apparet, itémque, ex sequentibus in quibus agitur de conseruandis legatis eo testamento relictis, tractare Iustinianum de illo casu quo non solùm ab initio valuerit testamentum quod postea euacuari oportuerit, sed etiam, quod est planè consequens, quo liberis præteritis vel exheredatis non acquiratur hereditas ipso iure ac ignorantibus ne dum inuitis, sed quod possit illi si velint ad hereditatem parentis peruenire: quod non aliter fieri potest vt diximus quàm si testamentum valeat ipso iure: fecit nec verendum erat Iustiniano nec liberi falsis accusationibus condemnarentur vel aliquam circumscriptionem in patris hereditate paterentur à quo præteriti fuissent. Nunquam enim ante Iustinianum obtinuerat vt heres in eo testamento scriptus in quo suus heres præteritus fuisset, posset aliquam præteritionis paternæ causam allegare ad conualidandum testamentum quod ipso iure nullum esset: Prius enim erat vt heres esset quàm vt filio præterito crimen obicere vllum posset, qui tamen heres esse non poterat ex testamento nullo: Nec proinde fieri poterat, vt captionem vllam circa partis substantiam filius hic præteritus pateretur, cui & ignoranti & inuito hereditas acquirebatur. Fefellit tamen Bartolum † cæteróſque interpretes verbum hoc *præteritionis* quasi generaliter accipiendum de præteritione qualibet etiam paterna, Non animaduertentes verba omnia in legibus omnibus, sed maximè Iustiniani constitutionibus in quibus tam multa sunt negligenter & incuriosè dicta, ciuiliter esse accipienda, non captanda vel cauillanda, *l. pen. D. ad exhib.* præsertim verò cùm non solùm iuris ratio eam suadet interpretationem, sed ipsa etiam reliqua legis verba. Neque huius nouæ † & correcto iæ constitutionis extendendæ color quæri ex eo debuit, quod fauorabilis constitutio sit, quæ & liberis & legatarijs fauet. Liberis quidem vt neque causa vlla ingratitudinis contra eos ab heredibus allegari possit quam pater ipse non allegauerit. Itémque vt non cogantur probare, se immerentes exheredatos, quod olim probare cogebantur, *l. liberi 28. C. de inoff. testam.* Legatarijs verò vt euacuato quoque & rescisso testamento quantum ad institutiones legata nihilominùs debeantur, ac si rescissum non esset. Nam quod ad liberos pertinet tametsi constitutio iis fauorabilis sit, multò tamen fauorabilius est, vt non prorrahatur ad præteritionem paternam, quibus nimirum semper commodius futurum est, & expeditius vt testamentum paternum ipso iure nullum sit, quàm vt vel euacuandum vt Iustinianus loquitur, vel rescindendum. Itaque liberorum fauor hanc interpretationem non modò non admittit, sed respuit euidentissimè. Quod autem ad legatarios attinet, an non satis & plus æquo iis fauetur, cùm eo casu quo testamentum valeat quidem ab initio sed postea tamen per querelam Iustinianeam rescissum sit, legata nihilominùs conseruantur, tanquam non rescisso hac parte testamento? Quid potuit constitui non dicam fauorabilius, sed absurdius † & à iuris ratione alienius, cùm ea ratione fiat vt testator pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse intelligatur, vtque possit testamentum pendere à legatis, quod constat non pendere nisi ab institutione? Nisi sanè à Iustiniano vnquam constituendum fuit aut constitui potuit ineptius, nisi illud fortasse quod eadem constitutione factum esse volunt interpretes, vt cogitarent Iustinianus, de legatis conseruandis eo quoque casu quo testamentum ipso iure nullum esset. Ratio enim iuris multò magis restitit ne conseruari legata possint quæ nunquam valuerint, ex eo scilicet testamento quod ab initio non valuit, quàm quæ aliquando valuerunt, ex eo nimirum testamento quod ab initio valuerit, licèt ex postfacto desierit valere, tanquam factum irritum per querelam. Illud porro quod nemo fortasse ante me dixit, Non † esse conseruanda legata ne quidem post eam Iustiniani constitutionem si testamentum in quo filius vel à matre præteritus vel à patre exheredatus fuit ruptum sit & rescissum per querelam non Iustinianeam sed qualem nunc vetere habebant liberi exheredati, & hoc casu vetera iura omnia minime incorrecta. Querelam † Iustinianeam intelligo tam cui Iustinianus nouam istam formam & naturam indidit quam noua constitutio præscripsit: Non Iustinianeam verò illam quæ iuri veteri cognita & in vsu fuit. Quibus etsi commune illud est vt rumpant & rescindant testamentum, ac proinde vt non aliter competant, quam si testamentum teneat ipso iure, Item vt non tam contra testamentum ipsum dentur, quàm contra heredem & consequenter non nisi post aditam hereditatem, In eo tamen differunt quod querela Iustinianea non alio casu locum & effectum habet, quàm quo liberi exheredati sint vel nulla per testatorem expressa causa ingratitudinis, vel expressa ea quam heres scriptus non potuerit probare. Alia verò quam veterem querelam possumus dicere competere omnibus casibus in quibus filius exheredatus velit probare immerentem se exheredatum, huic causam aliquam ingratitudinis testator expresserit hanc nullam. Ex qua differentia etiam illa nascitur quod per querelam Iustinianeam non rescinditur testamentum eo colore quasi testator fuerit demens & insanus eo tempore quo testamentum ordinabat, vt euenit in alia *l. 2. §. 5. in fin. l. Titia. 13. D. de inoff. testam.* sed ob eam dumtaxat rationem, quod solemnitati à Iustiniano introductæ non fuerit satisfactum. Nam quoties filius dicit, videri parentem fuisse insanum tempore condita testamenti, hoc ipsum probare debet, cùm sanæ mentis quilibet esse præsumatur nisi contrarium probetur, Id verò aliter probare non potest quàm si probet ac doceat se immerentem exheredatum: eaque vera ratio erat propter quam olim quisquis proponebat querelam inofficiosi testamenti hoc ipso se onerabat probatione quæ non tantum actor erat, sed etiam adfirmabat, & se immerentem exheredatum, & parentem insanum fuisse, vt Marcellus ratiocinari videtur *in d. l. 5.* Semper enim probatio incumbit ei qui dicit non ei qui negat, *l. 2. D. de probat.* At is qui proponit querelam Iustinianeam nihil adfirmat. Negat tantum aut expressam esse in testamento causam vllam ingratitudinis ex iis saltem quas Iustinianus exprimi permisit aut veram esse illam si quæ expressa fuit: Itaque minùs mirum est si nulla probatione egeret, quamuis si nihil de hoc expressim Iustinianus constituisset, aliud probandum esse, cùm sit actor, & actori semper † incumbat onus probandi id quod est fundamentum suæ intentionis, etiamsi meræ negatio sit, Eo saltem modo quo probari negatio per rerum naturam potest, & hactenus vt contrariæ adfirmationis probandæ onus in aduersarium transferatur. Multo magis cùm ea negatio implicitam habet adfirmationem aut coarctata est tempore vel loco: Qualis semper illa est, cùm filius negat veram esse aut iustam exheredationis causam expressam in patris testamento. Sed quamquam ita est, potuit tamen facilius & iustius constitui à Iustiniano vt immunes essent actores, quàm eo casu quo vellent dicere patrem cùm suprema ordinabat, suæ mentis non fuisse. Ex his verò duabus differentijs, tertia † etiam profluit quæ ad rem nostram magis pertinet, vt querela Iustinianea licet rescindat testamentum quantum ad institutiones, non tamen rescindat quantum ad legata, quia quamuis cessante constitutionis autoritate iuris ratio non pateretur vt sublata institutione legata subsisterent, minor tamen ratio est vt legata corruere debeant ob solam institutionis iacturam, quàm cùm corruit testamentum eo prætextu quod testator non fuerit sanæ mentis. Tanti enim momenti illud est, quod testator

non sanæ mentis fuisse videatur vt etiamsi in testamento quod per querelam veterem hoc solo colore rumpitur, fideicommissa per clausulam codicillarem à legitimis heredibus reperta sint, non eo magis tamen valeant, quia quisquis insanus est aut esse creditur non magis ab intestato quàm ex testamento fideicommissum relinquere potest *d.l. Titia. 13. in fin. de inoff. testam.* at cùm proponitur querela Iustinianea per quam nihil aliud contendit filius exheredatus nisi quod vt diximus negat satisfactum esse constitutioni, quæ porro nullum ius nouum constituit nisi quod ad institutionem, nihil causæ est cur legata circa quæ peccatum non fuit, intercidere debeant, maximè cùm eadem Iustiniani constitutio quæ liberis tantopere fauere voluit, vt neque tam facilè exheredari possent, neque probationibus vllis onerarentur, fauorem hunc eodem contextu temperare voluerit, ne legatariis noceret, quibus iuris veteris autoritas etiam faueret. Quam enim ex eo causam habere possunt liberi exheredati qui de Iustiniano conquerantur, quod voluerit sublata quoque per querelam Iustineaneâ heredum institutione legata nihilominùs omnia salua manere, Cùm si ea Iustiniani constitutio non esset nihil prorsus iuris in hereditate haberent nisi probarent se immeritos exheredatos: quæ probatio, quàm difficilis plerumque sit sciunt omnes, qui in forensi vsu versari vident quotidie nihil esse periculosius quàm si vel certissima quæque probationum & testium lubrico committantur. Proinde boni & æqui consulere debent quod citra vllam probandi necessitatem certi sint de victoria ex sola nouæ constitutionis autoritate. Sed si ponas liberos exheredatos innocentiæ suæ & probationibus quas fortè paratissimas habent, confidentes malle veterem querelam proponere quàm Iustinianeam, & in ea querela obtinere dicendo se immerentes exheredatos. Hoc verò casu fiet iis manifesta iniuria si prætextu constitutionis Iustinianeæ ex qua nullum ipsi lucrum capient, cogantur præstare legata & fideicommissa quæ à demente ac insano relicta esse videantur. Et ideo dico neque Iustiniani mentem illam esse, vt in hoc casu legata conseruentur, Non magis quàm vt veteris querelæ beneficium liberis immerenter exheredatis auferatur, quibus ille è contrario dare voluit & addere nouum. Nemo enim beneficium nouum conferendo vetus adimere intelligatur, præsertim si qua ex parte vetus sit plenius & maioris emolumenti. Quomodo in proposito † querela vetus etsi minus commoda quàm Iustinianea in eo quod & filium exheredatum onerat probatione, & permittit heredibus institutis vt possint obicere filio causam ingratitudinis quam testator non allegauit, dummodo sit vna ex iis quas Iustinianus pro iustis adprobauit. Attamen ex alio latere plenior est quàm Iustinianea in eo, quod totum testamentum rescindit etiam quod ad legata. Non est igitur probabile sublatam illam esse à Iustiniano, qui tota eo constitutione id potissimum agit vt liberis exheredatis faueat, extra eum casum quo fuerint illi meretur exheredati, legatariis verò non nisi eo casu quo alioqui possent ipsi conqueri, in eorum perniciem plus æquo faueri liberis, & quo non possint è contrario cõqueri liberi quod in ipsorum necem plus æquo legatariis faueatur. Id est ita demum si Iustinianeam querelam eligere maluerint liberi exheredati, quàm veterem vt se à probandi onere liberarent. Sic videmus eundem Iustinianum cùm induxit beneficium inuentarij fauore heredum extraneorum, non idcirco iis ademisse beneficium iuris deliberandi quod olim habebant ex edicto prætoris, licèt multo plenius sit omni casu & in omnibus beneficium inuentarij, adeò vt vix quisquam nisi parum cautus hodie causam vllam habere possit petendi temporis ad deliberandum, vt Iustin. ipse iactitat in *l. vltim. Cod. de iur. delib.* Nec video ad quam speciem melius quam ad hanc accommodari possit regula † iuris quæ habet, quoties duplici iure defertur aliquid, repudiato nouo iure superesse vetus. *l. quoties duplici. 91. de reg. iur.* Etsi enim de successione loquitur, quæ ex testamento repudiata ex quo primum defertur, acquiri adhuc potest ab intestato, quod tamen prohibet quod in ipsa successione constitutum est, ad ius illud accommodare quod sit præparatorium ad successionem acquirendam, cuiusmodi est querela inofficiosi testamenti, quam hodie competere diximus ex duplici iure nouo & vetere, sed aliter atque aliter secundum ea quæ nunc explicauimus. Nam quæ quæ in prioribus Decad. à nobis tractata sunt, circa supradictam Iustin. constit. cùm eorum opinionem refutauimus, qui putant inofficiosi querelam hodie sublatam esse, vereor ne minùs bene à nobis, tum vel percepta fuerint vel explicata. Iam ergo vt ad institutam disputationem redeamus, erat Bart. † noster manifestè in eo 23
quod Iustin. constit. extendit ad ea quoque testamenta quæ sint nulla & inualida ipso iure, propter vitium præteritionis paternæ. Ex quo errore alius etiam nascitur in eo quod putat per eam Iustiniani legem factum esse, vt possit quis hodie decedere cum duobus testamentis. Etenim cùm lex Iustinianea non de aliis testamentis loquatur, quàm quæ per inofficiosi querelam, siue veterem, siue Iustinianeam rumpenda, & rescindenda sint, vt probauimus, & consequenter quæ teneant ipso iure, adeóque ex quibus aditio hereditatis non solùm fieri potuerit, verùm etiam facta sit. Apparet non posse fieri in casu illius constitutionis, vt duo sint testamenta, siquidem posterius nunquam potest ipso iure valere quin rumpat prius ipso iure, quamuis ex posteriore non sit adita hereditas dummodò aliquo casu aditi potuerit, vt ait Iustin. in §. *posteriore. Inst. quib. mod. test. infirm.* Tertius Bartoli error est, quod ait, supposito errore illo vt constitutio Iustin. debeat intelligi etiam de paterna præteritione, tamen incorrectam manere Pauli sententiam quæ extat *in d. l. si filius 7. de liber. & posth.* vbi negat rumpi testamentum prius per posterius in quo præteritus sit filius, qui fuit in potestate. Quomodo enim fieri posset vt non rumperetur si Iustin. fecisset vt tale posterius testamentum ipso iure valeret donec rescissum esset per querelam etiam quod ad institutiones, quod ad legata verò nec per querelam saltem Iustinianeam rescindi posset? Numquam certè aut vetus aut noua iurisprudentia admisit vt quis cum duobus testamentis decessisse videatur. Et quod in hanc rem Bart. abutitur eo Imperatorum decreto quod idem Paulus refert *in l. vltim. de her inst.* alius nec leuior eiusdem Bartoli error est. Specialem enim † rationem habet decretum 24
illud, nec tam ex principiis iuris petendam quàm ex autoritate Imperatorum, quos in ea specie mouit summa æquitas causæ, cum ex verbis posterioris testamenti & ex præfatione ipsius institutionis appareret quod testator deceptus probabili errore facti non tam voluntatem mutauerat quæ adfuerat in priore testamento quàm institutionem. Itaque non pronunciarunt posterius testamentum non valere tanquam factum ex falsa causa [certum enim est quod ipsa lex ait falsam causam institutioni obesse non solere vt neque legato obesset quia causa heredem instituendi aut legandi, neque institutioni neque legato cohæret *l. cùm tale. 72. §. falsam causam. de cond. & demonst.*] neque tursus testamentum prius ruptum non esse per posterius, qui enim fieri potest vt non sit ruptum cùm posterius valeat ipso iure? sed pronuntiarunt subueniendum esse Postumiæ Magnæ, quæ in priore testamento fuerat heres instituta, vt proinde ad eam hereditas pertinet, quod lex ait, at non ex testamento priore quod fuit ruptum, neque ex posteriore in quo non fuit ipsa instituta, sed ex mera benignitate & humanitate Imperatorum, ad quos solos spectabat vt ita decernerent, non

etiam

etiam ad quemquã ex prudẽtibus, vt ita reſpondeat, quia
25 inter ius † & æquitatem poſitam interpretationem ſoli Imperatori & opórtet & licet inſpicere, inquit *l. 1. Cod. de legib.* cuius legis vix aptius exemplum adferri vllum poſſit, quàm ex *d. l. vltim.* nec valde diſſimile aliud ex *l. cùm quidam. 30. in princip. & l. Pannonius. 87. D. de acquir. hered.* quarum interpretationem ſe-
26 cimus *lib. 4. Coniectur. cap. 1.* Proinde mirum eſt in † ſpecie *d. l. vltim.* non deberi legata relicta in priore teſtamento quod ruptum fuerit in totum. Deberi verò ea quæ relicta ſunt in poſteriore, quod è contrario totum valeat ipſo iure: cur non enim debeantur: Nam ſi quis obiiciat non fuiſſe iis legatis oneratã Pactumeiam, quæ in poſteriore teſtamento ſcripta non fuit, & ad quam tamen hereditas pertinet, facilis reſponſio eſt, Subueniendum ei fuiſſe ex æquitate contra heredem in ſecundo teſtamento inſtitutum, ac non ſimiliter contra ſecundi teſtamenti legatarios, qui ex præfatione apparebat non fuiſſe illum inſtitutum in poſteriore teſtamento Nonium Rufum, nec facturum aliud teſtamentum ſi Pactumeiam heredem in priore inſtitutam adhuc viuere credidiſſet, ex qua cauſa dolo malo facere videbatur Rufus, qui contra voluntatem defuncti vindicabat ſibi hereditatem. *d. §. falſam cauſam.* Quæ ratio non æquè vſurpari poſſet contra legatarios, quippe quos honorare teſtator potuerat etiam ſaluo manente priore teſtamento, nec alio vllo poſteriore condito, putà per codicillos anteriore illo teſtamento, ſiue expreſſim, ſiue tacitè confirmatos. Eſſet autem bona comparatio inſtitutionis in poſteriore teſtamento factæ, & legatorum in eodem relictorum, ſi teſtator eadem præfatione vſus proponeretur in ligando, qua in herede inſtituendo: quod & Bartolus obſeruauit, licet alio ſenſu. Cauſatur enim neſcio
27 quid de cauſa finali, † quæ ex præfatione colligatur, in eóque paſſim à cæteris laudatur, quaſi vero verba illa præfationis, *Quia heredes quos volui habere mihi continere non potui*, exprimant cauſam finalem, ac non potius impulſiuam poſterioris teſtamenti. Cauſa namque finalis ſemper exprimitur per *vt*, non per *quia*. Et ideo ipſi quoque interpretes ſolent dicere defectum cauſæ finalis non etiam impulſiuæ viciare diſpoſitionem. In propoſito autem non viciari poſteriorem inſtitutionem ex defectu cauſæ iſtius expreſſæ apertè Paulus ſcribit, in eóque rurſus errant maximè interpretes noſtri, qui è contrario putant in illa ſpecie poſteriorem inſtitutionem ipſo iure nullius eſſe momenti. Quod ſi ita eſſet, vtique non debuerant Imperatores reſcribere ſubueniendum ei quæ fuerat in primo teſtamento inſtituta, quam nimirum ſumma iuris ratio ſatis tueretur. Quid enim priorem inſtitutionem poſſet extinguere ſi poſterior non valeret? Aut quo iure legata poſteriore teſtamento relicta deberentur, ab ea præſertim quæ grauata non fuiſſet, ſi teſtamentum ipſum poſterius non defenderetur? Aut denique quomodo defenderetur teſtamentum, ſi inſtitutio ex qua vires accipere debet, nullius eſſet momenti? Ex eo igitur intelligimus etiam iuxta interpretum traditiones cauſam impulſiuam non finalem, fuiſſe illam quam in præfatione poſterioris teſtamenti Androſthenes expreſſerat.

* * *

ERROR VI.

Si teſtator coram ſeptem teſtibus reuocauerit prius ſolenne teſtamentum ſine addiderit ratione quia vult decedere inteſtatus, ſiue non.

SVMMARIA.

1 *Diſtinctio Bartoli & aliorum in quæſtione de verbali ſolennis teſtamenti reuocatione.*

2 *Cur exiſtimet Bart. valere reuocationem cùm teſtator dixit velle ſe inteſtatum decedere: non valere verò cùm hoc non expreſſit.*

3 *Guid. Papius cenſet indiſtinctè reuocari teſtamentum, cùm teſtator coram ſeptem teſtibus ait ſe nolle ſuum teſtamentum valere, ſiue addat quod velit inteſtatus decedere, ſiue non addat, contra Bartol.*

4 *Sententia eorum qui arbitrantur reuocationem ſine hoc ſiue illo modo factam non valere, niſi à die conditi teſtamenti decennium effluxerit, & eius reprehenſio ex Guid. Pap.*

5 *Reprehenſionis Guid. Pap. refutatio, & d. ſertia ſententia defenſio. & n. 10.*

6 *Malè Bartolus & alij requirunt ſeptem teſtes ad reuocandum teſtamentum, cùm pauciores ſufficiant.*

7 *Theodoſij conſtitutionem in l. 21. §. vlt. C. de teſt. non niſi ad teſtamenta imperfecta in quibus inſtituti ſunt venientes ab inteſtato pertinere.*

8 *Iuſtinianus in l. ſancimus. C. de teſtam. in ſpecie de qua agitur ita demum videri bene reuocatum teſtamentum ſtatuit, ſi decennium effluxerit, nec pauciores quàm tribus teſtibus ea reuocatio muniatur.*

9 *Nulla eſt lex qua numerum 7. teſtium faciat ſolennem ad reuocandum teſtamentum, niſi cum reuocatio ſit per poſterius ſolenne teſtamentum.*

11 *Decennium quod Iuſtinianus vult effluxiſſe ad reuocandum teſtamentum vnde computetur.*

12 *Cur teſtamentum perfectum in quo inſtituti ſunt venientes ab inteſtato non pauciores quàm quinque teſtes exigat: ſimplex verò teſtamenti reuocatio tribus contenta ſit.*

13 *Ratio à Guidone aduerſus Bartoli diſtinctionem nu. 1. adductam expenditur, & eius inſufficientia oſtenditur.*

14 *Bartolus perperam cum cæteris ſtatuit valere teſtamenti reuocationem factam coram ſeptem teſtibus, ſi modò teſtator addiderit velle ſe mori inteſtatum.*

15 *Quando verum ſit id quod dici ſolet, Nihil intereſſe an quod ſcriptum eſt inducatur, an adimatur.*

16 *Hereditas teſtamento non aliter adimi poteſt, quàm per nouam & ſolennem inſtitutionem.*

17 *Ademptio teſtamentariæ hereditatis non poteſt confirmari per adition em venientium ab inteſtato contra Bart.*

18 *Quando hereditas legitimis heredibus primùm deferatur, & poſt eos teſtamentariis, vbi refellitur alius Bartoli error.*

19 *Quænam ſunt conditiones quæ etiam cùm expreſſæ ſunt non faciunt actum conditionalem, quia tacitè inſunt.*

20 *Teſtamentariæ inſtitutioni pura conditio extra teſtamentum inſici non poteſt.*

21 *Adimi hereditas directò, neque per codicillos poteſt, neque aliter quàm per teſtamentum.*

22 *Renocatio minùs ſolennis prioris ſolenniſque teſtamenti eſt omnino inualida, etiamſi ſeptẽ habeat teſtes, & dixerit teſtator ſe inteſtatum velle decedere.*

23 *Exceptiones.*

1 DISTINGVERE † in hac quæstione nostri solent, An testator qui alio nullo condito testamento solenne prius quod iam factum habebat revocare voluit, rationem addiderit, Quia velit decedere intestatus: an verò nulla addita ratione simpliciter testamentum prius revocauerit. Et rursus cùm rationem expressit, Quia velit decedere intestatus, An coram septem testibus ea revocatio facta sit an coram paucioribus. Si prius testamentum revocauerit simpliciter, neque addiderit velle se decedere intestatum, volunt plerique non valere revocationem. Atque ita accipiendum esse quod Iustinianus scribit in §. *penult. Inst. quib. mod. test. infir.* ex eo solo non posse revocari testamentum quod testator dixerit nolle se illud valere. Si vero causam addiderit & rationem revocationis, Quia velit decedere intestatus, & quidem coram septem testibus, aliud iuris esse & revocationem valere, quoniam testator qui ita loquitur solennémque illum testium numerum adhibet, hoc ipso videatur instituere legitimos heredes & ab intestato venientes, per quorum aditionem postea secutam confirmari possit ademptio hereditatis alij delatæ per priùs testamentum. Ita Bart. ad *d. l. si iure*. 18. 2 *numer.* 3. *de lega.* 3. vbi rationem † suæ distinctionis adfert, quod quæ per vltimam voluntatem disponuntur siue dando siue adimendo, non aliter valere possint, quàm si per hereditatis aditionem confirmentur, & quidem ab eo faciendum à quo vel datio vel ademptio per testatorem facta esse videatur. Alioqui certum est nemini aut hereditatem aut quicquam aliud à seipso vel dari vel adimi posse. *l. sed si conditioni. 6. §. vltim. D. hered. instit. leg. & quidem totum.* 18. *leg. legatum est delibatio.* 116. §. 1. *D. de legat.* 1. Cùm igitur testator prius testamentum revocat duntaxat, neque addit velle se decedere intestatum, non potest, inquit Bart. valere ademptio quæ fit per huiusmodi revocationem, quia neque instituto adimi potest à seipso, neque à venientibus ab intestato qui neque expressè neque tacitè instituti reperiuntur. Quod non similiter dici potest, cùm testator dixit velle se intestatum decedere, siquidem eo casu adest persona à qua possit vires capere ademptio, legitimi scilicet heredis quisquis ille sit qui saltem tacitè intelligitur esse institutus. Sunt tamen † qui hanc Bartoli distinctionem reprobent, hac 3 potissimùm ratione, quòd quisquis revocat testamentum suum, nec aliud facit, non in alia possit esse voluntate, quàm vt decedat intestatus, & consequenter non minùs credendus est tacitè instituisse venientes ab intestato, quàm si se intestatum decedere velle dixisset. Quid referat an verbis, an facto ipso suam declarauerit voluntatem. Aut quid aliud faciendum habuit ad legitimos successores inuitandos, quàm vt revocaret testamentum in quo alium heredem instituerat, & quod solum impediebat ne ab intestato succedi posset? Itaque secundùm istorum sententiam nihil omnino interest, An testator duntaxat revocauerit testamentum, an in eo revocando addiderit velle se intestatum mori. Quam opinionem contra Bartolum fortiter & magistraliter defendit post alios non paucos Guid. Pap. 4 *quæst.* 200. Alij † denique sunt, qui huiusmodi revocationem siue hoc siue illo modo facta sit valere negant, nisi à die condita testamenti decennium effluxerit, ex *l. sancimus.* 25. *Cod. de testam.* Quos supradicto loco refert & refellit Guid. Pap. ratione illa quod constitutio Iustiniani in *d. l. sancimus*, ad eum casum pertineat, quod tres tantùm testes interuenerint aut certè pauciores quàm septem. Nos verò eum casum tractare, quod septem testes adfuerint, qui numerus sicut solennis est ad faciendum testamentum, ita maioris videtur esse debere potestatis ad illud revocandum. 5 Verùm reprehensio hæc vt † hinc exordiamur, non est iusta. Etsi enim Iustiniani lex exigit, vt ad validandam ex cursu decennij revocationem solennis testamenti non pauciores quàm tres testes adhibeantur, non ideo tamen excludit maiorem numerum testium, vt si plures quàm tres interuenerint, siue quinque fuerint siue septem, cursus decennij non sit necessarius ad hoc, vt revocatio minùs solennis sustineatur. Quòd si quis obiicat, Immo verò ex Theodosij constitutione in *l. hac consultissima.* 21. §. *vltim. Cod. de testam.* quinque testes sufficere ad revocandam priorem voluntatem solennem si revocatio facta sit in fauorem venientium ab intestato: In promptu replicatio est. Malè igitur † Bartolum & Guidonem Papium & cæteros qui hucusque hanc quæstionem tractarunt, requirere septem testes, cùm quinque sufficiant. Quid enim prodesse potest quod septem testes interuenerint potius quàm quinque? An forte vt posterior illa voluntas minus solennis valeat iure testamenti? Atqui hoc negat constitutio ipsa Theodosij quæ posteriorem hanc voluntatem quotiescunque solennis non est, non aliter valere patitur quàm iure vltimæ voluntatis ab intestato. Nec est quod quis dicat de illo casu sensisse Theodosium quo pauciores quàm septem testes interuenerint. Id enim faciebat equidem verum esse si ponas ad posteriorem voluntatem faciendam solennem nihil nisi testium numerum defuisse, aliis scilicet omnibus adhibitis solennitatibus quas in testamento interuenire necesse est. Cur non enim tunc valeret iure testamenti? Sed si ponas aliquam ex cæteris solennitatibus defuisse, ita vt quamuis septem testes adfuissent non eo magis testamentum solenne dici potuisset, quæ species est constitutionis Theodosianæ loquentis de posteriore voluntate inualida & non solenni. Dico hunc quoque casum quo septem testes interuenerint Theodosij lege comprehendi, & voluntatem illam vltimam quæ ex alia qualibet causa solennis non sit, ab intestato tantùm defendi posse perinde ac si quinque tantùm adfuissent. Quod & ipse quoque Bart. sensisse videtur *l. milit.* 36. §. *veteranus. D. de testam. mil.* vbi disertè scribit si testator coram quinque testibus dixerit velle se intestatum mori, reuocatum videri debere prius testamentum in fauorem venientium ab intestato. Cur ergo alibi requirit septem testes ad revocandum prius testamentum, eo præsertim casu quo testator voluerit decedere intestatus? Quamquam in hoc ipso labitur Bart. & cum eo cæteri, quod putant † Theodosij con- 7 stitutionem fauere cuilibet revocationi prioris testamenti quæ modo facta sit in fauorem legitimorum heredum. Quod non ita est. Fauet enim duntaxat testamentis imperfectis, quibus instituti sint venientes ab intestato, vt constat ex verbis constitutionis, & ex *leg.* 2. *D. de inoff. rupt.* quam nos in præcedentibus diximus corruptam fuisse à Triboniano, & ad ius nouum longo post tempore à Theodosio inductum accommodatam, quod neque Accursius & Bartolus diffitentur. Requirit ergo ea constitutio specialem & expressam institutionem legitimorum successorum quæ facta sit in posteriore testamento ad prius euertendum. Est enim ea institutio cùm expressa est multo fauorabilior, quàm cùm tacita tantùm videri potest, vel ob id ipsum quod expressam habet defuncti voluntatem, quodque hoc casu testamentum etsi perfectum non est cœptum tamen fuit, cùm inciperet olim & incipere deberet ab institutione, quæ etiam hodie caput & fundamentum est testamenti. §. *ante heredis. Inst. de legat. l. quod per manum.* 10 *D. de iur. codicill.* At nos eum casum tractamus, in quo testator neque fecerit neque voluerit facere vllum posterius testamentum, sed tantum reuocauerit quod ante fecerat vt intestatus moreretur. Non igitur constitutione opus esset vt hæc revocatio valeret etiam iure voluntatis intestati cùm ad eam Theodosij constitutio po-

rigi

rigi non possit. Porro noua de hac re alia constitutio nulla est præter illam Iustiniani quæ extat in *dict. leg.*
8 *sancimus*, & quæ ad hanc speciem † diserte pertinet de qua nunc disputamus cùm testator nullo alio condito posteriore testamento, tantummodo dixit nolle se prius stare testamentum, vel aliis verbis vtendo contra-
· tiam priori aperuit voluntatem. In qua tamen specie Iustinianus vult ita demum videri bene reuocatum prius testamentum si decennium effluxerit, nec paucioribus quàm tribus testibus ea reuocatio muniatur. Proinde non aliud esse voluit siue quinque siue etiam septem testes in eiusmodi reuocatione intercenerint. Æquè enim his casibus satisfit legi, quia quo plures
9 testes sunt, eo verius est non esse † pauciores tribus. Neque verò vlla lex est quæ numerum illum septem testium faciat solennem ad reuocandum testamentum, nisi cùm reuocatio fit per posterius solenne testamentum, quia nec aliam vllam voluntatem vltimam pro solenni lex agnoscit, nisi quæ sit testamentaria. Verum igitur est, & malè à Guidone Papio reprehensum quod volunt tertiæ huius sententiæ autores, reuocationem
10 † testamenti etiam quæ coram septem testibus facta sit non aliter valere posse, quamuis testator addiderit velle se decedere intestatum, quàm si decennium effluxe-
11 rit, & quidem computandum † vt hoc etiam addamus non ex die reuocationis vt quidam putant, sed vt constitutionis verba non obscurè probant, ex die conditi testamenti, siue ante effluxum decennium siue post facta sit reuocatio: Abrogat enim Iustinianus ea lege constitutionem quæ extat in *leg. 6. Cod. Theodos. de test.* qua cautum erat, vt solo lapsu decennij testamentum reuocatum intelligeretur, id est si testator post conditum testamentum decennio integro superuixisset, etiamsi contrariam voluntatem aperuisset. Dubitari autem non potest quin decennium illud à die conditi testamenti computaretur. A quo enim alio tempore computari poterat cum neque reuocatio vlla, neque aliud quicquam præter fluxum decennij intercueniſſe proponeretur? Æquè illud ipsum ius quod inductum fuerat, vt ex solo lapsu decennij testamentum euanesceret, Iustinianus retentum voluit eo casu quo ad lapsum temporis expressa reuocatio accesserit. Voluit igitur decennium illud computari à die conditi testamenti, non à die reuocationis, & consequenter nihil interesse an reuocatio facta sit ante decennium elapsum an postea. De quo mirum est tantam fuisse inter veteres glossatores & interpretes controuersiam, quantam supradicto loco Guid. Pap. refert, Sed illud rursus difficile videtur intelligere, Cur posterius testa-
12 mentum † imperfectum in quo instituti sunt venientes ab intestato non pauciores quàm quinque testes exigat etiam ad hoc vt defendatur iure vltimæ voluntatis intestati. *d. l. hac consultissima* §. *vltim.* simplex verò prioris testamenti reuocatio contenta sit tribus *d. l. sancimus*, cùm supra dixerimus, quod & verum est, fauorabilius esse testamentum imperfectum, propterea quòd contineat expressam institutionem, reuocatio verò quantumuis expressa non nisi tacitam. Verum facilis responsio est simplicem reuocationem quamuis sit contenta tribus testibus, non ideo tamen potiore iure censeri, quàm testamentum imperfectum, quoniam præterea requirit illa vt effluxum sit decennium, quod tamen non requiritur ad hoc vt voluntas in testamento imperfecto declarata iure intestati sustineatur. Fuitque sanè æquissimum vt minor testium numerus reuocationi etiam simplici præfigeretur, concurrente lapsu decennij, quod ex prioribus legibus solum sufficiebat nulla quoque intercueniente reuocatione ad prius testamentum reuocandum, vt Iustin. ab ea constitutione minùs recedere videretur, quam abrogabat. Æquè
13 malè † idem Guid. Pap. refellit distinctionem illam Bartoli, an prioris testamenti reuocatio coram septem testibus facta sit simpliciter, an addita declaratione quòd testator voluerit decedere intestatus. Etsi namque verum est quod ille contra Bartol. obiicit velle intestatum decedere, quicunque prius testamentum reuocat, cùm reuocato testamento nihil prius supersit nisi vt succedatur ab intestato. Fieri tamen facilè potest, vt quis reuocet prius testamentum non tam vt intestatus moriatur, quàm quòd heredem in eo scriptum habeat pro indigno, & vt faciat locum fisco, qui pro suo iure solet hereditatem auferre scriptis heredibus tanquam indignis, quoties non retinuerunt defuncti voluntatem. *l. si scriptis. 19. & pass. D. de his quæ vt indign.* Vt proinde ad excludendum fiscum, aut ne dubitationi locus relinquatur quid testator senserit, optimum sit consilium, siue per cancellationem testamenti, siue per inductionem nominis heredis instituti, siue quo alio modo prius testamentum reuocatum sit vtiliter & cum effectu, vt testator exprimat ita se facere vt moriatur intestatus. Quo casu vtique potior erit causa legitimorum successorum quàm fisci, qui eos alioqui vinceret. *l. 1. §. pen. D. si tab. testam. null. extab. vnd. liber. l. vltim. D. de his quæ in testam. delent.* quomodo accipiendum certè est quod Iustin. constituit in *l. pen. Cod. de testam.* in illis verbis, *siquidem testator linum vel signacula inciderit, vtpote voluntate mutata, testamentum non valere.* Nimirum si id fecerit vt intestatus moreretur. In quo igitur errauit Bartolus? In eo † nimirum in quo etiam cæteri erra- 14
runt, quod credidit valere testamenti reuocationem factam coram septem testibus, si modò testator addiderit velle se mori intestatum. Quod sanè falsum est. Nam testamentum solenniter factum nullo modo reuocari potest si iuris rationem inspicias nisi per aliud æquè solenne ac perfectum testamentum. *d. §. posteriore. & §. pen. Instit. quib. mod. testam. infirm.* quia cùm sit lex habeatque ab ipsis legibus vim legis, non nisi per aliam & contrariam legem abrogari potest. Lex autem dici non potest, voluntas imperfecta, iniusta, & minus solennis, vt neque testamenti nomen meretur. Eos solos casus excipio de quibus iam diximus, Theodosianum & Iustinianeum, illum si posterius testamentum imperfectum spectet ad vtilitatem venientium ab intestato, & habeat quinque testes. Hunc II prioris testamenti simplex reuocatio facta sit coram tribus testibus, concurratque lapsus decennij à die conditi testamenti. Sed extra hos casus dico nullius momenti esse reuocationem & quemadmodum non est in potestate testatoris, vt decedat cum testamento etiamsi maximè velit nisi eas adhibeat solennitates omnes quas in testamentis necessario adhiberi lex voluit. Ita nec illud vt facto solenniter testamento decedat intestatus. Nisi testamentum prius totum cancellet ac deleat, & tabulas ipsas in mare aut ignem proiiciat in eorum commodum & fauorem quos scit ab intestato sibi heredes futuros. Alioqui vnicum illud remedium ei supereſt, vt aliud faciat solenne testamentum, in quo instituat eosdem heredes quos ab intestato lex ei daturа erat si testamentum nullum fecisset: aut vt expectet auxilium constitutionis vel Theodosianæ vel Iustinianeæ. Nam quod dicitur † nihil interesse an quod scri- 15
ptum est inducatur an adimatur *l. nihil interest. 16. D. de adim. legat.* tunc verum est cùm ademptio tritè ac sufficienter facta est, vt & Accurs. & Bart. interpretantur, qualem hanc esse nos negamus. Neque magis absurdum, aut nouum est, vt qui facto primùm testamento & postea mutata voluntate vellet decedere intestatus, decedat tamen inuitus cum testamento, quia non illud reuocauerit eo modo qui iure ac legibus comparatus est, quàm vt ei qui voluit testatus decedere, tamen inuitus quoque decedat intestatus ob non adhibitas scilicet eas solennitates sine quibus lex non patitur fieri testamentum. Adeò vt idipsum obtineat, etiamsi

patet

patersfamilias qui testari voluit, non habuerit facultatem adhibendarum solennitatum *d. l. conficiuntur.* 8. §. *codicilli. D. de iur. codicill. l.* 2. *D. si quis aliquem testar. prohib. vel. coeg.* Eadem igitur ratione nec testamenti reuocatio minùs solennis ex eo magis defendetur: quod testator qui testamentum reuocare voluit, non habuerit posterioris testamenti eam rem solenniter cõdendi facultatem. Quanto minùs si ei liceat imputare cur solenniter testatus non fuerit, cùm posset? Nec tamen distinguit Bart. an potuerit posterius testamentum condere si voluisset nécne, sed omni casu vult valere reuocationem simplicem, dommodo & coram septem testibus facta sit, & testator dixerit velle se decedere intestatum. Sed & in eo errat Bartolus quod testamenti reuocationem istam valere vult iure ademptionis hereditatis. Quasi hereditas † sit ex earum rerum genere quę 16
testamento adimi possunt aliter quàm per nouam & solennem institutionem. Contra eam iuris regulam cuius in præcedentibus tam sæpe meminimus ex *l. si ita scriptum.* 13. §. *regula. D. de liber. & posthum.* At omnium grauissimus error ille est, quod vult idem Bart. 17
ademptionem † istam hereditatis confirmari per additionem venientium ab intestato: Quis enim vnquam ex prudentibus scripsit testamentariam hereditatem à legitimis heredibus adimi posse. Aut ex additione legitimorum heredum pendêre testamentariæ hereditatis ademptionem? Prius siquidem est vt legitima hereditas delata sit proximioribus agnatis, quàm vt aditi ab iis possit. Et rursus vt testamentariæ successionis ius omne, omnisque spes defecerit, quàm vt ab intestato hereditas cuiquam deferri possit, quoniam causa testati semper præcedit causam intestati vulg. *l. quandiu potest.* 39. *D. de acquir. hered. instit. l. delata.* 151. *de verb sign.* Præposterum igitur est, vt testamentariæ hereditatis ademptio & reuocatio confirmetur per additionem venientũ ab intestato. Quid enim si fortè illi adire nollent? Consequens esset Bartoli sententiæ, vt hereditas quæ legitimis heredibus iam delata fuisset ad testamentarios rediret, vtque testamentum quod aliquando habitum fuisset pro reuocato fauore legitimorum successorum, inciperet rursum haberi pro non reuocato fauore testamentariorum? Quæ omnia vt nemo non videt non tantùm absurda sunt & à notissimis iuris principiis aliena, sed etiam manifestam implicant contradictionem. Eóque casu proculdubio fierent bona vacantia & ad fiscũ deuoluerentur, *l. vlt. D. de succes. edict.* Longéque diuersum est quod pro simili adfert Bartolus ex *l. si ita quis.* 82. *D. hered. instit.* vt probet hereditatem legitimis heredibus primùm deferri, & post eos testamentariis. 18
Sola enim † illius legis species ea est in qua hoc euenire potest, id est cùm testator solenni testamento heredem aliquem instituit sub ea conditione, si legitimus heres vindicare hereditatem nolit. Tunc enim expressa iustaque voluntas testatoris facit, vt legitima hereditas prior deferatur, testamentaria verò non aliter quàm si legitimus heres nemo sit, perinde acsi testamentarius heres sub alia qualibet conditione casuali fuisset institutus. Quid enim refert an quis institutus sit sub conditione illa, *si nauis ex Asia venerit*, an sub hac, *si legitimus heres vindicare hereditatem nolet.* Omni enim casu conditio suspendit institutionem testamentariam, facitque vt non prius deferri ex testamento hereditas possit à lege, quàm extiterit conditio sub qua fuit delata à testatore. Atqui conditio institutionis non potest existere nisi post delatam heredi legitimo hereditatem ab eóque repudiatam. Nec igitur potest talis institutio impedire delationem & acquisitionem legitimæ hereditatis. Multóque minùs delatio sola legitimæ hereditatis repudiatæ, impedire ne nũc primùm fiat delatio quæ nunquam facta fuerit testamentariæ hereditatis. Regressus namque hereditatis à legitimo herede ad testamentarium tunc impeditur cùm delatio cœpit à testamentario, quomodo semper incipit nisi cùm in contrarium expressa est voluntas testatoris vt in *d. l. si ita quis.* quia nunquam bis eidem personæ ex eodem testamento deferri hereditas potest, nisi cùm quis fuit sibi ipsi substitutus: quod non euenit nec euenire potest vbi hereditas testamentaria heredi legitimo semel data fuit. At in eo casu de quo tractamus ponit Bartolus hereditatem testamentario heredi ademptam esse ab ipso testatore per simplicem reuocationem, legitimo autem heredi delatam esse non minùs à testatore quàm à lege. Nihil ergo causæ est cur etiamsi legitimus heres adire nolit, permittendum sit heredi testamentario vt adeat eam hereditatem quæ ei purè adempta fuerit, & in qua si ademptio aliquando valuit, ne quidem sub conditione institutus reperiatur. Nec enim pro Bartolo replicari potest ademptionem hereditatis factam videri sub ea conditione, si hereditatem legitimus heres adire voler, ac proinde dationem hereditatis non nisi sub contraria conditione factam intelligi debere, si legitimus heres vindicare hereditatem noler. Primùm quia conditio illa ademptionis quam Bartolus comminiscitur, non expressa, sed tacita est, & ex earum genere quæ etiam cùm † expressæ sunt non faciunt actum 19
conditionalem quia tacitè insunt. Quemadmodum diximus non esse legatum conditionale quod relictum est sub expressa illa conditione, *si heres scriptus hereditatem adierit. l. aliquando.* 107. *de condit. & demonstr.* Cùm ergo ademptio ipsa pura esse intelligatur, non potest datio videri conditionalis quasi data hæreditate sub contraria conditione. Tunc enim datio quæ ab initio pura fuit ex postfacto fit conditionalis per ademptionem cùm ademptio ipsa conditionalis fuit *d. l. aliquando. in fine.* Deinde quoniam cùm ademptionem istam inducat Bartolus ex prioris testamenti reuocatione facta simpliciter & extra testamentum quantumuis esset illa conditionalis, non posset tamen facere conditionalem institutionem quæ in testamento pura fuisset, quia testamentariæ institutioni puræ † conditio 20
extra testamentum iniici non potest, ne quidem per codicillos *l. quidam.* 27. §. *vltim. D. de cond. inst.* Multo minus igitur per simplicem reuocationẽ quæ nec testamenti, nec codicillorum iure censeatur. In qua nimirum multo magis locum habet ratio quam Modestinus eo loco adducit, quod qui purę institutioni conditionem iniicit, de ademptione hereditatis in defectum conditionis cogitasse intelligatur. Adimi † autem he- 21
reditas directo, neque per codicillos possit, neque aliter quàm per testamentum, sicut nec nisi testamento extraneis datur. *l. hereditas. Cod. de pact. conuen. tam sup. dot.* Quòd si pura institutio testamentaria & solennis non potest recipere conditionem à voluntate minùs solenni quæ extra testamentum facta sit, ne ex eiusmodi conditione ademptio hereditatis contra leges inducatur. Quis ferat quod è contrario vult Bart. ex ademptione hereditatis quæ & secundùm figuram verborum & in effectu pura fuerit, immò quæ, vt probauimus, nunquam valuerit, colligendam esse conditionem quæ institutioni puræ in contrarium casum iniiciatur, vt eam ex pura faciat conditionalem? Ira namque euenit vt tacitè factum esse velit Bart. quod nec expressim fieri potuisset, itémque quod colligatur ex ademptione facta expressim quidem, sed perperam & contra leges, ac rursus purè non sub conditione. Reiecti igitur istis omnibus quæ nugatur Bart. circa ademptionem hereditatis testamentariæ confirmandam per additionem venientium ab intestato. Concludamus reuocationem † 22
minùs solennem prioris solenniſque testamenti planè esse inualidam etiamsi habeat septem testes, hoc etiam addito quod testator intestatum se mori velle dixerit, nisi ea † reuocatio facta sit, vel in testamento imperfe- 23
cto in quo instituti sint venientes ab intestato, ex constit. Theodosi in *d. l. hac consultissima.* §. *vlt.* vel ab eo

qui

qui priori ſuo teſtamento ſupernixerit per decennium, ſiue ante, ſiue poſt renocationem, quæ tamen teſtibus munita ſit, non paucioribus quàm tribus ex conſtit. Iuſtin. in. *d.l. ſancimus. 25. C.de teſta.* Eſtque pro hac noſtra ſententia textus apertiſſimus in *d.l.militis. 36.§. veteranus. D.de teſt.milit.* de cuius tamen loci ſententia diffuſiùs in ſequentib. tractandum nobis erit: nam & in eius interpretatione Bart. errauit.

ERROR VII.

Si teſtator teſtamenti ſolennis linum aut ſignacula incideriț, ob mutatam voluntatem, an tollatur teſtamentum ipſo iure, an ope tantùm exceptionis. Ad l. penult.§.vltim. D. de bonor. poſſeſſ.ſecund.tab.

SVMMARIA.

1 *Q. an ipſo iure, an verò nonniſi ope exceptionis tollatur teſtamentum, cuius linum aut ſignacula teſtator vltrò & ſciens incidit.*
2 *Interpretes exiſtimant hoc caſu teſtamentum non ipſo iure tolli, ſed ope tantùm exceptionis.*
3 *In oppoſitum autoris diſputatio.*
4 *Nihil intereſt an quis ſimpliciter ſcribat teſtamentum valere vel non valere, an addat ipſo iure.*
5 *Exceptio opponi & poni dicitur.*
6 *Omnes exceptiones ſunt facti.*
7 *Lino quo ligata ſunt tabula à teſtatore inciſo, ex iis adiri non poteſt hereditas, aut bonorum poſſeſſio peti.*
8 *Solennitates teſtamentorum à quo adhiberi & retineri, & quando interuenire debeant.*
9 *Textus quibus monentur interpretes vt ſtatuant teſtamentum inciſum non niſi ope exceptionis tolli.*
10 *Papiniani verba in l. pen.§.vlt. D.de bon.poſſ.ſecund. tab. quomodo ad ſuam ſtabiliendam ſententiam inducant interpretes.*
11 *Interpretum explicatio refellitur.*
12 *Vera ſententia d.l. pen.§.vlt.*
13 *Quamuis teſtamentum iure ciuili factum ſit irritum per adrogationem, prator tamen ex eo bonor. poſſeſſionem dare poteſt, ſi modò teſtator & teſtamenti & mortis tempore ſui iuris reperiatur, & ciuis Ro.*
14 *Idem eſt ſi per aliam quamlibet capitis deminutionem teſtatoris teſtamentum irritum factum ſit.*
15 *Prator aduerſus heredem teſtamentarium cui dedit bonor. poſſeſſionem ſecundum tabulas teſtamenti facti irriti per adrogationem, dat etiam legitimo heredi exceptionem doli.*
16 *In propoſito caſu, qua ſint vires exceptionis doli. & num.18.*
17 *Exceptiones omnes ſunt ex iuriſdictione pratoria, & ex aquitate proficiſcuntur: ex eáque ſunt eſtimanda.*
19 *Singulare eſt in exceptione doli, vt nunquam elidi poſſit per replicationem, ſed vt interpretationem recipiat ex aquitate & bona fide.*
20 *Prator ex teſtamento nullo quando det bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas.*
21 *Verborum Papiniani* ſed de viribus exceptionis, *&c. interpretatio Bartolina refertur & refellitur.*
22 *Refellitur illud Bartoli pronuntiatum exceptiuum,* teſtamentum primum tollitur per ſecundum, niſi ſecundum poſtea incidatur vt primum confirmetur, quo caſu primum ad excipiendum valebit.
23 *Quæſtio de qua agitur in d.§.vlt. & ad eam Papiniani reſponſio.*
24 *Diſtinctio Bartoli in controuerſia an teſtamentum inciſum tollatur ipſo iure, refertur & refellitur.*
25 *Emendatur l. 1. §. ſed conſulto. D. de his qua in teſt. del.*
26 *Inductio à teſtatore facta probat quidem voluntatis mutationem, ſed non tollit ſolennitates teſtamenti; nec proinde facit quin valeat teſtamentum.*
27 *Inciſio tabularum plus poteſt quàm inductio.*
28 *Cuinam det exceptionem doli Papinianus in d.§.vlt. vbi Bartoli placita refelluntur.*

DIci quidem ſolet nihil intereſſe, an ipſo iure quid fiat, an ope exceptionis, ſi non tam de iuris ſubtilitate, quàm de rei effectu quæratur, quia nullum ius habere videtur is qui tale habet, quod per exceptionem elidi poſſit. *leg nam is. 6. de dolo. l. nihil intereſt 12. de reg. iur. cum ſimil.* Sed tamen non eſt inanis & ſine effectu hæc quæſtio † an ipſo iure, an verò non niſi ope exceptionis tollatur teſtamentum cuius linum aut ſignacula teſtator vltro & ſciens incidit. Addidit *vltro & ſciens*, quia ſi caſu fortuito id factum ſit etiam à teſtatore ipſo aliud agente, nemo dubitat quin teſtamentum ſubſiſtat, viréſque ſuas retineat acſi tale nihil factum eſſet. *l. 1.2.& paſſ. D. de his qua in teſt. delent.* Etſi autem aperta videtur in hac quæſtione conſtit. Iuſtin. in *l. noſtram. pen. Cod.de teſtam.* interpretes tamen noſtri, quibus ſolenne ac fere perpetuum eſt in ipſa quoque media luce cæcutire, mouent hanc quæſtionem ad eam ipſam legem, quaſi de eo nihil Iuſtinianus conſtituerit. Adcóque quod magis mirandum eſt, concludunt † teſtamentum hoc caſu non ipſo iure 2
tolli ſed tantùm ope exceptionis. Ex *l. qui liberis pen. §. vlt. D. de bonor. poſſ.ſecund.tabul. & l. militis. 36. §. veteranus. D. de teſtam. milit.* Apertiſſimè contra † 3
mentem & verba Iuſtiniani in *d.l. noſtram.* cuius verba iſta ſunt, *ſancientes, ſi quidem teſtator linum vel ſignacula inciderit vel abſtulerit, vtpote voluntate eius mutata teſtamentum non valere.* Quæ verba cùm ad ipſam teſtamenti validitatem pertineant, vtique ad ius teſtamenti referenda ſunt non ad factum, quia quoties dicimus teſtamentum valere vel non valere, ius non factum ſignificamus, cùm à iure ſit vt valeat teſtamentum, vel vt non valeat. Itaque nihil prorſus intereſſet † an quis 4
ſimpliciter ſcribat teſtamentum valere vel non valere an addat, *ipſo iure*, quia cùm non eliditur niſi per exceptionem opus eſt facto aliquo, & eius qui conuenitur, vt opponat eam exceptionem coram prætore mox daturo formulam, & prætoris quoque vt in dictanda formula ponat exceptionem. Vnde eſt quod promiſcuè ſolent prudentes noſtri dicere, *exceptionem † opponi*, 5
Opponi ſcilicet à reo, actori. Poni verò à prætore in formula concedendæ actionis. Proinde quouſque factum illud interueniat ſi quæratur de teſtamenti validitate neceſſe eſt fateri teſtamentum valere ipſo iure, alioquì fruſtratorium & ſuperuacuum eſſet dare exceptionem: Quæ tum etiam cùm & data & vtiliter oppoſita fuit effectúmque ſuum habuit, non eo magis tamen tollit teſtamentum facitve vt deſinat ipſo iure valere, ſed tantùm vt deſinat effectum illum habere quem alioquin habiturum eſſet, quia quæ ſunt facti non poſſunt ius lędere, aut iuris effectum aliquem habere. Omnes autem exceptiones † (vt diximus) ſunt facti *l. ſi vnus. 27.§. pa-* 6
ctum ne peteret. D. de pact. Teſtamentorum verò validitas vt nemo neſcit eſt iuris. Falſum igitur eſt quod Iuſtinianus conſtituit in *dict. leg. noſtram.* vt teſtamentum de quo agimus non valeat, ſi verum eſt quod interpretes volunt, valere ipſo iure, nec tolli niſi ope exceptionis. Sed etſi nihil tale à Iuſtiniano conſtitutum eſſet, ipſa tamen iuris ratio facere deberet, vt hoc ipſum pro conſtituto haberetur. Nam quoties linum quo ligatæ ſunt tabulæ inciſum eſt, quemadmodum ſi alius contra vo-

luntatem

lunratem teſtatoris id fecerit, non eo minùs peti poteſt
7 bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas. Ita ſi teſtator † ipſe inciderit ad teſtandam huiuſmodi facto voluntatis ſuæ mutationem, certum eſt non videri tabulas ſignatas, ideóque ex iis non ſolum hereditatem adire iure ciuili non poſſe, ſed neque bonorum poſſeſſionem iure prætorio peti vt diſertè Vlpianus ſcribit in *l. 1. §. penult. D. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tab.* Addens in *§. ſeq.* non idem eſſe ſi raſæ ſint à muribus tabulæ, vel linum aliter ruptum aut etiã vetuſtate vel ſitu caſúve putrefactum. Hoc enim caſu videri tabulas eſſe ſignatas, maximè ſi proponas inquit vel vnum linum tenere. Eſt enim illa vna ex ſolennitatibus teſtamentorum & quidem vtroque iure prætorio & ciuili. Solennitates † autem hoc
8 exigunt vt à teſtatore ipſo adhibeantur, & vt adhibitæ ab eodem retineantur, ne videatur voluntatem mutaſſe, & teſtamentum infirmare voluiſſe quod vtique infirmare potuit antequàm eſſet à lege confirmatum: quæ legis confirmatio non ſit niſi mortuo demum teſtatore: At non illud etiam exigitur vt ſolennitates durent in tempus vſque mortis, dum ne fuerint ab ipſo teſtatore ſublatæ: alioqui euenjret vt ſi ex ſeptem teſtibus qui teſtamento præſertim nuncupatiuo interfuiſſent, vel vnus decederet ante teſtatorem euaneſceret teſtamentum quia non reperirentur integræ ſolennitates tempore mortis. Quod tamen ita eſt. Teſtamentorum enim ſolennitates ſicut in actu ipſo teſtandi interuenire debent, ita ex tempore ipſo teſtamenti æſtimandæ ſunt, ſiue quæratur an adhibitæ fuerint, ſiue an ritè. Sequentis verò totius temporis ad diem vſque mortis teſtatoris nulla prorſus ratio habetur, non magis quàm eius quod ſequitur mortem, niſi quatenus facto & voluntate ipſius teſtatoris aliquid ex ſolennibus detractum reperitur, vel immutatum. Quid ergo fuit quod in tam aperta & iuris ratione & Iuſtiniani conſtitutione interpretibus noſtris tenebras offundere potuit? Nimirum † quod à Papiniano reſponſum eſt in
9 *d. l. pen. §. vlt. D. de bonor. poſſ. ſecund. tab.* & à Paulo in *d. l. militis. 36. §. veteranus. D. de teſtam. milit.* Neutri enim reſponſi vim nec rationem perceperunt. In *d. §. vlt.* Papinianus tractat primùm eam ſpeciem, de qua nonnihil iam ſcripſimus in præcedentibus. Cùm teſtator facto teſtamento adrogandum ſe præbuit, deinde ſui iuris effectus vita deceſſit. Atque ſcriptum heredem ſi poſſeſſionem petat, doli exceptione ſummoueri, quia dando ſe in adrogationem teſtator cum capite fortunas quoque in familiam & domum alienam conferat. Planè ſi ſui iuris effectus codicillis, aut aliis litteris eodem teſtamento ſe mori velle declarauerit, voluntatem quæ defecerat, iudicio recenti rediiſſe intelligi. Deinde ſubiungit, *non ſecus ac ſi quis aliud teſtamentum feciſſet, ac ſupremas tabulas incidiſſet, vt priores ſupremas relinqueret.* Hæc verò verba ſunt quæ interpretes fefellerunt.
10 Sic enim ab iis accepta † ſunt, quaſi Papinianus has ſpecies in omnibus ſimiles eſſe velit, hoc ſenſu vt quẽadmodum in priore ſpecie doli exceptio datur legitimis heredibus contra heredem in teſtamento ſcriptum petentem bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas, ita in poſteriore danda ſit ei qui priore teſtamento ſcriptus fuit aduerſus heredem inſtitutum in poſterioribus tabulis, quas ponimus ideo teſtatorem incidiſſe, vt priores ſupremas relinqueret. Sed facile eſt animaduertere
11 Papinianũ † ſic, neque ſenſiſſe neq; intelligi poſſe. Nam in poſteriore ſpecie vel exiſtimauit Papinianus priores tabulas valere inciſis poſterioribus, vel non valere. Si putauit valere, ac proinde vt ſuprà explicauimus etiam ipſo iure: non putauit igitur valere ipſo iure poſteriores: niſi fortè credidit quod nec imperitiſſimus quiſquam crederet, poſſe quem in paganis decedere cum duobus teſtamentis. Quòd ſi poſteriores in hac ſpecie ipſo iure non valent: nullam ex iis actionem, aut hereditatis, vel bonorum poſſeſſionis petitionem habere poteſt ille qui fuit in ipſis inſtitutus. Nec proinde vlla poteſt indigere exceptione is qui in prioribus ſcriptus fuerat, cùm ſit tutus ipſo iure, & omnis exceptio præſupponat in contrarium actionem quam elidat. Si verò putauit Papinianus priores tabulas non valere tanquã ruptas per poſteriores, etiamſi teſtator deinde poſteriores inciderit, & ad priorem voluntatem redierit. Conſequens eſt dicere vt ex iis hereditas, aut bonorum poſſeſſio obtineri non poſſit, ac proinde vt nulla ſit ratio propter quam heredi in ipſis inſtituto ſuccurri debeat per exceptionem, cuius ſcilicet ope fieret, vt hereditatem hic nullo iure retineret, quàmuis nihil etiam iuris habeat is qui fuit ſcriptus in poſterioribus, quas teſtator incidit. Non enim bona erit illatio ſi quis dicat, vel ob hoc ipſum ei ſuccurrendum eſſe qui in prioribus ſcriptus fuerat, quod herẽs in poſterioribus ſcriptus non habeat pro ſe defuncti voluntatem. Cùm nihil veret vtrumque excludi, illum quia priores tabulæ ipſo iure ruptæ ſint per poſteriores: Hunc verò quia poſteriores inciſæ ſint ab ipſo teſtatore. Hereditatem verò ad legitimos heredes pertinere, ſi teſtator probetur ideo incidiſſe poſteriores tabulas vt inteſtatus moreretur, vt in *d. l. 1. § penul. D. ſi tab. teſt. null. extab. unde liber.* Aut ad fiſcũ ſi non tam fauore legitimorum heredũ eas inciderit, quàm vt oſtenderet habere ſe heredes in iis ſcriptos pro indignis, vt *l. 3. D. de his quæ in teſtam. delent. cùm quidam. 12. D. de his quæ vt indign.* Dicendum
12 † igitur eſt Papiniani mentem eam eſſe, vt has duas ſpecies comparet, etiam in eo quod circa priorem dixerat de danda doli mali exceptione legitimis heredibus contra heredem teſtamentarium, ſed non hoc ſenſu, vt ſimiliter danda ſit heredi ſcripto in prioribus tabulis contra ſcriptum in poſterioribus, quomodo malè vulgo interpretantur, at iſto potius vt quemadmodum circa eam priorem ſpeciem dixerat, heredem ſcriptum in tabulis quæ per adrogationem collapſæ fuerant, ſi ex iis petat bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas non debere vereri exceptionem doli mali, ſi teſtator ſui iuris effectus declarauit, aut in codicillis, aut in aliis literis, velle ſe mori cum eo teſtamento. Sic in poſteriore quoque ſpecie cùm teſtator diuerſis temporibus plures tabulas fecit, ſi poſteriores tandem inciderit ea mente, vt priores tanquam ſupremæ valerent, nihil aliud requiri intelligamus ad hoc vt bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas ex prioribus peti poſſit vtiliter, & cum effectu ſine metu exceptionis doli, quamuis per poſteriores ruptæ fuerint, & quidem ipſo iure. Idque contextus ipſe Papiniani demonſtrat. Illa enim comparatio, *non ſecus ac ſi quis aliud teſtamentum feciſſet, ac ſupremas tabulas incidiſſet, vt priores ſupremas relinqueret* non eſt poſita niſi poſt totam priorem ſpeciem tractatam. Ergo & quod ſequitur apud Papinianum. *Nec putauerit quiſquam nuda voluntate conſtitui teſtamentum, non enim de iure teſtamenti maximè quæritur, ſed de viribus exceptionis.* ad vtramque ſpeciem referendum eſt non ad poſteriorem tantùm, vt à Bartolo aliiſque interpretibus malè factum video, potiùs ad priorem ſolam, in qua fuerat expreſsè facta mentio exceptionis doli. Quod ridiculè idem Bartolus ad *d. §. teſtamento.* intelligi vult de exceptione facti ſeu intentionis tantùm, eos prætextu quòd teſtamentum ab eo conditum, qui poſtea ſe in adrogationem dederit ſublatũm ſit ipſo iure. Nam imò verò intelligi debet de illa exceptione cuius auxilium neceſſarium ſit legitimo heredi ad excludendum ius heredis ſcripti in eiuſmodi teſtamento, quia quamuis teſtamentum † iure ciuili factum
13 ſit irritum per adrogationem ſicut fieret per aliam quamlibet capitis diminutionem, quoniam filiusfamilias, neque ciuili, neque prætorio iure, aut teſtamentum facere, aut factum habere poteſt. Non eo minùs tamen prætor ex eo bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas dare poteſt, ſi modo teſtator

&c.

& teſtamenti, mortis ſuæ tempore ſui iuris reperiatur, & ciuis Romanus, quandoquidem nihil aliud exigit prætor, nec curat media tempora, *l. 1. §. exigit. D. eo. §. non tamen. Inſt. quibus mod. teſt. infirm.* vbi quæ hac
14 parte ponitur differentia inter † adrogationẽ & cæteras capitis diminutiones, Triboniana planè & erronea eſt, vt pluribus ſcripſimus *lib. 10. Coniect. cap. 19.* Nam ſiue teſtator facto iam teſtamento, factus ſit filius-familias per adrogationem, ſiue ciuitatem amiſerit per deportationem, ſiue etiam libertatem fortè ex aliqua cauſa effectus ſeruus pœnæ [nam in eo qui factus eſſet ſeruus hoſtium nihil tale tractari poſſet propter fictionem & conſtitutionem poſtliminij teſtamentum fit irritum omni iure, & prætorio, & ciuili, ſed cum hac tamen diſtinctione quod iure ciuili omnino, & in perpetuum inutile eſt, vt ex eo aditi hereditas nunquam poſſit, etiam ſi teſtator mortis ſuæ tempore, & ſuis iuris & ciuis Romanus reperiatur. Iure autem prætorio licet non eo magis conualeſcat teſtamentum, vt ex eo poſſit peti bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas quæ quæ ſit omnimodo futura cum re, qualis procul dubio eſſet, ſi prætor vellet conualeſcere teſtamentum. Hactenus tamen ſuſtinentur tabulæ vt heres in iis ſcriptus audiendus ſit ſi petat bonorum poſſeſſionem, in qua danda facilis eſt prætor, tum quoque cùm prætorio non minùs quàm ciuili iure teſtamentum nullum eſt, puta ſi in eo præteritus fuerit ſuus heres nempe qua nec curat valde an futura ea ſit cum re an ſine re. In propoſito autem hæc bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas quam heredi in iſtis tabulis ſcripto prætor dediſſet vtique eſſet cum re, niſi legitimus heres agentem illum poſſet repellere per exceptionem doli, ex ea cauſa quod non habeat pro ſe defuncti voluntatem, quippe quæ per adrogationem mutata videatur, bonis omnibus adrogati ſimul cum ipſius capite translatis in familiam adrogatoris, Quod in cæteris omnibus capitis diminutionibus diuerſum eſt, in quibus nihil interuenit ex quo poſſit conjici aliqua mutatio voluntatis, Prætor itaque qui teſtamentario heredi dat bonorum poſſeſſionem ſecundùm iſtas tabulas idem ille dat legitimo heredi exceptionem doli contra heredem teſtamentarium vt impediat ne bonorum poſſeſſio illa ſecundum tabulas ſit cum re contra defuncti voluntatem, quam non poteſt negari mutatam fuiſſe per adrogationem. Nec ob id minùs dabitur hæc doli exceptio, quod voluntas illa quæ per adrogationem defecerat, recenti iudicio rediiſſe probetur: quia ſemper in facto verum eſt mutatam aliquando fuiſſe voluntatem, Exceptiones autem omnes facti ſunt, nec niſi rem factã demonſtrant, ſed tamen nullas † habebit vires, quia
16 iudex qui in hoc iudicio cognoſcet, æſtimare illam debebit non tantùm ex perſona heredis teſtamentarij eiuſdemque actoris cui illa opponitur, qui vtique negare non poſſet mutatam fuiſſe teſtator.s ſui voluntatem, verùm etiam ex perſona heredis legitimi eam opponentis, cui non eſt permittendum vt objiciat mutationem voluntatis quæ probetur poſtea rediiſſe, aut vt prætextu mutatæ voluntatis, veniat ille ipſe contra voluntatem. Adeo vt neque vlla in eam rem opus ſit
17 replicatione. Cùm enim exceptiones † omnes ſicut ex iuriſdictione prætoria, ita & ex æquitate proficiſcantur, æſtimandæ ſemper ſunt à iudice ex ea ipſa æquitate quæ illas inducit, nec ſunt neceſſariæ replicationes ad elidendas exceptiones, niſi cùm diuerſa æquitas eſt, & ex diuerſo facto emergens illa quæ replica-
18 tionem inducit. At in propoſito, quæ æquitas † inducit exceptionem doli, nempe quod non habeat teſtatoris voluntatem heres, cùm teſtator dedit ſe in adrogationem, eadem facit vt exceptionem hanc contemnere iudex debeat, ſi videt probatum eam voluntatem quæ per adrogationem defecerat, recenti iudicio rediiſſe, quia tunc verum eſt heredem legitimum qui hanc exceptionẽ opponit multo magis eſſe in dolo, cùm multo minùs habeat pro ſe ſupremã defuncti, voluntatẽ quã è cõtrario nunc habet heres ſcriptus qui ante habere deſierat. Eſtque hoc ſingulare † & obſeruandum in exceptione doli, vt nunquam elidi poſſit per replicationem (quid enim replicare vnquã poſſet is qui in dolo eſſet?) ſed vt interpretationẽ recipiat ex bona fide & æquitate, hactenus ſaltẽ ne vnquã ei prodeſſe debeat qui ipſe ſit in dolo ex quacunq; cauſa, at longè magis ſi ſit in eo ipſo dolo quẽ obijcit actori, vt in propoſita ſpecie contingit. Idque nimirum eſt, quod in fine *dict. §. vlt.* addit Papinianus, *Non enim de iure teſta. maximè quæritur*, ſcilicet cùm tractatur de bonorum poſſeſſione ſecundũ tabulas, quam prætor † dare ſolet etiam ex teſtamento
20 nullo ſi modò proferantur tabulæ ſeptẽ teſtium ſignis ſignatæ, & ab eo factæ qui vtroque tempore teſtamenti & mortis habuerit teſtamenti factionem, ideoque bonorum poſſeſſionem hanc non ſecundum teſtamentum ſed ſecundum tabulas ſolemus dicere, quia teſtamenti nomen iuris eſt, tabularum verò rei corporalis, *Sed de viribus exceptionis, quæ in hoc iudicio quanquam actori opponatur, ex perſona tamẽ eius qui opponit æſtimatur.* In
21 quorũ † etiã verborũ interpretatione noſter idẽ miſer Bart. infeliciter laborat, nec feliciùs cæteri. Nam cùm totam iſtam clauſulam referant ad poſteriorem Papin. ſpeciem de illo teſtatore qui duo teſtam. fecerat deinde poſteriores tabulas inciderat, vt priores ſupremas relinqueret, ſic eam interpretantur, vt quod Papin. ait de actore intelligant de herede ſcripto in ſecundo teſtam. cui opponatur exceptio doli per heredem ſcriptum in primo ſc. tanquã poſſidentem eundemq; conuentum. Et quod Papinianus ait æſtimari hanc exceptionem ex perſona illius qui eam opponit ſic explicat, vt inſpicere iudex hoc vnum debeat an is qui exceptionẽ opponit ſcriptus ſit in primo teſtamento vt tunc demũ non aliàs exceptionem opponere poſſit. Quæ omnia ſunt ridicula & ex iis quæ iam diximus ſatis apertè confutata. Eiuſdémque infelicitatis ne dicam amentiæ eſt, quod idem Bart. poſt Accurſ. notat ad *d. §. vlt.* ex eóq; probari putat, Teſtamentum † primum tolli per ſecun-
22 dum etiã ſecundum poſtea incidatur vt primum confirmetur, quia tunc, inquit, primum ad excipiendũ tantùm valebit, Addens in ſequentibus hoc teſtam. non reconualeſcere vt detur actio heredi ſcripto contra extraneũ poſſeſſorẽm, ſed tantùm vt detur exceptio poſſidenti. Debuit enim dicere duobus teſtamentis ſolenniter factis tolli prius per poſterius ipſo iure, nec quãuis poſtea ſecundum incidatur ea mente vt primũ confirmetur, primum tamen vnquam conualeſcere ſiue ciuili ſiue prætorio iure ne quidem ad excipiendum, ſed tamen in iure petendæ bonorum poſſeſſionis ſecundũ tabulas potiorem eſſe cauſam primi teſtam. quàm ſecundi, quia ex ſecundo quod inciſum fuit prætor nundaret eam bonor. poſſeſſionem cùm ante omnia exigat vt tabulæ ſint ſolenniter ſignatæ nec raſæ, nec inciſæ aut cancellatæ: Ex primo autẽ daret, etiamſi alia mente teſtator poſteriores tabulas incidiſſet, quàm vt priores ſupremas relinqueret quoniam ſufficit ei quod videat illas ritè ſignatas: verum non idcirco heredem inſtituturum cum ea bonorum poſſeſſione rem quoque habiturum omnimodo, ſed eo duntaxat caſu quo nulla exceptione poſſit ſummoueri ab herede legitimo, qui planè habet paratam exceptionem doli cùm veniat contra defuncti voluntatem heres ſcriptus in priore teſtamento quod abrogatum ſit & ipſo iure ſublatum per poſterius, niſi probet ipſe voluntatem teſtatoris ſui quæ per poſterius teſtamentum defecerat iudicio recenti rediiſſe, quod probatur ſatis cum teſtator declarauit, non aliã ob cauſam priores tabulas incidiſſe quàm vt priores ſupremas relinqueret. Tunc enim ea ipſa exceptio doli quam legitimus heres huic heredi teſtamentario objiciebat quaſi veniret contra voluntatem, in eum

ribus aut ne bonorum poſſeſſio ei data cum effectu ſit? Nam ſi quis alius rem aliquam hereditariam detineat, quam heres ſcriptus poſt acceptam bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas vtili vindicatione petiturus ſit, non poteſt eo prætextu impedire beneficium prætoris, cùm nihil iuris ſibi adſerat in vniuerſitate bonorum quæ per bonorum poſſeſſionem acquiritur *l. 1. 2. & 3. D. de bonor. poſſeſſ.* Sed tamen ſi poſtea vtili vindicatione tanquam poſſeſſor illius rei hereditariæ conueniatur, non negat Papinianus quin danda ei ſit exceptio doli ad poſſeſſionem rei ſingularis ſibi tuendam, atque daretur legitimo heredi ad ius vniuerſæ ſucceſſionis ſibi adferendum. Vtroque enim caſu eadem æquitas eſt dandæ exceptionis poſſeſſori qui conuenitur, contra eum qui agit ex teſtamento aduerſus voluntatem: Et verum eſt doli exceptionem ſemper eſſe in rem ex parte illius qui eam opponit, ſiue deſcendat à dolo cõmiſſo in agendo, ſiue à dolo commiſſo in forma agendi, quæ ineptiſſima eiuſdem Bartoli diſtinctio eſt. Nam etiamſi is qui conuenitur ſit extraneus, aut alius talis qui pro ſe non habeat defuncti voluntatem, non eò minùs debet habere doli exceptionem ſi actor veniat contra voluntatem, quia vires huius exceptionis doli ex perſona petentis non ex perſona opponentis æſtimantur: niſi cùm in opponentis perſona tale aliquid eſt quod faciat ne petenti nocere exceptio debeat putà ſi opponens ipſe ſit in dolo. Sic enim accipiendum eſt quod Paulus ſcribit in *l. militis* 36. §. *veteranus D. de teſtam. milit.* vt Paulus cum Papiniano concilietur, de quo tamen pluribus dicendum erit in cap. ſequenti. Ex his apparet delenda eſſe vnica littura omnia Bart. & poſt eum cæteri tractant ad *d.* §. *vlt.* Adeo errat ille in omnibus, niſi in eo quod ſcibit caſum illum priorem de quo Papinianus tractat eſſe exillis in quibus etiam hodie neceſſarius eſt vſus bonorum poſſeſſionis ſecundùm tabulas. Quamquam in hoc ipſo errat quod non idem admittit in poſteriore ſpecie Papiniani, exiſtimans poſſe ipſo iure aditi hereditatem ex tabulis à teſtatore inciſis potiùs quàm bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas peti ex iis quæ fuerint ruptæ per poſteriores, quod vtrumque ſanè ridiculum eſt.

ERROR VIII.

De ſententia & ratione §. veteranus l. militis. 36. D. de teſtam. milit.

SVMMARIA.

1 *L. militis 36. §. veteranus D. de teſt. milit. non pertinere ad quæſtionem vtrum teſtamentum inciſum tollatur ipſo iure, an ope exceptionis tantùm, aduerſus interpretes.*

2 *Ad heredis ſcripti ius euertendum non ſufficere, quòd non habeat defuncti voluntatem, & quæ præterea requiruntur.*

3 *Cur Paulus in d. §. veteranus tractet de teſtamento iure communi facto.*

4 *Doli exceptio quando detur heredi legitimo aduerſus heredem teſtamentarium.*

5 *Retentio datur poſſidenti plerumque etiamſi nullum in re ius habeat, at exceptio nunquam.*

6 *Cur apud Paulum non ſubmoueatur exceptione doli heres ſcriptus petens hereditatem ſubmoueat verò ille legatarios petentes legata.*

7 *Quomodo accipienda ſint verba illa Pauli in d. §. veteranus.* Cuius exceptionis vires ex perſona petentis æſtimantur.

8 *Conciliatio Pauli in d. §. veteranus, & Papiniani in l. pe. §. vlt. D. de bon. poſſ. ſecund. tab.*

9 *Verborum Pauli in d. §. veteranus & alioquin potior eſt in re pari cauſa poſſeſſoris. Vera ſententia.*

10 *Perperam ſtatuere Bartolum, ſi quinque teſtes adfuiſſent, aliud reſponſurum fuiſſe Paulum in d. §. veteranus.*

ADDVCI etiam ſolet hic locus ab interpretibus vt probent teſtamentum quod à teſtatore ipſo inciſum ſit, non ideo tamen ipſo iure infirmari, ſed ope exceptionis tantùm. Quàm rectè & appoſitè videamus. Veteranus moriens, inquit Paulus, teſtamentum iure communi tempore militiæ factum irritum eſſe voluit, & inteſtatus eſſe maluit. Heredum inſtitutiones ac ſubſtitutiones in eodem ſtatu manſiſſe placuit, legata verò petentes exceptione doli mali ſecundum ius commune ſummoueri. Cuius exceptionis vires ex perſona petentis æſtimantur, Et alioquin potior eſt in re pari cauſa poſſeſſoris. Hactenus Paulus, † in cuius reſponſo etſi ſit mentio exceptionis doli contra legatarios agentes ex huiuſmodi teſtamento, nihil tamen eſt, ex quo poſſit colligi tractare Paulum de teſtamento cuius tabulæ fuerint inciſæ. Nihil enim aliud ponit à teſtatore factum fuiſſe, niſi quod dixerat velle ſe irritum eſſe teſtamentum ſuum, & inteſtatum ſe mori. Quæ voluntatis nuda declaratio multo minùs potens eſt ad euertendum teſtamentum, quàm ſi tabulæ incidantur, vt docuimus in præcedentibus. Itaque ſi nihil aliud circa Paulum difficultatis emergeret, expediri vno verbo res poſſet, nihil eum locum pertinere ad rem & quæſtionem noſtram quæ eſt de teſtamento inciſo. Nam quantum interſit an teſtator teſtamenti ſui tabulas inciderit vt inteſtatus moreretur, an verò duntaxat dixerit velle ſe inteſtatum decedere, priúſque teſtamentum irritum eſſe, vel ex eo apparet quod nec interpretes ipſi negant teſtamento inciſo ſummouendum eſſe heredem in ipſo ſcriptum oppoſita exceptione doli mali, ſi ex eo vel hereditatem adire, vel bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas petere velit. Et tamen Paulus in ea ſpecie quam tractat, licet loquatur de doli exceptione, non vult opponi contra heredem in eo teſtamento inſtitutum, quem è contrario vult non tantùm ipſo iure, ſed etiam in effectu heredem eſſe & manere: ſed ait objici eam poſſe & debere ab herede aduerſus legatarios petentes legata ex eo teſtamento, vt intelligamus, Teſtatorem qui nihil aliud fecit quod dixit velle ſe inteſtatum mori, & irritum eſſe teſtamentum ſuum, legatariis quidem nocuiſſe, ſed heredi ſuo non ſolùm non nocuiſſe, verùm etiam profuiſſe, in eo nimirum quòd à legatorum præſtatione illum exonerauit. An quia minùs verum ſit hunc heredem non habere pro ſe defuncti voluntatem, quàm ſi teſtamentum inciſum eſſet, aut heredis nomen inductum? Minimè. Nec enim poſſit apertiùs teſtator voluntatem ſuam declarare contra heredem teſtamentarium, quàm ſi dicat velle ſe irritum eſſe teſtamentum, & male inteſtatum mori: ſed quia ad heredis ſcripti † ius euertendum, ſiue ipſo iure, ſiue per doli exceptionem non ſufficit, quòd heres ſcriptus non habeat defuncti voluntatem, niſi etiam illud concurrat, vt vel teſtamentum ipſo iure ſublatum vel irritum factum ſit in ſpecie. §. *vlt. l. pen. D. de bonor. poſſ. ſecund. tab.* de cuius ſententia ſuperiore capite ſcripſimus, id eſt cùm teſtator dedit ſe adrogandum, aut poſteriores alias tabulas perfecit. Vel teſtator addiderit habere ſe inſtitutum heredem pro indigno, vt in ſpecie *l. cum quidam. 12. D. de his quæ vt indign.* quod tamen niſi expreſſerit aut verbis, vt in *l. hereditas 4. C. eod.* aut facto, ſcilicet iuducendo nomen heredis, vt in *l. 3. ff. de his quæ in teſtam. delent.* nunquam in dubio præſumendum eſt. Alioqui ſi nihil horum omnium factum ſit, non poteſt ſola teſtatoris voluntas facere

quin teſtamentum ſolenne quod & voluntatem teſtantis ab initio habuit cum neceſſariis ſolennitatibus, & ſolennitates illas retinuit, in ſuo remaneat ſtatu quantum ad inſtitutiones ex quibus ſolis teſtamentum æſtimatur. Quia nimirum, neque ex ſola teſtantis voluntate conſtitutum fuerat, ſed ex ipſa etiam legis autoritate, quæ in adhibendis ſolennitatibus conſiſtit.
3 Atque ob eam videlicet cauſam tractat Paulus † diſertè de eo teſtamento quod factum fuerit iure communi quamuis tempore militiæ, quia ſi teſtamentum fuiſſet militare, aliud certè reſpondiſſet, quando quidem militum teſtamenta conſtant nuda voluntate, nec aliam legem, aut ſolennitatem habent quam vt nullas curent leges, nullas ſolennitates. Et ſanè priùs eſt vt hereditas,
4 † vel ſaltem bonorum poſſeſſio aliqua delata ſit legitimo heredi quàm vt poſſit prætor eum audire petentem doli exceptionem contra heredem teſtamentarium: nec quod fortè res hereditarias poſſideat ei pordeſſe in hanc rem poteſt. Facit enim poſſeſſio duntaxat, vt in pari cauſa & non iure vtriuſque potior ſit qui poſſidet hoc ipſo quod poſſidet nullaque indigeat exceptione, cùm exceptio ſupponat actionem quam habere non poteſt is quem ponimus nullum ius habere. At cùm prius teſtamentum ipſo iure tenet, non poteſt heres in eo ſcriptus eſſe ſine iure & actione. Poſſeſſorem igitur omnem quiſquis ille ſit neceſſe eſt, aut tueri ſe aduerſus eum exceptione aliqua, aut vinci. Exceptionem porrò nullam habere poteſt tanquam poſſeſſor, ſi alia eius dandæ cauſa nulla ſit, id eſt ſi non aliunde ius habeat retinendæ eius rei, quam poſſidet ac cuius nomine conuenitur. Retentio † datur poſſidenti plerunque etiamſi
5 nullum in ea re ius habeat, vt in *l. 1. ff. de pign. l. 1. §. vlt. ff vbi poſſid. 1. Paulus. 16. §. vlt. ff. quib. mod. pig. vel hypoth. ſoluit.* Sed exceptio nunquam niſi ei quem æquum ſit ex alia quàm poſſeſſionis cauſa, & vincere ſi exceptionis auxilio adiuuetur, & adiuuari vt vincat. Cùm exceptiones omnes dentur ex æquitate & contra eum qui ſummo iure vinceret ſi eius intentio per exceptionem non eliderctur, quis æquum putet ſuccurri ei qui nullum omnino ius habeat, etiamſi poſſideat, cùm ab eo conueniatur cui merum ius non deſit ad vincendum? Indéque petenda eſt ratio diuerſitatis, ſi quis quærat, Cur † apud Paulum non ſummoueatur exceptione doli heres ſcriptus petens ex eo
6 teſtamento hereditatem, ſummoueat verò ille legatarios petentes legata, cùm omnibus commune illud ſit, quod non habent voluntatem: Nam heredi ſcripto fauet ratio illa vt poſſit agere contra quemcunque quod teſtamentum ipſo iure valet, & non obſtante contraria teſtatoris voluntate in eodem ſtatu manſit, vt proinde neque poſſit dici malè agere, neque cur ſummoueri debeat per exceptionem ab eo qui ſe nullo vel iure vel iuris colore tueatur. Eadem porrò ratio eidem fauet contra legatarios, vt ſi ab iis conueniatur poſſit iis objicere exceptionem doli, quia & veniunt illi aduerſus voluntatem defuncti, & habet ipſe ius hereditatis teſtamentariæ retinendæ, non ſolùm tanquam poſſeſſor, ſed etiam tanquam heres iuſto teſtamento inſtitutus. At è contrario nulla ratio fauere poteſt legitimo heredi eum adeſt teſtamentum validum, non ruptum, non cancellatum, & ex quo is qui inſtitutus fuit heres eſſe ſummo iure & poſſit & velit, quia nullum ius eſt legitimi heredis ſubſiſtente teſtamento. Rurſus nec legatariis fauere quicquam poteſt aduerſus heredem ſcriptum, quia cùm petant legata ex eodem teſtamento ex quo retinet ille hereditatem, hoc ipſo fatentur teſtamentum valere, ac proinde etiam quod ad inſtitutiones quæ ſi non valerent, neque teſtamentum valere poſſet, quod ex iis, vt diximus, æſtimatur. Et quamuis non minùs verè poſſint contendere teſtatoris voluntatem non facere pro herede, quam heres iis obiicere quod veniat contra voluntatem, in eo tamen diſpar illorum & heredis ratio eſt, quod non poſſunt legatarij obtinere hereditatem per non ius heredis, quia etiamſi haberent illi ius conſequendorum legatorum, nec hereditas ad heredem tanquam indignum pertinere poſſet, non ideo tamen ad legatarios pertineret: Inter quos ſcil. & heredem ius adcreſcendi eſſe non poteſt, cùm & ad res diuerſas, & multum diuerſo iure ſint vocati. At poteſt heres & debet per non ius legatariorum ſiue ſummo iure ſiue æquitate deſtituantur, obtinere legata ſi modò habeat ius retinendæ hereditatis, quandoquidem legatũ nihil aliud eſt, quàm hereditatis delibatio qua teſtator ex eo quod alioquin vniuerſum heredis foret, alicui collatum quid velit *l. legatũ eſt delibatio 116. de legat. 1.* Et in ſumma continetur res legata in hereditate, at non hereditas è conuerſo in re legata. Sicque accipiendum † eſt meo iudicio, quod Paulus ſcribit 7
in *d. §. veteranus Cuius exceptionis vires ex perſona petentis æſtimantur.* Tunc enim verum eſt exceptionis doli vires ex perſona petentis æſtimandas eſſe, cùm is qui eam opponit, habet ius opponendi [quod non aliter contingit, quam ſi eam opponendo ius aliquod habeat rei vt ſupra diximus retinendæ] & præterea dolo caret, cùm ſit peabſurdum doli exceptionem dari ei, qui ipſe ſit in dolo, ſcilicet circa eandem ipſam rem cuius nomine opponit doli exceptionem: Vt in ſpecie *d. l. pen. § vlt. de bon. poſſ. ſecund. tabul.* vt tractat Papin. de legitimo herede cui, cùm non haberet pro ſe ſupremam defuncti voluntatem ad obtinendam hereditatem, aut bonorum poſſeſſionem ab inteſtato, tamen heredi ſcripto objiciebat doli exceptionem, quod peteret ille bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas factas irritas per adrogationem aut per alias tabulas poſteriores. At apud Paulum in *d. §. veteranus*, non poſſunt legatarij objicere heredi ſcripto, quod ſit in dolo circa eam ipſam rem quàm illi ab herede petunt, id eſt circa res legatas cùm non eas petat heres, ſed retineat, nec retineat tanquam res legatas, ſed tanquam hereditarias aut potiùs tanquam hereditatem ipſam in qua nullam ei controuerſiam facere legatarij poſſunt. Itaque cùm legatarij eas res petunt ab herede, & heres objicit eis doli exceptionem quaſi venientibus contra voluntatem, non poſſunt huius exceptionis vires æſtimari ex perſona heredis eam opponentis, quippe qui nihil dolo malo facere videri poteſt in eo quod hereditatem ſibi retinet, quã legatarij non ſolum ab eo non petunt nec poſſunt petere, ſed è contrario potius fatentur ad eum pertinere hoc ipſo quòd legata ab eo petunt. A quo enim poſſent legata petere niſi ab herede? Sufficit ergo heredi ad victoriam, & vt poſſit vtiliter iis opponere exceptionem doli, quod non habeant voluntatem defuncti licèt nec ipſe habeat: quia non niſi ex eorum perſona poſſunt huius exceptionis vires æſtimari hoc caſu, in quo faciunt illi dolo malo cum agunt contra voluntatem defuncti, non etiam heres cùm excipit de dolo. Tametſi enim ipſe quoque heres non habeat pro ſe voluntatem, non tamen bona conſecutio vt eo magis præſtare debeat legata, immo tanto minùs quanto certius eſt legata non deberi ſi nullus ſit heres ex teſtamento. Et ita conciliandus eſt Paulus † in *d. §. veteranus*, vbi ait huius doli exceptio- 8
nis vires ex perſona petentis æſtimandas eſſe, cùm Papin. in *d. l. pen. §. vlt.* vbi contra ſcribit eandem exceptionem doli quanquam actori opponatur; in hoc tamen iudicio ex perſona eius qui opponit æſtimari. Rectè verò *in hoc iudicio* quia ſi generaliter & indiſtinctè loqui velimus, illud ſequendum eſt quod Paulus ait exceptionem doli ex perſona petentis æſtimandam eſſe cùm per eam non de alio quæratur quàm vtrum in dolo ſit is, qui agit. Sed in hoc iudicio, inquit Papinianus, i. in hoc caſu de quo ille reſpondit,

aliud

aliud eſt quia non in dolo eſt actor, qui licèt petat bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas ex teſtamento facto irrito aut rupto per ipſius teſtatoris voluntatem, habet tamen pro ſe ſupremam illam voluntatem, quæ recenti iudicio rediiſſe intelligitur: Sed in dolo eſt reus ipſe, id eſt, legitimus heres contra quem petitur ea bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas, pro quo non poteſt amplius facere voluntas quæ rediit, ad heredem inſtitutum. Et conſequenter cum hæc doli exceptio non poſſit vires accipere ex perſona actoris qui nullius doli conſcius reperitur, neceſſe eſt vt æſtimari debeat & infirmari ex perſona eius, qui opponit qui eſt ipſe in dolo. Æſtimatur enim ex perſona petentis cùm vires aliquas habeat, & vt aliquas habeat propter dolum qui ſit in petente. Ex perſona verò eius qui opponit, cum vires nullas habet, & vt nullas habeat, propter dolum ipſius opponentis. Quod autem ſequitur † apud 9
Paulum *in d. §. veteranus, & alioquin potior eſt in re pari cauſa poſſeſſoris*, alia ratio eſt qua vult ille probare potiorem in ea ſpecie eſſe debere cauſam heredis quam legatariorum, licèt tam ille quàm illi deſtituantur voluntate defuncti. Senſus autem eſt, patem eſſe in cæteris omnibus cauſam & heredis & legatariorum, quia ſi ſummum ius inſpiciatur omnes nituntur teſtamento iuſto, ſolemni, nec niſi fruſtra & perperam reuocato. Si verò æquitatem, quæ ex ſuprema voluntate teſtatoris æſtimanda eſt, ea neque pro herede neque pro legatariis facit: Sed hoc plus eſt in herede, quod & reus & poſſeſſor eſt. In pari igitur cauſa, id eſt etiamſi æquè omnes in dolo eſſent, vt ob eam cauſam doli exceptio non minùs ex perſona opponentis æſtimari & infirmari, quàm ex perſona petentis vires accipere deberet, adhuc tamen futurum vt heredem iure poſſeſſoris, & rei vincere, legatarios verò vinci oporteret: Quiſquis enim poſſidet hoc ipſo, quod poſſidet plus iuris habet quam qui non poſſidet, *l. 2. D. vti poſſi.* Quamquam nec dici poteſt patem eſſe hac parte cauſam heredis & legatariorum. Nam præter ea quæ hucúſque diximus, illud etiam pro herede facit, quod legata nuda voluntate adimuntur, non quidem vt ipſo iure deſinant deberi, debentur enim quamdiu teſtamentum valet (in cóque fortiora ſunt quàm fideicommiſſa quæ ipſo iure deberi deſinunt, quia nullum iuris vinculum habent ſed tantum voluntatis) at vt oppoſita doli exceptione ſummouendus ſit legatarius, qui venit contra voluntatem, vt diſertè ſcribit Vlp. *l. 3. §. vltim. D. de adim. legat.* At inſtitutiones heredum non ſimiliter nuda voluntate infirmari poſſunt, non ſolùm ipſo iure ne alioqui minùs vitium habeant, quàm legata quæ tamen ex ipſis vires accipiunt, ſed neque oppoſita doli exceptione. Quia eſt qui poſſit obicere exceptionem doli legatariis. Heres nimirum ad quem hereditas ſummo iure ex eodem teſtamento pertinet, & cuius intereſt non minùs eam per legata, vt habeat & retineat tanto locupletiorem. Nemo autem eſt qui eandem exceptionem obiicere poſſit heredi, quia ſubſiſtente teſtamento ipſo iure fieri nequit vt vel heres legitimus vel alius quiſquam ius habeat retinendæ hereditatis. Quæ etiam ratio facit, vt ſi legatarij ſint indigni, quod non retinuerint voluntatem, non ideò tamen legata pertineant ad fiſcum, ſed remaneant penes heredem, cui legatariorum indignitas nocere nec poteſt nec debet. Si verò heres ipſo indignus ſit, hereditas ad fiſcum deuoluatur: quia nemo eſt alius ad quem hereditas pertinere poſſit, ſtante teſtamento cuius validitas nihil commune habet cum heredis indignitate: At ſtante etiam legato, ac proinde ſtante teſtamento, heres tamen eſt qui rem legatam retinere & poteſt & debet, cùm legatarius eſt indignus, oppoſita ſcilicet, vt diximus, doli exceptione, *d. §. veteranus*, quia legati validitas non deſtruit immò ſupponit validitatem teſtamenti ex quo ius heredis æſtimatur: Ius verò teſtamenti deſtruit & (vt melius dicam) impedit ius heredis legitimi, & alterius cuiuſcumque, præter quàm fiſci, qui è contrario nihil iuris habere poteſt ex perſona indigni, quin ſupponat valere teſtamentum. Atque ita Paulum explicandum eſſe arbitror. Nec tamen poſſum hìc conquieſcere, & mihi temperare, quin ſubiiciam grauiter errare Bartolum & † quotquot eius ſen- 10
tentiam ſequuntur, qui ad *d. § veteranus*, notat. Si in ea ſpecie de qua Paulus reſpondit, quinque teſtes adfuiſſent, aliud reſponſurum fuiſſe Paulum, neque dubitaturum quin ruptum fuiſſet teſtamentum fauore venientium ab inteſtato, Ex *l. 2. D. de iniuſt. rupt. l. hac conſultiſſima. 21. §. vltim. Cod. de teſtam.* Nam vt oſtendimus in præcedentibus. Rumpitur quidem hodie ex illa Theodoſij conſtitutione teſtamentum prius quantumuis ſolemne per poſterius etiam imperfectum, in quo inſtituti ſunt venientes ab inteſtato. Sed neceſſaria eſt expreſſa inſtitutio, nec ſufficit tacita, vt conſtitutioni locus eſſe poſſit: quia & ſic ferunt verba conſtitutionis, & ratio facit vt fauorabilius videri debeat teſtamentum quod imperfectum eſt, quàm quod nullomodo teſtamentum eſt neque perfectum, neque imperfectum. Atqui nullum prorſus teſtamentum, eſt ne quidem imperfectum in quo expreſſa inſtitutio nulla eſt, ſiquidem imperfectum teſtamentum appellamus quod cœptum quidem ſed non finitum eſt. Cœptum autem videri nequit quod nullam habet expreſſam inſtitutionem, cùm inſtitutio ſit caput & principium teſtamenti, etiam hodie, non quidem ordine ſcripturæ vt olim [hoc enim à Iuſtiniano immutatum eſt, *§. ante heredis. Inſtit. de legat.*] ſed ordine iuris & intellectus. Porrò cùm teſtator nihil aliud dixit quod veteranus ille apud Paulum, velle ſe teſtamentum ſuum irritum eſſe, malléque inteſtatum decedere, nullam expreſſit inſtitutionem. Nullum ergo teſtamentum feciſſe videri poteſt neque perfectum neque imperfectum. Ac proinde non pertinet hic caſus ad Theodoſij conſtitutionem, nec ſi quinque teſtes adfuerint. Immò nec ſi ſeptem. Solus enim ille ſolemnis numerus teſtium licèt ſit neceſſarius in quolibet ſolemni teſtamento non tamen ſufficit ad inducendum & conſtituendum ſolemne teſtamentum: cuius ſcilicet ſolemnitas intrinſeca conſtat ex ſola inſtitutione. Ex teſtium autem numero, ſubſcriptionibus & ſignaculis ea tantùm quæ eſt extrinſeca.

ERROR IX.

De clauſula codicillari adpoſita in ſecundo teſtamento inualido, quod ſit confirmatum per aditionem venientium ab inteſtato.

SVMMARIA.

1 *Q. facto primo teſtamento ſolemni deinde alio inualido in quo adſcripta ſit clauſula codicillaris poſtea verò adita hereditate à venientibus ab inteſtato; an primum teſtamentum reuocatum ſit per ſecundum.*
2 *Bartoli reſponſio.*
3 *Reſponſionibus Bartoli refutatio.*
4 *Per poſterius teſtamentum quamuis imperfectum rumpitur prius ſi in poſteriori inſtituti ſint venientes ab inteſtato.*
5 *Clauſulæ codicillaris effectus, cùm adiicitur poſteriori teſtamento imperfecto in quo ſunt inſtituti venientes ab inteſtato, is non eſt, vt prius tollat.*
6 *Si in poſteriori teſtamento imperfecto inſtituti ſint extranei non poteſt illud confirmari per aditionem*

venientium ab inteſtato, nec ſi clauſulam codicillarem contineat, contra Bart.

7 *Per quam additionem hereditatis confirmetur teſtamentum.*

8 *Confirmatio teſtamenti ſecundi & confirmatio clauſulæ codicillaris in ſecundo teſtamento appoſita quantum differant.*

9 *Abſona ſententia Bartoli de clauſula codicillari confirmante ſecundum teſtamentum referitur & refellitur.*

10 *Clauſula revocatoria* Caſſans & irritans omnia teſtamenta, &c. *in teſtamento inutili eſt inutilis.*

11 *Clauſula codicillaris cur adhiberi ſoleat.*

12 *Quid nudæ teſtantis voluntati accedere debeat, vt teſtamentum infirmetur.*

PROPONIT hanc quæſtionem Bartolus ad *l. ſi iure* 18. *in fi. de legat.* 3. Si quis † primum teſtamentum ſolenne fecerit, deinde aliud inualidum & minùs ſolenne in quo adſcripſerit clauſulam codicillarem, poſtea verò adita ſit eius hereditas per venientes ab inteſtato. An primum teſtamentum reuocatum ſit per ſecundum. Et reſpondet † reuocatum eſſe, quia ſecundum confirmatum ſit per additionem eorum qui ab inteſtato ſuccedunt, & conſequenter non eſſe reuocatum, ſi neque ab inteſtato adita ſit hereditas per legitimos ſucceſſores. Ego planè fateor me non intelligere quid ſibi Bartolus velit, aut valde ſtulta eſt quæſtio, & ſtultior ad propoſitam quæſtionem reſponſio. Nam vel ponit Bartolus † in ſecundo teſtamento inſtitutos fuiſſe legitimos ſucceſſores à quibus ponit ille poſtea fuiſſe aditam hereditatem ab inteſtato, vel extraneos qui nullum ius habuerint ſuccedendi ab inteſtato. Priore caſu non poteſt dici, cur requiratur expreſſio clauſulæ codicillaris in ſecundo teſtamento ad prius infirmandum. Iam enim docuimus & diximus ſæpius, in quo omnes conſentiunt, per poſterius † teſtamentum quamuis imperfectum rumpi prius ſi in poſteriore inſtituti ſint ij qui ventre poſſunt ab inteſtato ex *l. hac conſultiſſima. 21. §. vlt. C. de teſtam. l. 2. D. de iniuſt. rupt.* Proinde nil neceſſe eſt adiici in poſteriore clauſulam codicillarem, quæ nec † cum effectum habere poteſt, vt rumpat prius teſtamentum, ſed tantùm vt conſeruet voluntatem eo quoque caſu quo ab inteſtato ſuccedatur. Et quamuis Theodoſius in *d. l. hac conſultiſſima. §. vlt.* expreſſim conſtituat, vt cùm prius teſtamentum perfectum rumpitur per poſterius imperfectum, non eo magis valeat poſterius niſi iure voluntatis inteſtati. Non idcircò tamen rumpitur prius quod ſuccedatur ab inteſtato, ſed è conuerſo ſucceditur ab inteſtato quia ruptum eſt prius, quod ſolum quia erat validum poterat impedire, ne ab inteſtato ſuccederetur. Vt verò prius quod perfectum eſt rumpatur per poſterius imperfectum non aliunde fit quàm ex autoritate conſtitutionis Theodoſianæ, quæ hanc poteſtatem dedit ipſi teſtamento imperfecto habenti quinque teſtes, non autē clauſulæ codicillari in eo adſcriptæ: quæ cùm tacitam illam aut interdum quoque & vt plurimùm expreſſam habeat conditionem ſi teſtamentum in quo adſcripta eſt, non valebit, tantum abeſt vt poſſit rumpere teſtamentum prius, vt in contrarium præſupponat prius iam aliunde ruptum eſſe, quo ſcilicet ſubſiſtente non eſſet quærendum an poſterius valeret, cùm fieri nequeat vt non ſit inutile poſterius teſtamentum, cùm prius adhuc valet, non magis quàm vt poſſit quis habere duo teſtamenta, Priuſque eſt vt teſtamentum quod præceſſit rumpatur, aut potius ruptum iam ſit, quàm vt poſſit ſuccedi ab inteſtato ex ea cauſa quod poſterius ſit inualidum. Nēc enim bona eſt conſecutio, vt qui poſterius teſtamentum non valet ſuccedi ab inteſtato poſſit, ſi aliud teſtamentum adſit quod ſubſiſtat. Neque igitur poterit eo caſu effectus vllus eſſe, clauſulæ codicillaris, quæ in neceſſarium antecedens ſupponit factum eſſe locum legitimæ ſucceſſioni: nec contenta eſt ea conditione teſtamentum in quo adſcripta eſt, non valeat, niſi cùm ea inualiditas inducit ſucceſſionem inteſtati, quod nunquam contingit præcedente valido teſtamento, quod ipſum aut per poſterius, aut qua alia ratione ruptum proponatur. Si verò ponit † Bartolus quæ ſecunda dilemmatis noſtri pars eſt, inſtitutos fuiſſe in poſteriore teſtamento extraneos heredes, eos qui ab inteſtato ſuccedere non poſſint, certum eſt Theodoſianæ conſtitutioni locum non eſſe, nec rumpi prius teſtamentum per poſterius, quod vel imperfectum vel qua alia de cauſa inullo iure factum ſit: Et conſequenter non poſſe ab inteſtato ſuccedi ſi perſona in priore inſtitura heres eſſe & poſſit & velit: Neque refert an clauſula codicillaris in poſteriore teſtamento adſcripta ſit, necne, cùm vt proximè diximus, non alio caſu effectum ſuum habere poſſit, quàm quo poſſit ſuccedi ab inteſtato. Quod ſi nullius momenti eſt, tanquam cuius cōditio defecerit propter teſtamenti prioris ſubſiſtentis validitatem, an non planè abſurdū, & præpoſterum eſt, vt poſſit rumpere prius teſtamentum? Quomodo igitur facit in hoc caſu clauſula codicillaris, quod vult Bartolus, vt poſterius teſtamentum inualidum in quo ſcripti fuerunt extranei, confirmetur per additionem venientium ab inteſtato? An non enim prius eſt, vt delata ſit hereditas ab inteſtato, & in neceſſarium antecedens, vt prius teſtamentum, quod aliquando valuit, deſierit valere, quàm vt adiri poſſit hereditas ab inteſtato? Sed & abſurdum illud eſt dicere confirmari ſecundum teſtamentum per additionem venientium ab inteſtato. Siquidem omnino neceſſe eſt, vt confirmatum ſit à lege ex inſtanti mortis teſtatoris, adeóque vt cœperit valere ex quo die factum fuit, ad hoc vt mortuo teſtatore ex eo aditi hereditas poſſit, quod cùm euenit non ab inteſtato ſucceditur, ſed ex teſtamento. Non ergo fieri vnquam poteſt vt ſecundum teſtamentum inualidum confirmetur per additionem venientium ab inteſtato. Solemus quidem dicere confirmari † teſtamentum per additionem, quia ſi non aditetur ex eo hereditas, deſtitueretur, *leg. ſi nemo 9. D. de teſtam. tutel. l. 1. D. de iniuſt. rupt.* Sed nemo non videt de ea additione intelligi hoc debere quæ fiat de illo ipſo teſtamento, at non etiam de ea quæ fiat ab inteſtato. Quid enim magis implicat contradictionem, quàm vt confirmetur teſtamentum per additionem quæ fiat ab inteſtato? Voluit, opinor, Bartolus dicere, per iſtam additionē venientiū ab inteſtato confirmari clauſulam codicillarem appoſitam in ſecundo quamuis inualido teſtamento. Sed longè ſunt iſta differentia: Confirmari † ſecundum teſtamentum, & confirmari clauſulam codicillarē in ſecundo teſtamento adſcriptā. Confirmatio ſecundi teſtamenti ſicut facit vt ex teſtamento ſuccedatur, ita impedit ne ab inteſtato ſuccedi poſſit, & conſequenter ne poſſit ea confirmatio fieri per additionem venientium ab inteſtato. At confirmatio clauſulæ codicillaris è contrario, ſicuti non poteſt fieri niſi per additionem venientium ab inteſtato, cùm adhibeatur in caſum inteſtati. Ita nec impedire quo minus ex teſtamento ſuccedatur ſi quod aliud ſit teſtamentū ſolenne, non ruptum, non irritum, non deſtitutum. Nec proinde teſtamentum illud prius rumpere, vt ab inteſtato ſuccedatur. Aliud namque eſt, Facere poſſe, vt ſuccedatur ab inteſtato, quod non ſolum difficilius, ſed etiam penitus impoſſibile eſt, cùm adeſt teſtamentum iure perfectum, niſi ante omnia eueniat vt rumpatur. Aliud verò facere poſſe vtrum quoque cùm ſuccedit ab inteſtato nihilominus ea voluntas ſeruanda ſit quæ teſtamento declarata fuit, quod vnum, facere clauſula codicillaris poteſt. Denique planè abſurdum

9 dum † & inauditum eſt quod vult Bartolus ſine lege ac ſine ratione. Clauſulam codicillarem quæ nihil aliud in effectu eſt quàm codicilli ab inteſtato facti vſque adeò confirmare ſecundùm teſtamentum heredibus legitimis adeuntibus, vt ex ea cauſa prius teſtamentum rumpatur, quod alioqui non rumperetur. Alterutrum enim fateri Bartolum neceſſe eſt, Codicillarem clauſulam vel poſſe facere vt ſecundum teſtamentum ipſo iure valeat quod alioqui nullum & inualidum eſſet, vel non poſſe. Si reſpondeat poſſe, quamquam hoc euidentiſſimè falſum eſt, cùm non in id adhibeatur vt teſtamentum corroboret (quod à iuris ſolennitatibus non à teſtatoris voluntate ſola vites ſuas accipere deberet) ſed vt corruente teſtamento eandem tamen voluntatem conſeruet ab inteſtato. Eueniet igitur vt clauſula iſta ſeipſam deſtruat, quæ ſcil. eam habet, vt diximus, conditionem, ſi teſtamentum non valebit. Ea namque conditio deficit ſtatim atque ponimus teſtamentum aut valere aut conualeſcere, ſiue per clauſulam codicillarem ſine quacumque alia ratione id fiat. Si verò reſpondeat non poſſe, quod veriſſimum eſt. Ergo neque poterit rumpere ſolenne teſtamentum, quod nos ponimus præceſſiſſe: quia cùm non aliter rumpi poſſit teſtamentum anterius per poſterius quam ſi poſterius valeat, prius eſſet, vt codicillaris clauſula conualidare deberet poſterius teſtamentum quàm vt poſſet rumpere aliud quod antea factũ fuiſſet: Nempe cùm in poſteriore alij ſunt inſtituti, quàm qui venire poſſunt ab inteſtato, quem caſum nos nunc tractamus: Sed hæc clariora ſunt, quàm vt in iis comprobandis diutiùs laborandum ſit. Niſi forte apud eos qui nudum Bartoli nomen non ſolum pro autoritate habent, ſed quod intolerabilius eſt, pro ea autoritate, quam iuris rationi anteponere non erubeſcant. Et ſanè ſi codicillaris clauſula eam vim haberet vt poſſet confirmare ſecundum teſtamentum ſaltem quantum neceſſe eſſet ad prius infirmandum & reuocandum, fruſtra Bart. requireret vt ſecundum teſtamentum confirmaretur per aditionem venientium ab inteſtato. Malè etiam diceret, quod tamen ſuperiori ſententiæ omnino conſequens eſſet. Non eſſe reuocatum primum teſtamentum ſi legitimi heredes non adeant hereditatem ab inteſtato. Sicut. n. ius adeundi neceſſariò præcedit aditionem. Ita & reuocationem prioris teſtamenti factam in poſteriore inualido neceſſe eſt conualidari, & vtilem fieri ſiue per clauſulam codicillarem ſiue alio quocunque modo, antequàm poſſit tractari de adeunda ab inteſtato hereditate: quia nullum tale poteſt eſſe ius adeundæ ab inteſtato hereditatis, quandiu reuocatum non eſt prius teſtamentum, quod ab initio validum fuerit & perfectum. Non ergo fieri vnquam poteſt, vt prioris teſtamenti reuocatio pendeat ab aditione quæ poſtea fiat per venientes ab inteſtato, etiamſi millies proponas adjectam fuiſſe clauſulam codicillarem in poſteriore teſtamento. Nec eſt quod pro Bartolo quis reſpondeat, de illo caſu Bartolum & quærere & reſpõdere quo adiecta ſit in poſteriore teſtamento non tantùm clauſula codicillaris, ſed etiam alia illa clauſula reuocatoria prioris teſtamenti quam his verbis concipere notarij ſolent, *Caſſans & irritans omnia teſtamenta, &c.* Nam præter id quod & in verbis & textu Bartoli nihil tale eſt, iam dixerat idem Bartolus in præcedentibus, Clauſulam
10 iſtam † reuocatoriam ſi in teſtamento inualido adhibeatur nullius eſſe momenti, tanquam quæ non in aliorum fauorem adiecta videri debeat, quàm eorum, qui eo teſtamento inſtituti reperiuntur, & ſub ea veluti tacita conditione ſi teſtamentum iure valeat in quo clauſula fuit adſcripta, vt ait Pomp. *d. l. ſi ſure.* Et ſanè cur non videri debeat hæc clauſula inutilis ſi appoſita ſit in teſtamento inutili cùm ſit inutilis eo quoque caſu quo teſtamentum valet, vt ſcripſimus in *Error 7. Decadis præcedentis ad fin.* Neque mutat quod in eodem teſtamento adiecta fuerit clauſula etiam codicillaris, ad conſeruandam eiuſdem teſtamenti voluntatem ab inteſtato. Etſi enim verum eſt quod diximus clauſulam codicillarem † ideo adhiberi, vt effectum ſuum 11
habeat in caſum ſucceſſionis inteſtati, non tamen conſequens eſt vt adhibeatur fauore venientium ab inteſtato, at è contrario in ipſorum odium, vt quamuis ab inteſtato ſucceſſuri ſint, ea tamen omnia cogantur præſtare quæ teſtamento continentur, tanquam ab iis non minùs quàm à ſcriptis heredibus relicta. Abſurdum igitur eſt dicere codicillaris clauſulæ adiectionem poſſe facere, vt prius teſtamentum reuocetur, quod alioqui non reuocaretur, quia ſic faceret vt ab inteſtato ſuccedi oporteret priore teſtamento rupto, poſteriore verò non valente, atque ita legitimis heredibus prodeſſet, quibus nocere potiùs teſtator voluiſſet: quod certè nec iuris ratio patitur, nec voluntatis: Sempérque verum eſt dicere teſtatorem cùm expreſſim prius teſtamentum caſſum & irritum eſſe voluit, non aliam ob cauſam id feciſſe, quàm vt tanto magis proſpiceret heredibus poſteriore teſtamento inſtitutis, non vt tanto magis aut tanto facilius & citiùs decederet inteſtatus. Nec quod ſubinde clauſulam ſubiecit codicillarem, ſic expreſſam, *ſi poſterius teſtamentum non valeret*, poteſt facere, vt ad inducendum effectum clauſulæ, ac proinde ad ſucceſſionem inteſtati aperiendam ſufficiat teſtamentum poſterius non valere, niſi etiam illud concurrat, vt prius tale ſit ex quo aditi hereditas amplius non poſſit, acſi clauſula ſic concepta eſſet, *ſi neque hoc neque ſuperius meum teſtamentum valebit*, quia teſtator qui poſt clauſulam reuocatoriam aut etiam nulla prioris teſtamenti facta expreſſa reuocatione ſic loquitur, *ſi hoc meum teſtamentum non valebit*, refert ſe ad vnicum illud teſtamentum ideo quod credit prius iam ruptum eſſe. Alioquin ſtultus eſt & inhabilis propemodum ad teſtandum ſi non ſupponit terminos habiles, aut ſi putet ſe inteſtatum poſſe decedere priore teſtamento ſubſiſtente. Aut denique ſi putat clauſulam codicillarem poſſe quicquam operari alio caſu quàm quo ab inteſtato ſuccedatur: Vt proinde cùm dixit, *ſi hoc meum teſtamentum non valebit*, non aliud tenſiſſe videri poſſit quàm quod apertius expreſſiſſet, ſi ſic ſcripſiſſet, *ſi decedam inteſtatus*. Quibus tamen verbis quis diceret aut teſtamentum prius ruptum fuiſſe, aut inteſtatum decedere illum voluiſſe, ac legitimos heredes quos vtroque teſtamento excluſos, &, ſi iuſto eo ab inteſtato ſuccederent, etiam oneratos eſſe voluit, heredibus priore teſtamento ſcriptis prætuliſſe? Quamquam etſi poneres & probares eam fuiſſe ipſius voluntatem, vt ſi contingeret poſterius teſtamentum ex aliqua cauſa non valere, mallet ille habere legitimos hæredes quàm priore teſtamento inſtitutos, non tamen poſſet ea voluntas ſufficere, ad euertendum prius teſtamentum quod & ipſo iure valeret, nec per poſterius ruptum eſſet. Hoc enim eſt quod diſputauimus in præcedentibus, Teſtamentum nuda teſtantis voluntate infirmari non poſſe nec ſi adiecerit velle ſe decedere inteſtatum. *l. militis 36. §. veteranus D. de teſtam. milit.* niſi † tabulas queque teſtamenti incidiſſe teſtator pro- 12
betur, *l. pen. C. de teſtam.* aut aliquid ex ſolennibus detraxiſſe *l. 1. §. pen. & l. pen. §. vlt. D. de bonor. poſſ. ſecund. tab.* Itaque hoc caſu hereditas ex priore teſtamento ad heredes in eo ſcriptos pertineret *d. §. veteranus.* nec iis auferretur tanquam indignis, ſi non aliunde conſtaret teſtatorem eos pro indignis & malè meritis habuiſſe, vt in *l. 4. C. de his quibus vt indign.* Quo etiam caſu non ad legitimos heredes, quamuis ita teſtator voluiſſet, ſed ad fiſcum hereditas iure communi deuolueretur, vt & cætera omnia quæ tanquam indignis auferuntur, quia ſicuti nuda teſtatoris voluntas non poteſt lædere ius & vires ſolennis teſtamenti, ſic neque ius fiſci peruertere quod ſupponit

teſtamentum valere, cuius poteſtate totum iùs hereditatis ab inteſtato deferendæ & acquirẽdæ excluditur.

ERROR X.

De legatis ad pias cauſas aut in alimenta relictis, in teſtamento inutiliter reuocato.

SVMMARIA.

1 *Referre quantum ad legata & fideicommiſſa an teſtamentum ſolenne reuocatum ſit ſola contraria voluntatis declaratione, an verò per aliud teſtamentum poſterius imperfectum.*
2 *An legata in piam cauſam reuocata cenſeantur reuocato inutiliter teſtamento.*
3 *Guidonis Papij ſententia negans.*
4 *Guid. Papium ſuam ſententiam malè adſtruere ex lege tertia. in fin. D. de his quæ in teſtam. delent. & quis ſit eius l. ſententia, & numer. 5.*
5 *Quomodo verum ſit illud*, Hereditatem adimi non poſſe.
6 *Legata ad pias cauſas non ſunt cæteris fauorabiliora cùm deſtituuntur teſtatoris voluntate.*
7 *De priuilegio pia cauſa vbi Bartoli & aliorum error notatur.*

PRobant quæ in præcedentibus diximus, multum referre, † an teſtamentum quod ſolenne ac iure perfectum fuit, reuocatũ ſit inutiliter ſola cõtrariæ voluntatis declaratione, an verò per aliud poſterius teſtamentum inualidũ & imperfectũ. Non quidẽ quod pertinet ad heredum inſtitutiones, quæ vtroque caſu perinde valent, & in eodem ſtatu manent, §. *pen. Inſt. quib. mod. teſt. infirm.* ſed quantum ad legata & fideicommiſſa in priore illo teſtamento ſolenni vtiliter relicta, & per poſteriorem voluntatem reuocata: nam ſi reuocatio facta ſit per poſterius teſtamentum inualidum, erit hoc commune & legatis & fideicommiſſis omnibus in priore valido relictis, vt non debeant videri reuocata: quia tametſi in eo differant ab heredum inſtitutionibus, quod nuda voluntate infirmantur, fideicommiſſa quidem omnimodo, legata verò oppoſita doli mali exceptione *l. 3. §. vlt. D. de adim. legat.* qui tamen reuocat prius teſtamentum per poſterius ea videtur eſſe voluntate, vt non aliter eam reuocationem valere velit quàm ſi poſterius teſtamentum valeat, quomodo Pompon. raciocinatur in *l ſi iure* 18. *de leg. 3.* Et conſequenter ſi qua ex cauſa teſtamẽtum poſterius inualidum ſit nihil penitus reuocatũ intelligitur, ne quidem ex iis quæ nuda voluntate reuocari potuerũt, quia neque voluntas reuocandi vlla fuiſſe intelligitur: nec ſi proponas in poſteriore teſtamento expreſsã fuiſſe & reuocatoriam clauſulam & codicillarem, quoniam reuocatoria nõ magis valere poteſt, quàm cætera omnia teſtamento imperata. Codicillaris verò licet tanto magis valeat; quanto minùs valet teſtamentum in quo adhibetur, quia non aliũ caſum habet quam quo ſuccedatur ab inteſtato: nunquam tamen adhibetur in fauorẽ venientium ab inteſtato qui ſuccedendi ius habent à lege non à poteſtate clauſulæ codicillaris, ſed in eorum perniciem vt legatorum & fideicommiſſorum præſtatione onerentur, vt ſuperiore capite diſputauimus contra Bart. Quòd ſi reuocatio facta ſit extra teſtamentum, & ſimplici voluntatis declaratione per teſtatorem ſcripta vel dictata, quod nolit valere ſuum teſtamentum, malitque decedere inteſtatus, diſtinguenda ſunt hoc caſu legata à fideicommiſſis. Fideicommiſſa enim hoc ipſo deberi deſinant, non quidem ipſo iure, quia cum ſint iuri ciuili incognita, neque vllum iuris vinculum habeant, nec ipſo iure deberi poſſunt, nec proinde ipſo iure deſinere deberi, ſed ita tamen vt nulla ſit opus exceptione ad fideicommiſſarios ſubmouendos: quoniã nuda voluntate, & conſtituuntur & infirmantur *d. l. ſi iure.* Legata verò ſicuti habent iuris vinculum, & non tantùm voluntate qualibet conſtituuntur, ſed ea demum quæ ſit ſolennis, & in ſolenni teſtamento declarata. Ita fieri non poteſt, vt non ipſo iure debeantur quandiu teſtamentum valet in quo relicta ſunt, quamuis expreſſa voluntate fuerint reuocata, ſi non ipſum quoque teſtamentum fuerit ritè ac ſolenniter reuocatum. Proinde neceſſaria eſt heredi exceptio doli mali, qua ſe tueatur aduerſus legatarios venientes contra voluntatem *d. l. 3. §. vlt. D. de adim. leg.* Neq; minùs ſi voluntas illa ſit tacita quàm ſi ſit expreſſa, quia ad inducendam doli mali exceptionem quæ ex æquitate ſola proficiſcitur, nulla verborum ſolennitas requiritur, ſed ſufficit vt quoquomodo conſtet de voluntate *l. militis. 36. §. veteranus D. de teſtam. milit. iunct. d. §. vlt.* Sed hæc in cæteris quidem legatis, & fideicommiſſis haud dubiè obtinent. At † ſi quæ relicta ſint in piam cauſam, dubitatur an reuocata vtiliter videri debeant, ſi teſtamentum in quo relicta ſunt, inutiliter fuerit reuocatum. Et vulgo creditum eſt legata pia, ſicut multis gaudent priuilegiis, ita etiam in hoc fauorabiliora cenſeri, quod reuocato inutiliter teſtamento non idcirco reuocata intelliguntur. Sic enim † ex communi noſtrorum ſententia tractat Guid. Pap. *quæſt. 200. ad fin.* Ex *l. in teſtamento. 38. D. de fideic. libert.* qui tamen locus quàm parum ad rem faciat ex iis conſtare poteſt quæ de illius ſententia & emendatione ſcripſimus in *Errorem 7. Decadis. 35.* Mouetur etiam ex *l. 3. in fi. D. de his quæ in teſt. delent.* vbi refert Paulus, Cum teſtator induxiſſet nomen ſerui quem liberum eſſe iuſſerat, fuiſſe reſcriptum ab Antonio nihilominus liberum eum, *quod videlicet*, inquit, *fauore conſtituti, libertatis.* Nempe quia cæteri quorum nomina inducta ſunt, nihil ex teſtamento petere poſſunt, vt eadem lex ait. Fauor igitur, inquiunt noſtri, & priuilegium libertatis eſt, vt quamuis inductum ſit nomen illius quem teſtator liberum eſſe iuſſerat, non eo minùs tamen libertas debeatur. Quod autem libertatis priuilegium eſt illud ipſum protrahunt ad quamlibet cauſam piam, quia libertas inter cæteras pias cauſas paſſim adnumeratur. Verùm neque is locus ad rem noſtram facit. Tractat enim Paulus eo loco de ſeruo, qui non tantùm libertatem acceperat à teſtatore, ſed etiam vt fieri plerumque ſolebat hereditatem cum libertate. Plures ſiquidem heredes in ea ſpecie ſcripti proponebantur, omniumque eorum nomina inducta. Ob eamque cauſam cùm dubitari non poſſet quin hereditas ei adempta eſſet, videbatur quoque adempta libertas quæ non niſi cum hereditate data fuiſſet. Non enim ſicut hereditatis ita libertatis adẽptio per iuris regulã prohibetur. *l. ſi ita ſcript. 13. §. regula. D. de liber. & poſt & tot. tit. de adempt. libert.* ac proinde multo facilius eſt, vt libertas quam vt hereditas adimatur. Quanto magis igitur adempta hereditate libertas quoque adempta intelligi deberet? Nam quod habet regula † iuris, Hereditatem adimi non poſſe, ſic intelligi debet non vt nullo modo, ſed vt non facilè adimatur: quomodo loquitur Vlp. in *l. 1. §. pen. eod. tit.* Adimitur enim non quidem nuda teſtatoris voluntate *d. §. regula aut exheredatione. l. ſi certarum. 17. §. ſi eidem D. de teſtam. milit.* ſed per inductionem nominis heredis, cùm is cuius nomen inductum fuit, neque adire hereditatem iure ciuili, neque bonorum poſſeſſionem iure prætorio petere poſſit. *l. ſi ita ſcriptum. 8. §. is autem D. de bon. poſſ. ſec. tab.* Sed † tamen reſcripſit Imperator apud Paulum, ſeruum qui & liber & heres eſſe iuſſus fuerat ſi eius nomen inductum fuerit tanquam heredis, nihilominus liberum fore,

fore, quia nihil vetat liberum eum esse etiamsi non sit heres : Eáque libertas conseruanda fuisset proculdubio, si seperatim & sine hereditate data fuisset, quomodo cætera etiam legata siue manumissis seruis siue extraneis data conseruarentur, quandoquidem non legatariorum, sed duntaxat heredum nomina inducta proponebantur. Id siquidem est quod ait lex in præcedentibus, *Manumisit quosdam & legata dedit*. Nec dubitat Paulus quin & eiusmodi manumissiones & legata valeant, cùm subjiciat rescriptum fuisse ab Imperatore ex benigna interpretatione, credendum esse testatorem ea duntaxat irrita facere voluisse quæ induxit, sola enim heredum nomina inducta fuerant, non legatariorum aut manumissorum præterquàm istius, qui cum hereditate acceperat libertatem, quique cùm semel tantùm nominatus fuisset accepta simul & libertate & hereditate, vnica nominis inductione etiam vtrumque amisisse videri debebat, id est, & libertatem & hereditatem, si non fauor libertatis contrariam sententiam extorsisset. Atque ita locus ille intelligi debet, ne Paulus secum pugnet si intelligatur de seruo qui libertatem acceperit sine hereditate. Contineretur enim hic in numero eorum, de quibus in *dict. vers. Manumisit quosdam & legata dedit*, quorum tamen nomina inducta fuisse proponebantur. Et fatendum esset mutari speciem si seruus hic, cuius nomen inductum dicitur, heres institutus non fuisset. Cùm è contrario appareat ex ipso contextu verborum nouam hanc fuisse difficultatem, quæ ex eadem facti specie proposita iámque ab Imperatore decisa emerserat. Decreto namque Imperatoris causa decisa fuerat, hæc verò difficultas seperatim fuit decidenda rescripto. Nihil ergo aliud probat is Pauli locus nisi quod nos libenter admittimus si serui quem testator liberum & heredem esse iusserat nomen inductum sit tanquam heredis libertatem nihilominus valere, fauore nimirum libertatis quemadmodum valeret si seperatim relicta esset: quia nomina duntaxat heredum inducta proponebantur, non testamentum. At nos tractamus de legatis & fideicommissis relictis in testamento quod totum fuerit reuocatum, ac proinde quæ ipsa fuerint omnia reuocata: de quibus nusquam scriptum reperias quod interpretes volunt, ob id magis posse, illa valere relicta quod fuerint in piam causam. Et sanè ratio nulla est cur † fauorabiliora videri debeant huiusmodi legata & fideicommissa quàm cætera, cùm de- 6
stituuntur non iuris solennitate sed testatoris voluntate, quia nihil potentius aut antiquius in testamentis esse potest. An igitur priuilegium nullum † habe- 7
bit pia causa? Immo habebit in dubio, siue obscura sit ratio iuris, sine voluntatis, vt aliqua sit opus interpretatione. Sed cùm aperta est voluntas testatoris, legata omnia quamuis in testamento inutili reuocantis, nihil causæ est cur aduersus voluntatem quicquam defendamus ex iis quæ nuda voluntate adimi potuerunt: Nisi fortè eo vsque legatis & fideicommissis piis fauere volumus, vt dicamus eorum ademptionem fieri non posse nuda voluntate, quod tamen nemo adhuc dixit. Non dissimilis nec probabilior nostrorum error est quod putant post *Bart. ad l. 1. C. de sacrof. eccles.* legata & fideicommissa in hoc quoque plus iuris habere quàm cætera, quod etiam non adita hereditate debentur, cùm cætera intercedant, *Sed de hoc aliàs. Nunc sufficiat indicasse.*

ANTONII FABRI IC.

Decas Quadragesima.

ERROR I.

De sententia & emendatione l. si donatione. 13. C. de collat.

SVMMARIA.

1 *Q. An quod pater filio in sua potestate constituto inter vinos donauit, collationis oneri subjiciatur.*
2 *Ad quæstionem propositam Impp. Diocletiani & Maximiani responsa inter se pugnantia.*
3 *Vulgaris interpretum conciliatio.*
4 *L. Si donatione 13. C. de collat. loqui de vera donatione, aduersus Bart. Alexandr. & alios.*
5 *Decius existimat d. l. si donatione loqui non de donatione simplici, sed quæ facta sit ob causam puta dotis, &c.*
6 *D. Sententiæ, & rationum, quibus eam facit Decius, refutatio.*
7 *Non magis ex causa dotis, quàm aliâ potest consistere donatio inter patrem & filiamfam. si huic traditio facta proponatur.*
8 *Ius potestatis patriæ inter patrem & liberos nullam obligationem ciuilem contrahi patitur.*
9 *Dotem à patre habere filia non potest, nisi sit nupta: ei tamen extra causam dotis à patre dari res aliquas nihil vetat.*
10 *DD. ll. Alia interpretum conciliatio refertur & refellitur.*
11 *Cuiaciana interpretatio l. filiæ 18. C. fam. ercisc. & eius refutatio.*
12 *Emendatio d. l. si donat. à quibusdam proposita vt improbabilis rejicitur.*
13 *Alia d. l. emendatio ab autore affertur & stabilitur.*
14 *Impp. in d. l. si donatione neque de fundo ab ipso patre donato consultos fuisse, neque de collatione iure aliquid rescribere voluisse.*
15 *Collatio ad qua pertineat, & ut introducta.*
16 *L. Filia C. fam. ercisc. non pertinere ad ius collationis contra interpretes.*
17 *De qua re consulti sint Impp. in d. l. filia & quomodo eius l. species differat à specie l. si donatione.*
18 *Cur aliter in l. filiæ. respondeant Imp. aliter in l. si donatione.*
19 *Interdum meliorem esse conditionem filiæ cui pater donauit, cùm donatio nunquam valuit, quam si semper & ab initio valuisset.*
20 *Quomodo in d. l. filiæ. adimatur filiæ cui pater res aliquas inter vinos donauerat, vt officio arbitri familiæ erciscundæ eas præcipuas retinere possit.*
21 Aliquid manere præcipuum, & non conferri inter se nonnihil differre.
22 *Quis sit sensus verborum d. l. filia si res integra est.*

In tractatu

IN tractatu de collationibus difficilis quæ-
1 ſtio illa eſſe creditur, An † quod pater filio in ſua poteſtate conſtituto inter viuos donauit, collationis oneri ſubjiciatur. Videntur enim hac de re pugnantia reſcripta Imperatorum non diuerſorum ſed quod magis mirandum eſt, eo-
2 rundē. Nam † in *l. filia* 18. *C. famil. erciſc.* cum filiæfamilias nomine pater quaſdam res comparaſſet, eóque defuncto de collationis iure inter ſorores quæreretur, editi Imperatores Diocletianus & Maximianus reſcripſerunt ſi non poſtea contrarium patris iudicium probetur, ea res filiæ præcipuas adiudicari debere per arbitrium familiæ erciſcundæ, idque ſæpe ita reſcriptum eſſe. *At in l. ſi donatione.* 13. *C. de collat.* eidem Imperatores reſcripſerunt ſi filiæfamilias conſtitutæ donatus ſit à patre fundus, eáque cum ſorore poſtea communi patri ſucceſſerit, iuris rationem non pati, vt præcipuum illum habere poſſit. Vulgaris interpre-
3 tum † vulgarium conciliatio eſt, intelligendam legem *Filia* de vera donatione quæ per traditionem facta fuerit, & poſtea morte patris confirmata: legem verò *ſi donatione* de ea re, quæ non tam ſimpliciter donata ſit quàm in peculium conceſſa. Sed neque interpretes ipſi poſſunt diſſimulare ineptā eſſe hanc conciliationē, planéque alienam à verbis dictæ legis *ſi donatione*, quæ
4 † non feſtè loquitur de donatione, & quidem vera, & in quā non poſſit cadere interpretatio illa de fundo in peculium conceſſo. Diſtinguit n. an fundus ex donatione fuerit acquiſitus filiæfamilias poſt mortem patris an viuo patre: Nemo autem dixerit donationem factam poſt mortem patris pro donatione in peculium accipiendam eſſe, cùm filiafamias ſicut per mortem patris fit ſui iuris, ita peculium habere deſinat & habere poſſe. Confunduntur ſi quidem peculia morte patris, & ad communionem in hereditatem dinidendam reuocantur *l. certum eſt* 13. *C. fam. erciſc.* Et hoc etiam Decius ante nos contra Bartolum, Alexandrum & alios bene diſputauit. Sed non multo ſubti-
5 lius ille † aut felicius poſteriorem partem *d. l. ſi donatione.* accipiendam putat de donatione, non quæ ſimplex fuerit ſed quæ facta ob cauſam putà dotis vel ante nuptias donationis. Quam donationis ſpeciem iam olim conferri debuiſſe ac multo magis hodie conferendam eſſe indubitati iuris eſt, olim quidem ſi ab inteſtato ſuccederetur, non ſi ex teſtamento *l.* 1. *&* 2. *l. filiæ dotem* 4. *l. vt liberis* 17. *l. penult. C. eod. tit. de collat. hodie verò etiam ſi ex teſtamento. Nouell.* 18. *de trient. & ſemiſſ. cap.* 6. §. *illud quoq. vnde ſumpta eſt*
6 *auth. ex teſtamento. eo.ti. de coll.* Quid enim † eſt in ſpecie *d. l. ſi donatione.* ex quo poſſit conjici fundum quo de agitur ex cauſa dotis vel donationis ante nuptias potiùs quàm ſimpliciter donatum fuiſſe? Hoc vnum, inquit Decius; quod eo demum caſu valet donatio facta filiæ à patre quæ alioqui non valeret *ex l. Pomponius Philadelphus* 35. *D. famil. erciſc.* Item quod quicquid à patre datur filiæ, videtur in dubio datum ex cauſa dotis ex *l. quia autem.* 23. *vbi Bart. D. de iur. dot.* Sed vtraque ratio falſa eſt: Prior quidem quoniam
7 † non magis ex cauſa dotis quàm ex alia qualibet poteſt conſiſtere donatio inter patrem & filiamfamilias, ſi ipſi filiæfamilias traditio facta proponatur vt apertiſſimè probat reſponſum Papiniani *d. l. Pomponius*, ſecundùm eam interpretationem quam nos attulimus *lib. 7. coniect. c.* 12. Pater enim etſi pro filia dotem dare cogitur, vel pro filio ante nuptias donationē, ipſi tamē filiæ filióue donare & tradere, aut promittere nec debet nec poteſt etiamſi velit, hoc ſcilicet prohibente iure
8 poteſtatis, quod † inter patrem & liberos in poteſtate conſtitutos nullam obligationem ciuilem contrahi patitur, nec magis re quàm verbis aut conſenſu *l. imperato* 50. *D. ad SC. Trebell. l. donationes* 31. §. *paterfamilias. D. de donat. l. ſine emancipatis.* 17. *C. eod. l.* 2. *C. de inoffic. donat. l. ne cum filiofamilias.* 16. *de furt.* Non quod filiusfamilias non ſit acquiſitionis capax nolente patre ſibi acquiri, vt probauimus *eod. libr.* aut quòd non velit pater acquiri filio cui donat, ſed quia ratio alia eſt eorum quæ à patre, alia eorum quæ aliunde obueniunt, cùm dominium quod ſemel fuit patris non poſſit ab eo diſcedere vt filio acquiratur, quin ſeparetur perſona filij tanquam terminus à quo à termino ad quem, quam ſeparationem impedit ius poteſtatis: eſtque ſanè multo facilius patri vt non acquirat ſibi per filium inuitus eam rem quæ filio obtingit aliunde, quàm vt à ſe abdicet dominium rei iam ſuæ vt in filium illud transferat. Eóque reſpicere videtur imperator Leo in *d. l. vt lib.* 17. in illis verbis, *tam dos, quā ante nuptias donatio cōferatur quam pater vel mater, auus vel auia proauus vel proauia paternus vel maternus dederit vel promiſerit pro filio filia, &c.* & paulo poſt, *nulla diſcretione intercedente vtrum in ipſas ſponſas pro liberis ſuis memorati parentes donationem contulerint an in ipſos ſponſos earū.* Poſterior verò Decij ratio falſa ex eo quod nec dotem † habere filia poteſt etiamſi ve- 9
lit ipſa & pater conſentiat, niſi ſit nupta, quia ſine matrimonio dos eſſe non poteſt, quamuis ſine dote poſſit eſſe matrimonium *l.* 3. *D. de iur. dot.* Econtrario verò nihil vetat filiæ ſiue nuptæ ſiue nubēti dari à patre res aliquas etiam quæ ſint extra cauſam dotis *l. cum pater.* 77. §. *pater filia de legat.* 2. *l. penult. D. de collat. dot.* Atqui in ſpecie *d. l. ſi donatione.* non magis ponitur nuptam fuiſſe filiam quàm ex cauſa dotis factam ei donationem. Vtrumque igitur commentitium eſt, Et quod adducitur ex *d. l. autem.* ad rem non pertinet, quoniam loquitur ea lex de ſtipulatione inter eos interpoſita qui nuptias inuicem contracturi ſint & contemplatione futurarum nuptiarum vt conſtat ex *l. ſtipulationem* 21. *cum ſeq. eod.* non etiam de ſtipulatione quæ inter patrem & filiam intercedat. Alij verò † vt 10
leges iſtas concilient, diſtinguunt res à patre donatas filiæ ab iis rebus, quas pater filiæ nomine comparauerit quaſi facilius ſit vt has quàm vt illas ſibi præcipuas filia retineat, quod eſt omnino ineptum. Nam vt contra iſtos diſputat non malè Iacob Cuiacius *lib.* 3. *obſer. ca.* 30. prorſus paria hæc ſunt, Alicui donare, Et Alicuius nomine donandi animo comparare *l. cùm hic ſtatus* 32. §. 1. *D. de donat. int. vir. & vxor.* Neque tamen habet ille quod multo melius reſpondeat. In
eo † namque tandem ſubſiſtit, vt lex intelligenda ſit 11
de cauſa teſtati, in qua certum eſt vt iam diximus collationi olim locum non fuiſſe *l.* 1. *C. eod. tit. de collat. Theopompus.* 14. *D. de dot. prælegat.* propterea quòd ſuccedens ex teſtamento nitatur expreſſo iudicio teſtantis, quem credibile eſt iniuncturum fuiſſe collationis onus niſi ea quæ alioquin ab inteſtato conferenda fuiſſent præcipua retineri voluiſſet. Quæ tamen interpretatio nullatenus verbis legis adiuuatur. Nihil enim eſt in tota ea lege quod non ad cauſam inteſtati perinde atque ad cauſam teſtati accommodari poſſit, cùm vtroque caſu locus ſit iudicio familiæ erciſcundæ inter coheredes ſiue teſtamentarij ſiue legitimi proponantur. Et quod huius interpretationis coniectura capitur ex eo quod lex requirit vt nullum ſequatur iudicium contrarium teſtatoris valdè leue eſt. Nam tum quoque cùm teſtamentum nullum factum eſt tanto magis tantóque certiùs verum eſt contrarium iudicium nullum ſecutum eſſe. Deinde quid ſi pater ab inteſtato codicillos feciſſet: nonne in iis donationem vel confirmare potuiſſet? An verò ob id magis verum erit factum eſſe teſtamentum? aut minus verum deceſſiſſe patrem inteſtatum? Quin potiùs verba illa, *Si non poſtea contrarium eius iudicium probetur*, eum caſum tractari præ ſe ferunt in quo aliud nullum ſecutum ſit iudicium patris ne quidem in codicillis. Facto enim teſtamento aut codicillis in quibus nihil de con-

ferenda

ferenda donatione factum fuiſſet, non ſolùm contraria nulla eſſet voluntas, ſed è contrario potius videretur confirmata donatio ex poſtfacto & hoc ipſo quod teſtando pater eas res filiæ non ademiſſet nec conferri iuſſiſſet *ar. d. l. donationes. §. pater filia D. de donat. & d. l. cùm pater. §. pater filiæ de legat. 2.* Itaque non ſine cauſa cogitur fateri vir doctiſſimus rem eſſe paulo abſtruſiorem, vt facilè quiuis intelligat non ſatis eum
12 ſibi ſatisfeciſſe. Pleriſque ſanè non ſatisfecit quibus † viſum eſt probabilius deeſſe negationem in *d. l. ſi donatione* legendumque in eius parte. *Nam ſi is filiæfamiliæ non conſtitutæ tibi à patre donatus eſt.* Quam in ſententiam ex eo quoque ſe moueri profitentur quod non putant ſimplicem donationem conferendam eſſe ne quidem ab inteſtato niſi ad tollendam inter filios inæqualitatem ex *l. illud 20. in fin. C. de collat.* Sed emendatio hæc omnino improbabilis videtur ne dicã inſulſa, nec alieniore loco potuit reponi negatio. Quis enim ita loqueretur *filiæfamiliæ non conſtitutæ*? Illa etiam ratio falſa eſt qua mouentur ſi generaliter accipiatur, quòd donatio ſimplex non conferatur, quæ in filiumfamilias ſit collata. Quod enim ſcriptum eſt in *d. l. illud. in fin.* de ſimplici donatione non conferenda, non pertinet ad donationem filiofamilias factam
13 vt ſequenti capite dicemus. Neque tamen † nego quod iſti volunt emendandam eſſe legem quæ niſi emendetur bonum ſenſum habere nullum poſſit, ſed probabiliorem quæro emendationem, qualis illa meo iudicio futura eſt ſi in iis verbis *à patre*, legamus *à matre*, aut eam edictionem tanquam mali interpretis notam deleamus. In ea namq. ſpecie tractatum fuiſſe de fundo qui ab alio donatus fuerit, quàm à patre, oſtendit manifeſtiſſimè diſtinctio illa quam ab Imperatoribus fieri, huius capitis initio à nobis demonſtratum. Etſi enim duæ ſunt totius legis partes, tamen ita duæ ſunt vt ad eandem facti ſpeciem pertineant, & ad propoſitam de eodem fundo quæſtionem, nec de diuerſis fundis intelligi poſſint. Nam quæ Imperatorib. ſupplicauerat Antiſtia hoc tantùm expoſuerat, donatum ſibi fuiſſe fundum ſiue à matre ſiue ab alio quolibet, nihil enim referebat dum ne ab ipſo patre, & quærebat an cum ſorore communi patri ſuccedens eũ præcipuum habere deberet. Imperatores verò reſcribunt debuiſſe illam precib. ſuis exprimere manifeſtiùs an is fundus ei donatus eſſet poſt mortem patris, an verò viuo adhuc patre ipſaque conſtituta in patris poteſtate. Primo. n. caſu non eſſe dubitandũ quin nullã fundi portionem vindicare ſoror poſſet, quę ſcilicet neque vnquam in eo fundo ius aliquod habuiſſet, neque ei ſucceſſiſſet, qui habere vllum potuiſſet. Succeſſerat ſi quidem patri cuius poteſtas finita erat morte, ita vt nihil ipſi, ipſiuſue hereditati acquiri potuiſſet ex donatione facta filiæ iam ſui iuris conſtitutæ. Altero autem caſu fundum illum filiæfamilias donatum per ipſius perſonam acquiſitum fuiſſe patri, & conſequentet defuncto patre factũ hereditariũ effectũ etiam cum reliqua hereditate inter ſorores, inter quas hereditas ipſa tota cõmunis eſſet, ſiue teſtato, ſine inteſtato patri ſucceſſiſſent. Non enim penes Antiſtiam ſolã quaſi præcipuũ manere debere ob id tantùm quòd ei primũ donatus fuiſſet, ac per eius ſolius perſonam patri acquiſitus, non magis quàm ſi eundem fundum alia qualibet ratione pater ſibi quæſiuiſſet, quandoquidem quod per filium aut filiamfamilias patri acquiritur tam citò acquiritur vt ne vel momento vno temporis vel in perſona filij vel filiæ acquiſitio conſtitiſſe intelligatur *l. placet 79. D. de acquir. hered.* Et hic germanus certè totius reſcripti ſenſus eſt, quo apparet Im-
14 peratores † neque de fundo ab ipſo patre donato conſultos fuiſſe, neque de collationis iure aliquid reſcribere voluiſſe, in quo vtroque interpretes omnes paſſim errant. Quis enim non videt illam diſtinctionem, An is fundus de quo agebatur donatus eſſet filiæ poſt mortem patris an viuo patre in eam ſpeciem non cadere in qua donatus fuiſſet à patre? Niſi fortè patrem poſt ſuam quoque mortem de facienda tum primum donatione cogitaſſe, adeóque donationem feciſſe arbitramur. Rurſum quis color ſuberat tractandi de collatione eius rei quæ non eſſet Antiſtiæ, ſed quæ pa-
fuiſſet antequam moreretur. Collatio. n. ad ea perti- 15
net quæ ſunt in dominio illius qui conferre cogitur, non ad ea quæ ſunt aliena, cùm ob id tantùm introducta ſit vt ſua in medium conferant qui appetunt aliena *l. 1. paſſ. D. de collat. bonor.* Quare nec poſtulabat Antiſtia vt ab onere collationis eximeretur, ſed vt officio arbitri familiæ erciſcundæ fundum illum integrum ac præcipuum haberet, qui donatus ei aliquando fuiſſet, quamuis viuo adhuc patre, vt legis verba oſtendunt, in quibus de collatione verbum nullum, vt non dubitem quin aptius potuerit & debuerit ea lex collocari ſub tit. *Famil. erciſc.* quàm ſub illo *de collat.* licet tanta inter eos titulos adfinitas ſit, vt ſi alius Triboniani error nullus eſſet, facilè hic excuſari poſſet. Ille verò longè grauior interpretum noſtrorum error eſt, quòd non ſolùm hanc legem quæ ſub titulo *de collationibus* poſita eſt de iure collationis intelligunt argumentando (vt loqui ſolent) à rubro ad nigrum, ſed reſcriptum † aliud imperatorum, quod 16
extat in *d. l. filia 18. C. famil. erciſc.* quaſi non alia illius loci ſententia ſit, quam vt res à patre donata filiæfamilias, non ſit conferenda, ſed retinenda præcipua, ſiue generaliter id velis intelligere cum interpretibus de quacunque ſimplici donatione per patrem facta, ſiue cum Cuiacio diuinare factam in ea ſpecie fuiſſe à patre teſtamentum. Nam ſi verum eſt vt eſt, collationem fieri nunquam poſſe earum rerum quæ ſint propriæ cõferentis [alioquin obſecro, quid conferre videretur is qui rem non ſuam conferret?] prius eſt vt de illo quæramus, An res à patre comparatæ nomine filiæ, animo donandi factæ ſint filiæ, quàm vt laboremus in eo quoque inueſtigando an conferri à filia debant, nécne. Atqui certum eſt numquam fuiſſe filiæ neque viuo neque mortuo patre, quia donatio valuit. Ex ea vero donatione quæ non valuit dominium translatum fuiſſe nemo dixerit *d. l. ſine emancipatis. 17. C. de donat.* Nullus ergo quæſtioni locus relinquitur an à filia conferri debeant nécne & vt Bart. loquitur ad *l. pater filium 6. de collat. dot.* cùm agitur de bonis quæ fuerunt patris morientis, tractandum eſt de iis diuidendis non de ipſis communicandis vel non communicandis. De quo igitur conſulebantur † *Im-* 17
perat. d. l. filia? De hoc ipſo de quo & in *d. l. ſi donatione.* An filia cui donatum fuerat poſſet retinere præcipuam donationem officio arbitri familiæ erciſcundæ in diuidenda inter ſorores paterna hereditate. Eadem enim vtroque in loco proponitur quæſtio, ſed non eadem ſpecies, quia in *l. ſi donatione.* vt iam diximus fuerat donatus fundus à matre aut ſaltẽ ab alio quàm à patre. At in *d. l. filia.* fuerat donatus à patre. Itaque mirum non eſt aliter illic reſponderi. Hîc pro filia, illic contra filiam: Verum quòd vno caſu magis quàm alio fundus acquiſitus eſſet filiæ ex donatione? Minimè. Neutro enim caſu filiæ fuerat acquiſitus, ſed diuerſa ratione. In ſpecie *d. l. ſi donatione*, quia tametſi donatio valuiſſet, tamen eius emolumentum non filiæ, cui donatum fuerat, quæſitum erat ſed patri *d. l. placet l. 1. D. ſi quis à parent. manum. ſit.* in ſpecie verò *d. l. filia.* quia donatio nunquam valuerat. Sed diuerſitatis † ratio petenda ex eo eſt, quod in re donata filiæ ab alio quàm à patre, nihil eſt ex parte patris vnde poſſit conjici voluntatem ipſius eam fuiſſe vt filia rem hanc præcipuam haberet: ceſſante autem coniectura voluntatis paternæ, nihil aliud dici poteſt niſi inter quos res omnes cæteræ hereditariæ communes

ſunt;

5 *Donatio filio ab alio quàm à patre facta valet quidem non tamen cedit in commodum, sed vtilitatem patris cui per filiumfamilias acquiritur.*

6 *In rebus filiofam. à quocunque donatio nulla de collatione incidere potest quæstio.*

7 *Quod scriptum est in l.* illud 20. *in fin. C.* de collat. *de simplici donatione nonnisi cùm expressim dictum est, conferenda, ad donationes in filiofamil. collatas ab interpretibus malè referri.*

8 *Verba finalia d. l.* nec recusare collationem *&c. à quibusdam perperam accipi.*

9 *Simplex donatio non confertur, secus est de donationibus ob causam factis.*

10 *Cur in d. l.* illud *vanum sit argumentum donatarij recusantis collationem eo colore quòd simplex donatio non conferatur.*

11 *Dubitatio de casu quo quantum ad patris hereditatem obtinere possit regula qua donationem simplicem conferri negat.*

12 *Cùm suo heredi emancipatus confert, donatio simplex ab emancipato conferri debet.*

13 *At cùm emancipatus emancipato confert, donatio simplex non est conferenda.*

14 *Obiectio aduersus propositam distinctionem refertur & refellitur.*

15 *Emancipati quando inter se non conferant.*

QVÆSTIONI superiori consequens ista An † donatio simplex conferatur, de qua 1
dissentientes legimus non ipsorum quidem prudentum, sed nostrorum, apud quos nihil vnquam certum est, sententias. Alij enim conferendam esse putant, alij negant. Alij suos ab emancipatis distinguunt, vt suis quidem tam quàm emancipati simplicem quoque donationem conferant, emancipatis verò emancipati aut quoties de matris vel aui materni hereditate agitur liberi inuicem sibi donationes simplices ab eis parentibus factas non conferant, nisi duobus illis casibus à Iustiniano expressis in *l. illud.* 20. §. 1. *Codice de collat.* quorum vnus est, si alioquin cessante donationis simplicis collatione aliqua inter liberos emergeret inæqualitas. Alius si donator in ipso donationis tempore conferendi necessitatem donatario iniunxerit. Quæ viri doctissimi Iacobi Cuiacij sententia est *lib. 3. obseru. cap.* 30. vbi tamen non erubescit dicere hanc rem esse paulò abstrusiorem, fortassis vt excusationem captet si non cæteris satisfaciat, in qua nec sibi ipsi satisfeciſſe videatur. Mihi non vsque adeo abstrusa quæstio esse videtur si ex iuris ratione ipsisque legum fontibus omnia, vt par est, æstimentur. Illud enim primùm † constituo quod nemo 2
dicit, nullum posse de simplicis donationis collatione locum esse quæstioni si in filiumfamilias donatio collata proponatur siue à patre ipso siue ab alio quàm à patre. Nempe quoniam ea quæstio supponit valere donationem in necessarium antecedens cùm non entis nullæ sint qualitates, neque per rerum naturam fieri queat, vt donatio quæ nulla est conferatur. Idque consentaneum etiam est ei quod præcedente capite dicebamus conferri non posse ea bona quæ sint in dominio & pleno iure conferentis, cùm alioqui futurum esset, vt nihil contulisse dicendus esset qui non nisi alienam rem contulisset. Atqui donatio † facta filio à 3
patre inter viuos nullius planè est momenti, obstante vinculo patriæ potestatis quod & traditionem impedit & stipulationem *l. siue emancipatis. 17. Codice de donat.* neque dominium ex ea prius filio donatario quæsitum dici potest etiamsi pater in ea decesserit voluntate, quàm factæ sint adiudicationes ab arbitro familiæ erciscundæ *l. filia.* 18. *Cod. famil. erciſc. l.* 2. *Cod. de inoff. donat.* adeò vt nec si alienam rem † pater donauerit, possit 4
tamen illa vsucapi pro donato *l.* 1. §. 1. *D. pro donat.* quia quo casu donator propriam rem donando non potest dominium transferre, nec iustam vsucapiendi causam transfert donando rem alienam. Sed neque pro herede vsucapiet filius rem alienam sibi à patre donatam & traditam, cùm eam cœperit semel possidere pro donato naturaliter viuo patre, nec potuerit mutare sibi causam possessionis ne quidem naturalis, nec rursus ex alia causa vsucapere quàm ex qua possederit *l.* 2. §. *quod vulgo vsque ad fin. D. prohered.* si verò ab alio, † quàm 5
à patre facta donatio sit, valet quidem ita vt neque reuocari possit à donatore neque nouas leges accipere, non magis quàm si in patremfamilias collata esset. Sed non in ipsius filiifamilias cui facta est commodum, at in vtilitatem solius patris, cui per filiumfamilias acquiritur quicquid filiusfamilias acquirit ex quacumque causa extra ea quæ non acquiruntur *l. 9. C. de patr. potest.* & consequenter defuncto patre, in vtilitatem eorum omnium ad quod patris hereditas peruentura est *l. si donatione* 13. *Cod. de collat.* secundum eam loci illius interpretationem & emendationem quam attulimus capite superiore. Itaque res filiofamilias donata ab alio quàm à patre, etiamsi donatio valeat, non magis tamen acquiritur filio, quàm si donatio non valeret: forte à patre ipso facta esset. Immo tanto minùs, quòd res per patrem donata filio, saltem post mortem patris, filio acquiri potest per adiudicationem à familiæ erciscundæ arbitro faciendam, quamuis non eo magis cõferatur sed præcipua remaneat *d. l. filia.* propterea quod quæ post mortem patris acquiruntur nunquam conferuntur, ne quidem ab emancipato. *l. ea demum. 6. l. nec emancipatis.* 15. *C. eod. tit. de collat.* Quæ verò filiofamilias donata semel per eum quæsita fuerunt patri nunquam ad filium redeunt, cuius nec vnquam fuerunt, si non expresso patris iudicio ei relinquantur. Fatendum igitur est in rebus filiofamilias à quocunque donatis nullam † de collatione posse incidere quæstionẽ. Quo 6
magis mirandi sunt illi & reprehendendi, qui ad huiusmodi donationes † in filiumfamilias collatas non tan- 7
tùm extendunt sed etiam coarctant quod scriptum est à Iustin. in *d. l. illud* 20. *in fin.* de simplici donatione non nisi cùm ita expressim dictum est, conferenda. Sic enim faciunt vt manus & ridicula reperiatur ipsa iuris constitutio quæ casum vtilem habere nullum possit. Et verò nec ita posse accipi regulam, docet exceptio subiecta ibidem à Iustiniano. *Nisi*, inquit, *huiusmodi legem donator tempore donationis, sua indulgentia imposuerit.* Nam cùm sit verissimum nec possit negari donationem nullomodo nullóque casu valere quam pater filiofam. fecerit, nisi tacita ipsius voluntate morteque confirmetur, quis dixerit patrem cui liceat donationem illam vel minimo contrariæ voluntatis iudicio totam reuocare pro arbitrio, eius tamẽ conferendæ necessitatem quam ipso donationis tempore non irrogauerit adiicere postea non posse? An cui quod plus est licet, quod minus est non licebit contra regulam iuris *l. non debet. cui.* 21. *de reg. iur.* Et qui à donatione in totum recedere potest, non poterit recedere ex parte? contra *l. iuris gentium.* 7. §. *ideo. vers. si igitur in totum. D. de pact.* Recedit enim ex parte qui donationi perfectæ nouam adiicit legem & conditionem, indéque nimirum est quod dici solet, perfectam donationem postea non capere conditiones. *l. perfecta. 4. C. de don. quæ sub mod. l. donatio.* 25. *Cod. de don.* quia neque donatori licet à perfecta donatione ex vlla parte resilire. *l. velles necne. 6. & pass. Cod. de reuoc. don.* Ad quod respiciens Iustin. in *d. l. illud in fi.* merito adiecit verba illa *tempore donationis*, quod absurdum esset eum qui donationem puram & simplicem fecisset nullo collationis onere iniuncto, postea quasi mutata voluntate conferendi necessitatem donatorio iniungere eo tempore quo iam alienæ non suæ rei legẽ dicere 8
velit. Neque tamẽ iis † assentior qui postrema verba il-

la legis Iustin. *nec recusare collationem ex eo quod simplex donatio non aliter confertur nisi huiusmodi legem, &c.* sic accipiunt, quasi Iustin. sentiat simplicem quoque donationem conferri oportere, vanumque dicat esse argumentum illud donatarij si recuset collationem hac sola ratione quod simplex donatio minimè conferatur. Si quid enim verum est in iure nostro, illud certè verissimum est, simplicem † donationem non cõferri, cùm nihil sit tam alienum à voluntate donandi simpliciter & absolutè, quàm si collationis onus irrogetur, nisi ab initio eam legem habuerit donatio. Tanto minùs enim videtur accepisse donatarius qui confert, immo nihil penitus qui totum confert nihilque præcipuum retinet ex donatione, quod in dubio credendum non est congruere voluntati donatoris, qui donando nihil aliud egit, nisi vt liberalitatem exerceret. Quod in cæteris donationibus non simplicibus, sed ob causam factis diuersum est. Hoc ipso enim quod factæ sunt ob causam apparet, non tam propter donatarium quàm propter causam illas factas esse, nec proinde quicquam fieri contra donatoris voluntatem cùm earum conferendarum necessitas donatario irrogatur sicut nec in eo donationis ius violatur, quandoquidem non reuocatur donatio, quæ confertur, sed tanto minus ex donatoris hereditate percipitur. Itaque in specie *d. l. illud. in fi.* vanum quidem † est argumentum donatarij reclamantis collationem eo colore quod donatio simplex de qua conferenda nihil in ipso donationis tempore dictum sit, non conferatur sed non ideo vanum, quia niratur falsa iuris propositione vt isti putant at quia malè habeat veræ propositionis applicationẽ, postquã Iustin. placet vt hoc casu simplex donatio conferatur ad euitandã inter liberos inæqualitatem. Vanũ ergo argumentum donatarij facit non ratio ipsa iuris communis, sed sola constitutio Iustiniani, citra quam esset proculdubio efficax & cõcludens, fueratque tale toto eo tempore quod eam præcesserat constitutionem. Dices, Quonam igitur † casu locũ habebit quantum ad patris hereditatem illa regula, quæ donationem simplicẽ pegat conferri oportere, si de donatione in filium fam. collata non intelligatur? Nàm donationem in emancipatum collatam ab eo conferendam esse certum est, nõ tantùm ipso emancipationis tempore facta sit & emancipationis contemplatione quomodo fieri olim solebat, sed etiamsi post emancipationem simpliciter nec aliam ob causam quam ob meram liberalitatem *l. vt liberis. 17. in fi. C. de collat.* in eóque video interpretes omnes consentire, nec malè, quoniam emancipatio illa est quæ donatarium hunc capacem fecit talis accipiendæ donationis, & collationis, æquitas contra emancipatos in id introducta est, vt eodem iure liberi omnes censeantur, quo si emancipatio nulla facta esset, vt iis, qui familia retenti sunt, prosit emancipatio, quæ nec ipsi emancipato nocet. Atque hoc certè est, quod difficilem facit hanc quæstionem, non quidem interpretibus qui de simplici donatione per patrem filiofamilias facta sic tractant quasi possit in eam cadere dubitatio an conferenda sit necne, sed iis omnibus qui sciunt & nobiscum sentiunt adeo non valere donationem quam pater filio familias fecerit, vt neque dici possit eam conferri debere, neque conferri non debere. Illud ergo vnum superest quod dicamus, multum referre an emancipatus conferre debeat suo heredi, an fratri etiam emancipato. Cùm suo † heredi confert, id obtinet quod modo diximus, donationem quoque simplicem ab emancipato conferri deberi quam à patre post emancipationem acceperit, ne alioqui fiat iniuria suo heredi, qui bona illa fratri emancipato donata nunc reperiret in hereditate patris si donata non fuissent. Nec enim possis dicere etiam eo casu quo in filium familias ea donatio collata esset perinde futurum, vt eas res præcipuas haberet donatarius officio arbitri familiæ erciscundæ. Id nanque verè diceretur si in eadem voluntate pater decessisset, quod ipsum tamen an facturus fuerit non alio casu sciri potest quàm cum fecit. Nam etsi donationem in filium emancipatum collatam non reuocauerit, ex eo tamen coniectura voluntatis sumi non potest, quasi reuocatam noluerit, quam reuocare non potuisset tametsi voluisset. Proinde si etiam illa quæ filius emancipatus aliunde quàm à patre acquisiuit fratri in familia retento conferre cogitur, quanto magis ea quæ ex donatione accepit à patre, & ex bonis patris? quomodo etiam Cuiacius argumentatur. Et ad hunc casum pertinet sanè quod de omnibus donationibus quæ à patre in filium emancipatum factis conferendis scriptum est in *d. l. vt liberis*, vt probant verba illa, *siue sui iuris siue in potestate constituis*, quæ ostendunt tractari eum casum quo non soli sint emancipati, sed etiam sui quos conferre vel quibus conferri oporteat. Nam si non inter † emancipatos res agatur, quæ altera distinctionis nostræ pars est, nulla planè ratio siue iuris siue æquitatis facere potest, vt donationem simplicem emancipatus emancipato conferre teneatur, non magis quàm si mater in filium vel auus maternus in nepotem contulisset donationem defuncto iam donatarij patre, aliterve effecto donatario sui iuris. Ratióque diuersitatis est, quia multo fauorabilior est collatio quæ suis heredibus fit, quàm quæ fit emancipatis, quoniam facit quodammodo inuitam suo heredi emancipatus, cùm succedit iure prætorio, aufertque partem hereditatis ei qui iure ciuili totum erat habiturus, nisi conferat etiam sua omnia vndecunque quæsita *l. 1. D. de collat. bon. l. 2. Codice si vt omiss. hered.* Quod non similiter euenit cùm emancipati soli succedunt, quo casu sola ratio tacitæ voluntatis personæ de cuius bonis agitur inducit æquitatem collationis, & consequenter quod ad ea tantùm bona quæ profecta sunt ab eodem donatore cui portò tacitæ voluntati comiciendæ locus nullus relinquitur cùm donatio simplex fuit, vt iam diximus. Nec est † quod quis dicat Iustin. in *d. l. illud. §. 1.* loqui generaliter de donationibus à patre factis, nimiamque fore illam restrictionem si constitutio generaliter & distinctè loquens coarctetur non tantum ad donationes collatas in emancipatos, exclusis iis, quæ in filiosfamilias collatæ fuerint, sed ad eas etiam, quæ fratribus emancipatis conferendæ sint non suis. Nam quod ad primam restrictionem attinet, iam probauimus non de aliis donationibus accipi legem posse, quàm quæ valeant, & per quas acquiratur donatario id quod donatur, quod donationibus filiofamilias factis non conuenit, nec plausibilior vlla est interpretatio quàm quæ habiles, vt loquuntur, terminos præsupponit, vulg. *l. adigere. 6. §. quamuis. D. de iur. patron. l. 1. §. vltim. D. ad SC. Tertyll.* Quod ad secundam verò restrictionem spectat ne cui durior illa videatur, obseruare is debet, Iustinianum non de iis solis donationibus agere quæ à patribus profectæ sint, sed de illis etiam quæ à matre itémque ab auo siue paterno, siue materno, nec ita generaliter loqui vt omnes casus comprehendat, in quibus donatio per patrem filio emancipato facta reperiatur, sed potiùs ita vt eos tantùm in quibus donatio à patre facta filio emancipato possit videri similis ei, quæ vel à matre vel ab auo materno facta esset, ac proinde in quibus non suo heredi conferendum sit, sed emancipato, quando nec mater, nec auus maternus suum heredem habere possunt *l. 4. §. ad testamenta. D. de bon. poss. contr. tab.* Quoties enim plurib⁹ casibus iunctis aliquid generale subiicitur, quod varias interpretationes recipere possit, ea potissimum interpretatio capienda est, quæ omnibus casibus æquè, & (vt aiunt) vniformiter cõueniat non quæ diuersimodè ac difformiter vulg. *l. iam hoc iure. 4. D de vulg. & pupill. substit.* Et verò verba illa constitutionis, *Si quid huiusmodi*

9 10 11 12 13 14

huiusmodi acciderit, nihil aliud vrgent nisi vt casus aliis dari possit, in quo possit ea constitutio sibi locum dicare : etiam quantum ad donationes à patre profectas : Is autem casus statim occurrit in donationibus & dotibus à patre in emancipatum, & emancipato conferendis. Nec pugnat quod ait *l. si emancipati. 9. C. de collat.* emancipatos inter se non conferre. Id enim † verum est in his quæ aliunde quam à patre habuerunt, non etiam quid ex causa donationis ob causam à patre acceperit. vt constat ex *l. 4. eod.* vbi scriptum est iam olim ita ius fuisse vt filia emancipata etiam dotem profectitiam emancipatis conferre teneretur. Cùm ergo dos etiam à filia emancipata conferatur licèt non æquè debuerit conferri donatio simplex à patre quoque facta, voluit tamen Iustinianus conferri eam hoc casu ad eandam inæqualitatem.

ERROR III.

De sententia leg. donationes. 25. Cod. de donat. int. vir. & vxor.

SVMMARIA.

1 *De donationibus siue inter virum & vxorem factis, siue à patribus in filiosfamilias collatis quid constituerit Iustinianus in l. donationes. 25. C. de donat. int. vir. & vx.*
2 *Donationes in filiosfam. à patribus collatæ cur olim non conferrentur.*
3 *Eæ nec hodie conferri contra Fachineum & alios.*
4 *Nullum esse tempus in quo relinquatur locus quæstioni, An res filiofamiliæ à patre donata conferri debeant nécne.*
Licet donationes in filiosfamilias collatæ hodie retrotrahantur, non tamen videri debent inter viuos. & n. 8. & 17. vt sint insinuatæ n. 10.
6 *Etiam ante Iustinianum donationes inter coniuges, aut à patribus in filiosfamiliæ collatæ retrotrahebantur.*
7 *Quid nouæ constituerit Iustinianus in d. l. donationes.*
8 *Multiplices distinctiones quas seruari vult Iustinianus in d. l. donationes.*
11 *Donatio à patre in filiof. collata etiam hodie non tam donatio est, quàm donationis destinatio.*
12 *Idem est de donatione inter coniuges non mortis causa facta.*
13 *Donationis mortis causa conditio communis.*
14 *Donatio mortis causa à coniuge facta ab aliis don. mortis causa quomodo differat.*
15 *Conditio ei qui mortis causa donauit cur & quando competat.*
15 *Donationes mortis causa licet habeant aliquid ex iure contractum, propius tamen accedunt ad naturam vltimarum voluntatum.*

SVPEREST vnus à nobis tollendus scrupulus quem iniicit lex alia noua † Iustiniani in *l. donationes quas parentes. 25. Cod. de donat. inter. vir. & vxor.* qua factum est vt donationes siue inter virum & vxorem factæ siue à patribus in filiosfamiliæ collatæ quas iure ciuili nec olim valuisse nec hodie valere certum est, non tantùm confirmentur silentio & morte donatoris quod iam antea in vtrisque obtinebat *d. l. 2. Cod. de inoff. donat. l. si non verum. 15. C. de donat. int. vir. & vx. l. cùm de bonis. 11. C. de donat. & apud Paul. li. 5. sent. tit. 11. de donat. §. pater.* [quamuis Cuiacius ad eum locum contra sentiat & malè requirens specialem confirmationem quam non requirunt Impp. in *l. filiæ. 18. Cod. fam. ercisc. nec Paulus in d. §. pater.*] sed etiam ita confirmentur, vt ad tempus quo factæ fuerint retrotrahantur, id est, ex quo tempore factæ fuerint iam inde valuisse videantur, si modò vel non excedant legitimam quantitatem, vel quæ excedunt actis fuerint insinuatæ. Huic enim constitutioni videtur consequens, vt hodie donationes huiusmodi etiam conferantur tanquam cessante ratione illa quæ olim collationem ipsarum impediebat. Ideò namque non conferebantur, †, vt diximus, quod non nisi post mortem patris acquirerentur. At hodie iam inde ab ipso tempore quo factæ sunt acquisitæ intelliguntur. Quid ergo impedit quominus perinde conferantur etiam quæ in filiosfamilias collatæ fuerunt acsi in emancipatos collatæ essent, tanquam quæ inter viuos factæ videantur, nec vltimarum voluntatum iure censeantur. Sic enim nonnullos ex recentioribus video ratiocinari, inter quos Andream Fachineum virum sanè diligentem & perspicacem *li. 6. controuer. cap. 64.* Verum respondendum † est eam semper durare rationem quæ collationem impediat, quòd quamuis hæ donationes retrotrahantur ex quo tempore confirmatæ sunt, non tamen confirmantur nisi morte in eóque naturam retinent vltimarum voluntatum, quarum porro ius proprium, hoc est vt non veniant in collationem nec magis ab intestato quàm ex testamento, quoniam qui etiam iudicium patris meruit nec amplius nancisci tur quàm pater ei dedit cogendus non est ad collationem eius quod ex iudicio habet *l. 1. §. vel maximè. D. de coll., l. à patre 10. l. filiam 16. Cod. eod.* Et ratio est quia quod acquiritur ex vltima voluntate non acquiritur nisi post mortem eius cuius vltima voluntas fuit cùm prius sit, vt voluntas illa vltima confirmata sit quàm vt ex ea quidquam acquiratur. Atqui non confirmatur nisi morte. Iam autem sæpius diximus ea quæ post mortem patrisfamilias acquirantur non conferri. *d. l. eodemum. 6. l. nec emancipati. 1 . eod.* Nec sanè fieri potest, vt eodem instanti & acquiratur aliquid ex donatione & oneri collationis subiiciatur, quoniam quod confertur alienatur hoc ipso quod communicatur. Et quemadmodum dicemus dicere non alienari id quod datur ea lege, vt statim recipiatur. *l. qui sic soluit. 35. D. de solut.* ita neque adquiri dici posset id quod ita acquireretur, vt ob hoc ipsum quod acquireretur collationis oneri obligaretur. Itaque si subtilius inspicias nullum instans † est in quo possit esse locus, non dicam collationi sed neque quæstioni de collatione rerum à patre filiofamilias donatarum. Nam tum quoque cùm confirmantur morte, earum dominium tamen non prius adquiritur filio quàm arbiter familiæ erciscundæ eas præcipuas adiudicauerit secutus patris voluntatem. Adiudicatio enim modus fuit iam olim transferendi dominij iure Quiritum vt Vlpianus refert *titulo XIX. de acquir. rer.* estque hoc casu necessarius ad dominium transferendum in donatarium manca legis potestate ob inualiditatem donationis. Præposterа autem quæstio est an res donatæ filiofamilias conferri debeant priusquam fuerint ei acquisitæ : cùm alienæ rei collatio ridicula sit nedum inanis. Rursus cùm arbitri familiæ erciscundæ tale officium esse debeat, vt res istas filiofamilias donatas ei non aliter adiudicet, quàm vt præcipuas habeat [alioqui ad quid prodesset adiudicatio ?] non potest fieri vt post eiusmodi adiudicationem supersit quæstio *de collatio.* cùm sint ista contradictoria, vt quod quis præcipuum habeat conferre teneatur : præsertim cùm, & adiudicatio & conferendi necessitas proficiscatur ex officio eiusdem arbitri sequentis in vno iudicium patris, in alio edictum prætoris. Pugnaret enim [cũ arbiter si & res istas donatas, adiudicaret filio præcipuas quod facere debet. *l. filiæ. 18. Cod. fam. ercisc.* & tamen eas dẽ à filio cõferri iuberet siue in ipsa adiudicationis formula, quod esset stultius siue post adiudicationem

tionem. Sera igitur collationis petitio eſt poſtquam arbiter filio res illas tanquam præcipuas adiudicauit vt in ſimili ratiocinatur,IC. in *l.1.§. decretalis. D.de ſucceſſ. edict.* proinde fatendum eſt non ſolùm res filiofamilias donatas non conferri poſſe aut debere. Sed neque tempus vllum eſſe in quo relinquatur locus quæſtioni. An debeant conferri néene. Neque quòd huiuſmodi donationes † hodie retrotrahantur facit vt eo magis videri debeant inter viuos,cùm inſpiciendum ſit tempus quo confirmantur & à quo non ad quod retrotrahuntur *l.in mortis.* 22.*iunct.l. non videtur.* 32. *D. de mort. cauſ. donat.* Alioqui perinde inferas donationes inter virum & vxorem hodie valere ac iam olim valuiſſe tota donationum inter viuos, quandoquidem & hodie retrotrahuntur & iam olim retrotrahebãtur ad id tempus quo factæ eſſent *l.ſi mortis cauſa.* 40. *D. eod.l. cum pater.* 77 § *pater filia. D. de lega.* 2. Ex quibus locis † appareat non tantùm in donationibus à coniuge factis,ſed in iis quæ à patre in filium familias collatæ eſſent iam olim hoc ius obtinuiſſe, ſc. ſi ſpeciali voluntate confirmatæ eſſent,nec in eo quidquam noui Iuſtinianum conſtituiſſe in *d.l. donationes* ſed in hoc † tantùm vetus illud vetus non aliter locum habeat quàm ſi donatio vel non excedat legitimam quantitatem, vel quæ excedit acta inſinuata reperiatur: niſi non tantùm ſilentio ſed etiam ſpeciali voluntate confirmata proponatur: ſolo caſu etiamſi eam quantitatem excedant nec inſinuatæ ſint donationes patitur Iuſtinianus, vt nihilominus valeant, ſed ita tamen,vt non retrotrahantur quomodo antea ſed ex ipſo tantùm die confirmationis valeant quæ valerent ex die collationis ſi ius vetus ſeruaretur. Facit etiam ius nouum ea conſtitutio in hoc quod tollit diſtinctionem illam iuris veteris, An de ea re ageretur quæ eſſet iuris an de ea quæ eſſet facti, quoniam in iis tantum quæ iuris erant, non etiam in iis quæ facti poterat retrotrahi confirmatio. *l.quædam.* 7. §.1.*D.de iure codicill.* Iuſtinianus enim eas ſolas † diſtinctiones ſeruari vult quas ea conſtitutione inducit, An donatio excedat ſummam legitimæ néene:vt ſi non excedat ius antiquum ſeruetur,ſin excedat,non valeat niſi ſpecialiter confirmata ſit. Hæc enim ſecunda diſtinctio eſt, An donatio quæ excedit ſpecialiter confirmata ſit néene, vt ſpecialiter confirmata, valeat,ſed ex die confirmationis tantùm: ſpecialiter verò non confirmata non valeat ne quidem ex die mortis, cùm tamen olim valeret vt pote quæ ſaltem ex eo die per ſilentium & mortem donatoris confirmata intelligerentur.Et ex hac ſecunda diſtinctione naſcitur quoque tertia quantum ad hoc,vt donatio retrotrahatur. Nam circa illam quæſtionem, An huiuſmodi donatio confirmata retrotrahatur, duplicem quoque diſtinctionem adhiberi vult Iuſtinianus, priorem illam,vtrum ſpecialiter confirmata ſit an ſilentio tantùm & morte donatoris: Alteram vtrum quæ ſpecialiter confirmata eſt quantitatem legitimam excedat an non: Vt quæ ſilentio, & morte donatoris tantùm confirmata fuit nunquàm retrotrahatur etiamſi non excedat, nec ſi fuerit inſinuata, quomodo nec olim retrotrahatur vt puto: quæ verò ſpeciali voluntate confirmata eſt retrotrahi quidem poſſit, vt olim, at non indiſtinctè quomodo antea, ſed cum alia illa diſtinctione, ſi vel quantitatem legitimam non excedat, vel quæ excedit fuerit inſinuata. Ita que ſi bene inſpicies nihil ea conſtitutione fecit Iuſtinianus ad ampliandum ius huiuſmodi donationum, ſed potius reſtrinxit earum fauorem, reſpiciens ad eam conſtitutionem quam idem Iuſtinianus fecerat de donationibus quæ ſummam quingentorum ſolidorum excederent inſinuandis *l. ſancimus.* 34. *Cod. de donat.* Cuius iſta veluti appendix quædam eſt Quod cùm ita ſit non niſi ridiculè poſſis dicere cenſeri eas † hodie iure donationum inter viuos ſi iam olim non cenſebantur nec magis eas quæ ſpeciali iudicio confirmatæ & inſinuatæ † ſunt quàm cæteras. Inſinuatio enim nihil ius iuris noui tribuit ſed veteris tantùm conſeruat, quod alioqui eadem conſtitutione tolleret ſi inſinuatæ non eſſent. Nec eo minus etiam hoc verum eſt donationem † à patre in filiumfamilias collatam non tam donationem eſſe quàm donationis deſtinationem, vt loquitur *d. l.cum de bonis* 1. *codice de donat.* Quod & de donationibus † inter coniuges factis æque dici debere certum eſt,ſi non mortis cauſa, ſed inter viuos factæ ſint: quia non aliter valere poſſunt quantumcumque actis inſinuatæ, vel donatoris ſilentio & morte confirmatæ ſint, ex conſtitutione Seuera de qua in *l. cum hic ſtatus.* 32. *D. de ritu nupt.* vel ſpeciali voluntate, quæ voluntas non inter viuos eſſe poteſt, ſed vt ſit vltima. & tanquam à morte facta prorſus neceſſe eſt. Siquidem quæ ratio inſedit donationem quamlibet inter viuos, eadem inſedit quoque ne inter viuos confirmari poſſit. Ideo iterum loquor de donationibus factis inter coniuges non mortis cauſa:quoniam omnium mortis † cauſa donationum ius commune illud eſt, vt quamuis non videantur perfectæ niſi morte donatoris ſeuti: tamen quandocunque morte ad id tempus quo factæ ſunt reducantur, nec minus quæ inter virum & vxorem quàm quæ inter ceteros factæ ſunt *d. l. ſi mortis cauſa.* 40. *D. de mort. cauſ. donat.* Licèt in eo deterioris conditionis ſit donatio † à coniuge facta etiam mortis cauſa,quod nunquam ita poteſt illa fieri, vt dominium rei donatæ ſtatim & viuo adhuc donatore transferatur. *ſed interim.* 13. *in princ. cum duab. præced. D. de donat. int. vir. & vxor.* quod in cæteris mortis cauſa donationibus, id eſt, inter cæteros factis diuerſum eſt,quæ licèt poſſint ita fieri vt dominium non niſi ſecuta morte donatario acquiratur, poſſunt tamen etiam ita, vt in donatarium ſtatim dominium transferatur *l.2. D.de mort. cauſ.donat.* Vnde eſt quod dici ſolet † eum qui mortis cauſa donauit poſſe ex pœnitentia vel conditionem habere vel veterem. *l. qui mortis.* 30. *eod.* Nec enim conditionem alius habere poteſt quàm qui dominus eſſe deſiit, cùm nemo rem ſuam condicat niſi à fac. *l. vltim. D. vſufr. quemad. cau. l.* 1.*D. de condict. ob.* Et tamen quis ideirco dixerit donationes etiam ausa mortis cenſeri iure donationum inter viuos etiam ex quibus dominium ſtatim tranſlatum fuit? Quanto minus ea ex quibus dominium ſtatim tranſlatum non ſit tametſi retrotrahatur? Generaliter ſiquidem verum eſt donationes † cauſa mortis licèt aliquid habeant ex iure contractuum, propius tamen accedere ad naturam vltimarum voluntatum legatiſque magis quàm contractibus comparari oportere *l. illud.* 37. *D. de donat. cauſ.mort.l.vlt.Cod.eod.* Quod ſi donationes cauſa mortis nunquam cenſentur iure donationum inter viuos, licet retrotrahantur, ne tum quidem cùm dominium ex iis ſtatim tranſlatum fuit, planè non video † quenam iuris colore poſſit defendi donationem à patre in filiumfamilias collatam ob id ſolùm debere cenſeri iure donationis inter viuos quod cùm ſpeciali volunate confirmata eſt, nec ſummam legitimam excedit,retrotrahitur ad id tempus, quo fuit interpoſita, ſiue ea retrotractionem illam ex noua lege Iuſtiniani induxerit eſſe, quod non puto verum, ſiue quod probabilius eſt, iam olim ita ius fuiſſet vt ad diem contractus retrotrahi deberet donatio, eo nimirum caſu quo ſpeciali voluntate fuiſſet confirmata.

***

ERROR

ERROR IV.

De iure collationis faciendæ in omni casu successionis intestati, etiam factis codicillis ad l. à patre 10. & l. filiam. 16. C. de collat.

SVMMARIA.

1 *Sententia eorum qui in quæstione de collatione simplicis donationis inter viuos factæ separant causam testati à causa intestati.*

2 *Rationem cur nonnulli existimant donationem simplicem à patre filiofam. factam ab intestato conferendam esse, & falsam & inconsequentem esse.*

3 *Donatio simplex non confertur, nisi donator ipso donationis tempore id nominatim insserit.*

4 *Distinctio de donatione simplici conferenda ab intestato quidem, at non ex testamento rupto per querelam inofficiosi refellitur.*

5 *De collatione quid nouì statuerit Iustinianus in Nou. 18. de triente.*

6 *De collatione eorum quæ in codicillis relicta sunt.*

7 *Cuiacium hanc propositionem, Ea quæ in codicillis relicta sunt non conferri, malè probare ex l. à patre & l. filiam. C. de collat.*

8 *Perperam quoque ex dd. l. à quibusdam inferri, factis codicillis locum esse collationi, quamuis non itidem sit ei locus facto testamento.*

9 *Cur in dd. ll. locus non sit collationi.*

10 *Cur facto testamento non sit locus collationi, sit autem factis ab intestato codicillis.*

11 *Quod de collatione ex testamento quoque faciendâ à Iustin. constitutum est in Nou. 18. iuri veteri & rationi repugnare.*

ALIVS aliorum error à nobis confutandus 1
est † qui in quæstione illa quam tractauimus in præcedentibus, de simplici donatione inter viuos facta verum conferenda sit necne, vt se euoluant ex *d. l. penult. in fin. C. de collat.* vbi apertissimè scriptum est donationem simplicem & inter viuos factam non aliter conferri quàm si huiusmodi legem donator tempore donationis indulgentiæ suæ imposuerit, nouam inducunt opinionem vt separanda sit hac in re causa testati à causa intestati, & ab intestato quidem conferatur simplex donatio, facto autem testamento quod per querelam inofficiosi testamenti posteà rescissum sit, non conferatur, nisi eam liberalitati suæ legem testator dixerit: atque ita coactant ad hunc casum quod tam generaliter scriptum est in *d. l. penult.* nec minùs tamen in eo perstant, vt Iustinianus in illa lege de simplici donatione loquatur, quæ etiam in filiumfamilias fuerit à patre collata, quòd quamquam ipso iure non valeat, nec nisi morte confirmetur, tamen non tam legati aut fideicommissi & vltimæ voluntatis naturam habeat quàm donationis inter viuos, post Iustiniani constitutionem in *l. donationes, 25. C. de donat. int. vir. & vxor.* quæ fecit vt ad eum diẽ quo facta est retrotrahatur. Quam rationem ex iis quæ superiore capite diximus satis reiectam esse arbitramur, probatúmque longè aliam fuisse Iustiniani mentem quàm vulgo existimetur. Cui consequens est, vt qui † 2
aliam rationem non habent cur dicant simplicem donationem filiofamilias à patre factam ab intestato conferendam esse, nisi quod donationis inter viuos iure censeatur post supradictam Iustiniani constitutionem, nunc manus dare debeant, tanquam qui nulla penitus ratione decertent. Si enim huiusmodi donatio valere non potest nisi vltimæ voluntatis iure, quod certè veriſſimum est si quid in iure nostro verum, relinquitur vt bona ex huiusmodi donatione acquisita, immunia sint ab onere collationis, vt & alia quæcunque post mortem patris quæsita vndecumque tandem obuenerint, vt probauimus ex *l. ea demum 6. & l. nec emancipati. 15. C. de collat.* Ea namque sola conferuntur, quę conferens habuit tempore mortis eius de cuius successione tractaretur *l. 2. C si vt omiss. hered. l. 1. & tot. tit. D. de collat.* Quanquam non video, quænam sit ista consecutio, vt ideo debeat conferri donatio facta filio per patrem, quod censenda sit iure donationis inter viuos. Nam immo verò tanto minùs conferenda est, quanto certiùs donatio inter viuos dici potest, cùm ea sit voluntas donantis, vt liberalitatem exerceat in donatarium, qui tamen si conferre cogeretur, hoc ipso donationis emolumentum amitteret. Ideóque iuris regula est, † 3
Donationem simplicem non conferri, nisi donator ipso donationis tempore id nominatim insserit *d. l. penult.* Fateor in donatione simplici facta inter viuos non posse impediri collationem ea ratione, quod bona post mortem patris quæsita non conferantur, Nihilque aliud posse concludere, tametsi millies probares donationem hanc iure donationis inter viuos defendẽdam esse: nec ideo facies, vt non alia ratio sit, quę prohibeat collationem, Nempe quod non magis donatio inter viuos conferatur quam quæ sunt quæsita post mortem. Sed illa distinctio † longè improbabilior est, quam 4
isti comminiscuntur de donatione simplici conferenda ab intestato quidem, at non ex testamento rupto per querelam inofficiosi. An non enim succeditur ab intestato, cùm testamentum ruptum est per querelam? *l. circa. 24. l. mater decedens 19. de inoff. test.* Aut quid refert an decesserit quis intestatus ab initio an ex postfacto vt eo magis minúsve debeat esse locus collationi? An non pugnat hæc distinctio cum toto iure vetere, cuius forma illa erat vt ex testamento quidem valido cessaret collatio, ab intestato verò omnimodo locum haberet? *l. 1. C. eod. tit. de coll.* Hoc enim potissimum est quod Iustinianus † innouauit *Nouell. 18. de trient.* 5
& semiss. § illud, vt hodie collationi locus sit etiam facto testamento nisi prohibita sit collatio, cùm enim non esset locus nisi testator nominatim id præcepisset. *l. 1. C. eod.* Nempe quia respexit Iustinianus ad æqualitatem inter liberos quantum fieri possit conseruandam omni casu etiam ex testamento, cùm tamen prætor olim nihil aliud curaret, nisi ne qua liberis in potestate retentis fieret iniuria per emancipatos succedentes iure prætorio siue per contra tabulas siue per bonorum possessionem *vnde liberi*, quæ portò iniuria nulla est cùm emancipatus aut etiam suus ex testamento consequitur eam partem quam testator ipse voluit ad eum pertinere. Nam & persona prorsus extranea quæ non esset ex liberis, tantundẽ, si fuisset instituta consequeretur. In quo tamen illa incurrit hæsitatio, quod etiam ab intestato factis codicillis † si nihil aliud petatur nisi 6
quod codicillis relictum est, æquè cessat collatio *l. à patre 18. l. filiam. 16. Cod. eod.* eadem prorsus ratione, quia nullam iniuriam fratri facere videri possit filius siue emancipatus qui nihil consequitur nisi ex patris voluntate. Tam autem voluntas patris est ea quam declarauit codicillis quàm quæ declarata fuerit testamento. Atqui non eò minùs verum est decessisse ipsum testatũ, tametsi codicillos fecerit. Neque enim testamentum sunt codicilli ab intestato facti. Ergo, inquies, non tam illa distinctio adhibenda est, Verum factum sit testamentum necne, quàm verum filius ex voluntate patris succedat an contra vel præter voluntatem. Sed respondendum est, immo necessariam esse illam distinctionem, Verum sit factum testamentum necne, quotiescunque filius contra quem collatio petitur, succedit patri, iure ac titulo vniuersali, siue sui heredis siue bonorum possessoris, quia nullo facto testamento siue suus siue emancipatus sit ille cui collationis onus

irrogatur, cùm succedit in vniuersitate bonorum siue iure ciuili siue prætorio, si quidem emancipatus est, eripit fratri qui mansit in familia partem bonorum paternorum, quæ alioqui tota debuissent ad suum heredem pertinere, idéoque facit ei iniuriam nisi conferat vicissim sua: si verò sit ex liberis in familia retentis cùm nihil possit habere proprium de quo possit quæri, an conferre debeat necne præter dotem, vel ante nuptias donationem, hoc ipso debet eam conferre tam suis heredibus ex ratione iuris veteris quàm emancipatis ex constitutione Leonis in *lege vt liberis 17. Cod. eodem.* quia quæ dote non est contenta vel donatione propter nuptias, sed præterea successionis partem capit, non succedit tanquam extranea persona sed tanquam ex liberis, ac proinde recusare non potest collationem siue dotis siue ante nuptias donationis, vt successionis intestati forma seruetur quæ illa est vt inter liberos omnes succedentes diuisio fiat siue hereditatis siue bonorum in partes æquales. In quo bonorum numero etiam dos vel donatio propter nuptias à patre profecta continetur, propter eam rationem quam in sequentibus afferemus. At cùm is cui aliquid in codicillis relictum est, ab intestato non succedit, nec aliud quicquam petit nisi quod ei à legitimis heredibus ab intestato venientibus præstari pater voluit, cessat collatio, quia quamuis relictum ei sit aliquid tanquam filio, percipit tamen extranei iure, hoc est eo prorsus modo quo caperet extraneus si ei relictum fuisset. Quæ sententia est *d.l. à patre. & d.l. filiam.* quam ita constitui oportet, acsi scriptum esset filiam cum fratribus suis coheredibus intestato patri succedentem, si non conferat dotem nihil consequi posse iudicio familiæ erciscundæ, præterquam id quod ipsi relictum fuerit in codicillis: vt intelligamus vel abstinere illam debere ab hereditate patris, vel dotem cõferre, alioqui si dotem conferre nolit, officium arbitri familiæ erciscundæ tale esse debere, vt præter id quod in codicillis relictum est nihil ipsam consequi patiatur. Quod vereor ne non satis bene per-
7 ceptum sit à viro doctissimo Iacobo Cuiacio, † qui *lib. 3. obseruat. cap. 30. probat d.l. filiam & d.l. à patre.* ea quæ in codicillis relicta sunt non conferri. Quæ propositio licet vera sit ob eam rationem quam attulimus, quòd relicta in codicillis extraneorum potius quàm liberorum iure capiuntur, quódque non nisi post mortem eius de cuius bonis agitur, acquirantur, ex iis tamen locis non probatur. Aliud enim est dicere illa non conferri, aliud verò posse filiam etiam non conferendo ea consequi, quæ sibi relicta sunt in codicillis, cùm patri non succedit. Alioqui eodem modo probares ne quidem dotem esse conferendam, quia in earum legum specie non magis dos confertur, quàm quod relictum est in codicillis: sed tamen diuersa ratione: Dos enim ideo non confertur, quoniam filia quæ dotem acceperat se abstinet patris hereditate. Relictum verò in codicillis ideò, quòd extranei iure percipitur, neque conferendum esset, etiam si filia patri succederet ab intestato, quandoquidem si extraneo relictum esset non magis id quàm cætera bona sua conferre cogeretur. Nec leuior aliorum error est qui ex iisdem locis † pro-
8 bant etiam factis codicillis locum esse collationi, quamuis non itidem sit ei locus facto testamento. Etsi enim hoc quoque verum verumque est, tamen ad has leges non pertinet. Quinimo posset quis potiùs probare ex *l. à patre* factis ab intestato codicillis non fieri collationem siquidem ibi negent Imperatores cogendam filiam ad collationem dotis, cùm tamen codicilli facti, & quidem ab intestato proponerentur. Vt & in *l. filiam.* factis etiam codicillis ab intestato non vrgetur ad collationem filia, ne quidem dotis, sed tantùm à paterna successione si non conferat, summouetur. Sed ea quo-
9 que argumentatio captiosa esset, quia collationi † locus non est in iis legibus, non quòd codicilli ab intestato facti essent, sed quòd filia nollet ab intestato succedere, contentáque esset dote & iis quæ sibi relicta essent in codicillis. Nam si ab intestato succedere voluisset, vtique conferre debuisset non quidem ea, quæ relicta fuissent in codicillis, sed dotem & cætera si qua erant quæ in collationem venirent. Itaque quod dicunt factis codicillis non eo minùs locum esse collationi, tunc verum est cùm succedere vult is, qui conferre debet, succedere verò non in iis tantùm quæ sibi relicta sunt in codicillis, quæ semper ei sunt præcipua, nisi relicta fuerint ea lege vt conferantur, sed in ipsa etiam vniuersitate bonorum pro parte quæ ad eum spectat, vel ciuili iure, vel prætorio. Eáque nimirum ratio † differentiæ est inter testamentum, & codi- 10
cillos, id est cur facto testamento non sit locus collationi, sit autem factis ab intestato codicillis: quia ex testamento quoties ritè factum est nec destituitur, necesse est vt succedat quisquis succedit, ac proinde tanquam alius quilibet extraneus. Ex codicillis verò non succeditur, tum quoque cum testamentum nullum factum est, sed ex sola lege, quandoquidem nec hereditas per codicillos defertur. Idéoque non possunt codicilli ab intestato conditi, facere vt conferri non debeant ea ipsa, de quorum collatione nullis factis codicillis minimè dubitaretur, quia neque faciunt quominùs succedatur eo ipso iure quo succederetur si nulli facti essent, id est ex sola lege, quamuis tacita quoque voluntas patris familias concurrere videatur quoties ab intestato succeditur, siue codicillis aliquibus factis siue nullis, quasi patrefamilias sponte sua relinquente legitimis successoribus suam hereditatem *l. 3. l. conficiamur. 8. D. de iur. codicill. l. ab exheredat. 116. de legat.* 1. Sed non potest ea voluntas tacita vim tantam habere quantam haberet expressa ad impediendum ius collationis, quia non sicut extranei iure capitur, quicquid ex vltima voluntate testamenti siue codicillorum percipitur, ita & iure extraneorum capere videri possunt, qui capiunt ab intestato. Soli enim sui aut legitimi, vel qui à prætore pro suis aut legitimis habentur, possunt ab intestato succedere, qui nullomodo succederent si extranei essent. Quæ cùm ita sint dubitari non
oportet, quin quod à Iustiniano † constitutum est *d.* 11
Nouell. 18. de trient. & §. illud Vnde sumpta est Authex testamento. Codice de collat. De collatione eo testamento quoque facienda, etiamsi nihil de eo cautum, dummodo nec quicquam prohibitum sit à testatore, sicuti pugnat cum iure vetere, sic & à iuris ratione omnino sit alienum. Ita enim fit vt qui habens pro se voluntatem testatoris expressam eandem perinde habere quilibet extraneus sine collationis onere potuisset, succedit iure cuiuslibet extranei, deteriòris tamen conditionis sit quàm extraneus quilibet. Hoc nimirum colore, quem vnum præ oculis habuit Iustinianus, vt seruetur æqualitas inter liberos quos natura facit æquales siue sui sint siue emancipati, siue ex testamento siue ab intestato succedatur. Legislator verus id tantùm curabat ne qua fieret iniuria ei cui pars successionis eripiebatur, si non ei conferretur: nec putabat illud etiam attendendum vtrum æqua lance succederent qui non æquo & pari iure ad successionem veniebant. At Iustinianus contrà, quasi nullius planè momenti esset ea differentia quæ ex suitatis & emancipationis dissimilitudine proficiscebatur, nihil aliud inuitus est nisi vt inter omnes cuiuscumque sexus & conditionis liberos æqualitas omnimodo seruaretur si non expressa testatoris voluntas repugnaret. *d. §. illud & d.l. penult. §. 1.* quod etiam Leonis propositum fuerat in *l. vlt. lib. 17. eod.* nisi quod iura collationis non fuerat ausus porrigere ad causam testati, vt in sequentibus dicemus. Et hæc quidem tractasse satis sit aduersus eos qui facilius esse putant vt simplex donatio in filiũfamilias collata conferatur ex testamento quod per querelam

querelam inofficioſi teſtamenti ruptum ſit quàm ſi paterfamilias ab initio inteſtatus deceſſiſſet. Quaſi teſtamentum quod per querelam ruptum eſt, vllum ex eo tempore vnquam fuiſſe videatur. Vt taceam Iuſtinianum *in d.l.penult.* §. 1. nihil minùs, quàm de hoc cogitare, de quo ne verbum quidem. Sed indicandus & explicandus locus eſt qui viros alioquin doctiſſimos in hanc ſententiam adeo improbabilem perduxit. Is eſt *in l ſi non mortis. 25. D. de inoff. teſtam.* De cuius emendatione ac interpretatione iam videamus.

ERROR V.

De interpretatione & emendatione leg. ſi non mortis. 25. D. de inoffic. teſtam.

SVMMARIA.

1 *Vnde colligant, nonnulli iam olim donationes inter vivos conferri ſolitas etiam facto teſtamento, vbi illud per querelam inofficioſi ruptum proponeretur.*
2 *De quibus donationibus inter vivos intelligendum ſit eas iam olim conferri ſolitas rupto per querelam quod factum erat teſtamento.*
3 *Vlpianum in lege vigeſima tertia D. de inoffic. teſtam. non loqui de donatione ſimplici ſimpliciter facta, nec ea lege vt in quartam imputaretur.*
4 *De quibus vera ſit illa propoſitio,* Quæ imputanda ſunt in quartam ea conferuntur.
5 *Conferri debet ab inteſtato, ruptéque per querelam teſtamento ea donatio de qua fuerat actum vt vel pro quarta haberetur ſi teſtamentum nunquam ruptum fuiſſet.*
6 *Querela inofficioſi qua teſtamentum rumpit non poteſt tamen rumpere legem donationi inter vivos.*
7 *Cur donatio facta inter vivos ea lege vt in quartam haberetur rupto poſtea teſtamento ab inteſtato conferatur.*
8 *Quod dicitur donationes patris in filiosfamilias collatas, ſolo ſilentio mortéque patris confirmari, ad donationem factam ea lege vt in quartam haberetur, non pertinere.*
9 *Collatio quorum bonorum ſit.*
10 *Cùm donatio eſt inualida, nullus eſt locus quæſtioni de collatione donationis.*
11 *Iuris loci qui de ſimplici donatione conferenda vel non conferenda loquuntur, de qua donatione intelligi debeant.*
12 *De qua donatione loquatur Vlpian. in d. l. vigeſima quinta D. de inoff. teſtam. & num. 14.*
13 *Emancipati quatenus ad querelam inofficioſi admittantur.*
15 *Cur fiat collatio in dict. leg. vigeſima quinta D. de inoff.*
16 *Interpretatio & emendatio dict. leg. 25. D. de inoffic. teſt.*
17 *Actionis ad ſupplementum proprium eſt vt teſtamentum conſeruet.*
18 *Deciſio quæſtionis an donatarius agens ad ſupplementum conferre debeat quod accepit ex donatione inter vivos.*
19 *Inter emancipatos quando locus ſit collationi.*

1 SI non † mortis cauſa fuerit donatum, inquit Vlpianus, ſed inter viuos, hac tamen contemplatione vt in quartam habeatur poteſt dici, querelam inofficioſi ceſſare, ſi quartam in donatione habeat, aut ſi minùs habeat, quod deeſt viri boni arbitrio repleatur, aut certè conferri oportere id quod donatum eſt, *l. ſi non mortis. 25. D. de inoff. teſtam.* Hinc quidam inferunt, proprium iam olim & ſingulare ius fuiſſe donationum inter viuos, vt quamuis ab inteſtato tantum, non etiam ex teſtamento fieri collatio ſoleret, tamen facto quoque teſtamento conferri deberent, ſi per querelam inofficioſi teſtamentum poſtea ruptum proponeretur. Quòd ſanè falſum eſt, niſi addas de iis † donationibus inter viuos fa- 2
ctis id intelligendum, de quibus loquitur eo loco Vlp. id eſt quæ ita factæ eſſent, vt in quartam imputari deberent, cum donator eas præcipuas donatarium habere noluiſſet. Quid enim tam contrarium eſt imputationi faciendæ, quàm haberi præcipuum id quod voluerit donator imputari? Aliud autem proculdubio reſpondiſſet Vlpianus † ſi tractaſſet de donatione ſimplici 3
ſimpliciter facta nec ea lege, vt in quartam imputaretur. Quid enim haberet commune talis donatio cum iure ſucceſſionis ſiue teſtamentariæ ſiue legitimæ, aut quid poſſet intereſſe donatarij, an eſſet factum teſtamentum nec ne, vel an quod factum eſſet, poſtea ruptum fuiſſet per querelam aut non? Nam & facta donatione inter viuos hac lege vt in quartam imputaretur, illa tamen dubitandi ratio apud Vlpianum quòd non fuerat dictum à donatore vt conferri deberet, ſed tantum vt imputari, quòd longè diuerſum eſt, Alioqui ſi pro eodem haberetur, vtique dicendum eſſet, non ſolùm omnia quæ in quartam computanda ſunt conferri oportere, ſed etiam è contrario quicquid confertur imputandum eſſe quod Iuſtin *negat. in l.penult. C. de collat.* Nec quod Iuſtinianus, ibi dicere videtur hanc veteris regulam fuiſſe, non ab omnibus tamen admiſſam vt quæcumque in quartam imputanda eſſent illa etiam conferri oporteret, facere poſſe videbatur apud Vlpianum vt donatio inter viuos ob id magis deberet conferri, rupto per querelam teſtamento, quia donationis tempore id actum fuerat, vt in quartam imputaretur. Illa enim conuentio de huiuſmodi donatione in quartam imputando non ad alium caſum pertinere poterat quàm in quo de quarta tractari poſſet, ac proinde quo factum eſſet teſtamentum illudque validum, & vtile ad teſtamentariam hereditatem inducendam retinendam-
que non quo ſuccederetur ab inteſtato. Itaque rupto per querelam teſtamento non magis conuentioni in caſum teſtamentariæ ſucceſſionis collatæ locus vllus videri relictus poterat, quàm ipſi ſucceſſioni teſtamentariæ, quam tamen certum eſt nullam ſupereſſe poſt querelam inofficioſi rectè perlatam. Eſtque mala & captioſa illa ratiocinatio, ſi quis ita argumentetur, Omnia quæ imputanda ſunt in quartam, etiam conferuntur: Atqui hæc donatio erat imputanda in quartam ex lege donationi dicta per donatorem: Ergo eſt conferenda ex eiuſdem donatoris voluntate: Maior enim propoſitio † ad ea tantum pertinet quæ ſui natura ſunt 4
imputanda in quartam, non etiam ad ea quæ ex conuentione dumtaxat, liquidem facta conuentione in caſum teſtati nulla ratio eſt, vt ad caſum inteſtati eadem conuentio accommodetur nec vt aliud iuris conſtituatur, quam ſi teſtamentum nullum factum fuiſſet, nullâque conuentio circa cauſam teſtati. Ceſſante porrò conuentione certum eſt, non fore ab inteſtato conferendam donationem ſimplicem ſimpliciter factam. Ergo neque conferenda videbatur rupto per querelam teſtamento, tametſi donationis tempore actum eſſet de illa in quartam imputanda. Et ſanè ita eſſet ſi non ab hoc ipſo donatario querela propoſita fuiſſet, ac forraſſis à fratre qui donationis collationem ſibi fieri poſtularet. Hoc enim caſu cum nihil ei poſſet imputari, ſed fratri potiùs qui querelam inſtituiſſet, putà vtroque filio immerenter exheredato, & extraneo inſtituto, Rogo qua fronte donatario huic poſſet quicquam obiicere frater, qui ipſe patris iudicium euertiſſet? Aut cur teſtamento per querelam rupto debeat melior fieri conditio fratris qui nullam à patre donationem habuit,

buit, ob id ſolùm quòd frater, idémque donatarius ruperit etiam pro ſua parte teſtamentum, cum ſi nullam is querelam propoſuiſſet, non eo magis tamen alius quicquam ſupra ſuum ſemiſſem fuiſſet conſecuturus, manente ſcilicet valido teſtamento pro parte fratris non conquerentis. Poſtquam placuit abſurdum non eſſe vt ex poſtfacto quis decedat pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus, *l. Papin.* 8. §. *ſed nec impub. l. nam etſi.* 15. §. *vlt. l. circa.* 24. *D. de inoff teſt.* Sed cum ille ipſe cui fuerat inter viuos donatum ea lege vt donationem in quartam haberet, non contentus donatione mortuo patre conqueritur de inofficioſo rumpitque teſtamentum tanquam qui nec iuſtè ſit exheredatus, nec eam portionem habeat, quæ neceſſaria eſſet ad quartam excludendam, ratio æquitatis certè non patitur, vt retineat ille præcipuam donationem quaſi ex iudicio patris quod ipſe vltrò impugnauit. Nam cùm alia ratione ſibi victoriam non comparauerit, quàm quòd donationem ſibi factam ea lege vt amplius nihil peteret, noluerit habere pro facta, æqui bonique conſulere debet ſic etiam cum eo agi acſi donationem nullam à patre accepiſſet, quo caſu non eſſet nunc de quo poſſet quæri an præcipuum illud habere deberet necne. Etſi verò aliud ſit donari quid ea lege vt in quartam habeatur, id eſt vt pro quarta ſit, Aliud verò donari ea lege vt in quartam imputetur, propterea quòd priore caſu id agitur vt nihil præterea ſub quartæ prætextu peti poſſit, poſteriore verò non vt nihil ſed vt tanto minùs petatur, non tamen dubito, quin vtrique caſui commune illud ſit vt conferri † debeat ab inteſtato, 5
ruptóque per querelam teſtamento ea donatio de qua fuerat actum vel pro quarta haberetur, vel in quartam imputaretur, ſi teſtamentum nunquam ruptum fuiſſet. Vtroque enim caſu donatoris voluntas illa eſt vt donatio præcipua non retineatur, quia nec præcipuum videri poteſt quod vel ſolum habetur vel in cauſam ſiue legitimæ ſiue teſtamentariæ ſucceſſionis imputatur, ſiue in portionem ipſam bonorum quam vulgò legitimam, aut, vt alij, legitimariam appellant, ſiue in portionem ſucceſſionis legitimæ imputetur. Quare nec mirum illud eſt vtroque caſu conferri donationem ab inteſtato quæ ſic facta fuerit, quo quæ ratio voluntatis faceret vt ſi ex teſtamento ſuccederetur, ea imputatio fieri deberet, ne contra patris voluntatem haberet filius præcipuum quod ei donatum ita fuit ne præcipuum habere poſſet, eadem facit vt cùm ab inteſtato ſucceditur collationi locum eſſe oporteat, ne patris ea voluntate quæ teſtamento declarata fuit, rupto ſcilicet per querelam teſtamento, illa etiam voluntas quæ fuit expreſſa in donatione violetur, quòd plane abſurdum eſſet. Nec enim querela † inofficioſi teſtamenti 6
quæ teſtamentum rumpit poteſt etiam rumpere legem donationis inter viuos factæ dictam ſiue illi ipſi qui conqueſtus fuit, ſiue alij facta donatio ſit, præſertim verò quæ tantùm abeſt vt ſit inofficioſa conſenſu quo inofficioſas donationes ſolemus dicere per querelam inofficioſæ donationis reſcindendas, de quibus in tit. *Cod. de donat.* vt è contratio non alio prætextu fiat irrita quàm quod ſit manca minúſque ſufficiens ad filium à querela ſubmouendum. Fit quidem irrita tota donatio, quia perinde & in tanta portione non tantùm hereditatis, ſed etiam bonorum ſuccedit filius donatarius, ac ſi nullam donationem accepiſſet, at non poteſtate querelæ inofficioſi teſtamenti, ſed quia cùm donatarius legi donationis ſtare nolit, nec tamen donatoris ſui voluntatem diuidere poſſit, neceſſe eſt vt à tota donatione recedat, qui recedit à lege donationis. Nec proinde mirum eſt ſi quod fuerat donatum, conferatur, acſi donatum non fuiſſet, quia quamuis ex donatione etiam quæ certam legem habuit tranſlatum ſit dominium, *l. 1. 2. 3. & paſſ. Cod. de don. quæ ſub mod.* habetur tamen pro non tranſlato, ſaltem quod ad effectum & vtilitatem donationis, cùm reuocatur ipſo iure donatio propter non impletam ipſius legem, *l. vlt. C. de reuoc. don.* Vt poſſit dici collationem hanc non tam collationem eſſe quàm donationis reſtitutionem. Ea namque conferri dicuntur quæ ſunt conferentis, hæc autem donatio non tam ideò conferatur quod ſit donatarij, quàm quod per propoſitam à donatario querelam inofficioſi teſtamenti reuocata ſit, vitéſque habere deſierit. Quare nec malè quis dixerit non donationem ipſam conferri quæ amplius nulla eſt, ſed potiùs id quod aliquando donatum fuit, vt loquitur Vlpian. *in d. l. ſi non mortis*, relatione ſcilicet facta non tam ad donationem ipſam, quæ ſublata ſit, quam ad rem donatam quæ in rerum natura manſit, & in donatarij non quidem dominio, ſed tamen poſſeſſione. Cæterùm hoc etiam caſu † quo facta fuerat donatio inter viuos ea lege, vt in 7
quartam haberetur, ruptúmque poſtea eſt teſtamentum, ſi quæratur quamobrem donatio illa inter viuos ab inteſtato conferatur: non illa ratio reddenda eſt, quam illi putant contra quos diſputamus, quod facta eſſet donatio ea lege vt in quartam imputaretur, cùm pro non facta habeatur non impleta ea lege donationis, nec illi rurſus, quod ab inteſtato ſoleat locus eſſe collationi, quandoquidem non magis ab inteſtato quam ex teſtamento conferri deberet donatio inter viuos, quæ valeret, ſed vtraque ratio iungenda eſt, quo cùm neque donatio, neque teſtamentum valet, ſicut nihil eſt quod inteſtati ſucceſſionem impediat, ita neque quod poſſit impedire collationem in eum ſtatum repoſitis omnibus in quo eſſent, ſi neque donatio, neque teſtamentum vllum antea fuiſſet. Nihil igitur hac parte refert an donatio illa idcirco non valeat, quòd non fuerit paritum legi dictæ à donatore, an ob id ſolum quod ab initio fuerit inutilis collata nimirum in eum filium qui donationis tempore fuerit in poteſtate. Vtrique enim caſui commune illud eſt vt neque præcipua ſit, neque valeat donatio, nec alia differentia eſt, niſi quod donatio in priore caſu valuit ab initio, nec tam valere deſinit, quam reuocata eſſe intelligitur. In poſteriore verò nec valuit ab initio, nec poſtea valet. Non ab initio quia ius patriæ poteſtatis fuit impedimento. Non ex poſtfacto, quia quod in aliis donatio- 8
nibus † à patre in filiumfamilias collatis obtinet, vt ſolo patris ſilentio mortéque confirmentur & conualeſcant, vt loquitur Paul. *lib. 5. ſent. tit. 11. de don. §. pater.* ad hanc donationis ſpeciem non pertinet, quæ quamquam inter viuos non tamen ſimpliciter facta eſt, ſed ea lege vt in quartam haberetur, ac proinde niſi cum eadem ſua lege & conditione quam ab initio habuit, conualeſcere non poteſt, quæ portò conditio deficit, atque ita irritam facit donationem cum donatarius filius non contentus donatione euertit teſtamentum, ſucceditque ab inteſtato. Et ex hac differentia illa quoque naſcitur, quod priore caſu poteſt dici locum eſſe collationi eo ſenſu quem iam attulimus, minùs in priore quam poſteriore. Quemadmodum enim collatio † propriè eſt eorum bonorum, quæ ſunt propria 9
conferentis, ita minùs impropriè poteſt accommodari ad ea, quæ aliquando fuerunt donatarij, licèt eſſe deſierint, quàm ad ea quæ nunquam. Etſi iam ſæpius monuimus in præcedentibus, quod & nunc repetere cogimur, nullum † quæſtioni de collatione donationis 10
locum eſſe poſſe, cùm donatio inualida eſt & inutilis, qualis eſt ea quæ filiofamilias ſit à patre. Qua ratione ſemper in eo perſtamus, vt & *d. l. pen. C. de collat.* & omnes iuris locos, † qui de ſimplici donatione conferenda, vel non conferenda loquuntur, putemus de ea donatione intelligi debere quæ valeat, & conſequenter quæ à patre profecta ſit non in filiumfamilias, ſed in emancipatum. Neque repugnat Vlp. *in d. l. ſi non mortis*, 11
† non ſolùm quia minimè loquitur de donatione quæ 12
in filium collata ſit, potéſtque facilè intelligi de donatione

tione facta cuilibet alij perſonæ ex iis quæ præter liberos ad inofficioſi querelam admittuntur, ſed etiam quia tametſi de filio, ac donatione in filium collata loqueretur, poſſet tamen debereteque reſtringi ad filium emancipatum, in cuius perſona non dubitatur quin valeat donatio etiam à patre profecta, *l. 2. C. de inoff. don. l. ſine emancipatis. 17. C. de donat.* nam & emancipatos
13 † ad inofficioſi teſtamenti querelam aliorum liberorum exemplo admitti conſtat, *l. ſi ponas. 25. D. de inoff. teſtam. l. non putauit. 8. D. de bon. poſſ. cont. tab.* niſi quod vt fiant capaces proponendæ querelæ quæ eſt ex iure ciuili cui iuniores incogniti, coguntur ante omnia petere bonorum poſſeſſionem, quæ ob eam cauſam dicitur litis ordinandæ gratia de qua *in l poſthumus. 6. §. vlt. cum duab. ſeqq. D. de inoff teſt.* Quid ergo vetat Vlp.
14 † intelligere de donatione quæ collata ſit in emancipatum, vt & quod ſcriptum eſt à Iuſtin. *in l. ſi quando 35. §. & generaliter. C. eo.* in iis verbis, *vel inter vinos ſub ea conditione, vt hæc inter vinos donatio in quartam ei computaretur.* Quomodo & quod in eiuſdem *legis. §. præcedente*, cui ſequens cohæret, ſcriptum legimus de pactione prohibita inter patrem & filium, De non mouenda inofficioſi querela, non de alio filio accipi poteſt, quàm illo, qui ſit emancipatus, cùm alioqui nulla prohibitione aut lege opus fuerit ad infirmandam pactionem factam inter patrem & filium familias quam latis impedit ius ipſum patriæ poteſtatis, *l imperator. 50. D. ad S. C. Trebel.* Igitur non video qua arte poſſis ex iis Vlp. & Iuſtin. locis colligere donationem inter viuos à patre in filium familias profectam, ſiue conferendam, ſiue non conferendam eſſe: nec illud rurſus quod iſti inferunt, rupto per querelam teſtamento non aliter conferendam olim fuiſſe donationem inter viuos filio familias factam à patre, quàm ſi donator eam legem libertatum ſuæ appoſuiſſet. Nam cum in *d. l. ſi*
15 *non mortis*, non donatio † conferatur, vt iam diximus, ſed id quod donatum eſt, id verò quod donatum eſt non quia donatum, ſed quaſi nec donatum propter non impletam donationis legem, apparet fieri in ea ſpecie collationem non ob voluntatem donatoris, qui nec illam conuentionem fecerat, vt res donata conferretur, ſed à diuerſo vt in quartam haberetur, at ex mera ratione iuris communis, non illa quidem quæ facit, vt ab inteſtato collationi ſit locus [ea namque regula, neque pertinet ad donationes inter viuos quæ valent, quas ideò conferri nunquam debere certum eſt niſi cùm ab initio ſic dictum fuit, neque ad eas quæ non valent, de quibus nec dubitari poteſt an conferendæ ſint nec-ne] ſed illa quæ non patitur, præcipua retineatur donatio etiam, quæ valuit, ab eo qui donationis legem non impleuit. Quòd ſi ius ita eſſet, vt donatio à patre in filium familias collata conferri ab inteſtato deberet, vt iidem volunt, profectò hæc eadem ratio faceret, vt apud Vlp. quoque rupto per querelam teſtamento filius idémque donatarius cogeretur factam ſibi donationem conferre: nimirum quod nihil poſſit intereſſe, an pater ab initio inteſtatus deceſſerit, an verò ruptum ſit eius teſtamentum per querelam inofficioſi, nec petenda eſſet ratio faciendæ collationis ex eo quod patet donatarium adiecta ea lege, vt in quartam haberetur. Quid enim attineret ſecurrere ad voluntatem donatoris, tota donatione per inobſeruantiam, vt aiunt, irrita facta? Sed quia ius ita eſt vt donatio inter viuos non magis ab inteſtato quàm ex teſtamento conferatur, fatendum eſt non eam rationem mouiſſe Vlpianum vt hanc donationem filio inter viuos factam conferendam eſſe diceret, quod ab initio teſtamentum factum, & ſubinde per inofficioſi querelam ruptum fuiſſet, ſed hanc vnam potiùs, quia eſſet non modò iniquum, verum etiam abſurdum aliquid præcipuum habere filium ex ea donatione cuius
16 legi parere noluiſſet. Obſeruandum autem eſt Vlp. † *in d. l ſi non mortis*, cùm ita loquitur, *poteſt dici inofficioſi querela ceſſare ſi quartã in donatione habet, aut certè conferri oportere id quod donatum eſt*, non ſic accipiendum eſſe quaſi det ille donatario electionem an velit querelam proponere, an verò citra querelam conferre & ſuccedere conferendo. Sed vt diſtingui oporteat, an quod filio donatum fuit, quartam faciat an non. Vt ſi faciat, ceſſet querela, nec proinde quærendum amplius ſit an conferri aliquid debeat nec-ne, cum certiſſimi iuris ſit nihil debere conferre filium qui non ſuccedit. Si verò non aſcendat ad quartam donatio, non ſubmoueat querelam nec proinde obſtet quo facto quia neque teſtamentum vllum ſupereſt quod ponimus ruptum fuiſſe in totum neque donatio vlla, nempè quàm ponimus factam fuiſſe non pure ſed certa lege ac conditione cui non fuerit obtemperatum, quid aliud conſequens eſſe poteſt niſi vt hic donatarius ſuccedat ab inteſtato prorſus eodem modo & iure, quo ſuccederet ſi nunquam donatio facta fuiſſet, nunquam conditum teſtamentum. Itaque verba illa, *aut certè*, neque dant electionem neque dubiam Vlpiani ſententiam præ ſe ferunt [de quo enim potuerat tantus vir dubitare in re tam aperti iuris?] ſed ſecundam partem exprimunt eius diſtinctionis, quam in hac quæſtione adhiberi eſt neceſſe. In referendis verò ſuprà ſcriptis Vlpiani verbis conſultò prætermiſimus totam illam intermediam clauſulam, *aut ſi minùs habeat, quod deeſt viri boni arbitrio repleatur*, tanquam quæ non ſit Vlpiani ſed ſiue imperiti alicuius interpretis, ſiue quod æquè facilè crediderim Tribonianã reſpicientis ad Iuſtiniani conſtitutionem *in l. omnimodo. 30. C. eod.* quæ primùm induxit vt qui habet minùs quarta non ideirco querelam inofficioſi proponere poſſit vt antea, ſed ad ſupplementum quaſi ex teſtamento agere compellatur, cùm olim nec ſi voluiſſet, alio tamen remedio vllo quam per querelam ſibi proſpicere potuiſſet. Itaque ita eſſe apparet non ex eo ſolùm quod *in Pand. Flor.* tota illa clauſula parentheſi circumſcripta eſt, vt ſolent cætera quæ ſunt ſuſpecta, ſed ex eo quoque quod cùm & præcedentia & ſequentia habeant indifferenter, *poteſt dici ceſſare*, & poſtea *aut certè oportere*, conueniens erat vt media quoque ad eandem conſtructionem pertinentia ſic conciperentur ſi ex eadem fuiſſent manu, *aut ſi minus habeat id quod deeſt viri boni arbitrio repleri*, non vt ſcriptum eſt, *repleatur*, prorſus inepte & inconcinnè. Adde quòd ſi iam tũ fuiſſet locus actioni ſupplementum, quam etiam repletionem vocat Tribon. *in l. ſcimus. 36. verſ. repletionem. C. de inoff. teſtam.* non fuiſſet quærendum de collatione, quia huiuſmodi actionis † ad ſupplementum propriũ 17
illud eſt, vt teſtamentum conſeruet, *d. l. omnimodo*, ſubſiſtente autem teſtamento non de collatione, ſed de imputatione quæri oportuiſſet, non ob id ſolum quod olim ab inteſtato tantùm non ex teſtamento collationi locus eſſet, ſed etiam quia ſupplementi nomen ipſum demonſtrat nihil niſi legitimam deberi ei qui agit ad ſupplementum, aut potius nihil niſi quod legitimæ portioni deeſt, atque ita id quod iam acceptum eſt in legitimam omnimodo imputari. Quapropter nec hodie aliud reſpondebo, quam quod olim Vlpian. reſpondiſſet *in d. l. ſi non mortis*, ſi quæras, An † donatarius 18
agens ad ſupplementum conferre debeat quod accepit ex donatione inter viuos. Etſi enim placuit Iuſtiniano eſſe hodie locum collationi etiam facto teſtamento, negabo tamen conferre illum debere, qui non ſuccedit. Sed dicam imputare eum debere in legitimam quod ſibi donatum eſt, vt tanto minùs ei ſuppleatur: Quia non fecit Iuſtinianus nec facere potuit, vt omnimodo collationi locus eſſe debeat facto teſtamento, ſed tantùm vt conferre debeat etiam is qui ſuccedit ex teſtamento non minùs quàm ſi ſuccederet ab inteſtato. Vnum eſt quod iis omnibus quæ diximus obiicitur ab interpretibus illis quorum ſententiam refutamus. Nempè quod Iuſtinianus cùm ſcribit *in d. l. penult. C. de collat.*

donationem simplicem conferendam non esse nisi eam expressè legem donator dixerit eo tempore quo donauit, non videatur posse intelligi de donatione collata in emancipatum filium, quem scilicet certum est fratribus in potestate retentis conferre debere omnes donationes quas à patre acceperit, siue ipso emancipationis tempore siue post emancipationem, *l. vt liberis. 17. in fin. & pass. eod. tit.* fratribus verò emancipatis prorsus nihil, *l. si emancipati. 9. eod.* Sed iam respondimus ad finem capitis tertij. Immò verò inter emancipatos posse
19 † locum esse collationi, dotis scilicet vel donationis propter nuptias quæ à patre sit profecta, vt constat *ex l. filiæ dotem. 4. eod.* Qui casus ille ipse est quem Iustin. tractat *in d. l. pen. constituens*, vt cùm dos vel donatio propter nuptias ab vno ex liberis conferatur, similiter etiam donatio simplex ab alio conferatur, quæ tamen alioqui non conferretur. An ergo constitutionem illam quæ generalis esse rámque multos casus complecti videtur, ad hunc vnum restringemus quæ agatur de collatione inter emancipatos, quorum alteruti data sit à patre dos vel donatio propter nuptias? Nequaquam. Esset enim id sanè parum probabile. Sed dicimus eàdem constitutione plures alios casus contineri, putà si à matre dos data sit, vel donatio propter nuptias, aut etiam ab auo proavóve materno. Quinetiam si à patre ipso dos data fuerit, aut donatio propter nuptias filio non emancipato, sed in familia retento. Postquam Leoni placuit in *d. l. vt liberu*, vt sui quoque debeant emancipatis conferre dotem, vel donationem propter nuptias acceptam à patre: nec enim hodie distinguimus, an in suum heredem collata sit à patre dos vel donatio propter nuptias, an in emancipatum, sed hanc distinctionem adhibemus tunc tantùm cùm agimus de simplici donatione inter viuos facta quam dicimus ponendum semper esse collatam fuisse in emancipatum, non in filiumfamilias, siue à patre ipso, siue ab alio quolibet facta proponatur, idcóque Iustin. Constit. ex hac parte restringendam necessariò esse ad emancipatos, siue cum suis heredibus, siue cum emancipatis succedentes ob eas rationes quas attulimus in præcedentibus.

ERROR VI.

De collatione dotis, siue profectitiæ, siue aduentitiæ, & siue filiafamilias fuit, siue emancipatæ.

SVMMARIA.

1 *Distinctiones adhibendæ in quæstione de dotis collatione.*
2 *Filia emancipata suo heredi fratri dotem quamlibet, vt & cætera bona vndecunque acquisita cur conferre debeat.*
3 *Emancipato verò fratri cur profectitiam dotem conferat, non etiam aduentitiam & numero 5. 6. 8. & 10.*
4 *Propter quam rationem inter emancipatos cesset collatio.*
7 *Ex eo quod dos profectitia paternum quid quodammodo esse videtur, an sequatur eam non esse conferendam.*
9 *Receptitia dos quæ.*
11 *Filiamfam. datam sibi à patre dotem conferre an cogatur.*
12 *Dos à patre profecta quando remaneat viuo patre penes filiam emancipatam, & quando ad patrem reuertatur.*
13 *Quid iuris habeat pater in dote quam filiafamil. dedit.*
14 *Filiafam. an teneatur conferre dotem aduentitiam fratribus in potestate retentis.*
15 *Sententia Cuiacy affirmatiua.*
16 *Oppositæ autoris assertio & eiusdem confirmatio.*
17 *Obiectio & eiusdem ablatio.*

EPARANDA est † in hoc tractatu, vt in aliis 1
plerisque profectitia dos ab aduentitia, itémque filia emancipata ab ea quæ in potestate retenta sit, rursúsque distinguendum an suis heerdibus conferendum sit, an emancipatis. Filiam emancipatam † certum est suo heredi fratri con- 2
ferre debere dotem quamlibet, siue profectitiam, siue aduentitiam, vt & cætera bona sua omnia vndecunque acquisita, *l filia dotem. 4. C. de coll.* Ratione illa generali quæ ius & æquitatem collationis induxit quod aduentitiam dotem sibi propriam non potuisset habere filia, si non fuisset emancipata, *l. 1. D eod.* Emancipato verò fratri aduentitiam quidem dotem conferre non debere, sed profectitiam debere, *d. l. filiæ*. Cur aduentitiam non
† conferat, ratio non est obscura; quia non potest vide- 3
ri aliqua in eo fieri iniuria fratri, qui etiam ipse est emancipatus, quique non plus iuris habeat, quam soleat ad succedendum in bonis paternis, siue iure ciuili, siue prætorio, vt proinde non possit ille obiicere sorori quod appetendo paterna appetat aliena. Quæ generalis ratio
† est propter quam inter emancipatos cessat collatio, 4
d. l. 1. l. si emancipati. 9. C. eod. Sed hoc ipsum est quod facit, vt mirum videri debeat quod dicimus profectitiam
† dotem à filia emancipata etiam emancipato fratri cō- 5
ferendam esse. Quonam enim colore frater qui etiam ipse emancipatus est profectitiæ dotis collationem petit? Quasi verò alioqui futurum esset, vt iniuriam ei faceret soror aspirans ad paternam successionem si non conferret. Hoc enim præcipuum est, quod in edicto de collationibus ante oculos habet prætor. Atqui tantundem iuris habet soror hæc ad succedendum quantum frater cùm ambo sint emancipati. Ergo cessante colore iniuriæ, cessare videtur color etiam petendæ collationis. Quòd si ad eam rationem respicias quæ noui iuris est potiùs quàm veteris, & ad quam potissimum respexerunt posteriores Imperatores in constituendo iure de collationibus, nimirum vt inter liberos seruetur æqualitas. An non potiùs inducitur inæqualitas inter emancipatos cùm ex vna parte dos conferetur, ex altera verò nihil est quod conferatur. Nam si Iustin. *in l. pen. C. eod.* tum quoque cùm vni ex liberis dos à patre data fuit, in alium verò collata simplex donatio, constituit vt donationem illam simplicem contra iuris communis regulas conferri oporteat, ne aliter posito iure inæqualitas aliqua inter liberos induceretur, planè consequens fit vt si dotis collationē à sorore petere liceat fratri qui nullam ipse donationem habeat quam conferre possit, hoc ipso inducatur inæqualitas ob idque cessare collatio debere videatur. Et tamen iam olim ita ius fuisse, vt dos profectitia inter emancipatos quoque conferri deberet, apertè constat ex *d. l. filiæ dotem*, quamuis quod ibidem Imp. Gord. addit, *post varias prudentium opiniones*, ostendat satis non benè de hoc inter prudentes veteres constitisse. Puto rationem, † quæ dotis profectitiæ collatio- 6
nem etiam inter emancipatos induxit illam fuisse, quod profectitia dos iam olim non magis esset filiæ emancipatæ, quam filiæ retentæ in potestate, sed vtroque casu in patris adhuciure quod ammodo esse crederetur, propterea quod præmoriente filia in matrimonio siue cum liberis siue sine liberis dos à patre profecta ad patrem reuertebatur, nec magis emancipata quam filiafamilias poterat in dote profectitia siue testamentarium, siue legitimum heredem habere, vt pluribus à nobis probatū est *lib. 13. coniect. c. 4. & 5.* Proinde si è contrario accideret vt pater ante filiam emancipatam moreretur, æquū erat vt quamuis eo casu dos esset omninò filiæ, perinde tamen

tamen illam conferre teneretur acſi non fuiſſet ipſa emancipata, cùm non plus iuris in ea dote habuiſſet quàm ſi emancipata non eſſet. Nam & in filiafamilias idem contingeret, vt præmortuo patre ſola patris repetendæ ius haberet, nec eo minus tamen conferre dotem fratribus cogeretur, vt poſtea dicemus. Quaſi filia quæ dotem habet à patre profectam, ſiue in poteſtate retenta ſiue emancipata ſit, habeat tale quid quod adhuc paternum quodammodo eſſe videatur, aut ſaltem paternorum bonorum quodammodo iure cenſendum. Qua
7 tamen ratione † poſſet quis fortaſsè contra putare tanto minùs locum fieri poſſe quæſtioni de conferenda dote, cum dici ſoleat quod & nos monuimus ſæpius in præcedentibus non alia bona conferri poſſe quàm quæ ſint conferentis, quandoquidem prius eſt vt habeat quis ſibi proprium id quod cum alio communicare velit, quàm vt poſſit communicare, quæ tamen communicatio fit per collationem. Ergo dicat aliquis, quod placet dotem profectitiam non tantùm eſſe filiæ ſed etiam patris, tale eſſe videtur vt collationem excludere debeat, potiùs quàm inducere. Verum non ita eſt. Etſi enim negari non poteſt, quin aliquod ius in profectitia dote habeat pater quandiu viuit ſiue filiafamilias ſit, ſiue emancipata cui dos data fuit, illud tamen etiam verum eſt dotem patrimonium eſſe filiæ viuo quoque patre, nec minùs filiæfamilias quam emancipatæ, obidque dicitur dos etiam quæ promiſſa tantùm eſt, multò magis quæ ſoluta abſceſſiſſe à bonis patris, *l.3.§.ſed virum D.de minor. l.in eum.16. de relig. & ſumpt. funer.l.1.§. vlt.& l.vlt.D.de collat.dot.* Non igitur ea ratio tueri poteſt filiam ſiue in poteſtate retentam ſiue emancipatam, quominùs conferre teneatur dotem, quòd non habeat rem quam conferre poſſit: Neque illa turſus quod dotem à patre profectam vſque adeò pleno iure ſuam habeat vt non ſit cogenda eam fratribus communicare. Cur non enim cogatur communicare fratribus etiam emancipatis dotem quam ipſi patri ſi viueret ſoluto vel morte viri vel per diuortium matrimonio communem
8 eſſe pati cogeretur? Ex quo etiam intelligimus † cur dotem aduentitiam filia emancipata fratribus emancipatis conferre non cogatur. Quoniam ſcilicet ita eſt dos illa filiæ emancipatæ vt nihil in ea iuris pater habeat vllo caſu neque conſtante matrimonio neque ſoluto. Non quidem matrimonio conſtante quia eo tempore quælibet dos ſiue profectitia ſiue aduentitia ſit, eſt mariti aut ſaltem in mariti bonis vt loquitur, *l. quamuis. 75.D.de iur.dot.l.dote,6.C.de rei vind.* Non etiam ſoluto, quia ſiquidem morte mulieris ſolutum ſit matrimonium aduentitia dos tota remanet penes maritum tametſi mulier patrem habuerit in cuius manſerit poteſtate vt ſcribit *Vlp.in tit.de dotib.* ſi verò morte viri, reddenda eſt mulieri quæ eo tempore capax dotis reperitur vt & cæteratum rerum omnium cùm ſit emancipata. Vtrumque ita, niſi extraneus qui dotem dedit eam ſibi
9 reddi ſtipulatus fuerit, quæ olim † receptitia dos dicebatur. Si denique diuortium interueniſſet non ideò tamen aut dos aut actio de dote videri poſſet communis patri & filiæ. Quo enim iure poſſet pater communionem aliquam aut aliud ius prætendere in dote ab ex-
10 tranco data filiæ emancipatæ? Quod ſi nullum † ius fuit viuentis patris in dote aduentitia filiæ emancipatæ data, quid obſecro cauſæ eſſe poteſt, cur patris heredibus etiam emancipatis, emancipata ſoror eam dotem conferre ſit compellenda? An non ita fieret ei iniuria. Ita ſanè perinde acti cætera bona ſua quolibet alio iure acquiſita conferre cogeretur, præſertim fratribus contra nihil omninò conferentibus. At quid ſi agamus de dote quam pater dederit filiæ ſuæ non emancipatæ, ſed in poteſtate conſtitutæ. Nemo enim neſcit ius patriæ poteſtatis licèt impediat ne quid poſſit filia ſibi acquirere à patre, tamen non efficere quominùs filia ſit capax dotis, conſtante matrimonio, perinde ac capax eſt patrimonij contrahendi, *l. Pomponius Philadelphus. 35. D. famil.erciſc.* Non quod magis ex cauſa dotis valeat donatio inter viuos à patre facta filiæfamilias quàm ex alia qualibet, vt contra interpretes diſputauimus *lib.7. Coniectur. cap.12. ex dict. l.Pompon.* qua tamen ſola illi mouentur, ſed quoniam publicè intereſt etiam filiasfamilias nubere ad replendam liberis ciuitatem, nec patris mortem ſemper expectari, quas tamen ſine dote, tam commodè tamque bona conditione nubere impoſſibile eſſet, dotes verò maritis ita acquiri non poſſunt vt nullum in iis ius ſit vxorum. Itaque neceſſe fuit admitti æquè dotis atque matrimonij filiamfamilias eſſe capacem. An igitur † filiafamilias datam ſibi à patre dotem 11
conferre cogitur? Eadem ferè dubitandi ratio occurrit, quæ circa filiam emancipatam vt non videatur debere conferre dotem, quam ſcilicet ita ſibi propriam habeat, vt proprium ipſius patrimonium dici poſſit, à patris patrimonio ſeparatum, *d.l.vlt.D. de collat. dot.l.1.§.l.vlt. eod.l.filium.4.D. de collat.* Quemadmodum enim eſt inauditum vt emancipatus emancipato patrimonium ſuũ conferat, *d. l. ſi emancipati.9. C. eod.* ita & illud multò alienius fuerit vt liberi in poteſtate retenti aliis liberis qui ſimiliter in familia manſerunt, ſi quid ſi um ipſi & omninò proprium habeant, id conferre teneantur. Cuius rei exemplum apertum eſt in peculio Caſtrenſi & quaſi caſtrenſi quod quoniam ita eſt filij vt proprium eius patrimonium videatur, ab oneris collationis immune eſt, *l.2. D.de SC.Maced. l.vlt.D. ad SC.Tertyll.l.1. §.nec caſtrenſe.D.de collat.* Quidni ergo idem conſituimus in dote filiæ familias ſi dos ſiue profectitia ſiue aduentitia illa ſit proprium ipſius patrimonium eſt? Reſpondendum videtur quod reſpondimus in dote quam pater filiæ emancipatæ dederit eſſe quidem illam patrimonium filiæ ſed non vſque adeo vt non aliquod in ea ſit ius patris etiam filia viuente, quin & multò maius quàm habet pater in dote filiæ emancipatæ, quia dos à patre † profecta in filiam emancipatam aliquo 12
caſu penes eam remanere poteſt viuo quoque patre, adeóque penes ij ſius heredes. Nimirum ſi ſolutum ſit matrimonium diuortio cui dederit cauſam culpa mariti dum ne quid dolo malo factum ſit in fraudem patris, *l. ſi filias. D. de diuort. l.filia mea 59. D. de ſolut. matrim.* Item ſi morte mariti ſolutum ſit matrimonium ſiue iam emancipatæ filiæ dos data fuerit ſiue poſt dotem datam filia fuerit emancipata, *l.2.in princ.l.ſi cùm dotem 22.§.eo autem tempore. l.Titia.34. d.l.filia.59. eod.* Vno enim tantùm caſu dos à patre data filiæ emancipatæ ad patrem regredi poteſt vt ait, *l.pater filiæ.71.D. de euict.* id eſt vt eiuſdem legis ſequentia explicant, defuncta filia in matrimonio ante patrem. At dos † à patre in fi- 13
liamfamilias profecta non hoc tantùm caſu quo deceſſerit filia viuo patre regreditur ad patrem, ſed ſiue diuortio ſiue morte viri ſolutum ſit matrimonium communis eſt patri & filiæ, ita vt non magis filia poſſit agere, de dote ſine patre quàm pater ſine filia, *d.l.2.§.1.ſolut. matrim.* propterea quòd intereſt vtriuſque, patris cuius officium eſt dotare filiam quæ nullam habet dotem, filiæ verò cuius ipſa etiam dos eſt. Non ergo bona eſt comparatio dotis in perſona filiæfamilias, & peculij caſtrenſis vel quaſi caſtrenſis in perſona filijfamil. qui miles aut quaſi miles fuit, cùm nihil penitus iuris habeat pater neque habere poſſit in eo peculio, quandiu filius viuit, qui de eo poſſit diſponere vel inter viuos, vel in vltima voluntate, vt proinde mirum non ſit ſi non conferatur, dos autem conferatur, quamuis quod neque caſtrenſe neque quaſi caſtrenſe peculium conferatur, acceptum ferri poſſit conſtitutionibus ex quibus cætera priuilegia & militibus & peculio caſtrenſi data promanarunt, vt probant verba *d.§. nec caſtrenſe.1.* Eadem verò ratio † quæ filiamfam. obligat vt dotem quã 14
à patre accepit fratribus etiam in poteſtate retentis cõferre cogatur, an perinde aduentitiæ quoq; dotis col-

lationem

15 lationem inducit ? Ita possit fortasse quis † existimare, ex *l.* 1. §. *si sub conditione. D. de collat. dot.* vbi scriptum est etiam ab extraneo datam dotem conferendam esse, & ex *d. l.* 4. *C. de collat.* vbi non separatur dos profectitia ab aduentitia, nisi si conferendum sit emancipato. Atque ita Cuiac. sentit *lib.* 3. *obse. ca.* 30. Neque sanè potest negari quod plurimum iuris habeat pater in dote quamuis aduentitia filiæfamil. data, immò plus quàm in profectitia. Nam & communis ei cum filia est actio dotis aduentitiæ sicut & profectitiæ, si matrimonium diuortio solutum sit, propria verò solius patris si morte viri vt probauimus supra citato loco, *coniect. lib.* 13. *c.* 5. In hoc sanè minus iuris habet quòd mortuâ in matrimonio filiâ non recipit pater dotem quæ à se profecta non est, quam si ipse dedisset reciperet. Sed id fit quoniam hoc casu dos aduentitia tota pertinet ad maritum
16 vt scribit Vlp. *in tit. de dotib.* Sed tamen † non facilè possum ego mihi hoc persuadere, vt filiafamilias dotem aduentitiam cogenda sit conferre, ne quidem fratribus in familia retentis, tantum abest vt cum Cuiacio putem cogendam eam conferre emancipatis. Mouet me primum quod nullo iuris loco id scriptum video. Nam quod obiicitur ex *d. l.* 1. §. *si sub conditione. D. de collat. dot. & ex l.* 4. *C. de collat.* facilè dilui potest cùm pertineant ij loci ad speciem illam collationis quæ fit à filia emancipata, vt constat ex eo quod *in d. l.* 4. tractatur de dote per filiam emancipatis quoque fratribus conferenda, cui tamen collationi non fuisse obligatam filiamfamilias ante Leonis constitutionem, *in l. vt liberis.* 17. *C. eod. apparet ex l. filia licet.* 11. *eod.* & ex iis quæ sequenti capite dicemus. Et cùm verba edicti prætoris ita demum cogant filiam conferre dotem si petierit bonorum possessionem vt ait *l* 1. *de collat. dot. totumque edictum de collation.* sit contra emancipatos, si quis leges omnes quæ de collatione loquuntur in dubio de emancipatis intellexerit, is meo iudicio non errauerit. Sed illa etiam ratio me non parum mouet quod defuncto patre viua adhuc in matrimonio filiafam. quæ aduentitiam dotem habet, verum est nihil vnquam iuris patrem in ea pecunia habuisse. Siquidem nemo dubitat quin constante matrimonio dos siue profectitia siue aduentitia, sit tota mariti & quod magis est eo animo & vota data marito, vt penes eum perpetuo esset *l.* 1. *D. de iur. dot.* Ac quamuis potuerit aliquo casu dos ad patrem pertinere aut communiter cum filia, non fuit tamen id tale ius aut tam certum vt iis ratio aliqua sit habenda in fauorem heredum patris, tanquam quod conditionale fuerit si matrimonium vel morte viri vel diuortio eo viuo solueretur, qui casus neuter euenerat neque probabiliter separari poterat cùm nimis mali omnis esset viuente patre, ob id nec quisquam dixerit ius illud ad patris heredes transmitti potuisse, vt nec illud dici possit vllam fieri iniuriam fratribus si dos aduentitia non conferatur quod vnum inspiciendum est quoties de collatione saltem ex iuris veteris ratione disputatur, *l. si filia.* 3. *D. de collat. dot.* Quod si ad iuris noui rationem magis attendere libeat, id ad æqualitatem inter liberos conseruandam, neque ratio hæc suadere potest dotis aduentitiæ collationem, quia non ea Leonis aut Iustin. mens fuit vel esse potuit, vt æquale liberorum omnium patrimonium constitueretur: sed vt æqualitas seruaretur inter eos quantum ad patrimonium quod ab eo profectum esset de cuius successione quæreretur, à cuius patrimonij computatione aliena est dos quæ nunquam abscessit à bonis patris, quod in iis nunquam fuerit, & quæ aliundè obuenit quam à patre. Nec est
17 quod replices † dotem aduentitiam acquiri quidem marito ita vt in ipsius bonis sit constante matrimonio, sed non eo minus dotem esse ipsius filiæ ex *l. quamuis.* 75. *D. de iur. dot. l. in reb.* 30. *C. eod.* atque ita per filiæ personam quæ sit in potestate hoc ipso videri acquisitam patri. Nam & ius illud filiæ vt tum quoque cùm dos in mariti bonis est, constante videlicet matrimonio dotem habere dicatur, tam personale est & cum causa matrimonij coniunctum, vt non magis acquiri per filiamfamilias patri possit, quàm illud fieri vt nupta filia pater quoque nuptiæ, & in eodē patrimonio esse videatur. Vnde est quod filiafam. perinde capax dicitur constante matrimonio habendæ dotis etiam quæ ab ipso patre profecta sit, quod vtique falso diceretur si ius idem à patre quæsitum filiæ eidem patri per filiam acquireretur, *d. l Pomponius.* 35. *fam. ercisc.* Nam cùm quicquid patri per liberos in potestate constitutos acquiritur, ita acquiratur vt ne momento quidem temporis in liberorum persona consistat acquisitio, *l. placet.* 79. *de acquir. hered.* non posset dici quonam instanti capax dotis fuisset filia, si ius illud omne cuius capax fuisset per filiam patri quæsitum fuisse diceretur. Portò absurdum esset patris personam iusque potestatis magis nocere filiæ in ea dote quæ aliunde quam à patre profecta esset, quàm in ea quæ à patre ipso. At non similiter in dote profectitia tractari ista possunt, quia licèt perinde illa sit & in bonis mariti, & in dominio Quiritario filiæ constante matrimonio, eoque animo & voto data marito, vt ad patrem nunquam rediret, verum tamen est abiecisse illam à bonis patris qui eam dedit aut promisit, *d. l. vlt. de collat. dot.* tantóque munus locupletem factum esse patrem ex ea dotis datione, vel promissione: vt proinde æquissimum sit præmortuo quoque patre in diuidenda ipsius successione rationem haberi eius iuris, quod pater habuit in ea dote prius etiam quàm dos esset, ne per filiam præcipua retineatur, si præterea succedere patri velit. Præsertim cum dotis conferendæ necessitas filiæ irrogetur, non vt dotis iacturam vel diminutionem aliquam sentiat, sed tantùm vt de suo in solidum non ex aliqua parte de alieno dotata esse videatur, quæ ratio æquitatis est ab Vlp. allata *in d. l.* 1. *d. pen. D. de collat. dotis.* & in toto hoc tractatu, De collatione dotis præcipuè ponderanda. Nam si filia etiam in potestate retenta dotem profectitiam conferre non cogeretur, consequens fieret vt de fratrum quoque portionibus saltem ex parte dotata videri deberet, cùm si dotem illam nullam accepisset, tanto amplior nunc esset patris successio, tantóque maior ea pars successionis paternæ quam eorum quisque habet, siue ciuili siue prætorio iure succedatur. Quæ ratio etiam ostendit quam verum sit quod proximè disputauimus dotem aduentitiam à filiafam. conferendam non esse. An enim eo magis videri poterit filia dotata de bonis fratrum, si eam non conferat? Planè si dotis quoque profectitiæ collationem filia familias cum fratribus in potestate retentis recusaret eo colore quod non alia conferantur quàm quæ sunt in pleno iure ac dominio conferentis, captiosa certe esset argumentatio, quia licèt quandiu pater vixit, non fuerit dos profectitia pleno iure filiæ, sed interim mariti, spe verò patris, ea nimirum spe quæ contra spem esset, præmortuo tamen & patre & marito incipit esse pleno iure solius filiæ, defuncto verò solo patre quamuis viuo adhuc marito æquè dos est solius filiæ, non quidem ad exclusionem eius qui dotem vxoris in bonis suis habet, sed ad exclusionem tam patris iam defuncti, quàm heredum ipsius in quos nimirum ius nullum transmisit pater, cuius morte finita sunt iura omnia quæ pater in profectitia dote, vel habere, vel sperare potuit [cui rei argumento est quod si filia nolit succedere, non potest in dote inquietari ab heredibus patris] nisi quod illud semper verum manet, dotem illam à bonis patris abscessisse, ex eáque causa non tantùm patris, sed etiam hereditatis heredúmque ipsius deteriorem conditionem factam esse: ideóque vt totam hanc quæstionem concludamus dotem hanc profectitiam omnimodo omníque casu conferri oportere, siue filiafamilias sit quæ succedit, & conferre debet, siue emancipata,

& siue fratribus in potestate retentis conferendum sit, siue emancipatis. Eo scilicet casu quo emancipatis quoque confertur, id est ab emancipatis tantùm ex ratione iuris veteris, ab iis verò etiam qui in familia manserunt post constitutionem Leonis *in l. vt liberis. 17. C. de collat.* de cuius sententia tempus iam est, vt noui aliquid afferamus.

ERROR VII.

De collatione per eos qui in potestate sunt emancipatis facienda.

SVMMARIA.

1 *De collationibus ius multiplex inductum esse.*
2 *Primùm edicto prætoris, & quodnam illud fuerit.*
3 *Deinde constitutione Imp. Leonis, & quodnam ius nouum ea induxerit.*
4 *Denique Iustiniani constitutionibus.*

EVENIT in hoc tractatu de collationibus quod in aliis plerisque iuris nostri partibus, vt nisi ius nouum à vetere distinguatur errari præsæpe necesse 1 sit. Aliud enim † ius fuit quod prætoris edictum ex æquitate primùm induxit, aliud quod Leonis constitutio addidit *in l. vt liberis. 17. C. de collat.* Postremum quod Iustinianus innouauit tam in constitutionibus Codicis quæ extant, *in l. 19. 20. & 21. eod. quàm in Nouell. 18. de trient. & semiss. cap. 5. §. illud.* Prætor † cum hoc ius primùm induxit, 2 nihil aliud egit, nisi vt liberis in familia retentis prospiceret aduersus emancipatos, quos edicto suo vocabat ad bonorum possessionem contra tabulas patris participésque faciebat bonorum paternorum cum his qui mansissent in potestate, qui paterna appetendo appeterent aliena, vt Vlpianus tractat *in l. 1. D. de collat.* Idem ius à prætore ipso ad eos quoque emancipatos tractum est, qui non petita bonorum possessione contra tabulas nullo fortassis facto testamento peterent ab intestato bonorum possessionem ex capite vnde liberi: Eadem enim hic ratio fuberat æquitatis, si frater emancipatus vellet intestato patri succedere cum liberis in familia retentis, quando iure ciuili tota patris intestati hereditas ad suos heredes pertineret, nulla verò ex parte ad emancipatos, qui quod ad ius ciuile attinet in omnibus pro extraneis habentur. Itaque non minùs hoc casu quàm petita bonorum possessione contra tabulas futurum erat, vt fratribus in familia retentis iniuriam faceret frater emancipatus succedendo cum iis ab intestato, si non etiam bona sua eis conferre cogeretur, quippè quæ non haberet si filiusfam. mansisset, qualem se mansisse fingi vult vt perinde succedat ac si filiusfamilias mansisset. Nec enim existimandum est prætorem tam apertè iuri ciuili vim facere aut velle aut posse, vt eum quem ius ciuile habet pro penitus extraneo velit ipse admittere cum suis heredibus ad paternam successionem. Sed cum ius ciuile non alium filium agnoscat quàm qui filiusfamilias sit, vt nec alium patrem quàm qui sit paterfamilias, *l. 4. D. de his qui sui vel alien. iur. sunt*, adeóque nimirum habeat emancipatum pro extraneo. Prætor hanc iuris ciuilis asperitatem sic temperat, vt rescindat emancipationem, qua rescissa filióque in eam conditionem redacto acsi nunquam emancipatus fuisset, possit hic filius agnosci pro filio, qui non amplius habetur pro emancipato. Neque enim veretur prætor ne iniuriam ei faciat cùm rescindit emancipationem. Siquidem non idcirco futurum est vt recidat in potestatem patris qui nunc defunctus reperitur & à cuius potestate per ipsius mortem iam liberatus esset si non fuisset antea liberatus per emancipationem. Quamquam nec nouum est, vt etiam viuente patre prætor emancipationem rescindat nec eo magis filium redigit in potestatem, quod nec si vellet facere posset: quod contingit in eo dicto, quod est de capite minutis ex quo restituuntur in emancipatum actiones quæ in eum adhuc filiumfamilias competebant. Rescinditur enim emancipatio quod ad effectum illum restitutionis in integrum non quod ad cætera omnia. Vt & in edicto de collationibus rescinditur quantum ad causam successionis non vt filius emancipatus toto eo tempore quo pater vixit in patris familia retentus fuisse existimetur. Alioqui confunderentur omnia si quacumque cum eo tanquam cum emancipato gesta sunt, cum filiofamilias gesta retrofingerentur. Verò quamuis prætor in proponendo edicto De collationibus de emancipato tantùm locutus esset, sicut & in edicto de bonorum possessionibus contra tabulas tamen cepit, postea eadem ratio æquitatis accommodari etiam ad liberos in potestate retentos, vt patri communi succedentes sua etiam conferre cogerentur, i. dotem & donationem propter nuptias quam à patre accepissent. Hoc enim addendum est vt excludamus dotem aduentitiam quam à filiafamilias nunquam conferri debere probauimus capite præced. Quid verò aliud habere filiafam. potest à patre præter dotem aut filiusfamilias præter donationem propter nuptias? iam enim sæpius monuimus donationem simplicem à patre in filium aut filiamfamilias nec olim valuisse nec hodie valere: Ac ne quidem ex causa dotis si ipsi filiæ facta donatio & traditio sit non aut vt fieri solet ac debet marito pro filia, *l. Pomponius. 35. D. famil. erciscund.* Cur autem visum sit prætori, filiam in patris familia retentam dotem suam à patre profectam fratribus in eadem familia retentis conferre oportere, ratio iam à nobis allata est in præcedentibus, quod alioqui videretur fratribus iniuriam facere soror si hanc dotem non conferret, siquidem de fratrum suorum patrimonio dotata partim videretur, quæ in solidum dotata esse posset ac deberet de suo. Sed hæc ipsa ratio ostendit non similiter potuisse filiamfamilias obligatam esse, siue ex verbis, siue ex æquitate edicti prætoris, vt dotem profectitiam conferret fratribus emancipatis. Quam enim facit emancipatis iniuriam sua heres, si patri communi simul cum ipsis succedat ab intestato etiamsi nihil conferre velit, quæ suo iure totam successionem habere deberet? Facit emancipata soror iniuriam fratribus siue in potestate manentibus siue emancipatis si dotem à patre profectam iis conferre nolit: facit fratribus in familia retentis, cum quibus succedit si non conferat etiam aduentitiam. Facit filiafamilias fratribus in potestate retentis si non eis conferat profectitiam, sed emancipatis nullam facit etiamsi nihil conferat iis qui cùm nihil ex paternis bonis habere deberent ad paternæ tamen successionis participationem & communionem admittuntur, ex beneficio & mera indulgentia prætoris. Hæc cùm ita iure vetere se haberent, Imp. Leo † primus consti- 9
tuit, vt dos & donatio propter nuptias à liberis qui in potestate sunt conferantur fratribus etiam emancipatis, *in l. vt liberis. 17. C. de collat.* quæ lex si non in hoc nouum ius facit planè non video in quo faciat. Nam in eo quod additur emancipatos vicissim conferre debere fratribus in potestate retentis donationes omnes quas à parentibus acceperint, siue in ipsa emancipatione, siue post emancipationem, certè ius nouum non facit, cùm iam olim obtineret, vt emancipati succedentes cum fratribus in familia retentis omnia bona sua iis conferre deberent etiam aduentitia, vt iam diximus *ex d. l. 1. & tot. tit. D. de collat. l. 4. C. eod. l. 1. §. si sub conditione. D. de collat.* iis tantùm exceptis quæ fuisset habiturus emancipatus etiamsi in patris potestate mansisset vt ex Papin. tractat Vlpian. *in l. cùm duab. 52. alias leg. si fratres, §. idem Papin. D. pro socio.* Nec

rursus possis dicere in eo feciſſe Leonem ius nouum, quod constituit vt collationi locus sit quocumque ire testatæ successionis, siue testamento penitus non condito, siue facto quidem, sed postea per inofficiosi querelam rescisso, siue denique petita contra tabulas bonorum possessione. Nam & ante Leonem idipsum obtinebat, vt in omni casu successionis intestati locus esset collationi, *l. si non mortis. 25. D. de inoff. test.* præsertim verò petita contra tabulas bonorum possessione, qui casus verbis ipsis edicti De collationibus comprehendebatur, *l. 1. C. de collat. l. 1. in princ. D. de dot.* ob idque & titulus. *De collat.* positus est in Pandectis post titulos qui pertinent ad bonorum possessionem contra tabulas. Cùm tamen is solus casus dubitationem aliquam habere posse ex eo videretur quod per bonorum possessionem contra tabulas non tam ab intestato quàm ex testamento succeditur, *l. 2. D. vnd. liber. §. sunt autem. Inst. de bon. poss.* vbi dicitur ex testamento duas esse bonorum possessiones secundum tabulas & contra tabulas. Sed ita id accipi debet, vt qui succedit per bonorum possessionem contra tabulas succedat per occasionem testamenti, potiùs quàm ex ipso testamento. Quomodo enim succederet ex eo testamento quod rumpitur? Idcò autem dicimus succedere illum per occasionem testamenti, quia si tabulæ nullæ essent, adeóque si non tales vt ex iis posset peti bonorum possessio secundum tabulas vel adiri hereditas, neque contra tabulas daret prætor, *l. quod vulg. 19. D. de bon. poss. contr. tab.* porrò cùm quis petit bonorum possessionem contra tabulas, hoc ipso quod rumpit, succedit, neque indiget bonorum possessione, vnde liberi tanquam ab intestato, quam nec si vellet habere, tamen posset, quia non eam detulit prætor edicto suo nisi sub ea conditione, si tabulæ testamenti nullæ extarent, *d. l. 2. & tot. tit. si tab. test. null. extab. vnd. liber.* quomodo & de posthumo dicimus eum si præteritus fuerit ac postea natus, rumpere testamentum patris succedendo, & succedere rumpendo, *l. 5. D. de iniust. rupt. l. si posthumus. 14. D. de liber. & posth.* quod in querela inofficiosi diuersum est, quæ licet non minus rumpat testamentum quàm bonorum possessio contra tabulas, imò tantò fortiùs quanto potentius remedium est quippè quod iuris ciuilis sit non prætorij, non tamen per eam succeditur testatori, siue ex testamento, siue ab intestato, sed præparatur via ad successionem intestati, ob idque non nunquam euenit, vt alius rumpat, alius succedat, *l. 1. l. posthumus. 6. §. si quis ex his personis. D. de inoff. test.* Nihil ergo noui hac parte Leo constituit cùm voluit collationi locum esse in omni casu successionis intestati, petitáque contra tabulas bonorum possessione, quia vno illo casu poterat iam olim collationi locus non esse, si testamentum factum esset ex quo tanquam non rupto vel rescisso succederetur. Mansitque ius illud vsque ad tempora Iustin. qui primus induxit, vt ex testamento quoque collationi locus sit nisi expressim prohibita fuerit à testatore. *Nouell. 18. de trient. & semiss. cap. 5. §. illud.* vnde sumpta est Auth. *ex testamento, C. de collat.*

ERROR VIII.

De sententia legis, vt liberis. 17. C. de collat. & de æqualitate inter liberos seruanda.

SVMMARIA.

1 *Donationis ante nuptias collationem Leonis constitutione primùm inductam.*
2 *A Leone constitutum fuisse, vt dos profectitia emancipatis conferretur à filia in potestate retenta.*
3 *Donationis nomen etiam dotem complectitur.*
4 *Error Cuiacij existimantis iam olim ante Leonem obtinuisse vt dos profectitia emancipatis conferretur à sorore in potestate retenta.*
5 *Emancipatus emancipato olim quid conferret, quid item hodie.*
6 *Quibus casibus dos conferenda est, donatio quoque ante nuptias conferri debet.*
7 *Error Bartoli asserentis ex Leonis constitutione emancipatum hodie donationes quaslibet à patre profectas emancipatis conferre.*
8 *Sententia Leonis constitutionis.*
9 *De sententia l. pen. §. ad hæc. C. de collat.*

POSSIT † quis fortasse probabilius existimare hoc tantùm noui constituisse Leonem, vt donatio ante nuptias conferretur, cùm olim dos tantùm conferretur. Hoc enim videtur innuere Iustin. ipse cum eam constit. refert, & ampliat *in l. quoniam Nouella. 29. Cod. de inoff. test.* Neque sanè potest negari quin istam donationis ante nuptias collationem primus Leo introduxerit: nam & edictum prætoris & priora omnia, siue prudentum responsa, siue Imper. rescripta de dote tantùm non etiam de donatione ante nuptias conferenda tractauerant: sed hoc vt puto, non tam quòd ratio & æquitas collationis quæ in profectitia dote locum quoque habere videretur, [quid enim aliud est dos, quam donatio propter nuptias filiæ, quid aliud donatio propter nuptias quam dos ipsa quodammodo filij? vt Iacob. Cuiacius non eleganter scripsit.] Quàm quod toto Pandectarum iure incognita fuerit donatio ante nuptias eiusque nullus vsus, nullaceretenus ipsius mentio vspiam apud Iureconsultos reperitur, eius scilicet donationis quam pater in filium suum conferat, sicut filiæ dos à patre datur, quamuis iam olim esset receptum vt non minùs eam donationem pro filio facere, quàm dotem pro filia dare pater deberet, *l. vlt. C. de dot. promiss.* itémque, vt pro arbitrio iponsus aliquid vxori donaret, non in vicem dotis quod hodie fit, vnde *ἀντιπερλὰ* id est contra dotem vocant, sed fauore tantùm nuptiarum, *l. cùm multa. 20. C. de donat. ant. nupt. iunct. l. 2. C. de bon. quæ liber.* Verùm quamuis † Imp. Leo primus constituerit vt donatio ante nuptias conferri deberet, non tamen ex eo possis inferre illud quoque ab eo constitutum non fuisse, vt dos ipsa profectitia emancipatis quoque liberis conferretur a filia quæ mansisset in potestate. Incipit enim constitutio à dote non à donatione ante nuptias, cùm ita loquitur Imperator, *tam dos quàm ante nuptias donatio conferatur.* Scribendum namque fuerat è contrario, *tam donatio ante nuptias, quàm dos conferatur*, si hoc agebat Leo vt in dote nihil noui constitueret sed tantùm vt ius quod in dote iam obtineat ad donationem ante nuptias produceret. Neque ex eo quod sequentia illa, *Memorati parentes donationem contulerint*, de donatione tantùm loquuntur, capi potest coniectura quasi ea constitutio propter donationem ante nuptias facta sit potiùs quam propter dotem. Donationis enim † nomen in illis verbis sumpsit Leo non specialiter pro donatione ante nuptias, sed generaliter ita vt dotem quoque comprehendat, cùm nec dubitetur apud ipsos quoque antiquos iuris conditores donationis nomine dotem contineri vt Iustin. ipse testatur *in d. l. cùm multa.* Quod & sequentia ostendunt in quibus ita est, *eadem dos vel ante nuptias donatio ex substantia eius profecta conferatur.* Nam & similiter cùm in fine legis tractatur de collatione per emancipatos faciéda donationis tantùm nomen vsurpatur, non dotis, cùm tamen negari non possit, quin dos quoque ab emancipatis conferenda sit etiam aduentitia quoties succedit frater emancipatus cum fratribus in familia retentis, *d. l. filia dotem. 4. C. de collat.* Nec obstat nostræ sententiæ quod *in d. l. filia dotem*, tractatur de dote profectitia

etiam

4 etiam emancipato conferenda : quæ res † Cuiacium decepit vt existimauerit iam olim & ante Leonem ita obtinuisse vt dos profectitia etiam emancipatis fratribus conferri deberet per filiam in potestate retentam. Debuit enim potius ex constitutione Leonis quæ nouum hoc ius induxit colligere intelligendam legem illam de filia quæ fuerit emancipata vt & quod scriptum est *in l.* 1. §. *si sub conditione. D. de collat. dot.* vbi agitur de aduentitia quoque dote conferenda, quam tamen certum est ex iis quæ superiore capite diximus, nullo casu conferri per filiam quæ manserit in potestate non solum si cum emancipatis fratribus succedat, sed nec si cum suis. Planè nihil noui Leonem facere in postrema constitutionis parte qua iubet conferri ab emancipatis donationes omnes in eos à parentibus collatas siue in ipso emancipationis tempore siue post emancipationem apparet satis ex illis verbis, *pro tenore præcedentium legum*, quæ probant apertissimè nihil eo capite constitui nisi quod præcedentibus legibus continebatur : quæ sanè tam generales erant contra emancipatos vt nihil addi posset, cùm à collationis onere nihil exceptum esset præter peculium castrense vel quasi castrense. Idque ex constitutionibus Imperatorum potiùs quàm ex edicto ipso prætoris, *d. l. cum duobus.* 5 2. §. *idem Papinianus. D. pro socio. d. l.* 1. *nec castr. D. de collat.* Nimirum si succederet emancipatus cum suis,
5 emancipatum enim † emancipato nihil olim conferre debuisse certum est, *l. si emancipati 9. C. eod.* excepta scilicet dote quæ à patre profecta fuisset, *d. l. filiæ dotem.* Ergo neque hodie quicquam amplius conferet, nisi donationem ante nuptias ad exemplum dotis. Post hanc enim Leonis legem verum est omnibus omninò ca-
6 sibus quibus † dos conferenda est donationem quoque ante nuptias aut vt hodie nos loqui Iustinianus voluit propter nuptias conferri oportere. *d. l. quoniam Nouella. 29. C. de inoff. test.* In eóque Paulo Castrensi, Aretino, Romano, Decio & aliis assentior, qui contra Bartolum
7 † Alexandrum aliosque nonnullos defendunt generaliter accipiendam esse illam Leonis constitutionem vt emancipatus hodie donationes quaslibet à parte profectas fratribus suis etiam emancipatis conferre teneatur. Fefellit Bart. & cæteros quod priora legis Leoninæ verba videntur generalia, *Vt liberis*, inquit, *tam masculini, quam fœminini sexus siue sui iuris siue in potestate constitutis æqua lance paripue modo prospici possit.* Sed præter id quod postrema pars constitutionis restricta est ad præcedentium legum tenorem, quæ distinguebant vtrum emancipatus succederet cum suis he-
8 redibus an cum emancipatis, apparet etiam sensum † Leonis in supra scriptis verbis hunc esse : quemadmodum edicto prætoris & anterioribus legibus cautum erat suis heredibus in potestate paterna constitutis si quando cum iis succedere emancipati vellent iniuncto scilicet emancipatis onere conferendorum bonorum omnium quæ vndecumque habuissent, ita emancipatis prospiciendum contra suos heredes per collationem à suis quoque faciendam emancipantis tam dotis quàm ante nuptias donationis quæ à patre profecta esset : Non quasi iniuriam pati viderentur emancipati si non iis sui conferrent, cùm sui suo iure succedentes ad propria bona veniant potiùs quàm ad aliena, *l. in suis* 11. *D. de liber. & posth. l.* 1. §. *largius. D. de succeff. edict.* sed quia digni viderentur etiam emancipati inter quos & suos heredes seruaretur æqualitas in iis nimirum bonis quæ profecta essent à patre cui succederent vel à matre vel ab auo proauóve siue paterno siue materno. Cur non enim succedant & conferant æqua lance vel ex asse quantum attinet ad bona ab eo profecta de cuius successione agitur, cum succedant omnes si non eodem iure [sui siquidem succedunt iure ciuili, emancipati verò iure prætorio] saltem eadem ratione & quidem naturali quod sint filij, negari autem non possit æquè filios esse illos qui emancipati sunt, atque suos in potestate retentos ? Ergo quemadmodum prior pars legis est de collatione per suos heredes facienda emancipatis, ita & posterior non de alia collatione accipi potest quàm quæ suis heredibus fieri debeat per emancipatos. Ad eum verò casum quo vel inter suos heredes tantùm, vel inter emancipatos tantùm faciendæ collatio sit illa constitutio non pertinet : quia nec erat necesse quicquam noui in iis casibus constitui, quibus edictum prætoris iam benè prospexisset. Hanc eandem æqualitatis inter liberos inducendæ potiùs quàm conseruandæ rationem, adeò amplexus est Iustin. vt ex hac primùm Leonis lege occasionem sumpserit † constituendi *in l. pe-* 9
nult. §. ad hec eod. tit. vt si vnus ex liberis à parente quisquis ille sit, vel dotem vel ante nuptias donationem acceperit, alius verò scilicet emancipatus simplicem inter viuos donationem, cogatur hic simplicem quoque donationem conferre fratri suum quoque conferenti, nec tantum suo, in quo nihil esset nouum, cùm iam olim emancipatus suo conferret omnia, vt diximus, verùm etiam emancipato, ne alioqui inter liberos inæqualitas induceretur si secundum vulgares iuris regulas simplex donatio quamuis à patre profecta collationis munere non fungeretur, inter eos ipsos fratres inter quos alia quælibet donatio ob causam facta conferenda sit. Hoc enim casu seruandæ æqualitatis gratia dici generaliter potest, Omnia profectitia conferenda esse vt in ea vniuersitate simplex quoque donatio contineatur, cum tamen extra hunc casum falsa futura sit ea vniuersalis propositio & necessariò restringenda ad profectitia illa quæ causam aliam quàm meræ liberalitatis habuerunt quæque verisimile est non fuisse daturum parentem nisi dandi causam illam habuisset. Quamquam quod post Iustin. diximus collatis à parente in omnes liberos donationibus tametsi diuersi generis in hoc quidem simplicibus, in illos verò ob causam aliquam, omnes conferendas esse ad seruandam inter eos æqualitatem, non ita accipiendum est vt si sint disparis quantitatis quod facilè fieri potest & plerumque fit, non inducatur collatio nisi vsque ad concurrentem quantitatem. In solidum enim donationes omnes proculdubio conferendæ sunt, licèt non idcirco futurum sit vt omnimodo liberorum portiones sint æquales. Æqualitatem enim voluerunt inducere Imperatores in iure ipso collationis non in emolumento portionum hereditariarum, aut in proportione æstimationis earum rerum quæ conferrentur. Præterquàm in casu *l. vlt. C. commun. vtriusque iudic.* Nec enim quod plus minúsve confertur eo magis minúsve collationi locus fieri potest, quia ex iure non ex facto nec ex antiquitate sumitur an conferendum sit nec-ne. Sed illud multò mirabilius est quod eodem huius æqualitatis inter liberos seruandæ studio constituit. *Iustin. d. Nou.* 18. §. *illud*, vt ex testamento quoque collationi perinde locus sit atque ab intestato. Colore illo, quasi per obliuionem collationis faciendæ iniunctionem prætermisisse credendus sit testator qui de eo nihil dixit, potiùs quàm quod collationem fieri noluerit, vt habet constitutio.

ERROR IX.

De sententia & ratione perobscura Papiniani in l. Pomponius Philadelphus. 5 5. D. fam. erciſc.

SVMMARIA.

1 *Deterioris olim fuisse conditionis donationem inter vi- . uos factam filiæfam. ex causa dotis, quàm cæteras.*
2 *Ratio dubitandi Papiniani in l. Pomponius, 5 5. D. fam. erciſc.*

3 *Ratio decidendi eiusd. l.*

4 *Falsum esse illud interpretum dogma donationem inter patrem & filiam ex causa dotis iam olim valuisse.*

1 OBSERVAVI ex hac lege nouum quid & propemodum mirabile, quod nescio an hucusque à quoquam alio fuerit obseruatum deterioris † conditionis olim fuisse donationem inter viuos factam filiæfamilias ex causa dotis, quàm cæteras, in eo quòd cum cæteræ donationes inter viuos à patre in filios vel filiasfamilias collatæ silentio & morte patris conualescerent etiam citra specialem confirmationem si modò contrarium iudicium non probaretur, *l. filia cuius.* 18. *Cod. famil. erciſc. & apud Paulum. 5. sentenſ. tit.* 11. *de donat. §. pater.* donatio tamen facta ex causa dotis non confirmabatur, Alioquin nulla fuisset ratio dubitandi
2 † apud Papinianum *in d. l. Pomponius*, nec quærenda tam curiosè à Papiniano ratio aliqua specialis petita ex capacitate filiæ circa dotem habendam, si sufficere posset ratio illa iuris communis, quod omnes donationes etiam à patre in filiamfamilias collatæ, patris morte confirmentur. Illa autem ratio esse videbatur propter quam donatio facta filiæ ex causa dotis non confirmaretur morte patris quod quæ morte confirmantur ea sunt eiusmodi vt in perpetuum confirmentur, vt cernere est in legatis, donationibus causa mortis & cæteris vltimis voluntatibus, Nec enim possunt confirmari ad tempus, *l. obligationum ferè.* 44. §. 1. *ff. de oblig. & act. l. nemo potest.* 55. *ff. de leg.* 1. Atqui esset contra voluntatem patris qui donauit filiæ ex causa dotis vt donatio illa in perpetuum confirmaretur. Nec enim id pater abinitio egit cùm non simpliciter donauerit sed ob causam dotis. Nam quid si filia viuo patre decessisset? An eo minus dotem ad se regredi pater voluisset? Minimè verò. Prodesset namque ista interpretatio non filiæ cui fauere quis vellet sed marito penes quem remaneret iure dominij dos etiam à patre profecta si non miserationis ratione ad patrem reuerteretur, *l. iure succursum. 6. ff. de iure dot.* Neque contrarium est quod diximus dotis dandæ causam perpetuam esse, *l. 1. D. eod.* Id enim rationem illam habet quòd vt eadem lex explicatur semper eo animo, & voto vt perpetuo sit penes maritum, at non vt semper sit penes mulierem, imò vt nunquam, cùm non possit eodem tempore esse penes vtrumque & ibi semper esse debeat vbi sunt onera matrimonij *l. si is qui. 5 6. §. ibi dos. ff. eod.* Patet autem in specie *d. l. Pomponius*, non penes maritum esse voluerat cui tantùm reditus prædij donati solui mandauerat, sed penes filiam ipsam cui tradiderat. Non igitur in perpetuum sed tamdiu dumtaxat quandiu matrimonium duraret. Mirum igitur est si morte patris non confirmetur donatio facta ex causa dotis ne aliter posito iure necesse esset in perpetuum eam confirmari quam pater nonnisi ad tempus factam esse voluisset. Eaque nimirum formissima dubitandi ratio erat apud Papinianum, propter quam videbatur filiam non posse hanc dotem præcipuam retinere, quamuis facto per patrem testamento cùm donatio ista nec valuisset ab initio nec ex postfacto conualuisset. Eas demum verò donationes soleat & debeat arbiter familiæ erciscundæ præcipuas adiudicare filiæ quæ non ab initio valuerunt (eæ siquidem non veniunt in iudicium familiæ erciscundæ cùm sint extra causam hereditatis & bonorum defuncti, *leg. sequens, quæstio. 67. D. de legat.* 2.] sed quæ ab initio inualidæ morte donatoris conualuerunt equi-
[illegible]n, sed ita tamen vt officio arbitri egeant ad domi-
[illegible]ber adiudicationem acquirendum, *d. l. filia cuius, fam. erciſc.* Nec ad rem faciebat quod factum
[illegible]mentum, eo autem casu certum esset Papi-
[illegible]us non esse locum collationi siue dotis
siue alterius cuiuslibet rei, *l. Theopompus.* 14. *D. de dot. præleg. l.* 1. *Cod. de collat.* Id enim tunc verè dicitur cùm donatio siue facta ex causa dotis siue ex alia qualibet ab initio valuit, cùm prius sit vt quid sit in bonis eius qui ad collationem vrgetur quàm vt de eo quæri possit an collationi locus esse debeat nec-ne. At donatio vt diximus non valuerat, neque confirmata erat morte patris. Igitur quamuis collationi locus esse non posset duplici illa ratione, quod nec donatio vnquam valuisset, nec si aliquando valuisset facto tamen testamento collationi locus fieri potuisset, non eo magis consequens fiebat, vt præcipuam dotem habere filia deberet, immò tantò minùs quod eadem ferè ratio arbitri officium impediret quæ collationem excludebat quod nunquam donatio valuisset, quærendum fuisset de collatione, cui tamen non potuisset locus esse facto testamento. Si verò ex postfacto conualuisset vtique arbiter familiæ erciscundæ eam filiæ præcipuam adiudicare debuisset. Verum respondet † Papinianus subtilissimè, vt solet, nihilominùs debere hanc dotem filiæ præ- 3
cipuam remanere, vnica illa ratione æquitatis & voluntatis potiùs quàm iuris quod & pater donata filia prædia dotis esse voluisset, & matrimonium post patris quoque mortem constitisset. Inde namque fieri vult Papinianus, vt quamuis nullo iure sint prædia illa penes filiam, nec in iis quidquam ipsa habeat præter naturalem possessionem defendendam, tamen illa sit in ea naturali possessione per officium arbitri non specie donationis, vt vulgò malè creditur, cuius scilicet non magis illa capax fuerit ex causa dotis quàm si simpliciter donatum fuisset specie dotis, cuius fuit illa capax quandiu dos esse potuit, id est quandiu matrimonium constitit. Nec enim dos sine matrimonio esse potest vt intelligamus aliud responsorum fuisse Papinianum si viuo patre dissolutum fuisset matrimonium, aut etiamsi socer & gener in eadem fortè naui simul vel ruina petiissent adeóque si post mortem patris finitum fuisset matrimonium vel diuortio vel morte viri ante acceptum iudicium familiæ erciscundæ. Verum enim iustam retinendæ possessionis causam habeat filia ex eo tempore æstimandum est quo iudicium accipitur, non ex instanti mortis patris. Planè si post adiudicationem ab arbitrio factam superueniat distractio matrimonij non eo magis desinent esse propria filiæ prædia, quæ semel ei fuerint non per donationem, sed per adiudicationem acquisita non secus acsi iure legati vel donationis legitimæ ea possideret cum dominium semel iure quæsitum non nisi legitimis modis admitti possit. Adiudicatio autem perinde atque lex ipsa legitimus modus est dominis etiam iure Quiritium acquirendi teste Vlpiano *in fragment. titul. sapius à nobis citato de acquisitione rerum.* Et hæc sanè Papinianei responsi ratio & interpretatio est quam si quis iungat cum iis quæ scripsimus *libro 7. coniecturarum capite duodecimo.* Facilè intelliget quàm longè à Papiniani mente alienæ sint interpretum nostrorum ad eum locum interpretationes, & quàm falsum illud quod ij toties iactitant donationem † inter patrem & filiam ex causa 4
dotis valuisse iam olim quæ nec hodie valeret. Nihil enim Iustinianus in profectitiis innouauit nec vllo loco sustulit ius patriæ potestatis ex quo proficiscitur impedimentum iuris quod non patitur vllam consistere inter patrem & filium aut donationem aut obligationem, *lege siue emancipatis. 17. C. de donat. lege, Imperator.* 50. *D. ad Senatusconſ. Trebellian.*

ERROR

de-
nium,
Cod.
ſtam.
ponit.

ERROR X.

De collatione inter eos qui ex diuerso iure succedunt, ad legem si filius. 10. D. de collat. bonor.

SVMMARIA.

1 *Traditio interpretum de collatione inter eos qui ex diuerso iure succedunt.*
2 *Illius traditionis refutatio.*
3 *Nulla pars edicti iubet ei conferri cui tanquam extraneus succedit.*
4 *Sententia l. pater. & l. sequentis. D. de collat. bon.*
5 *Quam prauè Bartolus interpretetur l. si filius. D. de collat. bon.*
6 *De sent. l. 1. §. ibidem. D. de coll. bon. vbi notatur dissensio Vlpiani à Scæuola.*
7 *De ratione quæ Papinianum mouit in l. pater. D. de collat. bon.*
8 *Tribonianissimus notatus in l. si filius. 10. D. de coll.*
9 *Hoc ne correctum non esse responsum Typhon. in l. filium. 20. vers. videamus. D. de bonor. poss. contr. tabul.*

1 TRADITIO † nostrorum vulgaris est esse locum collationi etiam inter eos qui ex diuerso iure succedunt, puta si vnus ex liberis succedat ex testamento tanquam institutus, alius verò vel ab intestato, vel petita contra tabulas, bonorum possessione. Sic enim Bartolus, Castrensis, Alexander & cæteri quos refert & sequitur Cagnolus ad *legem, si emancipati, num. 138. C. de collat. ex lege, si filius. 10. D. de collat. bonor.* vbi cùm filius in potestate heres institutus adiisse proponeretur & emancipato petente bonorum possessionem contra tabulas, ipse tamen non petiisse fateretur quidem Scæuola ita quidem habere edictum, vt non sit ei conferendum, sed tamen magis se sentire ait, vt quemadmodum pro parte hereditatem retinet eo iure quod bonorum possessionem contra tabulas petere posset si vellet beneficio fratris præteriti edictum committentis, ita & conferri ei debeat. Vtique, inquit, cùm iniuriam per bonorum pos-
2 sessionem patiatur. Mihi nunquam probari † potuit hæc sententia quam fatentur omnes cum Scæuola esse manifestè contrariam edicto. Verba enim edicti etsi hodie non extant, tamen certum esse sic concepta fuisse, vt inter eos tantùm collationem daturum se prætor edixisset quibus possessionem dedisset. Ita namque accipiendum est quod Vlpianus ait *in l. 1. §. 1. D. eod.* Non vt è contrario locum habeat collatio inter eos omnes quibus data est bonorum possessio. Alioqui daretur etiam inter emancipatos quod falsum est, *l. si emancipati. 9. C. de coll.* Et ratio edicti est non quod per collationem bona omnia deducantur ad vnum cumulum qui non debeat diuerso iure censeri vt ratiocinatur Bart. *ad l. pater filium. 6. num. 2. D. de collat. dot.* [Collatio enim præcedit & inducit confusionem, non confusio collationem, *l. si soror. 8. C. de collat.*] neque rursus quod vt ibidem ait Bartolus, cùm plures diuerso iure succedunt, singuli vocentur in solidum quisque ex suo iure: partes verò fiant per concursum, atque ita mutua illa iniuria quam alter alteri facit inuicem compensetur [nulla siquidem iniuria fit ab eo qui suo iure tanquam suus heres, & sine beneficio prætoris succedit in vniuersa patris hereditate, nec eo magis collationi locus fit inter succedentes ex diuerso iure quòd pro parte tantùm singuli succedant, vt in specie, *dict. l. pater filium. 6. cum l. seq.*] Sed quia collationis æquitas tota est ex edicto & iurisdictione prætoris, qui potrò beneficio suo talem legem dicere potuit qualem voluit. Eam verò dicendam putauit, vt non alij ad beneficium illud admitterentur, quam qui ex eodem edicto bonorum possessionem peterent nec prætoris iurisdictionem aspernarentur, quæ potissimum in danda bonorum possessione consistit, vt ait Vlpianus *in l. 3. D. de iurisd.* At aspernatur ille qui cùm posset petere bonorum possessionem contra tabulas, siue ex persona propria, siue ex persona fratris edictum committentis, mauult tamen succedere ex testamento tanquam extraneus quilibet. Cur ergo prætor iubeat ei conferri, qui tanquam extraneus succedit? An fortè vlla edicti † pars est quæ iubeat 3
fieri collationem extraneo heredi? nulla prorsus. Duæ namque duntaxat fuerunt partes edicti, ex quibus prætor iubebat fieri collationem, vt refert Triphon. *in l. filium. 20. vers. videamus. D. de bonor. possess. contra tabul.* ex capite scilicet edicti, De contra tabulas, & ex capite edicti *vnde libri*, quarum neutra extraneo fauet, quia neque vlla videri potest fieri iniuria ei qui vel extraneus est, vel extranei cuiuslibet iure succedit etiam si pars hereditatis, aut vt melùs dicam successionis ei auferatur qui tanquam extraneus nihil penitus in ea successione habere deberet. Quæ ratio facit vt neque inter emancipatos vllus collationi locus sit, *d. l. si emancipati*, nisi quod ad dotem vel donationem ante nuptias profectitiam, *l. filiæ dotem. 4. C. eod.* neque olim suus heres quidquam conferre debuerit emancipato cui non poterat videri facere iniuriam succedendo scilicet ante Leonis constitutionem *in l. vt liberis. 17. de qua diximus cap. præcedenti.* Et hanc nostram contra interpretes omnes opinionem probat mirificè responsum † Papin. *in* 4
d. l. pater, iuncto eo quod in l. seq. subiicitur ex Paulo. Pater filium emancipatum instituerat heredem & filiam exheredauerat: quæ inofficiosi lite mota & perlata partem dimidiam hereditatis fratri abstulerat. Respondit Papinianus non esse cogendum fratrem bona propria conferre. Additur verò ex Paulo *in l. seq.* Nec ipsam filiam dotem suam fratri conferre debere, quoniam, inquit, diuerso iure fratres sunt heredes, frater scilicet ex testamento, filia verò ab intestato. Nec possis respondere quod Bartolus respondet in ea specie non esse locum collationi, non tam ob id quod isti diuerso iure succedant quàm quòd ex eodem iure succedere etiamsi maximè vellent non possent. Etsi enim verum est neque filiam exheredatam posse vnquam succedere ex testamento, cùm nec ad bonorum possessionem contra tabulas admitti possit, *l. non putauit. 8. D. de bon. poss. contr. tab.* neque fratrem institutum posse ab intestato heredem esse vbi iam semel heres fuit ex testamento ante propositam inofficiosi querelam, quia non nisi post aditam hereditatem ex testamento querela inofficiosi proponi potest, *l. Papin. 8. §. si condit. D. de inoff. test. l. si quis filium. 34. in fin. C. eod.* Non eam tamen rationem adfert Paulus, quòd non possint isti succedere ex eodem iure etiamsi velint, sed hanc vnam quod succedant ex diuerso iure. Et verò, quid referre potest, an possint ex eodem iure succedere, nécne, cùm ex diuerso succedunt? Quinimò longè maior ratio suadet vt locus sit collationi inter eos qui ob id tantùm non succedunt ex eodem iure, quòd etiamsi succedere vellent, tamen non possent, quàm inter eos qui ob id succedunt ex diuerso iure quod ita velint, non ex eodem iure tametsi possent. Illo enim casu potest imputari ei qui sibi conferri vult, cur non succedat ex eodē iure cùm possit, malitque succedere tanquam extraneus, quod imputari similiter non potest ei qui ex eodē iure succedere etiāsi vellet, non posset. Neque puto dissideret à me quisquā ex interpretibus, nisi omnes responsū aliud Scæuolæ fefellisset, † quod extat *in d. l. filius*, cuius loci auctoritate non 5
dubitat Bart. hoc ius de collationibus ita æstimare quasi

Digitized by Google

partim à Scæuola, partim à prætore fuerit constitutum. Quod tamen ne probare possim illud facit, Primùm quod video Scæuolam initio legis negare collationi locum esse, cùm ita scribit, *nec conferendum est ei.* Nec contentum ita respondisse subiicere rationem sumptam ex edicto, quod, inquit, edictum prætoris ita se habeat. Cui consequens omninò fit vt quisquis contra respondere velit, etiamsi Scæuola sit aut Papin. nedum Bartolus, eum necesse sit respondere aduersus edictum, quod nec Scæuolæ, nec alij vlli iureconsulto vt facere auderet puto venire in mentem vnquam potuisse. Fuerunt enim illi omnes religiosiores iuris, præsertim Scæuola religiosissimus omnium, & præterea non tantæ autoritatis vt eis licuerit negligere prætoris edictum eiúsque potestatem violare, cùm edicta prætorum non minùs quàm leges ligarent prudentes ne quid legibus aut edictis contrarium inducere possent. Maximè verò cùm non ex verbis edicti collationem excludat Scæuola, sed ex edicto ipso, quo nomine significat non tantùm verba edicti, sed etiam mentem prætoris facere ne debeat conferri. Sicut è contrario aliàs euenit nonnunquam vt ex verbis edicti collatio inducatur, quæ ex prætoris sententia debeat denegari vt *in l. filium.* 20. §. *penult. D. de legat. præst.* Secundò me illud magis mouet, quod ratio qua moueri se scribit Scæuola vt contra edictum respondeat, non est bona: Ait enim collationi locum esse debere, quod in ea specie filius institutus hereditatem quam adiit pro parte retineat non alio iure quàm quod bonorum possessionem petere posset. Quod etsi verum est ad rem tamen non pertinet. Non enim ad collationem inducendam sufficere voluit prætor vt posset filius petere bonorum possessionem, sed illud etiam exigi vt effectu ipso bonorum possessionem petierit, quia, vt diximus, tantò minùs dignus est cui faueatur qui bonorum possessionem petere potuit, nec petiit. Alioqui eadem ratione probabo, si filius qui erat in potestate, & fratrem emancipatum habebat decessisset ante acceptam bonorum possessionem, relicto herede Sempronio, perinde cogendum emancipatum conferre Sempronio, atque ipsi filio secundùm Scæuolæ sententiam conferre cogeretur, tametsi filius possessionem non accepisset, cùm in heredem transeat haud dubiè ius collationis tam actiuè quàm passiuè vt nostri loquuntur ex *l.* 1. §. *ibidem. D. de collat. bonor. l. si maritus.* 14. *Cod. eod.* Atqui falsum † est in proxima specie Sempronio conferendum esse si Vlpiano credimus *in d. §. ibi.* vbi ait tuendum quidem Sempronium à prætore pro ea parte qua heres scriptus fuit is qui in potestate erat dum ne vltra virilem. Sed tamen ad collationem admitti eum non debere in hunc casum, quia, inquit, bonorum possessio admissa non est. Quæ ratio prorsus inepta esset si sufficeret quod admitti potuisset possessio, quamuis admissa non fuisset. Præsertim cùm nec alio colore filij heredem tueatur prætor ad virilem vsque partem petita per emancipationem contra tabulas bonorum possessione quàm quòd ipsi filio competierit ius petendæ bonorum possessionis, tametsi ius illud non transmiserit ad heredem. Atqui negari non potest quin transmiserit beneficium edicti quod ad tuitionem virilis portionis, cum suis omnibus qualitatibus, & conditionibus, & consequenter cum iure collationis si tale ius habuisset vt ei conferre emancipatus debuisset. Cùm igitur neget Vlpian. heredi filij conferendum esse, nec id ratione illa quasi minus iuris habeat quàm habiturus esset filius si viueret, sed illa tantùm quod bonorum possessio accepta non sit, fatendum est non aliud eum sensisse in ipso filio in quo eadem ratio non petitæ possessionis locum haberet. Nam & secundum Bartoli distinctionem dicendum esset digniorem esse filij heredem cui succurreretur quam ipsum filium, quandoquidem ipsi filio posset imputari cur non possessionem non petiisset, quod ipsius heredi non potest imputari. Alia verò ratio, quam subiungit Scæuola iis verbis, *vtique cùm iniuriam per bonorum possessionem patiatur*, licèt interpretibus nostris plausibiliter videatur, tamen minùs ad rem facere mihi videtur. Etsi enim non negamus cùm de collatione quæritur, illud potissimum inspici solere & debere an iniuria fiat aliqua ei qui collationem petit, *d. l. §. totius. D. de collat. d. l. 3. de collat. dotib.* tunc tamen id obtinet, cùm cætera omnia concurrunt quæ necessaria sunt ad inducendam collationis necessitatem: inter quæ illud vnum primum ac præcipuum est, vt inter eos res agatur qui bonorum possessionem acceperint, *d. l.* 1. §. 1. *& d. §. ibidem.* Alioqui dicendum erit in specie quoque, *d. §. ibidem*, conferri etiam filij heredi oportere, tanquam heredi eius cui proculdubio facta fuerit iniuria per emancipatum, quod tamen Vlp. eo loco negat vt iam diximus: Non ratione illa quod nullam hic heres iniuriam patiatur [quantumuis enim extraneus sit, cùm tamen non tanquam extraneum eum tueatur prætor, sed tanquam heredem filij instituti quem tueri debuisset, patitur sine dubio eam ipsam iniuriam quam filius ipse ex cuius persona succedit si adhuc viueret, pateretur] sed quia bonorum possessio per filium admissa non est, quæ postò nec per heredem admitti potest cùm non fuerit ei delata. Quæ ratio ostendit quod huic heredi conferendum non est, non fieri proprio aliquo iure quod ex ipsius persona proficiscatur, sed hac tantum ratione quod non debeat plus iuris habere quàm defunctus, qui tamen vnquam ius illud habuit vt conferri ei deberet, cùm bonorum possessionem nunquam admiserit, licèt adhuc viuus passus fuerit iniuriam ab emancipato, qui iam tum successit. Vt proinde fatendum sit Vlpianum eo loco dissensisse à Scæuola *in d. l. si filius*, neque conciliari vllomodo posse, aut quærenda ratio quæ nulla poterit inueniri. Cur putauerit Vlp. ipsi quidem filio quamuis bonorum possessionem non admisisset conferendum fuisse si vixisset, tanquam passo iniuriam ab emancipato. Heredi verò filij quamuis ex ipsius filij persona succedenti eiusdemque iniuriæ successaneo conferendum non esse, contra eam iuris regulam quæ vult ius collationis tam actiuum, quàm passiuum transire in heredem. Sed & in specie, *d. l. pater cum seq.* dicendum esset collationi locum fore si nihil aliud nisi iniuriam factam inspiceremus. Facit enim fratri soror iniuriam eo sensu quo Bart. intelligit, cum aufert partem hereditatis fratri qui suo iure totam illam ex testamento erat habiturus. Ob idque nec aliam rationem reperit Bart. cur in ea specie non sit locus collationi nisi quod valeat testamentum saltem pro ea parte quæ non fuit rupta per querelam. Ex testamento autem locus non fuerit collationi toto Pandectarum iure. Cui sententiæ consequens esset vt in eadem specie collationi hodie locum esse oporteret, postquàm placuit Iustin. vt non minùs ex testamento conferendum sit quàm ab intestato. Quòd tamen non puto verè dici posse. Quamquam enim eam solam rationem attulit Papin. † quod testamentum non solùm factum esset, verùm etiam post querelæ quoque victoriam subsisteret adeò, vt ex ea quoque competerent libertates [is enim sensus est eorum verborum, *nam & libertates competere placuit*] alia tamen etiam ratio erat propter quam non poterat collationi locus esse, quæ ponitur *in dict. seq.* ex Paulo quod succederent liberi ex diuerso iure, frater ex testamento, soror ab intestato. Quæ ratio si non esset, profectò soror fratri conferre debuisset, cùm ab intestato ipsa succederet non ex testamento. Ergo quæ ratio liberat sororem quamuis ab intestato succedentem ne conferre cogatur, cùm fratri quoque communis sit, cur non fratri proderit, vt nec hodie conferre sit cogendus? Non enim Iustin. fecit vt omnimodo conferendum sit ex testamento, sed vt quo casu conferendum

6

7

ferendum esset ab intestato, eo ipso conferendum sit etiamsi factum fuerit testamentum. Atqui hoc casu soror quæ ab intestato succedit, non eo magis tamen confert, tanquam quæ ex diuerso iure succedat. Ergo neque frater hodie conferet tametsi succedat ex testamento, quia quod succedit ex testamento hoc ipsum est quod facit vt ex diuerso iure succedat, & consequẽter vt nec locus sit collationi. Et hoc sanè est quod sibi voluit Papinianus cum eam suæ sententiæ rationem attulit, quod testamentum valeret ex quo frater succesſerat. Non tam enim ad id respexit, quod solum obseruant interpretes quod ex testamento olim non conferretur, quàm ad id quod subsistente adhuc pro parte testamento, necesse esset succedi ex diuerso iure partim ex testamento partim ab intestato. Si enim testamentum fuisset ruptum in totum, succẽdi debuisset eam à fratre quàm à sorore vel ab intestato, vel nullomodo, quandoquidem ab intestato vnius tantum casus est *l. ab intestato. 16. D. de iur. codicill.* atque ita collationi locus fuisset duplici ratione. Et quia ab intestato. Et consequenter quia ex eodem iure successum fuisset. Ex contrario igitur subsistente testamento duplex ratio Papiniani temporibus impediebat ne collationi locus esse posset. Vna quod ex diuerso iure fratres succedere necesse esset. Altera quòd ex testamento non conferretur. Prior ratio communis erat vtrique. Posteriori verò solum fratrem non etiam sororem à collationis onere liberabat. Posterior cessat hodie post Nouellam Iustiniani constitutionem. Prior verò semper manet, ac proinde ipsum quoque ius quod ex ea inducebatur, quia quoties ex duplici ratione quid constituitur, alterutrum sufficit manere vt ius retineatur *l. cùm is. 32. §. mulier. D. de condict. indeb. cum vulgar.* Non addo tertiam illam rationem quam Bartolus diluere non potuit, quòd faciat soror iniuriam fratri sc tripto ex asse toto cùm aufert ei ab intestato dimidiam partem hereditatis. Est enim falsa & mala ratio cùm soror quæ succedit ab intestato postquàm vicit in querela succedat suo iure si non emancipata fuerit, sed retenta in potestate: cùm dici soleat iuris communis executionem iniuriam non habere *l. iniuriarum. 13. §. 1. D. de iniur.* Potiúsque videretur hæc soror iniuriam pati à fratre emancipato, qui ab intestato nihil consequi deberet, nisi fratrem quoque ratio illa tueretur quod quamuis emancipatus sit, tamen fuit institutus adeóque heres ex testamento adita scilicet hereditate quam aditi necesse fuit vt posset locus esse querelæ inofficiosi. Semel autem factus heres non potuit desinere esse heres ex eo ipso testamento, ne quidem volens, nisi pro qua parte ruptum fuit testamentum per querelam, quod porro ruptum non fuit nisi pro qua parte potuit soror succedere ab intestato, id est, pro dimidia. Quod expeditum quidem est si ponas filiam fuisse emancipatam, in quo nihil est absurdi cùm liberis quoque emancipatis & exheredatis non minùs quàm suis heredibus querela non solùm vtilis sit sed etiam necessaria *l. non putauit. 8. D. de bon. poss. contr. tab.* Sed si ponas filiam fuisse retentam in potestate, quod Papiniani verbis conuenientius videtur cùm de solo fratre dicat fuisse illum emancipatum. Illa occurret pro filia dubitatio, quod quemadmodum sola ipsa iure ciuili ab intestato succedere patri potest, nec fratris emancipati concursum veretur. Ita per querelam videtur in totum rumpere testamentum, cùm & iuris sit querela [siue dicas cum Cuiacio ex lege Glicia, siue nobiscum ex iure recepto, & per prudentum interpretationem inducto] & soleat rumpere testamentum pro qua parte successurus est ab intestato is cui victoria sit profutura siue ille ipse sit qui agit siue alius. *l. mater decedens. 19. D. de inoff. test.* Eáque certè ratio dubitandi nec inelegans fuisse videtur apud Papinianum: Qui nec planè hoc negare audet ruptum summo iure esse totum testamentum. Sed hoc tantùm innuit, non esse habendum pro rupto saltem quantum ad prætorem qui scilicet filium emancipatum perinde vocat ab intestato acsi non esset emancipatus, rescissa in eam rem emancipatione: Cur non ergo eum tuebitur pro ea parte cum fuit institutus, & quidem tanquam institutum etiamsi iure ciuili ruptum fuerit testamentum per querelam? Nam & cùm collationis ius sit ex edicto prætoris, apparet in hac quæstione quæ de illo est. Verum conferre debeat sorori frater hic emancipatus, nécne non tam inspiciendum esse quid ius ciuile statuat quàm quid prætor, atque prætor licèt non possit facere quin soror tua heres patri succedere debeat in totum ex iure ciuili, nec proinde quin per querelam rumpatur testamentum patris in totum. Attamen sicut facit pro sua iurisdictione vt frater emancipatus perinde succedere debeat ab intestato cum sua herede acsi esset quoque suus heres. Ita & institutum illum heredem ex toto asse debet tueri tanquam institutum pro ea parte quam ei daret ab intestato & pro ea parte habere testamentum pro rupto. Ne alioqui secum pugnaret si haberet testamentum pro in totum rupto per filiam quam non patiatur ab intestato succedere nisi pro parte. Atque ita esse probat Papin. hoc etiam argumento quod ex huiusmodi testamento libertates competunt & conseruantur. Quod vtique falsum esset si testamentum ita ruptum esset ac rescissum in totum vt pro in totum rupto ac rescisso illud haberi oporteret *l. generaliter. 24. §. ex testamento. D. de fideic. libert. iunct. l. cùm mater. 28. D. de inoff. test.* Quid ergo respondebimus ad Scæuolam † in *d. l. si filius. 10. D. de collat.* Nimirum hoc 7
vnum de quo planè non dubito, non Scæuolæ esse, sed Tribuniani totam illam clausulam, quam nos improbamus ab illis verbis, *sed magis sentio*, vsque ad finem legis. Nam cùm in præcedentibus illis, *nec conferendum est ei*, non aliorum sed suam ipsius sententiam exposuisset, non video quid causæ fuerit cur tam citò, & post confirmatam ex edicto sententiam suam deseruerit ille non tantum ab edicto, sed etiam à seipso dissidere. Quid verò Tribonianum mouerit aut potius deceperit non est in obscuro. Illa nimirum ratio quod is filius institutus quamuis adierit hereditatem ex testamento ne bonorum possessionem petierit, potuit tamen petere, eúmque tuetur prætor ad virilem vsque portionem eo iure aut potiùs colore quasi petierit. Qua etiam ratione vtitur Paulus in *l. is qui. 15. §. 1. in fin. de legat. præstand.* licet in alia specie nempe cùm quæritur, an fratet emancipatus institutus, qui adiit, debeat legata certis tantum personis an omnibus alio fratre emancipato prætorio contra tabulas petente. Sed ratio est periculosa nec semper vera, vt ex eo apparet quod in illa ipsa Pauli specie aliter putauit Vlpian. qui sine dubio à Paulo dissensit in *l. si duo. 16. eod. tit. vt scripsimus lib. 5. coniect. tit. 13.* Neque verò etiamsi esset bona ratio pro Paulo in illa quæstione, similiter tamen posset bona videri pro Triboniano in eo de quo tractamus, Cùm in edicto de collationibus id exigat nominatim prætor vt bonorum possessionem acceperint ij inter quos collatio debeat locum habere, non etiam vt eam accipere potuerint. Adeò vt si quandò persona talis sit, quæ potuerit & bonorum possessionem petere, & citra bonorum possessionem se immiscere, eáque se immiscuerit ne ex edicto conferre cogeretur, necessarium fuerit rescriptum Hadriani ad eam collationi obligandam non sufficiente in eam rem prudentum autoritate *l. 1. in princ. D. de collat. dot.* Quanto magis igitur fuisset necessarium rescriptum Imperatoris nec sufficere potuisset autoritas Scæuolæ ad inducendum ius collationis in specie *d. l. filius*, id est non tantùm deficiente edicto [quo casu fortasse licuisset tanto iureconsulto aliquid noui inducere supplendi edicti gratia, vt Iulianus *l. Gallus. 26. §. ille casus. D. de liber. & posthum.*

quamuis Iureconſultorum munus fuerit interpretari non ſupplere *l. commodiſſimè. D. eod. junct. l. vltim. Cod. eod.*] ſed expreſſim repuguante. Neque tamen puto facile fieri potuiſſe vt etiam Imperator quiſquam ante Tribonianum, qui in tam multis aliis imperatorem egit, ius edicti hac parte fuerit correcturus. Multum enim refert an quæramus quis conferre debeat, an cui. Eſtque multo facilius, vt quamuis verba edicti collationem non inducant niſi inter eos qui poſſeſſionem acceperint, conferre tamen cogatur etiam ille, quæ non accepit ſi modò accipere potuit ac præterea tantum conſequitur quantum ſi accepiſſet putà ſi ſuo iure & tanquam ſuus heres miſceat ſe bonis paternis, vt in ſpecie *d. l. 1. in princ. de collat. dot.* Quàm vt ei conferri debeat qui cùm bonorum poſſeſſionem accipere poſſet, tamen non accepit, maluitque ſuccedere ex teſtamento. Huic enim poteſt imputari cur voluerit ſuccedere tanquam extraneus ſi voluit ſibi tanquam filio conferri, & cur prætoris beneficium in ſuccedendo abiecerit, ſi ex eiuſdem prætoris beneficio nunc velit poſtulare collationem. Et quod poteſt imputari ei, facit ne collationem petens ſit audiendus. Cùm verò quæritur, quis conferre debeat, ſufficere dicimus vt potuerit accipere bonorum poſſeſſionem licet non acceperit, quia licet ſui heredis iure ſe immiſcere potuerit, hoc ipſum tamen ei poteſt imputari cur potiùs ſe immiſcere quàm bonorum poſſeſſionem petere voluerit, cùm ea ratione voluerit facere fraudem edicto ne ad collationem vrgeri poſſet. Denique ei cui poteſt imputari non confertur, quia ſibi debet imputare, ab eo autem cui poteſt imputari confertur ob hanc ipſam rationem quod imputari ei poſſit. Nunquam enim lucrum ſentire quis debet ex eo quod poteſt ei imputari, cur fecerit vel non fecerit. Illud corollarij vice addendum ſupereſt, multo grauiùs errare illos ex noſtris interpretibus, qui putant hodie correctum eſſe reſponſum † illud elegans Tryphonini quod extat in *l. filium. 20. verſ. videamus. D. de bon. poſſ. contr. tab.* & in ea ſpecie ſuum heredem hodie emancipato collatur. Secuti Butrigarium quem refert Alex, ad *l. ſi emancipati. col. 2. Cod. de collat.* Vitalis in *tract. de collat. cap. 2. num. 9.* Fachin. *lib. 5. Controuerſ. iur. cap. 79. in fin.* Nam quod aiunt non alia ratione niti Tryphoninum quàm ratione iniuriæ ceſſantis, quæ ratio, inquiunt, iam non tam attendi debet, quam ratio æqualitatis, certè falſum eſt. Habet enim illud reſponſum duplicem aliam rationem. Vnam hanc, quod in ea ſpecie liberi ſuccedant ex diuerſo iure, ſuus quidem ab inteſtato, emancipatus verò per contra tabulas. Inter eos autem qui ex diuerſo iure ſuccedunt collationi locus numquam eſſe poteſt vt diximus. Alteram, quod hoc caſu tantum abeſt vt ſuus heres qui ab inteſtato ſuccedat aliquam ab emancipato iniuriam patiatur vt è contrario acquirat ei nomen & ius ſui heredis. Quarum rationum neutram Iuſtinianus ſuſtulit nouàque alia vel alicuius imperatoris vel ſaltem Triboniani lege opus eſſet ad ius collationis hoc caſu inducendum. Etſi enim ad hoc maximè reſpexerunt poſteriores imperatores qui ius antiquum de collationibus innouarunt, vt inter liberos æqualitas induceretur, abſurdum tamen fuerit exiſtimare ſolam æqualitatis rationem facere hodie poſſe vt omni caſu collatio locum habere debeat. Nam immo verò quibus caſibus nihil expreſsè innouatum eſt ius antiquum in hoc tractatu vt &, in cæteris omnibus iuris partibus incorrectum manere dicendum eſt, vulgat. *l. ſancimus. 27. Codice de teſtam. l. præcipimus. 32. in fin. Codice de collat.* Et vt dicam apertius, ratio illa quæ olim potiſſimùm attendi ſolebat cùm de collatione quærebatur quod futurum eſſet vt iniuriam pateretur vel non pateretur frater cui non conferretur, ab inteſtato, hodie ſublata eſt. Sed non item cæteræ quæ collationem olim poterant impedire etiam ab inteſtato. In omnibus namque legibus quæ nouum ius hac in re fecerunt videns agi de ſuccedentibus ex eodem iure non ex diuerſo, vt in *d. l. vt liberis. 17. l. illud. 20. Codice de collat. Nou. 18. §. illud. l. vltim. Codice Commun. vtriuſque indic.* In ſumma quibus caſibus olim ab inteſtato quoque non conferebatur etiam hodie ex teſtamento non conferetur, extra eos caſus qui poſteriotibus imperatorum conſtitutionibus expreſſi fuerunt. Etſi Tribonianum noluiſſe plus æquo fauere collationibus apparet ſanè ex *dicta leg. ſi filius*, cuius nec alia ratio melior quærenda eſt.

ANTONII FABRI IC.

Decas Quadrageſimaprima.

ERROR I.

De collatione donationis propter nuptias.

SVMMARIA.

1 *Dos non eſt donatio ſimplex, ſed ob cauſam ſcilicet matrimonij.*
2 *Donatio ante nuptias doti ſimilis eſt dotis exemplo conferenda.*
3 *Error interpretum arbitrantium, ex cauſa dotis & donationis ante nuptias valere donationem à patre in filium, vel filiamfam. collatam, refellitur.*
4 *Ius collationis vnde ſit.*
5 *Differentia inter dotem & donationem propter nuptias. & n. 7.*
6 *Donationem propter nuptias cur conferri voluerunt Imperatores Leo & Iuſtinianus. & n. 5.*
8 *Iure veteri donatio ante nuptias non conferebatur, niſi pater id expreſſim inſſiſſet.*
10 *Quæ donatio propter nuptias, aut dos conferatur, aut non conferatur.*

DE donatione ſimplici à patre in filium emancipatum collata an & quando conferenda ſit ſatis diximus Decade ſuperiore. Vbi etiam monuimus non poſſe hanc quæſtionem incidere in eam donationem, quæ filio familias facta eſſe proponatur, à patre propterea quod neque valuit olim neque hodie valet propter impedimentum quod inducitur ex patria poteſtate quam à Iuſtiniano ſublatam fuiſſe nemo dixerit, vt nec ille in iis bonis quæ à patre proficiſcuntur quicquam innouauit. Sed de

de donatione ob cauſam nondum diximus quantum neceſſe eſt ad hanc de collationibus tractationem complendam. Niſi quod de dote iam vidimus, quæ
1 † ſicut inter donationes annumeratur, ita ſeparatur ab iis quæ ſimpliciter fiunt, cùm fiat ob cauſam matrimonij ſcilicet contrahendi quod aliter non contraheretur *l. cùm multa* 20. *Codice de nupt.* Dori ſimilis
2 † eſt donatio ante nuptias quam pater pro filio facere ſolet cùm filius vxorem ducit, ſicut & pro filia nubente dotem dare *l. vltim. Codice de dot. promiſſ.* Et hanc exemplo dotis conferendam eſſe certum eſt poſt Nouellam Leonis legem in *l. vt liberis.* 17. *Codice de collat.* in eóque interpretes omnes conſentiunt. Sed errant tamen iudicio meo in eo ipſo, in quo etiam errant cùm
5 tractant de dote. Sic enim † & de dote & de donatione propter nuptias loquuntur, quaſi ex huiuſmodi cauſis valeat donatio etiam à patre in filium vel filiam familias collata. Quod ſanè falſum eſt. Nam neque donatio per patrem facta filiæ ex cauſa dotis valet neque morte patris confirmatur, in quo deterioris conditionis eſt quàm ſi donatio ſimpliciter facta eſſet: vt probauimus *cap.* 9. *Decad. præcedentis.* Idem igitur de donatione propter nuptias in filium familias collata ſentiendum eſt vt neque valuerit olim, neque hodie valeat, ac ne quidem confirmetur morte. Vtrumque enim probatur optimè ex *l. Pomp. Philadelphus.* 15. *D. fam. erciſc.* quanuis non niſi de dote loquatur eo loco Papin. cum certi iuris ſit non poſſe hac parte meliorem eſſe conditionem donationis propter nuptias quàm dotis. Quanquam erat olim melior in eo ante Leonis conſtitutionem quod non conferebatur vt Iuſtin. teſtatur in *l. quoniam nouella* 29. *Cod. de inoff. teſtam.* Hoc ipſum verò non alia de cauſa, quàm quòd nulla conſtitutio eſſet quæ id ius induxiſſet, vt argumératur Iuſtin.
4 in *l. illam* 19. *Cod. de collat.* Ius enim † collationis nullum eſt niſi quod vel ex edicto prætoris vel ex aliqua iuris alia conſtitutione proficiſcatur. Edictum vero prætoris & reſcriptum Hadriani, de quo in *l. 1. in princ. D. de dot. col.* non donatione propter nuptias, ſed tantum de dote conferenda locutum eſt. Illa vt puto ratione, quod non quemadmodum dos † dicitur proprium
5 patrimonium filiæ etiam in poteſtate patris conſtituto. *l. 3. §. ſed vtrum. ff de minor. l. in eum.* 16. *ff. de relig. & ſumptib. funer.* ita & donatio propter nuptias data filij nomine poteſt dici proprium patrimonium filij, cùm non in ipſum filium conferatur, ſed in filij vxorem cui proinde acquiritur, ſitque ipſius, non filij patrimonium. Cuius etiam diuerſitatis ea ratio eſt, quod dos data filiæ nomine licet interim ſit mariti, tamen ſoluto matrimonio, ſiue per mortem viri reſtituenda eſt mulieri per actionem, aut ex ſtipulatu ſi ſtipulatio aliqua interceſſerit, aut rei vxoriæ ſi nulla, quoniam dotes mulieribus ſaluas eſſe expedit reipublicæ vt iterum nubere poſſint. *l. 1. & tot. titul. ff. ſol. mat. l. intereſt.* 18. *ff. de reb. auct. iud. poſſi. l. vnic. Codice de rei vxor. actione.* At verò, vt donatio propter nuptias nomine filij data mulieri reſtituenda ſit filio, ſiue per diuortium ſiue morte mulieris ſoluto matrimonio, nulla actio prodita eſt, quia nec donationis nomen mereretur ea liberalitas ſi poſtea quam eſſet collata in mulierem, adhuc viri patrimonium cenſeretur, neque rurſus intereſt reipub. maritum habere donationem vt ducere vxorem poſſit. Melius enim de ſuis ciuibus credit ſperatque ciuilis legiſlator quàm vt eos putet tam ignauos, támque parùm induſtrios, qui non ſine bonis vxorem habere poſſint. Maximè verò quod ita fieri ſolebat, vt quæ mulier ex tali donatione accepiſſet in dotem redigerentur. *l. 1. Codice de don. ant. nupt. leg. generaliter.* 5. *verſ. hoc obſeruare. Codice de ſec. nupt.* Itaque non tam de illo quærendum videtur quare do-
6 natio † propter nuptias ante Leonis tempora non conferretur, exemplo dotis quàm illud mirandum cur & Leo & Iuſtinianus conferri voluerint. Cum in eo videatur fieri iniuria filio qui cogitur conferre quod non habet, verùm pro Imperat. reſponderi poteſt: Immo nullam filio iniuriam fieri, non ob id ſolum quod huiuſmodi donatio propter nuptias, ſi non ipſi ſaltem propter ipſum mulieri data eſt, vt proinde hoc reſpectu ipſe quoque habere illam videatur *l. dotem* 6. *in fi. ff. de coll. bon.* Sed etiam quia eius donationis beneficio habuit, & dotem, & vxorem, quam alioqui veriſimile eſt, neque dotem marito daturam fuiſſe. Et quamuis facile poſſit euenire, vt non putet filius magnum ſe habuiſſe beneficium à patre in eo quod per hanc donationem habuerit vxorem, negare tamen non poteſt, quin commodum ſentiat ex dote, cuius dominium habet ſaltem bonitarium. *l. quamuis.* 75. *ff. de iur. dot. leg. dote.* 6. *Codice de rei vind.* Præſertim hodie poſtquam placuit Imperat. vt mulier tranſiens ad alia vota donationem hanc communibus liberis ſeruare teneatur. *l.* 3. 4. *&* 5. *Codice de ſec. nupt.* Denique cùm non minùs paternum officium ſit hanc propter nuptias donationem pro filio dare mulieri, quam nomine filiæ dare dotem marito. *dicta leg. vltim. Codice dot. promiſſ.* æquiſſimum ſanè fuit ita conſtitui, vt ad exemplum dotis hæc quoque donatio conferretur, cùm vtroque caſu æquè diminuatur patrimonium patris, aut alterius cuiuſcunque à quo, ſiue dos, ſiue donatio profecta ſit. Nec enim hac in re diſtingui voluerunt Imperatores an à patre, vel à matre, vel quo alio ex parentibus dos profecta ſit, licet non ſicut patris ita & matris, vel aui materni officium ſit dotare filiam vel neptem. *l. neque mater.* 14. *Codice de iur. dot. & dicta leg. vltim. leg. pen. D. de agnoſc. & alend. liber.* Neque dubito quin hoc ipſum iam olim prætor fuerit conſtituturus ei edicendo De collatione dotis niſi ea iam tum fuiſſet inter dotem † donationem 7
iſtam differentia quæ etiamnum eſt, quod nulla lege cogitur pater filij nomine donationem hanc facere, qui tamen filiæ nomine cogitur dotem dare, ex lege Iulia, de qua Marcianus in *capite.* 19. *D. ris. nupt.* vbi quamuis loquatur non minùs de naſculis vxores ducturis quàm de filiabus nupturis, cùm ait lege Iulia cogi patrem collocare in matrimonium liberos quos in ſua poteſtate habet, ſi fortè per iniuriam velit prohibere ne vel vxores ducant, vel nubant. Tamen de dote tantum ſubiungit non de donatione propter nuptias illis verbis, *vel qui dotem dare non volunt.* itémque in illis ſequentibus *cogantur in matrimonium collocare & dotare.* vt intelligamus patrem quidem eſſe filiorum & filiarum conditionem in eo quod pater, neque has, neque illos per iniuriam prohibere debet ne nuptias contrahant. Itémque in eo quod ſi ſecus facit cogendus eſt, non quidem per actionem quæ inter patrem & liberos in factis conſtituros, non magis ex hac cauſa quàm ex alia vlla eſſe poteſt, ſed per officium proconſulis, vel præſidis prouinciæ, vt liberos vtriuſlibet ſexus in matrimonium collocet: ſed diſparem tamen in eo quod dotem præterea dare cogitur nomine filiæ quam certum ſit, non aliter poſſe pro dignitate virum inuenire, propter imminentia onera matrimonij, interdictámque huic ſexui pro publica honeſtate negotiationis vllius exercendæ facultatem. Filij verò nomine donationem conſcribere non cogitur [quamuis ſi ita faciat pietatis paternæ officium ſit impleturus, qui ſenſus eſt Iuſtiniani in *dicta leg. vltim. Codice de dot. promiſſ.*] ſed tantùm pati, vt quàm honeſtè & commodè vxorem ducere filius poteſt eam ducat, quam alioqui ex iuris ciuilis ratione, ſine patris conſenſu ducere non poſſet, *l.* 2. *&* 3. *eod. titul. de vit. nupt.* Nec enim verendum putauit legiſlator, ne viris deſtitueretur reſpublica, ſi non cogerentur parentes quærere vxores maſculis,

ſculis, & eorum nomine donationes exercere, ſiue quod non eſſet credibile defuturos eo magis viros & patresfamilias quibus poſſent mulieres nubere, ſiue quod ſi quis fortè filiusfamilias eſſet tam ignauus, vt ſine bonis præſentibus quæ ſponſæ donaret ſponſam nullam inueniret is nec dignus eſſet, cui vel à patre, vel à legiſlatore vxor quæreretur, ſed qui potius in vltimas inſulas perpetuumque cœlibatum relegaretur. Tacco, quod fœminarum pudicitiæ fuit diligentiſſimè proſpiciendum non tantum ob honeſtatem publicam, quæ præcipua & ſanctiſſima cuique legiſlatori lex eſſe debet, ſed etiam propter dignitatem reipublicæ quæ ſicut ex familiarum dignitate æſtimatur, ita & familiarum certitudo pendet tota ex pudicitia mulierum, quando nec aliud quicquam habet ciuilis legiſlator præter nuptias ex quo patrem demonſtrare poſſit. *l. quia ſemper 5. D. de in ius voc. l. filium. 6. D. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt.* Ac periclitaretur, quàm maximè pudicitia mulierum ſi non ita ius eſſet vt parentes dotare filias cogerentur, quam vtramque rationem breuiter perſtrinxit Vlp. in *l. mulier.* 22. §. *cùm proponeretur. D. ad SC.* Indéque factum eſt vt Iuſtin. iuſtam exheredandæ filiæ cauſam illam eſſe noluerit, ſi peccauerit illa in corpus ſuum non quæſita ei per patrem ante viceſimum quintum annum impletum honeſta nuptiarum conditione, *Nou.* 115. *Vt cùm de appellat. cognoſc.* §. *aliud quoque capitulum. verſ. ſi alicui ex prædictis.* Quorum omnium tale nihil in maſculis aut tractari potuit aut conſtitui. Sempérque viſum fuit poſſe amorem paternum ſufficere in ea re in qua publicæ vtilitatis neceſſitas non vrgeret ad monendum patrem, vt pro filio donaret quoties videret non aliter poſſe filium æquè bona & honeſta conditione vxorem inuenire, cum neque magis pene interſit ipſius filij quam patris felix faultumque eſſe matrimonium filij, neque quod pater eiuſmodi donationes præſertim moderatas tantopere detrectare debeat, quarum commodum aliqua ex parte ad filium adeóque patrem ipſum ſit redituru, conuerſa, vt fieri ſolitum iam olim diximus, donatione propter nuptias in dotem *dict. leg. 1. Cod. de donat. ant. nupt. d. l. generaliter. 5. Codice de ſecund. nupt.* Accedit illa non leuioris momenti ratio ad incitandos parentes potius quàm ad compellendos, vt has pro filiis ſuis liberalitates alacrius exerceant, quòd ſi fortè contingeret ipſis parentibus viuis filios præmori, tales donationes ad eos reuerterentur. *l. 2. Codice de bon. quæ liber.* ne ſcilicet & amiſſorum liberorum & donationum ſimul iacturam ſentirent, vt de profectitiis quoque dotibus ſcriptum eſt in *l. iure ſuccurſum. 6. D. de* 8 *iur. dot.* Ex his apparet ſumma ratione † ita iure vetere obſeruatum fuiſſe, vt donatio propter nuptias à patre facta filij nomine non conferretur, niſi pater id fieri expreſſim præcepiſſet [hoc enim ſemper excipiendum eſt] quamuis dotem conferri neceſſe eſſet, cùm non tanta præſumptio meræ liberalitatis exercendæ caderet in dotem quæ à patre etiam inuito danda erat, quanta in donationem propter nuptias quam dare pater non cogebatur ſi nollet: Nec eo minus tamen iuſtè 9 conſtitutum fuiſſe à Leone †. primùm, deinde à Iuſtiniano, vt tam donatio propter nuptias, quàm dos conferri deberet exemplo dotis, cùm vtraque & ex patris officio & ex eiuſdem ſubſtantia profecta ſit, nec debeat mera liberalitas cenſeri, quæ quamuis non habeat coactionem, officij tamen implendi cauſam habet. Cæterum ſiue de dote agatur ſiue de donatione propter 10 nuptias, ſemper obſeruandum eſt quod initio † poſuimus de ea dote agi, quæ à patre data ſit non filiæfamilias ſed genero pro ea, itemque de donatione propter nuptias quæ à patre data ſit non filiofamilias ſed mulieri quam filius ducturus ſit vxorem. Alioqui abſurdum ſit putare conſtitutum ab Imperatoribus vt ea dos vel donatio propter nuptias conferatur, quæ non valeat, & de qua nec dubitari poſſit an ſit conferenda, necne: cum prius ſit vt valeat quàm vt debeat communicari. Nam quæ non ſunt in dominio conferentis ſed in bonis & in hereditate patris, ea diuidenda ſunt iudicio familiæ erciſcundæ non communicanda. In eóque interpretes omnes noſtros errare mirandum eſt cùm iuris ratio pro nobis ſit aperta, & verba ipſa conſtitutionis Leoninæ hanc ſententiam noſtram mirificè confirment. Sic enim ſcriptum, *Nulla diſcretione intercedẽte virum in ipſas ſponſas pro liberis ſuis memorati parentes donationem contulerint, an in ipſos ſponſos earum vt per eos eadem in ſponſas donatio celebretur.* Quibus verbis excluditur caſus ille quo donatio collata ſit in ipſos liberos proprio nomine. Hoc verò cur ita? Niſi quia ſicut non aliter dos bene data videri poteſt quàm ſi detur marito nomine filiæ, ita nec donatio propter nuptias benefacta, quàm ſi fiat vxori nomine filij. Sponſas enim Leo intelligit ſponſas filiorum ac proinde quæ non ſunt ex liberis, Sponſos verò eos quidem qui ſunt ipſi filij: At quibus tamen non fuerit ſimpliciter donatum ſed ad eum finem vt ſponſis ſuis donet. Quia licet hoc caſu non valeat donatio facta in filio familias non eo minùs tamen valeat donatio facta per filiumfamilias ſponſæ tanquam facta de bonis quidem patris ſed ex ipſius patris voluntate quod ſatis eſt. Sed & illud obſeruandum eſt cùm agit Leo de donatione propter nuptias in ſponſam collata pro filio non poni adiectionem illam quæ ponitur cùm agit de donatione propter nuptias, *vt per eos eadem hæc in ſponſas donatio celebretur*, quia non quemadmodum donatio propter nuptias poteſt filio fieri vt poſtea per filium fiat ſponſæ: ita & mulieri poteſt hæc fieri vt poſtea filio fiat. Nam quæ rediret ad filiumfamilias acquireretur per eum patri ipſi qui priùs donaſſet, atque ita nihil omnino donatum videretur, non magis quàm ſi pater ſoli ipſi filio, & proprio eius nomine donaſſet.

ERROR II.

De collatione donationis facte filiofamilias à patre fauore & contemplatione matrimonij.

SVMMARIA.

1 *Donationem factam fauore matrimonij filiis etiam in poteſtate retentis confundi à pragmaticis cum donatione propter nuptias.*
2 *Donationem factam filiof. fauore matrimonij eſſe inualidam aduerſus pragmaticos.*
3 *Ridiculam eſſe interpretum quæſtionem, an donatio facta filiofam. per patrem fauore & contemplatione matrimonij conferenda ſit.*
4 *Donationes fauore matrimonij facta à patris morte non confirmantur contra interpretes, & n. 6.*
5 *Cauſa dotis vel matrimonij non eſt perpetua cauſa transferendi dominij.*
7 *Differentia inter donationem quæ aliquando, & illam quæ nunquam valuit.*

NOn pauci ex pragmaticis † noſtris in 1
hoc errant, quod eas donationes quæ paſſim à parentibus hodie fiunt fauore & contemplatione matrimonij filiis etiam in poteſtate conſtitutis non diſtinguunt à donatione propter nuptias de qua *l. vltim. Codice de dot. promiſſ. l. vt liberis. 17. l. illam. 19. l. illud. 20.* §. 1. *Cod. de collat.* cùm tamen ea ſit pereuidens inter huiuſmodi donationes differentia, quod

quod hæc non fit ipſi filio, ſed filij nomine fit ipſius vxori, ob idque nec cauſæ quicquam eſt cur non valeat, tùm quoque cùm ipſi filio fit, vt per eum fiat & acquiratur ſponſæ: quaſi hoc caſu filius non tam ipſe donare videatur rem, quæ proculdubio manſit in dominio patris, quàm paternæ donationi & liberalitati miniſterium præbuiſſe ad transferendam poſſeſſionem in ſponſam & per poſſeſſionem dominium vt ad proximi capitis finem dicebamus. Quæ verò fit ipſi filio non vt per eum poſtea fiat ſponſæ, ſed vt penes filium ipſum remaneat, quamuis fauore & contemplatione matrimonij, vt quotidie fit, ea non valet, nec magis hodie quàm olim propter vinculum patriæ poteſtatis quæ impedit ne qua inter patrem & filiumfamilias obligatio contrahi poſſit *l. 2. Codice de inoff. donat. l. ſiue emancipatis. 17. Cod. de donat.* quam tamen contrahi neceſſe eſſet ex donatione ſi valeret, ſiue per traditionem ſiue per ſtipulationem [qui duo tantùm olim fuerunt modi perficiendæ donationis] perfecta donatio proponeretur. Quid enim poſſet prohibere quominus rem quoque donatam vindicare pro arbitrio poſſet donator qui donando neque ſe obligaſſet donatario neque obligari potuiſſet? Quid verò tam alienum à perfecta donatione quàm vt poſſit eam donator pro arbitrio ſiue in totum ſiue pro parte reuocare adeóque vel minimam ei inijcere conditionem? *l. perfecta. 4. Cod. de donat. quæ ſub mod. l. velles necne, 6. Cod. de reuoc. donat.* Sed ex iis quoque pragmaticis qui donationem propter nuptias norunt ſeparare à donatione facta fauore matrimonij, plerique omnes in hoc errant † quod 2
hanc quoque non minus quàm illam valere arbitrantur: Exemplo, inquiunt, donationis factæ à patre filiæfamilias ex cauſa dotis de qua nec dubitant quin valeat ex *d. l. Pomponius Philadelphus. 35. fa. erc.* Nos verò ſicut in præcedentibus docuimus & probauimus ex illo ipſo Papiniani reſponſo quo iſti abutuntur ex *d. l. Pomponius* donationem factam filiæfamilias etiam ex cauſa dotis non valere, ſed vt valeat dotis datio in ipſius ſponſæ perſonam nomine filiæ conferri eam oportere. Ita & admiſſa in omni caſu dotis huiuſmodi donationis comparatione non aliter patimur valere donationem à patre profectam etiam fauore & contemplatione matrimonij quàm ſi non in filium ſed eius nomine in ſponſam conferatur, Quo præmiſſo conſequens fit vt ſicuti cùm tractauimus de dote, diximus & probauimus, ſi ea donata ſit ipſi filiæ nullum quæſtioni locum eſſe an debeat conferri necne, Ita & non niſi fruſtrà & ridiculè quæſtio † ab interpretibus 3
proponatur, An donatio facta filiofamilias per patrem fauore & contemplatione matrimonij conferenda ſit, an non. Quomodo enim poſſet conferri quæ nunquam valuit? Ea nimirum quæ à patre viuo inutiliter donata ſunt, eodem mortuo communicandâ non ſunt, ſed diuidenda, poteſtque alia ſolùm incidere quæſtio, an in diuiſione hereditatis præcipua retineri poſſint, quod à collatione & communicatione longè diſtat, quia licet quæ præcipua retinentur non conferantur, non ideo tamen non conferuntur, quòd non ſint communicanda, ſed quia donatarij ante id tempus propria nunquam fuerunt. Acquiſitio autem debeat præcedere vt communicationem ita & quæſtionem de collatione. Interpretes noſtros illud videtur fefelliſſe quod ex iis qui viderunt aut videre potuerunt donationes iſtas in filiumfamilias etiam fauore matrimonij collatas non valere, nemo tamen vnquam dubitauit quin ſaltem patris morte confirmarentur, exemplo cæteratum omnium donationum, de quibus ita conſtitutum videtur à Iuſtiniano in *l. donationes quas parentes. 25. Cod. de donat. int. vir. & vxor.* Inauditum † enim hucuſque 4
ante nos fuit paradoxum illud, quo tamen verius nullum eſſe arbitramur, quod in præcedentibus diſputauimus, donationem à patre factam liberis in poteſtate conſtitutis ex cauſa dotis & matrimonij deterioris fuiſſe conditionis, quàm cæteras in hoc quod neque olim confirmabantur morte patris neque hodie confirmantur. Tantum abeſt vt verum ſit quod vulgo noſtris placet fuiſſe melioris in eo vt valerent iam inde ab initio nec egerent confirmatione. Ergo nec donationes iſtas in filiosfamilias à patribus collatas quamuis fauore ac contemplatione matrimonij mortis confirmatas dici patiemur. Cùm eadem in iis locum habeat ratio quæ in dotibus ad impediendam cõfirmationem, quod donationes quæ confirmantur morte, in perpetuum confirmantur, vt & omnes vltimæ voluntates. Et verò patris voluntas non eſt vt quod donat ſiue filiæfam. ex cauſa dotis ſiue filiofam. ex cauſa matrimonialis donationis in perpetuum à ſe alienatum donatúmque videatur, ſed tantùm ad tempus, id eſt quandiu dos manebit vel donatio propter nuptias aut fauore matrimonij, hoc eſt quandiu dumtaxat durabit matrimonium, vt ipſa nomina oſtendunt tam dotis quam donationis ſiue propter nuptias ſiue fauore & contemplatione matrimonij facta eſſe dicatur. Idque ex eo euidenter appareat quod ſi matrimonium filij viuo patre per ipſius filijmortem ſolueretur non minus donatio propter nuptias quàm dos, vt pote vtraque profecta ad patrem reuerteretur, etiamſi talis donatio eſſet quæ ab initio valuiſſet, nimirum non in filium ipſum, ſed ipſius nomine in ſponſum collata *l. 2. Cod. de bon. quæ li.* ne alioqui pater miſer & amiſſi filij & liberalitatis ſuæ iacturam ſentiret vt de dote dicitur in *l. iure ſuccurſum. 6. D. de iur dot.* Non ergo perpetua cauſa eſt transferendi † do- 5
minij cauſa dotis & matrimonij, ne tum quidem cùm donatio ſic facta eſt vt valeat. Quanto minus ſi non valebit? Nec contrarium quod ait *l. 1. D. eo. tit. de iur. dot.* eo animo & voto dari dotem vt ſit perpetuò penes maritum. Quo exemplo nec illud nego, cùm pater filiifam. nomine confert donationem propter nuptias in eius ſponſam, id cum facere hoc animo & voto vt perpetuo remaneat penes ſponſam, quia ſcilicet, & ab initio dominium vtroque caſu transfertur, & caſus ille futurus diſſuadendi viuo patre matrimonij præſertim per filij aut filiæ mortem tanquam patri abominabilis non conſidetatur *l. cum tale. 72. de cond. & demonſt.* Eſt enim contra votum commune naturæ & parentum vt turbetur ordo mortalitatis & liberis parentibus premoriantur *l. nam etſi 15. de inoff. teſt. l. ſcripto. 7. in fin. D. vnd. liber. l. Iulianus. 26. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Sed cùm donatio non valuit ab initio, nec dominium ex ea tranſlatum fuit, non poteſt dici eo animo & voto factam eſſe à patre donationem vt perpetuo penes filium filiámve remaneret cui, nec per vnum inſtans acquiri potuerit viuo patre. Prius enim eſſet vt acquireretur ipſo donationis tempore, quàm tractari oporteret in perpetuum an ad tempus dumtaxat eſſet acquiſita. Ve verò nondum quidem cùm pater moritur incipiat huiuſmodi donatio liberis acquiri quaſi morte patris confirmata, ſufficit quod facta ſit ex ea cauſa quæ potuerit non eſſe perpetua, matrimonio ſcilicet ante patris mortem quoquomodo diſſoluto. Ne aliter poſſit iure euenire vt magis in perpetuum facta videatur donatio, quæ numquam valuit, quàm quæ aliquando valuiſſet. Neque tantùm eo caſu quo filij matrimonium per ipſius mortem ſolutum fuerit, ſed etſi per mortem vxoris filij viuo patre, fatendum eſt ad patrem reuerti debere donationem quam propter filij nuptias fecerat etiam vtiliter collata ea in ſponſam filij, hactenus ſaltem vt hoc caſu eſſet communis patri & filio, quemadmodum dos profecticia pro filia genero data, ſoluto poſtea morte generi matrimonio, cõmunis fieret patri & filiæ quouſque in aliud matrimonium conuerteretur, *l. 2. §. 1. D. ſolut. matrim.* Quanto magis igitur donatio à patre facta

ipſi

ipſi filio fauore matrimonij, quæ nunquam valuit, mortua ſponſa remanebit penes patrem non tanquam cõmunis, quippe in qua nihil dum iuris filius vnquam habuerit, ſed tanquam propria ipſius patris à cuius dominio propter impedimentum patriæ poteſtatis numquam abſceſſerit? Quod ſi admittas, negare verò non
6 potes qua fronte cum interpretibus † poſſis dicere morte patris qui poſt filij ſui ſponſam deceſſerit nullo prodito ſuæ voluntatis nouo iudicio, confirmatam eſſe hanc donationem, quæ tametſi ab initio valuiſſet ad patrem ipſo iure fuiſſet reuerſa? An non hoc ſaltem caſu opus eſſet noua voluntate & donatione vt poſſet morte confirmari, *arg. l. bona. 22. §. vlt. D. de capt. & poſtli.* Atſi noua opus eſſet donatione tum quoque cùm prior valuiſſet, an ea minus erit neceſſaria noua voluntas, & ſpecialis confirmatio quod agatur de ea donatione, quæ nec valuerit vnquam nec valere potuerit? Rurſus ſi non confirmatur morte patris ea donatio, quæ à patre vtiliter profecta ſubinde ad eundem patrem reuerſa eſt ſiue filij ſiue nurus morte ſolutum matrimonium proponatur, qua obſecro ratione confirmari ea debebit quæ numquam valuit, licèt caſus euerſionis nullus contigerit ante mortem patris? Cur enim requireremus vt euenſſet caſus reuerſionis in ea donatione quæ nunquam à patre ipſo deceſſiſſet? Reuerti poteſt ea tamen tùm donatio quæ aliquando ab eo profecta eſt, & diſceſſit ad quem nunc reuertitur, De caſu, porro reuerſionis an contigerit necne tunc diſputamus cum aliquo caſu reuerti potuit. Cæterum quamuis donatio quam pater fecerit ſi nunquam valuit, nunquam reuerti ad patrem poſſit, perinde tamen impeditur eius confirmatione ſcilicet patris morte ſolóque ſilentio confirmetur, atque ſi ad patrem reuerti aliquo caſu poſſet, ne fauorabiliore iure cenſeatur donatio quæ non valet, & ob hoc ſolum quod non valeat. Ergo quemadmodum donatio quæ ab initio valeret nec vlla confirmatione indigeret, non eo minùs ad patrem ſoluto in eius vita matrimonio reuerteretur, ita & quæ ab initio non valuit quamuis reuerti non poſſit, perinde tamen cenſenda eſt ac ſi reuerti poſſet, hactenus ſaltem vt non poſſit dici eo animo facta vt in perpetuum eſſet alienata, & conſequenter ne morte confirmari poſſit. Non enim magis capax eſt filiusfamilias donationis ſibi factæ fauore matrimonij, quàm filia capax eſt dotis, niſi conſtante matrimonio, quo itaque ſoluto vtriſlibet coniugum morte, ſi adhuc eo tempore pater viuat, neceſſe eſt donationem ob matrimonium factam, etiam quæ ab initio valuerit reuerti ad patrem, ita vt nec morte patris reconualeſcat aut quaſi noua donatio confirmetur ſi ponas filium cuius nomine facta fuerat nurui, non tantùm vxori ſuæ ſed etiam patri ſuperuixiſſe. Multo minus igitur confirmabitur morte patris ea donatio quæ nunquam valuit, quia ſemper facilius eſt vt conualeſcat aut confirmetur ea voluntas quæ aliquãdo valuit quàm quæ quæ nunquam *arg. l. poſthumus. 12. D. de iniuſt. rupt. irrit. l. ſi filius. 7. D. de liber. & poſt.* Illa tantum
7 differentia † eſt hac parte inter donationem quæ aliquando, & illam, quæ nunquam valuit quod quæ valuit ab initio, non eget confirmatione nec confirmatur, quia vel non reuertitur ad patrem vel reuertitur, ſi non reuertitur, vtique res quæ ita donatarij facta eſt vt ſemper eius manſerit, magis eius fieri non poteſt, ſufficitque ſemel acquiſitum dominium non amitti vt retineatur. Si verò reuertitur, mortua nuru ante ſocerum noua donatione opus eſſet, non confirmatione illius prioris, quæ finita fuiſſet morte nurus, & ad ſocerum eumdémque donatorem reuerſa. Donatio verò quæ nunquam valuit non eget quidem confirmatione, quia nec confirmari poteſt ſola morte citra ſpecialem voluntatem vt diximus, ſed eget noua voluntate eáque non inter viuos, ſed quæ ad ſupremi iudicij cauſam pertineat vt per legem confirmari poſſit non tanquam donatio, ſed tanquam alia quælibet vltima voluntas. Æquiparanda namque eſt donationi quæ valuerit aliquando, non inſpecto ſtatu donationis eo tempore quo nondum ſit reuerſa ad donatorem, ſed inſpecto eo quo iam ſit reuerſa. Siquidem propius accedit ad donationem omni tempore inualidam ea quæ nunc non valet, quamuis aliquando valuerit, quàm ea, quæ & iam ante valuit & adhuc valet. Quæ autem iam reuerſa fuit ad donatorem ea demum eſt, quæ nunc non valeat, licet aliquando valuerit, non quæ nondum reuerſa eſt. Ergo quemadmodum illa non confirmatur morte patris, ita neque hæc confirmabitur: & quemadmodum illud ius ſiue antiquum ſiue nouum de donationibus à patre in filium filiamve familias collatis morte patris confirmandis non pertinebat ad eas donationes inutiles, quæ etiamſi vtiliter factæ eſſent, aliquo tamen caſu ad donatorem reuerti potuiſſent, quamuis reuerſæ nunquam fuiſſent, ſufficiente ad impediendam confirmationem dubio illo & incerto reuerſionis. Ita neque ad iſtas pertinebit quæ licèt reuerti nunquam poſſint, quia nunquam valuerunt, reuerti tamen poſſent ſi aliquando valuiſſent, & quæ non aliam habent cauſam non reuertendi quàm quia non valcant: quo ſolo eſpectu facilius eas confirmari ſanè abſurdum eſſet dicere: Eas enim demum donationes morte confirmari pl- cuit non quæ ab initio valuerunt: [nec enim egerent illæ aliqua confirmatione.] ſed quæ ab initio fuerunt quidem inutiles, at ita tamen vt ſi tum valuiſſent, in perpetuum quoque fuiſſent valituræ, non etiam illas quæ non ſolùm ab initio non valent, ſed præterea tales ſunt & in eum caſum conceptæ vt quamuis ab initio valuiſſent potuerint tamen aliquo caſu reuerti ad ipſum donatorem. Patria poteſtas impedit validitatem, Poſſibilitas verò (vt ita dicam) reuerſionis impedit confirmationem, quaſi cui voluntas ipſa donatoris reſiſtat. Confirmationem enim fieri in perpetuum neceſſe eſſet cùm tamen donator eam feciſſet donationem quæ ſui natura poſſet non in perpetuum valere, immò finiri viuo donatore.

ERROR III.

De donatione per patrem facta filiofamilias fauore matrimonij an ſit ſimplex, an ob cauſam.

SVMMARIA.

1 *Donatio propter nuptias eſt donatio ob cauſam.*
2 *Donationem factam fauore matrimonij non eſſe ſimplicem aduerſus interpretes.*
3 *Diſtinctio donationum ex ſententia interpretum, & diſtinctionis refutatio.*
4 *Quomodo ad officium patris pertineat vt pro filio nurui donet.*
5 *Sententia l. vlt. C. de dotis promiſſ.*
6 *Donationis propter nuptias & dotis conuenientia, & differentia.*
7 *Vera differentia inter donationem propter nuptias & donationem fauore matrimonij filio factam.*
8 *Si donatio filiofam. fauore matrimonij facta valeret, illa eſſet conferenda.*
9 *Donatio facta filiofa. fauore matrimonij eſt inualida.*
10 *Error duplex interpretum de huiuſmodi donationibus.*

INTERPRETES noſtri qui errant omnes, vt proximè docuimus, in eo quod putant matrimonij fauore valere donationem à patre in liberos quos in poteſtate habeat collatam, ſiue cauſam dotis habuerit

bnerit in perſona filiæ, ſiue nomen generis, id eſt donationis ret inuerit in perſona filij, fauore, inquiunt, matrimonij, ſicut inde ſumunt occaſionem quærendi. An huiuſmodi dos vel donatio conferatur, ita & diſtinguendi, an donatio facta ſit ſimpliciter an ob cauſam. Donationem ob † cauſam appellant eam quæ vulgo propter nuptias appellatur, quam diximus in ſuperioribus veluti dotem eſſe filij, quemadmodum filiæ nomine data dos eſt, nil niſi donatio eſt propter nuptias filiæ *l. cùm multa. 29. Cod. de donat. ant. nuptias.* Et in hoc cum ipſis ſentio. Nec enim poteſt quis videri ſimpliciter donaſſe id quod nec donauerit nec fuerit donaturus niſi ob cauſam nuptiarum & matrimonij. At donationem illam quæ fiat fauore matrimonij & quæ non in filij ſponſam nomine filij, ſed in filium ipſum collata ſit, volunt eſſe ſimplicem, ideóque non confetendam, tametſi fateantur quod nemo negat non tantùm donationem propter nuptias quæ filiifamilias nomine facta ſit, ſed & aliam quamlibet factam ob cauſam conferri oportere. In † hoc verò ab iis ego diſſentio. Nam etſi probarent quod ſemper negabo valere huiuſmodi donationem à patre profectam in filium, nunquã tamen mihi perſuadebunt ſimplicem donationem dici debere illam quæ facta ſit ob eam nominatim cauſam vt filius vxorem haberet illam quæ alioqui nuptura ei non fuiſſet. An non enim ſemper verum eſt factam eſſe propter nuptias & ob cauſam matrimonij? quicquid autem ob cauſam ſit meram donationem videri non poſſe. *l. hoc iure, 19. §. pen. l. Aquilius Regulus. 27. D. de donat.* Aut quid intereſt inter hanc donationem & illã quæ propter nuptias appellatur, & quæ indubitatè ſit ob cauſam, niſi quod hæc ſit filio, illa nurui? Sed diuerſitas iſta perſonæ donatarij potéſtne facere, vt vno minùs quam alio caſu videri debeat ob cauſam facta donatio, quam patet nunquam fuerat facturus, ſi vxorem illam filius non duxiſſet? Et verò vt ita eſſe fateare finge poſt talem conſcriptam donationem ſiue in filium ſiue in nurum nomine filij collata ſit fauore & contemplatione matrimonij, nullum tamen, quod ex variis cauſis poteſt euenire, ſecutum eſſe matrimonium. Quæro, ſuppoſita etiam huiuſmodi donationis validitate, vt quæſtioni locus fieri poſſit, An non eſſet locus condictioni quaſi facta donatione ob cauſam quæ non eſſet ſecuta? Vtique ita dicendum eſt *l. extraneus. 6. l. ſi donaturus. 9. in princip. & §. 1. cum l. ſeq. D. de cõdict. cauſ. dat. cauſ. non ſecut. l: ſtipulationem. 21. cum donat. ſeqq. D. de iur. dot.* Atqui hoc falſum eſſet ſi donatio ſimplex videri poſſet. Sicut enim contradictionem implicaret vt ſimplex eſſet donatio, & cauſam aliam haberet quam ipſius donatoris liberalitatem *l. 1. D. de donat.* ita & vt prætextu cauſæ non ſecutæ reuocaretur donatio quæ ſimpliciter facta fuiſſet. Neque ſanè hoc omnino negare audent qui defendunt huiuſmodi donationem quaſi ſimplicem conferendam non eſſe, quam ſententiam ex recentioribus defendit Aymo Cravet. *conſ. 85.* à pragmaticis noſtris hac parte vt & aliàs ferè ſemper approbatus. Sed vt dictionem effugiant comminiſcuntur duplicem donationis † cauſam vnam quæ ſit neceſſaria, aliam quæ ſit voluntaria, priorem quæ ex officij neceſſitate, poſteriorem quæ ex liberalitatis exercendæ voluntate proficiſcatur. Prioris generis eſſe volunt donationem quam propter nuptias appellamus, propterea quod, inquiunt, non minùs teneatur pater filio vxorem ducenti donationem nurui conſcribere, quàm nubente filia dotem genero dare *ex l. vlt. C. de dot. promiſſ.* Poſterioris verò generis, donationem factam ipſi filio fauore matrimonij: quippe cum non ſit obligatus, pater donare quicquam filio ob hoc ſolùm vt vxorem inueniat vel nobiliorem vel ditiorem. Indéque colligunt nullam eſſe rationem cur hæc donatio fauore matrimonij facta conferri debeat exemplo ſiue dotis ſiue propter nuptias donationis cùm non ſit facta ob cauſam neceſſariam. Quod ſi ita eſt, non erit generaliter vera propoſitio illa, quam hucuſque veram eſſe omnes crediderunt, Donationes ob cauſam factas venire omnes in collationem: niſi eam reſtringas ad donationes quæ cauſam neceſſariam habeant, neceſſariam, inquam, ex parte donatoris, non ex perſona donatarij, Quaſi cauſa quæ reſpicit merum fauorem perſonámque ſolius donatarij non poſſit facere cauſalem donationem, cui ſemper verum ſit ſolam liberratem donatoris cauſam dediſſe. Atque ita idem ille noſter Cravetta ratiocinatur. Sed tamen vereor ne magis ſubtiliter quàm verè. Quod enim ſupponit pro vero, perinde cogi poſſe patrem vt pro filio conſcribat nurui donationem propter nuptias, atque filiæ nomine cogitur genero dotem dare id falſum eſſe iam probauimus in primum huius Decadis Errorem: neque aut in *d. l. vlt. D. de dot. promiſſ.* quæ vna in hanc rem adduci ſolet aut alio vllo iuris loco ita ſcriptum reperias, ſed tantùm ad paternum officium hoc vtrumque pertinere. Quod nos certè non negamus, ſed dicimus non quicquid patris poteſtati & officio committitur, id etiam ſubjici iuris neceſſitati, vt de iure ſcriptum eſt in *l. non quicquid. 40. ff. de indic. l. 1. C. quemod. & quand. ind.* Itémque in tutore in *l. videamus. 4. ff. de in lit. iur.* non eſſe quidem cogendum illum iurare in litem pro pupillo, ſed tamen ſi tantam adfectionem pupillo ſuo habeat vt etiam iurare velit non eſſe prohibendum: Non alia planè ratione quàm quòd hoc quoque ipſius officium pertinere exiſtimetur. Alioqui non eſſet permutendum pro alio iurare nec ſi vellet millies, quia iuris regula eſt alium quàm dominum litis quique ſuo nomine eam conteſtatus ſit iurare non debere *l. vnico. 7. eod. tit.* Similiter igitur dicimus ad officium patris † pertinere vt pro filio vxorem ducturo faciat donationem, hoc nimirum ſenſu vt ſi fecerit, perinde officium ſuum impleuiſſe videri poſſit ac ſi dotem pro filia dediſſet, ſed negamus hinc conſequens eſſe vt perinde cogendus ſit hanc donationem pro filio facere atque dotem pro filia cogeretur, ſiue inſpiciamus verba legis Iuliæ quæ primo dotandæ filiæ neceſſitatem patri itrogauit, nec nili de dote locuta eſt vt conſtat ex *l. capite 19. aliàs. l. qui liberos. D. de ritu nupt.* ſiue rationem manifeſtam diuerſitatis hac parte inter filiam & filium quam attulimus in præcedentibus. Et certè ſi verum amamus cùm ita loquitur Iuſtinianus † in *d. l. vltim. Cod. de dot. promiſſ.* vt dicat omnino paternum eſſe officium dotem vel ante nuptias donationem pro ſua dare progenie, nihil minùs agit quàm vt patri vel imponat neceſſitatem faciendæ pro filio donationis propter nuptias, vel iam olim fuiſſe impoſitam teſtetur, ſed vt præcedentia & ſequentia demonſtrant, ita ſcribit ad excludendã eam interpretationem per quam poſſet quis putare dotis vel propter nuptias donationis conſtitutionem à patre factam ex maternis quoque bonis aut ex ipſius filij patrimonio ſi quod habeat pro parte factam intelligi oportere. Certum enim eſt, inquit, ad patris non ad matris officium hoc pertinere, ac proinde patrem de ſuo non de alieno feciſſe videri quod ad ipſius curam & officiũ pertinebat. Cæterũ non quærit eo loco Iuſtin. an æquè cogatur pater pro filio conſcribere donationem propter nuptias atque dotem pro filia dare, [quæ fuiſſet longè diuerſa quæſtio & in qua vel fuiſſet ſeparanda dos à donatione propter nuptias vt in lege Iulia, vel ipſa lex Iulia quæ de dote tantùm locuta erat fuiſſet ad donationem quoque propter nuptias extendenda] ſed tractans de patre qui vltro vel dotem pro filia dederat vel donationem propter nuptias pro filio, quæris duntaxat verum de ſuis tantùm bonis dediſſe videri debeat, an etiam de alienis. Et poſtquàm magis probauit faciendam eſſe in dubio interpretationem contra patrem qui ſibi debet imputare

Imputare cur nō apertius expreſſerit quid ex bonis ſuis proficiſci vellet, quid ex alienis. Concludit debere patrem in eo eſſe diligentiorem & cautiorem, ne dum effuſo ſermone ſe iactat in promptum incidat ſui periculum. Ita oſtendens eo quoque caſu quo ipſa etiam dos promiſſa vel data ſupra eam quantitatem ad quam vſque pater dare cogi potuiſſet, non eo minùs tamen totam ex officio paterno datam intelligi debere. Vt intelligamus non eſſe bonam conſecutionem ab officio paterno ad neceſſitatem, nec quicquid ex officio facit pater ſi faciat, cogi eum vt faceret potuiſſe, ſi facere noluiſſet. Sed & probat optimè ni fallor lex illa Iuſtiniani, quàm falſa ſit ea diſtinctio contra quam diſputamus. Si enim vera eſſet eáque tantùm donatio conferretur, quæ facta eſſet ob cauſam neceſſariam, ſequeretur vt dos, quam pater pro filia dediſſet longè maiorem quàm ex facultatum ſuarum comparatione dare debuiſſet, non eſſet conferenda, niſi vſque ad concurrentem eam quantitatem quam potuiſſet cogi pater vt daret. Tanquam quæ ſupra eam quantitatem cenſeri deberet iure donationis ſimplicis, aut ſaltem factæ ob non neceſſariam cauſam. Atqui hoc falſum eſt, quia leges omnes & veteres & nouæ quæ de dotis collatione tractant, indiſtinctè loquuntur, de ea quantitate quæ dotis nomine vel promiſſa vel data eſt quantacunque tandem illa ſit, quando nec prohibetur pater ſi velit maiorem dotem conſtituere quàm quæ ab ipſo debita fuiſſet ex officij neceſſitate. Sicut nec diſtinguit Iuſtinianus in *dict. l. vlt.* an plus dederit vel promiſerit pater quàm potuerit cogi vt promitteret vel daret, quoniam cùm non modò de dote, ſed etiam de donatione propter nuptias tractaret, non poterat ea diſtinctio cadere in donationem propter nuptias quæ nunquam ex neceſſitate, ſemper ex liberalitate datur, ideóque donationis nomen propriè retinet, quod dos quamuis habeat in genere, tamen in ſpecie & æquè propriè non habet *d. l. cùm multa.* Quare quod dicimus † doti comparandam eſſe donationem propter nuptias, ſi rem vti eſt ſtrictiùs libeat conſiderare, non ad totam dotis quantitatem referendum eſt, ſed ad eam duntaxat dotis partem quæ ex mera patris liberalitate proficiſcitur, id eſt, quam pater non fuerat daturus ſi aliud nihil dare voluiſſet, niſi quod vt daret etiam inuitus cogi per magiſtratum potuiſſet. Nam vſque ad eam quantitatem dos perinde profectitia eſt, quia ex bonis patris proficiſcitur, ſed nihil omnino habet quod ad patris liberalitatem referri poſſit, aut quod donationis nomen mereatur arg. *l. vnum, ex familia.* 67. §. 1. *de legat.* 2. *l. ſi ſeruo.* 84. *de hered. inſtit.* Supra eam quantitatem verè donatio & liberalitas eſt, ſed tamen ob cauſam ſine qua non fuerat pater de ea liberalitate exercenda cogitaturus. Donatio propter nuptias in eo à dote diſtat, quod tota donatio eſt & liberalitas patris, quamuis aliam habens cauſam quàm voluntatem exercendæ meræ liberalitatis: qua ratione donatio quidem appellatur, ſed non ſimpliciter, at cum illa adiectione *propter nuptias.* Quemadmodum igitur dos data ſupra eam quantitatem quæ omnino & ex officij paterni neceſſitate dari debuit non eo minus confertur, tanquam quæ data ſit, vel promiſſa non ſimpliciter: ſed ob cauſam eámque iuſtam quamuis minimè neceſſariam. Ita & donationem quamlibet fauore matrimonij factam ſiue nurui quomodo fieri debet vt valeat, ſiue ipſi etiam filio, ſi hanc quoque valere vis cum interpretibus me inuito, fatendum eſt non ſimplicem eſſe: ſed ob cauſam, non quidem neceſſariam, ſed tamen iuſtam, ob idque omnimodo & in totum conferendam. Et verò ſi iam olim ita ius fuiſſet, vt donationem quoque propter nuptias pro filio facere pater cogi poſſet, ſicut & pro filia dotem dare, planè non video cur prætor cum edixit de dotis collatione non fuerit etiam de donatione propter nuptias conferenda edicturus, vt pro huius Decadis capite diſputauimus. Fuiſſet enim illa mera iniquitas vt ſoror fratri dotem profectitiam conferre coacta fuiſſet, non etiam ſorori frater profectitiam propter nuptias donationem, ſi æquè pater hanc atque illam dare cogebatur, nec diſſimilitudinis illius ratio vlla reperiri, vt arbitror, potuiſſet. Quanquam autem poſt Leonis conſtitutionem quæ extat in *d. l. vt liberis* ſublata eſt ea diſſimilitudo, nec minùs hodie donatio propter nuptias quàm dos confertur, non tamen conſequens eſt, vt in eo quoque donatio propter nuptias dori exæquata videri debeat quod perinde per donationem propter nuptias pro filio, atque dotem pro filia dare ſit cogendus. Nam collatio quidem ex ea poteſt induci quod etiam inuitus quis dotare cogatur [quæ erat ratio edicti. De collatione dotis, quod idcirco ad dotem à matre alióve quàm à patre datam non pertinebat] Sed non è contrario poteſt dici cogendum patrem vt donet filio ob id ſolum quod futurum ſit eo mortuo, vt filius eam donationem fratribus ſit collaturus, quemadmodum dici ſolet neminem ideo obligari quia recepturus ſit ab alio quod præſtiterit *l. nemo ideo.* 171. *de reg. iur.* Nam & qui confert profectitia reddere ipſa videtur. Alioqui paullatim dici incipiet cogendum patrē vt donet etiam ſimpliciter & ſine cauſa filio ſiue in ſacris manenti ſiue emancipato cum poſſit pater eam legem liberalitati ſuæ imponere, vt ſe mortuo conferatur *l. pen. in fin. C. de collat.* quam niſi adieciſſet, imputare ſibi eum debere: quod tamē ſani iudicij nemo vnquam dixerit. Quod ſi verum eſt, vt eſt, non eſſe cogendum patrem, vt quicquam filij nomine donet propter nuptias: ſequitur optimè nullam penitus differentiam poni poſſe inter donationem propter nuptias, & eam quæ ipſi filio facta ſit fauore matrimonij: nempe ſecundùm interpretes qui vtramque valere volunt. Nos enim perpetuam † illam agnoſcimus, quod ſola donatio propter nuptias facta nurui nomine filij valet, alia facta ipſi filio non valet. Si verò nulla differentia eſt, illud etiam ſequitur, vt vtraque debeat videri æquè facta ob cauſam, æquè iuſtam, æquè neceſſariam, aut potiùs æquè non neceſſariam: & conſequenter, vt vel vtraque debeat conferri vel neutra. At donationem propter nuptias etſi olim non conferebatur, hodie tamen conferri certum eſt ex *d. l. vt lib.* 17. *l.* 19. *l.* 20. §. 1. *C. de collat.* Igitur illa quoque conferetur, quæ facta fuerit contemplatione matrimonij ipſi filio, præſuppoſito quod valeat. Sufficit enim factam eſſe ob cauſam, nec eſſe ſimplicem donationem vt hodie ſit conferenda. Alioquin dicendum erit dotem quæ à matre data ſit, vel ab auo, aut proauo materno, ac multo magis donationem propter nuptias ab his perſonis conceptam, non eſſe conferendam cùm ad officium ipſarū non pertineat, vt liberis ſuis dent dotem, vel propter nuptias donationē, tantum abeſt, vt poſitū hoc ſit in officij neceſſitate, præterquam ſi magna & probabilis cauſa ſit vt loquitur *l. neque mater.* 14. *C. de iur. dot.* id eſt, ſi alia ratio nulla ſit dotandæ puellæ, cuius pudicitiæ, ſi non nubat dotetúrque, periculum aliquod timeatur. Ad quē vnum caſum alióſve ſi qui ſunt ſimiles non poſſis ſanè Leonis & Iuſtin. cōſtitutiones coarctare quin facias vim verbis cōſtitutionū quæ ſunt generalia, omnéſq; omnino dotes & donationes propter nuptias à parentibus vtriuſque ſexus factas cōprehendunt, quas tum quoque cùm fiunt nullavrgente neceſſitate officij, ob cauſam nihilominùs factas eſſe, quod ſufficit ad inducendā collationis neceſſitatem, poſtquam placuit Imperat. cùm de iure collationis quæritur id præcipuè ſpectandū vt inter liberos qui & eidē parenti & eodem iure ſuccedunt, ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato æqualitas ſeruetur. Rideo autem cum huic noſtræ ſententiæ objici video vnum hoc quod contrariæ opinionis præcipuum fundamentum

damentum esse creditur. Nulla lege aut constitutione cautum esse vt huiusmodi donatio facta per patrem filio fauore matrimonij conferatur. In tractatu verò de collationibus bonum esse argumentum, vt ea sint demum conferenda de quibus conferendis aliquid constitutum sit, ea verò non conferenda, quorum collatio nulla lege iubeatur. Fateor. n. nullam hac de re legem scriptam esse. Nimirum quia nostris legibus & veteribus & nouis incognitæ sunt huiusmodi donationes † 9 tanquam quæ inualidæ sint, & nullius momenti, & consequenter in quas non possit cadere illa disputatio an conferendæ sint nécne. Sed nos de iis disputauimus, acsi valerent, vt quæstioni locum relinqueremus, & ne quis posthac posset dubitare duplicem hac in re 10 nostrorum interpretum errorem † esse. Vnum quod putant valere. Alterum quod eas quamuis validas negant conferri oportere. Contra enim debuerunt dicere non valere, ob idque nullum de iis siue conferendis siue non conferendis quæstioni locum superesse, sed si valerent non fore dubitandũ quin conferri omnimodo deberent nisi sic factæ essent vt præcipuæ haberentur, quomodo plerunque hodie fiunt. Vsu ipso iam ita inualescente, vt nec dubitetur amplius an valeant, præsertim si iuratæ proponantur, quasi quod ratio iuris nunquam permissura fuerat, nostris nunc moribus obtentum aut potius extortum videatur. Tractemus iam de iis quæ sunt iuratæ.

ERROR IV.

Si donatione matrimonij facta filiofamilias per patrem iurata sit.

SVMMARIA.

1 *Sententia quorũdam interpretum de validitate donationis facta filiof. fauore matrimonij vbi est iurata.*
2 *Discrimen iuris ciuilis & Pontificij ratione iuramenti.*
3 *Iuramentum patris filiofam. donantis non tollere vinculum patriæ potestatis aduersus interpretes.*
4 *Natura rei non patitur vt inter patrem & filiumfamil. obligatio ciuilis contrahatur.*
5 *Impossibilium nulla est obligatio.*
6 *Pietatem violari vbi per iusiurandum patria potestas enernatur.*
7 *In persona matris iura pietatis ex potestate non æstimari.*
8 *Pietas num violetur per litem inter patrem & filiumfa. de castrensi peculio.*

1 ON defuerunt ex interpretibus † nostris qui mera apertaque iuris ratione coacti dixerint donationem fauore quoque matrimonij factam filiofamilias per patrem nullius esse momenti. Sed illi ipsi solent subjicere exceptionem nisi iurata sit. Nec enim dubitant iurisiurandi hanc vim esse, vt donationem alioqui inualidam confirmet sicut & cæteros contractus qui sine iureiurando non valerent. Quasi iureiurando interposito nihil aliud inspiciendum sit nisi an seruari possit citra dispendium salutis æternæ vt Canonistæ loqui solẽt. Vt si possit omnimodo seruandum sit etiamsi leges ciuiles reluctentur. Si verò non possit eo demum casu nulla eius ratio habeatur. Atqui nihil causæ est, inquiunt, cur non liceat patri seuare iusiurandum quo donationem à se in filiumfamilias collatam confirmauerit, neque in eo vllum salutis ipsius periculum vertitur. At è contrario vix vllo prætextu potest se tueri si veniat contra eam donationem quam in filium contulit, quin hoc ipso periurium incurrat, dolóque malo faciat, qui non modò filium suum decipere velit, sed etiam nurum quæ talis donationis contemplatione ad matrimonium accesserit, nec aliter id fuerat contracturata, quomodo dici solet de marito cui dos promissa vel data fuit, non esse illum decipiendum, quod haberet si vxorem indotatam habere cogeretur *l. si donaturus. 9. D. de condict. caus. dat. l. purè. 5. §. pen. D. de doli except. l. Titia. 62. D. de iur. dot.* Addunt, quod præcipuum erroris fundamentũ est iureiurando tolli eam rationem, quæ potissimùm facit ex ratione iuris ne valeant huiusmodi donationes. Diximus enim sæpius quod & verissimũ est, non alia ratione impediri quàm propter vinculum patriæ potestatis quod obstat ne qua inter patrem & filium famil. obligatio contrahatur *l. sine emancip. 17. C. de donat. l. 2. C. de inoff. don.* nec si alioquin iustissima contrahendæ obligationis causa intercedat, vt in specie *l. Imp. 50. D. ad SC. Trebell.* Ideò autem ius patriæ potestatis adfert hoc impedimentum, quod faciat vt patris & filij vna eadémque persona esse existimetur *l. ne cum filiofa. 6. D. de furt.* fieri autem nequeat vt idem sibi ipsi obligetur vel qua alia ratione debitor simul fiat & creditor *l. heres à debit. 21. §. seruo tuo & seq. l. debit. 50. D. de fideiuss. l. Stichũ. 95. §. aditio. D. de solut.* Atqui iusiurandũ patris sicut ab ipsa patris non filij persona interponitur, ita personã patris qui iurat scernit à persona filij cui iuratur, neq; ciuiliter interpretandum, est sed naturaliter & ex ipsa rei veritate alia est persona patris, alia filij, & quodvtraq; vnius iure censeatur sit per meram iuris actionem. Iureiurando igitur interposito cessare videtur ea ratio, alioqui facere deberet, ne inter patrẽ & filium donatio valeret. Ego non dubito quin maxima sit & esse debeat autoritas & religio iurisiurandi, maximè verò si ius pontificium potius quàm ciuile attendamus. Ciuilis † enim legislator omnia æstimans ex pu- 2
blica vtilitate, publicam verò vtilitatem ex legum obseruatione non patitur valere iusiurandũ, quod fuerit præstitum contra leges *l. non dubium 5. in fin. C. de legib. l. iuris gentium. 7. §. & generaliter. D. de pact. l. si quis inquilinos, 112. in fin. de leg. 1.* Pontifices verò præcipuam vt par fuit animarum curam habentes, quatũ vel minima, si quid in eo genere maius minúsve esse potest, vniuerso terrarum orbe pretiosior existimanda sit, hoc vnum ante oculos habuerunt, ne qua incurrẽdi tolerandive periurij occasio induceretur, cuius solum Deum vltorem sperat ciuilis legislator, pontificius timet, ob idque cauet ac prospicit quantum potest ne vltionis materia relinquatur, obstructa omnibus licentia peierandi, nisi contra bonos mores, vel primũ sit, vt contra diuinam legem, factósque canones iusiurandum interpositum probetur, *cap. non est obligatorium. de regul. in 6. cap. debitores cap. cum contingat. & pass. D. de iureiur.* Sed tamen † non eo magis persuadere mihi 3
possum vsque adeò religioni iurisiurandi tribuendum esse, vt eo prætextu tota iuris ciuilis ratio perturbetur & ob hoc solùm quòd pater in donatione filiofam. perperam facta iurauerit, ipsum ius patriæ potestatis etiam quantum ad huiusmodi donationem attinet penitus extinctum esse intelligatur. Quod tamen necesse sit omnino dicere illos qui donationes istas iuratas valere velint. Alioquin cogentur fateri non posse videri iureiurando sublatam rationem illam quæ faceret vt non valeret donatio quæ iurata non esset, cùm ratio illa tota pendeat vt diximus, ex iure potestatis. Quandiu enim ius patriæ potestatis durat, tandiu quoque subsistit impedimentum illud iuris quod facit ne pater filio vel filius patri obligari possit, quia non magis pontificium ius quàm ciuile facere potest vt quis sibi ipsi obligetur, quod nec natura ipsa potest facere, quia implicat contradictionem: nec tuísum ius pontificium minùs quàm ciuile agnoscit venerabile ius patriæ potestatis, patitúrque præcipuam eius in omnibus haberi rationem, vt sanctum sit filio nec qua in re id ei liceat vio-

late, quod tamen violatur proculdubio cùm id agitur vt filio pater obligetur, potiùs quàm si id ageretur, vt proprium aliquid filius haberet inuito patre: quod vtrunque probatur optimè & elegantissimè ex *d. l. imperator. 50. D. ad SC. Trebell.* Ad quid enim prosit obligatum esse patrem filio ciuiliter [de naturali namque obligatione non loquimur, quam certum est inter patrem & filium contrahi posse, quia tota ex facto non ex iure æstimatur. *l. frater à fratre, 28. in princ. & §. 1. D. de condict. indeb. l. nec seruus, 42. D. de peculio.* sed de ciuili, sine qua non potest esse donatio *l. cùm hic status. 32. §. 1. D. de donat. int. vir. & vxor.* nisi vt detur actio filio contra patrem? Id verò potestne fieri quin ius potestatis offendatur? *d. l. ne cum filiofamilias.* Etiamsi de eo patre agatur qui non sit naturalis & legitimus sed legitimus tantum & adoptiuus *l. adoptiuus. 8. D. de in ius voc.* Quinimo si verum amamus non tantum iuris ciuilis constitutio in hoc offenditur, ex qua ius patriæ potestatis proficiscitur, sed etiam natura ipsa rei, vt scriptum est, quod obseruari vellem in
4 *d. l. nè cum filiofamilias*, quia † natura ipsa non patitur, implicatque contradictionem vt inter patrem & filiumfam. aut obligatio ciuilis contrahatur, aut actio vlla detur *d. l. imperator.* Perinde, inquit, Paulus in *d. l. ne cum filiofam.* acsi diceremus posse quem vel sibi ipsi obligari ciuiliter vel agere cum semetipso. Succedit itaque regula iuris etiam pontificij quæ negat impossi-
5 bilium † vllam esse obligationem nec si millies iurata proponatur. Nec enim iuramentum potest facere vt vel possibile fiat quod per rei naturam ipsam impossibile est implicatque contradictionem, nec rursus vt videri debeat periurus is, qui non facit quod facere etiãsi velit non possit. Vt taceam quod est certissimum in numero impossibilium ea quoque poni quæ tametsi de facto vt loquuntur impleri possint facta tamen vel bonos mores læderent, vel leges *l. conditiones. 14. & seq. D. de condic. instit.* Hoc autem de quo agimus tale est vt non tantum ratio iuris ciuilis & natura ipsa rei, vt diximus, sed pietas quoque violari videatur. Certum enim est & ipsa quoque experientia quotidiana compertum nulla re magis contineri liberos in officio pietatis parentibus debitæ, quàm si ab iis sperent successionis commodum, quod tamen intelligant non nisi meritis & obsequiis parari posse *l. nec ei. 17. §. penult. D. de adopt.* Adeo vt non erubuerit Papin. in *l. vlt. D. si à parent. quis manum.* sic loqui vt dixerit solui pietatem pro eo quod voluit dicere solui patriam potestatem. Quasi vix vllam pietatem debeat filius patri nisi propter patriam potestatem. Vnde etiam est quod emancipatus iure ciuili pro eo habetur qui sit omnino extraneus *l. quinetiam. 55. in fin. D. de rit. nupt.* quia ciuilis legislator pro filio habere non potest eum qui filiusfam. non sit. Atqui alia ratio nulla est quæ iura pietatis inducat aut conseruet inter patrem & filium quàm quod hic filius sit, ille pater. Bene ergo Papinian. solui pietatem dixit, pro eo quod est solui patriam potestatem, vt inferamus quod ad rem nostram pertinet violari † non posse patriam potestatem siue per iusiurandum siue qua alia ratione quin ipsa quoque pietas violetur. Cui non est contrarium quod sublata quoque patria potestate filius emancipatus adhuc eam debet reuerentiam & pietatem patri vt eum sine prætoris venia in ius vocare non possit *l. 4. & tot. tit. D. de in ius vocand.* Id enim fit non ex iure ciuili sed ex prætoris edicto, quod nec aliam rationem habet quam quia prætor emancipatum habet pro filio recisa in eam rem, vt etiã patri succedere possit, emancipatione. Quod si objcias liberos matribus pietatem debere, adeóque æqualem pietati quam debent patribus in quorum sunt *l. 4. D. de curat. furios.* cùm tamen nulla sit potestas matris in liberos *l. mulierem 5.*
7 *C. de adopt.* Respondebo matres † sicut deteriores conditionis sunt quàm patres in hoc quod nullum habent ius potestatis, ita in eo esse melioris quod per emancipationem filiorum non amittunt filios quos nunquam filiosfamil. habuerunt. Remanet enim filius post emancipationem quod ad matrem talis qualis erat ante emancipationem. Et consequenter fatendum est in persona matris non posse iura pietatis æstimari ex iure potestatis quod in patre diuersum est. Minùs obstat si quis objciat etiam inter patrem & filiumfam. permitti litem ex causa castrensis peculij *l. 4. D. de iudic.* quæ 8
tamen non esset permittenda si pietas violaretur. Nam respondeo non violari † eo casu pietatem, quia nec patria potestas violaretur, cùm in castrensi peculio filiusfamilias ex constitutionibus pro patrefamilias habeatur *l. 2. D. de SC. Maced.* Sicut neque videri potest violari pietas cùm filius prætor aliúmve magistratum gerens cogit patrem vt vel adeat hereditatem vel quid aliud faciat, quia in istis non violatur patria potestas quæ nulla esse intelligitur. *l. ille à quo 13. §. vlt. cum l. seq. C. ad SC. Trebell.*

ERROR V.

De potestate iurisiurandi, ad confirmandum pactum de non succedendo.

SVMMARIA.

1 *Num sequatur ius patriæ potestatis impediri iureiurando ex eo quod iureiurando confirmatur pactum de non succedendo inter patrem & filiamfam.*
2 *Pacta de succedendo non confirmari iureiurando.*
3 *Pacta de non succedendo cur improbata, cur item pacta de succedendo.*
4 *Pactum de succedendo in patrem & filium inito adhibito iuramento violat ius patriæ potestatis, & quid de pacto de non succedendo.*
5 *Ex eo quòd non sit decipienda mulier nubens non sequi donationes in filiumf. fauore matrimonij collatas validas esse.*
6 *Posito inualidas esse huiusmodi donationes non sequi matrimonium libertatem constringi.*

ILLA difficiliot obiectio fuerit si quis dicat, iureiurando confirmari † pactum 1
de non succedendo factum inter patrem & filiamfam. nubentem ex *ca. quamuis pactum de pact. in 6. cùm tamen certum sit esse illud contra leges. l. si quãdo. 35. §. illud. C. de inoff. test. l. 3. de collat. l. pen. ff. de suis & legit.* & ius quoque patriæ potestatis, impediri ne valere iure possit. Verum respondeo, Primùm non tam potestate iurisiurandi id fieri, quàm autoritate constitutionis pontificiæ, ante quam proculdubio ita ius erat vt tale pactum quamuis iuratum non valeret, nec magis pontificio iure quàm ciuili. Atqui nulla constitutio pontificia est quæ donationem filiofamilias factam à patre temetsi iurata sit, valere patiatur. Non igitur bona consecutio esse potest ab eo casu in quo expressa est cõstitutio pontificia ad alium casum in quo non minùs necessaria sit aliqua cõstitutio, nec tamen vlla sit. Alioqui debuisset fieri lex generalis vt conuentiones omnes iuratæ valerent quantũcunque essent contra leges, ne addam etiam contra pietatam. Qualis tamen nulla est, nec nisi stulta & inepta his verbis concipi posset, tantam patefaciens fenestram ad legum maiestatem infringendam quam expedit publicè sanctam esse ac inuiolatam. Fateor aliis plerisque casibus valere conuentionẽ propter iusiurandum & ex iure pontificio, quæ alioqui etiam iurata non valeret iure ciuili vt in *ca. cùm contingat. Extr. de iureiur. & similibus.* Sed nego eas cõstitutiones ad alios planeq; diuersos casus extendendas esse,

capran

captandámque ex iis occaſionem legum omnium violandarum prætextu adhibiti iuriſiurandi. Deinde reſpondeo pactum illud de non ſuccedendo non violare pietatem neque ius patriæ poteſtatis, quia eius poteſtas confirmetur in id tempus quo iam mortuus erit pater, ac proinde quo patria poteſtas amplius nulla erit, quam nimirũ patris morte finiri conſtat. Omnes enim iſtæ conuentiones de futura ſucceſſione ſiue affirmatiuè ſiue negatiuè concipiantur habent illam tacitam conditionem ſi hereditas defertur, vt ipſi quoque interpretes noſtri fatentur poſt Bart. & Caſtrenſ. ad *l. qui in ſuperſtitis. D. de acquir. hered.* non poteſt autem deferri ſucceſſio patris niſi poſt eius mortem cùm viuenti nulla ſit hereditas *l. 1. D. de hered. vel act. vend. l. 1. D. pro hered.* Vnde eſt quod noſtri fatentur filiam quæ paternæ ſucceſſioni cum iureiurando renunciauerat ſi ante patrem moriatur non tam per renunciationem ſuam quàm per mortem excludi à ſucceſſione, quia etiamſi renunciaſſet, non eo magis tamen ſucceſſiſſet, vt à nobis tractatum eſt. *Decad. 14.* At ſi valeret iurata donatio quam inter viuos pater in filiumfamilias contuliſſet, violaretur patria poteſtas & conſequenter pietas in eo quod & filio pater obligaretur, & rei, quæ patris fuiſſet, dominium in filium tranſiret viuo adhuc patre, quorum neutrum fieri poteſt ſalua patria poteſtate *d. l. Imp. 50. ad S C. Treb. d. l. ſine emancipatis 17. C. de donat.* Adde quod & in ſpecie *d. cap. quamuis pactum de pact. in 6.* pactum iuratum inter patrem & filiam initum non in id tendit vt aliquam pariat actionem filiæ contra patrem, in quo potiſſimum pietas patri per filium debita violatur, ſed in hoc tantùm vt ſi poſt mortem patris velit filia patri ſuccedere pacti exceptione ſummoueatur quæ res non offendit patriam poteſtatem, præſertim eo iam tempore, vt diximus, extinctam. Non magis, quàm ſi renunciaret illa poſt mortem patris, quo caſu ſine dubio valeret conuentio etiam ex iure ciuili *d. l. ſi quando. §. illud. in fin. C. de inoff. teſta.* Nihil enim refert an conuentio filiæ facta ſit poſt mortem patris an in id tempus collata, cùm videantur omnia pacta fieri eo ipſo tempore in quod conferuntur. *l. 4. C. de donat. ant. nupt. l. dotis fructum. 7. §. ſi res in dotem. l. ſi ego. 9. D. de iur. dot. l. Titio vſufruct. 51. D. de vſufr.* Quibus etiam † rationibus ſoleo defendere pacta de ſuccedendo non confirmari iureiurando, non ſolùm inter patrem & filiamfam. aut filiumfam. ſed nec inter extraneos. Non ob id tantùm, quòd nulla ſit hac de re conſtitutio pontificia, quæ certè eſſet neceſſaria, cùm id quod contra iuris rationem conſtitutum eſt nunquam producendum ſit ad conſequentias *l. quod verò 14. D. de legib.* Sed etiam, quia multò magis offenditur ius ciuile per pacta de ſuccedendo quàm per pacta de non ſuccedendo, duplici ratione. Et quòd auferant vel ſaltem reſtringant libertam teſtandi facultatem quæ eſt ex legibus *l. pactum quod dotali. 15. C. de pact. l. cùm dubb. 52. aliàs ſi fratres. §. idem reſpondit ſocietatem. D. pro ſocio.* quam non reſtringunt, ſed ampliant potiùs pacta de non ſuccedendo. Et quòd in id adhibeantur vt pariant actionem, pacta verò de non ſuccedendo, vt pariant exceptionem duntaxat. Eſt autem multo facilius vt defendatur conuentio exceptionem duntaxat paritura, quàm vt proſit ad producendam actionem *l. iuris gentium. 7. §. quinimò. D. de pact. l. pacta conuenta. 72. D. de contr. empt. l. 1. D. de pignor.* Et ſanè pacta † de non ſuccedendo non alia de cauſa ſunt improbata, quam quia vim ſuam ſi quam haberent obiiciant ex diametro legibus, ne poſſit ea perſona ſuccedere cui lex delatura ſit hereditatem. Quaſi verò priuatorum conuentiones legum autoritate cenſeri poſſint vt loquitur Papinian. in *d. l. pen. de ſuis & legit. & in l. quod bonis. 15. §. 1. ff. ad leg. falcid.* At pacta de ſuccedendo non tantùm ſunt contraria legibus, ſed etiam autoritatem legum ſibi adrogant ad deferendam ſucceſſionem, quæ ex legibus ſolis deferri poteſt *l. hereditas. 5. C. de pact. conuent. tam ſup. dot. lege obuenire. 130. de verb. ſignific.* Sed ſi adderes pactum † de ſuccedendo initum eſſe inter patrem & filium, illa etiam ratio pactum quamuis iuratum infirmare deberet, quòd patria poteſtas violaretur. obligato patre ne adhuc viuus poſſet ſiue inter viuos ſiue in vltima voluntate de iis bonis diſponere quæ ex cauſa pacti & ſucceſſionis iure filio relinquere omnimodo cogeretur: quod non ſimpliciter contingit obligata filia per pactum de non ſuccedendo ne ſuccedere patri poſſit, quia pactum de ſuccedendo obligaret patrem eo tempore quo patria poteſtas adhuc duraret, viuum ſiquidem impediret ne de ſuis bonis diſponere poſſet, cùm mortuus vt diſponere prohibeatur nullo ſit opus pacto. Quandiu autem pater viuit & filia nec emancipatio vlla ſecuta eſt, aut deportatio, aut quid aliud ſimile, tandiu patria poteſtas durat. Pactum verò de non ſuccedendo licet fiat viuo patre atque in eo tempore quo ſubſiſtit adhuc ius patriæ poteſtatis non tamen obligat patrem, ſed filiam, nec filiam viuo patre, ſed poſt mortem patris, nec rurſum poſt mortem patris vt aliqua actione teneatur, ſed tantum vt ſi velit ſuccedere pacti & peruti exceptione ſummoueatur: cùm habeat, vt diximus, conditionem tacitam ſi hereditas deferretur, conditio autem ſiue expreſſa ſiue tacita impediat ne qua interim obligatio naſcatur *l. interdum. 73. D. de verb. oblig. l. cedere diem. 213. de verb. ſignific.* Dices, pacta quoque de ſuccedendo eandem habere tacitam conditionem ſi hereditas deferetur. Ergo non obligari ex iis patrem niſi mortuũ, cum niſi mortuo eo non ſit tractandum de ipſius hereditate. Sed iam oſtendi diſſimilem eſſe rationem illius pacti de ſuccedendo, quia cùm non ad aliud finẽ tendat niſi vt impediatur pater de bonis ſuis diſponere contra formam pacti, nec poſſit diſponere niſi quamdiu viuit, apparet tale pactum vel viuo patre vires ſuas exercere debere vel nunquam. Quod enim mortuo demum patre ex eo pacto ſuccederetur, non aliam rationem haberet, quàm quia pater nihil contra pactum diſponere potuiſſet. Multo igitur magis faciet eadem ratio, vt non valeat donatio inter viuos à patre in filiũ familias collata quantumlibet iurata ſit, quoniam hoc caſu non tantùm obligatur pater viuus vt in pacto de ſuccedendo, ſed etiam effectum ſuum haberet conuentio viuo patre, dominio rerum donatarum in donatarium translato, ſi valeret. Non ſi ponas patrem non niſi poſt mortem ſuam donatum voluiſſe, alia quæſtio eſt, de qua in ſequentibus dicemus. Quod verò ad defendendas huiuſmodi donationes † à patribus in filiumfamil. collatas fauore matrimonij ſolet afferri non eſſe decipiendam mulierem quæ alioqui non fuerat contractura, omnino ad rem non pertinet. Nam vt eſt in iuris regula, non decipitur, qui ius publicum ſequitur *l. nihil conſenſui. 116. §. 1. de regul. iur. l. vlt. C. de in integr. reſtit. minor. l. inter eos. 51. §. pennlt. D. de fideiuſ.* Debuitque ſcire mulier huiuſmodi donationes ex ratione iuris valere nullomodo poſſe, propterea quod impoſſibile ſit vt ſalua patria poteſtate filio pater obligetur. Ac ſanè ſi quo vnquam caſu fieri poſſet vt filio pater obligaretur, is vel maximè caſus eſſet de quo in *d. l. imp. 50. ad SC. Trebell.* cùm pater rogatus de reſtituenda poſt mortem ſuam hereditate filio interim bona dilapidat in fraudem fideicommiſſi & dolo malo, quo caſu in fraudis huius pœnam repræſentatur ſolutio fideicommiſſi, fitque capax acquiſitionis filius etiam patre inuito. Sic dicimus mulierem minorem annis vigintiquinque ſi in danda dote fuerit circunſcripta quod maiorem dederit quàm pro ſua ſuique mariti conditione dare debuerit, in integrum reſtitui poſſe contra maritum

l. vnic. C. ſi aduerſ. l. ex cauſa. 9. §. in dotis. D. de minor. quamuis poſſit maritus dicere ſe non aliter eam fuiſſe ductúrum, quod & in dubio præſumendum eſt, quiſquis enim certa lege contrahit ſemper credendus eſt non aliter fuiſſe contracturus *l. domum. 9. §. 1. verſ. idem quærit. D. locat.* At, inquies, matrimoniorum † liberas ita conſtringetur, nec tam facile fient matrimonia ſi non valeant huiuſmodi donationes, quas ſi mulier ſciat non valere, non ſit contractura. Reſpondeo immo poſſe ſatisfieri facilè & rationi iuris & deſiderio mulieris non aliter contracturæ, Nimirum ita vt donatio fiat à patre non ipſi filio, ſed, vt ſit donatio propter nuptias, nurui nomine filij. Ac ne replices patrem qui filio ſuo donare veller ſi poſſet, non æquè facile donaturum nurui pro filio, Dico poſſe ita fieri donationem nurui vt non plus commodi in effectu ad nurum perueniat, quàm ſi filio ipſi donatio facta eſſet, putà ea lege, vt ſiue filius præmoreretur, rediret donatio ad patrem [quod etiamſi dictum non eſſet, pro dicto tamen haberetur *d. l. 2. C. de bon. quæ liber.*] ſiue poſt patrem ſuperſtitibus liberis communibus ad eos communes liberos bona peruenirent, ſiue denique ſine liberis filius decederet ad hunc vel ad illum agnatum deuoluerentur. Cui enim pactioni non conſentiret mulier quæ non ſibi ſed marito donari contenta eſſet, dummodo viderit communibus liberis conſultum fore? Aut quid eius intereſſet, vel etiam donatoris an filio donatũ eſſet ſimpliciter an nurui ſub his conditionibus? Nam etſi dotium cauſa itemque donationũ propter nuptias ad ineundorum matrimoniorũ libertatem & neceſſitatem maximè pertinent, ſemper tamen ita ius fuit, vt non ipſi filiæ dotem pater tradere aut promittere deberet ſed genero nomine filiæ, nec donationẽ propter nuptias filio ſed nurui nomine filij. Neque potuit fauor matrimoniorum facere vt ad ea facilius contrahenda debuerit licere patri ex cauſa ſiue dotis ſiue donationis propter nuptias quicquam donare liberis in poteſtate conſtitutis vt ſupra probauimus ex *l. Pompon. Philadelphus. 35. D. fam. erciſc.*

ERROR VI.

De donatione per patrem in filiumfamilias collata propter bene merita.

SVMMARIA.

1 *Error interpretum de validitate donationum in filiumf. collatarũ, vnde alij plures errores manant.*
2 *Quæſtio agitata ab interpretibus de donatione facta filiofam. propter bene merita, an valeat.*
3 *Quid Accurſius & Bartolus de quæſtione propoſita ſenſerint.*
4 *Huiuſmodi donationem nec conferendam eſſe, nec valere, nec profectitiã dici debere aduerſus Bart.*
5 *Propoſitionem interpretum, aliquas eſſe cauſas ex quibus filiumf. poteſt ſibi acquirere, non tantùm vino patre, ſed etiam ab ipſo patre, falſam eſſe.*
6 *Suppoſitio interpretum*, ex obſequiis & meritis filij, patrem ei naturaliter obligari, *vt falſa refellitur. & n. 6.*
7 *Filius patri omnia debet naturaliter.*
8 *Donatio quam pater in filium confert propter bene merita, eſt ſimplex, non ob cauſam.*
10 *Donatio à patre collata in filiamfamilias propter bene merita ab initio non valet, ſed morte tantùm patris confirmatur ſi non fuerit reuocata.*
11 *Profectitiam potiùs eſſe quàm aduentitiam iſtiuſmodi donationem aduerſus Bart.*
12 *De donatione quæ non valet fruſtra quæritur an conferri debeat.*
13 *An in diuidenda hereditate præcipuum illud retineri poſſit, quod ob merita filiof. donatum fuit.*

QVAM verum ſit quod ſolent Philoſophi poſt Ariſtotelem dicere paruum errorem in principio fieri magnum in fine, non puto poſſe tam apertè probari ex tot tamque ineptis multorum in Philoſophia erroribus quam probare cuique facile eſt ex ineptiis vulgarium interpretum, quos tamen decebat profitentes iuriſprudentiam eſſe in omnibus prudentiores. Supponunt illi pro certo, Valere † donationem quam pater in filiumfamilias contulerit etiam ſimplicem pleriſque caſibus præſertim iuratam, ſed multo magis ſi cauſam aliquam habeat iuſtam, puta, inquiunt dotis, aut propter nuptias donationis. Quaſi dotis traditio filiæ facta valeat, itemque traditio donationis propter nuptias facta filio. Hic primus eorum in hoc tractatu error eſt. Iam enim oſtendimus poſſe quidem à patre promitti vel tradi dotem, ſed genero, non filiæ, itemque donationem propter nuptias, ſed nurui, non filio. Ex hoc autem errore quaſi latiſſimum errandi campum nacti, exercent ſe in variis quæſtionibus circa huiuſmodi donationes patribus in filiosfamilias collatas, & quaſi non habeant amplius laborandum in probando quod valeant, de illo duntaxat dubitant neceſſarium antecedens eſſe, verum eæ donationes ſimplices ſint, an ob cauſam. Talis quæſtio illa eſt de qua iam diximus, de donatione facta filio fauore & contemplatione matrimonij. Talis & illa quæ nunc tractanda occurrit. De donatione † facta filiofamilias propter bene merita. Quam quæſtionem proponit, *Bart. ad. l. 1. §. nec caſtrenſe. num. 11. D. de collat. bonor.* vbi poſtquam retulit † Accurſium in hoc, tanquam in re valde dubia & obſcura variaſſe, Aliquando exiſtimaſſe non magis donationem hanc valere, quàm ſi ſimplex eſſet ad *l. ſi dona. 13. C. de collat.* Aliquando contra ſtatim valere ad *auth. vnde ſi parens. C. de inoff. teſt.* concludit ille poſteriorem ſententiam ſibi placere, quam & ab interpretibus magis communiter probatam eſſe teſtatur: Additque non conferri hanc donationem tanquam quæ aduentitia cenſeri debeat, non profectitia. Cùm enim pater dat filio, inquit, propter merita propter quæ alius quilibet extraneus tantundem habuiſſet, tunc videtur filius acquirere ex perſona & opera ſua & eſt aduentitium quid, non profectitium, quod filio poteſt quæri hodie poſt Iuſtiniani conſtitutionem in *l. cùm oportet. 6. C. de bonor. quæ liber.* Ergo non conferendum, poſtquàm eidem Iuſtiniano placuit aduentitia non conferri non oportere *l. vlt. C. de collat.* Ego † verò non tantùm non conferendam eſſe dico [ſi tamen non conferenda dici poteſt ac non potius diuidenda, quæ non valet] ſed nec valere puto neque tanquam ſimplicem donationem, neque tanquam ob cauſam, tantum abeſt vt aduentitiam eſſe putem. Moueor ex eo, quod Iuſtinianus in *d. l. cùm oportet & in l. vlt. eod. tit. de bonor. quæ liber.* nihil penitus innouauit quod pertinet ad peculium profectitium, ſed tantùm quoad peculium aduentitium. Itaque remanet hac parte incorrectum ius vetus, quod ita erat conſtitutum vt à patre nihil omnino poſſet filiofamilias donari, ne quidem ex cauſa dotis vel donationis propter nuptias, quæ duæ ſemper fuerunt & erunt fauorabiliſſimæ, ne dicam neceſſariæ donandi cauſæ & rationes. Ac quamuis fecerit Iuſtinianus vt in aduentitiorum numero computari debeat, non illud tantùm quod ab alio filiusfamilias acquiſierit, ſed & ſi quid laboribus ſuis comparauerit, ſolo vſufructu bonorum ita quæſitorum patri relicto, non ideo tamen fecit, vt capaciot ſit hodie quàm olim filiusfamilias adquirendi ſibi quicquam à patre ex ea cauſa, quod per multos forte annos patri ea obſequia præſtiterit, quæ ſi extraneo

præſti

præſtitiſſet, tantam maiorémve ab eo remunerationem expectare meritò potuiſſet. Aliud enim eſt acquirere : aliud acquiſitionem obſequiis & laboribus ſuis promereri, priúſq; eſſet vt filiusfamilias probaret ſe capacem eſſe acquiſitionis, quàm vt cogitaret de habenda remuneratione à viuo patre, à quo nullam niſi ex ſupremo ipſius iudicio debeat expectare, Nam ſi impeditur iure patriæ poteſtatis pater, ne filio ſuo donare poſſit tum quoque cùm modo vult donare, ſed etiam alij pro ipſo dare cogitur, vt euenit cùm pro filia dat dotem genero, vel donationem propter nuptias nurui pro filio, quis credat permittendum ei vt donet filio, ex cauſa remunerationis tametſi velit, cum nec remunerari cogatur ſi nolit ? Neque ſanè credendũ eſt ita vnquam ſcripturos noſtros fuiſſe, ſi pro certo † non habuiſſent, quod eſt falſiſſimum, aliquas eſſe cauſas ex quibus poſſit filiusfam. ſibi acquirere, non tantùm viuo patre, ſed etiam ab ipſo patre : Hanc enim ſi non neceſſariam tamen iuſtiſſimam inter cæteras donandi cauſam eſſe crediderunt, ſi filius patris erga ſe beneuolentiam ac libertatem diuturnis aſſiduiſque obſequiis prouocaſſet. Cùm ex hac cauſa ſoleat contrahi obligatio naturalis hactenus ſaltem, vt qui ab alio beneficia accepit, ad ἀντίδοσιν obligatus exiſtimetur. *l. ſed etſi lege 25. §. conſulunt. ff. de perit. hered.* Cuius obligationis naturalis filiumfamilias capacem eſſe certum eſt, vt eam ſibi non minus contra patrem poſſit acquirere quàm aduerſus alium quemcunque *l. frater à fratre. 38. quæſitum. ff. de cond. indeb.* Quidni ergo remunerationem etiam à patre accipere poterit, vt obligatio iſta naturalis diſſoluatur, patre ipſo ita volente ? Et hæc fortaſſe ratio eſt, qua meliorẽ aliam pro interpretibus comminiſci nullam poſſis. Sed tamen leuiſſima, ni fallor, prorſúſque improbabilis. Supponit † enim aliud magis fallum, ſcilicet quod ex obſequiis & meritis filij, pater ei naturaliter obligetur. Cùm è contrario certum ſit iure ipſo naturali omnia obſequij genera debere filium patri, à quo poſt Deum Opt. Max. & vitam & educationẽ & cætera ſi qua ſunt bona acceperit, & cui nec ſi pro eo vitam profunderit, quicquam tamen referre poſſit, quod cum acceptis beneficiis compenſari queat, aut cuius præſtatione videri poſſit ille naturalem obligationẽ, qua primùm tenebatur, exuiſſe. Adeò diſtat vt videri debeat patrem quoque ſibi naturaliter obligaſſe. *tot. tit. ff. de obſeq. parent. & patron. præſt.* Quod ſi libertus patrono naturaliter operas debere creditur, ita vt ſi eas præſtiterit cùm per errorem putaret ciuiliter à ſe debitas eſſe, nihilomagis poſſit repetere *l. ſi non ſortem. 26. §. libertus. ff. de condict. indeb.* quanto magis dicendum eſt filium patri naturaliter debere non quidem operas, ſed eam pietatẽ quæ faciat, vt ſi aſſiduam perpetuamque obſeruantiã, induſtriam & diligentiam patri præſtiterit, nihil niſi pietatis munus ſe impleuiſſe debeat exiſtimare *l. pen. de obſeq. parent. & patr. præſt.* vbi quod hac parte alia conſtituitur ratio filij emancipati quàm liberti, vt nimirũ operas non debeat, quas libertus debet, non eo pertinet vt filius etiam emancipatus minus patri debere credatur quàm libertus patrono, ſed vt aliud debeat quàm libertus. Hic enim operas tantum debet ac reuerentiam, Ille verò pietatem, quæ licet nihil cum operarum præſtatione commune habeat, ſi eas pater à filio etiam inuito exigere tanquam à liberto velit, ſufficit tamen vt omnia patri filius quamuis emancipatus vltrò præſtiterit, pietatis cauſa præſtitiſſe intelligatur. An non verò naturaliter debetur, quod etiam pietatis intuitu debetur, ob idque nec poteſt condici *l. cùm is. 32. §. mulier. ff. de condi. indeb.* Aut quid obſecro † deberi vſquam naturaliter poteſt ſi non debet filius omnia naturaliter patri naturali ? præſertim verò filius qui ſit in patris poteſtate conſtitutus. Hoc igitur ſuppoſito quod negari non poteſt filium patri omnia debere naturaliter, patrem verò filio ſi non prorſus nihil, certè minùs quàm filium patri, fatendum eſt donationem † quam pater in filiũ conferre velit propter bene- 8
merita quantumvis vera & probata, non poſſe videri factam ob cauſam, ſed meram eſſe liberalitatẽ ſimplicémque donationem non minùs, quàm ſi in filium etiam malè meritum collata eſſet. Itaque ad rem non pertinet quod ait Bartolus † hunc filium ſi extraneus 9
fuiſſet, tantundem à donatore iſto ex cauſa remunerationis fuiſſe conſecuturum. Nam eo caſu fuiſſet vera remuneratio quæ in filio talis eſſe non poteſt, quia extraneus extraneum obligare poteſt, ad ἀντίδοσιν non etiam filius patrem cui de ſuo nihil dare poteſt, ſed potius reddere tantùm patrem & quidem vel minimã, eius quod patri naturaliter debet. Quod ſi ius ciuile non patitur, vt patri filius etiam emancipatus obligetur, nec ſi adhibitum ſit iuſiurandum, ſiue ad operarum exhibitionem, ſiue ad hoc vt non poſſit poſt mortem patris conqueri de inofficioſo teſtamento, tametſi certas res à patre in eam cauſam acceperit, propterea quod magis prouocandi ſint liberi ad paterna obſequia quàm pactionibus conſtringendi vt ex Papiniano tractat Iuſtinianus in *l. ſi quando 35. §. illud. C. de inoff. teſt. innct. d. l. penul. de obſeq. parent. & patr. præſt.* quanto minùs ferendum eſt vt prætextu bene meritorum obligetur pater liberis in poteſtate conſtitutis, ſiue per donationem ſiue per quamlibet aliam ſpeciem contractus, cùm id fieri nequeat quin & patriæ poteſtatis ius violetur, vt oſtendimus capite præcedenti ? Quid ? quod ea res materiam filio adferre poteſt, & verò plerumque adfert, vel aſpernandi patris, à quo nihil iam ſperet amplius, vel ſaltem negligentiùs exequendi munera pietatis, quàm facturus eſſet, ſi nihil à patre accepiſſet, aut ſi ius ita conſtitutum ſciret vt patris liberalitas non prius rata eſſe poſſet, quàm patris ſilentio, & morte confirmata eſſet *l. nec ei. 17. §. penult. ff. de adopt.* Ergo ſiue iuris rationem inſpicias, ſiue naturalem æquitatem, ſiue publicam honeſtatem, concludendum eſt non valere † huiuſmodi donatio- 10
nem ab initio, ſed morte tantum patris confirmari, ſi non fuerit reuocata, vt & cæteras ſimplices donationes quas fatentur omnes regulariter non valere *l. donationes quas parentes. 25. C. de donat. int. vir. & vxor.* Sed etſi valeret, non tamen ſtatim conſequens fieret quod vult Bartolus, † aduentitiam cenſeri eam debere. Cur 11
non enim profectitia dici debeat quæ profecta eſt à patre ? Nam ſi dos quoque profectitia eſt, tametſi eam dare patet ex officio per magiſtratum cogatur, immo licet dederit filiæ emancipatæ, quia profectitiam dotem facit nomen patris non ius poteſtatis *l. 5. ff. de iur. dot.* ſufficitque profectam eſſe dotem à patre, adeóque ab alio propter patrem *l. dotem 6. ff. de collat. bonor.* quidni profectitia quoque dicetur donatio etiam cui benemerita filij dederint cauſam ? Atquin extraneus, inquies, tantundem habere potuiſſet, ab eo de quo bene meritus fuiſſet. Nego : nam cæteris etiam paribus qui donat filio & æque donaturus fuiſſet extraneo, facilius tamen & alacrius vberius, denique liberaliùs donat filio, hoc ipſo quod filius eſt, nec filio tanquam donandi cauſa tollitur, quin potiùs augetur ex eo quod talis filius ſit, qui etiamſi eſſet extraneus, tamen ob ſua benemerita dignus eſſet, in quem donatio conferretur *arg. l. 1. §. vlt. D. ſi à parent. quis manum. ſit.* Profectitium ſemper eſt quod ei donatur à patre etiam ob benemerita, non aduentitium. Et conſequenter ſi donatio valeret tanquam facta ob cauſam, dicendum eſſet conferri eam oportere, vt & cæteræ omnes donationes factæ ob cauſam, etiam inter emancipatos conferuntur *l. filia dotem. 4. l. vt liberis 17. l. illum 19. l. illud. 20. §. 1. C. de collat.* At quia donatio non valet nec tanquam ſimplex nec tanquam ob cauſam nullus quæſtioni locus relinquitur an conferenda ſit

12 necne, quoniam vt ſæpius diximus, prius eſt † vt valeat donatio quàm vt poſſit in eam incidere quæſtio, An debeat conferri necne. Siquidem conferri nihil eſt quàm communicari, communicare autem nemo poteſt quod proprium non habeat. Rurſus quod ita donatum fuit, vt donatio nunquam valuerit, donatarij proprium eſſe non poteſt, ſed manſit in dominio donatoris. Ergo poſt ipſius mortem diuidendum eſt, non
13 communicandum. De illo planè poteſt quæri, an † in diuidenda hereditate præcipuum illud retineri poſſit, quod ob merita fuit donatũ filiofamilias, an non poſſit. Nam ſi eſſet donatio ſimplex, quæ ab initio quidẽ fuiſſet intilis, ſed tamen patris morte confirmaretur, pręcipuã eam retinere deberet filius officio arbitri familiæ erciſcundæ. *l. filia cuius.* 18. *C. fam. erciſc.* Si verò ob cauſam temporalem non perpetuam, putà dotis, vel donationis propter nuptias, vel denique matrimonij, aut quam aliam ſimilem, docuimus in præcedentibus fore vt confirmari non poſſet, nec proinde præcipua retineri deberet, ſed diuidi cum cæteris bonis, niſi ratio aliqua faceret in contrariũ, vt in *d. l. Pomp.* 35. *D. eod.* At donatio facta propter merita filij præcedentia, neque hoc neq; illo donationis genere continetur, quia ſicuti ſimplex donatio dici non poteſt, que cauſam expreſſam habet. *l. hoc iure.* 19. §. *pen. l. Aquilius.* 27. *D. de donat.* ita neque facta videri ob cauſam aliquam temporalem, cùm cauſa meritorum referatur ad tempus præteritum, iámque finitum eo tempore quo donabatur, ita vt amplius nunquam finiri poſſet. Ex hoc tamen apparet propiùs eam accedere ad naturam ſimplicis donationis, quandoquidem parum refert, an donatum ſit ſine cauſa, an verò ex cauſa iam impleta & in præteritum collata, vt & in *l. ſi ita legatum.* 12. *ff. de condic. & demonſt.* quemadmodum è contrario mhil refert dicimus vtrum ab initio ſine cauſa quid datum ſit, an cauſa propter quam datum eſt ſecuta ſit, *l. pen. D. de condict. ſin. cauſ.* Ergo concludamus donationem in filium collatam propter eius bene merita confirmari ſilentio & morte patris, & ideo in diuidenda patris hereditate præcipuam retineri eam debere officio iudicis familiæ erciſcundæ, acſi nulla meritorum mentio facta eſſet.

communie, ſed tamen officio arbitri familiæ erciſcunda vt præcipua filiofam. erit adiudicanda.

9 *Pecuniâ quam pater impendi voluit in cauſam ſtudiorum, in malos vſus conſumptâ locum eſſe collationi ex ſententia Bartoli & aliorum.*

10 *Contraria Pauli Caſtrenſis opinio probatur reprobata tamen Caſtr. ratione, & alia veriori ſubſtituta.*

11 *Pater qui filio legitimam repreſentauit, ſi eam filius profuderit, non minùs eidem legitimam mortis tempore debiturus eſt.*

12 *Reſponſio ad locos quibus Bartolus ſuam ſententiam de collatione pecuniæ in malos vſus conſumptæ confirmare nititur.*

13 *Locupletior non cenſetur qui ſcientiam acquiſiit.*

14 *Quando credatur pater pecuniam quam filio dederit ſtudiorum cauſa donatam ei voluiſſe.*

15 *Huiuſmodi pecunia quando & quomodo conferatur.*

NON valde diſtat error hic à ſuperiore: nam & huiuſmodi donationem † quæ à patre in filiumfamilias ſtudiorum cauſa collata ſit, valere putant interpretes, non minùs quàm eam, quæ facta ſit ex cauſa meritorum, quòd vtraque ſit iuſta. Ideóque de hoc duntaxat, quærunt an imputanda ſit in quartam filij & conferenda, necne. Putant verò non eſſe conferendam, neque imputandam. Ex *l. qua pater filio.* 50. *D. fam. erciſc.* Cum quibus & ego ſentirem ſi crederem hanc valere donationem. Sed nego † ex cauſa ſtudiorum magis quàm ex alia vlla fieri poſſe, vt valeat donatio inter patrem & filium. Ratione illa perpetua & generali, quæ nullã omnino patitur exceptionem, quod neque poſſit vlla eſſe donatio ſine obligatione, ſiue à conuentione incipiat, ſiue à traditione, neque vlla obligatio cõtrahi inter patrẽ & filium in poteſtate. De quo, quia in ſuperioribus ad nauſeam vſque ſcripſimus, nihil nunc repetemus. Tantũ monebimus Vlpiani † reſponſum quo noſtri mouentur in *d. l. qua pater.* ad hanc ſpeciem non pertinere, quæ eſt de filiofamilias, ſed ad filium emancipatum, vt verba ipſa legis clamant. Quid verò attinebat Vlpianum præcipuè in libris Opinionũ, non reſponſorum ad propoſitas facti ſpecies accommodatorum tractare de emancipato, ſi in filiumfamilias eadem quæſtio cadere potuiſſet? Filio † emancipato & donare poterat pater, & credere prout maluiſſet, nec minùs ex ſtudiorum cauſa quàm ex alia qualibet. At filio in poteſtate conſtituto pecuniam ſtudiorum cauſa ſubminiſtrare quidem potuiſſet, at non credere, neque donare, quia neque ex mutuo, neq; ex donatione poteſt filiusfamil. patri ciuiliter obligari. An igitur deterioris conditionis erit filiusfamilias quàm emancipatus ob id quod non potuerit donationem accipere à patre nequidem ſtudiorum cauſa? Immo debet eſſet eſſe melioris ob id quod neque potuit patri ex mutuo ſaltem ciuiliter obligari, quomodo potuiſſet obligari emancipatus, atque ita non poteſt in eum cadere diſtinctio, quæ cadit in emancipatum, an pater pecuniam ei creditam voluerit, an donatam. Quid ergo iuris erit, ſi neque credita dici poſſit neque donata? Illud ipſum nempe quod eſſet ſi data non fuiſſet. Quid enim refert an data non ſit, an verò data quidem, ſed ita vt donationis titulus nullus inueniatur? Proinde † non ſolùm non conferetur, cùm collatio & communicatio quælibet ſupponat præcedentem dominij proprij acquiſitionẽ, ſed neque in legitimam filij portionem imputabitur, quia quo caſu ſi valeret donatio non eſſet imputanda, multo minùs imputanda eſt cùm non valet. Poſſet quidem pecunia ſi extaret vindicari per patrem quamuis in id donata eſſet, vt in ſtudiorum cauſam conſumeretur, quippe quæ in dominio patris perpetuo manſiſſe intelligeretur. Sed cùm ſit conſumpta neque vindicari poteſt, quia non extat, neque condici, quia non eſt hic caſus

ERROR VII.

De donatione facta filiofamilias per patrem fauore ſtudiorum.

SVMMARIA.

1 *Donatio facta filiofam. à patre fauore ſtudiorum ex interpretum ſententia valet, eàque nec eſt conferenda nec in quartam imputanda.*

2 *Huiuſmodi donationem non valere aduerſus interpretes.*

3 *L.* quæ pater. 50. D. fam. erciſc. *ab interpretibus ad ſententiam ſuam ſtabiliendam male referri.*

4 *Iure Digeſt. filio emancipato & donare poterat pater, & credere qualibet ex cauſa: ſecus erat in filiofam.*

5 *Pecunia quam pater filiofam. ſubminiſtranit ſtudiorum cauſa neque conferri, neque in legitimam imputari poteſt.*

6 *Ex mutuo quod pater expreſſim dixit velle ſe contrahere cùm filiofam. pecunia numeranit nulla naſcitur obligatio.*

7 *Ex cauſa mutui inter filiumfam. & patrem quando naſcatur naturalis obligatio.*

8 *Mortuoiam patre ſi adhuc extet pecunia, quam ille filiofam. ſubminiſtranit ad ſtudia illa cenſenda eſt*

casus ex iis in quibus, siue mutuum, sine donatio per consumptionem possit conualescere, cùm ea ipsa ratio quæ ab initio impedit ne obligatio nascatur, impediat etiam ne per consumptionem inducatur, filio scilicet vtroque tempore existente in patris potestate. Adeò vt
6 neque putem ex mutuo † quod pater expressim dixerit velle se contrahere cum filio familias pecuniam numerauit, nasci posse obligationē vllam vel naturalem contra filium, qui nulla bona habeat eo tempore, neque probabiliter habere speret, vnde soluere patri possit. Nec enim natura ipsa patitur nedū lex ciuilis, vt obligationis vinculum vllum contrahatur quod non possit
7 etiam dissolui. Tumque admittendum est contrahi † ex mutuo naturalem obligationem inter filiumfa. & patrem, cùm filius habet peculium, quamuis non nisi profectitium, vt in *l. frater à fratre.* 38. *de cond. indeb.* quia & profectitium peculium proprium filij quasi patrimonium est, vt & serui. *l. hunc quæritur.* 29. §. 1. *l. quoties.* 47. §. *vlt. D. de pecul.* potestque filius ex eo soluens liberari ab obligatione naturali qua patri tenebatur.
8 Quod si poneres mortuo † iam patre adhuc extare pecuniam quam ille filio subministrasset studiorum causa, esset illa procul dubio communis inter fratres omnes, ob idque nec tractandum de ipsa communicanda, cùm id quod iam commune est, magis commune fieri nequeat, sed de diuidenda ea tm. l cum cæteris rebus omnibus hereditariis. At non eo minus officium arbitri in hereditate diuidenda tale esse deberet, vt pecuniam illam filiofamilias præcipuā adiudicaret, cùm etiam in emancipato idem dicendum esset, confirmata nimirum per patris mortem donatione. *d. l. quæ pater iunct. l. filiæ cum,* 18. *C. eod. l. donationes quas parentes. C. de donat. int.*
9 *vir. & vxor.* Quid si pecunia morriente † quidem patre iam consumpta esset, sed in malos vsus cùm eam pater impendi voluisset in caulam studiorum? Magis cōmuniter probatum est locū esse hoc casu collationi, quasi nec credendus sit pater donasse, cùm causa propter quā dedit secuta non fuit. Sic enim post Bart. & alios Decius ad *Auth. quod locum. C. de collat.* Ego non pro-
10 bo, & contrariæ † Pauli Castrensis opinioni subscribo. At non ratione illa qua ipse mouetur quod filius hanc pecuniam si extaret conferre non cogeretur, extantem enim nec nisi studiorum causa donatam vel restituere & conferre cogendus esset filius, vel in eos vsus impendere in quos pater voluisset cuius voluntas alioqui impunè circumueniretur [Sed quia vbi consumpta est, licet donata dici nequeat, non impleta causa, ob quam fuerat donata, nihil tamen ex hoc inferre possis, cùm non eo magis fuerit filius ad restitutionem vllam obligatus, quia, vt diximus, nec potuit obligari, vt proinde post mortem patris nihil supersit, de quo quæri possit, an conferri debeat, neem. Dices etiam consumpta pecunia quæ fuerat subministrata, certam esse quantitatem quæ adhuc conferri possit scilicet minus ex hereditate communi accipiendo, quomodo interdum quoque fit collatio *l. dotis quidem.* 5. *C. de collat.* Sed respondeo non posse ius hoc collationis ita faciendæ induci, quin prius necesse fuerit per consumptionem pecuniæ contrahi obligationem aliquam pro patre, aduersus filium quæ postea suo tempore posset inducere necessitatem faciendæ collationis mortuo quandocumque Patre. Cur enim aut quomodo cogatur quis conferre id quod nec habeat, nec debeat? At qui filiusfamilias cùm pecuniam consumpsit nihilo magis patri obligatus esse cœpit, nec aliud quicquam est, quod facere possit, nisi sibi imputare, cur pecuniam dederit perdituro, vt dici solet de eo qui credit aut soluit pecuniam minori *l. quod si minor.* 24. §. *restit. ff. de minor.* Multo enim magis idipsum patri objicere liceat, siue quod pater mores filij perspectos habere debuit, siue quod si de iis dubitabat præceptorem & moderatorem eligere poterat, cuius dili-

plures 12. §. *cum tutor. ff. de admin. & perie. tut* Qua etiā gentia fieret, ne quid tale de filio esset timendū *l. cum* ratione non dubito quin verum sit quod Bald. tradit ad *auth. si captiui, C. de episc. & cler.* patrem † qui filio 11
portionem legitimam minus repræsentauerit, si eam filius profuderit non eo minus eidem filio legitimam mortis tempore debiturum, quia non potest prodesse patri solutio facta consumpturo, præter id quod eo tēpore facta est, quo nihil dum debebatur. *l. stipulatio ista.* 38. *inter de verb. oblig. l. sub conditione.* 16. *D. de condict. indeb.* Quare ad rem non pertinet † quod Bart. 12
objicit ex *dict. authent. quod locum & ex l.* 1. §. *confertur. l.* 2. §. *de illa eod.* qui loci omnes loquuntur de emancipato, vel de eo, cuius culpa post mortem patris interuenerit, quem certum est, ex eo tempore, quo quid dolo malo & in fraudem futuræ collationis admiserit, obligari potuisse. Quanquam & faretur *in d. l.* §. *confertur.* nunquam esse cogendum eum qui sibi insidiatus fuit, vt conferat quod dolo malo perdidit, si acquirendi duntaxat occasionem amisit. Cui vero magis hoc conuenit quàm ei qui pecuniam studiorū causa acceptam in malos vsus profligauit? An non enim hic sibi insidiatur, potius quàm vel patri vel futuris coheredibus? Nam neque patrem decipit in eo, quod pecuniam consumit, quam pater non nisi vt consumeretur dederat, sed in eo, quod non studet. In quo ipso non alij procul dubio quàm sibi facit iniuriam, cùm etsi studuisset non eo magis tamen locupletiorem feciſſet patrē patrisve hereditatem, adeóq; quod magis est, nec ceptum. vt intelligas tanto verius esse quod ego volo nunquam cogendum eum ad collationem istius pecuniæ siue bene siue male consumptæ, cùm neque pecuniæ vice esse possit, Nam si locupletior non intelligitur qui liberum adquisit, vt lex ait, quanto minus 13
† qui scientiam adquisit rem non pecuniariam, sed exi- 14
mij laboris mercedem nullo precio nummario æstimandam *l.* § *an & philosophi. ff. de extraord. cognit. iunct. l. si pater.* 34. *in fin ff. de don.* Illud planè non nego quod vult Bart. ad *l.* 18. *nec castrense. num.* 8. *ff. de collat.* vbi quæstionem hanc ex professo tractat, tunc demum patrem † credendum esse pecuniam quam filio siue in 14
potestate constituto siue emancipato dederit studiorū causa ei donatam voluisse, cum nihil apud patrem fuit quod esset filij, siue ex causa castrensis, siue aduentitij, cuius ille est legitimus administrator. In dubio namque de ipsius filij bonis potius, quàm de suis dedisse videri debet. *l. vlt. ff. de peti. hered. l. Nesennius.* 34. *ff. de negot. gest.* Sicut & alius quilibet administrator, si quid gerat quod & proprio & administratorio nomine genere potuerit, in dubio dicendus est administratorio potius nomine gessisse *l. cùm post* 43. §. 1. *ff. de admin. tutor. l. post mortem.* 5. §. 1. *& l. vlt. D. quand. ex fact. tutor.* Sed etsi pater † qui de suo pecuniam filio in 15
causam studiorum ministrauit, voluntatem suam declarauerit quod eam pecuniā conferri velit, placet standum esse patris voluntati, vt pluribus *Cravet. cons.* 125. Quod ego sic intelligo vt collatio fieri hoc casu debeat minus accipiendo vt in *d. l. dotis quidem*, acsi in portionem suam hereditariam filius eam pecuniam imputari iussus esset. Alioqui sumpto propriè collationis nomine pro communione, non posset facere pater vt filius cogeretur aut posset communicare fratribus id quod ipse sibi proprium numquam habuisset. Nisi idipsum quod ei perperam & frustra donasset postea legaret vt morte patris confirmato legato per legem, dominium filio non tanquam donatario, quod fieri non posset, sed tanquam legatario acquireretur. Tunc enim posset conferre quod iam ipsius proprium, nec amplius alienum esset. Hanc tamen paternæ voluntatis declarationem quocumque tempore fieri posse arbitror, id est non tantùm post datam pecuniam, & ex interuallo quoque, sed etiam post eam consumptam,

quia

quia cùm donatio non valuerit ab initio, nec si data sit pecunia expressim animo donandi, nec ante donatoris morte confirmetur, nihil obstat quominus possit donator quam velit legem suæ liberalitati dicere quandiu viuit: quia eo casu non posset donator imponere legem collationis nisi in ipso tempore donationis *d. l. illud* 20. *in fin. C. de collat.*

ERROR VIII.

De eo quod filiusfamilias industria sua quæsiit ex pecunia patris, an sit conferendum.

SVMMARIA.

1 *Veteres glossatores existimarunt quicquid ex pecunia patris acquiritur filiofam. patri acquiri.*
2 *Bartolus distinguit an quæsierit ex pecunia patris sine vlla labore suo, an præter pecuniam accesserit quærentis labor seu industria: vt illo casu acquiratur patri in solidum: hoc verò nonnisi ex dimidia parte, quæ vtique sit communicanda.*
3 *Ratio distinctionis Bartoli vnde sit petita.*
4 *Socinus sententiam Bartoli ad eum quoque casum producit, quo filius clandestinè pecuniam patris accepit vt ex ea negotiaretur.*
5 *Quibus casibus locus non sit opinioni Bartoli, ex sententia Decij.*
6 *Quando locũ habere velint interpretes illud quod statuit Bartolus de lucro in viriles partes diuidendo.*
7 *Disputatio autoris aduersus Bartoli & aliorum commenta.*
8 *Iustinianus nihil innouauit quod attinet peculium castrense, quasi castrense & profectitium, sed tantum quod ad peculium aduentitium.*
9 *Etiam hodie viget ius vetus statuens vt quicquid acquirit filiusfam. ex re patris, per industriam suam patri acquirat & num.* 17.
10 *Vix casus reperiri potest, in quo sine industria, quicquam acquiratur, itaque perperam restringit Bartolus constitutionem Iustin. in l.* cum oportet C. de bon. quæ libet.
11 *Quæstus quid, & vnde dictus.*
12 *Quam sit absurda productio sententiæ Bartoli relata supra nu.* 4.
13 *Argumentum quo probatur patri totum acquiri quod ex re patris filiusfam. acquirit, licet aliquid in eo contulerit industria.*
14 *Quod filiusfa. ex laboribus suis, acquirit sibi, non patri, ex Iustiniani constitutione.*
15 *Seruus fructuarius fructuario acquirit, siue ex re fructuarius fructuario acquirat.*
16 *Inter patrem & filiumf. nec tacitam nec expressam societatem contrahi posse contra interpretes.*
18 *Ridiculè statuere interpretes filiumfa. sibi totum acquirere quod per industriam suam acquirit ex re patris, si proprio suo nomine tantum & periculo suo se exerceat.*
19 *Proprietarius inuito fructuario nihil potest facere quod vsumfructus causam faciat deteriorem.*
20 *An quæ filiusfam. sua industria quæsierit ex re patris, communicanda sint fratribus & conferenda.*
21 *Quæ profectitia conferantur.*
22 *Error duplex in pronunciato Bartoli bona per industriam filij ex re patris acquisita conferenda sunt quatenus profectitia: non conferenda verò quatenus aduentitia.*
23 *Quæ dividi, quæ communicari dicantur, quæ verò nec dividi nec communicari.*

HÆc quæstio iam olim ab antiquis glossatoribus tractata est, sed ita tamen vt ex iis nemo † dubitauerit, quin patri acquireretur, quidquid ex pecunia patris acquireret. Sic enim *Accurs. in l. cum oportet. 6. in princ. in verb. ex eius. C. de bo. quæ liber.* & Specul. *in tit. de ind. §. sequitur. vers. vt autem. Et in tit. de act. §. vers. item cum agit. §.* Quasi non sit dubitandum quin profectitium sit quicquid acquiri ex pecunia patris. Primus Bart. † scripsit esse hoc accipiendum cum ea di- 2
stinctione, vt procedat in iis tantum quæ filius ex pecunia patris quæsiuerit nullo suo labore nullâque industria. Sed si lucretur aliquid cum pecunia paterna & opere suo. Tunc dic, inquit, quod illud lucrum quod attribuitur pecuniæ debeat cõmunicari tanquam profectitium. Sed id quod attribuitur personæ non communicari tanquam quod sit aduentitium. Idcóque cõmunis est consuetudo quod medietas lucri detur personæ, alia pecuniæ ex notat. in *leg. 1. Cod. pro socio.* Ita Bartolus in *l. 1. §. nec castrense. num. 5. D. de collat. bonor.* cuius sententiam & distinctionem posteriores interpretes secuti sunt, quos refert probatque Decius ad *l. illud* 20. *in fin. nu.* 10. & 11. *C. de collat.* Huius distinctionis † ratio tota ex eo pendet quod Iustinian. induxit in *d. l. cum oportet.* vt quicquid filius acquirit laboribus suis & ex sua industria, sibi acquirat, non patri quantùm ad proprietatem, patri verò quantũ ad vsumfructũ duntaxat. Inde namque visum est posse inferri, quoties hodie filiusfamilias ex suis laboribus, & ex pecunia patris aliquid acquirit, tacitam videri contractam societatem inter patrem & filium, sicut & inter alios quoslibet sic posset cõtrahi, vt vnus pecuniam, alius operam suam conferret *d. l. 1. pro socio.* Plerunque enim tanta est industria socij, vt plus conferat societati quã pecunia *l. 1. §. 1. l. si non fuerint. 29. §. 1. l. quid enim. 80. D. eod.* Vsque adeò autem placuit quibusdam hæc Bartoli sententia vt voluerint ei † esse, 4
illo quoque casu, quo filius clandestinè patris pecuniam accepit, vt ex ea negotiaretur. Sic. n. Bartolum. Socin. *cons. 92. col. fi.* quem sequitur Decius supradicto loco, vbi addit posse duobus tantùm casibus non † 5
esse locum opinioni Bartoli, quorum vnus est si quid illicitè fuerit acquisitum, putà ex lusu aleæ, aut alio huiusmodi prohibito. Illicitè siquidem acquisita non sunt communicanda, vt notat idem Bartolus in *l. quod seruus in fi. D. acquir. poss.* Alter est si filius nomine patris negotietur. Tunc enim totum lucrum patri acquiri omnes consentiunt, quemadmodum è contrario, inquiunt, si filius proprio suo nomine tantùm, & suo periculo se exercuisset, sibi totum nihil patri quæsiuisset ex notat. per Bar. *in l. quia poterat 4. in fin. D. ad SC. Treballianum.* Sanè quod de lucro † isto in viriles 6
diuidendo tradit Bartolus, fatentur cæteri, vt aliquid largiantur Baldo qui diuisionem illam Bartolinam rusticanam esse scripsit, intelligi debere, si non appareat, an plus minúsve ex industria personæ quàm ex pecunia prouenerit, aut contrà. Cum enim appareat, magis probant alias diuisionis partes arbitrio iudicis fieri oportere, eóque casu Baldi sententiam sequendam esse. Ita vulgo nostri. Omnino aliter † sanè quàm aut ex Iustiniani constitutione dici possit, Iustin. enim neque in 7
d. l. cùm oportet, neque alia vlla sua constitutione quicquam innouauit † quod attinet ad peculium profectitium, non magis quàm quod ad castrense, sed tantùm 8
quod ad peculium aduentitium, vt sæpius iam monuimus, & constat apertissimè ex *d. l. cùm oportet*, vbi specialiter hic casus excipitur, si quid filiusfam. quæsierit ex re patris, nec sit capax acquisitionis filiusfamilias etiam inuito patre, nisi in his quæ vel ab alio quàm à patre acquisierit, vel ex laboribus suis tantùm, non etiam ex re patris. Et quamuis in ea constitutione esset ambiguitas aliqua, quæ tamen nulla est, sufficeret

nobis

ambiguitas aliqua, quæ tamen nulla est, sufficeret nobis ad victoriam, quod eam Bartoli distinctionē Iustin. ipse non expressit, quódque casus ille quo filius per industriam suam acquirat ex re patris fuit omissus. Cessante siquidem noua constitutione nihil aliud est
9 quod dici possit nisi sequendum esse ius vetus † cuius proculdubio illa ratio semper fuit, vt quicquid acquireret filiusfamilias multò magis verò si ex re patris, id acquireret patri, etiamsi multum operæ & industriæ suæ conferret in eam acquisitionem. Quid enim est quod possit filiusfamilias acquirere siue ex re patris, siue aliunde, in quo nō debeat impendi qualis qualis aut labor aut industria? Itaque cùm Bart. constitutionem Iustin. restringit ad eum casum, quo filius aliquid lucratus sit ex pecunia patris nulla industria sua concurrente, nihil agit nisi vt inutilem eam faciat & illusoriam, cùm vix reperiri casus † possit in quo sine indu-
10 stria quicquam acquiratur. Immo quæstus † ille tan-
11 tùm esse intelligitur qui ex opera cuiusque descendit. *l. quæst. 8. D. pro socio*: dictus se à quærendo quo verbo nihil aliud nisi factum & industria personæ significatur. Adeò vt tum quoque cum res aliqua venditur, pretium non ex negotiatione percipi dicatur *l. vendit. 21. D. de hered. vel act. vendit.* Secundum quod fieret consequens Bart. sententiæ, vt si filius rem paternam vendidisset non tantum patri, sed sibi quoque negotium gerens, pretij partem hoc ipso sibi acquireret, tanquam ex negotiatione sua, magis quàm ex re patris reductum. Maximè verò si cum Socino & Decio, quos retulimus eam Bart. sententiam protrahas ad filium qui rem patris etiam clandestinè inuaserit, vt ex
12 ea sibi negotiaretur. Quo † tamen absurdius quid obsecro dici potest, vt ex sua improbitate lucri occasionem filiusfamilias nanciscatur, & quidem ex re patris? *l. si possessor. 52. D. de pet. hered. l. itaque, 12. D. de*
13 *furt.* Me etiam mouet † quod scriptum est in *l. qui bona. 25. D. de acqui. rer. dom.* eum qui bona fide alicui seruat, siue alienus seruus, siue homo liber est, non solum quicquid ex re eius cui seruit acquirit, ei acquirere cui seruit bona fide, sed etiam si quid ex operis suis acquisierit simili modo ei acquirere. *Nam & opera*, inquit, Vlp. *quodam modo ex re eius cui seruit habentur, quia iure operas ei exhibere debet cui bona fide seruit.* Quidni ergo eadem ratione dicere nobis liceat multo magis: Ex re patris totum acquisitum videri quod filiusfamilias ex ipsius patris pecunia acquisierit, licet aliquid in eam rem contulerit industriæ? Etenim scio filium non debere operas patri, quomodo seruus debet domino vel libertus patrono. *l. pen. D. de obseq. parent. & patron. præst.* dubitari tamen non potest, quin filius emancipatus, de quo loquitur *d. l. penult.* sed in familia retentus industriam suam totam debeat patri, cui ob hanc causam non minùs acquirebat ille olim ex industria sua, etiamsi aliunde quàm à patre pecuniam habuisset, quàm si pecunia patris fuisset. In quo licet Iu-
14 stinianus fecerit ius nouum inducto eo, vt † quod filiusfamilias ex suis laboribus acquirit, acquirat sibi, non patri, non ideo tamen consequens est, vt voluerit Imperator ius verus correctum esse, factúmque filiumfamilias capacem acquirendi sibi ex industria sua, si industriam impenderet in exercenda pecunia, quæ esset patris: Hoc enim saltem æquum esset manere ex iure vetere vt quod filius ex industria sua per rem patris acquireret, potiùs ex re patris totum acquisisse diceretur, quamuis per industriam suam, etiamsi nihil de eo Iustin. dixisset. Multo igitur magis cùm eum nominatim casum exceperit, vt diximus, quo ex re patris acquisitio
15 facta sit. Nam & cùm de seruo fructuario † tractamus, quem constat acquirere fructuario, siue ex re fructuarij, siue ex operis suis acquirat, *leg. si serui vsusfructus. 21. D. de vsufr.* non dubitatur quin fructuario acquirat quicquid acquirit ex administratione bonorum fructuarij, non tanquam ex opera sua id quæsierit, sed tanquam ex re ipsius fructuarij *l. ex re fructuarij. 31. eod.* Itaque si poneres vsumfructum seruo sic constitutum, vt non nisi ex re fructuarij posset acquirere fructuario, ex operis verò suis acquirere proprietario deberet [quidni enim liceat, vsumfructum hac lege constituere. *lege 4. eodem. iunct. l. in traditionibus. 48. D. de pact.*] proculdubio acquireret fructuario seruus quod per industriam & negotiationem suam ex administratione rerum fructuarij, acquireret, quia non ex opera sua, sed ex re fructuarij acquisisse dicendus esset. *d. l. ex re fructuarij.* Sed quod magis me mouet, ac in quo mirot tot interpretes hallucinatos esse, illud est, quod supponunt isti tacitam † quandam societatem 16
hoc casu contractam videri inter patrem & filium, atque ideirco abutuntur iis iuris nostri locis, quibus agitur de societate sic contracta, vt vnus pecuniam conferat, alius operam. Quæro enim, quomodo, aut quonam colore fieri possit, vt tacita societas inter eos contracta videri debeat, qui nec si voluissent expressam contrahere potuissent? Nam & cuiuslibet tacitæ conuentionis inducendæ ratio alia non est, quàm quòd pro expresse conuento habeatur quicquid tacite actum intelligitur *l. cùm quid. 3. D. de reb. credit. l. 2. 3. & 4. D. de pact. l. licèt 6. & seq. D. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. cont.* cùm nihil interfit an verbis an factis voluntas declaretur *l. non tantùm. 5. D. rat. rem. haber.* Atqui certum est inter patrem & filiumfamilias nullam posse contrahi expressam societatem, vt nec alium quēlibet contractum, quia societas nulla esse potest, quin socij inuicem obligentur, & quidem ciuiliter, nec rursus quin communicetur dominium earum rerum, quæ in causam societatis deducuntur. *l. 1. §. 1. & l. 2. pro socio l. 2. Codice eo.* pater autem neque filio ciuiliter obligari potest, neque res suas cum filio communicare, vt plus dominij in eum transferat quam quantum à seipso iam habet filius iure sui heredis: Ipse verò filius multo minus communicare quicquam potest qui nihil sui habet, vt loquitur *lex anus. 79. D. de iur. dot.* nec villa bona, *vt ait Iulianus in l. lex Cornelia 28. de vulg. & pupill. substit.* adeó que nec possit habere à patre tametsi pater velit. Quando enim magis vult, quàm cùm donat filio? Et tamen donatio iure potestatis impeditur *l. siue emancipatis. 17. Cod. de donat.* Multo igitur magis societas impedietur, ne siue expressa siue tacita valere possit. Ideóque quoties filiusfamilias negotiatur ex re patris, necesse est, vt patri ipsi negotietur, non sibi, etiamsi pater consentiat, vt sibi filius vel soli, vel coniunctim simul & patri negotietur, quia consensus ille patris non posset maiorem vim habere quàm expressa donatio à patre in filiumfamilias collata, quæ tamen nullo casu valeret. Tantum abest vt ignorante patre & clandestinè, vt loquuntur, filiusfamilias sibi soli ex re patris negotiari possit. Atque † ita 17
ex ipsa quoque interpretum traditione fatendum est acquiri patri soli quicquid filius per industriam suam acquirit ex re patris, si quidem nec ipsi negant acquiri totum patri, si filius negotiatus sit patri soli. Cui enim alij quàm patri posset negotiari qui sibi non potest ex re patris ne quidem nolentis? At illud magis mirum est † quod iidem volunt filiumfamilias è con- 18
uerso sibi totū acquirere quod per industriā suā acquirit ex re patris si proprio suo nomine tantū & periculo suo exerceat. Quid enim est quod periculo suo possit exercere filius, qui nec habeat proprium quicquam, nec habere possit? Sed etsi ponas habere illum bona materna, vel alia quædam aduentitia, quis nescit in potestate filij non esse vt quicquā ex iis alienet, vel amittat, propter cōiunctū ius patris qui habet in iisdem bonis vsumfructū *d. l. cum oportet & l. vlt. C. de bon. quæ lib.* Nā & in iis omnibus qui vsumfructū habent generaliter ita cōparatū est vt nihil possit fieri à proprietario, † quod vsus-
fructus

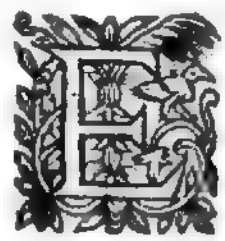
fructus cauſam faciat deteriorem, nec ſi concurrat fauor libertatis. Vnde olim erat quod ſeruus in quo alterius eſſet vſusfructus, alterius proprietas, à proprietatis domino manumiſſus libet non fieret, ſed, quod mirandũ, ſeruus ſine domino eſſet vt *ſcribit* Vlp. in tit. *de libert.* §. *ſeruus. & in l. ſi fructuarium.* 6. *D. de manum. teſtam. l.* 2. *D. de manum. vindict.* Nullus igitur caſus dari poteſt, in quo filius negatiationem aliquam ex re patris exercere poſſit periculo ſuo: niſi fortè de periculo vitæ noſtri intelligunt quod ipſum tamen etiam ad rem noſtram non pertineret, cum non eo magis filiusfam. capax fiat acquirendi à patre, quòd ſiue pro patris, ſiue pro ſuo ipſius commodo periculum vitæ aliquod incurrat. Potéſtque videri hoc etiã à filio debitum patri iure patriæ poteſtatis, ex quo antiquitus habebat pater in liberos vitæ ac necis poteſtatem *l. in*
20 *ſuis* 11. *D. de liber. & poſt.* An ergo quæ † filiusfam. ſua induſtria quæſierit ex re patris, fratribus communicabuntur & conferentur? Nam ſi defendimus eſſe iſta profecticia contra Bart. qui aduentitia pro parte eſſe vult, conſequens videtur vt quemadmodum Bart. ex eo infert non debere conferri, quoniam aduentitia non conferuntur. Ita nos à contrario conferri debere putemus, quandoquidem profecticia conferuntur omnia, excepta ſimplici donatione. *l.* 4. *l. vt liberis.* 17. *d. illud* 20. §. 2. *C. de collat.* Sed nolumus hanc contra nos fieri conſecutionem, ne quod vſuuenit Bart. vt ex falſa propoſitione inferat veram concluſionem nobis in contrarium ita cedat, vt ex vera propoſitione falſam concluſionem inferamus. Bartoli concluſio vera eſt: ea non conferri quæ filius induſtria ſua ex re patris acquiſiuit: Itémque verum quod ait, Aduentitia non conferri. *l. vlt. eo.* Sed illud falſum, quod aſſumit eſſe iſta aduentitia pro parte. Sunt enim profecticia & quidem in totum vt probauimus. Noſtra verò illa propoſitio quæ habet, eſſe iſta profecticia in totum, non ideo facit vt debeant conferri, & vt Bart. loquitur
21 communicari. Illa n. demum profecticia † conferuntur, quæ à patris bonis abſceſſerunt, cuiuſmodi ſunt dos & donatio propter nuptias etiam pro liberis in poteſtate conſtitutis datæ vel promiſſæ, *l. vlt. D. de dot. coll.* itémque donatio ſimplex in emancipatum collata *d. illud.* §. 1. Sed ea quæ tantum profecticia ſunt, nec à bonis patris vnquam abſceſſerunt, conferri à liberis nec debent nec poſſunt, ſed inter omnes liberos ſuccedentes diuidi pro hereditariis portionibus. Alioqui peculium profectitium veniret in collationem bonorum non in diuiſionem hereditatis quod falſum eſt *l. certum eſt* 13. *C. famil. erciſc.* Porrò non aliud eſt ius peculij profectitij quàm eorum quæ peculio profectitio ſunt acquiſita, cùm peculij quoque profectitij eſſe cenſeantur. Diuidenda igitur ſunt, non communicanda. Pro-
22 inde Bartoli † concluſio illa quæ habet bona per induſtriam filij ex re patris acquiſita conferenda eſſe pro qua parte ſunt profecticia, non conferenda verò quatenus ſunt aduentitia, ſicuti duabus partibus continetur, ita duos ad minus errores implicat. Priorem illum quod vult quatenus profecticia ſunt communicari, quæ tamen nulla ex parte communicantur, ſed tanquam paterna diuiduntur. Alterum quod vult quatenus aduentitia non communicari. Negamus tamen eſſe aduentitia, tametſi non communicari fateamur. Negamus etiã filio ipſi acquiſita videri poſſe, & ideo tantum dicimus non communicari, non quod filium ea ſibi retinere patiamur quæ patris fuerunt mortis tempore, ſed quo-
23 niam volumus diuidi inter fratres. Aliud † autem eſt diuidi, aliud communicari, nec quicquam vetat eadem bona & diuidi & non communicari. Diuiduntur quæ ſemper fuerunt patris, Communicantur quæ ſunt filij. Inter quæ medium etiam illud eſt, quod etiam aliqua ſunt quæ non poſſis dicere vel diuidi, vel non cõmunicari. Ea nimirum quæ filiofamilias pater donauit inter viuos & inutiliter ſiue donatione ſimplici, ſiue ob cauſam. Cùm enim donatio non valeat & perpetuò manſerint in dominio patris non poteſt dici ea vel communicari debere, vel non communicari, quia verbum ipſum communicationis & collationis ſiue affirmatiuè vſurpetur, ſiue negatiuè, præſupponit antecedentem dominij acquiſitionem. Neque tamen eo magis diuiduntur quia cùm donatio confirmata ſit morte, officium arbitri familiæ erciſcundæ eſſe debet vt eam per adiudicationẽ tueatur, eáque bona filio qui donatarius fuit præcipua adiudicet. In quo numero non nego etiam illa poni debere ex re patris filius laboribus ſuis acquiſiuit conſtet patrem ea filio donata voluiſſe: ſed patris voluntatem in hoc apertam exigo, ſecutámque ſaltem per ſilentium confirmationem quam non exigit Bartolus, qui vult acquiri hæc omnia filio, etiam patre inuito nedum ignorante.

ERROR IX.

De Bartoli diſtinctione circa bonorum profecticiorum collatitionem.

SVMMARIA.

1 *Prima pars diſtinctionis Bartoli de collatione profecticiorum.*
2 *Bartolum quidem rectè ſtatuere dotem & donationem propter nuptias conferri, ſed falſis rationibus id eo adſtrui.*
3 *Dotis & donationis propter nuptias diſcrimen.*
4 *Perperam enuntiare interpretes dotem & donationem propter nuptias dari liberis.*
5 *Secundum membrum diſtinctionis Bartoli.*
6 *Quæſtio de collatione dignitatis à patre filio comparatæ: & antinomia notata inter l.* 1. §. *nec caſtrenſe. D. de collat. & l. omnimodo.* 30. §. *imputari. C. de inoff. teſt. & l. impr. C. de coll.*
7 *Conciliatio dd. ll. à Cuiacio allata, & eiuſdem reprobatio.*
8 *Conciliatio Bartoli refertur, & vt probatior cõprobatur.*
9 *Quod ex Papiniano refert Vlpianus in d. l.* 1. §. *nec caſtrenſe. D. de coll. de dignitate non conferenda abrogatum eſſe à Iuſtiniano.*
10 *Ratio decidendi qua motus eſt Papinianus in d. l.* 1.
11 *Alia ratio iuris pro ſententia Papiniani.*
12 *Ratio propter quam Bart. ſtatuit militiam & alias dignitates conferri debere refertur & refellitur.*
13 *Alia Bartoli ratio expenditur.*



Tres ex iis quæ vtraque hac Decade ſcripſimus de iure collationis, apparet ſatis non ſolùm quia interpretes ſentiant circa collationem profecticiorum, & quid etiam nos etiam ſentiamus, iuuat tamen hoc capite vniuerſam tractationem velut in epilogum concludere, relata & confutata Bartoli diſtinctione, quam vnanimi ferè omnium interpretum, ne dicam pragmaticorum conſenſu video approbatam. *Is in l.* 1. §. *nec caſtrenſe. D. de collat. bonor. numer.* 11. diſtinguit in hæc ipſa verba †. 1
Quandoque, inquit, *pater dat filiis ob cauſam aliquam ad quam pater tenebatur & poterat cogi vt propter dotem, & donationem propter nuptias. & iſtud ſine dubiò confert, vt infr. tit. prox. per tot. & C. eod. l. filiæ, & l. illam, & multis legibus illius tit. Ratio quia cùm pater ex quadam neceſſitate dat, videtur velle quod conferat. Item, quia filio hoc poteſt quari in vita patris l. Pomponius Philadelphus, ſup. famil. erciſc. & per hoc confert.* Quod ait † dotem & donationem propter nuptias conferri veriſſimum eſt. Sed rationes quas adfert ſunt falſæ.

Prima

Prima ſanè quoniam pater dat quidem ex neceſſitate dotem pro filia, ſed non ſimiliter donationem propter nuptias pro filio *l. capite 19. aliàs l. qui liberos. D. de rit. nupt.* licèt vtramque det cùm dat, ex officio paterno *l. vltim. Codice de dot. promiſſ.* Deinde quoniam nemo vnquam dixit matrem vel auum maternum cogi dotare niſi ex valde magna cauſa *l. neque mater. 14. Codice de iur. dot. l. penult. D. de agnoſc. liber.* & tamen certum eſt dotem ab iis datam omni modo conferri oportere, non minùs quàm eam, quæ data ſit à patre, *d. l. illam. l. vt liberis. 17. l. illud. 20. §. 1. Codice de collat.* Poſtremò, quia ſi ratio eſſet bona & vera, ſequeretur quod iam olim donatio propter nuptias data pro filio conferri debuiſſet propter patris voluntatẽ. Hoc verò falſum eſt, quia edictum Prætoris de dotis duntaxat non etiam de donationis propter nuptias collatione loquebatur, primúſque Leo fuit, qui conſtituit, vt donatio propter nuptias, ad exemplum dotis, conferretur *in d. l. ne liberis.* ſi Iuſtiniano credimus *in l. quoniam. Nouella 29. Codice de inoff. teſtam.* Altera verò Bartoli ratio ideo falſa eſt, quia licet filia ſit capax dotis conſtante matrimonio quamuis viuo adhuc patre *d. l. Pomponius.* non tamen ſimpliciter filius, cuius nomine pater contulit donationem propter nuptias in nurum, dici poteſt capax donationis propter nuptias viuo patre, nihil enim prorſus iuris habet in huiuſmodi donatione, quæ non ipſi facta vel acquiſita eſt, ſed ipſius vxori, quamuis propter eam donationem habeat & vxorem & dotem. In quo
3 ſupra monuimus diſſimilem eſſe rationẽ dotis & † propter nuptias donationis. Nam dos quamuis ſit in bonis mariti, tamen eſt mulieris *l. quamuis. 75. D. de iur. dot.* At donatio propter nuptias non tantùm in mulieris bonis eſt, ſed etiam in dominio eius quiritiario & pleno iure, [Niſi quod præmoriente filio ad patrem in ſolatium amiſſi filij reuertitur exemplo dotis *l. 2. C. de bon. quæ lib. iunct. l. iure ſuccurſum. 6. D. de iur. dot. l. 4 C. ſolut. matr.*] ideóque & marito ipſi in dotem dari poteſt, vt fieri iam olim ſolebat *l. gen. 5. Cod. de ſecund. nupt.* Et in hoc erant maximè noſtri omnes, duce ſempet
4 Bartolo, quod de dote † & propter nuptias donatione ſic loquuntur quaſi dentur liberis ipſis, cùm è contrario dici debeat non aliter valere dotis dationem quàm ſi dos data ſit genero pro filia, nec dationem donationis propter nuptias, quàm ſi ea donatio collata ſit in nurum nomine filij *dict. l. Pomponius.* Itaque cùm tota hæc diſtinctio Bart. ad ea pertineat, quæ liberis ipſis dantur à patre, poſſumus intrepidè dicere, primam hanc diſtinctionis partem falſam eſſe. Sicut & illud quod iactari ſolet poſt Bald. & cæteros ad *l. 2. Codice de inoff. dot.* cum dos pro filia datur genero, vel donatio propter nuptias nurui pro filio, celeritate coniungendarum actionum vnam occultari, vt in ſpecie *l. 3. §. ſed ſi debitorem. D. de donat. int. vir. & vxor.* Id enim ſi ita eſſet, eueniret vt neque dos illa valeret, quæ à ſocero tradita eſſet genero, neque ea donatio quæ à ſocero nurui data eſſet, quia ſi rei geſtæ ordo is fuiſſet vt traditio facta eſſet filio primum aut filiæ, deinde per filiam genero, vel nurui per filium non potuiſſet filia dotem dando marito, aut filius donando propter nuptias vxori transferre dominium quod minimè habuiſſet: nullum verò habuiſſet ex donatione ſibi à patre facta quæ non valuiſſet. Quod diſſimile eſt in ſpecie *d. §. ſed ſi debitorem* vbi actus intermedius qui occultatur talis eſt, qui valeret etiamſi palam interceſſiſſet, ob idque non impediret validitatem ſecundi actus ſi non ex alia cauſa ſecundus ille actus infirmaretur. Nos verò cum caſum tractamus in quo ſecundus caſus valere poteſt, ſi conſideretur tanquam primus, non tanquam ſecundus, ille autem intermedius, quem noſtri occultati volunt, nec valeret ipſe, nec ſequentem, cuius inhabile medium eſſet, valere paterentur, ſi re ipſa interueniſſet. Cur ego inter-
5 ueniſſe retrofingatur? Sequitur apud † Bartolum, *Quandoque pater dat filio ex cauſa militiæ de qua dictum eſt ſupra, & iſtud ſimiliter venit in collationem, ſecundum eum modum quem habuiſtis. Ratio quia pater ad hoc videtur teneri ex quadam neceſſitate naturæ acquirere dignitatẽ filio vt in Auth. Conſtit. qua dignit. Sed melior ratio quia hoc poteſt quæri filio in vita patris. Et ideo feuda & emphyteuſes in quibus nullum eſſet perſonæ exercitium, vel quæ filio in vita patris non quærerentur non venirent in collationem ſecundum ea quæ ſupra dixi.* Hæc ſecunda diſtinctionis pars eſt de qua quoniam nihil in præcedentibus diximus, tanto plura nunc dicere oportet. Eſt enim vtilis tractatus & ſatis obſcurus ex eo, quod in
6 hac quæſtione † de militia & dignitate filio comparata videtur aliter ſenſiſſe Papinianus in *d. l. 1. §. nec caſtrenſe. D. de collat. bonor.* vbi negat filium quicquam hoc nomine conferre debere propter onera dignitati annexa quæ ſumere cogitur, Aliter verò Iuſtinianus in *l. omnimodo. 30. §. imputari. Codice de inoff. teſtam. & in d. l. illud. 20. in princip. Cod. de collat.* vbi vult omnia quæ pater ex hac cauſa pro filio erogauerit, & in filij quartam imputari & ab eo conferri. Nec aliam conciliationis †
7 tationem inuenit Cuiacius *lib. 3. Obſer. cap. 30. ad fin.* niſi vt ſeparanda militia ſit à dignitate, quod non probo. Nam & militia dignitas eſt, paſſimque eodem quo dignitas iure cenſetur apud Iuſtin. *in dict. Nou. 81. Conſtit.* quæ dignit. & ſua quoque habet onera, vt non minus in ea locum habeat ratio Papin. quàm in alia qualibet dignitate. Itaque melius hac parte † ni fallor
8 Bart. diſtinguit non militiam à dignitate, ſed militiam & dignitatem, quæ vel vendi vel ad heredes tranſmitti poſſit ab illa, quæ nec vendi nec tranſmitti poſſit. Sic enim diſertè Iuſtinianus ipſe diſtinguit *in dict. §. imputari.* Et quamuis *in dict. leg. illud.* non eadem diſtinctio repetatur, verba tamen conſtitutionis oſtendunt ſubintelligendam, cum facta ſit ea lex poſt *dict. leg. omnimodo.* ac in eius quodam modo declarationem, quod plerique putarent priorem legem, quæ de imputatione tantum locuta fuerat, non eſſe trahendam ad collationem. Quam interpretationem Iuſtinianus ſubuertit conſtituta regula vt quæcunque in quartam imputantur, eadem multo magis conferantur, & conſequenter, vt quæ non conferuntur, multo minus imputentur. Quamuis non è conuerſo dici poſſit, eſſe imputanda omnia quæ conferuntur: difficilius namque eſt vt quid in legitimam imputetur, quàm vt conferatur: quoniam de imputatione non quæritur, ſi inſpicias rationem iuris ciuilis, ex quo non valent pactiones quantumlibet iuratæ de non ſuccedendo, niſi cùm teſtamentum factum eſt, aliúſque ex teſtamento ſuccedit, quàm is contra quem imputandi neceſſitas inducitur, ob idque odioſiores ſunt imputationes. De collatione verò non quæritur niſi contra eum qui ſuccedat cum cæteris, quibus non vult conferre, ideóque ſunt collationes fauorabiliores quamuis non idcirco temerè inducendæ, nec ſine aliqua vel edicti vel conſtitutionis autoritate. Sed & quod dicimus tam dignitatem quàm militiam quæ vel vendi poſſit ad heredem tranſmitti & conferendam eſſe & imputandam, rectè idem Bart. *ad dict. §. nec caſtrenſe. numero quarto, & ſexto,* ſic accipit vt non quicquid à patre pro filio erogatum eſt vel imputetur vel conferatur ſed tantummodo lucrum quod tempore mortis patris ad filium poterat peruenire vt Iuſtin. loquitur *in dict. leg. illud* Ex quibus verbis tanto clariùs apparet non de alia dignitate vel militia ſentire Iuſtin. quam quæ vel vendi poſſit vel ad heredem tranſmitti, cùm alioqui difficile eſſet æſtimare quantum lucri moriente patre ad filium peruenire poterit ex ea dignitate quam nec tranſmiſſurus fuerit in heredem moriens, nec in alium tranſlaturus tametſi vellet viuens. Neque tamen mirum videri debet Papinianus indiſtinctè negare conferendum quicquam ab eo cui ex pecunia ſua di-

gnitatem quæſiuerit, cùm vt plurimum ea ſit conditio dignitatum vt neque ad heredes tranſmitti, neque vendi poſſint. Quanquam ſi quis mallet † dicere hanc diſtinctionem Papin. incognitam fuiſſe & à Iuſtin. primum inductam, is meo iudicio non errat. Nam verba conſtitutionum Iuſtin. tam *d.l. omnimodo* quam in *d.l. illud* nouum ius præ ſe ferunt, nec ad aliud videtur Iuſtin. reſpexiſſe præterquam ad id quod eiuſmodi erogationes à patre fiant ob cauſam iuſtam, & quamuis non neceſſariam, tamen non inutilem filio, qui proinde non debeat recuſare quominus hoc ſaltem lucrum, quod moriente patre adhuc ex ea dignitate ferre poſſit cogatur conferre vel in portionem ſuam legitimam imputare. Deductis ſc. oneribus dignitatis vt loquitur Bar. At Papiniano itémque Vlpiano qui Papiniani ſententiam refert *in d.§. nec caſtrenſe verſ. Sed aut id.* nimis
10 durum † videbatur vt cogeretur quicquam conferre filius ob eam dignitatem cuius onera ſolus reticeret, Onera inquam non tantùm ad pecuniariam cauſam ſpectantia de quibus ſolis & Iuſtinianus & Bartolus cogitarunt, ſed quæ ſunt longè grauiora gèrendæ dignitatis pro dignitate, magnificè, non ſordidè, prudenter, non caſu, &, quod caput eſt probè & ſobriè, ne ex qua vel minima culpa oneretur exiſtimatio. Tanti nimirum eſt habere dignitatem non quanti empta ſit, ſed quanti plerunque redemptas vellet dignitatis moleſtias, & quotidiana pericula, is qui iam impoſitum onus ſentit quàm ſit graue, dubiique ex euentu
11 lucri an damni. Addamus pro Papiniano † rationem aliam iuris non inelegantem, quod non aliter æquum ſit cogi quem præſtare æſtimationem rei pro re ipſa, quàm ſi aduerſarius rem ipſam quæ debetur accipere poſſit, vt ratiocinatur Marcellus in *leg. ſi mulier. 59.§. ex aſſe. D. de iur. dot.* Cur enim cogatur quis præſtare æſtimati onem pro ea re quam ipſam præſtare malit ſi poſſit? Atqui non poteſt is cui pater dignitatem comparauit, conferre fratribus eam ipſam dignitatem, quæ ſcilicet non poteſt abſcedere à perſona, ideóque nec de illo quæritur apud Vlpianum an cogendus ſit conferre dignitatem, ſed tantùm an conferre cogatur in nomine, id eſt pecunia quaſi cuius ſit ipſe debitor conſtitutus. Neque tamen ſtat per eum qui habet dignitatem ne conferre illam poſſit cùm velit, ſed per ipſam dignitatem quæ cùm ſit merè perſonalis communicari nullo modo poteſt. Nec igitur pecuniam vel minimam conferre cogendus eſt, tametſi ponas talem eſſe militiam aut dignitatem quæ vendi poſſit, vel ad heredes tranſmitti. Atque ita certè pro Papiniano contra Iuſtinianum æquè libenter atque contra Bart. ſi liceret, diſputarem. Sed quoniam Iuſtiniani autoritas inuito etiam Papiniano iuris ratione potior eſt, faciamus tantùm, ſi poſſumus, ne eadem iuris ratio Bartoli
12 quoque autoritate colliditur. Ait Bartolus † rationem illam eſſe propter quam militia vel alia dignitas debeat conferri, quòd patet ex neceſſitate quadam naturæ videatur ad hoc teneri, vt filio dignitatem acquirat. Hoc verò falſum eſt, neque probatur ex dicta Iuſtiniani Nouella 81. aut ex alio vllo iuris loco. Nec ad aliud patrem obligat votum commune, & naturæ & parentum omnium niſi vt omnia ſua liberis ſuis paret. *l. nihil intereſt, 50. §. ſed nunquid. D. de bon. libert.* ſcilicet poſt mortem ipſius patris: Non etiam vt viuus quicquam ei comparet, præterquàm ea quæ ad tuendam vitam neceſſaria ſunt, in quo numero nemo niſi planè indignus dignitatibus, poſuerit dignitates, ſine quibus multò meliùs & commodius, quàm cum iis, viuit quiſquis ſcit viuere, & quotidiè cogitat ſe moritutum. Et ex hoc maximè intelligimus veriſſimum eſſe, quod in præcedentibus diſputauimus poſteriores Imperatores in iure illo inducendo, De conferendis iis quæ ob cauſam data ſunt, non tam reſpexiſſe ad id, an cauſa eſſet neceſſaria, necne, ſiue ex parte donantis, ſiue ex parte donatarij, quàm vtrum aliqua fuerit dandi cauſa ex qua lucrum donatarius ſenſerit, & ſine qua non fuerit donator donaturus. Quare nec ſibi Bart. ſatisfacit in hac ratione, ſed meliorem † quærit, & putat ſe inueniſſe 13
cùm ait, *quia hoc poteſt queri filio in vita patris.* Quæ tamen ratio ſi eſſet bona, faceret vt illa etiam quæ pater expendiſſet ad curādum filio beneficium aliquod eccleſiaſticum, putà in mittendis Romam literis & nunciis, aut etiam Doctoratum conferri oporteret, cùm ſit filius iſtarum omnium cæterarúmque dignitatum capax in vita quoque patris, vt pote quas non à patre accipiat, ſed vel à Principe, vel ab alio qui dandi ius habeat ex iure publico: nam quod ad ius publicum attinet filius non ſequitur ius patriæ poteſtatis. *l. nam quod. 14. D. ad SC. Treb. l. in priuatis. 77. cum ſeq. D. de iud.* Econtrario autem duæ illæ rationes quas reddit Bart. ad *d. §. nec caſtrenſe. num. 4.* cur expenſæ beneficij, Doctoratus & aliarum huiuſmodi dignitatum non ſint conferendæ, quòd ſcilicet dignitates illæ cohæreant perſonæ, nec ad alū transferri poſſint, nec principaliter commodum pecuniarum reſpicere videantur argum. *l. planè. 94 §. vltim. de legat. 1.* nihil aliud probant niſi quod dignitates ipſæ non debeant conferri. At nos quærimus rationem quæ pertineat non ad ipſas dignitates, de quibus conferendis ſtulta eſſet dubitatio, ſed ad expenſas in dignitatibus quærendis factas. Non igitur alia melior ratio quærenda eſt quàm quæ à Papiniano allata fuit, ab Vlpiano probata, & à nobis noua rationis acceſſione confirmata. Quæ tamen cùm ſit generalis ad eas quoque dignitates, quæ & tranſmitti & vendi poſſunt, fatendum eſt, ſi quæratur, cur in his potiùs quàm in aliis collatio locum habeat, non aliunde petendam eſſe rationem quàm ex voluntate Iuſtiniani, cui viſum fuit ita eſſe conſtituendum, vt ius imputationis & collationis ampliaret, quod vtrum neque fuerat multo arctius temporibus Papiniani.

ERROR X.

Si pater ex ſua pecunia feudum vel emphyteuſim emerit pro ſe & filiis ſuis & quid de rebus à filio ipſo comparatis ex reditu feudi vel emphyteuſeos, an ſint conferendæ.

SVMMARIA.

1 *Sententia Bartoli de collatione feudi & emphyteuſeos, qua quis comparauit ex pecunia ſua pro ſe & filiis ſuis.*

2 *Ius ſuccedendi in feudo ſiue emphyteuſi ab ipſo contractu tempore quando ſit quæſitum filiis etiam inuito patre, adeò vt ipſis præindicare nequeat.*

3 *Pecunia impenſa à patre in feudum vel emphyteuſim cuius quæſitum eſt ius filij in vita patris conferri debet contra Bartolum.*

4 *Quod in vita patris lucratus eſt filius ex reditu militiæ vel dignitatis, aut etiam feudi & emphyteuſeos ſibi à patre comparata an conferri debeat, diſputatio cum Bart.*

5 *Æſtimatio militiæ, non verò fructuum ex militia redactorum conferri debet.*

6 *Malè concludit Bartolus fructus ex militia redactos idcirco conferendos eſſe, quod vendi poſſint & ad heredem tranſmitti.*

7 *Cùm pater filio dignitatem comparat cur valeat huiuſmodi donatio.*

8 *In quo melioris ſit conditionis donatio quæ nullam cauſam habet aliam præter liberalitatem patris, quàm*

quàm ea quæ cauſam aliam habet.

9 *Quid ſentiat Bartolus de imputatione in quartam eius quod ſoluit pater pro filio ex cauſa maleficij condemnato.*

1 QVOD verò addit Bart.† de feudo, & emphyteuſi quę quis cóparauerit ex pecunia ſua pro ſe & filiis ſuis, ita demum venire illa in collationem, ſi viuo adhuc patre cœperint eſſe filiorum, non etiam ſi poſt mortem duntaxat patris, non caret dubitatione, quod
2 ad poſteriorem partem. Cùm eo quoque † caſu quo non niſi poſt patris mortem incipiant iſta eſſe filiorum, verum tamen ſit iam inde ab ipſo contractus tempore fuiſſe iis ius quæſitum ſuccedendi quandoque in iis bonis etiam inuito patre, ſi patre, ſi ponas in conceſſione feudi vel emphyteuſeos factam eſſe mentionem filiorum tanquam filiorum, non tanquam heredum, hoc etiam addito vt ſpecialiter & proprio nomine ſint nominati filij in inueſtitura, adeo vt neque in patris poteſtate ſit, hinc filios iſtos exheredando, ſiue bona ſua omnia profundendo priuare filios iis emphyteuſibus & feudis, quæ non ſint hereditaria, ſed ex pacto & prouidentia non tam patris, quam concedentis, qui eam legem rei ſuæ dixit, filiis omnimodo debeantur. Hanc enim concluſionem hoc caſu quo in inueſtitura ſint expreſſa nomina filiorum, apud noſtros indubitatam eſſe teſtatur Iulius Clarus *lib. 4. ſent. §. feudum. quæſt. 41. num. 2. verſ. ſed in feudo nouo.* Itémque ſi ex aliqua alia coniectura poſſit apparere conceſſum eſſe feudum vel emphyteuſim non ſolùm intuitu recipientis, ſed etiam contemplatione filiorum vt loquitur idé Clar. *in §. emphyteuſis. q. 16. num. 1. in fin.* putà ſi tales eſſent filij & eius ætatis ac conditionis, vt iam tum poſſent ea ipſa dominio præſtare obſequia & ſeruitia præſertim militaria, quæ pater ipſe præſtare poſſet. Quamquam nec deſunt qui defendant etiam in feudis & emphyteuſibus nouis vſque adeo ius eſſe quæſitum filiis cum non ſunt illa hereditaria nec mixta, ſed meræ ex pacto, & prouidentia, vt quamuis propria eorum nomina non ſint expreſſa in conceſſione, non poſſit tamen pater filiis vllo modo præiudicare, ne quidem domino ipſo conſentiente, vt ex iis videre eſt quos refert Clar. *d. q. 16. nu. 1. verſ. his præmiſſis.* qui & de communi atteſtantur, licet contrariam ſententiam & veriorem & communiorem eſſe concludat. De quo nunc non diſputamus. Omnes enim quæſtiones quæ ad feuda & ad crimina pertinent in poſtremam Chiliadis noſtræ partem conferre cogitamus. At rurſum quid ſi feudum ſit nouum quidem & emphyteuſis noua, ſed ſic tamen datum datáve vt in feudum antiquum auitúmque habeatur, quæ vulgatis hodie inueſtiturarum clauſula eſt aut in emphyteuſim antiquam & auitam? Quoties enim agitur de feudo antiquo vel de emphyteuſi antiqua ſiue eccleſiaſtica illa ſit ſiue priuata, conſtat inter omnes ſi modo nec feudum hereditarium ſit vel mixtum, nec emphyteuſis hereditaria vel mixta, ſed ex pacto & prouidentia, etiamſi non ſint expreſſa nomina filiorum [quæ nec hoc caſu exprimi potuiſſent] filiis ex inueſtitura venientibus per patrem præiudicari nullo modo poſſe nec ſi velit vni ex filiis ea omnia prælegare. Idem *Clar. in d. § feudum. q. 40. num. 5. & 6. & q. 41. enim. 2.* Sed & filios etiamſi hereditatem paternam repudiare velint, poſſe tamen in huiuſmodi feudis & emphyteuſibus ſuccedere, neque in hoc deterioris eſſe conditionis quàm agnatos, vt concludit idem Clar. *quæſt. 76. & in d. §. emphyteuſis. q. 16. num. 3. & q. 37.* His ergo caſibus cùm ius † quæratur filiis etiam in vita patris neceſſario dicendum eſt, vel conferri debere pecuniam
3 quæ in eam rem à patre expenſa fuit, vel malam eſſe rationem Bartoli quæ nihil aliud intuetur niſi an ſit quæſitum feudum filio, vel quæſita emphyteuſis in vita patris. Præſertim cùm addat poſſe ſufficere vt filio ius ſit quæſitum ex contractu viuo patre etiam per retrofictionem, ad hoc vt poſſit teneri ad collationem ex *l. 2. §. id quoque D. de collat.* Quanto magis igitur tenebitur iis caſibus, in quibus eſt ius quæſitum filio iam viuo adhuc patre non per retrofictionem ſed verè? Nec eſt contrarium quod iiſdem interpretibus placet neque fundum antiquum neque emphyteuſim antiquam imputari debere in legitimam filiorum neque conferri tanquam quæ aduentitia eſſe videantur vt tractat Clar. *in d. §. feudum. quæſt. 46. num. 1.* Id enim poteſt in eo quidem feudo verum eſſe quod re vera ſit antiquum, & in ea emphyteuſi, quæ reuera ſit antiqua ſed non in feudo nouo dato in feudum antiquum nec in emphyteuſi noua data in antiquam. Hæc enim negari non poteſt quin profectitia ſint, cùm à patre ipſo ſunt acquiſita, nec quod in feudum antiquum vel in antiquam emphyteuſim accepta ſunt ad aliud pertinet, niſi vt eam habeant naturam quantum ad ius inueſtituræ & conceſſionis quod ad perſonas dantis & accipientium, non etiam vt eo minùs profectitia videri poſſint. Puto igitur fratrem qui ex pecunia & beneficio patris feudum habeat vel emphyteuſim, licet non niſi poſt mortem patris, ſi tamen ex eo iure habet quod iam in patris vita cœperit, quodque per patrem ei auferri non potuerit, obligatum eſſe vt conferat non quidem feudum ipſum vel emphyteuſim cuius leges & conditiones violarentur ſi ad alium peruenirent ex facto huius fratris quàm ad quos ex pacto peruenire debeat, ſed quantam pecuniam pater impendit ex quâ ſolus hic filius nunc lucrum ſentiat, quoniam ſi feudum emptum non fuiſſet, aut emphyteuſis, pecunia nunc reperiretur in hereditate, ac inter omnes ſucceſſores diuideretur, Nihilque poteſt æquius conſtitui, ne alioqui cæteris qui in feudo & emphyteuſi non ſuccedunt, hac iniuria, & vt inter omnes liberos æqualitas ſeruetur. Neque tamen probare ſimiliter poſſum quod addit† idem Bar. 4
ad d. §. nec caſtrenſe, nu. 7. quid in patris vita lucratus ſit filius ex reditu militiæ vel dignitatis, aut etiam feudi & emphyteuſeos ſibi à patre comparatæ id quoque cõferri oportere. Rationes illa quod huiuſmodi lucrum vendi poſſit, & ad heredem tranſmitti. *arg. l. defuncta. 58. D. de vſur.* quodque profectitium videatur quicquid filius lucratur deducta æſtimatione oneris perſonæ ſuæ. Etſi enim profectitia ſunt iſta omnia, quæ ex pecunia patris filio acquiſita ſunt, quod tamen non ex pecunia, ſed ex dignitate ipſa quæſitum eſt, quæ propria eſt ipſius filij, profectitium videri nullomodo poteſt, cùm ex ipſa dignitate eiuſque exercitio proficiſcatur, non ex pecunia patris immediata. Longéque aliud eſt in iis rebus, quæ filio obueniunt iure fructus & reditus ex iis bonis quæ fuerint à patre ipſo donata filio inutiliter ac quorum tranſlatio impedita ſit propter ius ac vinculum patriæ poteſtatis. Cum enim fructus iſti ex ea re percipiantur, quæ manſit in dominio patris, nec ad alium pertinere poſſunt, quàm ad eum qui ſit dominus rei ex qua percepti ſunt, quia iure ſoli & dominij, non induſtriæ percipiuntur *leg. qui ſcit. 25. §. 1. D. de vſur.* conſequens eſt vt ad patrem ipſum pertinere debeant ad quem & res ipſa pertinet, ac proinde tanquam profectitia cenſeatur. At cùm ex pecunia patris ſiue dignitas aliqua, ſiue militia vt feudũ, aut etiã emphyteuſis acquiritur, nihil habet aut etiam habere intelligitur filius à patre præter pecuniam, ſed ipſam habet à Principe, aut ab alio, qui concedendi habuerit poteſtatem, cúmque huiuſmodi acquiſitionis capax ſit præſertim hodie poſt Iuſtiniani conſtitutiones in *leg. cùm oportet. 6. & leg. vltim. Codice de bon. quæ liber.* nihil cauſæ video cur non poſſit & debeat ſuum dicere filius quod ex re ſua quæſit, licet rem illam quæſierit ex re patris. Nam nec res quæſita ex pecunia patris poteſt cenſeri paterna, non

magis quam res communis, quæ empta est ex pecunia communi *leg. si vnus.* 67. §. 1. *D. pro socio.* aut pignorata quæ empta est ex pecunia pignorata *leg. idemque.* 7. *in fin. D. qui potior. in pig. hab.* aut furtiua quæ ex nummis furtiuis. *leg. qui vas.* 48. §. *vltim. D. de furt.* aut dotalis quæ ex pecunia dotali *leg. ex pecunia.* 12. *Codice de iur. dot.* aut denique mea res quæ empta est ex pecunia mea *leg. qui aliena.* 8. *iunct. leg.* 1. *& pass. C. si quis alter. vel sibi.* Nec obstat nostræ sententiæ quod scriptum est in *d. l. illud.* 20. *in princip. C. de collat.* lucrum omne conferendum esse, &, vt verba legis habent, id quod occasione militiæ vni heredum ex defuncti pecuniis acquisitæ lucratur is, qui militiam meruit. Debet enim id intelligi, vt sequentia explicant, de lucro † quod consistat in ipsius militiæ æstimatione, non
5 in fructibus ex militia ipsa redactis. Sequitur namque, *vt lucrum quod tempore mortis defuncti ad eum peruenire poterat.* Igitur extra collationem vult esse Iustinianus id quod viuo patre peruenerat ex reditu militiæ ad filium, & tantum conferri quod moriente patre poterat peruenire, id si eo instanti vendita militia fuisset, quia illud demum est quod ex re patris profectum videtur. Denique militia ipsa est ex re patris id est quanti militia est moriente patre, Tanti autem est quanti vendi potest. Sed quod ex militia est non est ex re patris sed ex re filij cuius iam ipsa militia est. Quod apertius exprimit Iustinianus in *d. lege omnimodo.* §. *imputari. Cod. de inoff. test.* Neque est bona ratiocinatio † il-
6 la Bartoli, vt fructus isti ex militia redacti debeant idcirco conferri quod vendi possint & ad heredem transmitti vt probat ille ex *l. defuncta.* 58. *D. de vsufr.* Etsi enim non aliam militiam conferri Iustinianus voluit, quàm quæ vel vendi possit vel etiam ad heredem transmitti [non enim omnes militiæ & dignitates quæ vēdi possunt, ad heredem quoque possunt transmitti, quamuis è contrario quæ transmitti ad heredem possunt multo magis vendi possint] ex eo tamen non statim consequens sit vt conferri debeant omnia quæ vel vendi vel transmitti possunt, nisi etiam illud concurrat vt sint profecticia. Quamquam neque sufficit esse profecticia nisi sint etiam ipsi filio acquisita, Alioqui cum remanerent in dominio patris diuidenda essent non communicanda, quamuis in facienda hereditatis diuisione per arbitrium familiæ erciscundæ præcipua manere deberent apud filium cui pater donata voluisset *l. filiæ cuius.* 18. *C. famil. ercis.* In proposito autem cùm †
7 pater filio militiam aut quam aliam dignitatem compararit, licèt hoc ipso donare filio videatur, & quidem inter viuos, ideo tamen valet donatio, quod non ipsi filio pecunia traditur à patre, sed pro filio numeratur alteri, ei scilicet à quo filius postmodum accipit dignitatem, vt euenit cùm pater dat genero dotem pro filia, vel nurui pro filio donationem propter nuptias. Nam & ob eam rationem valet datio dotis & propter nuptias donationis. Et consequenter tam dos quàm donatio propter nuptias & militia conferenda est, quia & valet, & quamuis ex liberalitate proficiscatur, tamen causam habet, eámque velim filio, vel filiæ, cui collationis onus iniungitur, quæ res facit vt debeat conferri, non esse præcipua, quomodo esse deberet si donatio inter viuos simpliciter & sine causa quamuis inutiliter facta fuisset. In quo melioris est conditionis non donatio quæ non valet, quàm ea quæ valet, vt malè quis fortasse posset coniicere, sed ea †
8 quæ nullam aliam causam habet præter liberalitatem patris, quàm ea quæ causam aliam habet. Nam quæcunque causam habet aliam quam liberalitatem etiamsi valeat conferenda est, immo ob hoc ipsum quia valet: nec tractandum est de ea præcipua retinenda per officium arbitri cùm eo adminiculo non egeat donatio quæ ab initio subsistit *l. 2. C. de inoff. donat.* Quæ verò nullam causam habet, licèt non valeat ab initio, præcipua tamen retinetur nec inter successores diuiditur, non quia non valeat [hæc enim ratio facere potiùs deberet, vt non esset retinenda præcipua] sed quia & facta fuerat simpliciter, & confirmatur morte: Quæ autem & ab initio non valet, & causam aliquam habet, eam si quidem nec morte confirmatur, dicendum est neque conferri neque retineri præcipuam, sed diuidi, perinde acsi nec causam vllam haberet [quonam enim colore præcipua retineretur si nec quam valuisset donatio nec vnquam confirmata fuisset? Si verò confirmetur morte, ob concurrentem aliquam facti circunstantiam vt in specie *l. Pomponius* 35. *famil. ercisc.* [vbi donatio facta filiæ ex causa dotis quamuis nec valeat nec sui natura confirmetur, morte confirmatur, tamen propterea quòd matrimonium post mortem quoque patris steterat vt suo loco disputauimus] retineri præcipuam non minùs quàm si natura sua confirmari morte potuisset, quia cum sic confirmata morte, ideóque tandem valere incipiat, necesse est vt vel conferatur vel præcipua retineatur. Atqui eam conferri absurdum esset, nec aliam ob rem valere quam vt conferretur, cum collatio auferat donatario commodum donationis. Est igitur necesse vt præcipua retineatur, quando nec alius confirmationis quæ per mortem fit effectus esse potest. Tertium embrion distinctionis Bartoli quam nunc tractamus, est, si pater donauerit filiofamilias propter præcedentia ipsius filij merita, de quo membro quid ille sentiat & quam malè scripsimus iam satis in *Erro. 6. huius Decadis.* Quartum est si pater † pro filio condemnato ex causa male-
9 ficij aliquid soluerit, cùm filius neque profectitium neque aduenticium vllum peculium haberet. Sed hic casus alienior videtur à propolita disputatione. Pertinet enim ad tractatum de imputatione in quartam, potiùs quàm de collatione, nisi quod illa etiam quæ imputantur hoc ipso conferri videntur, quia minus accipitur. In ea tamen quæstione solet probari distinctio Bartoli ad *l. Stichus.* 16. *num.* 2. *D. de pecu. legat.* [de qua an vera sit alio loco dicemus, falsam enim esse puto] cuius summa illa est vt si pater soluerit ex necessitate pro filio, siue quia pro eo fideiusserat, siue quod ex statuto fortasse ciuitatis soluere cogeretur, imputandum sit in patrem filij quod pro eo soluit. Sic enim legendum est apud Bar. de tractata negatione, quæ vulgo est in illis verbis *& tunc non computatur* vt constat, tam ex ratione quam ibi subiungit Bar. quòd in necessitatibus nemo liberalis existat *l. rem legatam. D. de adim. legat. l. eum quo* §6. §. *vlt. D famil. ercisc.* vbi dicitur filium, qui pro patre condemnatus fuit, & siue viuo illo siue post ipsius mortem soluit, habere iudicium familiæ erciscundæ eo nomine contra coheredes. Si verò pater non necessitate soluit pro filio sed ex voluntate, tunc videatur fecisse causa pietatis in dubio, acsi filium ab hostibus vel à latrunculis redemisset, ob idque nihil ex ea causa subinde repeti possit, aut in filij quartam imputari *arg. l.* 1. *Cds neg. gest. l. si qui* 44. *D. eo. l. liber captus.* 17. *C. de capt. & postlim.* Cætera membra distinctionis Bart. longiorem disceptationem exigunt, idcóque de iis in sequenti Decade dispiciamus.

ANTONII

ANTONII FABRI IC.

Decas Quadrageſimaſecunda.

ERROR I.

De bonis à patre donatis filio ſiue in peculium profectitium ſiue ſimpliciter.

SVMMARIA.

1 *Quod filius à patre habet in peculium profectitium Bartolus conferri vult.*
2 *Quod peculij profectitij eſt, diuidendum eſt, non conferendum contra Bart.*
3 *Quomodo ſint accipienda l. verba* certum 13. Cod. fam. erciſc. ad communionem eſſe reuocanda.
4 *Ex eo quod bona quæ fuerunt peculij profectitij non poſſunt à filio præcipua retineri, non ſequitur illa eſſe conferenda.*
5 *Bartolus falsò putat ſimplicem donationem factam filio emancipato indiſtinctè conferendam eſſe.*
6 *Diſtinctio adhibenda in quæſtione de collatione ſimplicis donationis emancipato factæ.*
7 *Quæ donationes, & quibus conferre velit emancipatis Leo in l. vt liberis. C. de collat.*
8 *Quod pater cùm emancipat filiũ, ei dat ex cauſa emãcipationis, donatiũ ob cauſam cenſendũ contra Bart.*

INSTITVTVM ſuperiore Decade diſputationem de bonorum profectitiorum collatione perſequi cogimur, vt cætera quæ pertinent ad Bartoli in quæſtione illa diſtinctionem planiſſimè intelligantur. Pergit ille ad quintũ membrum ſuæ diſtinctionis
1 in hæc verba †. *Quandoque* inquit, *dat pater filio vt habeat in peculium profectitium. Et tunc ſine dubio debet conferri, quia remanet patris. l. certum. 13. C. famil. erciſc.* In hoc ipſo membro quod nullam prorſus habere dubitationem & Bartolo viſum eſt, & mihi quoque videtur, erras
2 tamen Bartolus. Nam quod filius à patre habet in peculium profectitium, cùm remaneat in iure ac dominio patris, non poteſt à filio conferri. Niſi conferre dicamus etiam illum qui conferat aliena, quod tamen abſurdum fuerit cùm nihil aliud ſit conferre, quàm communicare, fieri autem nequeat vt quis commune faciat quod prius non habeat ſibi proprium *l. 1. C. de collat. iunct. l. 13. 1. & l. 2. D. pro ſocio. l. ea demum. 6. & paſſ. C. de coll.* Itaque quod peculij profectitij eſt, cùm ſit patris, diuidendum eſt poſt mortem patris, non communicandum, vt alibi & melius loquitur idem Bart. in *l. pater. 6. n. 2. D. de coll. dot. ex l. filia licet. 12. verſ. cum autem. C. de collat.* Et probatur etiam non malè ex *d. l. certum. 13. fam. erciſc.* illis verbis, *in hereditatem diuidendam.* Nam
3 † quæ ſequuntur, *ad communionem eſſe reuocanda*, quibus videtur deceptus Bart. non ſic accipienda ſunt quaſi bona, quæ ſunt peculij profectitij ſint conferenda, aut quod idem eſt, communicanda, ex edicto de collationibus, ſed ita vt quæ viuo patre videbantur quodammodo ſeparata à patrimonio patris hoc ipſo quod erãt peculij profectitij, cùm peculium profectitium proprium ipſius filij patrimonium eſſe exiſtimetur. *l. 3. § ſed virum. D. de minor. l. hinc quæritur. 19. §. 1. l. quoties. 47. §. 1. vlt. ff. de pecul.* mortuo patre deſinant eodem iure manere penes filium, ſed ad communionem ipſo iure reuocentur, quantum attinet ad cauſam dominij quod eſt iuris. De facto autem, id eſt quãtum attinet ad cauſam poſſeſſionis, quæ facti eſt, re-

uocanda ſint officio arbitri familiæ erciſcundæ, vt in bonorum hereditariorum diuiſionem venire poſſint. Nam quemadmodum per mortem patris filiusfam. ſit paterfamilias, ita & peculium habere deſinit quippe quod paterfamilias habere nunquam poteſt: & ita bona quæ fuerant peculij, incipiunt eſſe ipſo iure hereditatis, citra vllam collationem. Illud non nego † quod
4 Bart. ſibi voluit bona iſta quæ fuerunt peculij profectitij, non poſſe à filio præcipua retineri. Hoc ipſum enim eſt quod volo ſed nego verum eſſe quod ait Bart. debere conferri, cùm non poſſit filius conferre quod alienum eſt. Illud enim ſemper tenendum eſt, aliud eſſe quid conferri, aliud verò præcipuum retineri. Sequitur apud Bart. *Quandoque dat pater filio ſimpliciter ſine aliqua cauſa animo donandi, & hoc conſtat. Iſto caſu an ſimplex donatio veniat conferenda, vel non ſunt opiniones in gloſ. &c. Finaliter dico de iure tenendum ſic eſſe, aut pater donat filio emancipato, & tunc talis donatio venit in collationem. l. vt liberis. C. eod. Ratio, quia in vita patris donatio valet, & quæſita fuit filio, & ſic venit in collationem.* Putat † ergo tum licere donationem fa-
5 ctam filio emancipato indiſtinctè conferendam eſſe, quod falſum eſt. Etſi enim non nego conferendam eſſe fratribus in poteſtate retentis, vt & cætera omnia bona emancipati vndecunque tandem quæſita *l. 1. & tot. tit. D. eod. l. ea demum. 6. & paſſ. C. eod.* Nego tamen conferendam eſſe fratribus emancipatis, Niſi in duobus illis caſibus quos ponit Iuſtinian. *in l. illud, penult. §. 1. in fin. eod.* id eſt, cùm vel donationis tempore idipſum expreſsè dictum fuit, vel alioquin emergeret inæqualitas inter fratres. Nec dicendum eſt hoc fieri non tam fauore ſimplicis donationis, quàm quòd ex ratione iuris communis, eſſet collatio inter emancipatos, *l. ſi emancipati. 9. Cod. eod.* Non enim vſque adeò ceſſat vt non etiam invicem cogantur ea conferre quæ à patre ob cauſam aliquam acceperunt, veputà profectitiam dotem, *l. filia dotem. 4. eod. tit.* Atqui donatio ſimplex à patre profecta in filium emancipatum non eo minùs eſt profectitia quod ſit ſimplex perinde ac ſi collata eſſet in filium. Siquid profectitiã donationem facit nomen patris, non ius poteſtatis, vt de dote ſcriptum eſt *in l. 5. D. de iur. dot.* Ergo eſſet cõferenda ſi non eſſet ſimplex. Debuit igitur Bart. diſtinguere † An emancipatus
6 idémq; donatarius ad collationẽ vrgeatur à fratribus in familia retentis an abemancipatis. Primo caſu verum eſt quod ait conferri ſimplicé donationẽ, vt vera illa ratio, quia valuit donatio in vita patris, ſi enim non valuiſſet cõferre non poſſet filius quod propriũ non haberet: Sed addendũ fuit huius rationis confirmandæ gratia, *& quia tenetur emancipatus bona ſua vndecunq; acquiſita etiã à matre, aut à quouis extraneo conferre fratribus qui manſerũt in poteſtate*, propter iniuriã ſcilicet quam ijs faciunt ſuccedendo patri cuius ſucceſſio ex iure ciuili ad ſuos tantùm heredes pertinebat. Secundo autem caſu falſum ſanè eſt quod vult Bart. ſimplicem donationem cõferri. Nec debuit moueri † ex *d. l. vt liberis.* quæ procul dubio
7 loquitur in eo caſu quo emancipatus confert fratribus in familia retentis. Lata enim eſt ea lex pro emancipatis contra ſuos heredes ad inducendam inter omnes æqualitatem cùm olim iura omnia de collationibus nõ niſi ſuis heredibus fauerent contra emancipatos, vt ſuo loco diſputauimus. Alioqui pugnaret ea lex in eo quod conſtituit Leo vt donationes etiam ſimplices ab emancipatis indiſtinctè conferantur, cum Iuſtin. conſtitutio-

ne *d.l.illud in fi.* vbi vult donationes simplices regulariter non aliter conferri, quàm si hoc ipsum in donando expressum sit. Nec enim dubitandum est quin ibi loquatur de donatione simplici quæ facta esset à patre non de ea tantùm quæ facta sit à matre vel ab auo materno vt verba legis probant: Et rursus de ea donatione quæ valeat, cum si non valeret de conferenda ea tractari non posset. Atqui donatio à patre in filiumfamilias collata nullo modo nullóque casu valeret. Necessario igitur lex illa, ex qua parte loquitur de donatione simplici facta per patrem, debet intelligi & de ea quæ collata sit in filium emancipatum, & de illo casu quo emancipatus donatarius vrgeatur ad collationē à fratre emancipato: Neque dura vel commentitia videri debet hæc interpretatio, cui causam illud tantum dat quod termini habiles sunt semper supponendi. Addit Bar. *Nec dicas aliquis, quod id quod pater dat filio in præmium emancipationis secundum communem vsum loquendi dicatur ob causam donatio. Immo est donatio sine causa, quia magis filius patri, qui eum liberauit à patria potestate debebat dare, quàm pater filio.* Hoc quoque malè. Nam quod † pater cùm emancipat filium ei dat ex causa emā-
2 cipationis [sic enim dicendum est non vt vulgo iam ipsis Bart. temporibus *in præmium emancipationis*] non potest negari quin donetur ob causam vt filius, qui ex eo die sit extraneus, & à familia bonisque patris expellitur, hoc saltem habeat à patre quod ei datur in ipsa emancipatione propter emancipationem. Fateor quod vult Bart. nihil patrem debere filio in præmium emancipationis, quia beneficium maius est quod accipit filius à patre, ob idque potuisse olim patrem emancipando filium sibi retinere tertiam patrem bonorum, quæ emancipati quandoque essent quæsituri quasi pro pretio quodammodo emancipationis vt loquitur *Inst. in §. hoc quoque instit. per quas person. cuiq. acq.* aut pro præmio vt loquitur *Theo. in l. si vna mare. 3. Cod. de bon. matern.* Quanquam nec negari potest aliquid etiam commodi sentire patrem cùm amittit suum heredem, quem habere in familia onus certè est, vtpote qui nisi ex certis magnisque causis à successione expelli possit. *l. in suis. 11. D. de li. & post.* vnde neq; fieri potest vt cuiquam inuito vel ignoranti suus heres adnascatur *l. cum nepos 6. l. si is qui. 11. D. de adopt. iunct. §. sed si quis Inst. eod.* Sed non est bona consecutio vt donatio facta filio per patrem, quæ non potest dici facta in præmium emancipationis, non etiam videri debeat facta ob causam. Causa enim donandi esse potest, etiam vbi non est præmij conferendi. Illud planè Bartolo concedendum est emancipatum etiam simplicem donationem sibi à patre factam conferre cogendum. Loquitur enim Leo Imp. de qualibet donatione collata in emancipatum siue facta sit ipso emancipationis tempore siue postea quandocunque. Sed restringenda semper est vt dixi constitutio ad illum casum quo de collatione tractetur non inter emancipatos tantum vt in *d. l. illud in fi.* sed inter emancipatos & fratres in potestate retentos.

ERROR II.

De donationibus quæ morte confirmantur an capiantur iure legatorum & in quo differant donationes factæ à patre à donationibus inter virum & vxorem.

SVMMARIA.

1 *Donatio à patre in filiumfam. collata nullo casu valet.*
2 *Donatio in filiumfam. collata, potest viuo adhuc patre confirmari, conferturque ad modum donationis emancipato factæ.*
3 *Bartolus perperam arbitratur donationem morte patris confirmatam assumere vires legatorum.*
4 *Licet donatio morte confirmata censeatur iure vltimæ voluntatis, non ideò tamen censetur iure legatorum.*
5 *Legata, fideicommissa, donationes in filiosfam. collatæ diuersimodè confirmantur.*
6 *Dominium rei donatæ filiof. quomodo ad ipsum viuo patre donatore transferatur.*
7 *Ex donatione inter virum & vxorem morte confirmata dominium quomodo transferatur.*
8 *Traditio rei filiofamilias donatæ à patre facta inualida an transferendum dominium post mortem donatoris.*
9 *Sed sufficit ex voluntate patris si arbiter familiæ erciscundæ rem donatario adiudicet.*
10 *Donationes in filiofam. collatas non confirmari ex constitutione Iustiniani in l. donationes. 25. C. de donat. inter vir. & vxor.*

SEQVITVR apud Bartolum. *Si verò donari filio in potestate donatio ab initio non valet per l. antep. C. de donat. inter vir. & vxor. & C. de inoff. donat. l. 2.* Et tunc dic, si quidem talis donatio confirmatur in vita patris, quia emancipauit filium, idem: quia venit in collationem, *eadem ratione qua supra arg. pro hoc. C. de collat. l. si emancipati, & infr. de donat. l. donationes. §. pater. iunct. d. l. vt liberis in fin. C. de collat.* Hæc quidem recte quia verum est donationem † à patre in filiumfamilias collatam nullo casu 1
valere, non tantùm si simpliciter facta sit, de qua hic Bart. loquitur, sed etiam quod Bartolus non concederet si facta sit ob causam, puta dotis vel propter nuptias donationis, vel aliam quamlibet: Sicuti probauimus iam sæpius ex eleganti illo Papiniani responso quod extat in *l. Pomponius Philadelphus. 35. D. fam. erciſc.* Sed & illud verum est, posse viuo † adhuc patre confirmari 2
donationem in filiumfamilias collatam, putà si pater filium emancipauit, nec ei quod donauerit ademerit *d. §. pater, & l. siue emancipatis. 17. C. de donat.* Quo casu eadem circa huius donationis collationem seruanda sunt quæ diximus seruanda esse si ab initio collata fuisset donatio in emancipatum. Sed quod subiungit † 3
Bartolus. *Si verò confirmatur donatio morte patris sumit vires legatorum l. in donationibus. C. ad leg. falcid.* Sanè falsum est. Nam tum quoque cùm donatio in filiumfamilias collata morte confirmatur, non tamen satis bene legatis comparatur: legata siquidem cōfirmantur per legem duodecim tabularum, vt verissimum est *l. verbis legis. 120. de verb. signific.* ideóque si ponas legatum fuisse per vindicationem, transit dominium recta via in legatarium à testatore *l. à Titio 64. in fin. D. de fur. l. Legatum. 80. de leg. 2. cùm lex sit vnus ex modis dominij iure Quiritum transferendi, apud Vlp. tit. 19. de acquisit. rer.* At non similiter possis dicere quamlibet vltimam voluntatem à lege confirmari. Nam & fideicommissa constat pertinere ad causam vltimæ voluntatis, & tamen non à lege confirmari, sed à prætore. *tit. De fideic heredit. & tit. de codicill. apud Iustin.* adeò vt etiam quod fideicommissario traditum est ab herede ex causa fideicommissi, legitimè fideicommissarij factum esse non dicatur *l. 3. D. si vsusfr. petet.* quomodo haud dubiè factum esset legitimè illius cui traditum esset ex causa legati, immo & citra illam traditionem. Ergo quamuis 4
verum sit donationem morte confirmatam conferri iure vltimæ voluntatis, non possis tamen ex eo inferre cum Bartolo conferri debere iure legatorum. Lex enim duodecim tabularum de vltimis tantum voluntatibus locuta est, quæ declaratæ sunt in testamento & verbis imperatiuis per modum legis. Hæ verò donationes nec in testamento factæ sunt, nec pro eo habendæ acsi factæ essent: cum & inter viuos factæ sint, & ab intestato quoque morte confirmentur: quo tamen casu successionis intestati

intestati certum est legata relinqui olim non potuisse, sed fideicommissa tantùm *l. illud.* 13. §. 1 *l. vlt. & pass. D. de iur. codicil.* Debuit igitur Bartolus donationes istas æquiparare, & donationes inter virum & vxorem, de quibus in *d. l. in donationibus.* 12. *C. ad leg. falcid.* fideicõmissis potiùs quàm legatis. Quanquam ne hoc quidem bene. Non enim ideo confirmantur morte quod accedant ad naturam vltimarum voluntatum, vt vulgo malè creditur, sed è contrario ad naturam vltimarum voluntatum ideo accedere existimantur quod earum exemplo non nisi morte confirmantur. Dices, forsasse parui aut nullius momenti esse hanc distinctionem, cùm idem videatur effectus esse confirmationis. Immo permagni momenti esse dico. Sicut & multum interest an donationes inter virum & vxorem simpliciter confirmatæ sint, an verbis fideicommissi *l. ex verbis.* 12. *C. de donat. int. vir. & vxor.* Nam legata † confirmantur per legem, fideicommissa per prætorem, donationes verò à patre in filiosfam. collatæ, neque per legem confirmantur, quæ cum seipsa pugnaret si confirmaret eas donationes, quas illa ipsa infirmat, nec patitur valere, neque per prætorem, quia, non sicuti prætor fideicommissarius est in eam vnam rem constitutus, vt fideicommissa tuestur: ita & prætor aliquis vnquam fuit ad cuius curam id pertineret vt huiusmodi donationes tueretur etiam postquàm morte confirmatæ essent. Proinde mortuo quoque patre † donatore licèt iam confirmata donatio sit, erat tamen quisquis existimat hoc ipso dominium rei donatæ statim post donatoris mortem donatario acquiri. Remanet enim in bonis & dominio hereditatis, non solùm quandiu iacet hereditas sed etiam postquam adita est, in id vsque tempus, quo per officium arbitri fam. ercisc. in diuidenda hereditate res donata adiudicetur donatario tanquam præcipua, vt in *l. filia cuius.* 18. *ad famil. erc. & in l. 2. C. de inoff. donat. l. cùm pater.* 77. §. *pater plurib. de leg.* 2. Cùm enim adiudicatio esset olim modus acquirendi dominij etiam iure quiritium, eique locus esset tantùm in iudiciis familiæ erciscundæ, communi diuidundo, & finium regundorum, vt ait Vlp. in *dict. tit. de acquisit. rer.* necessaria est in proposito, vt dominium, quod alioqui neque fuit translatum per traditionem factam à patre, neque post mortem patris transferri potuit ex potestate legis, transferatur potestate adiudicationis. Alioqui non posset dici quando aut quomodo fieret dominus filius, quem traditio à patre facta dominum non fecisset. Replicabis secundum hanc sententiam nostram futurum vt ex donationibus † inter virum & vxorem, 7
quæ itidem morte confirmantur, dominium transferri non possit, cùm pro eiusmodi donationibus adiudicatio nulla fieri possit, nullo in eam rem comparato iudicio, ex illis tribus quibus proximè diximus adiudicationi locum esse. Ad quid verò proderit confirmari eas morte, si dominium ex iis transferri nunquam possit? Respondeo hinc nimirum fuisse quod Papin. putabat orationem Diui Seueri de confirmandis inter coniuges donationibus ad rerum duntaxat donationes pertinere, vt Vlp. refert in *l. Papin.* 23. *D. de don. int. vir. & vxor.* id est ad eas tantùm donationes, quæ per traditionem factæ essent, quia non videbat qua ratione posset fieri vt confirmaretur morte donatoris ea donatio, quæ factum aliquod requireret heredis à quo tamen nihil petitum fuisset, vt ex fideicommisso conueniri posset, ac præterea qui ex persona defuncti donatoris nihil deberet, quia nec donator ipse quicquam debuit, quandiu vixit. At in donatione facta per traditionem facilius erat vt admitteretur confirmari eam donatoris morte, quod eo casu videretur posse traditio illa sufficere ad dominium donatario acquirendum, facta iusta traditionis causa, quæ in eum vsque diem fuerat iniusta, nullo extrinsecus accedente facto heredis. Præsertim verò cum Diui Seueri constitutio ad huiusmodi donationes confirmandas facta potestatem hanc traditioni tribuere videretur. Quid enim aliud est ea Seueri oratione confirmari donationem factam traditione intercedente quàm traditionem ipsam confirmari? Quid verò aliud requiri potest, vt ex eiusmodi traditione per dominium facta dominium transferatur, nisi vt traditio ipsa confirmetur? At de confirmandis donationibus à parentibus in filios quos in potestate habent collatis, neque oratio Seueri, neque alia lex vlla locuta est, ac proinde quamuis † traditio rei donatæ per patrem facta sit, quia tamen contra leges facta est, neque vlla lege, sed tantùm morte ac silentio ipsa donatio confirmatur, non minùs est inualida traditio ad transferendum dominium post mortem donatoris, quàm eo adhuc viuo, nec idcirco tamen inutilis dici potest confirmatio per mortem secura; cùm prosit ad inducendum † officium arbitri familiæ erciscundæ vt res quæ fuit donata & acquiratur per adiudicationem & præcipua retineatur. Officium enim boni arbitri est vt defuncti patris inter liberos voluntatem eam tueatur, quam fuisse videt *l. filij.* 16. *l. vlt. & pass. C. fam. erciscund.* Videt autem eam fuisse, quam pater declarauit per donationem quantumuis inualidam & iure nullam, cùm ex actu etiam nullo declaretur voluntas. *l. vlt. D. de reb. eor. qui sub tutel.* 1. 2. 3. *& pass. D. de confirm. tut.* Sufficitque ei vt videat nullo contrario iudicio fuisse reuocatam, quamuis nec videat specialiter confirmatam *d. l. filia cuius.* 18. *C. famil. erciscund.* Sed quæ voluntas sufficit ad extorquendam ab officio arbitri adiudicationem, eadem sufficere non posset ad transferendum dominium in donatarium sine alicuius legis aut constitutionis, quæ legis vim habeat, potestate. Difficilius namque est dominium transferre quàm eius transferendi occasionem præbere. Et ex hoc ipso fortasse illud quoque factum fuit, vt nulla lex aut constitutio lata sit de confirmandis huiusmodi donationibus à patre in filiumfam. collatis, cùm in eam rem officium arbitri familiæ erciscundæ, & adiudicationis auxilium satis esse crederetur. Nam vel ponimus filiumfam. cui pater viuus donauerat institutum fuisse in testamento patris vel præteritum vel exheredatum, vel denique patrem ipsum intestatum decessisse. Si pater intestatus decesserit, non potest dubitari quin locus sit iudicio familiæ erciscundæ, quippe quod locum habeat tam ab intestato quàm ex testamento *d. l. filij d. l. vlt. & pass.* Si verò testatus quidem sit sed filium hunc prætercrierit, testamentum nullum est & perinde acsi factum nõ esset succeditur ab intestato, locusque est iudicio familiæ erciscundæ, & consequenter adiudicationi. Si verò filius hic exheredatus sit, sicuti à paterna successione arcetur ita & ab emolumento donationis illius quæ & ab initio non valuit, & ex postfacto tantum abest vt confirmata sit, vt expresso iudicio fuerit infirmata. Natã patrem qui filium nominatim exheredauerit & à successione tota etiam quæ ex legibus debita videbatur repulerit, quis credat donationem in eundem collatam inutiliter & contra leges confirmatam valuisse? Itaque nec vsucapiendi causa ex hac donatione præbebitur, nisi ratam eam habeat heres & ex quo die ratam habuerit *l. si pater.* 4. *D. pro donat.* Si denique filius fuit institurus qui etiam in parte aliqua hereditatis meruerit iudicium patris propter quod possit etiam coheredes prouocare ad iudicium familiæ erciscundæ, certum est dignum eum esse cui res quoque donata præcipua adiudicetur ex patris voluntate, licèt in testamento nihil dictum sit de donatione quam vtique probabiliter nemo dixerit reuocatam videri debere ob id solùm, quòd donatarius fuerit præterea instiurus. Nec est quod quis dicat saltem hodie confirmari huiusmodi donationes ex constitutione Iustin. in *l. donationes quas parentes.* 25. *Codice de donat. int. vir. & vxor.* vbi Iustin. eas æquiparat donationibus inter virum & vxorem quas diximus confirmari oratione Seueri. Nam vt 10

docuimus *in Error.*3. *Decad.*40. nihil noui ea conſtitutione induxit Iuſtin. in fauore donationum à patribus in filiosfamilias collatarum nec eas exæquauit donationibus inter virum & vxorem niſi in eo quod neutræ valeant nec confirmentur morte, eo ſcilicet modo quo antea confirmabantur, ſi excedant ſummam quingentorum ſolidorum, niſi actis fuerint inſinuatæ.

ERROR III.

De vſucapione rei donatæ filio à patre vel coniugi à coniuge.

SVMMARIA.

1 *Illorum reſponſis liquere filiumfam. non poſſe rem ſibi à patre donatam vſucapere pro donato, aut pro herede.*

2 *Malè inde colligi à Cuiacio donationem in filiumfam. collatam non confirmari morte patris, ſed requiri ſpecialem ſupremi iudicij confirmationem.*

3 *Non alias vltimas voluntates confirmat lex moriente teſtatore, quàm quæ ab initio valuerunt.*

4 *De qua re donata, velint accipi interpretes illud Pauli & Iuliani.* Rem filio à patre donatam vſucapi non poſſe.

5 *Limitationis interpretum refutatio.*

6 *Cur de vſucapione rei per patrem filio donatæ, in eadem voluntate defuncto patre, ſiquidem ea donatio morte patris confirmetur.*

7 *Confirmatio donationis præcedere debet vt de vſucapione rei donatæ filio quæri poſſit.*

8 *Ex donatione quæ patris morte confirmata eſt dominium filio non acquiritur, nedum vſucapiendi occaſio.*

9 *Donationes à patribus in filiosfam. collatæ nec capiuntur iure donationum inter viros, nec iure legat.*

10 *Differunt & à donationibus inter viros, & ab vltimis voluntatibus, & à donationibus inter virum & vxorem: & qui.*

INTERSERIMVS hanc quæſtionem non ſolùm cùm perelegans ſit necdum benè forteſſis tractata, ſed etiam quia ſine hac quæſtione vix eſt vt quæ proximè diſputauimus benè intelligantur. Extat enim Pauli † reſponſum 1 *in l.*1. §.1. *D. pro donat.* Si pater filio quem in poteſtate habebat donauerit, deinde deceſſerit, filium pro donato vſucapere poſſe, quia, inquit, donatio nulla fuit. Cui conuenit aliud Iul. reſponſum *in l.*2. §. *verſic. filium quoque. D. pro hered.* vbi ex Scruio Iul. ſcribit filium non poſſe pro herede vſucapere rem ſibi donatam à patre. Adeóque ſi à patre heres inſtitutus ſit pro parte, res hereditarias à patre ſibi donatas pro parte coheredum non vſucapturum. Ex quibus locis † Iacobus 2 Cuiac. probari credidit donationes à parentibus inter liberos collatas qui ſint in poteſtate, non confirmari morte patris ſolóque ipſius ſilentio, ſed requiri ſpecialem ſupremi iudicij confirmationem, vt poſſit conualeſcere. Sic enim ille *ad d.l.*2. §.1. *pro hered. & ad Paulum, lib.*5. *Sentent. tit.*11 §. *Pater.* Qui tamen Pauli textus hanc ſententiam euidenter conuincit: Pauli namque verba ſunt, ſi pater filiofam. aliquid donauerit, & in eadem voluntate perſeuerans deceſſerit, morte patris conualeſcere donationem. Tantum enim abeſt vt requirat Paulus ſpecialem confirmationem vt è contrario caſum potiùs illum excludat quo ſpecialis confirmatio intercueneric. Qua ſc. intercueniente dicendum eſſet, non morte donatoris conualuiſſe donationem, quæ no-

do Paulus loquitur, ſed voluntate illa ſpeciali confirmatam eſſe: quæ voluntas ſpecialis neceſſe eſt vt ſit vel legatum vel fideicommiſſum vel donatio cauſa mortis vt *in l.cùm pater.*77. §. *pater filiæ, de legat.*2. *l. donationes quas parentes.*25. *C. de donat. int. vir. & vxor.* vel conditio poſita in inſtitutione, vt in *l. pen. D. de collat. dot.* Nemo autem benè dixerit legata, fideicommiſſa, mortis cauſa donationes, ipſas denique inſtitutiones morte confirmari, ſaltem eo ſenſu quo dicimus huiuſmodi donationes ab initio inualidas morte confirmari. Neceſſe ſiquidem eſt vt & legata & inſtitutiones & cæteræ vltimæ voluntates ab initio valeant, ad hoc vt moriente teſtatore per legem confirmentur, quia nec alias † vltimas voluntates confirmat lex moriente teſtatore, 3 quàm quæ ab initio valuerunt. Sed non potuit vir doctiſſimus videre, qua ratione poſſit verum eſſe quod ſupradictis Pauli & Iuliani reſponſis negatur vſucapi poſt mortem patris poſſe rem donatam à patre, ſi admittamus donationes huiuſmodi morte patris confirmari. Nam ſi confirmantur, quid attinet tractare de vſucapione rei per patrem donatæ, cuius dominium ex ipſa donatione iam fuerit acquiſitum? An forte id quod iam factum eſt donatarij per donationem morte confirmatam, magis ipſius fieri poteſt per vſucapionem? Nequaquam ſanè *leg. in bello.*12. §. *& ſi ignorans. D. captiu. & poſtlim.* Hæc autem obiectio tanti momenti viſa eſt vulgaribus † interpretibus vt non dubitent ſuperiores 4 locos intelligendos eſſe de donata per patrem re aliena, & ad eum caſum reſtringendos, quòd non poſſit locus eſſe quæſtioni de vſucapione rei donatæ à domino, ſiue donatio ab initio valuerit, ſiue ex poſtfacto confirmata ſit, ſed tunc tantùm cùm res aliena donata eſt, cuius dominium ideò non potuerit tranſlatum eſſe in donatarium. Ita enim vſuuenire ſolet, vt quibus caſibus donatio à domino facta dominium transferre poſſet, iisdem ſi à domino facta non ſit transferat vſucapiendi conditionem. Eamque volunt fuiſſe ad locos illos dubitandi rationem. Decidendi verò hanc, quod ita demum donatio à patre facta confirmetur morte patris, ſi facta ſit de re patris, non de aliena, quaſi futurum eſſet inutile ſic ius conſtitui vt confirmaretur ea donatio, quæ prodeſſe non poſſet ad dimidium transferendum. Sed neque hæc interpretatio † ferri poteſt, non ſolùm, quia 5 non parua eſſet confirmationis vtilitas, ſi vſucapiendi cauſam donatario præberet, vt nemo non videt, quomodo & de donationibus inter virum & vxorem diſputamus: tum etiam cùm res aliena donata eſt, an valeant, nec dubitamus valere, tantum abeſt vt confirmandæ non eſſent, ſi ab initio non valerent, *l. ſed etſi.*25. *D. de donat. int. vir. & vxor.* Sed etiam quia quod Paulus & Iulianus in ſupradictis locis tractant non poſſe vſucapi rem quæ filiofam. à patre donata fuerit, ad eum caſum proculdubio pertinet quo etiam res patris non aliena ſit donata. Vt conſtat ex eo, quod apud Paulum ſequitur. De donatione inter virum & vxorem, an ex ea poſſit ſequi vſucapio. Reſpondet enim ceſſare ſimiliter vſucapionem, quòd tamen non alio caſu verum eſſe poteſt, quàm quo fuerit donata res donatoris. Nam ſi vir vxori, vel vxor viro rem alienam donaſſet, non dubitaretur vſucapionem ſtatim poſſidenti procedere, quia ſtatim donatio valuiſſet, per quam ſcil. pauperior factus non eſſet is qui donaſſet, *d. l. ſed etſi. l.*3. *D. pro donat.* Adde quod Iul. *in d. l.*2. *in fin. D. pro hered.* loquitur diſertè de donatis rebus à patre quæ poſt patris mortem factæ ſint hereditariæ, cùm ait filium à patre inſtitutum res hereditarias à patre ſibi donatas pro parte coheredum vſucapere non poſſe. Ergo de rebus donatis quæ fuerant patris, non alienæ: quia res quæ non fuiſſet patris, ſed aliena viuo patre, non poſſet poſt ipſius mortem fieri hereditaria, nec pro vlla parte ſpectare ad coheredes filij, cùm nihil poſſit eſſe in hereditate, quod non fuerit in dominio defuncti, niſi ponas auctam eſſe

hereditа

hereditatem post mortem : nec rursum quicquam acquiri heredi per hereditatem, quod non fuerit hereditatis, *l.1. §.Scaeuola.D.si is qui testam.liber.esse.iuss.l.cùm heredes.23.D. de acquir. possess.* At neque de portionibus dumtaxat coheredum tractare Iulianus debuerat, & tractabat de aliena re donata : Non ob id solùm quòd vsucapio illa, si locum haberet, non tam coheredibus noceret ad quos res non spectaret, quàm domino cuius res aliquando fuisset. Verùm etiam quia eadem quæstio tractanda erat de parte ipsius filij quæ de partibus coheredum. An scil. pro ea parte posset filius vsucapere contra dominum, perinde ac pro portionibus coheredum contra heredes. Cui quæstioni non possit esse locus donata filio per patrem quæ fuisset patris, quoniam eodem filio herede instituto non egebat vsucapione filius vt portionis suæ fieret dominus, cuius dominium ex causa hereditaria nactus fuisset. Idéoque tantùm de portionibus coheredum erat tractandum, an pro iis posset habere locum vsucapio aduersus coheredes. Illa igitur dumtaxat tollenda superest dubitatio quam diluere interpretes non potuerunt. Quid attineat quærere de vsucapione † qui per patrem donatæ 6
filio, in eadem voluntate defuncto patre, si ea donatio morte patris confirmatur. Respondeo vel ex hoc maximè apparere quàm verum sit quod superiore capite diceba.us, huiusmodi donationes à patribus in filios-familias collatas silentio quidem & morte patris confirmari, sed ita tamen vt ea confirmatio non possit sola sufficere ad dominium transferendum. Confirmatur solo silentio & morte patris, neque specialis voluntas requiritur vt iam diximus ex Paulo *lib.5. Sent. tit.11. de donat. §.pater & constat præterea ex l. filia cuius.18. C. famil. erciſc.* vbi nihil aliud exigunt Imp. ad inducendam donationis à patre factæ confirmationem, nisi vt contrarium voluntatis paternæ iudicium nullum probetur. Itémque ex ipsa Iustiniani constitutione *in l.donationis quas parentes.25.C.de donat.int.vir.& vxor.* vbi distinguit Iustin. an specialis aliqua donationis confirmatio facta sit, an nulla : non vt dicat speciali confirmatione non intercedente donationem non valere, sed vt aliam distinctionem inducat. An donatio retrotrahenda sit ad id tempus quo facta est, an non. Vt si specialiter confirmata sit, retrotrahatur, sin secus, non retrotrahatur. In quo non est quod putemus quicquam noui constitutum esse à Iustin. fauore huiusmodi donationum, quarum ius non solùm non ampliauit Iustin. sed etiam restrinxit hoc constituto, vt quæ specialiter confirmatæ non sunt, nec aliter confirmantur morte, quàm si vel non excedant summam legitimam, vel quæ excedunt actis insinuatæ proponantur. Quæ verò specialiter confirmatæ sunt, eæ non indigeant quidem insinuatione, cùm defendantur iure vltimarum voluntatum, sed tamen non possint retrotrahi ad tempus, quo factæ sunt, quomodo propter specialem confirmationem retrotrahi possent, si essent insinuatę. Sed quamuis hæ donationes iam olim patris morte confirmarentur, non tamen erat statim consequens vt dominium ex iis transferretur statim post mortem patris in donatarium nisi adiudicatio quoque secuta esset. Ideóque etiam post illam confirmationem quæ morte patris facta erat, locus supererat quæstioni. An res quæ à patre sic donata esset, vsucapi à filio posset, si fortè non ita citò acceptum fuisset inter coheredes iudicium familiæ erciscundæ, & interim hanc rem sibi donatam filius per constitutum tempus possedisset. Aut etiam fortè si nulla esset causa iudicij familiæ erciscundæ inter filios accipiendi, patre ipso in vltima sua voluntate defuncto, arbitri officio per diuisionem quam fecisset omnium bonorum suorum nulla re indiuisa relicta, vt *in l.si filia.20.§.si pater.D. fam.erciſc.* His enim casibus vtrumque verum est confirmatam esse patris morte donationem, & nihilominùs quæstioni de vsucapione locum fieri. Immò si subtiliùs inspicere volumus, necesse 7
† est confirmationem istam præcedere vt de vsucapione quæri possit. Nimis enim certum esset, ac extra omnem omninò dubitationem, non posse pro donato vsucapionem sequi ex ea donatione, quæ nec ab initio valuisset, nec vnquam confirmata fuisset : Cùm vsucapio omnis & consequenter hæc quoque pro donato requirat omnimodo titulum præcedentem, eúmque talem, qui re vera sit, non sola opinione, vt scriptum est *in princ. d.l.1. pro donat.l.pen.& vlt.C.pro hered.* Sed ita suppositio iure, vt hæc donatio morte patris fuerit confirmata, poterat eleganter & probabiliter dubitari, de vsucapione, an prodesse filio deberet ad acquirendum ei dominium, perinde atque per adiudicationem acquiri posset, si quis adiudicationi locus esset, cùm vsucapio & adiudicatio in eo conueniant, quod vterque modus est acquirendi iure quiritum dominij, cúmque non videatur posse dici nullam esse donationem quæ morte fuerit confirmata. Verùm placuit prudentibus illam confirmationem vsque adeò ex se infirmam esse, nisi officio arbitri adiuuetur, vt non modò inutilis sit ad dominij translationem inducendam, sed etiam ad initium vsucapioni dandum, quia semper verum est, donationem nullam esse, tum quoque cùm morte confirmata est, quoúsque vires sumpserit per adiudicationem ab arbitro familiæ erciscundæ faciendam : Denique confirmationem illam ad aliud non prodesse, nisi ad hoc vt officium arbitri inducat, arbitriumque mouere debeat, vt secutus patris voluntatem, quæ nunquam fuerit reuocata, rem donatam filio præcipuam adiudicet, quam vtique adiudicare non deberet, si donatio morte patris confirmata non esset. Quis ergo iam ausit dicere ex donatione † quæ patris morte confirmata 8
sit, dominium acquiri filio, cùm nequidem vsucapiendi conditio ex ea præbeatur ? Quo admisso an non etiam optimè sequitur non capi † eas nec iure donationum 9
inter viuos, nec iure legatorum ? Nam si eo iure caperentur, vtique statim post mortem patris, dummodò adita quandocumque ipsius hereditate dominium filio donatario acquireretur, quod viuo patre quæri non potuisset. Nec eum casum excipio quo retrotrahuntur ad tempus vitæ quo factæ. Nam cùm non alio casu retrotrahantur quàm quo confirmatæ sunt speciali aliqua voluntate, in eáque rem aptissima sint verba fideicommissi vt constat ex *d.l.cùm pater.77. §.pater filiæ,de legat.2.* quis dicat verba fideicommissi posse facere, vt donatio inter viuos quæ ab initio non valuit conualescat iure donationis inter viuos ? Quod si illud etiam mirere huius fideicommissi potestate retrotrahi donationem cùm nec fideicommissum ipsum retrotrahi possit ad id tempus quo donator vixerit siquidem fideicommissa omnia pertinent ad vltimas voluntates quibus omnibus commune illud est vt non nisi ex die mortis sumant effectum] scire debes non alia ratione fieri hanc retroactionem, quàm quod pater qui donationem à se factam filio verbis fideicommissi confirmat, id apertè agat, vt conferat in fideicommissum quidquid venisset in donationem, vel in donationis consequentiam, si donatio ab initio valuisset. Atqui partus editi & fructus percepti ex re donata post donationem peruenissent ad donatarium si valuisset donatio, nec si matres ante donatorem periissent idcirco partus ex iis editos & iure dominij donatario acquisitos restitui donatori eiúsve heredibus oportuisset. Ergo nèque restituendi erunt, quamuis donatio non valuerit ab initio si modò confirmata sit verbis fideicommissi. Eáque Pap: sententia & ratio est *in d.§ pater filiæ.* Ex quo concludimus donationes † istas à patribus in filiosfam. collatas pro- 10
priam & singularem habere naturam à donationibus inter viros & ab vltimis voluntatibus adeóque à donationibus inter virum & vxorem quibus tamen similiores videntur differentes. Differunt à donationibus in-

ter viuos, quoniam donatio inter viuos non ſolùm valet, ſed etiam irreuocabiliter, ita vt ſi eius reuocandæ poteſtatem ſibi donator retineat, non poſſit dici inter viuos donatio, *l.1. D.de donat. l.vbi ita.29. D.de mort.cauſ. donat.* Donatio autem à patre in filiumfam. collata non valet, ac quod eſt conſequens pro arbitrio reuocari poteſt, & quocumque voluntatis iudicio, etiam per ſolam exheredationem, *l.4. D.pro donat.* Et tamen hoc habet à donatione inter viuos, vt egeat inſinuatione, qua nec vltimæ voluntates egent nec donationes cauſa mortis, tanquam ad naturam vltimarum voluntatum propius accedentes, *l.vlt. C. de donat.cauſ. mort.* Rurſus in quo ſimilis eſt donationi inter viuos, in eo ipſo diſtat ab vltimis voluntatibus, & quod magis eſt etiam à donationibus cauſa mortis, cum quibus tamen illud commune habet quod & donatio eſt & morte confirmatur, quod vtrumque proprium eſt donationis cauſa mortis, *l. non videtur.32. D.eod.* Et ſanè ſi qua ſpecies vltimæ voluntatis eſſet cui donatio à patre in filiumf. collata æquiparari poſſet, ea potiſſimum eſſet donatio cauſa mortis. Et tamen non magis verum eſt donationem hanc valere iure donationis cauſa mortis quàm iure legati. Alioqui nullo egeret adminiculo arbitri fam.erciſc. quo nec indigent legata, quę per legem duodecim tabularum confirmantur, nec donationes cauſa mortis, quoniam ad exemplum legatorum capiuntur, *l.Marcel.15. l.etſi debitor.17. l.illud.37. eod. tit. de mort.cauſ.donat.* §.1. *Inſt. de donat.* nec denique fideicommiſſa, quæ licet ſui natura ſunt omnium infirmiſſima, vires tamen ſumunt ex tuitione & iuriſdictione prætoris.

ERROR IV.

Si à patre vel à coniuge donata ſit res aliena. Et ad l.2.§.1. D.pro hered. l.1. §.vlt. D. pro donat.

SVMMARIA.

1 *Cur non ſit vſucapioni locus, vbi pater filio quem habet in poteſtate donauit rem alienam & n.3.*
2 *Quenam donationes inter coniuges valeant.*
4 *Vulgare pronunciatum*, Neminem poſſeſſionis cauſam ſibi mutare poſſe, *ad poſſeſſionem naturalem etiam pertinere.*
5 *Diſſenſio Ictorum in quæſtione vtrum naturalis poſſeſſio rei fuerit penes filiumfam. re donata à patre ei tradita.*
6 *Explicatur ſent. l.1 §.vlt. D.pro donat.*
7 *Traditio quæ tunc cùm fit non valet ad dominium transferendum, nunquam dominium ex poſtfacto tranſfert, nec ſi nouus interueniat voluntas transferendi.*
8 *Res donata coniugi vbi donatio morte confirmata eſt quomodo donatario acquiratur.*
9 *Lex eſt modus transferendi iure Quiritium dominij.*
10 *Dominium bonitarium acquiri poteſt etiam per traditionem legis autoritate deſtitutam.*
11 *Dominij bonitarij & quiritiarij differentia.*

1 VID igitur dicemus ſi pater † filio quem habet in poteſtate donauerit rem alienam? Apparet ſatis ex ſuprà dictis non eo magis futurum vt vſucapioni locus eſſe poſſit. Non quia donatio morte non ſit confirmata, vt vulgò putant, ſed quia etiamſi pater rem propriam donaſſet, quo caſu eſſet confirmata morte donatio, nihilo magis tamen prodeſſet ad cauſam vſucapionis vt probauimus. Abſurdum autem foret maioris eſſe poteſtatis donationem rei alienæ, quàm eius rei quæ fuiſſet propria donatoris. In quo rurſus alia ratio eſt donationis † 2
inter virum & vxorem, quæ ſi facta ſit de re propria donatoris non valet ab initio, egéreque confirmatione. Si verò de re aliena valet, tanquam quæ non faciat donatorem pauperiorem. Eas namque ſolas donationes inter coniuges non valere certum eſt quæ donantem faciunt pauperiorem, & accipientem locupletiorem, *d.l. ſed etſi.25. de donat.int.vir.& vxor.* At donationem † in- 3
ter patrem & filiumfam. non ea ratio impedit, quod pater donando fiat pauperior, ſed illa quod inter patrem & filium ciuilis obligatio conſiſtere nulla poſſit, quæ ratio perinde locum habet ſiue ſuam rem pater donauerit, ſiue alienam. Sicuti autem filius rem ſibi à patre donatam, ſiue patris fuerit, ſiue aliena, pro donato vſucapere non poteſt, quia nulla donatio eſt [idcóque nimirum Paulus poſtquam principium illud propoſuit, Pro donato vſucapere illum dumtaxat poſſe cui donationis cauſa res tradita eſt, nec ſufficere opinari, ſed & donatum eſſe oportere, ſubiicit de filio cui pater donauerit, & negat vſucapioni locum eſſe, quia donatio nulla fuit, *d.l.1. ff.pro donat.*] Ita nec ſi heres à patre inſtitutus ſit, vſucapiet pro herede, quia ſibi mutare cauſam poſſeſſionis non poteſt, nec facere vt quod ab initio poſſedit pro donato & quandiu pater vixit, incipiat poſſidere pro herede poſt mortem patris. Nam quod vulgò dici ſolet, neminem † poſſeſſionis cauſam ſibi 4
mutare poſſe, non ad eam tantùm poſſeſſionem pertinet, quæ ciuilis eſt, quam proculdubio filius ex paterna donatione quam ius ciuile improbat nanciſci non potuit, ſed etiamſi ad naturalem, quæ tota ex facto æſtimatur, & quam dubitandum non eſt acquiri traditionem, quantumuis iure nullam & inualidam, quia res facti, qualis eſt poſſeſſio, infirmari iure ciuili non poteſt, *l.Pompon.35. D.fam.erciſc. l.1. §.ſi vir vxori. D.de acq.poſſ.* Idque eſt quod ſentit Iul. *in d. l.2. §.1. D. pro her.* vbi poſteaquam dixit nemini permittendum vt mutet ſibi cauſam poſſeſſionis ne quidem naturalis. Infert ex eo, primùm neque colonum, neque eum apud quem res diſpoſita, aut cui commodata eſt lucri faciendi cauſa pro herede vſucapere poſſe. Deinde filium quoque donatam rem à patre non poſſe vſucapere pro herede. Idque iam ante Seruium ſcripſiſſe, qui ſc. exiſtimabat naturalem poſſeſſionem penes eum fuiſſe viuo patre, quibus verbis innuit Iul. non † idem prudentibus omni- 5
bus viſum fuiſſe, cùm plerique exiſtimarent eam donationem & traditionem, quæ contra leges fieret, aut ſaltem iure facta non eſſet, nullum prorſus effectum habere debere ne quidem ad transferendam naturalem & corporalem poſſeſſionem. Ad quod etiam reſpiciens Paulus *in d. §.ſi vir vxori*, ita ſcribit vt dicat plerosque putare ſi vir vxori cedat poſſeſſione donationis cauſa vxorem poſſidere. Ergo non omnes idem putarunt, quãuis in coniuge, cui res donata eſſet à coniuge, minorem dubitationem hoc haberet, quam in donatione facta filio per patrem, quia ibidem ratiocinatur Paulus, quid attinet dicere mulierem non poſſidere, cùm maritus vbi noluit poſſidere protinus amiſerit poſſeſſionem: nec enim poteſt videri per vxorem poſſidere, quam non habeat in poteſtate. At cùm pater filiofamilias donauit, poſſet dici non deſiiſſe patrem poſſidere quod filio tradidit, ſed per ipſum filium, quandoquidem etiam per filiumfam. non minùs quàm per ſeruum poſſeſſio acquiri poſſet, *d.l.1. §.item acquirimus, l.4. eod.* quanto igitur magis retineri? Seruij tamen ſententiam quam Iulianus probat *in d.l.2. §.1. pro her. & in l.1. in fin. pro don.* probauit etiam Papin. *in d.l. Pomponius.* Nec malè, quia poſſeſſio naturalis tota facti eſt, nec quicquam iure mutatur, cùm à iure ipſo improbatur *d. §.ſi vir vxori.* quamuis in ea quæ naturalis quidem tantùm, ſed tamen iuri non conſentanea eſt, vt quam fructuarius habeat, aliud reſponderit idem Papin. *in l poſſeſſ. iunct. l.naturaliter.12. eod.tit.de acq.* Cætera quæ hîc poſſent dici de donatio-

ne

ne inter coniuges ad interpretationem *d. l. D. pro don.* petenda sunt ex iis quæ scripsimus *lib. 7. coniect. c. 13.* vbi ostendimus in eius quoque loci interpretatione multa peccare interpretes nostros & veteres & recentiores, quæ hic nolumus inculcare. Dicendum tantum
6 aliquid est de sententia † Pauli *in d. l. 1. §. vlt. eod. tit. pro donat.* Nam quod diximus & probauimus capite præcedente locum illum necessariò accipiendum esse de facta inter coniuges donatione rei propriæ non alienæ, quoniam aliena re sic donata, vt non posset videri ex ea donatione pauperior effectus donator, statim vsucapio præcedere inciperet, dubitationem recipere videtur, ex eo quod Paulus, vbi generaliter scripsit, si inter virum & vxorem donatio facta sit cessare vsucapionem, idémque esse si vir vxori rem donauerit & diuortium intercesserit, idque & Cassium respondisse, ratione illa quòd non possit causam possessionis sibi ipsa mutare, subiungit in hæc verba, *aliàs ait post diuortium ita vsucapturam si eam maritus concesserit quasi nunc donasse intelligatur.* Quid enim esset propter quod de rei vsucapione tractari oporteret si maritus rem propriam donasset vxori post diuortium? An non valeret eo tempore facta donatio, quæ prohibita non est nisi inter coniuges? Valeret vtique. Nam & quæ constante matrimonio facta est valet, si conferatur in id tempus quo matrimonium sit dissolutum, vt euenit in donationibus causa mortis, *l. si eum. 9. §. vlt. cum duab. seqq. ff. de donat. int. vir. & vxor.* Sicut è contrario quæ facta esset ante nuptias non eo valeret, si collata esset in tempus nuptiarum, *l. 4. C. de donat. ant. nupt.* Et tamen Cassius putabat, quod & Paulus probat vsucapioni locum fore si post diuortium maritus vxori rem concessisset, quasi tunc donasse intelligeretur. Negabat igitur ex ea concessione dominium in mulierem translatum esse, quod si esset translatum, nullus vsucapioni locus relinqueretur. Ergo, inquiunt interpretes, donata erat res aliena non quæ fuisset donatoris, quoniam ex donatione rei propriæ donatoris facta post diuortium fuisset dominium translatum. At respondeo Paulum eo loco tractare quidem de re donata quæ propria erat donatoris, & post diuortium concessa, sed non de re post diuortium tradita, quæ cùm iam esset tradita constante adhuc matrimonio, vt ex eo apparet quod Paulus ait non posse mulierem post diuortium mutare sibi causam possessionis, non potuit iterum tradi post diuortium nisi poneres, quòd lex non ponit, fuisse ab vxore restitutam marito. Neque verò lex ait fuisse hanc rem mulieri traditam post diuortium, sed concessam: quod longè diuersum est. Concessio enim nihil significat, nisi voluntatem mariti consentientis post diuortium, vt mulier eam rem, quam ex inutili donatione sibi traditam, naturaliter possidere cœpit, retineat: Quam voluntatem nihil vetat nudam esse, id est traditione quoque destitutam. At traditio non illam voluntatem nudam significat, sed factum ipsum translatæ possessionis, quod factum interuenire necesse est, vt dominium transferatur. Denique nuda concessio sine traditione dominium non transfert, quod neque nuda traditio tranferret, *l. nunquam nuda. 31. ff. de acq. rer. domin.* Sed tamen si concessionem traditio præcesserit, vt in casu nostro, concessio quæ non prodest ad dominij translationem, prodest ad inducendam vsucapionem, purgato scilicet vitio donationis quæ non valuerat, quod facta esset inter virum & vxorem. Nam ad purgandum vitium donationis sufficit voluntas illa sola, quæ tamen non potest sufficere ad dominium transferendum, quia noua traditione opus est, vt per traditionem acquiratur dominium, cùm prior traditio non valuit, non etiam vt vsucapiendi causa præbeatur, quandoquidem iuncta cum vsucapione traditio plus debet posse quam traditio sola: quamquam hoc casu non ex traditione transfertur dominium, sed ex vsucapione, quæ ob hoc ipsum necessaria est, quod non potuerit dominium transferri ex ea traditione, quæ non valuerit. Generale namque ac perpetuum est vt † 7
traditio quæ tunc cùm fit non valet ad dominium trãsferendum, nunquam transferre dominium ex postfacto queat, nec si noua interueniat voluntas transferendi, quia non nuda voluntate, sed traditionibus tantùm aut vsucapionibus dominia transferuntur, *l. traditionibus. 20. C. de pact.* traditio autem facti est, non iuris, aut voluntatis, *l. conf. 6. §. vlt. D. de curat. furios.* Nisi legis autoritas interueniat aut alia iuris constitutio quæ habeat vim legis, vt euenit in donationibus † inter virum & 8
vxorem, quæ ex Seueri oratione sic confirmantur morte vt quamuis traditio, neque ab initio valuerit, quæ contra ius facta est, neque postea noua vlla facta sit, ipso tamen iure acquiratur donatario res donata, post cõfirmatam donatoris morte donationem, perinde acsi testamento datum & legatum esset quod reuera fuit donatum, vt ait Vlp. *in l. cùm hic status. 32. §. 1. D. de don. int. vir. & vxor.* Aliter atque si donatio inter virum & vxorem ab initio inualida verbis testamenti conuersa esset in causam fideicommissi vt eleganter scriptum est, *in l. ex verbis. 12. C. de don. int. vir. & vxor.* Lex enim † 9
non minus iure modus transferendi est: Quiritium dominij quam traditio & vt est apud eundem Vlp. *tit. 19. de acq. rer.* nec proinde indiget adminiculo vllo vel traditionis vel vsucapionis. Cùm è contrario tam traditio quam vsucapio egeat adminiculo legis ad transferendum dominium, saltem quiritiarium. Hoc namque addendum est, vt excludamus causam dominij bonitarij, quod † vtique acquiri potest per traditionem etiã quæ 10
legis autoritate non adiuuetur, sed iurisdictione tantũ prætoris vt in specie, *l. si finita. 15. §. Iul scribit. D. de dam. infe.* vbi ob hanc causam scriptum est eum qui iam à prætore factus sit dominus scil. bonitarius ex quo jussus est sibi possidere ex causa damni infecti, incipere vsucapere, vt dominium etiam quiritiarium acquirat. Vt proinde minus videri mitum debeat, quod etiã post concessionem quam maritus vxori fecerit soluto iam per diuortium matrimonio, eius rei quam eidem ante diuortium donauerat, adhuc de vsucapione tractamus cum Paul. *in d. l. 1. §. vlt. pro don.* quia tandiu potest vtilis esse vsucapio quandiu dominium quiritiarium quæsitum non fuit: multò magis necessaria videri debet neque vtilis ei qui nec bonitarium quidem dominium sibi acquisiit ex iniusta & improbata donatione. Dominium † namque bonitarium licet iuris ciuilis potestate 11
non indigeat, vt possit vel transferri vel acquiri, in quo differt à quiritiario, nunquam tamen ex ea traditione potest acquiri cui ius resistat. Maior enim ad impediendum potestas est iuris resistentis, quàm concurrere dumtaxat nolentis.

ERROR V.

De Papiniani & interpretum distinctione circa donationem inter coniuges morte confirmandam.

SVMMARIA.

1 *Distinctio Papiniani in quæstione qua donatio inter coniuges morte confirmetur interpretibus probata.*
2 *Vlpianum Papiniani distinctionem improbasse in l. cùm hic. 34. §. sine autem. 23. & l. si stipulata. 33. in pr. D. de don. int. vir. & vxor.*
3 *Accursij responsiones ad dd. ll. refelluntur.*
4 *Ab Alex. Imper. in l. 2. C. de dot. caut. non num. Papiniani distinctionem improbatam esse.*
5 *Refellitur sententia interpretum contendentium in d. l. 2. agi de donatione per traditionem perfecta.*

6 Di

6 *Distinctionem Papiniani non probari ab Vlpiano in l. Papin. 23. D. de don. int. vir. & vxor.*

7 *Duarem opinatio de duplici oratione de confirmandis donatione reiecta.*

8 *Quæ rationes Papinianum impulerint vt statuerit donationem per traditionem factam coniugi morte donatoris confirmari, non verò eam quæ facta esset per stipulationem, & earum rationum refutatio.*

9 *Donationes inter coniuges morte confirmatæ ex oratione Seueri vim habent legatorum, magis quàm fideicommissorum.*

10 *Nomina* legati, fideicommissi, & donationis causa mortis, *promiscuè nonnunquam accipiuntur.*

11 *Donationes inter coniuges licet iure legatorum capiantur, ab intestato tamen valent.*

12 *Valent etiamsi donator decedat sine herede.*

13 *Opinio quæ orationem Seueri ad omnes donationes inter coniuges producit est fauorabilior sententia Papiniani.*

14 *Sententiam Papin. non posse adstrui ex l. si in seruus. 20. D. de don. int. vir & vxor, aduersus Couarr.*

AGENDVM nobis erit hoc capite humanius cum pragmaticis & interpretibus nostris, qui Papin. erroris sui autorem laudant & 1
assertorem. Distinguebat † enim Papinianus, quomodo & illi distinguunt, an donatio inter virum & vxorem facta esset per traditionem an per stipulationem, quibus tantùm duobus modis fieri olim poterat donatio cùm nondum esset inductum quod postea Iustin. constituit, *l. si quis argentum. 35. §. sed etsi quis, vers. sin verò. C. de don.* vt ex nudo pacto donationis agi posset. Si donatio per traditionem facta esset non dubitabat Papin. quin mortuo donatore in eadem voluntate donatio ex Diui Seueri oratione confirmaretur, sed si per stipulationem, puta cum vxori stipulanti maritus donandi animo spopondisset, non putabat conueniri posse ex ea stipulatione heredem mariti, tametsi durante voluntate maritus decessisset, vt Vlpian. refert *in l. Papin. 23. D. de don. int. vir. & vxor.* Hanc ipsam distinctionem secuti ad eum locum interpretes negant morte donatoris confirmari donationes per stipulationem factas, sed eas tantum etiam hodie confirmari volunt, quæ perfectæ sint per traditionem, teste Didac. Couarr. *in 3. p. rubr. de testam. n. 3.* Cuius distinctionis rationem nec adferunt nec quærunt, contenti autoritate Papin. quá nos etiam contenti essemus si non pugnaret contra Papin autoritas aliorum prudentum, itemque Imp. 2
Video enim eundem † Vlp. *in l. cùm hic status. 32. §. sive aut. : 3. eod. tit.* generaliter scribere siue res fuit quæ donata est, siue obligatio remissa posse dici donationem effectum habituram, & generaliter vniuersas donationes quas antea impediti dixerat ex oratione valere. Dixerat autem *in l. 3. §. sciendum, eod. tit.* siue corpus traditum sit traditionem nihil valere, siue stipulanti promissum sit vel accepto latum nihil etiam valere promissionem nec acceptilationem, quod ipso iure nullius momenti sint quæcumque inter virum & vxorem donationis causa geruntur. Sed & *in l. si stipulata. 33. in princ. eod. tit.* idem Vlp. ait si mulier annuum stipulata fuerit, id quidem ex stipulatu petere illam constante matrimonio non posse: Sed si manente matrimonio decessisse maritus proponatur posse dici stipulationem ex Senatusconsulto confirmari, *quia*, inquit, *in annuo quoque donatio vertitur.* Quæ ratio aperte refellit sententiã 3
† Accursij respondentis speciale hoc esse in annuo, cum è contrario appareat ita Vlp. respondisse, non quod de annuo quæreretur, sed quia in annuo quoque donatio verteretur. Sicut & illud improbabile est, quod idem Accur. & post eum cæteri respondent, *ad d. §. fine autem*, tractari eo loco de donatione liberatoria, quæ fauorabilior sit, & esse debeat, quam obligatoria, cùm nihil potuerit Vlp. scribere generalius, quam quod scripsit illis verbis. *Et generaliter vniuersa donationis quæ impediri diximus ex oratione valebunt.* Quod cum Vlp. scribat, quasi non tam ex sua, quam ex receptissima iam tum opinione prudentum, facilè est intelligere Papin. distinctionem ab interpretibus nostris probatam, à cæteris prudentibus receptam nunquam fuisse. De quo ne possimus dubitare facit etiam rescriptum † Imp. Alex. 4
non ad Papinianum, sed ad Papinianam fortassis Papin. ipsius filiam, *in l. 2. C. de dot. caut. non num.* vbi scriptum est, quod de suo maritus constante matrimonio donandi animo in dotem adscripsit, si eandem donationem legitimè id est siue traditione siue stipulatione intercedente, confectam non reuocauit maritus, qui incrementum dori dedit, & durante matrimonio mortem obiit, ab heredibus mariti quatenus liberalitas interposita munita est peti posse. Ex quibus postremis verbis illud etiam refellitur † quod nostri, vt adeò apertam 5
obiectionem effugiant, respondere solent, agi eo loco de donatione quæ fuerit per traditionem perfecta. Nam præter id quod nihil aliud lex requirit, nisi vt donatio quæ non fuit reuocata, legitimè confecta sit, conficitur verò legitimè, non minùs quæ per stipulationem fit, quam quæ per traditionem, vt nec Accurs. & se ad eum locum dissimulare potest. Illud etiam apparet, si donatio in ea specie per traditionem facta fuisset, futurum vt debuisset Imp. mulieri prospicere aduersus heredes mariti in eadem voluntate defuncti non per actionem, sed per retentionem. Neque verò petitioni vllí locus esse potuisset, cùm donationis per traditionem factæ confirmatio eam vim habeat, vt res donatæ & traditæ fiant ipso iure illius cui donatum fuit, defuncto quandocunque donatore, *d. l. cum hic status. 32. §. 1.* vbi quod scribitur, *vt ipso iure res fiant eius cui donatæ sunt & obligatio sit ciuilis*, vtramque donationis speciem comprehendit, & eam quæ per traditionem perfecta sit, & eam quæ per stipulationem & vtriusque confirmationem fieri per mortẽ donatoris probat non obscurè. Nam sicuti non potuit oratio D. Seueri facere, vt res donatæ herent ipso iure donatarij nisi eo casu quo traditio interuenisset, ita facere debuit, vt si nulla traditione interueniente donatio per stipulationem duntaxat confecta esset, obligatio ciuilis contraheretur, ex qua nasci darique posset actio ad effectum donationis consequendum. Nec sanè video quid aut quibus verbis hoc ipsum quod volumus exprimere Vlp. potuerit apertius, aut etiam Alex *in d. l. 2. C. de dot. caut. non num.* vbi cum loquatur de dote quam maritus adscripserit, ostendit satis, non tam traditione, quàm scriptura factam fuisse donationem quod & titulus ipse probat. Est enim non de dote tradita, sed è contrario de dote caura, non numerata, id est, non tradita. Quid ergo interpretes omnes præcipites egit, vt tanto consensu amplexi fuerint Papin. distinctionem? Hoc vnum scil. quod eam ab Vlp. non tantum relatam, sed etiam probatam fuisse putant *in d. l. Papin.* secuti vulgatam lectionem quæ sic habet *Papin. rectè putabat.* Cùm tamen † verissimum sit Pap. 6
sententiam eo loco referri tantùm non etiam probari, & ex interpretum veterum errore dictionem illam *rectè* in textum irrepsisse, vt à nobis probatum est ex ipsius quoque Accurs. glossemate *lib. 2. contett. cap. 7.* Qua sublata manifestum fit eam Papin. sententiam non solùm non probari, sed etiam sic referri quasi quæ iam tum exposa esset, alioqui scribendum erat *Papin. putat*, non quomodo scriptum est *putabat.* Nec minùs improbabile est quod quidam putant † duplicem fuisse orationem. De 7
confirmandis donationibus inter virum & vxorem: Vnã minùs plenam, quæ facta fuerit ante tempora Pap. aliam posteriorem quæ Papin. fuerit incognita. Quam sententiam à Duareno primùm inductam nos & commenticiam, & falsam esse probauimus suprædicto Coniecturarum loco. Illud operæ pretium est quærere quam rationem

nionem habuerit Pap. ita vti dictum est distinguendi, Neque enim tantùm Iureconsultum tam facile ac temere, quam si ex Doctoribus nostris fuisset, errasse credendum est. Mouebant † eum primum verba illa orationis, *Heredem verò eripere*, ab Vlp. relata *in d. l. cùm hic status. §. aut oratio*. Eripiendi namque verbum quo vsa est oratio, supponit rem donatam esse penes donatarium, quod non aliter fieri potest, quàm si facta sit donatio per traditionem. Sed ratio hæc valdè leuis esset, parumque digna Papiniano, si non adiuuaretur. An non enim eripit liberalitatem donatoris heres, tum quoque cùm donationem stipulatione interueniente factam nõ vult ratam habere? Credibile est illa etiam ratione iuris motum fuisse Papin. quam attigimus in Dec. huius Err. 2. quod donationes istæ inter virum & vxorem inter viuos factæ, non possunt heredem obligare tanquam heredem & ex persona defuncti, cùm defunctus ipse quandiu vixit nullomodo ex ea donatione fuerit obligatus: Huic enim consequens est vt vel facto aliquo heredis opus sit ad eum obligandum, vel vt nullomodo obligetur. Obligari autem ex suo facto non potest quin promittat illud ipsum, quod defunctus promiserat, quod tamen vt inuitus promittat, nulla iuris arte cogi possit. Quod non similiter dici potest facta per traditionem donatione, quia tunc nullo heredis facto indicta donatarius vt donationis in se collatæ effectum consequatur, cùm ei sufficiat quod rem iam habeat penes se ex traditione sibi facta per donatorem, nec heredi donatoris permittatur vt ipsi eam auferat, &, vt loquitur oratio, eripiat. Est enim multo facilius, vt prohibeatur heres ne quid faciat, præsertim contra suprematn decessoris sui voluntatem, quàm vt ad aliquid faciendum obligetur. Denique ad confirmandam donationem & impleudam quæ per traditionem facta sit, solo heredis non facto opus est. Ad eam verò confirmandam quæ per stipulationem contracta sit, etiam facto ipsius opus est. Verùm hanc quoque Papiniani rationem illud perimit, quod cæteris prudentibus placuit sic interpretandam orationem vt donationes istæ eo iure censeantur, quasi testamento confirmatum fuerit id quod donatum est, quomodo loquitur Vlp *in d. l. cùm hic stat. 32. §. 1. in fin.* Quod ego sic accipio vt ex oratione Seueri † vim habeant legatorum magis quàm fideicomm. 9
Non ob id solùm quòd alioqui non posset fieri vt dominium rei donatæ ipso iure acquireretur donatario [quod tamen ab Vlp. traditur *in d. §. 1.*] cum infirmiora sint & debiliora fideicom. quàm vt effectum vllum ipso iure habere possint, quippè quæ iuri sunt incognita nullóque iuris vinculo continentur, vt sæpius diximus. Sed etiam quia si caperentur ad exemplum fideicom. potiùs quàm legatorum, non erat cur Vlp. diceret habendas eas pro confirmatis testamento cum fideicom. etiam ab intestato relinqui possint, non etiam legata. Et sanè cùm accedant proximè ad donationes causa mortis in eo quòd & donationes sunt & morte confirmantur, nihil causæ est cur non debeant æquiparari legatis potiùs quàm fideicommissis, quoniam & donationes causa mortis legatorum, non fideicom. iure capiuntur, *l. Mar. 15. l. etsi debitor. 17. l. illud. 32. D. de mor. caus. don.* Nec est contrarium quod ait *l. in donat. 12. C. ad legem falcid.* in donationibus inter virum & vxorem falcidiã ideò locum habere, quòd fideicommissi partibus fungantur. Id enim ita scribi potuit & debuit, cùm de lege Falcidia ex his donationibus deducenda tractarentur, vt appareret ex eis falcidiam deduci, non tantùm eo casu quo factum esset testamentum, sed etiam cùm ab intestato succeditur, postquam placuit legem falcidiam ad legitimas quoque successiones protrahi propter fideicommissa, quæ scilicet ab intestato relinqui possunt, nõ etiam legata, *l. filiumfam. 18. D. eod. ad leg. falcid.* Neque 10
rursus nouum est nominã † ista legatorum, fideicom. & donationum causa mortis promiscuè accipi, vt in lege Iulia Papin. legati nomen etiam pro fideicommisso & donatione causa mortis accipi prudentes voluerunt, *l. & fideicom. 87. de legat. 3.* In eoque mirum est ius donationum † istarum, quæ inter coniuges fiunt, quod 11
quamuis iure legatorum capiantur, & acta testamento confirmatæ essent, tamen ab intestato quoque valent. Quid enim non potuit facere lex ad dominium transferendum, cùm sit ipsa rerum omnium & domina & regina *l. 1. D. de leg. 1.* Quòd verò per legem fieri potuit quidni etiam fieri potuit per similem legi constitutionem id est per Senat. consultum, itémque per orationem Imp. supra leges omnes constituti. Nam etsi voluisset Imp. facere vt ex causa fideicom. dominium ipso iure transferretur, proculdubio potuisset, sicut à Iustin. tandem hoc ipsum factum est per exæquationem legatorum & fideicommissorum in omnibus, deraque non minùs fideicommissarius quàm legatarius tanquam dominus directa vindicatione, *l. 1. C. communia. de legat.* Sed illud magis iuris est quod huiusmodi donationes inter virum & vxorem valent etiamsi donator decedat sine herede, *l. 1. C. de don. int. vir. & vxor.* quod secus est non tantùm in legatis, † sed etiam in donationibus cau- 12
sa mortis. Vt diximus *in Err. 5. Decad. 45.* Nihil enim aliud requirit oratio Seueri nisi vt donator decesserit in eadem voluntate, quod euenit, & euenisse certum esse incipit, eo adhuc viuo tunc licet enim moritur, ac proinde priusquàm quæri possit, an heredem habeat necne. Falsa igitur semper fuit Pap. hac in re sententia, & consequenter falsissima interpretum distinctio quãuis tam in foro quàm in scholis recepta, quæ orationem Seueri, de donationibus inter virum & vxorem morte confirmandis, coarctat ad eas quæ per traditionem fiunt, & cæteras per stipulationem perfectas patitur infirmas remanere. Contraria enim opinio quam nos tuemur non solum Vlp. auctorem habet, sed etiam Imp. Alex. *in d. l. 2. C. de don. cant. non num.* quem nihil nisi cum 50. imperitorum consilio vnquam rescripsisse referunt ij, qui de vita eius scripserunt. Est etiam fauorabilior, † quia & oratio illa Seueri De confirmandis do- 13
nationibus coniugum, pro fauorabili semper habita est, idróque facilè protracta etiam ad alios casus, quam de quibus expressim fuerat locuta. Itaque cum de iis rebus nominatim scripta esset, quas maritus vxoris nomine comparasset, vt inquit Vlp. *in d. l. cùm hic status. §. 1.* placuit trahi eam ad alias quoque omnes donationes, *d. §. 1.* Item si sponsus sponsæ donauerit, collata in matrimonij tempus donatione, quo casu donationem non valere certum est, quamuis non inter virum & vxorem facta videatur, & verba orationis minus sufficiant, placet tamen hanc quoque donationem ad orationis sententiã pertinere, vt si duraverit voluntas vsque ad mortem, donatio confirmetur, *d. l. cum hic status. 32. §. si sponsus. 22. eod.* Debuit ergo tam fauorabilis constitutio adiuuari per interpretationem, non vt à Pap. & interpretibus nostris factum est captata ex verbis occasione restringi, *l. cum quidam. 19. D. de lib. & post. l. hoc modo. 64. in fin. D. de condic. & demonst.* Ad rem verò non pertinet Iauoleni † responsum *in l. si is servus. 20. D. de don. int.* 14
vir. & vxor. quo Didac. Couar. supradicto loco mouetur. Non enim ibi negatur confirmari ex oratione Seueri eas quoque donationes quæ factæ sunt per stipulationem. Etsi non nego fuisse in ea specie necessarium, vt donatio facta esset per traditionem, quia stipulatio interposita per seruum donatum non potuisset acquiri mulieri donatariæ etiam confirmata donatione, nisi iure dominij. *Iustit. per quas pers. oblig. nob. acq.* dominium autem certum est non magis per stipulationem acquiri posse quàm per nudum pactum, sed tantum per traditionem, *l. traditionibus. 20. C. de pact.*

ERROR VI.

De tribus casibus, in quibus vult Bartolus donationem simplicem filiofamilias à patre factam conferendam esse. Ac primùm de primo.

SVMMARIA.

1 *Donationem morte patris confirmatam non quæri filio nisi post mortem patris quomodo verum, aduersus Bart.*
2 *Donatio simplex cur non conferatur.*
3 *Bartolus existimat tum demum conferendam esse donationem simplicem, in filiumfam collatam cùm aliàs inæqualitas inter liberos emergeret.*
4 *Bartolum suam sententiam malè statuminare ex l. pen. in fin. Codic. de collat. cuius verus sensus affertur.*
5 *An fauor æqualitatis inter liberos arbitrum mouere debeat, vt rem donatam filiofam. præcipuam non adiudicet.*
6 *Quam inæqualitatem inter liberos tollere voluerit Iustin. in l. pen. §. vlt. C. de collat.*
7 *Quandoque vtilius esse filio cui donatum est, donationem non valuisse, quàm valuisse.*

BARTOLVS in suailla distinctione quam agitamus circa bonorum profectitiorum collationem, *ad d. l. 1. §. nec castrense. D. de coll. bon.* postquam dixit donationem simplicem à patre in filiumfam. collatam confirmari morte patris, & tunc assumere vires legatorum, quod postremum nos refutauimus in præcedentibus, subiungit, *& incipit queri filio post mortem patris, ideò non venit in collationem vt l. à patre, & l. ea demum C. eod. & infr. eod. §. si ab ipso.* Quod ait, huiusmodi donationem
1 † non quæri filio nisi post mortem patris, verum quidem est sed non eo sensu quo verum esse ille credidit. Nam cùm priùs dixisset donationem hanc assumere vires legati, haud dubiè sic intellexit acquiri eam donatario post mortem patris, vt statim post mortem & ipso iure acquiri voluerit, quomodo & legatum acquireretur, quod falsum est. Acquiritur enim post patris quidem obitum, sed non statim, nec ipso iure, vt non tantùm legata, sed etiam donationes inter virum & vxorem acquirerentur, *Leàm hic status. 32. §. 1. D. de donat. inst. vir. & vxor.* At per adiudicationem faciendam officio arbitri familiæ erciscundæ, *l. filia cuius. 18. C. famil. erciscund. l. 2. Cod. de inoff. don. l. cùm pater. 77. §. pater pluribus de leg. 2.* Quòd verò addit idem Bart. tanquam consequens, *ideò non venit in collationem*, etsi verum quoque est, malè tamen ex præcedentibus infertur. Nam
2 donatio † simplex conferenda quidem non est, in eóque cum Bart. sentio. At non ratione illa quod non valeat nisi post patris mortem [nam si valeret ab eo tempore quo fit, vt iam inde viuo patre, tanto minùs esset conferenda, cum donatio simplex quæ ab initio valet multò minùs quàm quæ non valet conferenda, si non expressè dictum sit, *l. illud. 20. in fin. C. de collat. l. si non mortis. 25. D. de inoff. testam.*] Sed quia non valet vt habeat effectum saltem dominij transferendi quàm confirmata sit ab arbitro familiæ erciscundæ facta adiudicatione, quæ portio fieri non potest, quin ob id fiat vt quod donatum fuit, à donatario præcipuum retineatur. Quis enim alius esse posset effectus adiudicationis? Illud admitto & semper admisi quod vult Bart. ea quæ post patris mortem acquiruntur non venire in collationem *ex d. l. ea demum & l. à patre Cod. de collat.* Sed nego inde petendam rationem propter quam donatio à patre in filiumfam. collata non conferatur. Dicóque ante factam ab arbitro adiudicationem non esse locum quæstioni, An donatio quæ nullum adhuc effectum habet conferenda sit nec-ne, Post adiudicationem verò factam, non aliam rationem quærendam esse cur non conferatur, quam quod adiudicationis potestate fiat vt præcipua retineatur. Quid enim tam contrarium collationi, quàm retentio iure præcipui? Subiicit Bart. *Fallit in tribus casibus. Primus si emergeret inæqualitas, vt l. penult. §. fin. Cod. eod. tit. Secundò fallit, si pater hoc expressè dixerit in donando arg. l. si quando §. & generaliter. C. de inoff. test. Item fallit si pater dedisset vt haberet in peculium profectitium, vt dixi supra. Et ista est determinatio quæ est de mente Dyni quam tene.* Nos verò vt sciamus quid hic quoque tenendum sit, de istis casibus videamus. Sed de duobus prioribus tantùm. Nam de tertio iam satis multa diximus in primum huius Decadis errorem. Primus est si emergeret † inæqualitas non 3
collata simplici donatione quam pater in filiumfam. contulisset. Inæqualitatis namque inter liberos euitandæ gratia non dubitat Bart. quin huiusmodi simplicem donationem conferri † oporteret *ex d. l. penult. in fin. Cod. de collat.* Hoc primum falsum est. Nam quod Iustin. eo loco constituit de conferenda simplici donatione ad vitandam inter liberos inæqualitatem, non ad hoc genus donationum pertinet, quæ ab initio non valent, & quæ nondum habere effectum potuerunt eo tempore, quo incipit locus esse quæstioni de collatione, hoc est statim post mortem testatoris, aut tunc saltem cùm aditur hereditas, sed ad eas demum donationes quæ sic valuerunt vt iam habuerint effectum, ex usque dominium quæsitum sit donatario, qui proinde hoc ipso habet quod conferre possit, quamuis conferre non deberet, si constitutio Iustiniani lata in eam rem non esset. Cùm enim donatio non valet ab initio, vt contingit cùm à patre in filiumfam. collata est, nihil habet filius quod conferre possit etiamsi velit, tantùm abest vt debeat conferre. Nec quod alioqui futurum est, vt emergat inæqualitas, potest obligare filium ad rem impossibilem id est ad conferendum id quod non habet, & quod conferre etiamsi velit non possit. Hoc tantùm facere posset fauor æqualitatis inter liberos conseruandæ vt officium arbitri familiæ erciscundæ impedire deberet, ne res donatæ in diuidenda hereditate filio præcipuæ adiudicarentur. Nam post factam adiudicationem, cuius potestate iam cœperit donatarius non solùm esse dominus rerum sibi donatarum, sed etiam habere ius quæsitum sibi eas retinendi præcipuas [siquidem nec aliter nisi frustrà & ineptè fieri adiudicatio posset] nemo non videt ferram esse collationis petitionem, cui nihil tam contrarium sit, quam ea ipsa quæ præcesserit adiudicatio. Præsertim cum vtraque, id est tam adiudicatio illa quàm collatio fiat eodem officio eiusdem arbitri familiæ erciscundæ qui proinde secum pugnaturus sit si eandem rem iubeat & conferri & præcipuam retineri. An igitur studium † illud æqualitatis 6
inducendæ inter liberos & odium inæqualitatis mouere arbitrum debebit vt rem filiofam. inutiliter à patre inter viuos donatam ei præcipuam non adiudicasset? At ne hoc quidem. Nam sicut inæqualitas illa non potest facere quin huiusmodi donatio confirmetur morte, quomodo nec impediret aut extingueret validitatem donationis simplicis quæ ab initio valuisset. Ita neque summouere officium arbitri, quominus in diuidenda hereditate sequi omninò debeat voluntatem patris, & ita quod vni ex liberis à patre donatum sit quamuis primum inutiliter, præcipuum ei adiudicare propter confirmatam patris morte donationem. Alioqui dicendum erit futurum, vt nunquam huiusmodi donationes præcipuæ retineri debeant saltem eo casu quo non fuerint expresso iudicio confirmatæ, nec omnibus liberis æqualiter factæ

proponan

proponantur, cùm fieri nequeat vt retineantur præcipuæ ab vno ex filiis simul succedentibus, quin hoc ipso inæqualitas inter eos inducatur. Quid enim aliud est præcipuum habere quam supra portionem hereditariã retinere? Cui sententiæ consequens fieret dicere abrogatam fuisse à Iustin. non tantùm Diocletiani & Maximiani legem quæ extat in *d.l. filia cuius.* 18. *C.famil. erciſc.* Sed etiam quòd esset absurdius, eiusdem Iustin. constitutionem in *l. donationes quas perentes.C.de donat. int. vir. & vx.* quæ has donationes non solùm morte confirmari patitur, sed etiam retrotrahi vt & antea, dummodo vel actis insinuatæ sint, vel summam legitimam non excedant. Et sanè non id egit Iustin. in *d. l. illud. in fin. de collat.* vt de iis donationibus inter viuos quæ ab initio inutiles essent quicquam noui cõstitueret, nec rursus vt earum quæ ab initio valuissent iura restringeret, sed tantùm vt collationis ius ampliaret eo casu quo de collatione quæri posset, qua cessante nihil aliud est quod dicere possimus nisi etiam cessare Iustin. constitutionem, tametsi non sit cessatura
6 inæqualitas inter liberos. Eam namque solam † inæqualitatem tollere Iustin. voluit, quæ per collationem quam vnus ex liberis cogitur facere, pura dotis vel donationis propter nuptias, si non ex altera parte simplex quoque donatio conferretur: Non eam, quæ inducitur nulla collatione facta, id est aliunde quàm ex ipsa conferendi necessitate. Quid ergo si vnus ex liberis haberet dotem vel donationem propter nuptias quam conferre deberet, alij verò filiofam. pater aliquod inter viuos donasset cáque donatio silentio & morte patris esset confirmata: An hoc saltem casu dicemus impediri officium arbitri ne rem hanc donatam præcipuã adiudicare debeat filio, qui alioquin ampliorem portionem sit consecuturus? Minimè verò. Non enim Iustin. constituendo, vt donatio simplex valida conferri debeat in hoc casu, illud etiam constituisse videri potest, vt donatio inualida non confirmetur morte, quæ alioqui confirmaretur, quod tamen constitui necesse fuisset, atque in hoc saltem casu supradictas leges abrogari, si ita Iustinianus sensisset, qui præuidere poterat numquam futurum vt constitutio quæ de collatione tantùm locuta esset ad eum casum traheretur, quo nihil esset ex parte huius donatarij quod conferri posset. Nec mouere debet quod secundum hanc nostram sententiam eueniet, vt melioris conditionis sit donatio quæ ab initio non valuit quàm si valuisset. Siquidem quæ valuisset conferretur in specie *d. l. illud*, quæ verò non valuit ab initio, sed tantùm morte confirmatur, ea secundum nos præcipua retinetur. Nam respondemus,
7 non esse nouum † vt commodius sit filio cui donatum est, non valuisse donationem quàm valuisse. Id enim euenit & in specie *l. 2. C. de inoff. donat.* vbi donatio inofficiosa per patrem collata in filium emancipatum, quia valet ab initio & suis viribus nititur, nec indiget adminiculo officij arbitri familiæ, rescinditur per querelam inofficiosæ donationis, ad exemplũ querelæ inofficiosi testamenti, pro ea patre, pro qua frater, qui conqueritur, esset successurus ab intestato. Quæ autem donatio à patre in filiumfamilias collata est, ea quantumuis inofficiosa sit, non potest tamen rescindi per querelam inofficiosæ donationis, quia nulla est, quòd verò nullum est rescindi non potest: Cúmque alieno adminiculo indigeat, scilicet officio arbitri, qui hereditatem inter filios diuisurus est, tale arbitri officium esse debet, vt eam donationem ex patris voluntate tueatur eatenus, quatenus æquitas patitur, id est quatenus nullum fratri in legitima portione præiudicium fiat. Sic fit, vt plus retineat, & præcipuũ habeat filius cui donatum inutiliter fuit, quàm habiturus esset filius emancipatus in cuius persona donatio valuisset, non propter nullitatem donationis, sed propter officium arbitri, cui causam dat non tam nullitas donationis, quàm voluntas patris, licet nullitatem quoque donationis concurrere necesse sit, ad hoc vt interponendi arbitri eiúsque officij necessitas inducatur.

ERROR VII.

De secundo casu Bartoli in quo vult simplicem donationem filiofamilias factam conferri.

SVMMARIA.

1 *Bartolus vult simplicem donationem à patre filiof. factam conferri cùm pater illud inter donandum dixit.*
2 *Bartoli sententiam non firmari l. si quando. 35. §. & generaliter. C. de inoff. test. nec l. illud in fi. C. de coll.*
3 *Quod pater filio donat ea lege vt conferatur, vel in quartam imputetur donatario vt præcipuum non est ab arbitrio adiudicandum.*
4 *Quodnam sit arbitri fam. erciscundæ officium in casu num. 3. proposito.*
5 *Iudicio familiæ erciscundæ inter quos sit locus: item collationi.*
6 *Inutilis est ea donatio quam pater iussit conferri vel in quartam imputari.*

1 SECVNDVS casus, † quo Bartolus vult conferendam esse donationem filiofamilias à patre factam, ille est si in donando idipsum pater dixisset *arg. l. si quando. 35. §. & generaliter. C. de inoff. testam.* vbi scriptum est, Si quid pater filio donauerit, siue mortis causa, siue inter viuos, ita vt in quartam ei computetur, esse id in quartam imputandum. Debuerat potiùs adferre illam ipsam Iustiniani constitutionem, de qua iam diximus in *d. l. illud. in fin.* vbi hunc ipsum casum Iustinianus excipit nominatim his verbis, *Nisi huiusmodi legem donator tempore donationis suæ indigentia imposuerit.* Sed neque hæc † neque illa constitutio ad rem nostram per- 2
tinet. Vtraque enim accipienda est vt sæpius monuimus de illa donatione quæ ab initio valeat, ac proinde non quæ filio in potestate facta sit, sed quæ emancipato. Cum enim nulla & inutilis donatio est, onus quoque collationis vel imputationis ei adiunctum nullius momenti esse necesse est. Neque tamen † hoc ita volu- 3
mus accipi, quasi putemus si pater filiofamilias aliquid inter viuos inutiliter donauerit, ea lege, vt vel conferatur, vel in quartam imputetur, debere filium post mortem patris in eadem voluntate defuncti, præcipuum id habere officio arbitri familiæ erciscundæ. Nam cùm ea tantùm æquitas officiũ arbitri inducat, quòd æquissimum sit defuncti voluntatem inter heredes quoslibet, præsertim verò inter liberos cõseruari, malè officio suo fungeretur arbiter, qui iuberet præcipuam à filio retineri ex adiudicatione donationẽ, quam pater vel conferri vel imputari voluisset. Quodnam igitur arbitri officium † in proposito casu esse debebit? Illud nimirum, si bonus ego sum arbiter, vt nullam omnino istius donationis rationem habeam si pater voluerit totam conferri, non magis quàm habere deberet, si donatio ista non esset morte confirmata. Quid enim attinet dicere confirmatam morte, si ex ea confirmatione nulla sequi potest adiudicatio? aut cuius momẽti potest esse adiudicatio ex qua nihil præcipuũ habere possit donatarius omnimodo ad hanc donationem conferendam obligatus? At si ponas iussisse patrem, vt hæc donatio non quidem conferretur, sed in quartam imputaretur, distinguendum arbitrabor, an rei donatæ æstimatio excedat legitimæ portionis æstimationem, an non.

Si enim non excedat, non aliud iuris constituam hoc casu quàm superiore, cùm nihil planè interfit an donatio non confirmetur morte, an verò præcipua non retineatur. Nec rursum possit præcipua retineri, quæ tota debet in legitimam imputari. Neque enim aliud est præcipuum quid retineri quam non imputari, & vice mutua, Nihil aliud est imputari quid, quam præcipuum non retineri. Sed si plus sit in donatione quàm in legitima portione, dicam ad currentem quidem vsque portionem legitimam nec valere donationem nec morte aut officio etiam arbitri confirmandam esse, eadem ipsa ratione: Sed supra eam quantitatem ad quam ascendit legitima, & morte confirmatam intelligi donationem hanc oportere, & adiudicationem ex ea officio arbitri faciendam esse, vt id quod excedit, supra legitimam portionem retineatur, quoniam voluntas patris non solùm non repugnat huic sententiæ, sed etiam omninò eam inducit, quandoquidem iuncta imputandi necessitas nulla esse potest quod ad eam partem, quæ legitimam excedit, cùm nihil possit imputari in eam legitimam quæ iam completa & suppleta est. Illud tantùm dubitationem hîc facere potest, quòd filius qui legitima portione contentus esse iussus fuit, neque dictare coheredibus iudicium fam. ercisc. potest neque accipere, cui † sc. non est locus nisi inter coheredes siue ex testamento siue ab intestato in hereditate ipsa succedentes, sicut nec collationi nisi inter eos, qui ex titulo vniuersali succedunt, non ex singulari, *l. ex causa. 25. C. fam. ercisc. l. vlt. D. de coll. dot.* in quorum numero non est is qui legitimam dumtaxat portionem habet, cùm sit illa quota bonorum, non hereditatis, *l. Pap. 8. §. quarta. D. de inoff. testam. l. cum quæritur. 6. C. eod.* Et certè ita esse negari non potest, secundum eam sententiam quæ his nostris temporibus obtinet, quæ vult ad testamenti validitatem sufficere, vt filius in legitima portione sit institutus. Sed si opinionem nostram sequare, quam in prioribus Decadibus non tantùm Iureconsultorum, sed etiam Iustin. fuisse probauimus, vt non aliter iussum testamentum esse possit quàm si filius cui legitima sola relinquitur, heres institutus sit, nec in ea tantùm legitima, sed etiam in ipsa hereditate, ne alioquin legatarij potiùs quàm heredis iure censendus sit, & pro præterito habendus, *ex l. quotiès. 23. C. de her. instit.* non erit locus obiectioni. Quoniam vt fam. ercisc. iudicium exerceri possit, sufficit esse coheredes illos inter quos redditur, siue ex æquis partibus siue ex disparibus. Nec quod iussi sint certis rebus pro institutione contenti esse ad rem facit, *l. si filia. 20. §. si pater. D. famil. ercisc. l. cùm pater. 77. §. euict. de legat. 2. l. ex facto. 35. D. de her. inst.* Nam illud maximè est quod ad officium arbitri fam. ercisc. præcipuè pertinet vt bonorum diuisionem à testatore factam prælegatorum iure tueatur. Igitur vt quæ ad hunc secundum Bart. casum pertinent concludamus,

6 Si pater † filiofam. inter viuos quid donauerit inutiliter quidem, sed ea lege vt idipsum conferretur vel in quartam imputaretur, dicendum est secundùm supradictam distinctionem non modò inutilem esse donationem, sed etiam ita inutilem vt morte non possit confirmari, propterea quòd ea confirmatio ex arbitri fam. ercisc. officio vires accipere nullas posset, sine quo tamen necesse esset manere illam inutilem & inefficacem.

ERROR VIII.

De sententia & ratione l. filia. 20. §. pater. D. famil. ercisc.

SVMMARIA.

1 *In specie l. si filia. 20. §. si pater. D. fam. ercisc. valere bonorum diuisionem à patre inter filios factam, sine adminiculo arbitri fam. ercisc. iure vltimæ voluntatis, non verò donationis simplicis.*

2 *Simplices donationes à parentibus in liberos collatæ quantumuis morte confirmatæ iure vltimarum voluntatum censeri non possunt.*

3 *Cur, & quomodo ex suprema illa voluntate in specie, d. l. 20. transferatur dominium.*

4 *Cur in specie, d. l. exigat Papinianus vt aris quoque alieni onus pater diuiserit inter liberos.*

5 *An in d. specie filij recedere possint à patris voluntate, si nimis inæqualem ab eo factam putent diuisionem.*

6 *An possint abstinere à patris hereditate, vel voluntati retinendo eius hereditatem.*

7 *Quomodo filio cui in legitima per diuisionem fraus à patre facta succurratur.*

8 *Detúrne actio præscriptis verbis aduersus heredes cùm quis inter agnatos sibi ab intestato successuros bona sua & æs alienum diuisit.*

1 VÆ supra diximus videntur mihi eleganter & mirificè confirmari ex iis quæ tractat † Vlp. post Papin. in specie, *d. l. si filia. 20. §. si pater. fam. ercisc.* vbi ait, si pater in filios sine scriptura bona diuiserit & onera æris alieni pro modo possessionum distribuerit, non videri simplicem donationem, sed potiùs supremi iudicij diuisionem. Vt intelligamus valere illam voluntatem & quidem sine adminiculo officij arbitri fam. ercisc. quæ tamen iure simplicis donationis valere non posset, quia cùm paterfam. diuisit quidquid erit in hereditate, id est non tantùm bona omnia, sed etiam onera æris alieni pro modo portionum, atque ita officio arbitri functus est, vt nihil supersit diuidendum, certum est non posse accipi iudicem aut iudicium fam. ercisc. quo nomine cùm nihil aliud nisi ipsa hereditatis diuisio significetur, certum est diuisionem iam factam semel, fieri amplius non posse. Nempè si nihil indiuisum pater reliquerit, vt ibidem Vlp. ait, quia si quid vel minimum indiuisum relictum esset, vtique iudicium fam. ercisc. supereesset, quod nunquam acceptum fuisset [semel enim acceptum reperi nisi causa cognita non posset, déque ea re communi diuidundo agi oporteret, *d. l. si filia. 20. §. fam.*] atque ita parum aut nihil interesset, an patris voluntatem inter liberos diceremus esse simplicem donationem, an supremi iudicij diuisionem, quandoquidem vtroque casu valeret eundémque effectum esset habitura. Nec enim minùs potest arbiter ad transferendum dominium per adiudicationem, quàm testator adeóque lex ipsa ad idipsum dominium citra vllam adiudicationem transferendum, cum & adiudicatio & lex duo sint modi æquè principales, & distincti, per quos dominium iure Quiritium acquiritur. At cùm fam. ercisc. iudicio locus esse non potest, id est diuisis per patrem omnibus rebus hereditariis, quas arbiter alioquin diuidere posset, si diuisionem illam paternam iure simplicis donationis acciperemus, sequeretur vt nullius esset momenti, nec si morte confirmata esset, quia vires & effectum sumere deberet ex adiudicatione facienda per arbitrum quem ponimus nullum datum esse neque dari posse. Ex quo intelligimus, quàm verum sit has donationes † quantumuis morte confirmatas 2
non posse censeri iure vltimarum voluntatum, saltem earum quæ potestate legis confirmantur, quomodo cẽsentur ea quæ fiunt inter virùm & vxorem, quæ licèt non sicut legata confirmantur per legem 12. tab. confirmantur tamen per constitutionem iuris legi similem, id est per orationem Seueri & per factum ad eam Senatusconsultum. Nam si simplices donationes à parentibus in liberos collatæ vim haberent supremæ voluntatis, non posset dici, cur ita locutus esset Vlp. aut Pap. *in d. §. si pater, non videri simplicem donationem sed supremi iudicij diuisionem.* Quamquam illud mirum videri potest cur † aut quomodo ex suprema illa voluntate dominiũ 3
transfera

transferatur. Cùm lex non ponat factum esse testamentum sed potius decessisse patrem intestatum iis verbis, *si pater in filios sine scriptura bona diuisit*, non autem quælibet vltima patris voluntas per legem duodecim tabularum aliamve vllam confirmetur, sed ea tantùm quæ solemni iustóque testamento fuerit declarata, ne alioqui dicendum sit & codicillos ab intestato factos & fideicommissa non minus quam institutiones, legata, tutelásque confirmari. Sed dicendum est sicut lex 12. tab. non tantùm testamentarias, sed etiam legitimas hereditates confirmat, *l. lege obuenire. 130. de verb. sign.* ita & voluntatem testatoris ab intestato quoque per eandem legem confirmari, cùm ea voluntas, neque institutio sit, neque legatum, neque fideicommissum, sed tantùm diuisio patrimonij, quam defuncto quoque testatore arbiter facere posset. Quidni enim liceat patri de re sua facere quamuis intestato morienti, quod etiam arbitro facere licet de re aliena? nam & cum arbiter diuidit hereditatem patris fam. intestati, quid aliud facit nisi quod pater fam. facere potuerat & debuerat, cuius factum & vicem ea in re præsentat? Itaque hanc voluntatem Papin. vocat, *supremi iudicij diuisionem*, vt intelligamus patrem hoc casu arbitri vice fungi, potius quã testatoris, ideóque nihil causæ esse cur ei diuisioni stari non debeat, siue testator pater decesserit, siue intestatus. Illud obscurius est cur † exigat Papin. vt æris quoque alieni onus pater diuiserit inter liberos. An ideò fortassè, vt possit dici omnia fuisse diuisa, ne locus relinquatur iudicio famil. ercisc. Minimè. Nam cùm æs alienum inter coheredes omnes diuidatur ipso iure id est per legem 12. tab. vt & omnia iura hereditaria, *l. 1. C. si cert. pert. l. 1. C. si vnus ex plurib. her. cred. l. heredes. 25. §. an ea stipulatio D. fam. ercisc.* nihil omninò refert an à patre diuisum sit æs alienum néc-ne, quantum ad hoc vt tota hereditas diuisa videatur. Immò magis necessarium videri posset iudicium famil. ercisc. cùm pater diuisit æs alienum pro modo possessionum, nec seruata proportione hereditariarum portionum, quam si de ære alieno nihil cauisset, quia tunc is quem minus grauatum pater voluit, videtur egere officio arbitri ad interponendam per coheredes cautionem de illo supra eam portionem defendendo, quoniam alioqui creditores hereditariis portionibus actionem in singulos essent habituri, sicut euenit illo etiam casu quo per arbitrum diuisio facta sit, si qua ex causa onus æris alieni per arbitrum aliter diuidendum sit, quam per legem 12. tab. diuidatur, putà propter voluntatem testatoris, quod in proposita specie contingeret si quid vel minimum pater indiuisum reliquisset, cuius ratione prorsus necessarium esset dictari inter coheredes iudicium famil. ercisc. *d. §. si pater. & §. pen. eiusd. legis, & l. bis consequenter. 18. §. Celsus cum seq. eod.* nam quemadmodum imperitia coheredum formam iurisdictionis mutare non potest, *d. l. si filia, in prin.* ita neque voluntas arbitri formam iuris, *l. quædam. 41. eod.* Dicendum igitur est apud Papin. proponi diuisum à patre onus etiam æris alieni, non quod esset necesse vt tota hereditas per patrem diuisa diceretur, sed vt posset fieri locus quæstioni, quam secundo loco proponit Vlp. post Pap. si creditores hereditarij hos omnes filios conueniant pro portionibus hereditariis, & vnus placita detrectet, nec patiatur à se vltra suam portionem hereditariam indemnes præstari coheredes, an aliqua actione & qua teneatur. Nulla enim per patrem facta æris alieni diuisione, aut non nisi ad eum modum facta quem lex ipsa 12. tab. præscribit nulla opus esset actione inter coheredes, vt ex iis quisque pro parte sua hereditaria teneretur: sed dubitationi locus fit cùm is ex heredibus qui ampliorem bonorum portionem habet detrectat pro æstimationis modo soluere æs alienum captata occasione comminiscendæ iniuriæ ex iuris ratione, quæ non ad maiorem æris alieni portionem eum obligat, quam quæ portioni hereditariæ respondeat.

Et sanè cessante hoc casu arbitrio iudicióque familiæ ercisc. difficilè videtur dicere quænam actio dari possit coheredibus contra coheredem, qui neque contraxerit & habeat pro se iuris rationem. Subtiliter tamen Pap. vidit posse cum eo præscriptis verbis agi, quasi, inquit, certa lege fecerit permutationem. Nam quemadmodum heres quilibet extraneus cùm adit hoc ipso intelligitur tacitè contrahere cum creditoribus omnibus & legatariis, *l. 3 §. vlt. cum l. seq. D. quib. ex caus. in poss. eat. l. si quis absentis. 5. §. heres quoq. D. de oblig. & action.* Ita & filij isti paternam hereditatem simúlque voluntatem agnoscentes videntur inuicem contraxisse, & alij aliorum creditores debitoréque facti esse, non minùs quàm si acceptis iam ab arbitrio familiæ erciscundæ partibus æqualibus nouas illi partes fecissent, easque inuicem permutassent adiecta lege circa præstationem æris alieni, vt pro possessionum modo alij plus, alij minùs æris alieni exsoluerent. Quo casu non posset dubitari quin si quis eorum post factam permutationem placita detrectaret, actione præscriptis verbis eo nomine teneri deberet, quippè quæ dari solet ex permutatione vt quod promissum est implearur, *l. 1. §. vlt. D. de rer. permut. l. 1. l. vlt. Cod. eod.* Præsertim cùm sit illa diuisio omnium æquissima quod attinet ad onus æris alieni statim atque receptum est ab æqualitate portionum quas in bonis factura erat lex, vel arbiter, si nullas pater fecisset, vt qui maioris æstimationis habet bona, maiorem quoque subeat partem æris alieni. An ergo potuerunt † filij isti recedere à patris voluntate si nimis inæqualem factam putent ab eo dimissionem? Id enim Papin. innuere videtur, cùm eos perinde habet acsi fecissent permutationem. Alioqui cur viderentur quasi contraxisse, qui nihil aliud facere potuissent? At verò cùm de filiis loquamur iisdémque suis heredibus, qui heredes patri extiterint ipso iure, & consequenter ex æqualibus portionibus consequens sit vt neque possint repudiare iam acquisitam patris hereditatem, neque retinere portiones à patre datas, quin hoc ipso eas permutare videantur. Permutatio namque vt nomen ipsum præ se fert mutuam significat dominij translationem, quam hoc casu fieri necesse est, cùm filij agnoscunt patris voluntatem. Acquisitio enim hereditatis in suis heredibus iuris est non facti, *l. in suis. 11 D. de liber. & posth. l. in suis. 14. D. de suis & legit.* agnitio verò voluntatis est facti etiam in suis heredibus, *l. eum bonis. 87. D. de acq. her.* ideóque ante agnitam quoque voluntatem patris, qui inæquales liberis adscripsit portiones, fatendum est æquales à lege factas iisdem liberis esse iam ipso iure acquisitas, atque ita postmodum agnitione voluntatis secuta videri tacitam quoque secutam permutationem, cuius potestate fiat vt nihil iuris alij habeant in portionibus aliorum, in quibus antea habuerunt. Quid? An non possunt † hi filij abstinere à patris hereditate ex edicto prætoris perpetuo: Possunt. Sed non abstinere à patris voluntate, retinendo ipsius hereditatem quia nunquam permittendum est heredi siue testamentario siue legitimo vt inducat diuisionem voluntatis *l. eum qui. 18. §. vltim. D. de his qui vt indign. l. nam absurdum. 7. ff. de bon. liber.* Nec si filius sola portione legitima contentus esse velit, & portionem hereditariam repudiare, aut, vt melius loquar, ab ea abstinere audiendus est, quia nihil potest imputari patri, qui filio plus quàm legitimam portionem dedit, nec vllum filio siue querelæ inofficiosi, siue aliud auxilium in hoc casu proditum est, vt benè nostri post Bart. *ad l. quia poterat. 4. D. ad SC. Trebellian.* Dices. Ita ergo futurum vt vni ex filiis facilè in legitima quoque fraudem facere pater possit, data ei minima portione bonorum, & adscripto ei onere æris alieni pro eadem parte. Respondeo, quotics futurum sit seruata ea diuisione quam pater fecerit vt filio præiudicium in legitima fiat, non esse cogendum illum stare

patris voluntati,quantumuis heres ex certa patre inſtitutus ſit à patre, ſiue expreſsè, id eſt facto teſtamento, ſiue tacitè & ab inteſtato, ſed habiturum per querelam inofficioſi teſtamenti ex ratione iuris veteris,vel actionem ad ſupplementum ex Iuſtin. conſtitutione, *in l. omnimodo.30.C.de inoff.teſtam.facto ſc.teſtamento.*Ab inteſtato autem facta diuiſione, quia nec querela locum habere poteſt,nec quæ in eius locum ſubſtituta eſt actio ad ſupplementum,filio quia legitima portione contentus eſſe velit,hactenus eſſe ſuccurrendum,vt diuiſio illa, quam pater fecerit non confirmetur per legem, quia nec per arbitrium famil.erciſc. confirmari poſſet,ſi quis arbiter in eam rem datus eſſet.Neque enim æquitas vnquam patitur vt legitima filij portio facto vllo ſiue teſtatoris ſiue arbitri minuatur,*l.2.C.de inoff.donat.l.filius quem habentem.24. C.fam. erciſc.* quia cùm debeatur ex legibus ob idque legitima appelletur, arbiter verò fam. erciſc. ſuam habeat à lege poteſtatem, certum eſt non magis poſſe arbitrum facere aut pati,aut legitimæ quàm vt legibus præiudicium fiat. Nec proinde patrem, qui neque hereditatem neque heredem habere poteſt niſi ex legibus,quique cùm vniuerſa bona ſua inter liberos diuidit,arbitri officio ipſe fungitur,non legis.Nam lex non aliter permittit ciui Romano facere legem,quam ſi per legis modum aliquid diſpoſuerit ſolemniter verbis directis & imperatiuis, quod non ſit niſi per teſtamentum. Cùm paterfam. fecit teſtamentum lex duodecim tabularum quæ confirmat teſtamentum, ſubſequitur voluntatem teſtatoris tanquam potiorem legem, quia ſibi eam ipſa legem dixit,iis verbis, *Paterfam. vti ſuper ſua re legaſſe ita ius eſto.* Cùm verò deceſſit inteſtatus, quantumcumque bona ſua inter liberos diuiſerit, non poteſt videri feciſſe legem, aut quod pro eodem accipio,legis officiò functus eſſe,ſed tantùm officio arbitri, cuius eſt in patrisfam. hereditate ab inteſtato diuidenda ſubſequi voluntatem legis. Vnde fit vt non magis quàm arbiter poſſit pater ſic bona ſua inter liberos diuidere vt legitimæ portioni fraus fiat.Secum enim lex pugnaret,ſi eam patris confirmaret voluntatem per quam ipſa legis autoritas offenderetur.Quid igitur ſi non pa-
8 ter † inter filios, ſed agnatus inter plures agnatos ſuos æquè proximos & ſibi ab inteſtato ſucceſſuros bona ſua diuiſerit & onus æris alieni pro modo poſſeſſionum diſtribuerit,aut etiam pater inter liberos emancipatos? An ſi quis eorum placita detrectet perinde tenebitur actione præſcriptis verbis, vt apud Papin.quaſi coheredes iſti omnes fecerint certa lege permutationem?Dubitatio ex eo naſcitur, quod cum ſint iſti heredes non ipſo iure quomodo ſui,ſed per aditionem,difficilius eſt vt agnoſcendo voluntatem & adeundo videantur portiones hereditarias inuicem permutaſſe:quas antea nunquam habuerint : Ceſſante autem permutatione nihil eſſe videtur ex quo præſcriptis verbis actio induci poſſit. Quòd ſi præſcriptis verbis actio locum hîc non habebit,quænam alia habere poterit:Sed tamen magis eſſe puto vt hoc quoque caſu eadem actio præſcriptis verbis danda ſit inter coheredes, verùm non quaſi permutatione quadam facta inter eos certa lege, vt ſuperiore caſu,ſed tanquam ex quaſi contractu inter eos inito cùm hereditatem adierunt, quaſi adierint omnes hac lege vt parerent ſinguli patrisfam. voluntari cui ſciebant omnimodo ſtandum eſſe.Nam ſi adeundo illi quaſi contrahere cum cæteris creditoribus intelliguntur, quidni etiam inuicem ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato ſuccedatur ? Neque aliqua inter ſuos & extraneos heredes hac parte differentia eſt, *d.l.7.§.vlt.& l.ſeq.D. quib.ex cauſ.in poſſ.eat.*Niſi quod in ſuis heredibus hic quaſi contractus quaſi permutatio eſt, qui in extraneis neque permutationis nomen neque aliud habere poteſt.Et ita totum hoc Vlp.& Papin. reſponſum perelegans explicandum eſſe arbitramur.

ERROR IX.

De vltimo membro diſtinctionis Bartoli eiuſque ſubdiſtinctionibus circa profectitiorum collationem,& ad l.vlt. D.de pecul.legat.& l.quod fruct.D.de acq.rer.dom.

SVMMARIA.

1 *Diſtinctio Bartoli in quæſtione quid iuris vbi pater filio dat ſimpliciter, nec apparet vtrum animo donandi, vel vt ſit in peculium profectitium,vel propter merita eius.*
2 *Triplex error Bartoli notatur.*
3 *Multiplex ſubdiſtinctio Bartoli circa rationem à patre factam filio ſimpliciter cùm nulla merita præceſſerunt.*
4 *Subdiſtinctionis Bartoli refutatio.*
5 *In ſpecie l.filia cuius. 18. C. fam. erciſc. nihil eſſe vnde colligere potuerit Bartolus factam fuiſſe filiæ à patre traditionem rerum quas filia nomine comparauerat.*
6 *Homo liber non poteſt ab eo ſibi acquirere cui bona fide ſeruit,nequidem hoc volente.*
7 *Bartolum ex l.quod fructuarius. D.de acq.rer.dom.malè inferre dominum dando ſeruo videri in dubio concedere in peculium.*
8 *Bartoli illud refellitur quod pater pro filio ſtipulatur in peculio profectitio,in dubio idipſum ei concedere videtur,& ſententia l.vlt. D.de pec.legat. explicatur.*
9 *Pater ſtipulando filio perinde ſibi acquirit acſi ſibi ſtipularetur.*
10 *Patri acquiritur quod filiusfam. ſibi ſtipulatur.*
11 *In d.l.vlt. D. de pecul. legat. nullam donationem interuenisſe.*
12 *Quales ſint diſtinctiones Bartoli.*

REDEAMVS ad Bartoli noſtri diſtinctionem *in d.l.1. §.nec caſtrenſe,num.11. ad fin.D.de coll.bonor. Quandoque,*† inquit,*pater dat filio ſimpliciter, nec apparet vtrum animo donandi,vel vt ſit in peculium profectitium, vel propter merita eius, tunc quæritur quid in dubio.* Et hic eſt aduertendum. *Aut præceſſerunt merita filij. Et propter merita videtur datum vt l.ſi donatione. C.eod. Aut non præceſſerunt vt hîc.* Præſupponit † nimirum Bart. donationem à patre in filiumfamilias propter merita collatam valere, quod nos iam ſupra refutauimus. Sed eo quoque admiſſo,vnde quæſo diuinat Bartol. in ſpecie, *l. ſi donatione.13.C. de collat.* merita filij præceſſiſſe, de quibus nullum in tota lege verbum. Et è contrario in ſpecie, *d.§.nec caſtrenſe,* nulla filij merita præceſſiſſe, cùm tamen agatur ibi de filio cui pater acquiſierit dignitatem. Niſi fortè filium ea dignitate indignum fuiſſe comminiſci volumus, aut potuiſſe dignum eſſe dignitate, quin hoc ipſo pater haberet eum pro benè merito non tantùm de ſe, verùm etiam de republica. Nam qui de republica benè meritus eſt, viderine poteſt non etiam benè meritus de patre cùm reipublicæ priùs quàm patri ipſi naſcatur, *l.1. §. & generaliter. D. de ventr. in poſſ.mitt.* Quare nec Bart. ipſe in hoc commento ſemper perſtitit, ſed ſæpius alibi ſcripſit Imp. *in d l. ſi donatione,* ſenſiſſe de fundo per patrem donato filiæfamilias vt haberet, illud in peculium profectitium, quod à nobis etiam refutatum eſt initio *Dec.*40.Sicut & illud, quod Decius aliique recentiores nonnulli ponunt fuiſſe ibi factam donationem ob cauſam puta dotis aliamve ſimilem. Nam & ea interpretatio prorſus commenticia eſt, & quicquid in eius loci explicatione comminiſci

miniſci voluerit, æquè ineptum erit, niſi admittas noſtram illam emendationem *legáſque matre* pro *patre*. Erſiue ponas meritorum cauſam præceſſiſſe ſiue dotis aut aliam quamliber, attamen numquam aſſequeris vt valeat donatio quam pater fecerit filio in poteſtate conſtituto. Sed audiamus Bart. ſubdiſtinctionem circa † donationem à patre factam filio ſimpliciter cùm nulla merita præceſſerunt. *Aut pater*, inquit, *emit nomine filij & ſibi tradidit* [ignoſcite Grammatici. Verba ſunt Bartoli non mea, ſcripſiſſem *ei* non *ſibi*] *& tunc præſumitur animus nouandi vt l. filiæ Codice fam. erciſc. & l. 2. Codice ſi quis alter. vel ſib. Aut. tradidit tantùm non autem emit nomine filij. & in dubio videtur tradidiſſe vt habeat in peculium profectitium vt l. fin. ſup. de pec. legat. l. quod fructuarius. D. de acquir. rer. domin.* niſi eſſent aliqua indicia ex quibus apparet contrarium vt quia dedit filio eunti in caſtra vt *leg. 1. Codice de Caſtr. pecul. lib.* 12. Quandoque emit nomine filij tantùm, non tamen tradidit, tunc videtur emiſſe vt habeat in peculio profectitio vt *dict. leg. fin. de pecul. legat.* Quandoque pater non emit pro filio nec tradidit ſibi, ſed fecit filium recipere aliquam promiſſionem, tunc an videatur fieri animo donandi dixi ad *dict. leg. ſi pater. D. de donat.* Hæc quoque ſubdiſtinctio † non tantum commentitia, ſed etiã inanis & nullius momenti eſt. Quid enim referre poteſt an rem quam pater filij nomine cõparauit, ei tradiderit, an non tradiderit, & an animus donandi interuenerit necne, ſi neque traditio neque donatio vires vllas habet: adeóque quod ad quæſtionem noſtram, quæ de collatione eſt, magis pertinet, ſi neutro caſu collatio locum habere poteſt. Illud ſanè intereſſe non inficior, an donandi animum habuerit pater néne, quia ſi donandi animum habuerit, quamuis donatio non valuerit, patris tamen ſilentio ac morte confirmatur, quod res inducit officium arbitri fam. erciſc. vt filius rem ſibi donatam poſſit habere præcipuam perinde acſi donatio valuiſſet. At non in eo intereſt quaſi vno caſu locus ſit collationi, alio non item, quia ſicuti donatio quæ nunquam valuit nec vnquam ita fuit confirmata vt dominium ex ea tranſlatum ſit conferri nullomodo poteſt, cum aliena minimè conferantur, ſic è contrario quæ confirmata eſt, cùm ob hoc ipſum præcipua retineatur, non magis poteſt conferri, quia tam abſurdum eſt ne dicam contradictorium dicere conferri ea quæ præcipua retinentur, quàm quæ ſunt aliena. Sed neque poſſum videre † vnde Bart. colligat. in ſpecie *dict. leg. filiæ cuius. 18. Codice fam. erc.* factam fuiſſe filiæ à patre traditionem earum rerum quas filij nomine comparauerat. Nihil enim aliud lex ponit niſi quod filiæ nomine res illæ fuerint à patre comparatæ. Nec diſtinguitur an per venditorem fuerint traditæ patri ipſi an filiæ ita volente patre, multo minus an pater ipſe acceptas eas ſibique à venditore traditas filiæ tradiderit, quia neque diſtinctiones iſtæ admittendæ ſunt quandoquidem omnibus iſtis caſibus æquè verum eſt & donandi animum habuiſſe patrem, & nihilominus rerum emptarum filiæque donatarum dominium penes patrem remanſiſſe. *leg. 1. Codice de caſt. pecul. milit. præfectianor. li. 12. titul. 37.* atque adeo in hereditate ipſius remanere, quouſque per adiudicationem arbitri in filiam transferatur: qui ſenſus eſt *dict. leg. filiæ. leg. Pompon. 35. D. eod. l. cùm pater. 77. pater filiæ. de legat. 2.* Sola enim voluntas patris filiæ donantis non facit eam capacem dominij à patre ipſo acquirendi, at neque ab extraneo cùm pater ipſe pretium pro filia numerauit, *leg. 1. Codice de caſtrenſ. pec.* Quemadmodum in *dict. leg. quod fructuarius* ſcriptum eſt, Si quis homini † libero ſeruienti ſibi bona fide aliquid donauerit, idipſum tamen manere donatoris. Ideóque quamuis bonæ fidei poſſeſſor ei operas ſuas donauerit, tamen quicquid ex operis ſuis acquirer, acquiſitum iri poſſeſſori, quia licet homo liber bona fide ſeruiens capax ſit acquiſitionis quia liber eſt, *leg. qui bona. 32. §. 1. verſ. generaliter eodem titul.* non magis tamen acquirere ſibi poteſt ab eo cui bona fide ſeruit, quaſi prorſus incapax eſſet acquiſitionis: Ex quo argumentum perelegans & efficax ſumi poteſt contra eos qui filiumfamilias olim acquiſitionis incapacem fuiſſe ideo volunt, quod donatio à patre in eum collata non valeret. Quo argumento ſi bonum eſſet perinde probarent hominem liberum bona fide ſeruientem non fuiſſe acquiſitionis capacem. Itemque nec hodie capacem eſſe filium, quando nec hodie donatio valet à patre in filiumfamilias collata, vt à nobis toties inculcatum probatumque fuit. Neque illud rurſus video, cur ex *dict. leg. quod fruct.* inferat † Bart. dominum dando ſeruo videri in dubio concedere in peculium, cùm eo loco tractet Paulus de donatione facta expreſſim animo donandi ſiue à fructuario ſiue ab eo cui libet homo ſeruiat bona fide. Nec quod rem donatam lex ait manere donatoris ad rem facit. Id enim non eam rationem habet, quaſi in peculium datam eam videri lex interpretetur, ſed quia non valet donatio, ne tum quidem cum fructuarius donat ſeruo, in quo habet vſumfr. & cuius vſusfructus ad alium pertinet, quia quod fructuarius ex re ſua donat, cùm ex ipſius fructuarij re ſit, per ſeruum acquiritur fructuario, tantùm abeſt vt poſſit diſcedere à fructuario, ad hoc vt per ſeruum proprietario acquiratur. Niſi eo animo fructuarius donauerit vt ad proprietatis dominium rediret, vt eadem lex ait, Subiungens aliud fore ſi extraneus huic ſeruo donaſſet. Tunc enim ſoli proprietario acquiri indiſtincte. Non quod hoc etiam caſu diſtinguendum non ſit an fructuarij an proprietarij contemplatione ſeruo donatum ſit [eſt namque neceſſaria hæc diſtinctio, cùm ei ſoli acquiratur donatio cuius contemplatione donatum eſſe conſtiterit *l. ſed etſi quid. 22. D. de vſuf.*] ſed quaſi non conſtet fructuarij ſolius contemplatione ſeruo donatum fuiſſe & in dubio acquiritur donatio ſoli proprietario, nec requirimus vt probetur quod ipſo fructuario donante probandum eſt ea mente factam donationem vt proprietario acquireretur. Rurſus, quod ad eandem *l. vltim. de pecul. legat.* idem Bart. tradit, † id quod pater pro filio ſtipulatur in peculio profectitio, in dubio idipſum ei concedere videri, ex eo loco non probatur. Nec enim ponit Scæuola in illius legis ſpecie, centum aureos quos pater nomine filij fœnerabat, in filij peculio fuiſſe, qui neque potuerant eſſe peculij quin traditi fuiſſent quicquid in contrarium ſcribat Bart. ad *dict. leg. vltim.* quia peculium naturalem deſiderat dationem *l. ſi ſtatim 8. D. de pecul.* neque verbis, aut ſcriptura, ſed re tantùm conſtitui, conſtitutumque augeri poteſt *l. 4. §. 1. eod.* Et quamuis pater in rationibus breuiariis ſe filij debitorem pro ea quantite feciſſet, quantitatiſque vſuras filio adſcripſiſſet, non tamen ea res aut patrem debitorem facere, aut filio peculium acquirere potuiſſet, quia nuda ratio non facit aliquem debitorem nec donationis aut conceſſionis alicuius vim habet *l. nuda ratio. 26. D. de donat.* cum non niſi certis modis & obligatio contrahatur, & donatio fiat, & peculium conſtituatur, inter quos nuda debendi donandique voluntas eſt. Quid ergo eſſe potuit quod faceret apud Scæuolam vtilli centum aurei eſſe in peculio filij viderentur, ideóque cederent prælegato peculij etiam cum ſuis vſuris. Nimirum vt puto quod pater eos prælegauerat filio cuius nomine dum viueret fœnerauerat eoidem. Suprema enim voluntas per teſtamentum verbis prælegati declarata, ſicuti nulla indiget traditione, ad centum illos aureos in filium transferendos: Ita & coniuncta cũ donandi animo, quem viuus pater erga filium habuerat facile poteſt efficere vt proinde fiant peculij acſi aliquã de traditi filio fuiſſent, ex eo ſc. tẽpore ex quo cœperat pater filij nomine eos fœnerare, & conſequẽter vt exinde quoque vſuræ filio adſcriptæ pro peculiarib. habeãtur

ideoque poſſint cedere peculio cui alioquin non cederent, ſi centum ipſi aurei per patrem fœnerati nomine filij, peculiares facti non intelligerentur, ex quo die cœpiſſet pater filij nomine fœnus illud exercere. Nam neque poſſet incipere peculium eo tempore quo pater defunctus eſſet, cum è contrario quod fuit viuo patre peculium deſinat eſſe defuncto eo, fiatque hereditas ſicut & paterfamilias ſit qui viuo patre filiusfam. erat. Qui porro paterf. ſit cum certum eſt peculium habere nullum poſſe. Háncque noſtram interpretationem illud omnino probat, quod Scæuola ponit diſtincto capite à prælegato peculij, & priuſquam peculia liberis prælegarentur ita ſcripſiſſe patrem, *Titi filij è medio præcipito, ſumito, tibique habeto domum illam, item aureos centum*, quorum verborum ſi non is effectus eſt, quem eſſe diximus, nullus certè erit quantum ad illos aureos centum. Si enim iam erant in peculio, quidni etiamſi nihil de iis expreſſim cautum eſſet prælegato peculij quod poſtea & alio teſtamenti capite factum proponitur, continerentur. Fiunt igitur peculiares ex ſupradictis verbis, quæ cùm ſint directa & imperatiua legis vim habent, atque ita ſupplent vicem traditionis quæ erat neceſſaria ad peculium conſtituendum, idque adeo verum eſſe arbitror vt putem non improbabiliter dici poſſe: Si pater in ea ſpecie vſus fuiſſet verbis fideicommiſſi & precariis, non imperatiuis, aliud reſponſurum fuiſſe Scæuolam, quia cùm fideicommiſſa per legem non confirmentur, nihil eſſet quod vice traditionis eſſe poſſet ad peculium conſtituendum: filióque ſolum illud ſupereſſet vt centum aureos peteret ex fideicommiſſo niſi forte vellet quis dicere futurum eo caſu, vt donatio quam pater filio feciſſet quamuis inutiliter, verbis tamen fideicommiſſi confirmata, ad eum diem quo facta eſſet, retrotraheretur, ex *d.§. pater filia. l. cum pater. 77. de legat. 2. & ex d. l. donat. quas parentes. 25. C. de donat. int. vir. & vxor.* Sed non puto poſſe hoc defendi, quoniam ea demum donatio confirmari poteſt morte poteſt quæ perfecta ſit per traditionem naturalem ipſi filio factam: Nulla vero interuenit traditio in perſona filij, quamuis eius nomine pecunia per patrem fœneretur quia quamuis tradatur nomine filij, non ideo tamen poteſt haberi pro tradita ipſi filio per patrem deinde per filium debitori quaſi occultata vna actione plurimum coniungendarum celeritate, vt in *l. 3. §. ſed ſi debit. D. de donat. int. vir. & vxor.* cùm ex ea traditione quæ per patrem fit debitori debitor non filio ſed patri obligetur. Siquidem pater † quantumlibet ſtipulando
9 filio perinde ſibi acquirit acſi ipſi ſtipularetur *l. cum qui §6. §. qui ſibi. D. de verb. oblig.* Plus dico, idem iuris fore, etiam ſi patre conſentiente filius ipſe hanc pecuniam ipſius nomine à patre fœneratam proprio nomine ſtipulatus eſſet: Eadem videlicet ratione, quia & quod filiusfamilias † ſibi ſtipulatur non ſolùm patri acquiti-
10 tur, ſed quod magis eſt eo colore quaſi pater ipſi ſtipulatus ſibi eſſe videatur *d. §. qui ſibi & l. dominus ſerno. 39. eod.* quoniam vox filij intelligitur vox patris in iis quæ patri per filium acquiri poſſunt *d. §. ſi quis alij in fin. Inſt. de inutil. ſtipulat.* Obidque Paulus in *l. penult. D. de don.* tractans de patre qui pecuniam filij nomine fœnerauerat, filiumque ſibi illam reddi ſtipulari paſſus erat, ponit filium emancipatum fuiſſe, vt ſignificet in filio non emancipato nihil tale tractari poſſe. Igitur & apud Scæuolam † in *d. l. vltim. de pecul. leg.* dicendum
11 eſt, nullam fuiſſe donationem, quam pater verbis fideicommiſſi confirmare potuerit, ſed tantùm nudam donandi voluntatem, quæ multùm à donatione diſtat *d. l. nuda ratio. 26. D. de donat.* Traditione namque aut ſaltem ſtipulatione opus fuit olim ad faciendam donationem indéque ratio dubitandi apud Paulum in *dict. l. penult.* cur donatio inter patrem & filium etiam emancipatum perfecta non videretur. Nempe, quòd neque pater, qui filio donatam volebat pecuniam quam fœnera-
bat, eam filio tradiderat, ſed debitoris, neque filius eam ſtipulatus fuerat à patre ſed à debitore. Verùm his duobus coniunctis, quod & pater tradiderit, quamuis alij quàm filio animo donandi filio, & filius ſtipulatus ſit, quamuis ab alio quàm à patre, animo tamen accipiendæ donationis paternæ, non dubitat Paulus quin perfecta ſit donatio, perinde acſi vel pater filio tradidiſſet, vel filius à patre ſtipulatus fuiſſet. Eſtque hic veluti tertius & medius quidam modus perficiendæ donationis, ſed qui non poſſit cadere in perſonam filij in poteſtate cõſtituti. Nulla ego interueniente traditione apud Scæuolam in *d. l. vlt.* nec aliare quæ vice traditionis eſſe poſſit, dico nullam poſſe donationem intelligi, adeóque nec vllam peculij conceſſionem, & ob id fuiſſe neceſſaria verba illa præceptionis & prælegati relata in principio legis, vt centum aurei quos pater filij nomine fœnerauerat in peculium conceſſi retrohingerentur, poſſent admittere pro filio acceſſionem vſurarum ex quo die cœpiſſet pater filij nomine fœnus exercere. Et ex his ſatis ſuperque confutata ſit tota iſta Bartoli traditio & diſtinctio, circa bonorum profectitiorũ collationem. In qua diſtinctione vt probauimus cùm tot membra habeat, nullum tamen eſt ne vnum quidem quod ſuo careat vicio. Nec aliud in cæteris quæ tam multæ † ſũt 12
Bartoli diſtinctionibus ei vſuenieſſe probaremus facile, ſi quod aliquando ſtudioſorum gratia facere cogitabamus omnes eas referre ac ſigillatim refellere operæ pretium eſſe arbitraremur. Labor eſſet longus ſanè ſed non arduus, & hoc ipſo ignobilis meo iudicio, quod parum ea tes haberet difficultatis. Itaque nobis honorem hunc ſi quis alius & diligentior & eruditior præripere volet, patienter feremus.

ERROR X.

De aduentitiorum collatione & nonnullarum legum tit. C. de collat. emendatione.

SVMMARIA.

1 *Aduentitia non conferri à liberis, qui in poteſtate remanſerunt primus induxit Iuſtinianus.*
2 *Qua ratione ad emancipatos quoque Iuſtiniani conſtitutio ab interpretibus producatur.*
3 *Refellitur interpretum æſtimantium emancipatos fratribus in poteſtate retentis aduentitia conferre non teneri ſententia. & n. 10.*
4 *Emendatio l. ſi maritus. 14. C. de collat.*
5 *Emendatio l. dotis quidem SC. de collat.*
6 *Aduentitia bona etiam hodie emancipati fratribus in poteſtate retentis conferre tenentur: aliàs ne quidem ſui heredes tenerentur emancipatis profectitia conferre.*
7 *Qua ratione volunt probare interpretes emancipatum aduentitium conferri, eadem colligi poteſt eum nec profectitia conferre debere.*
8 *An dos aduentitia hodie conferatur à filia emancipata diſputatio cum Cuiacio & aliis interpretibus.*
9 *Cur neceſſaria fuerit Iuſtiniani conſtitutio in l. vltim. Cod. de collat. ad prohibendam aduentitiorum collationem.*
11 *Bartolum & alios ex l. cum duobus §. idem Papinianus. D. pro ſocio malè colligere emancipatos non teneri conferre aduentitia.*
12 *Cur Iuſtiniani conſtitutio quæ aduentitiorum collationem in filiisfam. prohibet ad emancipatos non extendatur.*
13 *Cùm cogantur interpretes fateri teneri emancipatum conferre fructus aduentitiorum, ſequi eum etiam debere proprietatem conferre.*
14 *Hodie emancipati ſuccedunt ex iure ciuili.*

1 ET si constitutio † Iustin. in *l. vlt. Cod. de collat.* quæ primùm induxit ne aduentitia conferantur, non nisi de iis liberis loquitur, qui manserunt in patris potestate, in eóque cogentibus ipsis verbis legis omnes interpretes consentiunt, plerique tamen ac ferè
2 omnes putant extendi eam debere ad emancipatos, † vt quod sibi aliunde quàm à patre quæsierunt, non cogantur conferre fratribus in potestate manentibus. Ratione illa, quod etiamsi in patris potestate mansissent, eadem sibi acquisiuissent, postquam eidem Iustiniano placuit, vt etiam filiifamilias hodie sint capaces aduentitiorum in *l. cùm oportet. & l. vltim. Cod. de bon. quæ.* Regula enim est iuris etiam veteris, Non cogendos esse emancipatos fratribus in potestate manentibus ea conferre, quæ tametsi mansissent ipsi quoque in potestate, præcipua tamen essent habituri, vt ex Papiniano Vlp. tractat in *l. cùm duobus. § 2. alias l. si fratres. §. idem Papin. respondit. D. pro socio.* Sic enim ratiocinatur Bartol. ad *l. pater filium. num. 5. Cod. de collat. dot.* cuius sententiam communiter receptam esse testantur Alexand. Iaſ. Decius, & alij quotquot scripserunt ad *d. l. vltim. C. de collat.* A qua sententia video non abhorrere Cuiacium *lib. 3. obseruat. cap. 30.* vbi scribit quamuis dubitanter, vt ille ipse loquitur, correctam hodie videri *l. filiæ dotem 4. Cod. de collat. & l. 1. §. si sub conditione. D. de collat. dot.* quibus locis proditum est aduentitiam quoque dotem à filia emancipata conferen-
3 dam esse. Ego verò vt contra † sentiam, ex eo moueor, quod sententia ista si vera est totum ius vetus de collationibus, peruertit, nihilque iam supererit quod frater emancipatus possit aut debeat conferre fratri in potestate retento, cui tamen proculdubio facit iniuriam, cùm succedendo patri iure prætorio petita bonorum possessione siue contra tab. siue ex capite Vnde liberi aufert ei partem bonorum paternorum quæ omnia filius in potestate retentus iure suo alioquin erat habiturus: Cuius iniuriæ arcendæ gratia, certum est ab ipso etiam prætore quantumuis id agente vt emancipatus faueret, inductum esse ius collationis fauore liberorum in potestate retentorum, ne iis captiosum esset beneficium & iniuriosum, quod emancipatis tribueretur, idque vnum præcipuè in hoc edicto de collationibus prætorem ante oculos habuisse ne qua suis heredibus fieret iniuria per emancipatos *l. 1. in princ. & §. toties. l. si filius. 10. & pass. D. de coll. l. 3. D. de coll. dot.* Adeò vt collationem fieri aut saltem de facienda ea caueri necesse esset priusquam succedere emancipatus posset, quasi non sub ea conditione vocato illo ad bonorum possessionem *leg. si filius. 13. D. de condit. cauſ. dat. l. si*
4 *maritus. 14. C. de collat.* quo loco † vt hoc obiter moneamus, graue subest mendum quod eius legis sententiam non tantùm obscuram, verùm etiam inexplicabilem facit in illis verbis, *quas habuit patris sui mortis tempore*, [quæ idcirco expungenda esse credidit vir doctissimus Dionysius Gothofredus] sed quod facillimè purgari potest, si pro *quas*, *legamus quam*, relata ea dictione ad dotem, de qua immediatè subiungitur, *dotem non conferenti*, nullaque interiecta virgula post dictionem, *tempore*, sed vnico contextu continuata serie orationis, sic accipienda acsi scriptum esset quod fuisset apertius *dotem quam habuit patris sui mortis tempore non conferenti*. Facilis enim est & aliis plerisque locis occurrit hic error mutatæ M in litteram S. aut contra, quod literam M veteres scriptores itémque ipsi etiam typographi hac nota ; effingere solerent, vt à nobis aliquo coniecturarum nostrarum loco iam obseruatum est. Sed hoc obiter vt dixi, ne quam in toto illo *tit. de collat.* difficultatem consulto præteriisse videremur. Qua etiam ratione cogor addere, licet alienum sit ab instituto tractatu de collatione aduentitiorum, aliud mē-
5 dum subesse † *in l. dotis quidem. 5. eo. tit.* vbi pro *portio* legendum est *petitio*. Nec enim quærebatur apud imperatorem an dotis portio aliqua competeret mulieri constante matrimonio, quippe cuius erat tota dos, quamuis interim esset in bonis mariti *l. quamuis. 75. D. de iur. dot.* sed tantum dubitabatur an mulier quæ dotem habebat posset eam petere à marito perseuerante matrimonio, ob hoc solum quod eam fratribus conferre cogeretur, vt posset ipsis succedere patri communi, non aliter autem videretur posse eam conferre, quam à marito eam repoposcisset. Idque demonstriant apertè sequentia illa *non tamen eo nomine aduersus maritum sibi potuit actio esse*, quibus negat imperator permittendum esse mulieri, vt hoc prætextu dotem auferat marito, cùm non eò minùs futurum sit vt fratribus conferre possit, scilicet minus accipiendo ex bonis communibus. Redeamus ad propositam disputationem: Dicebamus iniquum esse admitti emancipatos ad successionem paternam cum fratribus in potestate retentis quin iis bona sua omnia conferre cogantur idque iam olim prętori ipsi visum sic fuisse, vndecunque tandem bona illa prouenissent. Ergo nec hodie † aliud esse admit- 6
tendum si qua bona aduentitia filius emancipatus habeat, siue ab aliquo alio quàm patre siue propriis laboribus ea quæsierit. Alioqui dicendum erit ea Iustin. constitutione, quæ de emancipatis nullo modo loquitur, sublatum fuisset totum edictum de collationibus, quod non fuerat propositum nisi contra emancipatos de quo certè Iustinianus non cogitauit ne per somnium quidem. Dices immo verò ita etiam posito iure vt emancipatus non cogatur conferre aduentitia fratribus in potestate retentis, superfuturam vtilitatem & necessitatem edicti pro bonorum profectitiorum collatione. Sed respondebo ne quidem pro hac parte superfuturam. Quoniam profectitiorum conferendorum necessitas non alia de causa irrogatur emancipato, quam quia etiam liberi in potestate cõstituti profectitia conferre coguntur: An non enim esset absurdum emancipatos liberos melioris esse conditionis quàm in potestate retentos? Atqui ob hoc ipsum prætor æquum putauit suos heredes saltem profectitia conferre, quod iis emancipati aduentitia quoque conferre cogerentur. Ergo si persuadeas prætori emancipatos bona sua aduentia conferre non debere, nec ipse patietur profectitia iis conferri per fratres retentos in potestate. Illo autem inducto vt neque emancipatus fratri in potestate retento aduentitia conferre debeat, neque frater in potestate retentus emancipato bona profectitia, consequens statim fiet, nec emancipatum profectitia collaturum. Quo enim colore conferret profectitia, quæ vicissim ei non conferrentur? Nisi poneres nouum edictum in eam rem factum fuisse de solis profectitiis ab emancipato conferendis, quale nullum fuit vnquam, nec erit. Nam quod habemus dictatum à prætoribus & ab Imp. adeóque à Iustin. ipso tot constitutionibus confirmatum, non magis obligat filium emancipatum ad profectitia, quàm ad ea quæ aduentitia sunt, conferenda: & rursum non minùs filium in potestate retentum, quam emancipatum ad collationem profectitiorum. Sed & qua ratione † volunt nostri emancipatum 7
aduentitia conferre cogendum non esse, eadem ipse probabo neque profectitia conferre illum debere, vt inferam etiam ratione profectitiorum inutile mansurum edictum prætoris de collationibus si aduentitia hodie non conferantur. Ratio enim qua mouentur illa est, vt diximus, quòd emancipatus eadem bona aduentitia sibi præcipua retenturus esset etiamsi mansisset in potestate. Atqui hæc ipsa ratio etiam in profectitiis locum habere posset, quia si quid patet filiofamilias donãsset in eadémque voluntate decessisset filius post mortem patris idipsum præcipuum retineret *leg. filiæ cuius. 18. Codice familiæ erciſc. leg. 2. Codice de inoff. donat.* Cur ergo cogendus erit emancipatus conferre profectitia

ctitia sibi à patre donata si nihil aliud inspicimus nisi an præcipua illa fuerat habiturus, si emancipatus non fuisset? Et tamen quin conferre debeat non dubitatur, siue in ipso emancipationis tempore, siue post emancipationem à patre donata sint *l. vt liberis. 17. in fin. Codice de collat.* in eóque deterior est conditio emancipati quàm filiifamilias, quia vt suo loco docuimus, patet qui donationem filio emancipato factam non reuocauit, non idcirco eam silentio suo comprobasse intelligitur, quia nec si voluisset, reuocare tamen potuisset. Non igitur semper verum est emancipatos ea conferre non debere, quæ præcipua erant retenturi si in potestate mansissent: Aut si verum id semper est, fatendum erit profectitia saltem, quæ simpliciter donata fuerint filio emancipato, non ob causam puta dotis vel donationis propter nuptias [nam hæc etiam à filiisfamilias conferuntur *dict. leg. vt liberis*] conferri non debere, sed præcipua retineri, quandoquidem & si filiofamilias donata fuissent, retinerentur. At magis mirum illud
8 est quod iidem nostri volunt & post eos † Cuiacius aduentitiam dotem hodie non conferri, correctásque leges omnes quæ dicunt esse conferendam. Nihil enim quod ad huiusmodi dotes aduentitias Iustinian. innouauit, non solùm circa collationem à filia emancipata faciendam, sed neque quantumo ad acquisitionem in persona filiæfamilias, cùm iam olimita ius esset vt non minùs filiafamilias quàm emancipata dotem aduentitiam habere posset: Nec aduentitiam duntaxat, sed quod magis est profectitiam, dummodo non filiæ ipsi, sed marito nomine filiæ traditio facta proponeretur *l. Pomponius Philadelphus 35. D. fam. ercisc.* Hoc enim olim requirebatur, nó quidem vt valeret donatio facta filiæfamilias per extraneum ex causa dotis [omnimodo namque valebat si aliud nihil obstaret] sed ne per filiamfamilias patri acquireretur, quo postea siue ignorante siue inuito non potuisset ea res donata filiæ peruenire ad maritum *argum. l. si ego. 9. §. 1. D. de iur. dot.* In quo vno hac parte fateor ius nouum factum esse à Iustiniano, nec hodie requiri vt extraneus qui volet donare filiæfamilias in causam dotis, tradat marito potiùs quàm filiæ, cùm sit hodie filiafamilias capax non tantùm acquirendæ sibi dotis vt olim, sed etiam accipiendæ traditionis ex causa dotis, quod olim non fuit. Cùm igitur iam olim peræquè ac hodiè filiafamilias aduentitiæ dotis capax esset, quæro cur duæ illæ Iustiniani constitutiones quarum vna fecit filiosfamilias capaces acquirendorum sibi aduentitiorum, altera prohibuit ne ad collationem aduentitiorum vrgeantur, illud quoque induxisse videbuntur vt emancipata filia dotem aduentitiam conferre non cogatur, quam olim haud dubie conferebat: Rursum hoc admisso, quod negari non potest, vt dotem quantumuis aduentitiam filia emancipata, conferre debeat, cùm tamen dos etiam filiæfamilias adeóque à patre ipso data proprium eius patrimonium dicatur *l. 3. §. sed vtrum. D. de minor. l. in eum. 16. D. de relig. & sumpt. funer.* quid potest esse aduentitium & adeo, vt ita dicam, acquisibile ex Iustiniani constitutionibus, quod non debeat conferri ab emancipatis? Taceo vulgatum quidem illud verbum, sed tamen non eo minus verum, leges correctorias iuris veteris tanquam quæ hoc ipso odiosæ sint nũquam esse ad alios casus etiam similes extendendas *vulg. l. sancimus. 27. Codice de testam. l. præcipimus. 32. in fi. Cod. de appell.* Atqui negari non potest quin lex Iustiniani quæ aduentiorum collationem prohibet inter liberos in potestate constitutos, non solum noua sit, sed etiam iuris veteris correctoria, si ad emancipatos protrahatur idque & interpretes ipsi omnes fatentur. Quid ergo causæ esse potest, cur ad emancipatos eam protrahere debeamus? Adieci, *si ad emancipatos protrahatur*, quia si de filiisfamilias solis accipiatur, de quibus solis loquitur, noua quidem erit constitutio, sed non iuris veteris correctoria, quia nulla lex est in toto iure vetere, quæ in filiorumfamilias personis quicquam statuerit de aduentitiis conferendis, siue quod non aliorum aduentitiorum capaces essent filiifamilias quàm dotis & propter nuptias donationis, de quibus Iustiniani constitutio intelligi, vt diximus, non potest: siue quod non nisi de profectitiis conferendis filiifamilias tenerentur, siue inter se soli succederent, siue cum emancipatis. Quamquam hæc posterior ratio pendet ex priore. Ideo namque de solis profectitiis à filiofamilias conferendis cautum erat, quòd aduentitiorum capaces non essent filiifamilias extra causam dotis vel propter nuptias donationis, vt proinde nullus posset locus esse quæstioni an conferri deberent, quæ non potestant acquiri. Prius enim erat vt possent acquiri, quàm vt deberent conferri. Nam quod ad dotem vel propter nuptias donationem attinebat, difficilius erat dicere cur dotem vel donationem propter nuptias profectitiam conferre filiafamilias cogeretur, cùm ea dos proprium esset filiæ patrimonium etiam viuo patre, vt diximus, quàm cur aduentitiam conferre non deberet, quæ nec in bonis patris esset nec ex bonis patris. Iustinianus verò statim atque induxit vt filiifamilias quorumcunque aduentitiorum capaces essent, locum aperuit quæstioni antea inauditæ, An conferri ea oporteret. De qua proinde nihil in vtramuis partem poterat constituere quod non esset nouum, sed nihil quoque quod iuris veteris correctorium esset. Quod cùm ita
9 sit, non absre quis miretur † quam ob rem fuerit necessaria constitutio Iustiniani ad prohibendam aduentitiorum collationem, cùm nulla lege cautum esset vt collationem illam fieri oporteret, An non enim satis erat filiisfamilias ne conferre cogerentur, quod facti essent capaces aduentitiorum acquirendorum, nec vlla iuris constitutione ad collationem vrgeri possent? Et tamen fuisse necessariam illam constitutionem aperte scribit Iustinianus illis verbis, *necessarium duximus constitutioni quam iam fauore liberorum fecimus hoc addere.* Et in fine legis, *ita & alias res quæ minimè parentibus acquiruntur propriæ liberis manere censemus*, ne possimus dubitare ante illam Iustiniani constitutionem non idem obseruatum fuisse. Ac sanè ita est, si ea Iustiniani constitutio non esset, non erraret meo iudicio qui diceret aduentitia tametsi filiisfamilias acquirantur, conferenda tamen esse, quoniam causa acquisitionis nihil commune habet cum causa collationis, nisi quod collatio præsupponit acquisitionem, Tantum ab est vt acquisitio excludat collationem. Cúmque olim res quæ filiisfamilias donabantur acquirerentur patribus, ita vt defuncto patre inter liberos communes reperirentur, sicut & cæteræ res hereditariæ, Non erat satis Iustiniano ad peruertendum ius vetus, id est ad impediendam non solum acquisitionem in patris commodum, sed etiam communionem bonorum istorum inter liberos post mortem patris, fecisse filiosfamilias capaces huius acquisitionis, etiam inuito patre, nisi illud quoque addidisset, ne conferre cogerentur etiamsi succedere patri vellent: Alioqui potuissent fratres cæteri qui aduentitia bona sibi nulla quæsiuissent, obiicere fratribus qui non contenti aduentitiis paterna quoque adpeterent, debere illos vel abstinere à bonis patris cui aduentitia sua acquiri noluissent, vel sua etiam conferre, exemplo emancipatorum qui licet omnia possint sibi acquirere, si quando tamen postea cum cæteris fratribus in potestate retentis succedere volunt sua illa omnia conferre coguntur. Tantóque magis filiifamilias isti quod non ita sunt facti acquisitionis capaces quod ad bona aduentitia, vt in iis omnino extinctum sit ius patris, cui adhuc saluum esse Iustin. voluit, non modo vsumfructum sed etiam ius legitimæ administrationis. Quo vtroque respectu naturalem huiusmodi bonorum possessionem

nem & penes patrem quandiu vivit remanere neceſſe eſt. *l. naturaliter.* 12. *in princ. l. poſſe. l.* 49. *D. de acquir. poſſ.* & eo mortuo in hereditate reperiri? Quæ res iuſtam poteſt præbere cauſam petendæ collationis, non quidem iure actionis quæ nec ad collationem petendam neceſſaria eſt, ſed per viam exceptionis & retentionis, contra fratres aduentitiorum proprietatem habentes, ac præterea patri ſuccedere volentes: Quemadmodum à diuerſo naturalis illa poſſeſſio plerumque prodeſt ad retinẽdas ſine vllo vero titulo eas res præcipuas, quæ alioqui defectu tituli præcipuæ retineri non poſſent, quod tamen multo difficilius eſt vt in ſpecie *d. l. Pomponius.* 35. *fam. erciſc.* Neque ad impediendam ſine conſtitutione collationem valuiſſet illa ratio qua mouetur Iuſtin. quod peculium caſtrenſe quia patri non acquiritur, nec conferatur. Nam reſponderi potuiſſet pro fratribus collationem vrgentibus aliam eſſe rationem bonorum caſtrenſium, aliam aduentitiorum, Non in eo ſolum quod bona caſtrenſia pleno iure ſunt filij, nihilque ex iis ad patrem pertinet, ne quidem vſusfructus, Sed in illo etiam, quod multæ conſtitutiones in eam rem factæ fuerunt vt peculium caſtrenſe præcipuum eſſet, neque conferretur *d. l.* 1. §. *nec caſtrenſe. D. de collat. bon.* Ex quibus conſtitutionibus non leue argumentum ſumi poſſet pro inducenda contra filiosfamilias quoque aduentitiorum collatione. Nam ſi conſtitutionibus illis opus fuit ad hoc vt peculium caſtrenſe vel quaſi caſtrenſe præcipuum retineri poſſet, nec ſufficiebat quod ex aliis conſtitutionibus filiusfamilias in peculio caſtrenſis pro patrefamilias haberetur *l.* 2. *D. de SC. Maced.* cur diceremus filiosfamilias quamuis factos à Iuſtin. capaces aduentitiorum, hoc ipſo tamen ius habere præcipua ea retinendi, nec cogendos conferre ſi nulla in hanc rem lex eſſet? An fortè plus iuris poterant habere filiifamilias in bonis aduentitiis poſt priorem Iuſtin. conſtitutionem in *dict. l. cùm oportet*, ante poſteriorem quæ extat in *d. l. vltim. C. de collat.* quàm haberent olim ratione caſtrenſis peculij ante conſtitutiones illas de quibus in *d.* §. *nec caſtrenſe*? Quod ſi neceſſaria fuit lex Iuſtiniani ad eximendos filiosfamilias ne aduentitia bona conferre cogerentur, quanto magis neceſſaria eſſet alia, quæ idem beneficium tribueret emancipatis. Nam contra † emancipatos illa ratio mouet, quæ filiisfamilias obiici non poterat, quòd ſuccedendo faciant iniuriam fratribus in poteſtate retentis, quam ſemper diximus potiſſimam rationem olim fuiſſe inducendæ collationis. Cui ſi aliam addere voles, quæ poſterioribus imperatoribus placuit, quod inter liberos omnes æqualitas ſeruanda ſit, tanto magis dicendum erit, etiam hodie aduentitia conferri oportere. Ea namque ratione vſi ſunt imperatores ad amplianda iura collationis, vt fieret illa pleriſque caſibus, quibus antea non fiebat, non ad illam reſtringendam. Vnum illud diluendum ſupereſt, † quod Bart. cæteroſque omnes fefellit, quod obiiciunt ex Papiniano in *d. l. cùm duob. idem. Papin. D. pro ſocio.* non cogi emancipatum conferre illa quæ poſſet præcipua retinere etiamſi in poteſtate manſiſſet. Inde namque inferunt nullam ab emancipato fieri iniuriam cùm ſuccedit, tametſi nihil aduentitiis conferre velit, quandoquidem etiamſi non fuiſſet emancipatus, præcipua tamen ea retinere poſt Iuſtin. conſtitutionem *in d. l. cùm oportet*. At iam dixi periculoſam, falsámque eſſe rationem ſi tam generaliter & indiſtinctè accipiatur. In peculio ſanè caſtrenſi vera eſt, *d.* §. *idem. Papin.* vt quemadmodum bona caſtrenſia filiusfamilias præcipua retinere poſſet, ita & multo magis emancipatus poſſit, quanuis verum ſit conſtitutiones, quæ de peculio caſtrenſi locutæ ſunt, de emancipatis liberis intelligi non potuiſſe, quia filiorumfamilias eſt peculium habere non emancipatorum, tametſi poſſint etiam habere bona caſtrenſia, ſi milites eſſe vel fuiſſe proponantur.

Cur non ergo Iuſtin. conſtitutio, † quæ aduentitiorum collationem in filiisfamilias prohibet ad emancipatos extendatur? Reſpondeo, differentiæ rationem inter peculium caſtrenſe & aduentitium illam eſſe quam iam attigimus, quòd peculium caſtrenſe pleno iure eſt filij, nulla verò ex parte patris. Aduentitium verò licet quantum ad proprietatem ſit filij, tamen quantum ad vſumfructum eſt patris, idcóque non poteſt negari, quin emancipatus qui aduentitia ſibi acquiſiuit, tenſerit commodum ex emancipatione, qui aduentitiorum plenã habuit proprietatem, quam non habuiſſet niſi deducto vſufructu ſi emancipatus non fuiſſet. Et conſequenter facit iniuriam emancipatus fratribus in familia retentis cùm partem ſucceſſionis paternæ iis aufert, nec confert aduentitia, quorum vſusfructus patri acquiſitus fuiſſet & quorum fructibus nunc aucta reperiretur hereditas patris, ſi manſiſſet filius in poteſtate. Igitur non poteſt bona eſſe conſecutio à peculio caſtrenſi ad aduentitium, à filiisfamilias ad emancipatos. Atque hæc ratio tanti momenti viſa eſt Bartol. & ſequacibus, vt cogantur fateri cogendum emancipatum conferre ſaltem fructus aduentitiorũ. Sed cùm in † hoc agnoſcant vel inuiti differentiam quæ eſt inter bona caſtrenſia & aduentitia, ac inter filiosfamilias & emancipatos, cur audent ad emancipatos protrahere conſtitutionem Iuſtin. de filiisfamilias duntaxat locutam? Si enim protrahenda eſt quid ni indiſtinctè protraheretur, id eſt, non ſeparata cauſa fructuum à cauſa proprietatis, cùm lex quæ de filiisfamilias lata eſt indiſtinctè neget teneri eos ad collationem? Nonne iſta noua lex dicenda eſt potius quàm extenſio legis, cùm ex Iuſtin. conſtitutione quæ de filiisfamilias tantùm & quidem indiſtinctè loquitur, occaſionem ſumunt interpretes idipſum conſtituendi in emancipatis, ſed cum noua indiſtinctione? Agunt igitur Imperatores dum putant ſe agere interpretes. Non agunt ſanè iureconſultos bonos, cùm faciunt vt eadem res diuerſo iure cenſeatur, id eſt vt bona quæ filius emancipatus ab extraneo quæſiuerit pleno iure, & ita vt in iis plenam habeat proprietatem, conferenda ſint quantum ad fructus, non etiam quantum ad proprietatem. Nec enim duæ res conſiderari poſſunt in eo fundo cuius plenam proprietatem habeat filius emancipatus, nuda ſcilicet proprietas & vſus fructus, ſed vna tantum res eſt quæ ob eam cauſam vno nomine appellatur, & vel fundus vel proprietas ſimpliciter, aut etiam ſi voles plena proprietas appellatur. Quanquam neque adiectio hæc neceſſaria eſt. Proprietatem enim ſimpliciter cùm dicimus, plenam intelligimus, eſtque neceſſaria tunc tantùm adiectio aliqua, cùm eam proprietatem ſignificare volumus, quæ ſit ab vſufructu ſeparata. Tunc enim nudam proprietatem dicere debemus, aut quod idem eſt, proprietatem detracto vſufructu *l. ſi alij.* 19. *D. de vſufr. legat.* vbi hanc ob cauſam reſpondet Modeſtinus, ſi quis alij fundum, alij eiuſdem fundi vſumfructum legauerit, quauis eo animo, vt legatarius fundi non niſi nudam proprietatem, alius verò totius fundi vſumfructum haberet, futurum tamen vt inter eos cauſa fructuum communicari debeat inuito etiam teſtatore: Quod reſponſum etſi pleriſque mirum & durum videtur, mihi tamen non videtur. Nam licèt in teſtatoris poteſtate ſit facere vt vnus ex legatariis non habeat niſi nudam proprietatẽ, alius verò totum habeat eiuſdem fundi vſumfructum, Non æquè tamen in ipſius arbitrio & poteſtate eſt facere vt fundi appellatione plena proprietas non ſignificetur, non magis quàm ſi candelabrum diceret, vt veſtem ſignificaret. Rerum ſiquidem vocabula immutabilia ſunt *leg.* 4. *de legat.* 1. & ad quid nomina niſi vt vnamquamque rem ſuo nomine exprimant, vt pro Seruio contra Tuberonem Cellius diſputat in *l. Labeo.* 7. §. *Seruius. D. de ſuppellect. l. legat.* addens non ex opinionibus ſingulorum, ſed ex communi vſu nomi-

na

na exaudiri debere. Cùm igitur causa fructuum non possit à proprietate separari, nisi per vsusfructus constitutionem, quæ ipsa nihil nisi separatio est fructuum à proprietate nuda remanente, consequens est vt cùm aliquis fundus emancipato acquiritur, non duæ res ei acquirantur, scilicet nuda proprietas & præterea vsusfructus, sed vna tantum res, id est fundus, quia nulla potest fieri aut intelligi separatio vsusfructus à proprietate in vna eadémque persona, cum nemo rei suæ vsumfructum habere possit *l. vti frui. 5. D. si vsufr. petat.* eáque nostrorum interpretum distinctio ridicula sit in vsumfructum causalem & formalem vt à nobis alio loco contra interpretes disputatum est. Quod si res quæ pleno iure emancipato acquiritur, vna est, & indiuidua, illud etiam planè consequens sit, vt diuerso iure censeri non debeas, *l. eum qui 23. in fi. D. de vsucap.* Atqui censeretur diuerso iure, si conferri deberet quantum ad fructus, non etiam quantum ad proprietatem, cùm nec fructus illi aliud sint quàm pars integralis & essentialis plenæ proprietatis. Nam si ipse quoque vsusfructus à proprietate separatus qui in iure tantùm non in parte consistit *l. Manius. 66. §. pen. de leg. 2. l. si à reo. 70. §. si reo. D. de fideiuss.* in quibusdam tamen pars dominij esse dicitur, *l. 4. inst. l. si Titio fructus. 33. §. 1. D. de vsufruct.* nempe quia emolumentum rei continet *d. l. Manius. 66. §. penult. l. cùm filius. 76. §. dominus. eod. ti. de legat. 2.* Quanto magis fructus percepti ab eo qui pleno iure dominus fuit, plenámque proprietatem habuit, censeri debent pars ipsius plenæ proprietatis? Ergo cùm dicunt interpretes fructus bonorum aduentitiorum ab emancipato conferendos esse, proprietatem verò non solùm diuidunt rem sui natura indiuiduam, sed etiam pugnantia & contradictoria loquuntur, Acsi dicerent aduentitia ista conferri. Conferuntur enim cùm proprietas confertur: Non conferuntur verò cùm proprietas nuda non confertur. Sed & faciunt quod absurdius est vt emancipatus quem nolunt conferre nudam proprietatem, eximatur à necessitate conferendi id tantùm quod non habet: nudam enim proprietatem neque habet, neque habuit vnquam, sed tantùm plenam, cùm ab ea proprietate nunquam fuerit vsusfructus separatus. Ergo necesse est, vt vel plenam proprietatem conferat quam solam habet, vel nihil. Ac nec ipsi interpretes negant absurdum fore si diceretur nihil eum conferre debere quia si in potestate mansisset, pater eorum bonorum vsumfructum habuisset. Fateantur ergo vel inuiti oportet plenam proprietatem ab emancipato conferendam esse: In eóque deterioris conditionis esse emancipatos quàm filiosfamilias. Sicut è contrario sunt melioris in eo quod aduentitiorum plenam proprietatẽ habent etiam viuo patre quam filij in familia retenti non habent nisi nudam. Vt hoc commodum cum incommodo compensetur, præsertim cùm neque inuiti succedant parentibus, nec proinde inuiti ad collationem vrgeantur, sed eo tantùm casu quo paternæ successionis partem iis auferre velint qui ex iuris ciuilis ratione soli succedere deberent. Quæ res non paruam sanè habet iniuriam. Nec minùs hodie quàm olim, tametsi hodie verum sit emancipatos † succedere iure ciuili cùm succedant ex Iustin. constit. quæ suis emancipatos exæquauit in causa succedendi *Nou. 118. de her. ab intest. veniens.* quia non idcirco sustulit Iustin. edictum prætoris de collationibus nec quicquam circa collationes immutauit, nisi ad earum ius ampliandum potiùs quàm restringendum. Denique remanet incorrectum ius vetus de collationibus, nisi quatenus nouis siue Iustin. siue aliorum Imp. constitutionib. correctum & immutatum reperitur. Ita nos tractatum hunc totum de collationibus longè aliter quàm ab interpretibus hucusque explicatus sit, his tribus Decadibus absoluimus. 14

ANTONII FABRI IC.

Decas Quadragesimatertia.

ERROR I.

De donatione causa mortis à patre in filiumfamilias collata.

SVMMARIA.

1 *Donatio causa mortis tum quoque cùm rei traditione perficitur quot modis fieri possit.*
2 *Donatio mortis causa facta inter cõiuges valet, & cur.*
3 *An filiofam. pater mortis causa donare possit.*
4 *Interpretum sententia affirmans.*
5 *Contraria autoris sententia.*
6 *Omnis donatio perficitur aut traditione, aut stipulatione.*
7 *Reuocata ex pœnitentia donatione causa mortis quæ actio donanti competat.*
8 *Donatio causa mortis vtiliter fieri potest, tametsi ex ea dominium transferatur nisi mortuo demum donatore.*
9 *Inde tamen non sequitur valere donationem causa mortis in filiosf. collatam.*
10 *Donatio non est appellanda nisi per quam dominium transferatur vel actu vel habitu.*
11 *Inter legata & donationes causa mortis differentia præcipua.*
12 *Donationes causa mortis interdum valent etiam non adita hereditate.*
13 *Non possunt fieri absenti, sed præsenti tantùm.*
14 *Exceptiones.*
15 *Ratio regulæ.*
16 *Qui supremum iudicium defuncti accusat, non ideò amittit donationes sibi factas siue inter viuos, siue mortis causa.*
17 *Filiumfam. mortis causa patre consentiente donare potest.*
18 *In quibus differant legata à donationibus causa mortis.*
19 *Mortis causa donatio interdum ipso iure reuocatur: legatum nunquam.*
20 *Mortis causa donatio semper capitur ab alio, quàm ab herede. Legatum verò semper capitur ab herede.*
21 *Reuocata causa mortis donatione donatarius tenetur conditione: Legatarius verò testatori conditione*

Digitized by Google

dictione teneri non poteſt.

22 *Donatio cauſa mortis quoties valet, inducit aliquam obligationem ex parte donatoris.*

23 *Tribonianiſmus notatur in l. illud. 37. D. de mortis cauſ. donat.*

24 *Inuicta ratio cur donatio cauſa mortis in filiumfam. collata valere nequeat.*

25 *Donatio cauſa mortis in filiumfamilias collata licet non valeat, confirmatur tamen ſilentio & morte patris.*

26 *Inſinuatio in donationibus cauſa mortis neceſſaria non eſt.*

27 *Ex leg. donationes. 25. Codice de donation. inter virum & vxorem non probari donationem cauſa mortis in filiumfamiliae collatam morte patris non confirmari.*

28 *Permultum refert an ab initio valeat donatio cauſa mortis, an non valeat, licet vtroque caſu, non prius abſolutè perfecta & confirmata videri poſſit, quàm donator deceſſerit.*

1 SOLVIMVS in ſuperioribus, donationem cauſa † mortis tùm quoque cùm rei traditione perficitur, duobus modis fieri poſſe. Vno ita vt dominium rei ſtatim tranferatur in donatarium, quamuis reuocabiliter, id eſt, niſi contingat vel conualeſcere donatarium, vel mutare voluntatem [namſi ita donetur mortis cauſa vt nullo casu reuocetur, donandi cauſa magis mors eſt, quàm mortis cauſa donatio vt ſcriptum eſt, vel potiùs ſcribendum in *l. vbi ita donatur. 27. D. de mort. cauſ. donat. in fi. l. mortis. 16. l. qui mortis. 30. & l. ſi is cui. 39. eo.*] Altero, ita vt dominium non priùs transferatur in donatarium, quàm donator deceſſerit *l. 2. eod. l. ſi enim. 9. §. vlt. cum duabus ſeqq. de donat. int. vir. & vxor.* vbi dicitur donationes inter virum & vxorem, licet improbatæ ſint, ſi inter viuos factæ propronantur, tamen
2 mortis † cauſa factas valere, quia in id tempus excurrit donationis euentus, quo vir & vxor eſſe deſinunt. Quæ ratio licet aptiùs accommodari videatur ad poſtremum hoc genus donationum cauſa mortis, ex quibus dominium non ſtatim transferatur, tamen non ſic accipienda eſt, quaſi non valeat donatio, quam vir in vxorem contulerit ea mente, vt dominium in eam ſtatim transferret [valet enim omnis inter coniuges mortis cauſa donatio] ſed ita vt cùm vir vxori donauit mortis cauſa transferendi ſtatim dominij animo, ſola dominij tranſlatio impediatur, at non etiam donatio, quominùs tandem ſecuta morte ſuum effectum ſortiatur, vt Vlpian. explicat in *l. ſed interim. 11. eod.* quia omnis dominij tranſlatio inter coniuges prohibita eſt quæ ex cauſa donationis fiat, ſed non omnis donatio. Hinc dubitandi ratio non probabilis tantum ſed etiam pere-
legans, An filiofamil. † pater mortis cauſa donare poſ-
3 ſit: Quamquam non reperio quemquam ex pragmaticis aut interpretibus noſtris † adeo ſiue ſubtilem ſiue
4 imperitum, qui de hoc dubitet. Quibus nempe perſuaſum eſt mortis cauſa donationes capi ad inſtar legatorum *l. Marcellus 15. l. illud. 37. D. de mort. cauſ. don. l. vlt. Cod. eod.* Adeò vt ob hoc ipſum putent donationes intra viuos à parentibus in filios famil. collatas morte confirmari, quod ea ratione fiat vt iure legatorum capi videantur. Nec enim dubium eſt, quin valeat legatum quod pater filio ſuo quamuis in poteſtate conſtituto reliquerit, quia eius obligatio incipit ab herede, & eo tempore quo iam ſublatum ſit vinculum patriæ poteſtatis *l. her. 40. D. de oblig. & action.* Ego verò auſim †
5 dicere donationes mortis cauſa collatas à patribus in filios fam. non magis valere, quàm quæ inter viuos fiunt. Quam in ſententiam me illud mouet, quod tam ea quæ mortis cauſa, quàm quæ inter viuos fit donatio † non niſi alterutro ex duobus modis perficitur, traditione nimirum aut ſtipulatione. Atqui neutro ex his modis fieri poteſt inter patrem & filium. Ergo prorſus nullo. Iam enim conſtat inter omnes non poſſe filium f. à patre ſtipulari. Obſtante nimirum patria poteſtate, quæ alioqui apertiſſime violaretur *l. Imp. 50. D. ad SC. Trebell.* Traditionem verò à patre factam ex cauſa donationis accipere filius non poteſt, quia tametſi traditio ſit facti
men, non iuris *l. conſ. 7. §. vlt. D. de curat. furioſ.* non aliter tamen valere poteſt ad perficiendam donationem, quàm ſi obligetur pater, qui tradidit, vt vel donationem reuocare non poſſit, quod contingeret facta donatione inter viuos ſi valeret, vel ſaltem reuocare illam debeat, & dominium condicere quod amiſiſſet per donationem traditione perfectam, vt contingit quoties facta eſt mortis cauſa donatio quæ valuit. Quamquam enim ex pœnitentia † reuocari quandocunque poteſt 7
donatio facta mortis cauſa, non ideo tamen vindicatio locum habere poteſt, quæ domino ſola competeret ſed condictio *l. ſi filioſ. 13. d. l. qui mortis. 30. l. qui alienam. 33. D. de mort. cauſ. donat.* Nemo autem dixerit dominium quod patris fuerit transferri in filium per traditionem, vt patet donationem reuocans egere poſſit condictione, non vindicatione. Nam & ius patriæ poteſtatis hoc impedit, nec minùs in donatione cauſa mortis, quàm inter viuos *l. ſine emancipatis. 17. C. de donat.* Quòd ſi replices nihil prohibere quin fiat donatio † 8
cauſa mortis & quidem vtiliter, tametſi ex ea dominium non ſtatim transferatur. Videlicet ſi donatum ſit ea mente vt non niſi mortuo donatore dominium in donatarium tranſiret, quemadmodum initio capitis præfati ſumus ex *l. 2. D. de mort. cauſ. donat. l. ſed interim. 11. D. de donat. int. vir. & vxor.* Idcóque donationes cauſa mortis inter coniuges ita factas valere, quæ non valerent ſi donatio cauſa mortis fieri & intelligi ſine dominij tranſlatione non poſſet *d. l. ſed interim.* Dicam verum quidem hoc eſſe: Sed tamen non eo magis poſſe fieri vt valeat † donatio cauſa mortis à patre in filium f. 9
collata, quia tum quoque cum ſic donatio ſit, vt ex ea dominium non transferatur, traditionem tamen hactenus valere neceſſe eſt, vt ex ea non ſolùm tranſlatio fiat poſſeſſionis naturalis, quam vtique fateor non minùs transferri ex donatione facta per patrem, quàm ex ea quæ facta ſit inter virum & vxorẽ *l. 1. §. ſi vir vxori. D. de acquir. poſſ. l. 2. §. vlt. D. pro her.* ſed etiam obligatio aliqua contrahatur, cuius poteſtate fiat vt mortuo ſaltem donatore dominium ex ea traditione iam ante facta transferri poſſit, nullo in eam rem interueniente auxilio iuris. Id enim eſt quod dici ſolet non eſſe appellandam donationem † niſi per quam dominium 10
transferatur vel actu vel habitu vt loquitur Caſtrenſ. ad *l. in edibus. 9. §. vlt. ex illo textu. D. de donat.* Quæ præ-
cipua † differentia eſt inter legata & donationes cauſa 11
mortis. Legata enim, quia in iis nulla traditio interuenit neceſſariò indigent poteſtate legis duodecim tabularum, vt poſſint confirmari, & ob id dicuntur incipere ab herede. *dict. l. hereditariarum.* Donationes verò cauſa mortis nulla indigent confirmatione legis, quoniam ab initio valent, nec incipiunt ab herede donatoris, ſed à donatore, quia donator ille fuit qui tradidit, quique per traditionem illam dominium tranſtulit ſiue ſtatim tranſlatum illud voluerit, ſiue in id tantùm tempus, quo mors ipſius donatoris inſecuta eſſet. Idque eſt quod ſolemus dicere donationes cauſa mortis licèt proximè accedant ad naturam legatorum, tamen accedere etiam ad cauſam donationum inter viuos, & earum habere quædam inſignia vt loquitur Iuſtinian. in §. 1. *Inſtit. de donat.* quale illud eſt, quod interdum valent † etiam non adita hereditate, nimirum ſi do- 12
minium ſtatim tranſlatum ſit in donatarium, licet reuocabiliter, vt dicemus *Decad. 45. in Error. 4. 5. & 6.* [quid enim poteſt intereſſe donatarij cauſa mortis, an donatori hereditas adita ſit, cùm iam habeat rem ſibi

traditam à donatore, & iam acquisitam sufficiátque mortem esse insecutam donatoris, vt spes redhibendi prorsus sit extincta *d.l.non videtur.* 32. *l. Seia.* 42.§.*vlt. D.de mort. cauſ. donat.*] item quod non possunt fieri
13 † absenti sed præsenti tantùm *l. inter mortis.* 38. *eo.* vt
14 nec donationes inter viuos, nisi sit † qui rem ferat & tradat nomine absentis donatoris, vel nisi iam penes donatarium sit res donata vt nulla sit opus traditione
15 *l.absenti.* 10.*D.de donat.* quia † cùm ad perficiendam donationem siue inter viuos, siue mortis causa, necesse sit interuenire vel stipulationem vel traditionem, certum est neque absentem stipulari posse neque absenti traditionem, nisi per interpositam personam *l.* 1. *D.de verb.oblig. l.*4. *D. de donat.* Rursum quod qui accusat
16 † testamentum & suprema iudicia defuncti non ideo amittit donationes sibi factas siue inter viuos siue mortis causa, nec si testamentum ruptum sit, aut pronuntiatum falsum *l. etiamsi.* 21. *D. de inoff. testam. l. post. legatum.*5 §. *qui mortis causa. D. de his quæ vt indign.*
17 *auser.* Præterea filiusfamilias † mortis causa donare patre consentiente potest *l. tam is.* 25.§. 1. *D. de mort.*
18 *cauſ. donat.* Quæ omnia dissimilia sunt in legatis, † quæ quia incipiunt ab herede, non aliter possunt valere quàm si adita sit hereditas ex testamento, quod neq; falsum, neque inofficiosum, aliterve ruptum aut rescissum sit, nec legatarij præsentiam requirunt & cùm non possint dari legata nisi in testamento non magis potest filiusfamilias legare quàm testari etiam patre consentiente *d.l.tam.*15.§.1. *l. qui in poteſtate.*6. *D.qui*
19 *testam.facer. poss.* Sed & mortis causa donatio † interdum ipso iure reuocatur, Vt puta si donatum tibi sit ab aliquo mortis causa non sub ea conditione, si ex ea infirmitate decesserit, sed cogitatione mortis, cùm se ex ea infirmitate moriturum putaret donator non aliter donaturus, postea verò is conualuerit, Sola enim conualescentia facit vt donatio ista ipso iure reuocata intelligatur, quamuis nulla in donatore probetur mutatio voluntatis *l.qui pretio* 8.*in fin. l.mortis cauſa.* 16. *l. si is cui.*39. *D de mort. cauſ.donat. l.non omnis.*19. *D.de rebus credit.* legatum verò quia non confirmatur nisi moriente testatore, nunquam potest ipso iure reuocari, licèt facilè possit adimi *tot. tit. de adim. legat.* Adde
20 quod † mortis causa donatio semper capitur ab alio, quàm ab herede, cùm capiatur ab ipso donatore, tùm quoque cùm aliena res donata est, quam donatarius vtiuceperit. Nam & hoc casu, non tam ab eo, cuius res fuit, eam cœpisse videtur donatarius: quam ab eo qui donando præstitit occasionem vsucapionis *l. qui aliena,* 35. *D.de don. cauſ. mort.* At legatum nunquam capitur nisi ab herede, quia nec alius quam heres ipse onerari legato potest. Denique, quod ad rem nostram
21 & institutam disputationem magis pertinet, reuocata † donatione causa mortis donatarius tenetur condictione saltem possessionis, illo etiam casu quo non fuerit dominium translatum ex donatione, quia traditionis quæ ab initio valuit effectus reuocandus est reuocata donatione, nec potest fieri, vt donator habeat vindicationem, etiamsi res extet, nisi cùm iure ciuili donatio impeditur *l. si ſponſus* 5.§.*vlt. D.de don.int.vir.& vxor. inoff.l.qui mort.cauſ. don.* Legatarius verò non potest testatori condictione teneri, cùm ex causa legati, neque dominium neque possessio transferri à testatore possit vt egeat condictione quia nec legatum valet vt confirmetur & effectum habeat viuo testatore. Quas omnes legatorum & donationum causa mortis differentias
22 ideo attulimus, vt appareat donationem † causa mortis, quoties valet, inducere obligationem aliquam ex parte donatoris & in ipsius persona, siue per stipulationem fiat siue per traditionem, & siue traditio ita facta sit vt dominium in donatarium statim transferatur, siue ita vt non nisi secuta morte donatoris. Ex hoc enim so-
lo differentiæ illæ omnes proficiscuntur, & aliæ quæ sunt, quales sanè sunt plerique, & tam multæ vt non dubitem quin quod tam generaliter † scriptum est *in* 23
l. illud. 37. *eodem. titul. de mort. cauſ. donat.* mortis causa donationes generaliter legatis comparatas, & quodcunque iuris est in legatis id & in mortis causa donationibus esse accipiendum, Triboniano adscribendum sit respicienti ad Iustin. constitutionem in *d. l.vlt. Cod. eod.* potius quàm Vlp. Scripserat Vlp. in legis Iuliæ & Papiæ interpretatione, vt inscriptio legis demonstrat, eandem rationem esse legatorum & donationum causa mortis, quod & Paulus ad eandem legem scripsit *in l. & fideicom.* 87. *de leg.* 3. vbi ait & fideicommissum & mortis causa donationem legati appellatione contineri, scilicet quantum ad legem Iuliam & Papiam, quæ de caducis legatis tantùm locuta facile fraudaretur, si non ita acciperetur, vt etiam ad fideicommissa mortisque causa donationes pertineret. Inde verò capta occasione Tribonianus specialem Iureconsulti sententiam facit generalem, vt more suo eam accommodaret ad Iustin. constitutionem in *d.l.vltim.* qua diserte cautum est, vt donatio causa mortis omnes effectus sortiatur, quos vltimæ habent liberalitates, neque ex quacunque parte absimilis eis esse intelligatur. Quàuis idem Iustin. eandem constitutionem referens in *d.*§ 1. *l.ult.de dona.* adiecit dictionem *ferè* non ausus illas omnino negare, aut dissimulare differentias, quæ tam multæ supersunt inter donationem causa mortis & legatum, quas si inuitus quoque ille agnoscere cogitur, quis credat ab Vlp. cuius est *dict.leg.illud*, aguitas non fuisse? Quod si donatio † causa mortis, vt ad 24
institutam disputationem redeamus, quomodocunque facta sit, non aliter potest valere quàm si obligatio aliqua inducatur inter donatorem & donatarium [nam & condictio qua tenetur donatarius post reuocatam donationem præsupponit aliquam obligationem præcedentem, vt & alia quælibet actio *l.si quis.*5. §.*is quoque. D.de obli.& actions.* licèt non fiat donatio vt donatarius obligetur donatori, sed vt donator donatario, quomodo accipienda est *l.Arist.*18. *D.de dona.*] prorsus consequens sit, vt nullo modo valeat à patre in filiumfamilias collata, quoniam obligari pater filiofamilias ciuiliter nequaquam, nullóque casu potest *d.l. Imp.* 50. *D. ad SC. Treb. l.ne cum filiof.*16.*ff.de furt.* Neque vllus sanè iuris locus est qui valere dicat. Non tamen nego confirmari † silentio & morte patris, qui non mutauerit voluntatem, licet specialis confirmatio nulla interuenerit, quoniam & donatio inter viuos, quæ non ma- 25
lè valet quàm donatio causa mortis, hoc modo confirmaretur *l. donationes quas parentes.* 25. *Cod. de donat. int. vir. & vxor.* etsi eam legem non nisi de donationibus inter viuos loqui ex eo intelligimus, quod non aliter illa morte confirmari aut etiam retrorrahi patitur, quàm si fuerint insinuatæ, cùm legitimam summam excedunt. Insinuatio † siquidem in donationibus causa 26
mortis necessaria non est, ex alia eiusdem Iustin. constitut. in *d.l.vlt.C. de donat.cauſ. mort.* Sed tamen cùm non à Iustin. illud noui sit inductum, sed iam inde ab antiquo iure repetitum, vt patris morte ac silentio cõfirmetur donatio, vt suo loco probauimus, non egemus illa Iust. constit. ad hoc vt mortis causa donatio per patrem filiofamilias facta morte patris confirmetur. Nec proinde bona est consecutio, † si quis dicat Iustinian. 27
constit. de confirmandis parentum morte donationibus ad donationes causa mortis non pertinere. Ergo eas non confirmari morte. Potius enim è contrario dicendum & inferendum esset confirmari eas morte, quoniam ad illas non pertinet ea constitutio, quippe quæ non tam sit de confirmandis huiusmodi donationibus quàm de non confirmandis, cùm facta sit ad restringendum ius istarum donationum, potiùs quàm ad ampliandum. Quanquam nihil causæ esse video cur non etiam ad mortis causa donationes à pa-

tre

tre in filiumfamilias collatas ea conſtitutio pertineat, cùm generaliter loquatur de donationibus quas parentes in liberos cuiuſcunque ſexus in poteſtate ſua conſtitutos conferunt,aut quæ in aliam perſonam collatæ ſint,cui donare non licet. In quatum donationum numero diximus eſſe donationes cauſa mortis filiofamil. à patre factas. Nec quod inſinuandæ non ſunt ad rem facit. Hoc enim ius nouum eſt à Iuſtin. conſtit. in *d.l. vlt.C.de don.cauſ. mort.* cuius verba oſtendunt aliud reſpondendum fore,ſi ea lex non eſſet,antequam comparabantur donationes cauſa mortis donationibus inter viuos,non legatis, etiam quod ad hoc vt inſinuari eas oporteret.Iuſtin.verò cùm voluit non eſſe in iis neceſſariam inſinuationem,id fecit quo magis, non quominùs valerent.Non igitur ex ea conſtitutione ſumi argumentum poteſt ad probandam donationem cauſa mortis à patre in filiumfamilias collatam morte fratris minimè confirmari. Dices, quid igitur intereſt quærere an huiuſmodi donationes valeant,néne,ſi morte patris confirmantur?Nam & quæ inter alios fiunt,quamuis ab initio valeant, non priùs tamen perfectæ ſunt, quàm confirmatæ fuerint morte ſecuta donatoris *d. l. 2. d. l. non videtur. § 2. D.de mort. cauſ. dona.* Et hoc ſanè eſt quod interpretes omnes fefellerit,vt quæſtionem hanc non magni momenti eſſe putauerint. Sed animaduertere debuerunt. Immò verò permultùm intereſſe an ab
28 † initio valeat donatio cauſa mortis an non valeat,licèt vtroque caſu non priùs abſolutè perfecta & confirmata videri poſſit,quàm donator deceſſerit : quia cùm ab initio valuit factàque eſt per traditionem [de hac enim nunc loquimur,non de illa quæ facta ſit per ſtipulationem] ſi poſtea ſequatur quandocunque mors donatoris, dominium ipſo iure acquiritur donatario ex inſtanti mortis, nec alio vllo facto iurisve auxilio opus eſt ad inducendam dominij tranſlationem. Vnde eſt quod in mortis cauſa donationibus ipſum mortis tempus inſpiciendum eſt,ſi quæratur an donatarius capere poſſit.*l. in mortis. 22.eod.tit. de mort.cauſ. donat.* At cùm donatio non valuit ab initio neque traditio, licèt confirmetur morte patris ciuſdémque donatoris, non ideo tamen dominium rei donatæ acquiritur filio ſtatim & ipſo iure poſt mortem patris, ſed perinde neceſſarium eſt filio auxilium & officium arbitri familiæ erciſcundæ, ac ſi donatio inter viuos facta eſſet, vt dominium quod neque per traditionem acquiri potuit,ne quidem ſecuta patris morte, quomodo potuiſſet ſi donatio ab initio valuiſſet,neque turſum per ſolam donatoris mortem, quomodo ſi legatum filio fuiſſet,ſi donatio ab initio valuiſſet, ſaltem per arbitri adiudicationem acquiratur, ſecundum ea quæ in præcedentibus diximus ex *l.filiæ cuius.18.C.fam erciſc. & l. cùm pater. 77. §. pater plurib. 21.de legat.2.* De cuius ſententia quoniam pete-legans eſt & ad ſententiæ noſtræ confirmationem accommodatiſſima ſeparatim diſſeramus.

ERROR II.

De ſententia & lectione l. cùm pater. 77. §. pater pluribus. de legat. 2.

SVMMARIA.

1 *Sententia l.cùm pater, 77. §. pater pluribus D. de legat.2.*
2 *Diſputatio de ratione dubitandi.d.§.*
3 *Verba irreptitia ex d §.eliminata.*
4 *Quæſitum à Papiniano in d.§.an claues tradita eſſent cauſa cuſtodiæ, an donationis.*
5 *Cur exiſtimarit Papinianus cuſtodiæ potiùs quàm donationis gratia factam clauium traditionem.*
6 *Si in ſpecie d.§.tradita fuiſſent claues animo donandi, debuiſſe cenſeri eam donationem cauſa mortis.*
7 *Quando obtineat iactatum illud, Traditio in dubio præſumitur facta animo donandi & transferendi dominij.*
8 *Donatio mortis cauſa minus pauperem donatorem facit,quàm donatio inter viuos.*
9 *Ex reſponſo Papiniani probari donationem cauſa mortis in filiumf.collatam non valere.*
10 *Donatio mortis cauſa,vt morte donatoris irreuocabiliter confirmetur,non exigit hereditatis additionem.*
11 *Cur donationes cauſa mortis dicantur capi ad inſtar legatorum.*
12 *Ex reſponſo Pap. probari donationem cauſa mortis factam filiofam.confirmari morte patris.*

PATER † pluribus filiis heredibus inſtitutis moriens claues & annulum cuſtodiæ cauſa maiori natu filiæ tradiderat,& præterea libertum eidem filiæ,qui præſes erat, res quas ſub cura ſua habebat aſſignare iuſſerat.Quærebatur apud Pap.an donatio in filiã iſtam collata,an commune filiorum omnium negotium geſtũ eſſe videretur.In quo illud ſtatim occurrit, quod mirere,quænam potuerit eſſe ratio † dubitandi,præſer- 2
tim quæ digna ſit elegantia Pap. cur non dicẽdum eſſet commune geſtum negotium heredum omnium inſtitutorum,cùm pater non niſi cuſtodiæ cauſa claues & annulum huic filiæ maiori natu tradidiſſe proponeretur. Quid enim tam apertum,quàm hoc videre, ex clauium & annuli traditione, quæ cuſtodiæ tantùm cauſa facta ſit,nihil minùs quàm donandi animum & voluntatem induci:Aut quonam colore filia petiiſſet apud arbitrum fam.erciſc.ſibi adiudicari res illas præcipuas,niſi tanquã ſi donatas,& à patre traditas hoc ipſo quod claues & annulum ei tradidiſſet?Clauium ſiquidem traditio, pro earũ rerum traditione eſt,quę in eo loco ſint,cuius claues traditæ fuerunt *l.claues. 74. D. de contr.empt.l. 1.§. pen. D.de acquir. poſſ.l.qua ratione .9. §. item ſi qui D.de acquir.rer dom.§. item ſi quis Inſtit.de rer.diuiſ.* ſicut & traditio inſtrumentorum pro traditione eſt earum rerũ, quæ inſtrumentis continentur *l.1. C. de donat.* Ob idque nimirum filia contendebat in iis rebus potiorem cauſam ſuam eſſe debere officio arbitri fam. erciſc. non minùs quàm ſi res ipſas pater tradidiſſet, quo caſu minùs dubitari potuiſſet quin traditione perfecta fuiſſet donatio,quam neceſſe olim erat perfici aut traditione, aut ſtipulatione.At quantumuis res ipſas pater tradidiſſet,non eo magis tamen donaſſe videri debuiſſet, ſi non niſi cuſtodiæ cauſa tradere ſe dixiſſet, cùm ſint iſta inter ſe non modò diuerſa ſed etiam contraria:Tradere quid animo donandi. Et Tradere cuſtodiæ cauſa. Nec alioqui dicendum ſit, Deponere nihil aliud eſſe quàm donare. Itaque vt hinc exordiar puto verba † illa quæ 5
apud Papinianum leguntur, *cuſtodiæ cauſa*, in textum irrepſiſſe ex gloſſa interpretis alicuius, non male animaduertentis in ea ſpecie patris voluntatem illam fuiſſe,claues haberet filia cuſtodiæ gratia potiùs quàm ex cauſa donationis.Quod & Papinianum ſenſiſſe dubitãdum non eſt,cùm ſi aliter putaſſet, haud dubiè pro filia reſpondiſſet res omnes illas quæ ad cauſam clauium pertinebant,& quas libertus eidem aſſignare iuſſus erat, præcipuas ipſi adiudicari oportere, tanquam facta per patrem donatione, inutiliter quidem ab initio,ſed tamen poſtea morte cõfirmata,ſiue inter viuos, ſiue cauſa mortis factam eam interpretaremur.Sed error in eo fuit quod illa interpretatio textui inſerta eſt.Et ad facti ſpeciem propoſitam relata, quæ tamen referri debuerat tantùm ad mentem Papiniani Nam de hoc ſolo quærebatur † apud Papinianum,An claues iſtæ traditæ eſſent 4
cauſa cuſtodiæ an donationis. Quemadmodum enim ſi conſtitiſſet traditas fuiſſe cuſtodiæ tantùm gratia, nulla dubitandi ratio erat quin commune liberorum omniũ

negotium gestum esse intelligeretur. Ita à contrario si apparuisset donandi animo factam clauium traditionem dubitari non potuisset, quin donatio illa etiam inualida, morte tamen patris confirmata officium arbitri inducere, iustamque faciendæ adiudicationis causam præbere debuisset. In dubio autem existimauit † Papinianus commune liberorum negotium gerere patrem voluisse, potiùs quàm vni filiæ res illas donare, id est custodiæ potius, quàm donationis gratia factam interpretandam clauium traditionem, Siue quòd in dubio semper eo sit fauorabilior interpretatio, quæ inter liberos inducit æqualitatem *l. vltim. Cod commun. vtriusque iudic. l. vt liberis.* 17 *l. illud.* 20. §. 1. *Cod. de collat.* Siue quòd præcedente communi institutione liberorum, per quam pater voluntatem suam satis declarauerat, quomodo succedere illos vellet, non erat probabile tam cito eum mutasse voluntatem, vt filiam natu maiorem quicquam præcipuum habere veller. Præsertim cum tradendarum ei clauium causam illam habuisset, quod esset ipsa maior natu, & consequenter talis, cui tutiùs, quàm alij vlli ex liberis, posset claues credere ad res seruandas hereditarias. *l. vlt. D. de fid. instrum.*

6 Ex eo autem quod Papinianus † ponit claues huic filiæ traditas esse, non modo post factum iam testamentum, sed etiam à patre moriente, intelligimus si in ea specie traditio illa non custodiæ causa, sed donandi animo facta fuisset, debuisse censeri eam donationem causa mortis, potiùs quàm inter viuos. Non quòd fieri nequeat vt quis etiam moriens inter viuos donasse videatur, si absolutè donauerit, vt in specie perelegantí quam idem Papinianus tractat in *l. Seia.* 42. §. *vltim. D. de donat. caus. mort.* Sed quia cùm post testamentum donatur, & à moriente, probabilius est mortis causa, quàm inter viuos, factam donationem, cum negari non possit quin facta sit cogitatione mortalitatis, quod sufficit vt donatio causa mortis facta esse existimetur *d. l. 2. D. eo.* Alioqui hoc ipso quod pater claues filiæ tradidisset, seipsum spoliasset, vt quamuis conualesceret, omnia tamen bona sua amisisse inueniretur, si fortè donatio eiusmodi in filium emancipatum collata esset, vt valere posset, quod tamen non solùm ridiculum esset, verùm etiam inhumanum. Neque hoc casu locum habere potest quòd iactari solet † traditionem in

7 dubio præsumi factam animo transferendi dominij ex *l. sed nisi.* 8. *in fin.* §. *vltim. l. præced. D. de iur. dot.* Tunc enim id obtinet cum præcedit titulus habilis ad dominium transferendum, vt & Bart. benè vidit. Hic verò titulus nullus præcedit, neque præcedere potuit à patre viuente. Sed etsi dominium transferri posset ex causa donationis, & de donandi animo aliquid per cõiecturas præsumi posset, capienda tamen esset præsumptio factæ donationis causa mortis, potiùs quàm inter viuos, tanquam quæ sit minùs odiosa, propterea

8 † quod minùs pauperem facit donatorem, à quo reuocari potest, quàm donatio inter viuos, quæ reuocari

9 numquam potest: Igitur ex hoc Papi. responso † probatur optimè quod proximo capite dicebamus donationem causa mortis à patre collatam in filiumfamilias non magis valere quàm si inter viuos facta esset. Alioqui nulla fuisset ratio, cur filia, quæ donationem meruerat, implorare debuisset officium arbitri familiæ erciscundæ, ad retinendas præcipuas res sibi donatas, quarum sc. dominium saltem ex die mortis patris sibi acquisiuisset ante aditam quoque hereditatem, immo etiam adita numquam hereditate. Cùm donatio causa

10 † mortis ad hoc vt morte donatoris irreuocabiliter confirmetur, non exigat additionem, eoque differat à legato, quod & interpretes nostri fatentur teste Iulio Claro *li. 4. sentent. in* §. *donatio. qu.* 6. Res enim donatæ & traditæ, quæ ex instanti mortis fuissent filiæ acquisitæ, non magis potuissent ipsius fieri per adiudicationem arbitri. Quandoquidem & lex & adiudicatio sũt duo modi ex illis sex modis acquirendi dominij iure Quiritium quos enumerat Vlp. *tit. 19. de acquisit. rer.* & quod meum iam est non potest magis fieri meum eodem dominij genere, nec si alius concurrat acquirendi dominij modus. *l. in bello.* 12. §. *etsi ignorans. D. de capt. & postlim.* Lex autem sicut sola illa est cuius potestate dominium acquiritur legatario, in eumque recta via transfertur à testatore *l. legatum.* 80. *de legat. 2. l. à Titio.* 64. *D. de furt.* ita & confirmat donationes causa mortis vt ex iis dominium transferri possit mortuo saltem donatore. Indeque nimirum est quod huiusmodi donationes † causa mortis dicuntur capi non ad instar 11
vltimæ cuiuslibet voluntatis, sed ad instar legatorum: ad differentiam scilicet fideicommiss. cum quibus II
hac parte similitudinem haberent, non cum legatis, euenirer vt ex iis dominium iustum & quiritarium transferri non posset, ne quidem mortuo donatore, quia ex fideicommissis non solùm ipso iure non transferetur, sed nec si traditio sit secuta vt sæpius inculcauimus in præcedentibus ex *l. 3. D. si. vsufr. petat.* Rursum ex hoc eodem Papin. responso † elegantissimè probatur 12
donationem causa mortis factã filiofamilias à patre confirmari morte patris, sicut & donatio inter viuos quæ per traditionem facta esset confirmaretur, quoniam alioqui non posset officio arbitri familiæ erciscundæ præcipua retineri cùm nihil aliud officium arbitri inducat, nisi quod confirmata per patris mortem donatione habeat arbiter voluntatem patris apertam quam & sequi debeat, & tueri.

ERROR III.

De sententia & ratione. §. Mœuio. 6. d. l. cùm pater. 77. de legat. 2.

SVMMARIA.

1 *Sententia §. Mœuio. 6. l. cùm pater. 77. D. de leg. 2.*
2 *Ratio decidendi d. §. Mœuio.*
3 *Nudo pacto donatio causa mortis olim fieri nõ poterat.*
4 *In donatione quando necessaria non sit traditio.*
5 *Sententia Pauli Iurisconsulti lib. 5. sentent. tit. 11. de probatione facta traditionis aliter explicata quam à Cuiacio.*
6 *Inter traditionem rei donata & stipulationem differentia.*
7 *Cur in d. §. Mœuio, non dicatur facta traditione donatio, traditâ donatario per Mœuium debitorem pecunia.*
8 *Quomodo intelligenda vulgata propositio, morte donatoris perfici quamlibet mortis causa donationem.*
9 *Cur in d. §. ponat Papin. datam à Mœuio pecuniam cùm sciret iam mandatorem decessisse.*
10 *Cur ibidem Pap. addat, si Mœuius soluendo non sit, non idcirco habituros heredes mandatoris vllam in Titium actionem.*
11 *Ex donationibus causa mortis falcidia deducitur.*
12 *Discutitur error interpretum statuentium in d. §. donatorem promisisse mortis causa Titio eam ipsam pecuniam, quam postea Mœuium eidem Titio soluere iusserit.*
13 *Alter Bartoli & aliorum interpretum error.*
14 *Tertius error Bartoli.*

PERTINET etiam hic §. ad ea intelligenda quæ diximus de donatione causa mortis, & dignus est de quo aliquid dicamus: adeò malè à Bartolo cæterisque interpretibus explicatur. Mœuio † debitori suo reus stipulandi mandauerat, vt Titio, cui mortis causa donabat pecuniam debitam

debitam ſolueret. Cum ſciens Mæuius mandatorem vita deceſſiſſe pecuniam dediſſet, reſpondit Pap. non eſſe liberationem ſecutam, nec ſi Mæuius ſoluendo non eſſet, in Titium actionem ſolidi vel iure falcidiæ dandam eſſe, quia mortis cauſa cepiſſe non videretur. Diuerſum probandum foret, inquit, ſi Mæuius ignorans dominum vita deceſſiſſe pecuniam errore lapſus dediſſet. Tunc enim portio iure falcidiæ retineretur. Nihil potuit dici aut elegantius aut apertius apud eos
2 qui iuris ignoratione labi neſcirent. Aderat † in hac ſpecie animus donandi Titio mortis cauſa, in eámque rem mandatum erat Mœuio debitori vt pecuniam quam debebat, Titio ſolueret. At non ideo facta fuerat donatio cauſa mortis, quæ ſcilicet non niſi traditione, vel ſtipulatione perfici olim poterat. Hîc enim neque traditio, neque ſtipulatio interuenerat, cùm neque animum ipſum donandi, quem creditor habuerat, ſciuiſſe viuo eo Titius proponeretur, neque præſens fuiſſe, cùm fieret mandatum, vt ipſi ſolueretur. Donationem verò, non ſolùm quæ inter viuos fiat, ſed etiam quæ cauſa mortis, certum eſt non alij, quàm præſenti fieri poſſe. *l. inter mortis.* 38. *D. de mort. cauſ. dona.* quoniam inter abſentes, neque traditio neque ſtipulatio fieri poteſt. Cùm ergo Mæuius poſt creditoris ſui duntaxat mortem Titio ſoluiſſet, ſciens ea morte reuocatum iam mandatum, non poterat videri Titius mortis cauſa cepiſſe illam pecuniam, id eſt, ex donatione cauſa mortis, quia nulla prorſus donatio præceperat, niſi fortè quis animum donandi pro donatione ipſa vellet accipere, quod ſane ſtultum eſſet. Aliud enim eſt, ſempérque fuit donandi animum habere, aliud verò donare, adeó vt nec ſufficeret olim pactũ donationis interueniſſe ad ſciendam donationem. Hoc enim Iuſtin. primus induxit in *l. ſi quis argentum.* 35. *Cod. de donat.*
3 Errántque maximè qui putant in donationibus † cauſa mortis iam olim ita ius fuiſſe, vt donatio cauſa mortis pacto nudo fieri poſſet ex *l. quod bonis.* 15. *in princ. D. ad leg. falcid.* Nam quod ibi proponitur mortis cauſa debitum pacto remiſſum, atque ita nudo pacto factam donationem cauſa mortis, habet eam rationem, quòd illo caſu traditio, neque neceſſaria erat, neque fieri poterat, cùm ea res donaretur quæ iam erat non ſolùm in poſſeſſione, ſed etiam in dominio donatarij. Dominus enim quiſquis eſt eius pecuniæ quam alij debet. *l. 1. in princ. D. de liber. leg.* alioqui nec poſſet liberari ſoluendo eam pecuniam, cuius dominium non haberet. Quare nec aliud in donatione inter viuos fuiſſet, ſi fortè animo donandi inter viuos nudo pacto debitum creditor remiſiſſet. Nam neceſſaria † non eſt tra-
4 ditio quoties donatarius iam penes ſe habet quod ei donatum vult donator, ſufficitque ad hoc vt fiat dominus quod reſciat animum donatoris, & quam habet ille donandi voluntatem. *l. abſenti.* 10. *D. de donat.* quia neque fieri poſſet, vt donatario traderetur quod iam ille poſſideret. *l. quædam.* 77. *D. de rei vindic.* Quò
5 pertinere creditur quod Paulus † ſcribit *lib. 5. ſentent. tit.* 11. *de donat.* §. 2. probationem traditæ vel non traditæ poſſeſſionis, non tam in iure quàm in facto conſiſtere, ideoque ſufficere ad probationem ſi rem corporaliter teneant. Sic enim Pauli interpres ad eum locum notat, ſi quis rem corporaliter teneat, cùm ei donatur, hoc ſufficere ad traditam poſſeſſionem. Sed parum acutè. Non enim ait Paulus ſufficere ad traditionem rei faciendam, quod res à donatario iam teneatur corporaliter, quamquam hoc quoque verum eſt, ſed ſufficere ad probationem factæ traditionis, id eſt nulla alia probatione onerandum eſſe donatarium, vt oſtendat ſibi traditas res donatas. Hoc ipſo enim præſumi tradi tas à donatore, & quidem ex cauſa donationis ad perficiendam donationem. Niſi ex aduerſo probetur corporalem poſſeſſionem ex alia cauſa ad donatarium peruenisſe poſt donationem ei factam. Itaque traditio
6 † facilè præſumitur facta per donatore, cùm donatarius in rei donatę poſſeſſione reperitur, ac ſtipulatio non ita facilè præſumeretur, cùm verbis opus ſit, & quidem ſolennibus ad contrahendam ſtipulationem, nec tantùm facti ſit ſtipulatio, vt traditio, ſed etiam iuris. *l. ſi vnus.* 27. § *pactus ne peteret. D. de pact.* Ad hanc enim traditionis & ſtipulationis differentiam videtur alluſiſſe Paulus ſupradicto loco, vt ſignificaret commodius eſſe donatario, qui corporalem habet rei donatæ poſſeſſionem, vt dicat factam per ſtipulationem, quamuis neque traditionem, neque ſtipulationem aliter probare poſſit, alterutram verò probari neceſſe ſit. At non ſufficit donatario ad hoc, vt per traditionem perfecta dici poſſit donatio, quod reperiatur in poſſeſſione rei donatæ, ſi poſſeſſionem nactus fuerit poſt mortem donatoris. Traditionem enim per quam perficiatur donatio, neceſſe eſt ab ipſo donatore fieri, vel ab alio ex eius voluntate, & conſequenter viuo donatore cuius poſt mortem voluntas nulla eſſe poteſt. Indeque eſt quod
7 apud Papin. quamuis † donatario tradita fuiſſet pecunia per Mæuium debitorem, adeoque ex mandato donatoris, quia tamen tradita fuerat poſt mortem donatoris, atque ita finito iam mandato, finitaque per mortem voluntate, non poterat dici factam traditione donationem, non magis quàm ſi traditio nulla facta eſſet: nihil enim refert an nulla facta ſit, an verò facta ſit ab eo qui neque donator fuerit, neque donatoris habuerit voluntatem. Nec quod dici ſolet morte †
8 donatoris perfici quamlibet mortis cauſa donationem ad rem facit. Non enim eius propoſitionis ſenſus ille eſt, vt donatorem mortuum eſſe ſufficiat, vt donatio cauſa mortis omnimodo perfecta eſſe intelligatur, etiamſi antea non valuerit, ſed hîc potiùs vt donatio cauſa mortis vtiliter quidem facta, nimirum traditione vel ſtipulatione interueniente, ſed quæ in diem vſque mortis reuocari poterat, ideoque nec perfecta videbatur, tunc demum perfecta videatur, cùm mors ſecuta eſt donatoris, quandoquidem ex eo tempore deſinit reuocari vnquam poſſe. *l. 2. l. non videtur.* 32. *D. de mort. cauſ. dona.* Cæterùm donationem cauſa mortis factam eſſe neceſſe eſt, priùs quàm morte donatoris videri poſſet perfecta. Traditionem igitur, vel ſtipulationem præceſſiſſe oportet, cùm neutra interueniente nulla donatio facta dici poſſit, quantumcunque adfuerit animus donandi. Ponit † tamen Papin. datam à Mæuio pecu-
9 niam, cùm ſciret mandatorem iam deceſſiſſe, non quaſi ob id minùs reuocatum mandatum videri debeat, quòd mandatorem deceſſiſſe Mæuius ignorauerit, (ſemper enim reuocatur mandatum, aut vt meliùs dicam, ſoluitur morte, cùm res integra eſt, *l. mandatum.* 15. *Cod. mandat.*) ſed quia ſoluto licèt mandato contingit liberatio debitori, qui ſoluit bona fide ignorans finitum eſſe mandatum, ſiue morte finitum ſit, ſiue expreſſa renocatione, ne alioqui ex iuſta ſua ignorantia periclitetur. Adeo vt non ſolùm liberetur ſi fuit debitor, ſed etiam vtilem habeat mandati actionem contra heredem mandatoris, ſi debitor ipſe non fuit, *leg. inter cauſas.* 26. *in princip. l. ſi precedente.* 58. *D. mandat.* vbi eleganter dicitur, mandatum quidem morte mandatoris ſolui, ſed non actionem mandati. Facit *l. ſi quis ſerno.* 18, *l. cùm quis.* 38. §. 1. *l. ſi cùm Cornelius.* 82. *D. de ſolut.* Potrò quo caſu liberetur Mæuius per ſolutionem à ſe factam Titio poſt mortem mandatoris, id eſt cùm facta fuit ab eo ſolutio, priùs quàm ſciret mortuum donatorem eundemque mandatorem, fatendum eſt mortis quoque cauſa Titium cepiſſe videri, hoc eſſe ab eo qui voluit donatam ei pecuniam cauſa mortis, quia nec alio colore poteſt liberatus dici Mæuius, quàm quia videatur pecuniam tradidiſſe ſuo creditori, deinde creditor Titio cui donabat cauſa mortis, vt contingit quoties celeritate coniungendarum actionum vna occultatur. *l. 3. §. pen. D. de don. int.*

vir. & vxor l. singularia. 15. *D. de reb. cred.* acſi tradita fuiſſet viuo adhuc mandatore. Nihil ſiquidem refert quoad hunc effectum, an traditio facta ſit viuo mandatore, an eo quidem mortuo, ſed priuſquam mortuum eſſe ſciretur. Magis mirum illud eſt quod addit Papin.
10 † ſi Mæuius ſoluendo non ſit qui ſoluit Titio ſciens iam mortuum mandatorem, non idcirco habituros heredes mandatoris vllam in Titium actionem, neque ſolidi, neque iuri falcidiæ, propterea quòd, inquit, mortis cauſa cepiſſe non videatur. Hæc enim ratio probat quidem nihil contra Titium falcidiæ iure peti poſſe, cùm falcidia non niſi ex legatis deducatur, & ex iis quæ ad inſtar legatorum capiuntur, i. ex donationibus cauſa mortis. Sed non probat Titium de ſolido reſtituendo non teneri. Quidni enim teneatur, cùm ſi mortis cauſa non accepit pecuniam, nullo iure eam accepiſſe videatur? Verùm ad id Papin. reſpexit quod licèt nullo iure hanc pecuniam accepetit quantum ad mandatorem, quia donatio nulla fuit, videtur tamen eam accepiſſe à Mæuio ex cauſa donationis, quia vt habet iuris regula, Cuius per errorem dati repetitio eſt, eius conſultò dati donatio eſt *l. cuius per errorem.* 53. *de reg. iur.* Vt proinde nec vllam in eum actionem ad repetendum poſſit habere Mæuius, nec perinde vllam in eum præſtare heredibus mandatoris, quibus vtique præſtare teneretur eam quam haberet ſi quam haberet tunc ſaltem cùm ſoluendo non eſſet, nec alia ratione indemnitati heredum mandatoris proſpici poſſet. At nec videtur quicquam intereſſe mandatoris heredúmve ipſius, quod Mæuius Titio ſoluerit, cùm non ideo factit liberatus, non magis quàm ſi nihil ſoluiſſet. Niſi quod poteſt dici factum eum pauperiorem, ob hoc ipſum quod donauit. Sed non poteſt ea res dare actionem creditori, cùm liceat cuique debitori nalè res ſuas adminiſtrando, adeoque perdendo & donando facere deteriorem conditionem ſuorum creditorum, dummodo nihil faciat animo eorum fraudandorum *l. 1. §. 1. D. de ſeparat. iunct. l. quod autem* 6. §. *ſimili modo. D. quæ in fraud. credit.* vbi additur neque hoc caſu in ſolidum teneri donatarium, ſed quatenus duntaxat locupletior factus eſt, quomodo etiam accipi debet *l. ignoti.* 5. *Cod. eod.* vbi dicitur contra donatarium dari ex edicto fraudatorio actionem detracta quidem mentione ſcientiæ, ſed non tamen detracta mentione fraudis & doli. Conſequens autem fit ſuperioribus quod Papinianus ſubiicit, diuerſum probandum fore, ſi Mæuius ignorans dominum vita deceſſiſſe pecuniam errore lapſus dediſſet. Tunc enim, inquit, portio iure falcidiæ reuocaretur. Nempe quoniam perfecta videretur eo caſu donatio per traditionem, quam feciſſet Mæuius, tametſi iam finito mandato, cùm ignorantia Mauij qui ea ſolutione liberaretur bonam faceret traditionem, acſi mandatum eo tempore adhuc duraſſet.
11 Ex donationibus † verò cauſa mortis non minùs quàm ex legatis falcidiam deduci placet poſt conſtitutionem Seueri, de qua in *l. ſi mortis.* 5. *& l. penult. Cod. ad leg. falcid. l. 2. C de don. cauſ. mort.* Quòd ſi Mæuij ignorantia prodeſſe poſſet, tantùm ad acquitendam ei liberationem, non item ad validandam traditionem factam ex cauſa mandati, quod interceſſerat animo donandi cauſa motus, nulla proculdubio eſſet ratio, propter quam tractari poſſet de falcidia, aut de actione mandatoris heredibus eo nomine danda. Et hæc quidem plana eſſent ſi Papin. ſolum reſponſum, non etiam Bart. cæterorúmque ad Papinianum commentarios haberemus. Sed faciunt illi vt longiores hîc nos eſſe neceſſe ſit, ad Papiniani elegantiam ab eorum inſcitia vindicandam. Peccant verò potiſſimum in tribus. Primùm in eo quod ponunt donatorem †
12 promiſiſſe mortis cauſa Titio eam ipſam pecuniam, quam poſtea Mæuium eidem Titio ſoluere iuſſerit. Nam præter id quod nullum in toto §. verbum eſt, quod talis promiſſionis aliquam vel minimam det ſignificationem, ſi poneremus præceſſiſſe promiſſionem, ſequeretur factam fuiſſe donationem cauſa mortis vtiliter per ſtipulationem, qui vnus modus eſt, vt diximus, faciendæ donationis, nec proinde neceſſaria eſſet traditio, quia ex duobus illis modis, quibus fiebat iam olim donatio, alterutrum interuenire ſufficiebat, neque vtrumque concurrere neceſſe erat. Si autem neceſſaria traditio non eſſet, fruſtra quæreretur, an viuo mandatore, an eo iam defuncto Mæuius Titio ſoluiſſet. Omnimodo namque & omni caſu confirmata eſſet morte mandatoris donatio, quæ iam viuo eo valuiſſet, neque poſſet dubitari quin id quod Titius à Mæuio poſt mandatoris mortem accepiſſet, mortis cauſa accepiſſe videretur, quãuis accepiſſet finito iam mandato, cum vel fatente Bar. aliud ſit de mandato quærere, aliud de donatione, nec quicquam veret ſi ei credimus finiti mandatum morte mãdatoris, & tamen eadem morte confirmari donationem. Quid enim eſt confirmata donatione quod poſſit obſtare, quominus dicendus ſit Titius accepiſſe pecuniam mortis cauſa, ſi donatio & ab initio valuit, & ex poſt facto confirmata fuit? An illud fortè quòd Mæuius qui ſoluit Titio ſciens finitum donatoris morte mandatum, videatur eidem Titio donaſſe, atque ita credendus ſit Titius pecuniam habere ex donatione Mæuij, potius quàm ex ea quæ primũ facta ſit à Mæuij creditore? Aliud enim nihil eſt, quod pro Bart. comminiſci poſſis, nec per mendacium quidem. At hoc falſum eſt. Nam donandi animum non poteſt videri habere Mæuius, qui ſoluit ex mandato, etiam quod finitum eſſe ſciat, quoties ita ſoluit vt ex ea ſolutione acquirat mandatoris ſui heredibus liberationem, quam ſi acquireret etiam nullo præcedente mandato, ex ea tamen cauſa deberet habere actionem negotiorum geſtorum. An non enim eorum negotium geſſit vtiliter, qui eos liberauit etiam ignorantes, dum ne prohibentes? *l. vltim. Cod. de neg. geſt. l. ſoluendo.* 39. *D. eod. l. ſolutione.* 23. *D. de ſolut.* Aut quomodo poſſet videri Titius accepiſſe ex donatione à Mæuio, ſi ob eam ſolutionem conſecutus eſſet id quod ex promiſſione primi donatoris exigere alioqui potuiſſet? Quid enim lucratur qui pecuniam ſibi debitam ex donatione conſequitur, & ſuam amittit actionem? Et rurſus, cum donatio facta Titio, à Mæuij creditore illa ſit quæ cauſam dat huic ſolutioni, dicendum eſſet etiamſi animum donandi haberet Mæuius. Titium tamen à Mæuij creditore eodemque donatore, qui prior vtiliter donaſſet, potiùs quàm à Mæuio ipſo donatione accepiſſe, ſicuti Paulus ſcribit, de eo qui alienam rem mortis cauſa traditam vſucepit, non ab eo videri cepiſſe cuius res fuiſſet, ſed ab eo qui occaſionem vſucapionis præſtitiſſet *l. qui alienam.* 33. *D. de mort. cauſ. don.* tametſi verum ſit alienare videri & quidem ex cauſa donationis illum qui prudens & ſciens rem ſuam vſucapi patitur *l alien.* 28. *D. de verb. ſign. l. qui hered.* 44. § *penult. de cond. & demonſt.* Adde quod & cum Mæuius ita ſoluit Titio vt creditoris ſui heredibus acquirat liberationem ab obligatione contracta per promiſſionem, quam donandi animo creditor fecerat, ipſe quoque ab iis liberatur. Cui enim daremus actionem negotiorum geſtorum ad repetendum quod ſoluiſſet ſi nihil debuiſſet, vt diximus, multo magis dabimus liberationem, ſi ſoluerit quod debuit, ſaltem accommodata ei doli exceptione, ſi à creditoris ſui heredibus quos liberauit, conueniatur qui accepta ſolutione tantundem reſtituere negotiorum geſtorum actione tenerentur *l. dolo facit.* 8. *D. de dol. excep. l. ſi ſocer.* 44. §. *Lucius. D. ſolut. matrim. l. in condemnatione.* 173. §. *vltim. de reg. iur. l. quod ſi fortè.* 14. §. *vltim. & l. ſeq. D. de ſolut.* Non ergo donaſſe dici poſſet, qui ſoluendo acquiſiuiſſet ſibi liberationem, ſiue ipſo iure, ſiue auxilio exceptionis, quoniam qui donat fit pauperior, qui verò ſibi liberationem aut exceptionem acquirit hoc ipſo fit locupletior *l. 1. l. 5. §. conceſſ. D.*

de

de don.int.vir.& vxor.l.filiusf.7.D.de don.l.si pupill.45. in fin.D.de admin. tutor. Cum igitur verum sit quod & fatetur Bart. in Papin. specie habendum pro donatore Mæuium,ob hoc quod soluerit Titio ex causa mandati, quod sciebat reuocatum, fateamur quod res est, inutilé fuisse donationem causa mortis factam à Mæuij creditore,quia neque traditio interuenerat,neque stipulatio. Neque hoc ignorasset Bart. nisi eum fefellisset quod in fine responsi Pap. ait,si Mæuius antequam sciret mortuum mandatorem soluisset Titio, futurum vt pecuniæ solutæ portionem iure falcidiæ reuocari oporteret. Nec enim potuit videre quomodo fieri posset vt non tota pecunia reuocari deberet, si promissio nulla intercessisset,cùm eo casu duo ista concurrerent,vt & morte mãdatoris reuocatum esset mandatum, & tamen non eo magis confirmata esset donatio, quæ nulla præcessisse intelligeretur. Neque dissimulat Bart. hàc vna ratione moueri se,post Accursium ,ne interpretationem nostrã, quæ & ab Accursio prima ex tribus proposita fuit ,admittere possit. At debuit animaduertere quod nos iam supra respondimus. Mæuio soluente ignoranter post mortem mandatoris, licet finito iam mandato, perinde tamen valere solutionem ad liberandum Mæuium, acsi viuo adhuc mandatore soluisset,& consequenter traditione perfectam videri donationem,non minùs quàm si ante donatoris mortem Mæuius donatam à suo creditore pecuniam Titio tradidisset. Quid enim refert an viuo donatore traditio facta sit, an facta esse intelligatur:Fateor esse præposterum, vt fiat traditio rei donatæ post mortem donatoris, quia prius est vt fiat donatio causa mortis, quàm vt confirmetur & perficiatur morte donatoris.Non fit autem sine traditione,cum stipulatio nulla interuenit:Eáque nimirum perelegans dubitandi ratio fuit apud Papin. Sed vitium hoc in casu quem tractamus idcò non afficit donationem , quod traditio quamuis post mortem donatoris facta , viuo tamen eo facta intelligitur, propter ignorantiam mandatarij bona fide soluentis ex mandato quod finitum esse nesciebat. Ita fit vt ignorantia mandatarij prosit donatario, cùm faciat vt valeat donatio , quæ alioqui non valeret. Quòd etsi videatur abhorrere ab ea iuris regula quæ ponitur , *in l. iniquissimum.5. D. de inr. & fact.ignor.* in proposito tamen non abhorret,nec idcirco tam mirabile est,quàm credidit Accursius,quia non fit nisi per cõsequentias.Principaliter siquidem & immediatè ignorantia mandatarij non prodest donatario ipsi vt liberetur, nec quod iam semel bona fide soluerit, iterum soluere compellatur. Eo autem admisso cum liberatio illa non possit acquiri mandatario,quin tantumdem de bonis mandatoris diminutum sit , qui suam amisit actionem , nec alius amittendæ actionis titulus fuerit quàm donationis, per consequentias fieri necesse est , vt ex causa donationis videatur Titius accepisse , quod non nisi ex causa donationis mandator amisit. Nihil autem in iure nostro frequentius est, quàm vt multa per consequentias fiant quę principaliter fieri nullomodo possent. *l.1.l.quod dicimus.7. D.de auter. & consens.tutor.l.*

13 *fideiussor.19. D.de dolo.* Secundus † Bart. & aliorum error est quod volunt eo casu quo Mæuius soluerit Titio post mortem mandatoris , quem defunctum esse non ignorabat , morte mandatoris eiusdémque mandatoris reuocatum quidem esse mandatum sed non idcò reuocatam donationem , at potius confirmatam. Etsi enim verum est quod non insubtiliter aduersus Accursium disputat Bart. mortem donatoris non tam esse causam reuocandæ quàm confirmandæ donationis causa mortis, dubitandum tamen non est quin apud Papin. morte mandatoris sicuti mandatum finitum fuit , ita & extincta sit donatio. Non dico eam reuocatam quia reuocari non potuit,quæ nunquam valuit,neque valere quæ nec traditionem nec stipulationem habuit,sed dico extinctam,quia cùm in tempus vsque mortis donatoris in eo esset donatio vt valere posset secuta scilicet ex mandato traditione,desiit posse vnquam valere , cùm desiit traditio ex voluntate donatoris sequi posse,quod euenit ex quo instanti sciuit Mæuius defunctum mandatorem. Procederet autem ratio Bart. si verum esset vt ille supponit,aliquam præcessisse donatoris promissionem, Qua vel vna ratione tantò magis moueri debuit, ne diceret vllam præcessisse,cum si præcessisset vtique secuta morte donatoris confirmata esset donatio,ea verò confirmata nihil causæ esset , cur non liberatus esset Mæuius, dandáque actio heredibus mandatoris ad falcidiæ portionem reuocandam, quod vtrumque tamen Papin. negat:distinguens an Mæuius sciens defunctum mandatorem soluerit,an ignorans: vt intelligamus necessariam esse hanc distinctionem non tantum si quæratur an liberatus fuerit Mæuius , sed etiam si de donatione ipsa causa mortis verum valeat néc-ne , dubitetur. In quo tertius † & præcipuus est error Bart. existimantis 14
non quærere de alio Papin. nisi an Mæuius sit liberatus qui Titio soluit,& an aliqua ei reperitio competat néc-ne. Cùm tamen de illo etiam & potissimum quærere voluerit & debuerit, An donatio causa mortis valeret, eandémque in hac etiam quæstione adhibere distinctionem. Quid enim aliud est quod ait Pap. si Mæuius soluerit sciens dominum iam decessisse,nihil videri Titium mortis causa cepisse, quàm hoc casu nullam esse donationem ? Rursus cùm subiicit,si Mæuius ignorans soluerit portionem iure falcidiæ reuocandam esse,quid aliud significat quàm quòd volumus donationem hoc casu valere ? quandoquidem nullum ius aliud est reuocandæ portionis propter falcidiam quam quod ex donationibus causa mortis falcidia deducatur, quæ porrò deduci non posset ex donatione quæ non valeret, sicut neque ex legatis inutilibus deducitur,aut ex inutilibus fideicom. *l.1.§.ante pen.D.de dot.releg.l.1.§.si creditori, l.verbis. 5. l.si fundus.65. D.ad leg.falcid.* quamuis non similiter è contrario deducatur falcidia ex omnibus vtilibus legatis,vt docuimus *lib.4. conject.c.12.ad l.si creditori.28.de leg.1.* Cætera quæ Bart.hic tractat de reuocatione mandati & de illa distinctione vtrum ipsum mandatum an affectus dumtaxat mandati conferatur in id tempus,quod sequatur mortem mandatoris,quoniam ad alium tractatum pertinent , nos quoque in alium locum conferemus.

ERROR IV.

De donatione à filiofamilias collata in patrem sine inter viuos sine mortis causa.

SVMMARIA.

1 *Quæstioni de donatione à filiofam. in patrem collata quando locus esse cœperit.*
2 *Rem profectitij peculij filiusfam. donare non potest, nec patri nec alij , & n.4.*
3 *Pater qui filio permisit donare , de mortis causa donatione non censetur cogitasse:& cur.*
5 *Filiusfam. an possit aduentitia patri donare.*
6 *Mortis causa filiusfam. patris aduentitia donare non posse qui probent interpretes.*
7 *Suppositio interpretum,filiumfam.non habere ex se personam integram, vt falsa refellitur.*
8 *Donationem non esse actum solemnem aduersus interpretes.*
9 *In donatione causa mortis quam filiusfam. facere velit non requiritur auctoritas patris ad integrandam personam filij propter actus solemnitatem.*
10 *Differentia inter donationem inter viuos & donat. mortis causa ratione filiusfam. donantis & differentiæ ratio.*

11 *Valet donatio filij, ſi donationem factam patre ignorante ſequatur patris ratihabitio vino adhuc filio.*

12 *Ratio qua volunt nonnullis auctoritatem patris neceſſariam eſſe ad integrandam filij perſonam in donatione cauſa mortis, vt inepta explodituꝛ.*

13 *Donatio facta patri per filium neque inter viuos neque mortis cauſa valere poteſt, & cur,*

1 NOn poterat olim locus † eſſe huic quæſtioni, cùm filiusfam. nihil proprium habere poſſet, niſi quod pater ſibi per filium acquiri nollet, extra caulam peculij caſtrenſis vel quaſi caſtrenſis. Cœpit locus fieri ex quo tempore facti ſunt filijfam. capaces à Conſtantino primùm bonorum maternorum *in l.1.C.de bon.matern.* deinde à Iuſtin. cæterorum bonorum omnium aduentitiorum *in l.cùm oportet.6.& l.vlt.C.de bon.quæ lib.* Profectitia enim non poterat habere filiusfamilias, niſi in peculium. Peculium verò profectitium, licet ſit filij, magis tamen eſt patris, ideóque paternam rem donare videretur paterf. qui donaret peculiarem, *l.3.§ ſed vtrum l.patri.27.D. de minor.* Adeò vt quamuis † liberam peculij adminiſtrationem filio pater conceſſerit, non eo magis tamen 2 donandi ius habeat filius, niſi vel iuſtiſſima ratione mortis id fecerit, vel talis ſit, cui hoc quoque conceſſum videri debeat, puta ſi ſit ſenatoriæ dignitatis quia extra hos caſus donare perdere eſt, non videtur autem ei permiſſum vt perdat, quomodo ratiocinatur Vlp. *in l. filiusfam. D. de don.* Quod ſi paternam rem aliis donare filiusfam. non poteſt inter viuos, multò minùs cauſa mortis poterit, quia tum quoque cum † pater filio per- 3 miſit donationem ſimpliciter, non tamen videtur permiſiſſe donationem cauſa mortis niſi ſpecialiter id expreſſerit, *d.l.filiusfam.§.ſed enim.* Non quod donationis verbum ſimpliciter prolatum donationem omnem non comprehendat, tam quæ mortis cauſa, quam quæ inter viuos fiat, *l.alienatio.67. §.1. de verb. ſign.* nec quod filiusf. ex patris voluntate difficilius poſſit donare cauſa mortis quàm inter viuos, *d.l.filiusfam.§.pari autem ratione, iunct. l.tam is.25.§.filiuſ. D.de mort.cauſ.don.* Sed quia cùm donatio cauſa mortis non niſi mortuo donatore confirmetur, perfectáque videatur, credendum non eſt cogitaſſe patrem de caſu illo tam malè ominoſo, quo ante ſe filius moreretur. Eſt enim caſus ille contra votũ commune, & parentum omnium & naturæ, *l.Iulian.26. D ſi quis omiſ.cauſ.teſtam. l.ſcripto.7. in fin. D.vnd.lib l.cum tale.71.de cond.& demonſt.* ideóque ſpecial. expreſſione opus eſt vt de donatione quoque mortis cauſa ſenſiſſe pater videatur. Rurſum, ſi paternam † rem alij 4 donare filiusf. non poteſt, multò minùs ipſi patri donare poterit, quoniam alij quidẽm donare patre conſentiente poſſet, tam mortis cauſa quàm inter viuos, ſiquidem donatio cauſa mortis licèt accedat proximè ad naturam legatorum [quæ dubitandi ratio erat *ad d. l.tam is.§. filiusfam.* nec enim pater filio permittere poſſet vt legaret, non magis quàm vt teſtaretur] tamen habet hoc ſimile cum donatione inter viuos quod ex ea contrahitur ſtatim obligatio, & ante mortem donatoris, ſiue per traditionem facta ſit ſiue per ſtipulationem. At nec pater ipſe conſentire poſſet, vt ſibi res iam ſua donaretur. Sed in bonis aduentitiis, † quorum hodie filiusfam. ca- 5 pax eſt, eadem ratio, vt apparet, locum non habet, cùm nihil vetet acquiri ea patri, ſi id filius velit, & pater cõſentiat. Ideóque nec dubitandi cauſa vlla eſſe videtur, quare non poſſit filiusfam. patri ea donare. Et ſanè quòd pertinet ad donationem inter viuos vix reperias qui de hoc dubitet. De illa tantùm donatione quæ fiat mortis 6 cauſa dubitant interpretes. Ex eo † ſolo quod filiusfam. non aliàs licèt mortis cauſa donare, quàm ſi pater conſentiat, & quidem ſpecialiter ac expreſſim, vt diximus *ex d.l.tam is.25.§.1.& d.l.filiusfam.§.pari autem ratione.* Abſurdum autem videtur patrem in rem ſuam præſtare autoritatem filio, id eſt vt ſibi per filium donetur, *l.1.l.quod dicimus.7.D. de auctor. & conſenſ.tutor.* Indéque ſumunt occaſionem tractandi, an autoritas illa patris, quæ neceſſaria eſt, cùm filius donat mortis cauſa requiratur ad ſolemnitatem actus, & vt loquuntur, ad integram perſonam filij, an ad hoc tantum ne per filium patri præiudicium fiat. Putant enim ſtare in hoc vno cardinem quæſtionis illius, An filiusfam. patri donare mortis cauſa poſſit, quoniam, inquiunt, ſi autoritas patris requiritur pro actus ſolemnitate, certum eſt, non poſſe patrem in rem ſuam fieri autorem. Si verò in id dumtaxat ne patri præiudicium fiat, nimis euidens eſt nullum patri præiudicium fieri, cùm & donatur ea res in qua nihil omninò iuris pater habet, & patri ipſi donatur. In hac verò dubitatione, quod magis mirandum eſt frequentior interpretum ſchola in id inclinat, vt auctoritas patris neceſſaria ſit filio donandi cauſa mortis tanquam ad actus ſolemnitatem. Si Iulio Claro credimus, *li.4. Sent. §.donatio, q.6.* vbi ex hoc infert, filium igitur patri mortis cauſa donare non poſſe. Mihi planè ridicula ne dicam otioſa videtur eſſe quæſtio illa antecedens, ex qua volunt pendere deciſionem ſequentis. Supponit enim duo quæ ambo falliſſima ſunt, quorum vnum eſt filiumfamilias non habere ex ſe perſonam integram, Alterum verò donationem cauſa mortis eſſe actum ſolemnẽ. Neutrum verum eſt. Filijfamilias enim perſona † integra eſt cùm habeat caput in ciuitate, 7 quipp è non minùs ſit ciuis, quàm ſi paterfamilias eſſet. Illa ſiquidem ſumma diuiſio eſt ciuium Romanorum quod aut patres familias aut filijfamilias aut matres familias aut filiæfamilias, *l.4. D.de his qui ſui vel alien.iur. ſunt.* Donationem † verò ſiue inter viuos ſiue mortis 8 cauſa fiat, quis vnquam dixit eſſe actum ſolemnem? Quam ſcilicet ſolemnitatem habere dici poteſt? An fortè ſolemnitatem verborum cùm ſit per ſtipulationem? Fuerunt enim ſtipulationum verba olim concepta & ſolemnia. Verùm quis ideò dicat donationem ipſam eſſe actum ſolemnem, & legitimum? Aut quis neſcit donationem fieri poſſe etiam per nuncium & procuratorem *l.abſentium.10.D.de donat.iunct. l.2.§.ſed ſi quis, & l.4. eod.* itemque in diem & ſub conditione, *l.1.& tot.tit.C. de don. quæ ſub mod.vel cond. vel cert.tempor.fiunt.* quorum omnium nihil eſt quod de actibus ſolemnibus & legitimis dici poſſit, *l.actus legitimi.77.de reg.iur.* Poſſit quis fortaſsè probabilitatem tentare donationem eſſe actum ſolemnem ex eo quod hodie requirit ſolemnitatem actorum & inſinuationis. Sed præter id quod iure noſtro non omnibus donationibus id conuenit, at iis tantùm quæ ſummam conſtitutam excedunt, de qua *in l.ſi quis argentum. 3. & aliis, C. de don.* propria eſt ea ſolemnitas donationum inter viuos, non etiam communis donationibus cauſa mortis, de quibus potiſſimũ diſputamus. Has enim nulla inſinuatione indigere voluit Iuſtin. *in l.vlt. C.de don.cauſ.mort.* Abſit ergo vt dicamus ſolemnitatẽ vllam requiri in donationibus cauſa mortis, præſertim verò ſi non per ſtipulationem, ſed per traditionem factæ proponantur. Traditio enim quæ meri facti eſt, nullomodo iuris, nullum certè poteſt habere iuris ſolennitatem, vt apertè probat elegans ille Pauli locus quem ſuperiore capite explicauimus *libro quinto, ſentent. titulo vndecimo, de donat. §. 2.* Quod ſi neque donatio cauſa mortis actus ſolennis eſt, neque perſonæ filiifamilias quicquam deeſt propter quod debeat integrari, an non bis ridiculi ſunt qui ſic loquuntur vt dicant in donatione † cauſa mortis 9 quam filiusfamilias facere velit requiri autoritatem patris ad integrandam perſonam filij propter actus ſolennitatem? Idem verò cur non eundem errorem tuentur cùm tractant de donatione per filiumfam. facta inter viuos? Nam & hanc conſtat non aliter poſſe fieri à filiofamilias quàm ſi pater conſentiat & quidẽ pa-

ri ratione qua filiusfamilias etiam mortis causa donare prohibetur vt ait Vlpianus *d. l. filiusfamilias. §. pari ratione. D. de donat.* Neque verò vllam hac parte inter donationum ſpecies differentiam prudentes agnouerunt. Niſi quod vt filiusfamilias † inter viuos donare poſſit, ſatis eſt patrem ei permiſiſſe ſimpliciter vt donaret, vt verò poſſit mortis cauſa donare illud etiam exigitur, vt ſpecialiter hoc ipſum pater permiſerit, *d.l. filiusfamilias. §. penu. d. l. tamsi. 25. §. de mort. cauſ. donat.* Et hoc vnum ſanè eſt quod interpretes omnes noſtros fefellit, non valentes huius diuerſitatis rationem inuenire, quam ſolent illi petere ex eo quod donatio cauſa mortis proximè accedat ad naturam vltimæ voluntatis & legati, quodque ſicuti eſt illa medium quiddam inter donationem inter viuos & legatum, ex vtroque aliquid participans, ita debuerit hoc habere temperamentũ, vt cùm filiusfamilias legare non poſſit, nec ſi pater cõſentiat, donare autem inter viuos poſſit, etiam patre ſpecialiter id non permittente, mortis tamen cauſa donare poſſit quidem, ſed ita demum ſi pater expreſſim auctoritatem in eam rem præſtet, quaſi donatio cauſa mortis ob hoc ipſum quod proximè accedit ad legatum, accedat etiam ad teſtamentum de quo dubitari non poteſt, quin actus ſit iuris ciuilis & multas & magnas habens ſolennitates. Dixiſſent verò longè aliter & melius ſi eam diſſimilitudinis rationem inueniſſent quam nos attulimus, quod pater qui conſentit filiofam. vt donet, non poſſit videri ſenſiſſe de permittenda donatione cauſa mortis, quin dicendus ſit cogitaſſe filium ante ſe moriturum, quæ tamen interpretatio prorſus ominoſa eſſet ac improbabilis. Ex hoc namque intelligimus non in eo differre donationem inter viuos à donatione cauſa mortis in perſona filiſ. quod maior cautione ne dicã ſolennitas in hac quàm in illa requiratur, nec quod enixior & expreſſior patris voluntas neceſſaria ſit, ad validandam donationem cauſa mortis, quàm ad validandam donationem inter viuos: ſed quòd cùm perinde & peræquè voluntatem patris in vtraque donatione intercedere oporteat, facilius tamen eſt, vt in donatione inter viuos credatur interueniſſe quàm in donatione cauſa mortis. Nam vt donationem inter viuos ex voluntate patris factam eſſe appareat, ſufficit quod conſtet permiſſum fuiſſe à patre vt filius donaret adeoque datam ei liberam peculij adminiſtrationem, ſiue iuſta aliqua cauſa fuerit donandi, ſiue Senatoria vel qua alia præclara fulgeat filius dignitate. *d.l.filiuſ.* At quantumuis filius expreſſam à patre habeat donandi licentiam, & illud quoque, ſi voles, concurrat vt ſit Senator, non eo magis tamen permiſſum ei videtur, vt donet cauſa mortis, quia de hoc caſu nullomodo cogitaſſe pater intelligitur, qui ſi cogitaſſe probaretur etiãſi nihil ſcripto aut verbo expreſſum eſſet, non dubitarem quin donatio cauſa mortis omnimodo eſſet valitura quam filiusfamilias abſente quoque patre feciſſet. Quẽadmodum nec dubito quin valeat ea quam fecerit patre præſente & conſentiente tacitè, id eſt, non contradicente, tametſi nec expreſſim conſentiat, cùm non aliam ob cauſam adhibeatur conſenſus patris quàm ne ignorante patre filius diſponat de ea re quæ ſit patris, vel in qua ius aliquod habeat pater, vt in *l. apud Celſum. 4. §. quæſitum. D. de doli mali excep.* Præſertim ſi iuſtam contradicendi cauſam pater nullam habeat, vt in *l. 2. §. vltim. l. ſi cùm dotem. 22. §. eo autem tempore & ſeq. D. ſolut. matrim.* Dico amplius: Etiamſi patre † ignorante donauerit filius, ſiue inter viuos, ſiue cauſa mortis, ſi tamen poſtea quandocunque ratihabitio patris ſequatur, dummodo adhuc viuo filio indiſtinctè valere donationem. Nulla enim lex eſt, nulla ratio, quæ faciat vti ne hoc caſu locum habere debeat iuris regula generalis, quæ vult mandato æquiparari ratihabitionem *leg. vltim. Codice ad SC. Maced. l. vero procuratori. 12. in fin. D. de ſolut.* Item illa quæ vult ratihabitionem retractahi etiam in donationibus *l. donationes quas parentes. 25. in fin. Cod. de donat. int. vir. & vxor.* Quorum omnium tamen nihil verè diceretur ſi ad validitatem donationis cauſa mortis à filiofamilias factæ requireretur autoritas patris, tanquam ſolennitas, eo modo quo tutoris autoritas neceſſaria eſt in iis quæ pupillus gerit. Eam ſiquidem autoritatem neceſſe eſt interponi vel in ipſo negotio, vel ſtatim poſt perfectum negotium, alioqui nullius eſt momenti. *l. obligari. 9. §. tutor. D. de autor. & conſ. tutor. l. ſi quis mihi bona. 25. §. iuſſum. D. de acquirend. heredit.* Quare nec reperias vllo iuris loco tam impropriè loqui Iureconſultos vt illam patris voluntatem quam in donatione per filiumfamilias facta exigunt, autoritatem appellent. Nudus enim conſenſus eſt, nuda voluntas. Nec aliud requirunt prudentes, niſi vt donatio, quam filiusfamilias fecerit, facta ſit ex voluntate patris, ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa donatum proponatur. Proinde ſi voluntas illa dici deberet autoritas, non minùs eſſet eo nomine appellanda in donatione inter viuos, quàm in donatione cauſa mortis, *dict. §. pari ratione*, quod tamen ne quidem ex interpretibus quiſquam dixit. Ratio autem qua mouentur illi qui volunt autoritatem patris † neceſſariam eſſe ad 12
integrandam filij perſonam in donatione cauſa mortis, inepta eſt. Aiunt enim conſequens alioqui fore, vt poſſet liberè ac ſine conſenſu patris filius donare mortis cauſa ea bona, in quibus nihil iuris pater habuiſſet, cùm ex eiuſmodi donatione nullum præiudicium patri generaretur. Atqui falſum eſt conſequens inquiunt. Ergo & antecedens.) Falſum verò conſequens eſſe, quod è contrario nos veriſſimum eſſe defendimus, probant ex eo quod ſupradictis locis generaliter ſcriptum eſt, filiumfamilias nihil poſſe donare cauſa mortis abſque conſenſu patris, exceptis bonis caſtrenſibus vel quaſi caſtrenſibus. Nimirum, inquam, quoniam extra bona caſtrenſia vel quaſi caſtrenſia, nihil habebat eo iure filius quod non eſſet patris, nec proinde quod poſſet donare, quin patri damnum inferretur, nec minùs ſi inter viuos, quàm ſi mortis cauſa donaret. Cur ergo ſeparant hac parte donationem cauſa mortis à donatione inter viuos? Et verò quemadmodum hodie filiusfamilias eſt capax aduentitiorum, etiam in quibus nihil omnino iuris pater habeat ne quidem vſumfr. ita certum eſt poſſe illum hoc caſu de iis bonis pro arbitrio diſponere, patre quoque non ſolùm ignorante, ſed etiam inuito patre, nec minùs donando cauſa mortis quàm aliter alienando vt in ſequentibus dicemus ex *l. vlt. §. filiuſf. C. de bon. quæ liber. & No. 117. Vt liceat matri & auia. in prin.* An igitur, quia dicimus non eſſe neceſſariam patris autoritatem in donationibus per filiosfamilias factis ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa ſint, illud etiam fatebimur, Valere donationem quam filiusfamilias cõtulerit in patrem? Id conſequens fore putant interpretes. Ego non puto. Nec tantùm † eam donationem quæ 13
per filiumfamilias mortis cauſa facta ſit patri, ſed eam quoque quæ inter viuos, improbatam, nulliúſque momenti eſſe arbitror. Sed noua ratione ſc. quia neque inter viuos neque mortis cauſa donatio poteſt valere ſiue per traditionem ſiue per ſtipulationem facta ſit, quin obligatio aliqua contrahatur & quidem ciuilis, quæ porrò inter patrem & filium contrahi nulla poteſt, obſtante iure patriæ poteſtatis vt in præcedentibus tractauimus ex *l. Imp. 50. D. ad SC. Trebe. l. ſiue emancipatis. 17. C. de donat.* De illo tantùm dubitari poſſet: An huiuſmodi donatio per filium facta patri morte filij confirmaretur morte patris. Sed quia in hoc quoque diſſentio ab interpretibus ſeparatam hac de re diſputationem inſtituamus.

ERROR

ERROR V.

De donationibus ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa in patrem à filiofam. collatis morte filij confirmandis.

SVMMARIA.

1 *Vera conuenientia inter donationem à patre in filiumf. collatam, & eam quam filius in patrem confert, quod neutra valeat.*
2 *Alia inter huiuſmodi donationes ab interpretibus conficta conuenientia: quod vtraque morte donatoris confirmetur.*
3 *In oppoſitum auctoris diſputatio.*
4 *Filiusfam. de quibus bonis teſtari poſſit aut non poſſit.*
5 *Filiusfam. ab inteſtato heredem habere nequit, nequidem patrem.*
6 *Morte filiifam. tantùm abeſt vt collatio ab ipſo in patrem collata confirmetur, vt potius inde appareat donationem illam nunquam valuiſſe nec valere poſſe.*
7 *Quo caſu quari poſſit an morte filiifam. confirmetur donatio per ipſum in patrem collata.*
8 *Cùm filiusfam. aliquid ex bonis caſtrenſibus patri donauit, alio herede inſtituto, valet huiuſmodi donatio.*
9 *In ſuperiori caſu ſi donatio ab initio non valuit, nec morte filij confirmari poteſt.*
10 *Herede ex parte inſtituto patre, an donatio à filiofam. in eum collata valeat, aut morte confirmetur.*
11 *Bonorum aduentitiorum donatio à filiofam. facta patri neque valere, neque morte filij confirmari poteſt.*
12 *Filiifam. nulla eſt hereditas.*
13 *Ex Iuſtin. Nou. filiusfam. in his bonis quorum hodie capax eſt, legitimum heredem habere poteſt.*
14 *Caſus quo hodie quari poteſt an morte filij confirmetur donatio aduentitiorum à filiofam. in patrem collata.*
15 *Non alij poſſunt fideicommiſſum relinquere, quàm qui teſtari poſſunt.*
16 *Filiofam. ex bonis caſtrenſibus patri aliquid donante, deinde inteſtato moriente olim inutilis erat donatio, hodie verò vtilis.*
17 *Nullus eſt hodie caſus in quo morte filij poſſit confirmari donatio patri facta, ne quidem in bonis caſtrenſibus, minus in aduentitiis.*
18 *Differentia inter caſtrenſia & aduentitia bona.*
19 *Cur permiſſum ſit ei qui decedit inteſtatus aut fideicommiſſa relinquere, aut aliam liberalitatem exercere in praiudicium legitimi heredis.*
20 *Filiusfam. quando legitimam hereditatem habere cenſeatur: & quomodo hac in parte à patrefam. differat.*
21 *Si filiusf. patri bona ſua aduentitia omnia donauerit, deinde deceſſerit ſuperſtite non ſolum patre, ſed etiam matre, nihilominus filij hereditas inter parentes diuidetur: & cur.*
22 *Poſito in ſuperiori caſu talem donationem morte filij confirmatam, an arbiter bona donata patri praecipua adiudicare debeat, an donationis nullam habere rationem quaſtio.*

1 VEMADMODVM † inter donationem quã pater in filiumfam. confert, & eam quam filiusfam. in patrem, commune illud eſt vt neutra valeat ſiue inter viuos ſiue cauſa mortis facta ſit, idque eadem illa ratione quod inter patrem & filiumfam. obligatio ciuilis contrahi nulla poſſit, vt proximo capite diſputauimus. Ita vulgo cre-
2 ditum eſt † donationes iſtas hoc etiam habere commune vt donatoris morte confirmentur ſiue filiusfam. ille ſit ſiue pater, *l. donationes quas parentes. 25. C. de don. int. vir. & vxor.* quam noſtri ſic accipiunt vt generalis ſit ad omnes donationes quæ fiunt inter patrem & filium ſiue fiant patri à filio, ſiue filio à patre, ſicut generalis eſt ad donationes quæ fiunt inter virum & vxorem ita vt nihil intereſit an vxor viro donauerit an vir vxori, nec rurſus an pater filiofam. an filiusfamilias patri. Sic enim Alex. Iaſ. & Rip. *ad l. 1. §. fruit quæſitum. D. ad SC. Trebell. Caſtrenſ. in l. ſenium. C. qui teſtam. facer. poſſ. & in l. iam is. 25. §. 1. D. de donat.* quos refert & ſequitur ex recentioribus Andr. Fachin. *lib. 5. controu. c. 26.* Ac ſanè difficilè videtur dicere cur non perinde filiifamilias morte debeat confirmari donatio per filium facta patri, atque confirmatur morte patris donatio per patrem facta filio, cùm ad huiuſmodi donationes confirmandas nihil aliud lex requirat, niſi vt perſeuerauerit donator & deceſſerit in eadem voluntate: nec minùs piè relinqui debeant liberorum bona parentibus, cùm turbatur ordo mortalitatis, quàm bona parentum liberis deferuntur, cùm ex communi voto parentum & naturæ liberi parentibus ſuperſunt, *l. nam etſi. 15. D. de inoff. teſt.* Mihi † tamen hæc quoque quæſtio videtur otioſa & 3
inepta, nec niſi à mera maximaque ignoratione iuris profecta. Cùm enim filiusfamilias moritur, ac proinde viuo adhuc patre & durante patriâ poteſtate [alioqui paterfamilias non filiusfamilias moreretur] quem alium ſucceſſorem habere poteſt quàm patrem? Vtique enim † teſtamentum facere non poteſt, ne quidem de iis bo- 4
nis, in quibus pater nec proprietatem habet, nec vſumfructum, nec aliud quicquam iuris, *l. pen. C. qui teſtam. facer. poſſ.* exceptis bonis caſtrenſibus, & quaſi caſtrenſibus, de quibus filiofamilias permiſſum eſt teſtari, ex ex conſtitutionibus, *l. filiusfamilias 7. §. vlt. D. de don. l. 1. 2. & tot. D. de caſtrenſ. pecul.* propterea quod in iis filiusfamilias patris familias ius & locum obtinet, *l. 2. D. de SC. Maced.* Ab inteſtato † autem certum eſt nul- 5
lum poſſe filiofamilias heredem eſſe, ne quidem patrẽ, nec ſi de peculio caſtrenſi agatur, & filiusfamilias miles proponatur, quia omnimodo filiusfamilias, ſiue milites ſint, ſiue pagani, permiſſum eſt habere heredem in peculio caſtrenſi, ſed eo demum caſu, quo teſtati deceſſerint, *l. vlt. D. ad SC. Tertyll.* defunctóque filiofamilias inteſtato qui caſtrenſe peculium habebat, occupat pater bona illa caſtrenſia, non tanquam hereditatem, ſed iure peculij nec quaſi heres, ſed quaſi pater, vt elegantèr ſcriptum eſt, *in l. 2. D. de caſtrenſ. pecul.* Ergo tametſi ponas donata fuiſſe patri per filium bona peculij caſtrenſis, poſteáque filium viuo patre deceſſiſſe, non niſi fruſtrà & ridiculè poſſit dicere confirmatam morte filij donationem fauore patris ad quem ipſo iure dominium redit, nec tantùm rerum ei donatarum, ſed etiam cæterorum omnium bonorum filij caſtrenſium. Quid enim donationis confirmatione indiget pater, cuius non ſolum nunc dominium eſt, alio & pleniore iure, ſed & ſemper fuiſſe intelligitur, tanquam ei acquiſitum iure patriæ poteſtatis, quaſi poſtliminij cuiuſdam ſimilitudine habeat peculium antiquo iure, retróque dominia rerum habuiſſe videatur, vt Tryphoninus loquitur *in l. de hereditate. 19. §. pater eod. tit.* Immò ex hoc apparet tantùm † abeſſe vt filiafam. morte confirmari poſſit 6
huiuſmodi donatio, ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa facta ſit, vt è contrario tunc demum cum filius moritur, tantò certius fiat, neque vnquam valutilè, neque valere amplius poſſe donationem patri factam. Earum ſc. rerum quæ in patris dominio ſemper fuiſſe retrofinguntur, cui quippè donari non potuit quod iam ipſius eſſet, quódque ab eo auocari nunquam poſſit. Quod ſi in bonis caſtrenſibus verò hæc dicuntur in quibus iam olim plus iuris habuit filiusfam. quàm hodie habeat ex Iuſtin. conſtitutionibus in bonis aduentitiis, de quibus nimirum nullo caſu teſtari poteſt, ne quidem

quidem volente patre, quo tamen etiam inuito de caſtrentibus poſſet, & toto Pandect. iure potuit, quantò verius dici poterit, donationem bonorum aduentitiorum patri à filio factam, ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa, valere nullomodo poſſe, neque filij morte confir-
7 mari? Vnus tantùm caſus † eſt, quo huic quæſtioni locus fieri poſſit: Is eſt ſi filiusfam. ſiue miles, ſiue paganus peculium caſtrenſe habens de illo teſtatus ſit, & alium quàm patrem, ſibi heredem inſtituerit. Tunc enim cùm nihil iuris habeat pater in hereditate filij, qui heredem alium habere voluit, indiget proculdubio confirmatione donationis, ad hoc vt donatio quam viuus filius in eum contulit, & quæ ab initio non valuit retineri poſſit, nec bona donata in cauſam hereditatis conuertantur. Sed præter id quod in bonis aduentitiis, de quibus ſolis nunc diſputamus, nihil tale tractari poteſt, cùm vt diximus de iis teſtari filiusfam. nullo caſu poſ-
8 ſit. Dico etiam illo caſu, quo † filiusfam. aliquid inter viuos donauerit patri vel mortis cauſa ex bonis caſtrenſibus, deinde teſtatus ſit de peculio caſtrenſi, poſſe quidem indubitatè defendi donationem valere, cùm inter patrem & filium ex cauſa caſtrenſis peculij obligatio contrahi poſſit, *l. pater miluc.* 15. §. 1. *D. de caſtr. pecul. & ius eſſe l.* 4. *D. de iudic.* Sed non poſſe tamen confirmari † filij morte donationem, ſi poneres ab initio non valuiſ-
9 ſe. quia vt explicauimus in præcedentibus cùm tractauimus de confirmandis morte donationibus per parentes in filiofam. collatis, confirmatio iſta quæ ex ſolo ſilentio inducitur, non eum effectum habere poteſt vt dominium rei donatæ ſtatim & ipſo iure acquiratur donatario, ſed tantùm vt inducat officium arbitri fam. erciſc. ad faciendam adiudicationem ad hoc, vt res quæ donata fuit præcipua retineatur, *l. filia eius.* 18. *C. fam. erciſc. d. cùm pater.* 77. §. *pater pluribus de legat.* 2. Atqui iudicium fam. erciſc. non habet locum niſi inter coheredes, *l.* 1. §. *cùm putarem.* 36. *& ſeq. D. fam. erciſc.* Ergo cùm alius quàm pater inſtitutus heres fuit in bonis filij caſtrenſibus & quidem in ſolidum patre ex nulla portione adſcripto coherede, vel dicendum eſt donationem ab initio valere, de quo hoc caſu non dubito, cùm neque donationis tempore fuerit res patris ſed filij neque ex poſt facto retrofingatur patris fuiſſe, quomodo retrofingeretur ſi filius inteſtatus deceſſiſſet. Vel fatendum nihil patri prodeſſe poſſe ad confirmandam morte filij donationem, quod filius in eadem voluntate deceſſerit. Quamquam neque hoc video quomodo fieri poſſit, vt filius non mutauerit voluntatem, qui alium quàm patrem heredem inſtituit, & patrem vel exheredauit nominatim, vel ſilentio præterit, quod effectu idem eſt. Præteritus enim à filio pater habetur pro exheredato, & cui teſtator aufert legitimam ſucceſſionem, adeóque portionem ipſam legitimariã, quæ debetur ex legibus, multò magis credendus eſt auferre voluiſſe donationem, quæ ex iure & legibus nec debita fuiſſet, nec vnquam valuiſſet, *leg ſi pater* 4. *D. pro donat.* Ponendum
10 igitur eſſet hoc caſu patrem † eundémque donatarium à filio heredem inſtitutum fuiſſe pro parte vt poſſet locus eſſe & iudicio fam. erciſc. inter patrem ac ipſius coheredem, itémque propoſitæ quæſtioni: An rem illam ſibi à filio donatam præcipuam retinere pater poſſet. In qua quæſtione ſtatim occurreret, quod pro parte dici poſſet, non videri filium voluiſſe ademptam donationẽ patri, cui præterea bonorum ſuorum patrem dediſſet, arg. *l vlt. Cod. de inſtit. & ſubſtit.* cùm potuiſſet nihil ei dare ſi voluiſſet, adeóque citra metum querelæ inofficioſi teſtamenti, *l. de inofficioſo.* 9. *C. de inoff. teſt.* Sed tamen hoc etiam caſu fatendum eſſet donationem, quam viuus filius in patrem contuliſſet, neque valere, néque morte confirmari poſſe pro ea parte, quam in ea re haberet pater iure hereditario, quia quod iam haberet pater tanquam heres pro hereditaria portione, non poſſet iterum habere ex cauſa donationis, non ob id ſolùm quod duæ cauſæ lucratiuæ circa eandem rem eandémque perſonam concurrere non poſſint, *l. omnes.* 17. *D. de obl. & act.* ſed etiam quia cùm donatio non valuerit ab initio, non facit quominùs res donatæ manſerint in bonis donatoris, quas ſc. non haberet pater, ſi heres filio non extitiſſet arg. *l. ſequens,* 9. 67. *de leg.* 2. quæ verò res manſerunt in bonis donatoris viuentis eædem defuncto donatore neceſſe eſt, vt fiant hereditariæ, portiò quæ ſunt hereditariæ eas facit hereditates ſingulas heredis ſtatim & ipſo iure, *l. legatum.* 80. *de legat.* 2. quod autem heredis factum eſt ex cauſa hereditaria, eius magis fieri non poteſt ex cauſa ſiue donationis ſiue adiudicationis, §. *ſic itaq. Inſtit. de act. l. in bell.* 12. §. *ſi ſeruum. D. de capt. & poſtlim. l. non vt ex plurib.* 67. *D. de reg. iur.* Non igitur poſſet confirmari donatio facta patri niſi pro parte coheredis, quia & cùm vni ex heredibus aliquid legatur vel prælegatur, non valet legatum, nec prælegatum pro hereditaria ipſius portione, cùm heredi à ſemetipſo inutiliter legetur, *l. & quidem totum.* 18. *de legat.* 1. *l. miles ad ſororem.* 75. §. 1. *de legat.* 2. Accedit, quòd & cùm pater à filiofam. heres inſtituitur in peculio caſtrenſi ſiue in totum ſiue pro parte, videtur tamen iure ſuo pater iam olim heres fuiſſe, & dominium habere antiquius quatenus pater, quàm quatenùs heres, ne ob id videatur deterioris conditionis factus eſſe quod fuerit à filio inſtitutus, *l. vlt. D. de caſtrenſ pecul.* etſi de illius loci ſententia videnda ſunt quæ ſcripſimus in Iuriſprudentiæ ſcientia *ad tit. quib. mod. ius patr. poteſt. ſolu. princ.* 6. *illat.* 12. Cæterùm extra hunc caſum, quo pater à filiofam. caſtrenſe peculium habente fuerit inſtitutus adiecto alio coherede, dico nullum alium dari poſſe in quo morte filij confirmari queat donatio patri facta: quamquam hoc caſu nulla opus eſt confirmatione donationis, quandoquidem donatio ipſo iure valet, vt diximus. Cúmque talis caſus in caſtrenſi duntaxat peculio poſſit occurrere, nunquam verò in bonis aduentitiis, concludamus generaliter contra noſtros interpretes Bonorum aduentitiorum † donationem à 11
filiofam. factam patri, neque valere, neque morte filij confirmari vllo caſu poſſe, ex ratione iuris, ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa donatio facta proponitur. Nec enim ab inteſtato poteſt vllum eſſe iudicium fam. erciſ. cuius auxilio, ea donatio per adiudicationem ab arbitro faciendam conſeruetur, non magis quàm ex teſtamento, quia neque filiifam. hereditas † vlla eſt, nec magis 12
legitima quàm teſtamentaria, inſpecta ſcilicet iuris ciuilis ratione. Quamuis non ignorem in eo quoque cõmuniter noſtros interpretes errare, poſt Bart. *ad l. poſt dotem. n.* 26. *D. ſolut. matr.* quod putant etiam olim potuiſſe filiamfam. in dote aduentitia heredem habere ab inteſtato. Quem errorem nos refutauimus, *lib.* 13. *coniect. c.* 4 & 9. Illud non nego, Iuſtin. noſtrum inuita iuriſprudentia conſtituiſſe. † *Nou.* 18. *de her. Ab inteſt. ve-* 13
nient, vt etiam filiusfam. in his bonis, quorum hodie capax eſt, legitimum heredem habere poſſit, gradum ſcilicet deſcendentium ſi qui ſint, ſi non ſint, aſcendentium. Poſtremo loco ex latere venientium non minùs quàm ſi eſſet ſui iuris. Poſt quam conſtitutionem, videtur poſſe dari † caſum, in quo poſſit morte filij confirmari do- 14
natio à filiofam. in patrem collata. Nimirum ſi filiusfam. nullis relictis liberis decedat ſuperſtite patre, cui aliquid ex bonis ſuis aduentitiis donauerat, ſuperſtite itẽ matre. Hoc enim caſu cùm placuerit Iuſtin. aſcendentes omnes, qui eiuſdem gradus ſint, ſimul admitti, ac proinde matrem cum patre, conſequens ſit, vt inter eos poſſit accipi iudicium fam. erciſc. cuius æquitate fiat vt donatio à filio facta tanquam ipſius morte confirmata, patri præcipua adiudicetur. Semper enim ad officium arbitri fam. erciſc. id pertinet vt defuncti voluntatem quiſquis ille ſit inter coheredes tueatur. Sed tamen ſi ſubtilius inſpicias, nec hoc quidem dici poteſt. Toties enim defuncti voluntatem tueri debet arbiter, quoties

talis

talis defunctus fuit, qui cum suprema decedere potuit voluntate. Quasi tacitè hanc quoque voluntatem supremam reliquerit is,qui in donationis à se viuo inutiliter factæ voluntate perseuerauit.Quænam autem ratio haberi debet tacitæ voluntatis illius defuncti, qui expressam voluntatem nullam relinquere potuerit,tametsi voluisset,quique non solùm testator esse non potuit, sed nec paterfam.fuit? Eritque hoc tantò certius,si eam Bart.& aliorum traditionem sequare quam nos in superioribus refutauimus, quæ habet donationes istas mutiles morte confirmatas capi ad instar legatorum. Nec enim Iustin. fecit vt filiusfam. legare possit, qui neque testari potest. Sed capiantur si voles ad instar fideicom-
15 missorum. Constat nec alios posse † fideicommissum relinquere quàm qui testari possunt, *l. 1. in princ.& §. his quibus,de legat. 3.* eos verò qui expressim fidei committere non potuerunt, nec tacitè fideicommisisse videri debere : arg. *l.ab exheredati.26. de legat.1. l.3.in princ. l.conficiuntur.8. §.1. D.de iur. codic.* Denique absurdum est donationem inutilem,quam donator speciali expressáque voluntate confirmare non potuerit, haberi pro tacitè confirmata solo silentio. Polsétque hæc quæstio
16 in eum dumtaxat filiumfam. addere † qui castrense peculium habuisset, ac aliquid ex eo patri donasset, tum intestatus decessisset,quo casu etsi iure vetere inspecto, non posset valere, neque confirmari donatio à filio collata in patrem, in cuius dominio res donata semper in præteritum fuisse ex postfacto retrofingeretur vt supra diximus. Hodie tamen cùm filiusfam. qui heredem legitimum habere potest etiam in bonis aduentitiis,multò magis possit habere in castrensibus, cessat hæc ratio quæ impediebat olim ne talis donatio vel valeret, vel confirmari posset morte patris. Sed tamen cessante ratione,quæ impedit,ne possit confirmari,sequitur necessariò vt nihil iam impediat quominùs ab initio valuerit donatio, facta scilicet à filio & de bonis propriis, & quorum nomine potuit obligari vtiliter patri, nil obstante iure patriæ potestatis. Pendebat olim donatio in id vsque tempus,quo filiusfam.decessisset,vt sciretur an testatus an intestatus decessisset, cùm defuncto eo intestato pater iure peculij omnia filij bona castrensia occupans rem quoque donatam in eo numero haberet, quasi quæ ipsius patris semper fuisset:Defuncto autem eo testato, pater non alio quàm donationis iure posset habere rem, quæ, si donatio facta non esset, ad alium heredem pertineret. At hodie non pendet donatio bonorum castrensium à filio collata in patrem, sed omnimodo & iam inde ab initio valet, quia in omnem casum, id est siue testatus decedet filius, siue intestatus, certum est bona filij castrensia numquam ad patrem peruentura iure peculij, sed semper iure hereditatis aut testamentariæ aut legitimæ. Itaque non minùs hodie
17 verum est, quàm olim nullum esse casum † in quo morte filij possit confirmari donatio patri facta ne quidem in bonis castrensibus.Multo minùs ergo talis vllus
18 reperietur casus in aduentitiis. Nam inter castrensia † & aduentitia in eo quidem differentia est,quod castrensium donatio etiam patri facta hodie valet ab initio indistinctè, propter eam rationem quam attulimus, aduentitiorum verò non item (nec enim fecit Iustin. in bonis aduentitiis quod in castrensibus fecerant priores Imp. vt filiusfamilias iuris patrisfamil. censeatur, sed hoc tantùm noui induxit, vt legitimum heredem habere possit in vtrisque quem olim habere non poterat, ne quidem in castrensibus.) At quod pertinet ad confirmandam donationem morte & silentio filij eiusdémque donatoris, nulla differentiâ est inter bona castrensia & aduentitia. Nisi quod si donatio castrensium non valeret, vno tamen casu morte filij confirmari posset, etiam iure vetere inspecto: Scilicet eo casu quem attulimus, quo filius testatus esset patremque ex parte heredem scripsisset, adicto ei extraneo coheredc, Aduentitiorum autem donatio nullo casu morte filij confirmari potest, ne quidem hodie : quia quamuis fecerit Iustin. vt filiifam. perinde ac patrisfa. legitima hereditas aliqua sit, nec minùs hereditas sit, quæ legitima est, quàm quæ testamentaria, tamen ad confirmandam donationem morte ac silentio filij non sufficit esse aliquam ipsius hereditatem, sed præterea necesse est talem eam esse quam videatur ille sponte sua relinquere legitimis suis heredibus acsi eos instituisset, vt fideicommissi aut alterius cuiusliber vltimæ voluntatis iure possit defendi donatio, quæ non valuit quandiu donator vixit. Nulla enim alia ratio † est propter quam permissum sit ei qui decedit 19
intestatus aut fideicõmissa relinquere, aut quam aliam liberalitatis speciem exercere in præiudicium legitimi successoris, quàm quia videatur ille legitimum heredem instituisse *d. l. 3. d. l. conficiuntur. de iur. codicill. d. l. ab exhereditati. 126. de legat. 1.* hæc autem ratio non potest accommodari filiof. quantum ad bona aduentitia, licèt accommodaretur quantum ad castrensia, quandoquidem de castrensibus testari posset,de aduentitiis non posset. Vnde & si olim filiusfa. castrense peculium habens & intestatus decedere & fideicommissum reliquere voluisset, fideicommissum valuisset, quod cùm testari permissum ei esset si vellet, multo magis etiam fideicommissa relinquere ab intestato ad onerandum patrem, tametsi eo casu non hereditatis sed peculij iure bona filij castrensia omnia deferrentur, vt subtiliter Paulus disputat in *l. filiusfa. 18. ff. ad le. falcid.* Quod hodie longè certius est si ius vetus iungas cum nouo. Superest etì enim hoc ex iure vetere vt filiusfa. de castrensi peculio testari possit. Ex nouo autem hoc additum est,vt quamuis testatus non sit habeat hereditatem & heredem ab intestato. Quidni ergo poterit codicillos facere ab intestato de bonis castrensibus? Plane de aduentitiis non idem possit dicere de quibus non habet factionem testandi licet habeat in iis quoque legitimum heredem. Illa sanè inter bona castrensia & aduentitia ab intestato & hodie esse videtur similitudo quod quamuis tam aduentitiorum quàm castrensium capax sit filiusf. non ideo tamen filiusfa. † 20
heredem legitimum habet patrem omnimodo, neque legitimam aliquam hereditatem, sed ita demum si habeat bona aliqua siue castrensia siue aduentitia. Non enim Iustinian. fecit vt vel hereditatem vel heredem possit habere filiusfamil. qui nulla bona reliquit, quemadmodum de lege Cornelia scriptum est in *l. lex Cornelia. 28. ff. de vulg. & pupill. substit.* per eam factum non esse vt heredem posset habere filiusfam. qui bona nulla in ciuitate reliquisset. In quo alia conditio eorum est qui patresf. moriuntur, quos constat quantumlibet egenos bonisque omnibus destitutos hereditatem tamen relinquere, quam si quis imprudenter agnoscat, omnibus ipsorum creditoribus cogatur respondere acsi esset soluendo, cùm soluendo esse intelligatur hereditas, quæ inuenit heredem. *l. libertus. 36. D. de bon. libert. l. quæ dotis 33. D. solu. matrim.* Et diuersitatis huius ratio illa est, quia patrisf. hereditatem facit lex duodecim tabularum, quæ nihil aliud exigit nisi vt paterfa. fuerit is qui decesserit, non etiam vt aliqua sint corpora cùm hereditas sit nomen iuris, nec requirat vllum corpus *l. 1. §. 1. D. de bon. poss. ber. 50. de petit. her.* At filijfa. hereditatem ab intestato primus & solus Iustin. fecit. Verùm non constituto eo generaliter vt filiusfam. perinde ac paterfam. hereditatem habere possit, sed vt in bonis castrensibus & aduentitiis : Ergo non aliter quàm si reliquerit bona vel castrensia, vel aduentitia.Quæ si nulla sint, non erit in potestate patris, etiamsi se filij heredem profiteatur, vt fiat heres séque obliget filij creditoribus, quia neminem potest heredem facere nuda voluntas sine hereditate,cùm hereditas sola illa sit quæ facit heredem cum

cui

cui defertur, ſi modò delatam acquirere ſibi velit ille: *d. l. filiusfam.* 18. *D. ad leg. falcid.* Quod cùm ita ſit,
21 ſequitur ex ſuperioribus, ſi filiusfam. † patri bona ſua aduentitia omnia donauerit, deinde deceſſerit ſuperſtite non ſolùm patre, ſed etiam matre, non eo minùs habiturum eum hereditatem in eáque ſucceſſuram matrem cum patre, ac proinde bona filij omnia quæ patri donata fuerant æqualiter conſecuturam, quia cùm donatio non valuerit, propter ius patriæ poteſtatis, neceſſe eſt bona donata quæ non tranſierunt in dominium patris, reperiri in hereditate filij, atque ita non minùs matri quàm patri ex conſtitutione Iuſtiniani hereditario iure deferri: quod in filio, qui nulla niſi caſtrenſia bona habuiſſet, eaque omnia patri donaſſet, non ſimiliter tractari poſſet, quia donatio valuiſſet, & bona mortis tempore filio ſupereſſent, in quibus poſſet hereditas conſiſtere. Sed cum eo caſu quo ſuperſunt in hereditate filij bona aduentitia quæ omnia patri ſuo ille inutiliter donauerat, neceſſarium ſit iudicium familiæ erciſcundæ inter patrem & matrem ex æquo ſuc-
22 cedentes, eleganter dubitari poteſt apud eos qui cum interpretibus putant donationes iſtas morte confirmari [nam ſi nobiſcum ſentias nullo caſu confirmari, nullus huic dubitationi locus relinquitur.] an officium arbitri familiæ erciſcundæ tale eſſe debeat vt ea bona donata ſoli patri adiudicentur præcipua, an potiùs vt nulla donationis ratio habeatur. Videturque eſſe quæſtio hæc ex genere τῶν ἀνέρων vt illa quæ apud Africanum proponitur in *l. qui quadraginta.* 88. *eod. tit. ad leg. falcid.* Etenim quicquid conſtitueris verum eſſe, falſum reperietur. Namque ſi dicas confirmari donationem, vt eam arbiter familiæ erciſcundæ tueri debeat per adiudicationem, ita facies vt nihil omnino ſit quod diuidi debeat inter patrem & matrem & conſequenter vt nulla filij hereditas eſſe videatur, in qua nulla reperiantur bona pro parte coheredis, aut ſaltem [quoniam id quoque præcipuum retinetur capitur pro parte à coherede.] vt familiæ erciſcundæ arbiter nullus poſſit accipi eius hereditatis diuidendæ nomine, in qua nihil ſit diuidendum. Rurſus ſi dicas diuidi omnia debere inter patrem & matrem, facies vt poſſit locus eſſe arbitrio familiæ erciſcundæ, quo admiſſo pertinebit ad officium eius vt donationem tueatur, & omnes res donatas ſoli patri præcipuas adiudicet. Quanquam in ea perplexitate multo expeditius eſſet dicere donationem non confirmari, quippe quæ non poſſit confirmari niſi officio arbitri, cui porro non aliter locus eſſe poſſit, quam ſit diuidendum. Eſſet enim ridiculum in id ſolùm accipi arbitrum familiæ erciſcundæ, vt vniuerſas res hereditarias vni ex heredibus præcipuas adiudicaret, nihil verò diuideret, niſi diceres futurum vtile hoc etiam caſu officium arbitri ad hoc, vt rebus adiudicatis vni, poſſet alteri falcidiæ ſuæ portio adiudicari. Quod equidem fateor, non quia ſicut ex legatis aut fideicommiſſis, falcidia deducitur, ita ex donationibus inutilibus morte confirmatis ipſo iure deduci poſſit (nulla enim hac de re lex aut conſtitutio eſt in libris noſtris) ſed quia cum ſola equitas inducat officium arbitri, nemo dixerit æquum eſſe ita conſeruari voluntatem defuncti, vt legibus fraus fiat, quæ procul dubio fieret, ſi portio ex legibus debita, ſiue pro legitima non retineretur. Præſertim verò cùm is heres eſt, cui etiamſi heres non eſſet, legitima portio deberetur, putà mater vt in caſu noſtro aut aliquis ex liberis, vt in *l. 2. C. de inoff. donat.* vbi textus eſt in hanc rem apertiſſimus: ſed finge prohibitam eſſe falcidiam, poſtquàm Iuſtin. placuit hodie prolnberi eam poſſe *Nouell.* 1. *de hered. & falcid.* Verùm ea conſtitutio ad falcidiam tantùm legatorum, aut etiam fideicommiſſorum pertinet, non etiam ad eam portionem quam nos legitimam appellamus, ſiue naturæ iure, ſiue miſerationis ratione debeatur, quæ nullum onus admittit, tantum abeſt, vt prohibitionem hanc poſſit admittere. *l. quoniam in priscis. 32. C. de inoff. teſta.* Itaque hoc vno caſu quo filiusfam. qui patri ſuo bona ſua aduentitia, ſiue omnia, ſiue pro parte donauerat deceſſerit ſuperſtitibus patre & matre, poſſet ſanè ſecundùm interpretes locus eſſe quæſtioni, confirmandæque per officium arbitri donationi, ſed alio caſu præterea nullo. At ſecundùm nos in hoc quidem.

ERROR VI.

De facta per filiũſa. donatione, ſiue cauſa mortis, ſiue inter vivos ſine conſenſu patris, bonorum aduentitiorum, in quibus aut aliquem, aut nullum pater habeat vſufructum.

SVMMARIA.

1 *An filiusfa. aduentitia bona in quib. pater nihil iuris habet, mortis cauſa donare poſſit extraneo ſine patris conſenſu. & num.* 3.
2 *Cur non poſſit filiusfam. donare aduentitia in quibus pater aliquid iuris habet.*
4 *De bonis aduentitiis licet pleno iure ſint filiif. filiusfam. teſtari non poſſe, aduerſus quorundam interpretum ſententiam.*
5 *Ex eo quod filiusfa. de bonis aduentitiis quorum plenam habet proprietatem teſtari nequit, colligunt quidam nec eum mortis cauſa talia bona donare poſſe.*
6 *Ratio cur à quibuſdam ſuperioris connexi conſecutio negatur.*
7 *Quomodo limiteturà quibuſdam propoſitio illa,* Qui non poteſt teſtari nec mortis cauſa donare poteſt.
8 *Andreæ Fachinei de propoſita conſecutione & quæſtione vtrum filiusfam. aduentitia mortis cauſa donare poſſit, ſententia.*
9 *Nullo penitus caſu fieri poſſe vt valeat cauſa mortis donatio bonorum aduentitiorum etiam in quibus pater nullum habeat vſufruct. nec ſi pater conſentiat.*
10 *Neque fideicommiſſum relinqui, neque donationem cauſa mortis fieri ab eo poteſt qui teſtamenti faciendi ius non habet.*
11 *Donatio cauſa mortis eſt ſpecies vltimæ voluntatis.*
12 *Limitatio huius propoſitionis,* Qui non poteſt teſtari, nec mortis cauſa donare poteſt *propoſita nu. 7. refellitur.*
13 *Cur non liceat muto & ſurdo mortis cauſa donare.*
14 *Donare mortis cauſa ex alieno arbitrio pendere non debet.*
15 *Explicatur illud quod ſcribit Iuriſconſultus in l. tamsi. 25. §. 1. D. de mort. cauſ. don. filiusmf. quamuis teſtari non poſſit, poſſe tamen patre permittente mortis cauſa donare.*
16 *Cur filiofa. donante rem peculij profectitij neceſſarius ſit conſenſus patris.*
17 *Ex iuris ratione non eſt neceſſarius patris conſenſus cùm filiusfa. donat bona aduentitia.*
18 *Ex conſtitutione Iuſtiniani prohibita eſt filiofa. bonorum aduentitiorum donatio inter vivos, ſine conſenſu patris ex iuris ratione.*
19 *Quæ ſit ratio cur filiifa. bona aduentitia cuiuſcunque generis mortis cauſa donare nequeant.*
20 *Cum de donatione inter vivos bonorum aduentitiorum filiifa. agitur, quæ diſtinctio ſit adhibenda: & diſtinctionis ratio.*
21 *Conſtitutiones Iuſtiniani à iuris ratione ſemper abhorrent, quoties abhorrent à iure Pandectarum.*

CVM fecerit Iuſtin. *in Nou.* 117. *vt liceat matrim. & Auia, in princ.* vnde ſumpta eſt Auth. *excipitur. C. de bon. qua liber.* vt filiusfamilias non ſolùm capax ſit hodie aduentitiorum, ſed etiam ita ne in iis quicquam iuris pater habeat, id eſt ne quidem vſumfructum. Dubitari ſolet 1 inter noſtros † an filiusfam. bona iſta poſſit mortis cauſa donare extraneo ſine conſenſu patris. Nam de aliis 2 bonis aduentitiis, in † quibus vſumfructum, aut aliud quidpiam iuris habeat, certum ius eſt non poſſe filium ea donare, neque inter viuos, neque cauſa mortis, niſi patre conſentiente, at neque pignori vel hypothecæ dare, *l. vlt. §. filiis autem. C. de bon. qua liber.* vbi ratio redditur: Non quòd non poſſit ea donatio aliáve alienatio fieri ſine præiudicio patris, qui filium eiuſmodi alienationibus factum pauperem de ſuo alere teneretur, vt quidam interpretantur [quid enim vetaret alienari proprietatem à filio ſaluo patri vſufructu? aut quid præiudicij eo caſu patri generaretur?] ſed quia vt habent verba legis, melius eſt coarctare iuueniles calores, ne cupidini dediti triſtem ſentiant exitum, qui eos poſt diſperſum expectat patrimonium. Cùm enim parentes, inquit Iuſtin. eos alere ſecundùm leges & naturam compellantur, quare ad venditionem rerum ſuarum proſilire deſiderant, i quanam vrgeri poſſunt neceſſitate, vt cogantur nudam illam quam habent, vendere proprietatem? De iis verò bonis quæ filio ita ſunt acquiſita, vt ſunt filij pleno iure ac quantum ad plenam proprietatem, certum quoque ius eſt poſſe illum ea pro libito alienare, ac vt Iuſtin. verbis vtar de ipſis quo velint modo diſponere [ſic enim ſcriptum eſt *in Nou. 117. vt liceat matr. & auia, in princ.*] ideóque nec dubitatur quin ea donare inter viuos valeat poſſit ſi velit, ſed tantùm 3 de donatione † cauſa mortis dubitari ſolet an filiofamilias permittenda ſit: Propterea quòd vt vidimus in præcedentibus, donationes iſtæ cauſa mortis proximè accedant ad naturam legatorum & vltimarum voluntatum, quas filiofamilias extra cauſam caſtrenſis peculij 4 non ambigitur eſſe interdictas. Nam circa teſtamenti † factionem extat eiuſdem Iuſtin. conſtitutio *in l. penul. C. qui teſtam. facer. poſſ.* qua expreſſim & diſtrictè prohibet ne filiusfam. teſtamenti de bonis aduentitiis faciẽdi vllo caſu ſibi adrogent facultatem, nec ſi bona illa aduentitia poſſideant cum patris conſenſu & voluntate. Cum plerique iam eo tempore abſurdam illam ſententiam ex eo inducerent, quod idem Iuſtin. *in d. §. filiis autem.* vbi teſtandi licentiam filiisfamilias interdicit ita loquitur *in iis dumtaxat caſibus in quibus vſusfructus apud parentes conſtitutus eſt, nec de eiſdem rebus teſtari permittimus.* Neque ſanè improbabilis eſſet conſecutio, quamuis conſequens ipſum abſurdum foret, ſi nihil aliud in ea clauſula ſequeretur. Sed cùm ſtatim ſequatur, *neque citra voluntatem eorum quorum in poteſtate ſunt vlla licentia eis concedenda dominium rei ad eos pertinentis alienare vel hypotheca titulo dare, vel pignori adſignare,* intelligimus, ideò Iuſtin. eos dumtaxat caſus complexum fuiſſe, in quibus aduentitiorum vſusfructus ad patrem pertinet, non quod de cæteris aduentitiis, quæ ſunt filij pleno iure, permiſſam vellet filiofamilias actiuam teſtameati factionem [neque enim adhuc eo tempore permiſerat Iuſtin. vt filiusfamilias vſque adeò capax eſſet aduẽtitiorum, vti ne quidem vſusfructus eorum ad patrem pertineret, quod *Nouell. 117. primum induxit.*] Sed quod extra cauſam teſtamenti vellet habere filium liberam adminiſtrandi ea bona, & alienandi poteſtatem. Poſt eam verò Iuſtin. cónſtitutionem pro interpretatione præcedentis poſitam *in d. l. pen. C. qui teſt. facer. poſſ.* magis mirum eſt quod nonnulli etiam hodie defendunt filiumfam. de bonis aduentitiis quorum plenam proprietatem habeat teſtari poſſe: Moti non *ex d. §. filiis autem*, quem vident longè aliter Iuſtin. ipſo interpretatum, ſed ex alia eáque poſtrema eiuſdem Iuſtin. lege *in d. Nou. 117. vt lic. matr. & auiæ, in prin.* cuius verba illa ſunt certè valdè generalia, *licentiam habeant quo volunt modo diſponere.* Verùm ſatis leue argumentum eſt cùm ſit illa conſtitutio eiuſdem Iuſtin. qui tam apertè iam dixerat, nolle ſe filiosfamilias teſtandi licentiam ſibi vindicare præterquàm iis caſibus quibus olim teſtari poterant, id eſt, de peculio caſtrenſi, vel quaſi caſtrenſi. Hic enim ſenſus eſt dictæ, *l. penult. in fin.* Videntúrque iſti, quod eorum pace dictum ſit, calumniari conſtitutionem Iuſtiniani, & verba captare, non qua mente Iuſtin. dixerit animaduertere velle, vt Paulus loquitur *in l. penult. D. ad exhib.* Rectiùs ergo interpretes noſtri ferè omnes verba illa quantumuis generalia reſtringunt ad eas diſpoſitiones quæ fiant inter viuos non in vltima voluntate, vt à iuris veteris ratione quanto minùs fieri poterit recedere Iuſtin. voluiſſe videatur. Lex enim duodecim tabularum quæ prima teſtamentorum apud Romanos ius introduxit de ſolo patrefamilias locuta eſt. Neceſſe igitur fuit vt Iuſtin. ſi filiisfam. teſtandi facultatem dare voluit in bonis aduentitiis, vel faceret eos patresfam. in hoc bonorum genere, quomodo ex conſtitutionibus facti ſunt patresfam. in bonis caſtrenſibus, quod tamen non fecit, vel nouam nec vnquam antea auditam legem faceret per quam liceret filiisfam. etiam quaſi filiisfam. facere teſtamentum, quod nec in bonis caſtrenſibus facere auſi ſunt Imp. quibus viſum fuit facilius, minúſque à ratione iuris alienum filiisfam. dare in iis bonis ius patrumfam. quàm quaſi filiisfam. dare factionem teſtamenti. Denique noua in eam rem lege opus eſſet, nouiſque verbis concepta, quæ de teſtandi iure expreſſim loqueretur, qualis nulla in libris noſtris hucuſque fuit. Etſi verò ſupradicta conſtitutio Iuſtin. *in d. l. penult. C. qui teſt. fac. poſſ.* ſolam faciendi teſtamenti facultatem denegare videtur filiisfamilias quam nec antea vnquam habuerunt, Sic tamen rectè accipitur ab omnibus vt quo caſu teſtamentum de his bonis facere filiusfamilias non poteſt, eo caſu neque ex iis legare quicquam poſſit, neque per fideicommiſſum relinquere. Non legare, quia ſi eam differentiam legatorum & fideicommiſſorum obſerues, quæ durauit vſque ad tempora Iuſtin. non poſſunt legata relinqui, niſi in teſtamento, aut ſaltem in codicillis teſtamento confirmatis, *l. illud.* 13. §. 1 *l. vlt. D. de iur. codic.* nec proinde ab eo dari poſſunt qui teſtamentum facere non poteſt: Non per fideicommiſſum relinquere, quia licèt fideicommiſſa etiam ab inteſtato relinqui poſſint, cùm tamen non alio iuris colore id fiat, quàm quòd paterfamilias, qui cùm poſſet facere teſtamentum, maluit decedere inteſtatus, tacitè videatur ſuos heredes legitimos inſtituiſſe, *l. 3. in princip. l. conficiuntur. 8. D. de iur. codicill. l. ab exheredati. 126. de legat. 1.* conſequens eſt vt neque codicillos facere neque fideicom. dare ab inteſtato poſſit qui teſtari etiamſi vellet, non poſſet, *l. Diui. 6. §. pen. eod. l. 1. de legat. 3.* Hinc autem illa etiam dubitatio † An donare mortis 5 cauſa poſſit filiusfam. ea bona aduentitia quorum plenam habeat proprietatem, Quaſi quæ ratio facit vt ex generalitate verborum Iuſtin. debeat per ciuilem interpretationem excipi cauſa fideicomm. & alterius cuiuſlibet vltimæ voluntatis, eadem locum habeat in donatione cauſa mortis, ideò quòd illa proximè accedat, vt diximus ad naturam vltimarum voluntatum. Nam & dici ſolet eum qui teſtari non poteſt nec donare mortis cauſa poſſe, *l. 1. §. 1. D. de tutel. & ration. diſtrah. l. diſcretis. 10. C. qui teſt. facer. poſſ. Atque ita ratiocinatur Alex. ad d. l. penult. eod. quem refert ac ſequitur Didac. Couar. rubr. de teſt. part. 3. num. 8.* vbi addit argumentum *ex l. filiusfam. 7, §. vlt. D. de don.* quo loco ſcriptum eſt poſſe filiumfamilias donare cauſa mortis bona caſtrenſis peculij, cùm habeat, inquit Vlpianus, teſtamenti factionem. Conſequens enim eſſe putat vir doctiſſimus, vt ſi ergo teſtari non poſſit, nec mortis cauſa donare

6 nare posſit. Sed alij negant † consecutionem, & suæ negationis rationem illam in promptu afferunt, quod si bona esset argumentatio, fateri oporteret filiumfamil. numquam posse donare causa mortis, ne quidem consentiente patre, quandoquidem nec testari potest ullo casu, nisi de peculio castrensi, vel quasi castrensi: Et tamen posse illum donare causa mortis consentiente patre, quamuis testari non possit, apertè scriptum est in *d.l.eam is.* 25. §. 2. *D. de mort. caus. donat.* Itaque negant
7 esse generaliter vera illam propositionē † quæ habet, vt diximus, cum qui non potest testari, nec mortis causa donare posse, sed in eo casu tantùm, quo quis ideo testari non possit, quia sit pupillus vel mutus vel surdus: quod eadem ratio quæ huiusmodi personas prohibet à factione testamenti propter defectum personæ, easdem à donādi quoque facultate prohibere videatur. Et quamuis fateantur valere argumentum vt qui testari potest multo magis donare causa mortis possit, negant tamen è contrario valere si quis velit dicere, Non habet filiusfamilias factionem testamenti: Ergo nec potestatem donandi causa mortis, quia (inquiunt) à maiori ad minus argumentum non valet ad negandum, sed ad affir-
8 mandum duntaxat. Ita ex recentioribus † Andr. Fachineus vir sanè diligens & subtilis *lib. 5. Controuers. iur. c. 25.* Motus ex eo potissimùm quod idem putat contra Alexandrum, Iulium Clarum & cæteros, quod nos quoque in præcedentibus iam probauimus, consensum patris si quando exigatur in donatione causa mortis per filium facta, non ad integrandam filij personam exigi, vt idem malè existimant, sed ad hoc tantùm, ne patri per filium aliquod præiudicium damnúmque inferatur. Hoc enim admisso quid necesse est patrem consentire filiofamilias donanti causa mortis ea bona aduentitia in quibus nihil iuris habet pater, ne quidem quātum ad vsumfructum? Addit ex Vlp. in *d.l. filiusfam. 7. §. pari autem ratione. D. de donat.* pari ratione prohibitam esse filiofam. donationem causa mortis, sine consensu patris, atque donationem inter viuos. Ergo, inquit, cùm filiofamil. permissum sit, huiusmodi bona aduentitia, in quibus nihil omnino iuris pater habet, donare inter viuos sine consensu patris, vt omnes consentiunt, licebit ei vtique ea donare etiam causa mortis. Nam nec vno nec alio casu quicquam præiudicij patri generatur. Potuit etiam addere, quod ab eo prætermissum miror, multo minus præiudicij generari patri ex donatione quam filiusfamilias fecerit causa mortis, quàm ex ea quæ facta sit inter viuos, quoniam ex hac fit pauperior adhuc viuus. Interest autem patris non fieri eum pauperiorem, tum quoque cum in bonis filij vsumfructum nullum habet, propterea quod futurum erit vt & secundum naturam & secundum leges filium egestate laborantem alere compellatur, vt ait Iustinian. quem tamen de suo alere pater non teneretur, si filius haberet aliquid de suo *l. si quis à liberis. 5. §. sed filius possit. & §. alimenta. D. de agnosc. & alend. lib. l. Nesennius. 34. D. de negot. gest.* At ex ea donatione quam filius facit causa mortis non fit pauperior quandiu viuit, quia donationis reuocandæ liberum habet arbitrium, sed tantùm pauperiorem & minorem heredi suo hereditatem relinquere intelligitur: In quo nihil interest patris, qui vereri non potest, ne filium suum post ipsius filij mortem alere teneatur. Verùm quanquam hæc omnia pro hac posteriore sententia non insubtiliter disputantur, mihi tamen in tota quæstione ista videntur interpretes omnes errare etiam qui posteriorem sententiam sequuntur. Illi quidem, qui posteriorem, in eo, quod volunt filiumfamilias posse huiusmodi bona aduentitia donare causa mortis etiam ignorante patre. Qui verò priorem, in eo quod volunt valere huiusmodi donationem patre permittente. Puto enim nullo
9 † penitus casu fieri posse vt valeat causa mortis donatio bonorum aduentitiorum etiam in quibus pater nullum habeat vsumfructum, nec si millies pater consentiat. Mouet me certissima illa ratio iuris, ad quam responderi non potest, non magis quam ex testamento tot quia eius solius est cum vltima voluntate ab intestato decedere, qui testamentum facere posset, si vellet. Siquidem vltimas voluntates lex duodecim tabularum prima (vt diximus) confirmauit, nec alias tamen, quam quæ testamento factæ & declaratæ essent, eoque solenni ac iusto: Et quamuis post eam legem inductus sit vsus codicillorum, & fideicommissorum etiam ab intestato præstandorum, itemque donationum causa mortis, non alio tamen colore hoc factum est, quam quia potuerat paterfam. solenni voluntate ea ipsa bona dare, quæ alicui per fideicommissum aut per donationē causa mortis reliquerit, si testamentum facere aut voluisset aut habita testium copia potuisset. Indeque nimirum proficiscitur quod supra diximus? Neque † fideicommis- 10
sum relinqui, neque donationem causa mortis fieri ab alio posse, quàm ab eo qui testamenti quoque faciendi ius habuerit: Non quod exigamus vt potuerit eo tempore, quo vel codicillos vel donationem causa mortis fecit, etiam testamentum facere [quid enim si sufficientis testium numeri facultatem non habuit?] sed vt iure factionem testamenti habuerit *d.l. 1. §. 1. D. de tutel. & ration. distr. d. l. Diui. 6. §. penult. l. conficiuntur. 8. codic. D. de iur. codic. d. l. deferens. 10. C. qui test. facer. poss.* Ergo quemadmodum non est in potestate patris facere, vt filiusfamil. possit testari nec magis de iis aduentitiis in quibus nullum vsumfructum habet pater quàm de cæteris, ita neque in eius arbitrio esse potest, vt filiusfam. de iisdem bonis per donationem causa mortis disponat. Donatio † enim causa mortis species est 11
vltimæ voluntatis, cùm non priùs perfecta esse possit, quàm mors insecuta fuerit donatoris *l. non videtur. 32. D. de mort. caus. donat.* nec rursus aliter donatio perfici dicatur mortuo donatore, quàm quod donator qui voluntatem mutare in diem vsque mortis poterat, mutare amplius eam non possit post mortem suam atque ita defuncto eo ante donationem reuocatam facta sit voluntas vltima quæ quandiu ille vixerat vltima dici non potuisset. Neque video qua fronte possit quis dicere, Iuris illam propositionem quæ habet † Eum qui testari 12
non potest, neque mortis causa donare posse coangustādam ad pupillum, mutum, & surdum, de quibus agitur *d.l. 1. de tutel. & ration. distr. & d.l. discretis.* Nam si quis quærat, Cur pupillus mortis causa donare non possit, ne quidem consentiente tutore, quo tamen cōsentiente posset saltem ex iusta & honesta causa inter viuos donare, Non nisi malè possis respondere, quid sit hoc speciale in pupillo, sed respondendum est cum Iurisconsulto, quia nec posset tutor facere pupillo testandi potestatem. Alius autē donare mortis causa non potest quam qui & testari potest idémque tractandum est circa mutum & surdum, de quibus in *dict. l. discretis.* Causa † enim proxima & immediata propter quam nō 13
licet muto & surdo mortis causa donare, non illa est quia sit mutus & surdus, cùm posset olim manumittere *l. 1. D. qui & à quibus manum. & apud Paulum. li. 4. sentent. tit. 12. §. 2.* Sed quia neque testari potest. Ei autem soli permissum est vt donet causa mortis, cui testari permittitur. Et verò cum generaliter proditum sit donationes causa mortis adnumerandas esse vltimis voluntatibus neque vlla ex parte iis absimiles intelligendas, vt loquitur Iustinian. in *l. vltim. Codice de donat. caus. mort.* quis dicat donationem causa mortis, quæ à pupillo facta sit consentiente tutore, propiùs accedere ad vltimam voluntatem, quàm si à pubere facta esset? Aut cur non patimur pupillum saltem consentiente tutore vtiliter donare causa mortis, iis ipsis casibus quibus eidem permissum est donare inter viuos? Id est cum tam iusta & honesta donandi ratio subest, vt tutelæ iudicio debuerit tutor teneri,

si officium illud prætermisisset, quemadmodum tractat Vlp. *in d l.* 1. §. *sed & si non mortis. D. de tut. & ration. distr.* Cùm enim minus pauper fiat quid donat causa mortis, quàm qui inter viuos, vt iam diximus, quod reuocare donationem quandocúmque possit, quænam (obsecro) ratio esse posset, prohibendæ pupillo donationis causa mortis tutore autore iis etiam casibus quibus valeret donatio inter viuos tutore autore facta, nisi illa esset quod cum donatio causa mortis vltima sit voluntas, non ex alieno † arbitrio pendêre debet, neque à priuati hominis voluntate proficisci sicut nec testaméti factionem priuatus quisquam concedere potest, sed sola lex vnde & testamenta publici, non priuati iuris esse dicuntur, *l.* 3. *D. qui test. fac. poss. l. illa institut.* § 2. *D. de her. inst.* Nec sanè, vt arbitramur, quisquàm à nobis hac in re dissentiret, nisi omnes illud fefellisset, quod scriptum † vident *in d. l. tam is.* 25. §. 1. *D. de mort. caus. don.* filiumfam. quamuis testari non possit, ne quidem volente patre, possit tamen patre permittente donare causa mortis. Vnus enim ille locus est qui fecit vt nemo ex interpretibus hucusque dubitauerit, quin liceat filiofamil. cuiusque generis bona donare causa mortis, si modò pater consentiat, vtque non videatur ferenda ista consecutio, Filiusfamilias non potest facere testamentum, ne quidem volente patre: Ergo nec mortis causa donare. Qua tamen argumentatione nos vtimur, vt probemus filiumfam. non posse bona sua aduentitia donare causa mortis, ne quidem consentiente patre, nec magis & in quibus nihil omninò iuris pater habeat, quam ea in quibus habet vsumfructum. At debuerunt animaduertere, quod mihi videtur non ita fuisse in obscuro Marcian. *in d. l. tam is*, vt & Vlp. *in d. l. filiusfam.* 7. *D. de don.* tractare de donatione per filiumfam. facta earum rerum, quæ ad peculium profectitium pertinerent, cùm eo iure per filiumfam. patri aduentitia omnia acquirerentur, *l. placet.* 79. *D. de acq. hered. l.* 1. *D. si quis à parent. manum. sit.* In quo genere † peculij profectitij specialis ratio est, eáque pereuidens propter quam necessarius sit consensus patris cùm filiusfam. donat, siue inter viuos donet, siue causa mortis: quia scilicet eiusmodi donatione non tam filius ipse, quàm pater lædi ac pauperior fieri videretur, cuius nimirum est peculium magis quàm filij, *l.* 3. §. *sed vtrum. l. patri.* 27. *D. de minor.* Donari enim non dicitur, nisi quod fiat eius cui donatur, *l. in ædibus.* 6. §. *vlt. D. de don.* Proinde filiofam. donante rem peculij profectitij, sine consensu & voluntate patris, si donatio valeret, siue inter viuos, siue mortis causa facta esset, alterutrum euenire oporteret vt vel ignoranti, & fortassis etiam inuito patri dominium rei suæ auferretur, vel transferret in alium filius quod ipse non haberet, quorum vtrumque absurdum esset, & à ratione ipsa naturali alienum, *l. si filius tuus.* 14. *C. eod. l. id quod nostrum.* 10. *l. nemo plus iuris.* 54. *l. non debet alteri.* 74. *de reg. iur.* Oidque benè Vlp. *in d. l. filiusfam.* §. *pari autem.* scribit pari ratione prohibitam esse filiofam. donationem peculij profectitij, siue inter viuos, siue causa mortis, nisi accedente patris voluntate, ne scilicet dominium rei donatæ quod ad patrem re vera pertinet ab eo ignorante discedat, quod fieri nunquam potest, *l. si ego.* 9. §. *si res. D. de iur. dot.* An in peculio † aduentitio, cuius hodie filiusfam. capax est etiam inuito patre, nihil tale tractari potest: siue ponas ea esse bona aduentitia in quibus pater habeat vsumfructum, siue in quibus non habeat. Quænam enim fieret iniuria patri, etiam ita posito iure, vt huiusmodi bonorum donatio valeret citra consensum patris, siue inter viuos facta esset, siue causa mortis? Ac quidem cum nihil omninò iuris pater in iis bonis habet, res expedita est. Sed & cùm habet vsumfr. qui prohibet alienari à filio nudam proprietatem quam habet, saluo vsufructu paterno quem non habet? Aut quodnam in eo videri potest fieri præiudicium patri? Alioqui perinde dicendum esset in aliis personis permittendum non esse proprietario alienare proprietatem, cuius vsumfr. alius haberet, quod tamen falsum est. Permittitur enim proprietario nudam illam proprietatem, quam habet, alienare, & obligare sine consensu fructuarij, saluo nihilominùs vsufructu, *l.* 2. *C. de vsufr. & habit.* Cùm ergo consensus patris in donatione per filiumfamilias facta non requiratur nisi ad hoc ne præiudicium vllum patri fiat, quod & Fachineus nobiscum sentit, planè consequens est, vt cùm de bonis aduentitiis agitur, nullo modo necessarius sit ex iuris ratione consensus patris, siue filiusfamilias donet plenam proprietatem, eo casu quo pater nullum habet vsumfr. siue nudam eo casu quo pater fructuarius est. Quid enim potest operari consensus patris ad validandam donationem eius rei, in qua nihil omninò iuris pater habeat? Atqui certum est, inquies, non valere donationem etiam inter viuos, quam sine consensu patris filiusfam. fecerit eorum bonorum in quibus pater habeat vsumfr. quæ tamen valeret accedente patris voluntate. Fateor, sic enim Iustin. *in d. l. vlt.* §. *filius autem familias. C. de bon. quæ liber.* Sed dico prohibitam † filiofamilias hoc casu bonorum aduentitiorum donationem inter viuos, non ex ratione iuris, sed ex sola illa Iustiniani constitutione, quæ idcò fuit necessaria, ne alioqui valeret donatio si non expressim à lege prohiberetur. Quare nec eiusmodi prohibitionis rationem sumit Iustinianus ex iure, sed ex æquitate, cùm ait melius esse coarctare iuueniles calores, ne cupidini dediti tristem sentiant exitum qui eos post dispersum expectat patrimonium. Ideóque non tantùm donationem filiusfamilias Iustinianus prohibet, sed & aliam quamlibet speciem alienationis, adeóque oppignorationem, quippè per quam ad alienationem perueniatur, fauore, vt apparet, solius filiifam. quem nulla necessitas potest adigere ad alienandum, ne dum ad donandum, non etiam fauore patris, cuius certe nihil interest prorsus, cùm & secundum naturam & secundum leges perinde cogatur pater alere filiumfam. habentem bona aduentitia quorum vsufruct. sit ipsius patris, atque si bona nulla filius haberet, quia rei cuiuslibet emolumentum totum constitit in fructibus, *l. cùm filius.* 76. §. *dominus, de legat.* 2. Alia ratio † est donationis causa mortis. Nec enim fuit prohibenda filiofam. ea ratione quod coarctandi sint iuueniles calores, ne filiusfam. tristem sentiat exitum, qui eum post dispersum expectat patrimonium, cùm tristis ille exitus nullus timeri possit ex donatione causa mortis, quæ scilicet pro donatoris arbitrio reuocari quandocumque potest. An ergo volumus posse filiumfam. mortis causa donare bona aduentitia in quibus pater habet vsumfructum? Id sanè consequens esset constitutioni Iustiniani illo etiam casu quo patris consensus nullus interueniisset, si quemadmodum donationem inter viuos, ita & donationem causa mortis non alia ratio quàm Iustinianeæ legis autoritas impediret. At iam diximus filiumfam. ne mortis causa donare aduentitia sua possit, prohiberi ex ipsa iuris ratione, quia non potest decedere cum vltima voluntate. Non erit igitur bona consecutio, si quis dicat rationem legis Iustin. prohibentis filiofam. quancumque alienationem aduentitiorum, in quibus pater habeat vsumfructum cessare in donatione causa mortis: Ergo esse illam permittendam. Quia nimirum cessante potestate constitutionis supersit ratio iuris communis, quæ non patitur donationem hanc valere, vt quæ facit vt non sit in hanc rem necessaria constitutio Iustinian. Frustra siquidem est ab Imperatore id decerni quod iam cautum sit iure communi, *l. Imp.* 50. *D. de rebus auctor. iudic. possid.* Potrò eadem ratio iuris quæ non patitur valere donationem causa mortis à filiofamilias factam de iis bonis aduentitiis quorum pater vsumfru

vſumfructum habet, in iis etiam locum obtinet quæ ad filiumfamilias pleno iure pertinent, quia non eo minus filiusfamilias manet, quod ea bona ſibi habeat in quibus nullum ſit ius patris, & conſequenter non eo magis cum aliqua vltima voluntate decedere poteſt. Genetaliter igitur verum eſt donationem cauſa mortis à filiofamilias factam non valere adhibita illa diſtinctione, An bonorum aduentitiorum quæ filiusfa. donauit vſumfructum habuerit pater, necne. Quæ tamen diſtinctio † adhibenda eſt cùm agitur de donatione inter viuos. Eorum namque aduentitiorum, quorum vſus fructus ad patrem pertinet, donatio inter viuos filio prohibita ſine conſenſu patris eſt *d. §. filiis autem*, permiſſa verò eorum, quæ ſunt filij pleno iure *d. Nouell.* 117. *vt lic. matri & auiæ. in princ.* An quia maior ſit ratio, vt poſſit filiusfamilias ſine conſenſu patris donare inter viuos ea bona quorum pater vſumfructum non habet, quàm ea quorum vſusfructus eſt patris? Immo longè minor eſt ſi bene intueare: quia cùm filiusfamilias plenam habet aduentitiorum proprietatem, longè periculoſius & damnoſius futurum eſt patri ſi filius ea bona donando alitérve malè diſſipando in egeſtatem dilabatur, quàm ſi pater vſumfructum haberet, quia egenum filium patet de propriis ſuis bonis alere cogetur, quem aleret ex fructibus bonorum ipſius filij quantumlibet alienatorum, ſi eorum haberet vſumfructum. Nec enim alienatio per filium quocunque titulo facta, vt iam diximus, adimeret patri vſumfructum ſemel quæſitum. Itaque ratio præiudicij paterni ſuadebat potius vt filiusfamilias prohibendus eſſet bona illa donare, aut alio quouis modo alienare quorũ plenam proprietatem haberet quàm vt eo quorum vſusfructus ad patrem pertineret, ſi non ipſius patris voluntas interueniret. Sed iam monuimus ſæpius non eſſe valde laborandum in ratione quærenda conſtitutionum Iuſtinian. † quas certum eſt ſempér à iuris ratione abhorrere quoties abhorrent à iure Pandectarum. Idque in propoſita quęſtione ideo minus mirum videri debet, quod conſtitutio Codicis minùs plena fuit, in eo quod noluit Iuſtinianus rationem iuris veteris, ipsúmque ius patriæ poteſtatis adeo violare, vt filiumfamilias faceret capacem aduentitiorum inuito patre, etiam quod ad plenam proprietatem, ſed cum hoc temperamento vt vſusfructus patri, acquireretur, nuda verò proprietas ad filium pertineret. Exemplo eius quod iam antea Conſtantinus ſanxerat de bonis maternis in *l. 1. Cod. de donat. mat.* Quòd ſi ea conſtitutione Iuſtinian. permiſit *Nouell.* 117. Vt filiusfamilias capax eſſet plenæ proprietatis, non dubito quin ſimiliter idem ius in aduentitiis omnibus fuiſſet ille conſtituturus & omni caſu alienationem eorum inter viuos quoque filiofamilias prohibiturus, Non ſolùm ob rationem illã præiudicij paterni quam proximè attulimus, ſed etiã ea ipſa ratione, qua motum ſe aperit, quod melius ſit iuueniles filiorum calores coarctare, ne cupidini dediti triſtem ſentiant exitum, qui eos poſt diſperſum expectat patrimonium. Maius enim periculum triſtis & miſerabilis exitus immineat filio, qui alienat bona ſua aduentitia, in quibus pater nullum vſumfructum haber, quàm ei qui alienat aduentitia, quorum vſusfructus eſt patris. Hoc enim poſteriore caſu filius quantumuis ex huiuſmodi alienationibus inops factus ſperare poteſt alimenta à patre ex fructibus qui patri ſalui ſunt bonorum alienatorum: qui ſi ſalui non eſſent patri, fortaſſis aliunde non habenti vnde ſeipſum aleret, filio miſero moriendum eſſet fame. Et idcirco ſi Iuſtinian. dicta *Nouell.* 117. nihil aliud conſtituiſſet, niſi vt filiisfamilias adquiri poſſent aduentitia pleno iure, nec præterea liberam facultatem de iis bonis quo vellent modo diſponendi dediſſet, non putarem dubitandum quin ex rationis vt loquuntur identitate videretur horum quoque bonorum alienationem circa patris conſenſum filiisfamilias prohibuiſſe. At cùm è contrario expreſſim Iuſtinian. conſtituerit vt filiisfamilias liceat de his bonis quorum pleno iure domini ſunt, pro arbitrio diſponere, non ſolùm dubitandi ratio nulla relinquitur, quominùs liceat iis debeat quod Iuſtinianus licere voluit, ſed & multo probabilius poſſet defendi ſi rationibus agendum eſſet, permittendum hodie filiofamilias inter viuos alienare ſine conſenſu patris ea quoque bona aduentitia quorum vſusfructus eſt patris, ſcilicet ſaluo ſemper patris vſufructu, in eóque abrogatam legem Codicis ex maiorirate rationis, cùm ſiue patris ſiue filij præiudicium intueamur, maior prohibitionis ratio locum habeat in bonis quæ ſunt pleno iure filij, quàm in iis quorum non habet ille niſi nudam proprietatem, Nolim tamen facilè hanc opinionem inuehere vt filiusfamilias poſſit hodie ſine conſenſu patris donare inter viuos, alitérve aliena bona aduentitia, quorum pater non habet vſumfructum, quamuis pro hac ſententia faciat etiam ratio iuris quæ domino cuilibet poteſtatem facit de rebus ſuis pro arbitrio diſponendi *vulg. l. in re mandata.* 21. *C. mandat.* Cùm enim hæc res pendeat ex Iuſtiniani conſtitutionibus, quarum vna, quæ prior, vult non poſſe filiumfamilias alienare ſine patris conſenſu bona, quorum vſusfructus ad patrem pertinet: altera verò, quæ poſterior, hanc ei dat facultatem pro arbitrio diſponendi de iis bonis, quorum plenam habeat proprietatem, nihil aliud inueſtigandum arbitror, niſi quid Iuſtinianus conſtituerit, non etiam quid conſtituere debuerit: & longè tutius hoc eſſe arbitror, quàm ſi prior lex per interpretationem trahatur ad poſteriorem, aut quod eſſet difficilius poſterior ad priorem.

ERROR VII.

De ſententia & ratione l. tam is. 25. §. 1. D. de mort. cauſ. don. & l. filiusfamilias 7. §. pari autem ratione. D. de donat.

SVMMARIA.

1 *Proponitur quærendum cur in l. tam is. 25. §. 1 D. de mort. cauſ. donat. & alibi; ſcriptum ſit donationem à filiofam. ex patris conſenſu factam valere.*
2 *Vera propoſitæ deciſionis ratio.*
3 *Baldi ſententia falſa de donatione peculij profectitij.*
4 *Quanam donatio cauſa mortis viuo donatore fiat irreuocabilis.*
5 *Filius qui patre conſentiente mortis cauſa donauit, non poteſt donationem ſine patre reuocare.*
6 *In qualibet mortis cauſa donatione duo ſunt, donatio & cauſa donationis id eſt mors.*
7 *Cur non liceat filiofa. de peculio profectitio teſtari ſi pater conſentiat.*
8 *An ex, quod donatio mortis cauſa ſpecies ſit vltimæ voluntatis, ſequatur quòd à patre per filium fieri non poſſit.*
9 *Cur quæ de donatione peculij profectitij dicta ſunt ad donationem bonorum aduentitiorum accommodari non poſſint.*
10 *Olim vera erat propoſitio illa affirmatiua, filiusfa. donare poteſt cauſa mortis patre conſentiente.*
11 *Hodie vera eſt contraria propoſitio negatiua, filiusfamilias mortis cauſa donare non poteſt, nec ſi pater conſentiat.*
12 *Exceptio, & ratio propoſitionis negatiuæ.*
13 *Propoſitio ex regula iuris ex iis caſibus conſtitui debet qui frequentiores & plures ſunt.*

14 *Ex eo quod filiusf. castrensia mortis causa donare potest, non sequi plures esse casus quibus valeat donatio mortis causa à filiofa. facta consentiente patre.*

15 *Quomodo intelligendum illud Vlpiniani in l. filiusfam. 7. §. pari autem. D. de donat. pari ratione prohibitam esse filiofam. donationem inter vivos & mortis causa, non interueniente patris cõsensu.*

VNvs ergo tantùm scrupulus diluendus 1
supereſt, Cur † scriptum sit in *dict. leg. tamen.* 25. §. 1. *de mort. caus. donat. & in d. l. filiusfamilias* 7. §. *pari autem ratione. D. de donat. mortis causa.* donationem à filiofam. ex patris consensu factam valere. Hoc enim est de quo quærere nostri debuerant, non autem id de quo quærunt: Cur in huiusmodi donatione sit necessarius consensus patris. Illud siquidem facilè est dicere. Necessarium esse consensum patris, cùm filiusfam. donat aliquid, quod sit peculij profectitij, siue donet viuus, siue mortis causa, ne alioqui damnum inferat patri cuius rem donat, vt iam docuimus. Sed non æquè facilè est dicere. Cur permittente patre valeat mortis causa donatio, quæ species est vltimæ voluntatis, cùm in patris potestate non sit facere vt filiusfa. decedat cum vltima voluntate, non magis quam cum testamento. Verum tamen pendet hæc quæstio ex eo ipso ex quo & prior. 2
Nempe ex eo, † quod cùm supradictis locis scripserunt Iureconsulti filiumfamilias posse mortis causa donare consensu patris accedente, non nisi de profectitij peculij donatione senserunt, quod ipsum non tam filij est quam patris. Inde namque fit vt quod filiusfa. siue iussu, siue simplici voluntate patris donauit, perinde sit acsi pater ipse donasset: quemadmodum si mea voluntate rem meam tu nomine tuo Titio donares, vt scribit Pomponius in *d. l. adibus.* 9. §. *quod filiusfa. eod. tit. de donat.* quæ etiam sententia & ratio est *l. si consentiente.* 6. *D. de manumiss.* Consequenter fatendum est cùm filiusf. mortis causa donat volente patre, non tam filium ipsum donare videri, vt dici possit decedere cum vltima voluntate, contra regulam iuris, quàm patrem mortis causa filij, quomodo patrem rectè donare posse etiam constante matrimonio filij certum est *l. mortis causa filij.* 12. *l. mortis causa capimus.* 18. *D. de donat. caus. mort.* Itaque hoc casu valet donatio causa mortis facta per filiumfamilias quia neque patri iniurioſa est qui consentit, neque repugnans legibus per quam sc. non sit vt filiusfam. decedat cum vltima voluntate, sed pater ipse in casum mortis filij, quasi sub alia qualibet cõditione donasse intelligatur: Nisi quod reuocabilis donatio est, non tantùm si donatarius ante filium moriatur, perinde ac si filius donator esset: sed etiam si patrem pœnitrat donationis ante mortem filij. 3
Cum enim pater ipse sit, qui donasse intelligitur, eius est pœnitere, non filij. *l. 4. D. de man. vindict.* quamuis non patris, sed solius filij morte donatio hæc perficiatur: quia non suæ sed filij mortis causa pater donauit, quæ ratio & sententia est *l. mortis.* 53. *D. de donat. inter vir. & vxor. l. nec fratris.* 3. *vbi Accurs. C. de donat. caus. mort. Bart. ad l. qui precio. D. eod.* licet Baldus contrà sentire videatur in *d. l. nec fratris.* vbi † malè distinguit hac in re peculium aduenticium à profectitio, supponens cùm filiusfam. donat rem peculij profectitij causa mortis consentiente patre, duplicè esse donationem, veramque inualidam: vnam quæ à patre conferatur in filium, aliam quæ à filio in donatarium: Quod falsum est. Nam imò verò vna tantùm donatio est, ea verò neutra ex iis, quas somniat Baldus: quæ rectè & immediatè confertur à patre in donatarium filio solum ministerium præstante, quantum ad traditionem nudam, facti est, non quantum ad dominij translationem, quæ est iuris. Alioquin sequeretur numquam valituram donationem inter viuos factam à filiofamilias de peculio profectitio ex consensu patris, quam tamen valere constat *l. filiusfa. 7. per tot. D. de donat.* In quo singulare ius est huiusmodi † donationis causa mortis, vt viuo donatore, id est patre fiat irreuocabilis, si modò ante illam reuocatam filius decesserit, cùm tamen cæteræ mortis causa donationes non nisi donatoris morte insecuta perfectæ dicantur *l. non videtur.* 32. *D. eod.* ideóque interim à donato reuocari ex pœnitentia quandocunque possint. *l. qui mortis.* 30. *D. eod.* quippe quæ tunc fieri dicuntur cùm quis mauult se habere, quàm eum cui donat: magisque eum cui donat, quàm heredem suum *l. 1. l. senatus.* 35. §. *sed mortis causa. D. eod.* Rursus, vt quamvis filius ipse sit qui patre † consentiente mortis suæ 5
causa donauit, non possit tamen eam donationem filius reuocare sine patre. Non ob id solùm, quia naturale sit vnumquodque dissolui eo modo quo colligatum est *l. nihil tam naturale.* 35. *D. reg. iur.* Verum etiam quia esset absurdum liberalitatem, quæ patris esset non filij voluntate reuocari patre inuito vel ignorante. Fiunt verò hæc omnia quæ alioquin absurda & inconuenientia videntur, ex eo quod cùm in qualibet mortis † causa donatione duo sint, donatio & causa 6
donationis, i. mors, in hac de qua agimus, donatio est patris, mors filij & ita ex vtroque donationem æstimari necesse est, & partem iuris sui accipere à patre, partem à filio. Ex quo iam promptum est intelligere quid respondendum sit quærenti, cur non similiter liceat † filiofam. testari de peculio profectitio, si pater 7
consentiat. Nempe quia non quemadmodũ pater donationem per interpositam filij personam & facere & accipere potest, vt & alium quemlibet actum inter viuos *l. 4. l. absenti.* 10. *D. de donat. l. si filiofa.* 23. *D. de mort. caus. donat.* ita & testari per filium ei licet, cùm lex XII. tabu. ipsius patris f. dumtaxat personam demõstrauerit, vt & lex Cornelia de captiuis, quæ legem XII. tabularum in hoc secuta est, quod noluent vltimam hominis voluntatem ex alieno arbitrio pendere *l. pater* 10. §. 1. *D. de capt. & postli. l. lex Cornelia* 28. *D. de vulg. & pupill. substit. iunct. l. si illa instit.* 32. *D. de her. instit.* Replicabis donationem † causa mortis esse spe- 8
ciem vltimæ voluntatis, ergo neque à patre per filium fieri posse. Sic enim Iaſ. ad *l. fenium. nu.* 8. *C. qui test. fac. poss.* impugnat Raphaelem Cumanum, quem primum iam ante nos hanc sententiam attigisse comperi, post hæc scripta. Verùm huic obiectioni iam satisfeci, cùm dixi hanc mortis causa donationem, quam vel filius fecerit de re patris consentiente patre, vel pater de re sua in casum mortis filij, non esse vltimam voluntatem neque filij quod nescio an Raphael ipse perceperit, Iaſon certè non percepit qui in hoc vt & in aliis pleriſq. veram iuris rationem sumpsit pro inani subtilitate quæ debeat tantum prodesse ad acuenda scholarium ingenia, quomodo ille loquitur suprad. loco, & loqui solent non tantũ Pragmatici sed etiam vulgares nostri Doctores, qui vt plurimum ea ignorant, quæ nec rudiorib. scholaribus licere deberet impunè ignorare. Magis autem mirot Didacum Couarruuiam in eodem errore sibi placuisse in 3. *part. rub. de testam. nu.* 7. nec indicatam sibi tam apertam veritatem videri voluisse. Hæc cùm in peculij profectitij † donatione à filiofa. fa- 9
cta bene dicantur, apparet in bonis aduenticiis filij siue sint filij pleno iure, siue quod ad nudam proprietatem, non idem dici posse. Quantumuis enim pater filio suo ea bona mortis causa donanti consensum præbeat, non eo magis tamen fieri potest vt pater donasse videatur, qui nihil penitus iuris habuerit in proprietate quam ponimus fuisse donatam. Quod si aliqua arte posses assequi vt non tam filius qui donasset patre consentiente, quàm pater ipse donasse crederetur, nihil tamen aliud efficeres nisi vt tanto minus deberet valere donatio, quippe quæ à non domino facta esset *dict. l. in adibus.*

adibus. 9.§.vltim. & d.l. si filius. 14. Cod.de donat. Ita fit
10 vt cum olim vera † esset propositio affirmatiua, Filiumfamil. donare posse causa mortis parte consentiente, quia non poterat habere locum nisi in profectitio peculio, cuius donatio etiam quæ per filium ipsum patre consentiente facta esset à patre ipso facta videbatur.
11 Hodie è contrario † postquam filiusfam. factus est inuito etiam patre capax aduentitiorum cuiuscunque generis, vera sit contraria propositio negatiua, filiumfam. mortis causa donare non posse nec si pater consentiat. Vno tamen illo casu excepto, retentóque ex iure vetere:
12 Nisi de re aliqua peculij profectitij donatio facta proponatur, quoniã in peculio profectitio nihil prorsus à Iustin. innouatũ est. Ideo autem propositionẽ illam iuris veteris immutamus, quia plures hodie casus sunt in quibus non valet donatio mortis causa per filiumfa. facta consentiente patre, quam quibus valeat. Valet in profectitiis tantũ in quibus vnus tantũ casus est. Siquidem profectitia omnia sunt eiusdem generis, & æquo iure patris non filij: Non valet verò in aduentitiis, quæ diuersæ speciei sunt, alia materna, alia propriis filij laboribus quæsita, alia denique ab aliis personis filiofam. relicta. Et ex his omnibus rursum alia quæ acquiruntur filio pleno iure, alia quæ non nisi quantum ad nudam proprietatem. In quibus verum est non valere donationem causa mortis siue patris voluntas accedat siue non, quoniam alioqui fieret vt filiusfa. decederet cum vltima voluntate, quod fieri non potest quin tota iuris ciuilis ratio peruertatur. Nemo autem negauerit
13 propositionem † & regulam iuris ex iis casibus constitui debere qui frequentiores & plures sint, non ex iis qui rariores *l. 3. & seqq. D. de legib.* Tanto magis autem in proposito, quod nos de donatione per filiumfa. facta disputamus, quæ autem ab eo fit de peculio profectitio, non nisi æquiuocè dici potest donatio à filiofam. facta, cùm à patre potiùs facta intelligitur. At quæ fit de peculio aduentitio, verè, proprie & vniuocè donatio est per filium, non per patrem facta, tum quoque cùm patris consensus interueniisset. Ad hanc igitur non ad illam accommodari debet propositio de donatione causa mortis à filio facta, cum tractatur, an va-
14 leat necne. Dices, imo alium etiam casum esse † in quo possit valere mortis causa donatio per filiumfam. facta. Nempe si donauerit mortis causa tem castrensis peculij ex *d. l. filiusfa. §. vlt. D. de donat.* Sed præter id quod neque castrensia indistinctè à filiofam. mortis causa donari posse arbitramur, vt sequenti capite differemus, est etiam is casus alienus à nostra disputatione. Tractamus enim de donatione causa mortis per filium facta, quæ non valeat, nisi propter accedentem consensum patris. Atqui bonorum castrensium donatio quibus casibus valet mortis causa, vtique valet etiam non accedente patris voluntate. Non igitur exemplum bonorum castrensium facere potest, vt eo magis admittenda hodie sit propositio illa affirmatiua. donationem causa mortis à filiofam. factam valere, si pater consentiat. Superioribus autem non aduersabitur si quis ob-
15 jiciat † ex Vlp. in *d. l. filiusfa. 7. §. pari autem. de donat.* pari ratione prohibitã esse filiofam. donationem inter viuos & mortis causa, non interueniẽte patris consensu. Fateor enim parem esse vtriusque rationem in bonis profectitij peculij de quibus tantum eo loco Vlpian. loquitur vt sæpius monuimus, quæ cum sint patris, non magis inter viuos, quàm mortis causa donari possunt à filio, sine patris volũtate, quin patri siue ignoranti, siue inuito res sua auferatur, quod alienum est non modò à ratione iuris, sed etiam à conditione liberalitatis quæ per donationem exercetur. Sed nego æquiparandam esse donationem causa mortis donationi inter viuos in persona filijfamilias bona aduentitia donantis, quia donationem inter viuos nulla iuris ratio impedit, sed constitutio sola Iustin. & quidem eo tantùm casu quo aduentitiorum vsusfructus ad patrem pertineat. Donationem verò causa mortis à filiofamilias de bonis aduentitiis factam licèt neque verba impediant, neque sententia vel ratio constitutionum Iustin. impedit tamen ratio communis, quæ non patitur filiumfamilias decedere cùm vltima voluntate. Porro non quælibet donatio vltimæ voluntatis iure censetur, sed ea tantùm quæ mortis causa fiat. Nam quæ fit inter viuos, tùm quoque cùm fit à moriente, nihil simile habet cum donatione causa mortis, nedum cum alia qualibet vltima voluntate *d. l. Senatus. 35. §. sed mortis causa l. Seia. 42. §. vlt. D. de mort. caus. donat.* Non igitur par vtriusque donationis ratio constitui potest in bonis aduentitiis à filiofamilias donatis. Videamus quid in castrensibus.

ERROR VIII.

De castrensium bonorum donatione causa mortis per filiumfamilias facta sine consensu patris.

SVMMARIA.

1 *Filiusfam. habens bona castrensis peculij potest illa, cui velit donare siue inter viuos siue mortis causa etiamsi patris consensus non accedat, ex perualgata omnium interpretum sententia.*
2 *Vnde colligant interpretes propositionẽ supr. relatam.*
3 *Disputatio auteris aduersus prolatam enuntiationem.*
4 *Ex constitutionibus potest filiusfa. de peculio castrensi testari.*
5 *Miles intestato decedente patri bona castrensia deferuntur, non vt heredi, sed tanquam patri, & quidem vt peculium.*
6 *Ex iuris veteris ratione si filiusfam. donasset mortis causa peculium castrense ignorante patre, & deinde intestatus decessisset, donationem valere non potuisset.*
7 *An ex eo quod ab intestato potest filiusfam. bona habens castrensia fideicommissum à patre relinquere sequitur eum donare mortis causa posse.*
8 *Explicatur §. donationis. l. cùm pater. 77. D. de legat. 2. allata non tantùm ratione dubitandi, sed etiam decidendi, cum specie d. §. statuerit Papinianus fideicommissum valere.*
9 *Differentia inter fideicommissum & donationem.*
10 *Donatio causa mortis quasi ex fideicommisso defendi nequit, si nulla adsint verba fideicommissi.*
11 *Licet filiusfam. possit decedere cum ea vltima voluntate quæ est fideicommissum, non potest tamen decedere cum ea vltima voluntate quæ sit donatio causa mortis, si viuo patre decesserit & intestatus.*
12 *Donatio causa mortis de peculio castrensi à filiofam. facta quando valeat.*
13 *Consentiente patre potest filiusfam. mortis causa peculij castrensis bona donare.*

INDEMNITATI iuris esse creditur † filiumfam. habentem bona castrensis peculij posse illa donare siue inter viuos siue mortis causa cui velit, etiamsi patris consensus non accedat. In eámque sententiam præter manifestam iuris rationem, † quæ facit vt filiusfa. in peculio castrensi possit ea omnia facere, quæ paterfamil. in re sua potest, cùm ex constitutionibus in eo peculij genere pro patrefam. habeatur, *l. 1. D. de SC. Macedon.* mouentur etiam interpretes nostri ex apertissimis Vlpian. verbis in *l. filiusfam. 7. §. vlt. D. de donat.* vbi post tractatam tota

ex lege quæſtionem illam: Verum filiofamilias permittendum ſit vt donet ſiue inter viuos ſiue cauſa mortis ſine conſenſu patris, poſtque adhibitas multas diſtinctiones quas in præcedentibus nos & retulimus & explicauimus, ſubiicitur ex Vlp. in hunc modum. *Hæc omnia locum habebunt in paganis. Cæterùm qui habent caſtrenſe peculium vel quaſi caſtrenſe ea conditione ſunt, vt donare & mortis cauſa & non mortis cauſa poſſint, cùm teſtamenti factionem habeant.* Quæ poſtrema verba continent argumentum à maiori ad minus, quod valere ſolet ad affirmandum, vt ſi filiofamilias caſtrenſe peculium habenti permittatur de illo teſtari, multo magis permittendum ſit, quod minus eſt, vt mortis cauſa donet. Longè ſiquidem plus eſt & difficilius teſtari, quàm donare cauſa mortis, vt ex eo apparet, inquiunt interpretes, quod filiusfamilias patre conſentiente donare mortis cauſa poteſt, teſtari tamen non poteſt *l. tam is. 25. §. filiusfam. D. de mort. cauſ.* Regula autem iuris eſt. Cui licet quod plus eſt, vtique licere etiam quod eſt minus *l. non debet cui. 21. de regul. iur.* Me verò † ratio 3
certa iuris, quã vnã ſemper inueſtigare ſolco, ſicubi repetire poſſim, repertãque tenaciter tueri, coegit primùm de propoſitionis huius veritate dubitare, poſtea tandem concludere, non ſemper & indiſtinctè, ne adhuc dicam numquam veram eam eſſe. Etſi enim non ignoro filiumfamilias tam olim de peculio † caſtrenſi teſtari 4
ex conſtitutionibus tanquam patremfamilias potuiſſe, neque eo caſu quo teſtatus eſſet vllum ius patris in eo peculio fuiſſe. Attamen illud quoque ſcio moriente † filiofamilias etiam milite inteſtato patri bona omnia 5
caſtrenſia deferri, non tanquam legitimo heredi, ſed tanquam patri, nec tanquam hereditatem, ſed tanquam peculium *l. 2. l. proponebatur. 9. l. pater qui caſtrenſe. 17. in prin. & §. 1 ff. de hereditate. 19. §. pater & pa[illegible]D. de caſtrenſ. pecul.* Magis enim iudicio militum & eorum qui caſtrenſe peculium habent hoc conceſſum eſt, vt & hereditatem & heredem habere poſſint, quàm vt omnimodo quaſi patresfamilias in ea re ſint, vt ſcribit Pomp. in *l. vlt. in princ. D. ad SC. Tertyll.* Itaque ſi ponas filiumfamilias qui caſtrenſe † peculium habuit, donaſſe cauſa mortis ignorante patre, poſteaque inteſtatum deceſſiſſe, dico fieri olim non potuiſſe vt valeret mortis cauſa donatio, [primùm enim ex ratione iuris veteris quæſtionem hanc tractare lubet, deinde ad Iuſtin. conſtitutionem deſcendemus] quia licèt potuerit filiusfamilias in iis bonis decedere cum vltima voluntate, nec tantùm facto teſtamento, ſed etiam, quod magis eſt, ab inteſtato, putà ſi fideicommiſſum à patre ſuo reliquiſſet *l. filiusfam. 18. D. ad leg. falcid.* Ne tamen mortis cauſa ignorante patre donare potuerit, illud in cauſa eſt, quòd donatio cauſa mortis, ſiue ita fiat vt dominium ſtatim transferatur in donatarium, ſiue ita vt non niſi mortuo iam donatore *l. 2. D. de mort. cauſ. donat.* nunquam dicitur perfecta priùs quàm mors ſit inſecuta donatoris *l. non videtur. 32. l. mortis cauſa. 34. & ſeqq. eod. l. 4. §. 1. D. de doli mal. except.* Nam cùm mors ſit cauſa donationis, neceſſe eſt vt ordine naturæ ac tẽporis præcedat effectum ſuum, nec ſufficiat mori donatorem, ſed mortuum eſſe oporteat, priuſquàm donatio perfecta dici poſſit. Atqui eo ipſo inſtanti quo moritur filius ac priuſquàm ut iam mortuus, certum eſſe incipit mori eum inteſtatum, quandoquidem non poteſt fieri teſtamentum in inſtanti, vt nec aliud quicquam quod hominis vel naturæ factum requirat, quia neque homo neque natura ipſa quicquam facere in inſtanti poteſt, ſed omnia in tempore operatur. Cùm ergo ius donatarij quod nullum eſt ante perfectam donationem non poſſit incipere niſi ex eo inſtanti quo filius moritur ex quo ſcilicet certum eſſe incipit non poſſe amplius eum facere teſtamentum moriqué illum inteſtatum. Sequitur vt ius patris ſit in re ipſa donata antiquius iure donatarij, ac proinde vt nõ poſſit valere donatio in præiudiciũ patris, quippe qui defuncto quandocumque filiofam. inteſtato bonorum omnium caſtrenſium ſemper dominus retrofuiſſe intelligitur, *d. l. proponebatur. 9 d. l. de hereditate. 19. §. pater. D. de caſtrenſ. pecul. d. l. qui res. 96. §. item autem. D. de ſolut.* Dominium enim quod ſemper patris, nũquam filij fuiſſe retrofingitur: [nam quod veritas abhorret, fictio facere non poſſet, vt duo inſolidum eodem tempore eiuſdem rei domini fuiſſe fingerentur, *l. ſi vt certo. §. ſi duob. vehiculum. D. commod.*] non potuit filij magis quàm alterius vllius facto diſcedere à patre ignorante, nedum inuito, *l. ſi ego. 9. §. ſi res. D. de iur. dot.* Idque ipſum etiam peculij nomen demonſtrat. Nam cum defuncto filio inteſtato, pater non alio iure occuperet bona caſtrenſia filij, quàm quòd poſtliminij cuiuſdam ſimilitudine quaſi pater antiquo iure habeat peculium, vt eleganter loquitur Typhon. *in d. l. de hereditate. 19. §. pater*, peculium autem non ſit poſt mortem filijfam. quia moriente homine, qui peculium habuit, moritur peculium, quod idcirco ſimile homini eſſe dicitur, *in l. peculium. 40. D. de pecul. l. 1. §. merito. D. quand. de pecul. act. eſt annal.* fatendum eſt ius patris quod habet in hoc peculio filij priùs incipere quàm verum ſit filium deceſſiſſe, quia poſt filij mortem incipere non poſſet, quo tempore peculium amplius nullum eſſet, ac ne quidem pater. Dicat † aliquis mortuo inteſtato filiofam. qui caſtrenſe pe- 7
culium habuit, hereditatem quidem nullam eſſe, ſed tamen eo minùs verùm eſſe, filium potuiſſe decedere cum vltima voluntate. Vt ex eo apparet, quod patrem quoque ipſum rogare poteſt de vniuerſo peculio caſtrenſi reſtituendo, *d. l. filiusfam. 18. D. ad leg. falc.* vbi dicitur non ſolùm valere hoc fideicom. ſed etiam ex eo & falcidiam deduci, & poſſe tranſire actiones ex Trebelliano, perinde ac alia qualibet hereditate reſtituta. Quidni ergo poterit donare cauſa mortis? cùm in ſuperioribus dixerimus non ob aliam rationem interdictas filiofam. eſſe donationes mortis cauſa, quàm quia non poſſit decedere cum vltima voluntate. Accedit quod videtur donatio cauſa mortis non ſolùm eo iure cenſenda, quo fideicom. ſaltem ab inteſtato relictum, ſed etiam melioris eſſe debere conditionis, in eo quod non exigit aditionem hereditatis donatoris, quam exigit fideicom. vt deberi poſſit. Inde namque fieri videtur vt facilius ſit valere donationem quam mortis cauſa fecerit filiusfam. inteſtatus de caſtrenſi peculio, licet nulla ſit hoc caſu ipſius hereditas, cum & fide.com. quoque valeret. Verum reſpondeo non eſſe bonam hac parte donationis cauſa mortis, & fideicom. comparationem. Nam vt valeat fideicomm. quod de re caſtrenſis peculij filiusfam. inteſtatus à patre reliquerit, facit voluntas filij qui patrem rogauit vt fideicom. præſtaret. Potuit enim patrem onerare tanquam tacitè inſtitutum, ob hoc ipſum quod expreſſim eum inſtituere poterat ſi voluiſſet. Exemplo eius, quod dici ſolet, valere fideicomm. quod paterfam. quilibet à legitimis ſuis heredibus reliquerit, quaſi qui pro ſcriptis habeantur, hoc ſolo quod ſcribi potuerunt, *l. 3. in princ. l. conficiuntur. 8. D. de iur. codic. l. ab exheredati. 126. de leg. 1.* Etſi enim neque pater legitimus filij heres eſt, neque filius fuit paterf. vt hereditatẽ ab inteſtato quoque habere potuerit, in eo tamen ſimile ius eſt patris, & alterius cuiuſlibet heredis legitimi, quod non habet bona niſi ex tacito iudicio defuncti, qui ſicut ipſum patrem, tanquam extraneam quemlibet inſtituere potuit, ita & adimere peculium patri alium inſtituẽdo. Non igitur recuſare debet pater quominùs fideicom. præſtet, de quo rogatus à filio fuit, quamuis bona filij habeat iure peculij, non hereditatis. At vt valeat donatio cauſa mortis à filiof. facta de re caſtrẽſis peculij cùm filius deceſſit inteſtatus, non poteſt facere ſola vis & poteſtas donationis, quia talis eſt hæc donatio, vt per eam neque dominium transferri poſſit, ſine facto & voluntate patris, neque pater rogetur, vt quicquam faciat.

Dominij

Dominij tranſlatio impeditur, vt iam diximus, quia in re donata ius antiquius eſt patris, quàm donatarij, quinimo ius patris nihil aliud eſt quàm dominium ipſum, quod ei non magis eripi potuit ignoranti, quàm inuito. Vt verò dominium illud, quod habet pater antiquo ſuo iure, ac tanquam pater, in donatarium transferat, ideo non cogitur, quia nec rogatus fuit *l. quidam. 46. D. de hered. inſt. l. Lucius. 78. §. tres heredes. D. ad SC. Trebell.* Niſi poneres quod ego non pono, fideicom. verbis ſubnixam fuiſſe donationem, quomodo fieri donatio cauſa mortis plerunque olim ſolebat *l. cùm pater. 77. §. donationis. de legat. 2.* vel ob hoc ipſum vt ſi iure donationis valere non poſſet, ſaltem iure fideicom. defenderetur. Nec eſt contrarium, † quod in *d. §. donationis.* reſpondit Papin. fideicom. nihilominus filio deberi, quòd non oporteat quæri cum quo de ſupremis quis loquatur, ſed in quem voluntatis intentio dirigatur, quod & idem Papin. licèt aliis verbis ait in *l. miles ad ſororem. 7 §. in pr. eod. tit.* Id enim non ait Papin. fideicom. deberi ex epiſtola donationis ſola, quaſi donatio quælibet fideicom. iure cenſenda ſit, ſed ex eo quoque, quod eam epiſtolam donatario tradi mandauerat poſt mortem donatoris, & eo tempore, quo fieri non poterat vt donatio agnoſceretur & acquireretur iure donationis, cùm donatio non poſſit conferri in ignorantem, non magis quàd in inuitum, niſi eo caſu quo nobis etiam inuitis per alium acquiritur, pura per ſeruum *l. abſenti. 10. l. hoc iure. 19. §. non poteſt. D. de donat.* Itaque dubitandi ratio apud Papin. illa erat, vt ne quidem fideicom. filio donatario relictum videretur, quod neque fideicom. verbis ſubnixa erat donatio, neque ab heredibus legitimis quicquam petitum. Literæ enim matris quæ donabat non ad heredes legitimos, ſed ad ædituum ſcriptæ proponebantur. Sed inducit fideicomm. ſubtiliter Papin. ex eo quod donatio ſic facta fuerat, vt tamen iure donationis ſiue inter viuos ſiue cauſa mortis valere nunquam poſſet, nulla ſcilicet interueniente ſtipulatione, neque traditione, cùm & in ignorantem filium donatio proponeretur, & non niſi poſt matris mortem inſtrumentum donationis filio per æditum tradi mater voluiſſet, quam tamen certum erat liberalitatem in filium exercere voluiſſe. Cur enim mandaſſet ei tradi inſtrumentum donationis, ſi eam voluntatem quam ſciebat iure donationis valere non poſſe, nec iure fideicomm. valere vellet? Adde quod & fideicomm. † facilè inducitur ex qualibet coniectura voluntatis *l. cùm proponebatur. 64. eod. l. heredes mei. 57. §. cùm ita. D. ad SC. Treb.* At donationem ſiue inter viuos ſiue cauſa mortis non facit vtilem ſola voluntas donatoris, niſi vel ſtipulatio interueniat, vel traditio, & quidem ab eo facta qui dominium tranſtulerit per traditionẽ vel actu vel habitu vt loquitur Caſtrenſ. ad *l. in ædib. 9. §. vlt. per ill. text. D. de donat.* quod non poteſt cadere in donationem bonorum caſtrenſium factam à filiofa. qui deceſſit inteſtatus: quia licet eo tempore quo donauit, potuerit dominium transferre, ſi inter viuos maluiſſet donare quam mortis cauſa [nec enim donatio inter viuos quę viuo donatore pleniſſimum effectum habuiſſet, ex eo ſolo poſtea inutilis fieri poſſet, quod idem donator & in patris ſui poteſtate & inteſtatus deceſſiſſet] non potuit tamen transferre per donationem cauſa mortis, neque actu neque habitu in eum caſum quo ipſe & viuo adhuc patre, & inteſtatus moreretur. Quemadmodũ ſi alij ſtipulanti promiſiſſet animo donandi cauſa mortis, non ideo poſſet ipſius morte videri perfecta donatio vt ex ea ſtipulatione ſuperſtes pater conueniretur. Quo enim iure conueniri poſſet qui neque promiſſor eſſet, neque heres promiſſoris? Potiò ſi ex ſtipulatione quæ interpoſita ſit animo donandi cauſa mortis conueniri pater non poteſt, fitque hoc caſu præmortuo filio inutilis donatio cauſa mortis, quæ alioquin è contrario filij morte confirmari debuiſſet, eadem ratione fatẽdum eſt non cogi patrem ratam habere factam à filiof. ex donatione cauſa mortis traditionem. Nimirum quòd non ſit heres filij qui tradidit, neque rurſum rogatus fuit vt vel traditionem illam ratam haberet, vel ipſe traderet. Nihil igitur eſt propter quod dici debeat vel donationẽ † cauſa mortis factam eo iure valere: vel quaſi ex fideicomm. defendendam ſi nulla fuerint verba fideicomm. 10
Nam neque de rogando herede cogitaſſe videri poteſt is qui donauit cauſa mortis, cùm nullo heredis facto egerat donatarius cauſa mortis quoties ab initio ita valuit donatio ſiue per traditionem ſiue per ſtipulationem facta, vt ſola donatoris morte potuerit confirmari, Quãto minus igitur credendus eſt filiusf. qui peculium ſuũ caſtrenſe mortis cauſa donauerit, cogitaſſe de rogando patre quem nec heredem habeat, nec fortaſſis habere deſtinabat tempore donationis. Poteſt ſiquidem fieri vt quo tempore donabat cogitaret de ſibi eligendo per teſtamentum extraneo herede, ac in totum extinguendo iure antiquo patris, cuiuſque voluntatis non leue indicium præbet ipſa donatio facta extraneo & mortis cauſa & ſiue conſenſu patris, cùm hoc ipſo incipiat filius lædere ius patris quod incipit vti iure ſuo *d. l. de hereditate. 19. §. pater. D. de caſtrenſ. pecul.* Quod non ſimile eſt cùm filius fam. fideicomm. aliquod relinquit à patre non inſtituto herede. Tunc enim non ſolùm cogitabat de filio onerando, quem reipſa & onerat & rogat, non item cùm donat cauſa mortis, verùm etiam tacite illum heredem inſtituere intelligitur, à quo ſc. aliter fideicõm. relinquere non poſſet. Ideoque mirum non eſt poſſe † filium hunc decedere cum ea vltima voluntate, quæ ſit fideicomm. non poſſe autem decedere cum ea voluntate quæ ſit donatio cauſa mortis, ſi viuo patre deceſſerit, & inteſtatus. Hoc enim addendum eſt, quia hoc vno tantum caſu non ſimpliciter nego valere donationem cauſa mortis de pęculio caſtrenſi à filiof factam. Nulla ſiquidem ratio † eſt cur non valeat ſiue filius poſt patrem etiam inteſtatus deceſſerit, ſiue viuo eo teſtatus: Vt proinde ſi quæras an valeat huiuſmodi donatio eo tempore quo fit, non aliud reſponderi poſſit quàm eſſe illam in pendenti, quoniam & in pendenti eſt an filius ſit moriturus teſtatus an inteſtatus & an viuo patre an poſt patrem. Eſt namque hæc res ex earum genere in quibus quid antea fuerit ex euentu & poſt facto declaratur, vt & cætera omnia quæ ad caſtrenſis peculij cauſam pertinent *d. l. qui res. 98. §. rem autem. D. de ſolut. d. l. proponebatur. 9. d. l. de hereditate. 19. §. pater. l. vlt. D. de capt. & poſtlim.* Poterit autem tuta fieri mortis cauſa donatio † ſi à filiofamilias fiat conſentiente patre. Tunc enim omnimodo valebit ſiue filius decedat viuo patre ſiue mortuo, ſiue teſtatus ſiue inteſtatus, ſed diuerſa ratione. Nam ſi decedat viuo patre teſtatus valebit tanquam ab ipſo filio vtiliter facta. Itemque ſi poſt mortem patris decedat etiam inteſtatus: Si verò decedat & viuo patre & inteſtatus valebit non tanquam à filio facta, ſed tanquam à patre, perinde acſi filiusf. rem peculij donaſſet cauſa mortis permittente patre, vt proximo capite dicebamus. Neque huic ſententiæ noſtræ poteſt obiici, donationum cauſa mortis proprium ius eſſe, vt mortuo quandocunque donatore retrotrahantur ad tempus, quo factæ ſunt *l. ſi mortis. 40. D. de mort. cauſ. donat.* Non enim ideo fieri poteſt vt donatarij ius videri debeat antiquius iure patris, quoniam hoc caſu ius ipſum patris quod antiquius eſſe dicemus, quodque medium reperitur inter duo illa extrema, quæ per retroactionem iungi deberent, impedit ne retrocurrere poſſit donatio, ad id tempus quo facta eſt, vt & alias medium inhabile ſolet impedire coniunctionem extremorum. *l. ſi ego. 9. §. ſi res. D. de iur. dot. l. pen. D. rat. rem hab. l. 1. l. qui balneum. l. potior. 11. D. qui pot. in pign.* 11 12

ERROR

ERROR IX.

De ſententia §. vlt. l. filiusf. 7. D. de donat.

SVMMARIA.

1 *Quomodo accipiendum illud Vlpiani in l. filiusfam. 7. §. vlt. D. de donat. filiumfamil. qui caſtrenſe peculium vel quaſi caſtrenſe habet, poſſe ex eo donare mortis cauſa.*

2 *Cuius hereditas aliqua eſt, eius peculium aliquod eſſe impoſſibile eſt.*

3 *Cur non valeat argumentum interpretum ductum ex d. §. vlt. filiusfa. habens caſtrenſia bona teſtari poteſt. Ergo & donare mortis cauſa eo quoque caſu quo deceſſerit inteſtatus.*

4 *Alia reſponſio ad obiectionem ab interpretibus petitam ex d. l. §. vlt.*

5 *Etiam paganus peculium caſtrenſe habere poteſt.*

6 *Quaſi caſtrenſe peculium eorum eſt qui milites neque ſunt, neque vnquam fuerunt.*

1 VIM ergo reſpondebimus † ad Vlp. in *d. l. filiusf. §. vltim. D. de donat.* vbi tam apertè ſcriptum eſt filiumfamilias qui caſtrenſe peculium vel quaſi caſtrenſe habet poſſe ex eo donare cauſa mortis, quia & de illo teſtari poteſt. Quid enim ſcribi potuit apertius? Reſpondebimus hoc vnum quod ratio iuris nos cogit reſpondere ſic intelligendum neceſſariò Vlpian. vt filiusfamil. qui caſtrenſe peculium habet, ſicut teſtari poteſt etiam inuito patre, ita & mortis cauſa donare poſſit, ſed eo nimirum caſu, quo ad impediendum & extinſiuendum ius patris, etiam teſtamentum fecerit, quia facto per eum teſtamento nullum eſt in caſtrenſi peculio ius patris, quod impedire poſſit, ne valeat mortis cauſa donatio. Etſi enim non niſi mortuo iam filio incipit eſſe aliqua ipſius hereditas, teſtamentum tamen confirmatur per legem, tanquam alterius patrisfamilias cuiuſlibet eo ipſo inſtanti quo filius moritur, quandoquidem prius eſt vt confirmetur & confirmatum ſit teſtamentum, quàm vt ex eo deferatur hereditas, ac proinde non poteſt ius patris videri præueniſſe ius heredis teſtamentarij. Imò ius heredis proculdubio præuenit iura omnia patris, quoniam incipit ex quo die factum fuit teſtamentum, quippe quod factum ſit permittentibus conſtitutionibus, & ad eum finem vt moriente quandocunque teſtatore confirmaretur, ac proinde vt iam ex eo tempore ita eſſet extinctum ius patris, ne teſtamenti confirmationem impedire poſſet. Quamquam ſi poſtea teſtamentum aliquo caſu vel irritum fieri vel deſtitui contingeret, putà non adita filiifamilias ex eo teſtamento hereditate, ius patris quod per teſtamentum videbatur extinctum, ſemper duraſſe retrofingeretur *d. l. de hereditate 19. §. pater. d. l. filiusfamilias. 18. ad leg. falcid.* vbi ob hanc cauſam Paulus ait non fieri hereditatem filiifamilias niſi aditione, quia ſcilicet quandiu adita non eſt hereditas, quæ fieri poteſt vt nunquam adeatur, in pendēti adhuc eſt ius patris, nec tam extinctum eſſe, quàm ceſſare intelligitur, vt de obligatione ſcribit idem Paulus in *leg. qui res. 98. §. aream, de ſolut.* At tantum eſt quod ceſſet ius patris quantum ſi extinctum eſſet quod ad hoc, vt heredis teſtamentarij ius impedire non poſſit. Rurſum heredis teſtamentarij ius non impediri ſufficit, vt neque donatio cauſa mortis ab eodem filiofamilias facta impediatur, quia nihil erat, quod eam donationem impedire poſſet, præter quàm ius patris, quod ſicut cum iure heredis teſtamentarij concurrere ac ſubſiſtere numquam poteſt, ita neque vires vllas habere ad impediendum ius donatarij cauſa mortis, non magis, quàm ad impediendum ius heredis eo caſu quo nihil eſt quod de peculio tractari poſſit. Nec quod res quæ mortis cauſa fuit donata extra cauſam hereditatis reperitur facere poteſt vt videri debeat eſſe in peculio. Cuius enim hereditas † aliqua eſt, eius peculium aliquod eſſe impoſſibile eſt. Nempe filiifam. duntaxat peculium eſt: hereditas verò non niſi patrisfamilias, aut ſaltem eius qui patrisfam. loco habeatur, & quaſi paterfam. ſic vt Paulus loquitur in *d. l. filiusfam.* Vt autem quis in eodem bonorum genere & filiusfam. & paterf. deceſſerit vel deceſſiſſe intelligitur fieri nullomodo poteſt implicátque contradictionem. Denique ne poſſit bonum eſſe argumentum † quo paſſim veuntur noſtri ex *d. l. 7. §. vlt. D. de donat.* vt poſſit filiusfamil. donare cauſa mortis tum quoque cùm inteſtatus moritur, quia & teſtari poſſet ſi vellet, illud facit quod euidens ratio diuerſitatis ſubeſt inter filiifam. teſtamentum & donationem cauſa mortis ab inteſtato factam, licèt nulla ſit inter teſtamentum, & donationem cauſa mortis factam eo caſu quo filiusfa. fuerit teſtatus. Nam mortuo eo teſtato nullum eſt ius patris: Mortuo inteſtato tale tantúmque eſt ius patris vt neque heredem neque donatarium cauſa mortis habere filiuſf. poſſit. Hanc verò noſtram interpretationem valde probare illud videtur, quod ait Paulus ad Marcellum, & Marcellus ad Iulianum in *l. Marcell. 15. de mort. cauſ. donat.* filiosfam. milites ſicut adepti ſunt liberam facultatem teſtamento relinquendi cui velint, ita nec prohiberi donare cauſa mortis: quia, inquit lex, ad exemplum legatorum mortis cauſa donationes reuocatæ ſunt. Atqui legata per filiumf. quamuis militem facta non poſſunt valere niſi facto teſtamento cùm ea in teſtamento relinqui neceſſe ſit. Ergo & quod dicimus valere ab hoc filiofa. factas donationes cauſa mortis intelligi debet de illo caſu quo factum ſit teſtamentum. Quod ſi hæc noſtra reſponſio non placeret, aut ſi cui durior videretur, dicerem † potius imperiti eſſe interpretis totum illum verſiculum qui Vlp. tribuitur ab iis verbis, *hæc omnia locum habebunt in paganis*, quàm vt vnquam poſſem admittere Vlp. eam fuiſſe ſententiam vti valeret donatio peculij caſtrenſis facta per filiumfamil. ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa eo caſu quo filiusfam. viuo patre inteſtatus deceſſiſſet. Nam & inſcitiam interpretis totam rem iſtam ſubtilem ſinè ad amuſſim iuris non rectè perpendentis, detegere videntur verba illa, *in paganis*, ſi iungas ea, quæ immediatè ſequuntur, *Cæterum qui caſtrenſe peculium habent.* Quaſi verò non poſſit etiam qui paganus † eſt habere peculium caſtrenſe, ſitque neceſſe militem eſſe quem, vt tale peculium habere poſſit quod ſanè falſum eſt. Aliud enim eſt militem eſſe, aliud caſtrenſe peculium habere. Paganus eſt quiſquis miles non eſt, licet aliquando miles fuerit. Caſtrenſe peculium habere poteſt quiſquis aliquándo militauit, quamuis hodie miles non ſit *d. l. filiusf. 18. D. ad leg. falcid. d. l. de hereditate. §. filiusfa. D. de caſtrenſ. pecul.* Sed & quod ſequitur in dicto verſic. *vel quaſi caſtrenſe*, oſtendit manifeſtè, ineptam eſſe illam reſtrictionem *Hæc omnia locum habebunt in paganis.* Nam quaſi caſtrenſe peculium eorum eſt qui milites neque ſunt neque vnquam fuerunt. Ergo eorum qui & pagani ſunt & ſemper fuerunt. Debuerat igitur potius ita ſcribi. *Hæc omnia locum habebunt in peculio profectitio*, ſi aliam caſtrenſis peculij vel quaſi caſtrenſis quàm profectitij rationem conſtituere Vlp. volebat, non diſtinguere paganos à militibus, cùm & pagani eſſe poſſint qui peculium caſtrenſe habent vel quaſi caſtrenſe. Supererat vt diceremus, an eadem hodie iure nouo obtinerent. Sed erit commodius ſeparatam de eo inſtituere tractationem.

ERROR

ERROR X.

De differentia peculij caſtrenſis & aduentitij etiam iure nouo.

SVMMARIA.

1 *Proponitur demonſtrandum donationem cauſa mortis quam ignorante patre filiuſf. ex caſtrenſi peculio fecerit ſi poſtea inteſtatus defunctus ſit, etiam hodie non valere.*

2 *Ratio dubitandi aduerſus concluſionem probandam.*

3 *Quod duplex ſit ratio quæ donationem cauſa mortis à filiof. factam inutilem reddere poteſt, & n. 10. & quomodo vtraque, quibuſdam ceſſare videatur.*

4 *Etiam hodie mortuo inteſtato filiofa. ſupereſſe patri ius antiquum, vt bona filij caſtrenſia vel q. caſtrenſia iure peculij occuper, ſine ſolus ſuccedat, ſine cum matre, ſine liberos filius reliquerit.*

5 *Ex eo quod filiuſf. de caſtrenſibus aut q. caſtrenſibus bonis teſtari poteſt non ſequitur quòd in iiſdem legitimum heredem habere poſſit.*

6 *Emendatur tit. Inſtit quibus non eſt permiſſ. fac. teſt. in pr. verſic. Itaque.*

7 *Etiam hodie filiuſf. in bonis caſtrenſibus vel quaſi caſtrenſibus heredem ab inteſtato habere non poteſt.*

8 *Bona caſtrenſia filiuſfamil. inteſtatus decedens hodie donare mortis cauſa non poteſt, ſine donatio ita facta ſit vt ſtatim dominium tranferatur, ſine collata poſt mortem.*

9 *Cur non valeat hodie bonorum aduentitiorum à filiof. facta mortis cauſa donatio.*

11 *Poſito Nou. Iuſtin. 118. quæ in aduentitiis legitimum heredem filio dedit ad bona caſtrenſia & q. caſtr. porrigi debere, non ſequi tamen vt huiuſmodi bonorum donatio cauſa mortis indiſtinctè valere debeat.*

12 *Filiof. donante mortis cauſa ex conſenſu patris valet donatio, ſiue caſtrenſe ſiue aduentitium fuerit quod donatum eſt: & cur.*

13 *Diſcrimen inter donationem aduentitiorum, & donat. caſtrenſium ratione reuocantis.*

MIRABILIVS videbitur, quod hoc capite defendemus, Donationem † cauſa mortis quam ignorante patre filiusfamilias ex caſtrenſi peculio fecerit, ſi poſtea inteſtatus defunctus ſit, etiam hodie non valere. Mi-
2 randi autem ne dicam dubitandi † cauſa ex eo proficiſcitur, quod Iuſtinianus *Nouell. 118 de hered. ab inteſt. venient.* induxit rem valde nouam, & à iuris veteris ratione penitus alienam, vt in bonis aduentitiis poſſit hodie filiusfamilias habere hereditatem & heredem, ſiue plenam, ſiue nudam duntaxat proprietatem aduentitiorum vsus habuerit. Voluit enim Iuſtinianus vt ſi quos hic filius liberos ac deſcendentes reliquerit, ij omnimodo patri præferantur. Fit rurſum vt ſi filius hic, nullis liberis relictis deceſſerit ſuperſtite matre cum patre, ad ipſius hereditatem vterque parens ex æqua lance admittatur. Cui conſtitutioni videtur conſequens, vt hodie valeat donatio cauſa mortis, quæ à filiofamilias etiam ignorante patre facta ſit de bonis
3 caſtrenſibus. Cùm enim duplex † tantùm ratio ſit quæ donationem cauſa mortis à filiofamilias factam inutilem reddere poteſt. Vna, quòd non poſſit filiusfamilias decedere cum vltima voluntate nec ſi pater velit: Altera, quod morientis filiifamilias bona ab inteſtato pertineant ad patrem iure peculij, atque ita potentius & anterius ſit ius patris in re donata cauſa mortis quàm donatarij, vt in præcedentibus diſputauimus: neutra ratio videtur poſſe hodie donationem cauſa mortis à filiofamilias de caſtrenſ. peculio factam impedire. Non prior, quoniam ſi iam olim poterat filiusfamilias in caſtrenſi peculio decedere cum vltima voluntate, ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato. *l. 1. 2. & paſſ. D. de caſtrenſ. pecul. l. filiusfamilias. 18. D. ad leg. falcid. l. 1. §. in filij. D. ad Senatuſconſul. Trebellian.* Multo magis hodie poterit, cùm filiorumfamilias iura Iuſtinianus auxerit, non imminuerit, nec quicquam immutauerit ex priuilegiis quæ caſtrenſi peculio indulſerant veterum Imperatorum conſtitutiones. Non poſterior, quia cùm filiusfamilias hodie in aduentitiis quoque poſſit heredem habere ab inteſtato, in quibus tamen ſemper habuit, etiamque nunc habet minus iuris quàm in caſtrenſibus, quandoquidem de aduentitiis teſtari non poſſit, de caſtrenſibus poſſit, nullum videtur ius eſſe patris in bonis filiifamilias quamuis ab inteſtato defuncti, niſi vt ſi nullos filiusfamilias liberos & fratres ex vtroque latere coniunctos reliquerit, poſſit heres eſſe filio vel ſolus ſi mater iam deceſſerit, vel cum matre, ſi mater quoque ſit ſuperſtes: Quomodo loquitur Iuſtin. in *princ. titul. quibus non eſt permiſſ. facer. teſtam. verſ. itaque.* Certè non videtur ius illud vetus amplius habere pater, vt filij bona occupet iure peculij, quia peculium non poteſt eſſe vbi eſt hereditas, nec viciſſim hereditas vbi eſt peculium. *d. l. 2. de caſtrenſ. peculio. d. l. filiusfamilias 18. D. ad leg. falcid.* Nec proinde dici hodie poteſt ius patris, eſſe antiquius, & potentius iure donatarij cauſa mortis vt ex hoc donatio impediatur, quia id quidem obtinet cum iure peculij pater bona occupat, ſed non item cùm ſucceditur filio iure hereditario, ſiquidem ius peculij incipit eo inſtanti quo filiusfamilias moritur, ac proinde quo adhuc viuit, cùm inſtans mortis adſcribatur vitæ *l. qui duos. 18. §. 1. D. de manum. teſt. l. vlt. D de condic. inſtit.* ius verò hereditatis non incipit niſi poſt mortem filij, quia cùm viuentis hereditas nulla ſit *l. 1. D. de hered. vel action. vendit.* Ergo nec morientis ſed mortui duntaxat. Verùm incipit hereditas eo inſtanti quo iam defunctus ſit filius quo etiam inſtanti impletur donatio cauſa mortis quod ad dominij tranſlationem cùm non perficiatur niſi morte. Prius enim eſt vt perficiatur quàm vt dominium ex ea transferatur *l. ſed interim. 11. in princ. & §. ſi vxor. D. de don. int. vir. & vxor. l. 2. in fin. l. non videtur. 32. l. Seia. 42. §. vlt. D. de mort. cauſ. donat.* Tam citò igitur incipit perfecta eſſe implendáque donatio cauſa mortis in fauorem donatarij quàm citò incipit ius patris, tum quoque cùm ille ſolus filio heres eſt. Et conſequenter non poteſt hoc caſu ius patris eo prætextu quaſi antiquius ſit iure donatarij, impedire donationem mortis cauſa à filiofam. factam: præſertim verò ſi ponas ita factam à filiofamilias ex caſtrenſi peculio mortis cauſa donationem vt dominium ſtatim transferatur, quomodo fieri poſſe conſtat ex *d. l. 2. l. ſi mortis. 29. D. de mort. cauſ. donat.* Hoc enim caſu cùm iam viuo donatore dominium transferatur in donatarium & ita perficiatur donatio fiatque irreuocabilis morte donatoris vt nihil amplius agendum ſuperſit poſt mortem nullomodo dici poteſt ius patris eſſe antiquius iure donatarij imò poſterius cùm non incipiat niſi poſt mortem. Ego † tamen contra puto, Etiam
4 hodie mortuo inteſtato filiofam. qui caſtrenſe peculium vel quaſi caſtrenſe habuit ſupereſſe patri ius antiquum vt bona filij caſtrenſia vel quaſi caſtrenſia occupare poſſit iure peculij non hereditatis non ſolum ſi ſolus ille ſit qui filio poſſit ſuccedere, ſed etſi filius ille liberos relinquerit ac multo magis ſi ſine liberis deceſſerit ſuperſtite matre cum patre. Video enim. Iuſtin. conſtitutionem in *d. Nouell. 118.* quæ vna poſſet videri ius vetus hac parte ſuſtuliſſe ne verbum quidem facere de peculio caſtrenſi vel quaſi caſtrenſi, ſed tantùm de aduentitio, cuius capaces filiosfam. fecerat idem Iuſtin

in

in *l. cùm oportet.6. l. Cod. de bon. quæ liber. & Nouell.* 117.& ante illum Conſtantinus quod ad bona materna in *l.1.Cod.de bon.mater.* Cur ergo volumus ius illud vetus quod ante Iuſtin. in peculio caſtrenſi & quaſi caſtrenſi olim obtinebat fuiſſe ſublatum ea conſtitutione, quæ non niſi de aduentitio ſit locuta,nulla caſtrenſis aut quaſi facta mentione ? Dices, non ſolùm probabilem fore hanc interpretationem & extenſionem ,ſed etiam propemodum neceſſariam : Ne alioqui ſi quod Iuſtin. conſtituit vt filiusfamilias in aduentiis ab inteſtato heredem habere poſſit non protrahatur ad bona caſtrenſia & quaſi caſtrenſia, ſequatur illud abſurdum vt plus iuris habeat filiusfamilias in bonis aduentitiis quàm in caſtrenſibus,& quaſi caſtrenſibus.Quam enim abſurdum illud futurum ſit, ex eo intelligimus quod in caſtrenſi & quaſi caſtrenſi peculio filiusfamilias patrisfamilias loco eſt,adeo vt de illo poſſit etiam teſtari tanquam paterfamilias & teſtamentariam hereditatem habere, immo & quod magis eſt, fideicommiſſum à patre relinquere ab inteſtato *d. filiusfamilias* 18. *D. ad leg. falcid.* Igitur cui quod plus eſt licet , nempe vt teſtamentariam hereditatem habere poſſit , cur non licebit quod eſt minus,vt legitimum quoque habeat heredem ? Nam plus eſſe teſtamentarium quàm legitimum habere heredem , hoc ipſum apertè probat quamuis Iuſtin. filiisfamilias indulgere voluerit vt & hereditatem & heredem habeant ab inteſtato, nullo tamen caſu eis permiſit vt de peculio aduentitio teſtari poſſint,ſed è contrario diſtinctè id prohibuit in *l. penult. Cod. qui teſt. facer. poſſ.* tametſi non eſſet neceſſaria prohibitio niſi ob id ne teſtandi facultatem iiſdem contra iuris rationem prioribus conſtitutionibus dediſſe Iuſtin. videretur. At reſpondeo quod dicimus † & in confeſſo
5 eſt filiumfamilias de peculio caſtrenſi vel quaſi caſtrenſi teſtamentum facere & iam olim potuiſſe & hodie poſſe in eoque plus iuris habere quàm in aduentitio , facere potius debere vt inferendum ſit , Tanto minus inducendum per interpretationem ac ſine lege , vt in bonis caſtrenſibus vel quaſi caſtrenſibus legitimum heredem habere poſſit. Quid enim neceſſe fuit filiisfamilias in hoc fauere cùm iam haberent priuilegium vt de huiuſmodi bonis teſtari poſſent ? An non imputare ſibi debent ſi hereditatem aliquam relinquere voluerunt,cur iure ſuo vſi non ſint, id eſt cur non fecerint teſtamentum ? Aut cur non credamus filiumfamilias qui cùm haberet peculium caſtrenſe , vel quaſi caſtrenſe , déque eo teſtari poſſet maluit decedere inteſtatus,eam voluntatem habuiſſe veneratione fortaſſis paterni nominis, patriæque poteſtatis , vt antiquum ius patris ſaluum ei & integrum conſeruaretur ? Quod tamen non æquè poſſis dicere de filiofamilias qui peculium duntaxat aduentitium habens deceſſit inteſtatus, quia nec ſi voluiſſet,attamen facere teſtamentum potuiſſet:ac proinde tanto magis fuit ei ſuccurrendum vt filiusfamilias in iis bonis,quæ viuus ſibi propria etiam inuito patre habuiſſet, inuitus quoque ſucceſſorem patrem poſt mortem ſuam habere cogeretur.Ita contigit,vt admiſſo vno inconuenienti multa ſequi fuerit neceſſe. Nec me turbat quòd ſuprà obiecimus ex Iuſtin. *d.tit. quib. non eſt*
6 *permiſſ.fac. teſt. in princ.verſ.itaq.* Nam † quod ibi additur nullis vel fratribus ſuperſtitibus , proculdubio eſt irrepticium ex gloſſa inepti interpretis volentis accommodare ius vetus ad nouiſſimum, nec animaduertentis Iuſtinian. cùm inſtitutiones conſcripſit , non potuiſſe ita ſcribere quòd eo tempore nondum inductum eſſet vt filiusfamilias ab inteſtato heredem habere poſſet : ſi quidem id primùm inductum fuit *Nouell.* 118. Inſtitutiones autem nemo neſcit compoſitas eſſe ante Nouellas , immo & ante Codicem illum repetitæ prælectionis quem nunc habemus. Quòd verò ſublatis illis verbis ſupereſt apud Iuſtinianum , ſi filiifamilias milites inteſtati deceſſerint eorum peculium caſtrenſe ad patres iure communi pertinere , non ſic debet accipi vt iure communi ſucceſſionis hereditariæ id fiat, ſed vt eo iure quod commune eſt omnis generis peculiorum vt ad patrem pertineant iure dominij filio prædefuncto, non quod commune ſit omnium perſonarum." Cùm igitur ex iure vetere hoc etiamnum ſuperſit, † 7 vt filiusfamilias in bonis caſtrenſibus vel quaſi caſtrenſibus heredem ab inteſtato habere non poſſit , concludendum eſt donari † cauſa mortis bona iſta, ſicut olim 8 non potuerunt , ita nec hodiè poſſe. Siue donatio ita facta ſit vt ſtatim dominium transferretur in donatarium , ſiue collata poſt mortem. : Nam priore quoque caſu licet ius patris non ſit antiquius iure donatarij, cùm vtriuſque implcatur viuo donatore, ſufficit tamen quod concurrat ius patris eodem inſtanti , vt impediat ius donatarij cum duo in ſolidum domini eſſe non poſſint , & ſemper verum ſit videri filium hoc casu donaſſe rem quæ ex poſtfacto apparet , aut ſaltem retrofingitur ſemper fuiſſe patris. Immo ſi verum amamus antiquius eſt ius patris quippe quod ille habeat tanquam pater. Prius enim ille pater fuit, quam is cui donatum eſt fuerit donatarius. An verò è contrario dicendum erit valere donationem † cauſa mortis à filio- 9 familias factam de bonis aduentitiis, ob id ſolùm quod hodie filiusfamilias in hoc bonorum genere ab inteſtato & hereditatem habeat & heredem ? Minimè , quia in bonis aduentitiis etſi ratio peculij & antiquum ius patris non impedit donationem cauſa mortis , alia tamen ratio eſt, quæ impediat, Nimirum quod in huiuſmodi peculio filiusfamilias non poſſit decedere cum vltima voluntate, Decederet autem cum vltima voluntate ſi poſſet decedere cum donatione cauſa mortis. Itaque omniquidem peculiorum generi, ſiue ſit caſtrenſe ſiue quaſi caſtrenſe , ſiue aduentitium,commune illud eſt vt à filiofamilias mortis cauſa donari non poſſit, ſed alia atque alia ratione. Nam cùm duæ † ſint 10 rationes quæ donationem cauſa mortis à filiofamilias factam infirmare poſſint vt ſupra præfati ſumus , prior quidem habet locum in aduentitiis , poſterior verò in caſtrenſibus , & quaſi caſtrenſibus. Sed etſi admittere quis vellet conſtitutionem † Iuſtinian. quæ in aduen- 11 titiis legitimum heredem filio dedit , ad bona caſtrenſia & quaſi caſtrenſia porrigi oportere , non tamen eſſet bona conſecutio vt huiuſmodi bonorum donatio cauſa mortis à filiofamilias facta valeret indiſtinctè. Quid enim ſi in peculio caſtrenſi nihil eſſet præter fundum Cornelianum , quem filiusfamilias tibi donaſſet cauſa mortis defunctus poſtea inteſtatus ſuperſtite patre ? Non poſſet hoc caſu defendi donatio prætextu conſtitutionis Iuſtinianeæ , quia etiam poſt eam conſtitutionem hæc differentia ſupereſt inter patremfamilias & filiumfamilias , cùm de legitima hereditate agitur, quod paterfamilias etiamſi nulla bona moriens relinquat non eo minùs tamen & hereditatem relinquit, & heredem habere poteſt , vt ex eo apparet , quòd ſi quis vel ab eo heres inſtitutus vel proximus agnatus heredem ſe profiteri volet , vtique tenebitur de ſuo ſatisfacere creditoribus defuncti omnibus , non ſecus quàm ſi hereditas ſoluendo eſſet *l. quæ dotis.* 33. *D.ſolution.matrim. l. liber.* 36. *D. de bon. libert.* Quo enim alio iure teneretur , niſi quia heres eſt , Quomodo autem heres niſi per hereditatem ? Nimirum hereditas nomen iuris eſt non corporis, & ſine corpore intellectum iuris habet *l. hereditas.* 52. *D. de hered. petit. l.* 3. §. 1. *D. de bonorum poſſeſſ.* Lex autem duodecim tabularum cùm induxit ius hereditatis ſiue teſtamentariæ ſiue legitimæ , nihil aliud exegit niſi vt paterfamilias is fuiſſet cuius poſt mortem hereditas inducerctur. At filiusfamilias ex Iuſtinian. conſtitutione non ſimpliciter & indiſtinctè poteſt legitimam habere hereditatem , ſed in bonis aduentitiis duntaxat. Ergo non niſi eo caſu quo aduentitia bona aliqua reliquerit.

Proinde

Digitized by Goog

Proinde si nulla sint bona aduentitia post mortem filij, nulla quoque erit ipsius hereditas, Non quasi filij quoque vt & patrisfam. hereditas non consistat in iure magis quàm in corpore, sed quia bona hoc casu exegit Iustin. tanquam conditionem sine qua hereditas filij nulla esse possit. Nam nec necesse est filio familias heredem dare si nulla bona post ipsius mortem supersint propter quæ dandus sit ei heres, *l.lex Cornelia.28. vers.quia non efficitur.D.de vulg.& pupill.substit.* Atqui in proposita specie si valeret fundi Corneliani donatio facta mortis causa per filium familias qui nihil aliud in peculio aduentitio habuisset, nulla superessent bona post mortem eius, quoniam perfecta donatio per mortem donatoris, res donata in dominio donatarij reperiretur, siue poneres ita factam fuisse donationem, vt statim dominium in donatarium transferretur,quamuis reuocabiliter,siue ita vt non nisi post mortem donatoris ea dominij translatio fieret, qui duo sunt modi faciendæ donationis causa mortis, *l 2. D. de mort. caus. donat.l.sed interim.11. cum duab.præced.D.de donat.int. vir. & vxor.* Cùmque nihil prohiberet hoc casu quominùs donatio causa mortis confirmata per mortem donatoris retrotraheretur ad id tempus quo facta esset, videretur dominium iam ex eo die factæ donationis fuisse donatario acquisitum, *l.si mortis. 40. D. de mort. caus. donat.* Nulla ergo esset huius filijfamilias hereditas si donatio ista valeret quæ facta esset mortis causa. At rursum si nulla esset hereditas, sequitur vt saluum sit ius antiquum patris, quale esset ex ratione iuris veteris si nihil noui Iustin.induxisset,ac proinde vt peculium aliquod sit quod ad patrem pertinere debeat iure potestatis. Quòd si peculium aliquod est, patris, ergo ius in re donata, erit antiquius & potentius iure donatarij, secundum id quod supra disputauimus ius patris incipere & perfici viuo adhuc filio,donatarij verò non nisi filio defuncto. Porrò non potest admitti,ius patris in re donata esse antiquius iure donatarij,quin hoc ipso in irritum donatio deducatur, quia fieri nequit vt non videatur filius hoc casu rem patris donasse, quippè qui eam rem donauit,quæ priusquàm perfecta sit donatario fauore donatarij, & reperitur in dominio patris, & semper patris fuisse intelligitur.Donatio autem alienæ rei non valet, cùm nihil donari possit nisi quod fiat eius cui donatur, *l.in ædibus.9 §.vltim. D.de donat.* Verum hic illa emergit perplexitas, quod si dicamus donationem hanc causa mortis non valere, fiet vt fundus Cornelianus qui donatus fuerat pro non donato habendus sit, & consequenter vt prodesse debeat post mortem filij familias ad constituendam ipsius hereditatem: cùm nihil aliud obstaret quominùs hic filius hereditatem reliquisse dicendus esset, nisi quod nulla omninò bona post mortem suam reliquisset. Rursus si admittamus aliquam hoc casu esse filij hereditatem, sequetur non posse ipsius bona occupari,à patre iure peculij, atque ita sublato iure illo paterno quod vnum impedire poterat ne valeret donatio quam de peculio castrensi fecisset filiusfamilias qui vtique potuit decedere,cùm vltima voluntate,relinquitur valere donationem. Quòd cùm ita sit,videtur hæc quæstio esse ex genere τῶν ἀνόμων vt illa de qua dicebamus,*cap.5 .supr.*aut vt illa potiùs de qua *Afric.in l.qui quadringenis.80.D. ad leg. falcid.* quia quicquid constituerimus in vtramuis partem verum,esse falsum reperietur.Sed in hac perplexitate longè melius est dicere quod volo non valere donationem hanc causa mortis quàm contra iuris regulas pro valida eam habere non ad alium finem quam vt in eo quoque iuris regulæ violentur, quodfilius familias ab intestato habeat hereditatem. Nec enim contradictionem implicaret vt & donatio non valeret & filiusfamilias hereditatem haberet. An implicaret vt & donatio à filiofam. facta mortis causa sine patris consensu valeret,& tamen nullam ille hereditatem habe et perinde atque si quis diceret valere donationem t.ét im in eum casum quo res donata aliena repertietur,.d.óque nunquam fuisse donatoris, *arg. l.Stichus.39. D de manum.test. l.Titio cum moreretur.51.D.de vsufr.* Neque responderi posset in eo casu quo filius in peculio castrensi nihil habuisset præter fundum Cornelianum quem mortis causa donasse proponeretur, eandem rationem,quæ faceret vt nulla esset hereditas filiifam. facturam quoque vt nullum esset peculium. Nam præter id quod de peculio & iure patris quæritimus eo tempore quo res donata nondum penitus abcessit à bonis filij, hoc est ante perfectam eius morte donationem,ac proinde eo tempore quo non deficit res in qua peculium possit consistere, quæ tamen nulla amplius est eo tempore quo incipit agi posse & tractari de hereditate. Dico peculium esse nomen iuris, quod licèt naturalem dationem requirat vt aliquod esse incipiat,*l.4.§.1 l.non statim.8. D. de pecul.* vbi tamen semel fuit non desinit esse ob id solùm quod desierit vllam habere posse vtilitatem, putà si ære alieno exhaustum sit, *d.l.4.§.pen.* Itaque si filiusfamilias qui nihil habens in peculio castrensi præter fundum Cornelianum tibi eum mortis causa donasset, idem patrem aut extraneum quemlibet testamento heredem instituisset atque defuncti hereditatem adisset, dubitari non oporteret quin & heres fieret,& creditoribus omnibus teneretur,quamuis eo casu valeret donatio,*d.l.filiusfam.7 .§.vlt.'D.de don.* Commutato scilicet peculio in hereditatem,*d.l.2. de castr.pec.* quæ tamen commutatio fieri non posset, si peculium tempore mortis nullum fuisset.Quòd igitur peculium facto testamento conuerteretur in hereditatem, cur non ab intestato manebit peculium?Ergo etiamsi admitteremus filiumfam. hodie in castrensi peculio legitimum heredem habere posse ab intestato,non ideò tamen sequeretur valituram donationem quam de peculio castrensi fecisset,nisi eo casu quo præter rem donatam aliquid in peculio supertesset propter quod conuerti posset peculium in legitimam filij hereditatem : quoniam extra eum casum nec vlla filij hereditas esset in bonis aduentitiis,de quibus tamen Iustin.constitutio expressim locuta est. Illum semper casum excipio quo filiusfam. † mortis causa donauerit ex consensu & voluntate patris. Tunc enim siue castrense,siue aduentitium fuerit quod donatum est, valet donatio sine dubio, sed cum hac vt arbitror distinctione, quod si fuerit aduentitium, valet donatio quasi non tam à filio, quàm à patre ipso facta, non secus acsi filius rem peculij profectitij donasset. Si verò fuerit castrense valet tanquam ab ipso filio facta, non tanquam à patre. Diuersitatis enim ratio euidens illa est, quod in peculio castrensi potest filiusfam. decedere cum vltima voluntate, non etiam in aduentitio. Item quod patet qui consensum præbet filiofam. vt rem castrensis peculij mortis causa donet, hoc ipso donare filio intelligitur, non quidem rem ipsam quæ iam est filij,sed ius omne quod in ea re quandóque habere posset. Quidni enim hæc interpretatio capietur, cùm inter filiumfam. & patrem valeat donatio ex iis causis, quæ ad castrense peculium pertinent? *l.4. l.castrense.11.D.de castr.pecul.* sicut & valeret stipulatio, si quid ex causa filius à patre stipulatus esset, *l.pater militi.15.§ 1.& 2. eod.* In peculio profectitio non eadem interpretatio capi potest,quia nec donatio,siue expressa, siue tacita inter patrem & filium valeret: nec proinde potest videri pater consentiendo filio, vt donaret eidem tacitè quicquam donasse, cui nec expressè dare potuisset. Ex qua differentia illud etiam fit, vt donationem bonorum † aduentitiorum mortis causa 3
factam à filiofam. accedente consensu patris, non filius ipse possit ex pœnitentia reuocare, sed pater vt sit vtilis reuocatio in eum casum, quo filius viuo patre

in ipſius poteſtate moriatur. Donationem verò caſtrenſium, etiam cui pater conſenſum accommodauerit, non pater reuocare debeat, ſed filius vt reuocatio valeat, quamuis idem filius poſtea viuo adhuc patre moriatur: nempè quia reuocare donationem eius eſt qui donator eſt, & qui non reuocata donatione intelligeretur, cum ea vltima voluntate deceſſiſſe. Hoc verò in bonis caſtrenſibus conuenit filiofamilias non patri. In aduentitiis autem patri, non filio: nam in caſtrenſibus poteſt filiusfamilias decedere cum vltima voluntate, in aduentitiis non poteſt, vt à nobis in præcedentibus ſatis ſupérque probatum fuiſſe arbitramur. Ad hunc igitur tractatum noſtrum non pertinent eæ donationes cauſa mortis quæ viuo donatore implentur, & quæ nihil ſimile habent cum vltima voluntate. De quibus dicemus *in Err. 7, & 8. Decad. ſeq.*

ANTONII FABRI IC.

Decas Quadrageſimaquarta.

ERROR I.

De numero teſtium, qui requiritur in donatione cauſa mortis.

SVMMARIA.

1 *Error interpretum de num. teſtium quinario, quem in donatione cauſa mortis neceſſarium eſſe autumant.*
2 *Duos teſtes ſufficere in donatione cauſa mortis.*
3 *Donatio cauſa mortis non fit niſi inter præſentes idque per traditionem, aut ſtipulationem.*
4 *Cur plures teſtes in vltimis voluntatibus requirantur quàm in contractibus.*
5 *Donationum inſinuatio cur introducta.*
6 *Vltima voluntates inſinuatione cur non indigeant.*
7 *Ante Theodoſium ad quantumlibet vltimam voluntatem non praciſè quinque teſtes requirebantur.*
8 *Ex eo quòd donationes cauſa mortis æquiparantur legatis non ſequi, in illis quinque teſtes neceſſarios eſſe.*
9 *Ex placitis Iulij Clari & aliorum interpretum probari in donatione cauſa mortis quinque teſtes non neceſſario requiri.*
10 *Num Iuſtin. in l. vlt. C. de donat. cauſ. mort. conſtituerit in donatione cauſa mortis quinque teſtes requiri, & qua ſit d. l. ſententia.*
11 *Donationes inter viros exceptis iis ſolis quæ in contractu matrimonij fiunt, ſine diſtinctione quantitatis, hodie apud Gallos inſinuari oportet.*
12 *In donationibus cauſa mortis in quibus quinque teſtes non interuenerunt qua diſtinctio ſit attendenda, vt quæ valeant intelligamus.*

PERGEMVS hac Decade reliquos pragmaticorum & interpretum noſtrorum errores indicare ac refellere, qui nobiliores & frequentiores occurrunt in tractatu De donatione cauſa mortis. Inter
1 cæteros verò mihi præcipuus † ille videtur, & maioris momenti, quod volunt omnes non aliter valere donationem cauſa mortis, quàm ſi fiat præſentibus quinque teſtibus. Sic enim noſtri *ad l. vlt. per illum textum. C. de donat. cauſ. mort.* Moti non ex eo ſolùm quòd Iuſtin. *in diſt. l. vlt.* hoc ipſum expreſſim conſtituere videtur, ſed ex illo etiam, quod ibidem Iuſtinianus ait donationes cauſa mortis in omnibus eſſe æquiparandas legatis, vt nulla ex parte abſimiles videantur. Certum enim eſſe quacumque vltima voluntate extra teſtamentum quinque teſtes requiri vt in teſtamento ſeptem, *l. vlt. §. vlt. C. de codic.* Idque videtur conſequens ei quod præcedente Decade tanta contentione diſputauimus. Eum qui cum vltima voluntate decedere non poteſt, nec mortis cauſa donare poſſe, quia donatio cauſa mortis, vltimæ voluntatis ſpecies eſt. Neque verò ex tot interpretibus iuris ne dicam ex pragmaticis noſtris reperias vel vnum qui de hoc dubitet. Adeò inualuit error hic in ſupremis quoque tribunalibus. Ego ſanè errorem eſſe & quidem improbabiliſſimum, auſim dicere. Etſi enim verum eſt donationem cauſa mortis ſpeciem eſſe vltimæ voluntatis, propterea quòd effectus eius conferatur poſt mortem donatoris, quæ natura eſt vltimarum omnium voluntatum, nulla tamen † ratio eſt 2
cur non duo teſtes perinde ſufficere debeant, atque in donatione inter viuos ſufficerent. Generalis ſiquidem propoſitio eſt, vbi numerus teſtium non adiicitur, duos ſufficere, pluralemque elocutionem duorum numero contentam eſſe, vt ait Vlpianus *in l. vbi numerus. 12. D. de teſtibus.* Non enim nuda voluntate conſtat donatio cauſa mortis, vt cæteræ vltimæ voluntates, ſed vel traditionem requirit, vel ſtipulationem, vnde nec † niſi inter præſentes fieri dicitur, *l. inter mortis. 38. D. de mort. cauſ. donat.* quia inter abſentes neque traditio, neque ſtipulatio fieri poſſet. Porrò interueniente traditione, vel ſtipulatione, de qua conſtet, quid neceſſe eſt adeſſe quinque teſtes ad probandam aut validandam donationem? Nam nec aliam ob cauſam inductum fuit vt plures † requirerentur teſtes in vltimis vo- 4
luntatibus quàm in contractibus, niſi quod maius eſſet periculum comminiſcendæ falſitatis, *l. Diuus. 14. D. de milit. teſtam.* cuius tamen periculi non video quinam metus maior ſubſit in donatione cauſa mortis, quàm in donatione inter viuos, cùm idem modus ſit vtriuſque contrahendæ, ſiue per traditionem fiat, ſiue per ſtipulationem. Tantúmque abeſt, vt tot teſtes in donatione cauſa mortis interuenire olim voluerint Iureconſulti, vt illo etiam caſu, quo traditionem à donatore factam eſſe nullomodo conſtaret, ſufficere tamen vellent, quod in poſſeſſione donatarius reperiretur ad probandam non tantùm donationem, ſed etiam donationis traditionem, vt Paulus ſcribit *lib. 5. Sentens. tit. 1. §. 1.* qui locus cùm generaliter de donatione loquatur, non minùs ad mortis cauſa donationem accommodari poteſt, quàm ad eam, quæ fiat inter viuos. Sed & cùm donationum † inſinuatio introducta 5
ſit ob id tantùm, vt fraudibus via præcludatur, *l. data. 27. Cod. de donat.* quid neceſſe obſecro fuiſſet conſtitui ab Imperatore Conſtantino vt donationes cauſa mortis, non minùs quàm donationes inter viuos egerent inſinuatione, *in l. donatio. 25. eodem tit.* ſi non niſi

niſi adhibitis quinque teſtibus donatio cauſa mortis valere potuiſſet? Ideò namque placuit vltimas voluntates † inſinuatione non indigere, quod maior numerus teſtium, qui pro ſolemnitate in iis exiguntur, omnem fraudis ſuſpicionem tollere videretur. Quamquam non ignoro reſponderi poſſe ante conſtitutionem Theodoſij † *in d.l.vlt.in fin.C.de codic.* quam ſecutus eſt Iuſtinianus *in l.cùm antiquitas.* 28. *in fin. C. de teſtam. & in d.l. vlt. C. de mort. cauſ. donat.* ac proinde Conſtantini temporibus ita ius fuiſſe vt pauciores quàm quinque teſtes ſufficere poſſent ad quamcumque vltimam voluntatem. Primus enim Theodoſius fuit, qui numerum illum præſcripſit, cùm antea ſatis eſſet quocumque modo conſtare fidem ſiue epiſtolæ, ſiue codicillis, quibus fideicommiſſum relictum eſſet, vt ſi manu eius ſcripti reperirentur, licet neque obſignati, neque ab vllis teſtibus ſubſcripti eſſent, *l.vlt.in princ.de leg.* 2. Quòd ſi nulla ſcriptura proferretur, probari quidem oportebat fideicommiſſum per teſtes, præſertim quod nutu relictũ eſſet, *l.nutu.* 21. *de legat.* 3. *l.& in epiſtola.* 22. *C. de fideic.* at non per quinque potiùs, quàm per quatuor aut tres, ſed vt aliud quidlibet: Ergo per duos. Id enim eſt quod dicebat codicillos aliaſque vltimas voluntates extra teſtamentum nullam iuris ſolemnitatem & ordinationem requirere, §. *vlt. Inſt. de codic.* An non enim iuris ſolemnitas illa eſſet, & quidem maxima, ſi quinque teſtes omnimodo requirerentur? Hoc etiam addito quod habet Theodoſij conſtitutio *in d.l.vlt. C. de codic.* vt eodem tempore quinque illos teſtes adhiberi oporteat, & præterea cùm in ſcriptis voluntas componitur à teſtibus ipſis ſcripturam ſubnotari? Dices ex ea ipſa conſtitutione ſufficere vt quinque illi teſtes fortuitò venerint, nec requiri vt fuerint rogati quomodo in teſtamẽto requiretur: Sed nihil aliud ex eo inferre poſſis, niſi, quod equidem fateor, minorem in codicillis, quàm in teſtamentis exigi ſolemnitatem. At non etiam vt nulla prorſus in codicillis exigatur, vt ſcriptum eſt *in d.§.vlt. de codic.iunct.l.Diuus.* 6. §. 1. *& 2. D.eod.* vbi ob hanc cauſam Marcianus ait, & plures codicillos poſſe quem facere, cùm tamen nemo poſſit decedere cùm pluribus teſtamentis, & codicillantis manu neque ſcribi eos neque ſignari neceſſe eſſe. Adeò vt quamuis ille in confirmatione codicillorum adiecerit vt non alios valere velit quàm ſua manu ſignatos & ſubſcriptos, tamen valeant ab eo facti codicilli, licet neque manu eius ſcripti, neque ab eo ſignati fuerint. Quis ergo credat tot teſtes iam olim fuiſſe requiſitos in fideicommiſſis & codicillis? Et verò ſi non aliter quàm tot adhibitis teſtibus valere fideicommiſſum poterat, quomodo fieri obſecro potuiſſet, vt fideicommiſſum vllum tacitè ac in fraudẽ legum relinqueretur? Nam & cum quis chirographo & domeſtica cautione ſe obligaſſet ad præſtandum fideicommiſſum ei qui capere non poſſet, quod demum erat tacitè fidem accommodare, *l.in tacitis.* 103. *de legat.* 1. *l.3 in princ. D.de iur.fiſc.* tametſi fiſcus ea bona pro ſuo iure vindicare noluiſſet, an non ſemper potuiſſet dicere is, qui rogatus erat, non poſſe ſe ex propria cautione conuenirtiad præſtandum fideicommiſſum quod nullis, nedum paucioribus, quàm quinque teſtibus adhibitis relictum eſſet? quódque ideo non valeret? Quòd ſi fideicommiſſum ſine teſtibus fieri poterat dummodò de fideicommittentis voluntate conſtaret, aut duo ad ſummum teſtes ſufficere poterant reiecto ſine ſcriptis fideicommiſſo, quis credat mortis cauſa donationem quantumuis ſimilem vltimis voluntatibus ſine quinque teſtibus fieri non potuiſſe? Alioqui ſi huius ſolemnitatis neceſſitatem inferre velis ex eo quod olim donationes † cauſa mortis æquiparabantur legatis. Perinde concludes non valuiſſe donationem cauſa mortis niſi in qua teſtes ſeptem adfuiſſent. Nec enim valebant legata, niſi quæ in teſtamento relicta eſſent, aut ſaltem in codicillis teſtamento confirmatis, teſtamentum autem niſi adhibitis ſeptem teſtibus fieri non poterat, quamuis codicilli teſtamento confirmati non maiorem ſolemnitatem requirerent, quàm qui ab inteſtato facti eſſent, propterea quòd quæ in iis ſcripta erant ſic habebantur, non quaſi in codicillis, ſed quaſi in teſtamento ſcripta fuiſſent, *l.2. §. codicillorum l. ab inteſtato.* 16. *ad fin. D. de iur.codic.* Huic verò noſtræ ſententiæ, † quæ negat requiri quinque teſtes in donatione cauſa mortis, videtur etiam conuenire quod ex interpretibus noſtris plerique ſolent diſtinguere in quæſtione illa, Vtrum donatio cauſa mortis ſit contractus an vltima voluntas. Aiunt enim donationem cauſa mortis quod ad modum & ordinationem ſcilicet dum in eſſe deducitur, vt loquuntur, æquiparari contractui, ſed poſtquam in eſſe deducta eſt quod ad effectum & efficaciam cenſeri vltimam voluntatem. Sic namque ex communi noſtrorum ſententia Iulius Clarus *lib.4. Sent. §. donatio, quæſt.5.* vbi ex hoc infert, quòd ſi ſtatutum aliquod diſponat vt in contractibus conficiendis duo debeant interuenire notarij, ita ſeruandum erit in donationibus cauſa mortis, ſi verò aliud ſtatutum diſponat quòd vltimæ voluntates habeant executionem paratam, pariter donatio cauſa mortis habebit paratam executionem, quia, inquit, illud ſtatutum diſponit circa contractus, prout ſunt in fieri, merito comprehendit donationem cauſa mortis. Hoc autem diſponit de vltimis voluntatibus iam in eſſe deductis: ideò locum habet etiam in donatione cauſa mortis: Il conuerſo autem ſi ſtatutum diſponeret, quod in vltimis voluntatibus conficiendis deberent interuenire duo notarij, non comprehenderet donationem cauſa mortis. Verba ſunt Clari ex quibus clarè apparet, non poſſe igitur exemplum vltimarum voluntatum facere vt in donatione cauſa mortis debeant interuenire quinque teſtes. Pertinet enim ea res ad modum & ordinationem donationis cauſa mortis dum in eſſe deducitur, non ad effectum & efficaciam ipſius iam in eſſe deductæ, vt & exemplum illud probat, quod idem Clarus adfert ex ſtatuto. Illud ergo dumtaxat pro interpretibus facit, quod Iuſtinianus † hoc ipſum conſtituiſſe videtur *in d l.vlt.C.de donat.cauſ.mort.* vt in donatione cauſa mortis, ſicut in alia qualibet vltima voluntate quinque teſtes omnimodo requirantur. At reſpondeo non ita eſſe accipiendam eam conſtitutionem, ſed ſic potiùs, vt abrogata lege Conſtantini *in d.l.donatio.* 25. *C. de don.* quæ donationes omnes etiam cauſa mortis factas inſinuari præceperat, hodie valeat donatio cauſa mortis etiam non inſinuatâ, & defendatur tanquam alia quælibet vltima voluntas nullam exigens inſinuationis ſolemnitatem. Si modò in vicem inſinuationis adſit ſolemnitas alia quinque teſtium, quæ in alia qualibet vltima voluntate requireretur. Nam cùm nec aliam ob cauſam inducta ſit inſinuatio, niſi vt fraudibus via præcluderetur, quemadmodum diximus, quis metus fraudis ſubeſſe poteſt cùm quinque teſtes adhibentur? Ac ſanè cùm poſt generalem illam Conſtantini legem de donationibus omnibus inſinuandis, nullo alio iuris colore potuerit conſtitui vt donatio cauſa mortis ea in re à donatione inter viuos ſepararetur, quàm quod proximè accedat ad naturam vltimæ voluntatis, non potuit Iuſtinianus eam Conſtantini legem in donationibus cauſa mortis hoc prætextu abrogare, quin eam ipſam ſolemnitatem adhibendorum quinque teſtium in iis induxerit, quæ iam tum à Theodoſio inducta erat in omni vltima voluntate. Conſequens igitur eſt, vt ſi talis ſit donatio cauſa mortis, quæ etiamſi inter viuos eſſet, valeret tamen citra inſinuationem, puta non excedens ſummam quingentorum ſolidorum, *l. ſi quis argentum, Codic. de donat.* non eo minùs valere debeat, quòd non habeat quinque teſtes, Alioquin fatendum eſſet factum de-

quod mortis cauſa donatio præſenti tantùm fiat, inter viuos autem etiam abſenti ex *l. nec ambigi. 6. Cod. de don. l. abſenti* 10. *iunct. l.* 4. *D. eod.* Itaque ſi quando
4 dubitetur † an donatio ſimpliciter quidem facta: ſed tamen adiecta mortis mentione donatio inter viuos dicenda ſit, an donatio cauſa mortis, ſolent illi ad hanc diſtinctionem recurrere an præſenti facta ſit, an abſenti, vt poſteriore caſu cenſenda ſit donatio inter viuos, poſteriore verò cauſa mortis. Fateor ego ita † olim ius
5 fuiſſe vt mortis cauſa donationem præſenti donatario fieri oporteret. Sed dico nullam fuiſſe vnquam hac in re inter donationes differentiam, nec hodie vllam eſſe, ſed in abſentem quoque tam inter viuos quàm mortis cauſa donationem hodie conferri poſſe. Idque mecum fatebitur quiſquis rationem intelliget cur olim donatio cauſa mortis in abſentem conferri non poſſet. Ratio illa eſt, quam in præcedentibus inculcare ſæpius
6 coacti ſumus, quod olim donatio † non aliter fieri poſſet, quàm interueniente traditione vel ſtipulatione, vt Iuſtinianus refert in *l. ſi quis argentum.* 35. §. *ſed ſi quidem Cod. de don.* & conſtat ex *l. Papinianus* 23. *D. de donat. inter virum & vxor.* At neque ſtipulatio neque traditio poterat fieri inter abſentes *l.* 1. *D. de verb. obligat.* Niſi cùm fiebat per interpoſitam perſonam vt in *l.* 4. *D. de donat.* puta ſi quis donans abſenti mitteret nuncium qui ei ferret, aut quod iam donatarius ipſe penes ſe haberet, ſibi eum habere iuberet *dict. l. abſenti*
7 10. *D. eod.* His enim caſibus † nihil prohibebat quominus abſenti poſſet donari, etiam perfecta per traditionem donatione, ſiue quod inter præſentes fieri traditio videretur per miniſterium interpoſitæ perſonæ, ſiue quod eo caſu quo donatæ rei poſſeſſio iam penes donatarium eſſet, iuſſus ille donatoris vt ſibi eam rem donatarius retineret pro traditione habendus eſſet. Neque aliud iuris in donatione mortis cauſa fuiſſe exiſtimandum eſt, aliud in donatione inter viuos. Etſi enim ſupradicti loci ſunt de donatione inter viuos, dubitandum tamen non eſt, quin mortis quoque cauſa donatio iam olim potuerit ita fieri abſenti, ſi vel per nuncium res quæ donabatur ad eum ferenda mitteretur, vel is cui donabatur, id ipſum quod iam penes ſe habebat ſibi retinere iuberetur: vt probari poteſt ex *l. cùm pater.* 77. §. *Mœuio de legat.* 2. in cuius ſpecie dubitandum non eſſet quin donatio cauſa mortis valeret quamuis in abſentem collata, ſi mandatarius cuius perſona interponebatur ad tradendum viuo donatore eodemque mandatore, quod ei debebat ſoluiſſet donatario: cùm & valeat donatio facta per mandatarium ſolutione poſt mortem eam mandatoris, ſi modo eam mandatius ignorabat, vt ſcripſimus in Errore tertio Decadis præcedentis. Item ex *l. quod bonis* 15. *in prin. D. ad l. falcid.* vbi donatio cauſa mortis etiam remiſſo per nudum pactum debito facta proponitur. Non quod olim iam eſſet receptum in donatione cauſa mortis vt nudo pacto fieri poſſet, quomodo quidam putant, ſed quia cùm debitor iam penes ſe haberet id quod debebat, nec tantum poſſeſſionis ſed etiam dominij iure *l.* 1. *D. de liber. legat.* nulla alia traditione indigebat donatio vt perficeretur, niſi vt debitor idipſum quod debebat ſibi retinere iuberetur, quod cùm nuda voluntate creditoris fieri poſſet, multo magis pacto nudo: Nulla igitur fuit olim differentia hac parte inter donationes inter viuos & cauſa mortis, & quibus caſibus abſenti potuit donari inter viuos, potuit etiam donari cauſa mortis, ac vice verſa quibus non potuit donari abſenti inter viuos, nec mortis cauſa potuit. Bene autem Bart. in *d. l. nec*
8 *ambigi. 6. Cod. de donat.* eas demum † donationes inter abſentes fieri poſſe ait quæ à traditione incipiunt. Nam ad has pertinent exempla illa ſuperius allata, non ad illas quæ incipiunt à ſtipulatione quoniam ſtipulatio inter abſentes contrahi numquam poteſt, *l.* 1. *D. de verb. oblig. l.* 3. *Codice de inutil. ſtipulat.* quamquam in iis quoque donationibus quæ à traditione incipiunt notatu dignum illud eſt quod ait Paulus in *dict. leg. abſenti*, ſi donatarius neſciat rem quæ apud ſe eſt ſibi eſſe donatam, vel miſſam ſibi non acceperit, non fieri eum dominum rei donatæ, etiamſi per ſeruum eius cui donabatur ei miſſa fuerit, quia concurrere oportet voluntatem † vtriuſque, id eſt tam do- 9
natarij quàm donatoris ad perficiendam donationem, ſiue inter viuos illa ſit ſiue mortis cauſa. Idcóque ſubiungitur meritò ea exceptio † in *dict. leg. abſenti. Niſi* 10
ea mente ſeruo eius data fuerit vt ſtatim eius fiat. Etſi enim dici ſolet liberalitatem nolenti acquiri non poſſe *l. hoc iure* 19. §. *non poteſt eodem titul.* cùm tamen traditio animo donandi ſit ei per quem etiam inuitis nobis acquiratur, quod contingit quoties ſeruus quem in poteſtate habemus, vel ſtipulatur, vel aliquid per traditionem accipit etiam inuitis nobis, id nobis quoque inuitis acquiri neceſſe eſt *l. etiam inuitis* 320. *de acquirend. rerum dominio l. ſeruus vetante* 62. *De verborum obligation.* Proinde cùm donator rem donatam tradit ſeruo donatarij, ſufficit ad ſtatim transferendum dominium in donatarium vt ea mente donator rem tradat, nec præterea exigimus donatarij voluntatem. At cùm hodie placeat donationem † quamlibet poſſe fieri 11
etiam pacto nudo ex Iuſtiniani conſtitutione in *dict. l. ſi quis argentum §. ſed ſi quidem*, nec minùs donationem cauſa mortis quàm inter viuos, vt omnes noſtri concludunt in *dict. §. Mœuio l. cùm pater* 77. *de legat.* 2. quamuis patum probabiliter vt ſequenti capite diſſeremus. Dico quod miror non iam omnes dixiſſe, Illud etiam conſequens † fieri ſi opinionem interpretum 12
pro lege habere velis, vt hodie donatio quælibet ſiue inter viuos facta ſit, ſiue mortis cauſa, in abſentē cōferri poſſit: nec tātùm iis caſibus quibus olim, ſed & aliis omnibus in quibus placet pactum inter abſentes contrahi poſſe. Cùm enim pactum nihil aliud ſit quàm duorum pluriúmve in diem placitum & conſenſus *l.* 1. *D. de pact. l.* 3. *D. de pollicit.* certum eſt poſſe illud fieri etiam inter † abſentes & per epiſtolam aut per nun- 13
cium *l.* 2. *D. de pact. l. qui autem* 14. §. *vltim. D. de conſtit. pecun. l.* 1. §. *vltim. de contrab. empt.* Quid ergo impediet quominus hodie donatio etiam mortis cauſa fiat abſenti, quoties fit nudo pacto? Neque tamen illud ſtatim conſequens eſſe arbitror, quod interpretibus noſtris vulgo placet, ſi quis in teſtamento † dixe- 14
rit ſe alicui donare, qui tum præſens reperiatur, cenſendam eam donationem cauſa mortis potiùs, quàm vel legatum vel fideicommiſſum, quaſi pacto interueniente, cùm præſenti donatur etiam tacenti, vt ſupradicto loco Clarus tractat poſt Bart. & alios ibi citatos & quæſt. 14. numer. 5. verſicul. ſed pone. Nam vt verum ſit quod illi volunt, non eſſe conſenſum præſumptum ſed verè ac propriè pactum quoties promiſſio fit præſenti & tacenti, de quo tamen dubitari ſatis poteſt, ne alioqui conſequens fiat pollicitationem non valere poſſe iure pollicitationis, niſi quæ ſit facta abſenti, quod non probo, non eſt bona conſecutio ſi quis ex eo inferat pacti vel donationis iure cenſeri debere voluntatem omnem quæ teſtamento collata ſit in præſentem. Etſi enim legatorum & fideicommiſſorum ea natura eſt vt abſenti quoque dari poſſint, nihil tamen vetat ea dari etiam præſenti vt ex eo apparet quod placet etiam legatarios & fideicommiſſarios ſolenni teſtamento ſiue in ſcriptis ſiue per nuncupationem factum ſit, teſtes adhiberi poſſe §. *legatarius. Inſtitut. de teſtament. ord.* Nec quod teſtator donationis verbo vſus ſit, excludit interpretationem relicti legati, vel fideicommiſſi, cùm & legatum † & fideicom- 15
miſſum donatio bene dicatur *l. legatum eſt donatio* 32. *l. miles ad ſororem* 75. *in princip. l. cùm pater* 77.

§ donationis de legat. 2. l. si donatio. 5. vbi Bartol. C. de don. l. ex hac scriptura. 16. D. eod. Idque meo iudicio indubitatum est, quoties donandi verbo quis vsus est in eo actu, in quo legata vel fideicommissa relinqui solét, vt in testamento vel codicillis. Tunc enim vix credibile est donatorem de donatione siue mortis causa, siue inter viuos facienda cogitasse, quæ nec in testamento, nec in codicillis fieri vel solet, vel potest. Testamentorum † siquidem vsus inductus est propter hereditates 16
& legata, codicillorum verò propter fideicommissa. Donationum verò causa mortis separata conditio est, vt & donationum inter viuos, cúmque olim non nisi traditione vel stipulatione interueniente fieri solerent, non erat in potestate donatoris facere, vt siue inter viuos siue mortis causa donasse videretur, si neque traditio, neque stipulatio interuenisset, quarum neutra sanè fit per testamentum neque per codicillos: vt neque pactum. Essent enim omnes isti actus alieni ab actu testandi, cùm is qui testatur nihil minùs agat quàm vt paciscatur. Et
17 quamuis non ignorem placere vulgò interpretibus † post Accurs. *ad Heredes palam. 21. §. vlt. D. qui testam. facer. poss.* etiam contractum posse fieri in testamento, præsertim donationem & venditionem, quarum exempla adfert Accursius, nunquam tamen dubitaui quin falsa esset ea opinio, quamquam communiter ab interpretibus adprobata, vt Iulius Clarus attestatur *libro 4. sent. §. test. qu. 75.* Pugnat enim manifestissimè cum *d. §. vlt.* vbi scriptum est vno contextu actus testari oportere. Vno autem contextu testari nihil aliud esse, quàm nullum actum alienum testamento intermiscere, id est, vt sequentia explicant, non qui repugnet testamento, sed quòd ad testamentum non pertineat. Quid verò commune est contractibus adeóque donationi siue inter viuos siue causa mortis, cum iure testamenti vt ad ius testandi pertinere videantur? Aut si quid commune est, cur Vlp. *in l. verba. 20. de verb. signific.* scribit verba *contraxerunt, gesserunt*, ad testandi ius non pertinere? Sed apertior pro nobis contra interpretes textus est & qui nullum dubitationi locum relinquit, *in l. cùm antiquitas. 28. in princ. C. de testam.* vbi non solùm refert & probat Iustinianus veterem illam iuris regulam, quæ vult præcisè nullo actu interueniente fieri testamentum, sed eam quoque ita interpretatur vt nihil omninò debeat intercedere, quod sit superfluum, & vt idem ille interpretatur, quod minimè sit necessarium ad testamentum. Quis autem dicat necessarium esse ad testamentum vt quis contrahat, vel donet inter viuos aut causa mortis, id est res suas tradat, vel stipulanti promittat? Fuitque apud veteres tantæ obseruationis & superstitionis ea regula vt opus fuerit Iustiniani constitutione illa, ad faciendum vt si quid necessarium euenerit ipsum corpus laborantis respiciens, id est vel victus necessarij vel potionis oblatio, vel medicaminis datio vel impositio, quibus relictis ipsa sanitas testatoris periclitetur, vel si quis necessarius naturæ vsus ad depositionem superflui ponderis imminear, vel testatori vel testibus, non idcircò confirmetur testamentum. Quantò minùs ergo passi fuissent prudentes valere testamentum in quo esset intermixtus contractus? Nec ad
18 rem facit quod in † testamento fieri potest adsignatio liberti, quæ tamen neque legatum neque fideicommissum est, ob idque & extra testamentum fieri posset, *l. 1. §. adsignare & l. adsig. 17. D. de adsign. libert.* quo vno argumento interpretes nostri vti solent. Nam cùm adsignare libertum nihil aliud sit quàm testificari, cuius ex liberis post mortem patris libertum eum esse pater voluisset, *l. adsignare. 107. de verb. sign.* in testamento autem pater de libertis suis perinde ac de aliis suis bonis disposuerit, aut melius dicam de iure quod in libertos habet id est de iure patronatus (liberti enim cùm sint liberi extra commercium sunt, ideóque nec legari nec per fideicommissum relinqui possunt, vnde est quòd assignatio ipsa liberti neque legatum neque fideicommissum est) quid obsecro impedit quominùs assignatio liberti possit fieri in testamento? vt & confessio facta in testamento vel in codicillis, de qua *l. cùm quis decedens. 37. §. codicill. de leg. 3.* quæ confessio non contractus, sed probatio est, aut cur videri debeant actus illi alieni à testamento? an fortè aliquid simile habet contractui, vel donationi, quæ traditionem requirit aut stipulationem nuda testificatio voluntatis? Planè possit quis hodie probabilius † fortasse contendere donatio- 19
nem siue inter viuos siue mortis causa in testamento aut in codicillis fieri posse, postquàm placuit Iustin. *in d. l. si quis argentum, §. sed siquidem, C. de don.* vt donatio neque stipulationem neque traditionem requirat vt olim: sed contenta sit nuda testificatione voluntatis, non minùs quàm adsignatio liberti. Sic namque accipienda mihi videtur ea constitutio Iustiniani, non vt possit hodie fieri donatio nudo pacto, quomodo ab interpretibus vulgò accipitur, sed vt non minùs etiam citra pactum quàm citra stipulationem. Nec enim Iustinianus meminit eo loco pacti nudi, at neque pollicitationis, quæ minùs est quàm pactum, *d. l. 3. D. de pollicit.* sed exigit tantùm vt donator voluntatem suam testificatus sit quod donare velit, aut vt Iustiniani verbis vtar: *Quod donare instituit*, vt ex nuda illa voluntatis suæ testificatione possit ille conueniri ad rem tradendam, nec tantùm ipse, sed & heredes eius, nec rursus donatario dumtaxat sed etiam heredibus donatarij, idque conditione ex lege illa Iustiniani. Quòd si quælibet voluntatis testificatio sufficit ad donationem, nulla iam ratio subesse videtur quare non possit fieri in testamento sicut & assignatio liberti, itémque pignus, de quo scribit Vlpian. *in l. non est mirum. 26. D. de pign. act.* posse illud constitui etiam testamento, ciúsque pignoris exempla sunt *in l. cum praetor. 8. §. si vni. 15. D. de transact. l. fundus. 9. D. de ann. legat. l. Lucius. 12. D. de alim. legat. l. 1. C. commun. de legat.* ex quibus tamen locis apparet non de illo pignore † intelligi hoc debere quod sit contrac- 20
tus, qui re perficitur, de quo *in l. 1. §. creditor D. de obligat. & action.* vt malè putant nostri qui ex illo etiam loco probare vulgò solent contractum fieri posse in testamento, (is enim non magis qui quam contractus alius quilibet fieri potest in testamento quin vitiet testamentum) sed de obligatione quæ nuda testatoris voluntate sine contractu & sine traditione constituatur, iure scilicet vltimæ voluntatis. Quidni enim liceat testatori res suas citra traditionem obligare testamento, quas & sine traditione posset alienare? An cui, quod plus est licet denegabitur quod longè minùs est? Denique pendet hoc ex lege duodecim tabularum quæ non tantùm institutiones heredum & legata confirmauit sed etiam quamlibet aliam vltimam patrisfamilias voluntatem, dummodò per modum legis hoc est verbis imperatiuis declararam, Verbis nimirum illis generalibus, *Paterfamilias vti super sua re legassit ita ius esto l. verbis legis. 120. de verb. signific.* Atque ita esse vt tale pignus non iure contractus censeri debeat, sed iure vltimæ voluntatis, ex eo apparet, quod dubitandum non est, quin neque testatore viuo incipiat, neque post mortem aliter competere possit creditori vel legatario, quàm si testator in eadem decesserit voluntate, quod vtique falsum esset, si contractus pignoris initus intelligeretur. Pignus enim semel constitutum tamdiu durat, quandiu pecunia soluta non est, adeóque quod magis est, etiam personali obligatione subnota & extincta, vt *in l. 2. C. de luit. pign. l. grege 13. §. etiam D. de pign. l. si rem. 9. §. omnis de pign. act. l. debitor. 59. D. ad SC. Trebel. l. penult. D. de except. rei iudic.* Et verò cùm nullus contractus † esse possit aut intelligi ne quidem tacitus sine 21
consensu saltem tacito duorum *l. 1. D. de pact. l. in*

omnibus

omnibus rebus 55. *l. in omnibus negotiis* 57. *D. de oblig. & action.* fatendum eſt neque contractum pignoris, neque alium vllum fieri poſſe in teſtamento, quin non ſolùm alienus teſtatoris intermiſceatur, ſed etiam quod abſurdius eſt aliena perſona eius ſcilicet qui contraheret cum teſtatore. Cùm igitur Iuſtinianus conſtituerit vt hodie donatio poſſit fieri quacunque teſtificatione voluntatis, etiam abſente donatario (nam neque donatarij præſentiam vlla conſtitutionis Iuſtinianeæ pars requirit) an dicemus conſequens eſſe vt hodie poſſit fieri donatio in teſtamento. Exemplo adſignationis liberti & pignoris? Non puto. Pertinet enim Iuſtiniani
22 conſtitutio † ad donationes inter viuos duntaxat vt ſequenti capite probauimus, quarum proprium ius illud eſt, vt ſint neceſſariò irreuocabiles. Nemo autem poteſt eam ſibi legem dicere, vt à voluntate illa quam teſtamento declarauerit recedere nunquam poſſit. *l. ſi quis in principio* 22. *de legat.* 3. *l. Diui* 6. §. *licet D. de inr. codicill.* Ergo ſi quis in teſtamento dixerit ſe alij donare ſimpliciter, non donatio inter viuos vèl mortis cauſa, quamuis præſenti donatum ſit facta eſſe intelligetur, ſed relictum legatum vel fideicommiſſum: ſi verò id etiã teſtator addiderit donare ſe inter viuos vel cauſa mortis, nihil egiſſe videbitur, ideſt neque donaſſe vel inter viuos vel mortis cauſa, quia eo modo non potuit neque legatum aut fideicommiſſum reliquiſſe, quia hoc non voluit, quamquam poterat ſi voluiſſet, vt & in *l. quoties* 9. *D. de hered. inſtit.* Sed fiet hoc apertius ex his quæ iamiam dicturi ſumus.

ERROR III.

De donatione cauſa mortis per pactum nudum.

SVMMARIA.

1 *Ex communi omnium interpretum ſententia, Donatio mortis cauſa nudo pacto hodie fieri poteſt.*

2 *Inſtiniani conſtitutionem in l. ſi quis argentum.* §. *ſed ſi quidem. Cod. de donat. unde interpretes ſtabiliunt ſententiam, non niſi ad donationes inter viuos pertinere.*

3 *Rationem conſtitutionis ad ſolas quoque inter viuos donationes pertinere.*

4 *Ex eo quod Inſtinianus in fin. d. l. dat donatarij heredibus actionem colligi eum de donatione mortis cauſa non ſenſiſſe.*

5 *Quod dicit Inſtinianus donatoris heredes cogi poſſe ad tradendam rem donatam conditione ex lege, pertinere ad illum tantum caſum quo donatarij heres haberet actionem, id eſt, ſi facta fuiſſet donatio inter viuos.*

6 *Secundum ius vetus Actiones, neque ab heredibus incipere poſſunt, neque contra heredes, ideóque quod dixit Inſtin. in d. l. de actione danda aduerſus heredem donatoris non poteſt intelligi de donatione mortis cauſa.*

7 *Ex pacto nudo donationis non poteſt agi contra heredem donatoris, eo modo quo agi ex ſtipulatione.*

8 *Donator cauſa mortis nulla actione compelli poteſt vt donationem à ſe factam impleat: multò minus eius heres.*

9 *Quanam ſpecialia inducantur ſi conſtitutio Inſtiniani ad mortis cauſa donationes porrigatur.*

10 *Inſtiniani conſtitutionem non pertinere ad donationem cauſa mortis.*

11 *Inſtiniani conſtitutionem locum non habere in donatione præſumpta.*

12 *Donationem cauſa mortis iam olim nudo pacto fieri potuiſſe falſo à quibuſdam aſſeri.*

CONSTANS vox eſt interpretum † omnium, & conſequenter pragmaticorum noſtrorum, Donationem cauſa mortis hodie nudo pacto fieri poſſe ſicut & donationem inter viuos ex Iuſtiniani conſtitutione in *d. l. ſi quis argentum.* 35. §. *ſed ſi quidem Cod. de donat.* Sic enim noſtros vulgo ſentire poſt Accurſium ad *l. cum pater.* 77. §. *Manio. in verb. donabat. de legat.* 2. eámque eſſe communem opinionem interpretum teſtatur Iulius Clarus relatis multis *lib.* 4. *ſentent. in* §. *donatio. queſt.* 14. *num.* 2. Non quod putent verba conſtitutionis adeò eſſe generalia, vt vtrique donationis generi conueniant, ſed quia nullam vident ſubeſſe rationem diuerſitatis, cur aliud hoc caſu dici debeat in donatione cauſa mortis, quàm in aliis donationibus quæ inter viuos fiunt, vt Clarus ratiocinatur. Mihi videtur in hac quæſtione quæ non ad iuris rationem ſed ad ſolam Iuſtinianeæ conſtitutionis interpretationem pertinet, non de alio quærendum eſſe quàm quid Iuſtinianus conſtituerit & conſtituere voluerit, neque valde laborandum an eadem ſit ratio vtriuſque generis donationum ſi verba conſtitutionis ad alterum duntaxat genus donationis accommodari poſſint, earum ſcilicet quæ fiunt inter viuos. Sed tamen ex verbis ipſis Iuſtiniani ſi bene perpendantur apparebit manifeſtiſſimè, non ſolùm de donationibus inter viuos duntaxat ſenſiſſe Iuſtinianum, ſed etiam longè diuerſam eſſe rationem donationum cauſa mortis, vt proinde idem in iis quod in cæteris conſtituere Iuſtinianus neque debuerit, neque iuris aut æquitatis colore aliquo potuerit. Verba conſtitutionis † non niſi ad donationes inter viuos pertinere, ex eo intelligimus, quod Iuſtinianus vnum conſtituit, vt is qui donare ſe dixit, licèt neque rem donatam verè fictéve tradiderit, neque ſtipulanti donatario promiſerit, cogatur tamen tradere, ac traditionem quam facere ſe teſtificatus ſit adimplere non minùs quàm ſi ſtipulanti promiſiſſet. Atqui certum eſt donatorem cauſa mortis, cum quoque cùm ſtipulanti promiſit, cogi non poſſe vt tradat præſtétve quod promiſit, quia ex eiuſmodi donatione nulla naſcitur exactio: niſi poſt mortem promiſſoris. *l. mortis cauſa donatio.* 34. *D. de mortis cauſ. donat.* quia cùm is qui mortis cauſa donat, malit ſe habere quàm donatarium. *lege primâ. Senatus* 35. §. *ſed mortis, eodem titul.* fieri nullomodo poteſt vt ex cauſa huiuſmodi donationis viuus donator à donatario inquieteretur, cùm neque perfecta videatur donatio priuſquàm mors inſecuta ſit donatoris. *l. non videtur.* 32. *eodem.* Accedit quod Iuſtinianus non aliter donationem ita factam valere patitur quàm ſi ſit inſinuata, cùm ſtatutam & legitimam ſummam excedat. Atqui donationes inter viuos ſolæ illæ ſunt quæ inſinuationem requirunt non etiam donationes cauſa mortis. *l. vltim. Cod. de donation. cauſa mort.* Ad ſolas igitur donationes inter viuos non ad cæteras ea conſtitutio pertinet: ſicut & ratio † ipſa conſtitutionis, quæ alia non eſt, quàm quod ſicut in arbitrio donatoris erat, priuſquam donaret, an donare vellet, ita poſt factam donationem in eiuſdem poteſtate eſſe non debeat propoſitum ſuum defraudare: quod ipſum quid aliud eſt quàm donationem ſemel factam priùs etiam quàm impleta ſit irreuocabilem eſſe oportere? At hoc non conuenit niſi donationibus inter viuos, vt ſint irreuocabiles. Donationes enim cauſa mortis adeo reuocabiles ſunt, vt ſi fiunt ea lege, ne vnquam reuocentur, tranſire exiſtimentur in donationes inter viuos *l. vbi ita donatur.* 27. *l. Seia.* 42. §. *vltim. D. de mort. cauſ. donat.* Et verò quid prodeſſet ita ius conſtitui vt donator cauſa mortis rem donatam tradere cogeretur, cùm traditam quoque poſſet pro arbitrio quandocunque reuocare *l. ſi alienam* 13. *l. mortis cauſa.* 16. *d. l. Senatus.* 35. §. *ſed mortis, eod.* An non melius eſt ac tolerabilius inanem eſſe ſolam donationem ſine traditione, quàm ina-

nem quoque fieri traditionem quæ ſecura ſit ex donatione? Aut quid abſurdius quàm in donatorem inuitum dare actionem donatario, qui acceptam rem poſtea non poſſit inuito donatore retinere? Adde quod in fine † conſtitutionis Iuſtinianus contra donatorem dat 4
actionem non tantùm donatario, ſed etiam donatarij heredibus. Ergo etiam illo caſu, quo donatarius deceſſerit viuo donatore: Quo tamen caſu conſtat donationem cauſa mortis ipſo iure intelligi reuocatam *dict. leg. ſi alienam* 13. §. 1. *cod. Inſtit. de donat.* Quemadmodum enim donator cauſa mortis mauult ſe habere quàm donatarium, tametſi donatarium malit habere quàm heredem ſuum. Ita & mauult heredem ſuum habere quàm heredem donatarij, ſi donatarius ipſe nunquam habuerit, cuius vtique ſolius perſonam intuetur, incertus ſcilicet donationis tempore quem heredem donatarius aliquando ſit habiturus. Ex his igitur apparet verba conſtitutionis ad donationes cauſa mortis accommodari nullo modo poſſe. Cur ergo poteſtatem & ſententiam conſtitutionis ad eas accommodabimus? 5
Nam quod iiſdem poſtremis verbis legis ſcriptum † eſt non tantùm donatorem, ſed etiam ipſius heredes cogi poſſe ad tradendam rem donatam condictione ex ea lege, cùm poſitum ſit in eadem clauſula & oratione in qua donatarij quoque heredibus eadem actio accommodatur, apparet ſatis debere aptari ad eum ipſum caſum in quo donatarij quoque heres haberet actionem, vt æqualis fiat determinatio ex vulgari brocardico doctorum ad *l. 4. D. de vulgar.* Atquin inauditum eſt donatarij heredibus dari actionem contra donatorem ipſum, ſi donatio fuit cauſa mortis, vt proximè diximus. Ergo neque in donatoris heredem hoc caſu dabitur. Contra quem tamen neceſſe eſſet dari, ſi poſt eam conſtitutionem valeret donatio cauſa mortis, etiam in qua nec traditio, nec ſtipulatio interueniſſet. Nam cùm iam dixerimus donatorem ipſum cogi non poſſe vt rem tradat, quam non niſi poſt mortem ſuam adeóque reuocabiliter donatam voluit, fatendum neceſſariò eſt vel inutilem prorſus eſſe donationem, vel actionem, dari in heredem donatoris vt tradat, quaſi perfecta iam per donatoris mortem donatione. Porrò in tota ea lege nihil eſt vnde colligi poſſit eam Iuſtiniani mentem eſſe, vt heredem donatoris teneri velit eo caſu quo ipſe donator quandiu vixit non potuerit conueniri. Quinimò noluiſſe illum vt donatoris heredem conuenire poſſet donatarius niſi eo caſu quo donator ipſe conueniri potuiſſet, intelligimus ex eo quod incipit Iuſtinianus à donatore, vt in eum dari debeat condictio ex lege ad hoc vt rem tradere compellatur. Deinde quaſi poſſet adhuc dubitari an ſi donator viuus eo nomine conuentus non fuiſſet, eadem actio contra ipſius heredem dari deberet, ſiue quòd non ſit nouum vt in heredem non detur actio, quæ contra defunctum dari potuiſſet. *l. in honorariis.* 35. *D. de obligat. & action.* ſiue quòd ea ratio, quæ mouit Iuſtinianum vt actionem daret contra donatorem non habeat locum in donatoris herede qui nihil donauit, Ne quis huic dubitationi locus ſupereſſet, ſubiunxit Iuſtinianus vello ſe, vt ea actione non tantùm donator, ſed etiam ipſius heres teneatur, ſcilicet in conſequentias tanquam in quem tranſmitti ſoleant cæteræ quoque actiones in defunctum competentes. Tantum abeſt vt voluerit Iuſtinianus poſſe actionem hanc incipere à donatoris herede, vt contra eum dari debeat actio, quæ non potuerit dari contra ipſum donatorem. Ac ſanè ſi hoc conſtituere in mortis cauſa donationibus Iuſtinianus voluiſſet, digna res erat, de qua ſpecialiter aliquid exprimeret. Iuris enim 6
veteris regula conſtans & perpetua fuit, actiones † neque ab heredibus incipere poſſe, neque contra heredes, nequidem contemplatione ſtipulationum, cæterarúmque cauſarum poſt mortem conceptarum, vt idem Iuſtinian. teſtatur in *l. vnic. Codice vt action. ab hered. & contr. hered. incip.* Ergo neque contemplatione donationum cauſa mortis quæ proculdubio continentur numero earum diſpoſitionum quæ conceptæ ſunt poſt mortem cùm donatoris mortem inſecutam eſſe neceſſe ſit priuſquam confirmentur; *d. l. non videtur.* 32. & *d. l. Seia.* 42. §. *vltim D. de donat.* Ideóque Marcellus in *d. l. mortis cauſa.* 34. *eodem.* non ſic loquitur vt dicat interpoſita ſtipulatione mortis cauſa incipere Actionem poſt mortem promiſſoris, ſed ait incipere exactionem, quæ non actio eſt ſed effectus actionis. Actio enim iuris eſt, exactio facti. Actio ex ſtipulatione interpoſita animo donandi cauſa mortis naſcitur quidem viuo promiſſore eodemque donatore, ſed non exactio, quia erit actio ſine effectu, ſi à donatario conueniatur vnus donator, quippe qui donationis quandocumque pro arbitrio reuocandæ habeat poteſtatem, vt neque vlla egeat exceptione donator ad ſummouendum donatarium quaſi præmaturè agentem, cùm ad infirmandam donationem ſufficiat quod donator eam valere nolit. Etſi autem ſupradictam iuris regulam Iuſtinianus abrogauit in *d. l. vnica. Codice vt action. ab hered.* inducto eo, vt actiones hodie poſſint incipere & ab heredibus & contra heredes, nondum tamen abrogauerat eo tempore quo facta eſt conſtitutio, de qua in *d. l. ſi quis argentum*, vt conſtat ex ambarum legum ſubſcriptione. Nam lex ſi quis argentum ſubſcripta eſt Lampadio & Oreſte Conſulibus 530. Illa vero lex vnic. ſubſcripta eſt poſt Conſulatum Lampadij & Oreſtis 531. & ſic poſterior eſt anno vno. Inde igitur fortiſſimum argumentum ſumitur conſtitutionem Iuſtiniani in *d. l. ſi quis argentum.* ſicuti non poteſt protrahi ad mortis cauſa donationes quantum ad ipſum donatorem quia non eſſet cogendus ille vt traderet, rem quam non niſi mortis cauſa donaſſet, ita neque quantum ad heredes donatoris, quia non poſſet fieri hæc protractio, quin eſſet illud inducendum contra iuris regulam, vt non tantum exactio, quomodo antea, ſed ipſa etiam actio inciperet contra heredem, quæ non potuiſſet incipere contra donatorem. Nam ſi quis dicat nihil vetare quominus ex pacto † nudo donationis agi 7
poſſit contra heredem donatoris, eodem prorſus modo, quo agi poſſet ex ſtipulatione, ſi qua cum donatore interpoſita fuiſſet. In promptu replicatio eſt differentiam inter hos caſus magnam eſſe, quia cùm interpoſita fuit ſtipulatio, naſcitur ſtatim actio, ſicut & obligatio ciuilis contra promiſſorem, quamuis differatur exactio in id vſque tempus quo deceſſerit donator. At ex pacto nudo nulla poteſt naſci ciuilis obligatio, ſi ponas ceſſare conſtitutionem Iuſtiniani, quæ pactum donationis fecit legitimum in *dict. l. ſi quis argumentum.* Nulla igitur actio quæ nimirum nulla eſſe poteſt ſine ciuili obligatione. Atqui ceſſat in donationibus cauſa mortis conſtitutio Iuſtiniani, vt probauimus. Non ergo dici poteſt ex nudo pacto donationis aliquam naſci actionem ciuilem contra donatorem cauſa mortis, & conſequenter ſi qua naſcatur aut detur contra heredem donatoris eam fatendum eſt incipere contra heredem, quod non æquè dici poſſet de actione quæ datur contra heredem donatoris ex ſtipulatione inita cum ipſo donatore. Incipit enim, naſcitur, competit aduerſus donatorem, licet non niſi contra ipſius heredem exerceatur. Idque apertius fiet, ſi conſideremus Iuſtinianum in *dict. §. & ſi quidem*, non illud conſtituere vt ſi quis donauerit non interueniente traditione neque ſtipulatione dominium rei donatæ hoc ipſo quæſitum donatario intelligatur, acſi traditio per donatorem facta eſſet. Verùm hoc tantùm, vt perinde cogendus ſit ipſe rem tradere acſi ſtipulatio interueniſſet. Huic enim conſequens fit vt quo caſu non poſſet donator cogi ad tradendum etiamſi ſtipulatio præceſſiſſet, eo ipſo caſu multo minus cogi poſſit ex Iuſtiniani lege, cùm ſtipulatio nulla interuenit. At non poſſet cogi

ad

ad tradendum etiamſi ſtipulanti donatario animo do-
8 nandi cauſa mortis promiſiſſet, quia donator † cauſa mortis nullo caſu donationem à ſe factam implere cogitur inuitus. Ergo neque cogetur ex Iuſtiniani conſtitutione. Qua porrò ceſſante quænam actio poteſt obſecro dari contra heredem donatoris? Omnes enim fatentur, & verum eſt, aliam actionem eſſe non poſſe, quàm condictionem ex lege Iuſtiniani, quod & verba illa legis probant, *nihilominus ex lege noſtra neceſſitatem ei imponi etiàm tradere hoc quod donare exiſtimauerit*. Igitur eo caſu quo ceſſat lex, condictionem quoque ex lege omnino ceſſare neceſſe eſt. Et quamuis regula iuris idipſum permitteret quod prohibet, vt poſſet actio incipere contra donatoris heredem, alia tamen lege opus eſſet quæ ſpecialiter id conſtitueret, vt condictio ex lege in eam rem dari poſſet. Non enim poteſt condictio ex lege vnquam eſſe amplior ea lege ex qua competit. Ad quod videtur reſpexiſſe Iuſtinianus cum actionem quam dederat, contra donatorem, & donatario dat, etiam contra heredem donatoris, & viciſſim heredibus donatarij. Quod aliter difficile fuiſſet ne dicam abſurdum condictionem ex lege iis dari, vel contra eos de quibus lex nihil dixiſſet. Alioqui poterat ſufficere quod ex regula iuris actiones omnes quæ defuncto & in defunctum, competierunt, tranſeunt in heredes *leg. 1. & tot. titulo Codice de heredit. action.* Quanto igitur abſurdius erit ſi conſtitutionem Iuſtiniani ſic interpretemur, vt condictio ex ea lege danda ſit contra heredem donatoris, non ſolùm eo caſu, de quo lex nihil locuta fuit, ſed quod etiam regula iuris faciat pro herede, ne ſcilicet teneatur eam rem tradere, quam donator ipſe, vt traderet, cogi non potuiſſet. Quanquam enim quibuſdam caſibus plenior actio competit heredi, vel aduerſus heredem, quàm competierit defuncto vel in defunctum, vt in *leg. ſi imprudentiam 51. §. non mirum. D. de euict.* manifeſtum tamen eſt in contrarium eſſe regulam iuris *l. heredem 59. l. hereditas. 62. De regul. iur.* In propoſito autem tractatu de donatione cauſa mortis hoc amplius eſt, quod non illa tantùm iuris regula facit pro herede donatoris ne teneatur rem tradere: quod eodem iure vti debeat heres quo defunctus, ſed etiam alia, quòd actio quæ nunquam competiit contra donatorem non poſſit incipere contra donatoris heredem. Quæ poſtrema ratio licet hodie locum non habeat poſt aliam eiuſdem Iuſtiniani conſtitutionem de qua in *dict. leg. vnica. Codice vt action. ab hered. & contr. hered.* non eo minus tamen bona eſt ad probandum, quod volumus priorem legem de donationibus quacumque voluntatis teſtificatione conficiendi ad donationes cauſa mortis extendi non oportere. Nec enim quid Iuſtinianus ea lege ſenſerit ſciri poteſt, aut coniectura vllacapi ex eo quod nondum erat tunc conſtitutum, quodque ſequenti anno conſtitutum fuerit alia lege. Nam ſi condictio ex lege Iuſtiniani non cœpit competere aduerſus heredem donatoris cauſa mortis ex quo die lata eſt ea lex quę induxit condictionem, nulla proculdubio lex eſt ex qua hodie poſſit competere, magis quàm olim. Et verò fieri non poteſt vt quod in
9 donatione † inter viuos conſtitutum eſt porrigatur ad mortis cauſa donationem, quin ſpecialia multa inducantur. Primum illud, vt ex pacto nudo detur actio, quod iuris regulæ non admittunt *l. iuris gentium 7. §. Sed cùm nulla. D. de pact. l. ſolet 15. D. de præſcr. verb.* Secundum vt detur actio contra heredem, quæ non potuit dari contra defunctum. Tertium vt actio incipiat, adeóque obligatio contra heredem. Denique vt cogatur heres tradere rem mortis cauſa donatam & quidem tradere irreuocabiliter, quam tamen ſi donator ipſe tradidiſſet, ille ipſe reuocare potuiſſet. Quod
10 ſi etiam ipſis interpretibus placet conſtitutionem † Iuſtiniani de donatione nudo pacto perficienda ad donationem remuneratoriam non pertinere quod ea non ſit propriè liberalitas & donatio, nec videantur ei conuenire verba conſtitutionis vt teſtatur Iulius Clar. in *dict. §. donatio quæſtione 14. numero tertio, poſt Bar. ad dict. leg. iuris gentium. 7. §. quinimo. numer. 20. D. de pact. & Iaſon ibid. numero decimo nono, & ſeq.* Cur volunt pertinere ad donationes cauſa mortis? An non æquè verum eſt donationes cauſa mortis propriè donationes non eſſe. *dict. leg. Senatus 35. §. Sed mortis:* vbi dicitur eum qui mortis cauſa donat ſe cogitare, & amore vitæ recipere malle quam mortis cauſa dediſſe. Immo ſi verum amamus donatio remuneratoria, quamuis non mera donatio. *l. Aquilius 27. & l. ſi pater 34. §. 1. D. de donat.* id eſt quæ nihil aliud immixtum habeat cum cauſa liberalitatis, cùm habeat gratitudinem admixtam & naturalem remunerandi obligationem, tamen vera donatio eſt: Donari ſiquidem dicitur id quod nullo iure cogente conceditur *l. donari 29. eod. l. donari 82. de reg. iur.* Nullo autem iure ne quidem naturali cogebatur dare is qui remuneratus eſt, quamuis ex naturali ratione gratum animum benefactori ſuo exhibere obligatus eſſet *l. Sed ſi ex lege 25. §. conſulunt. D. de petit. here.* Alioqui nulla poſſet mera eſſe ac ſimplex donatio, cum quiſquis alij donaret hoc ipſo acquireret ſibi obligationem & ſpem accipiendæ remunerationis, quam tamen nullam ſperare vnum id vere ac proprie donare eſt. Præter id quod difficile eſt vt donatio quantumuis ſimplex in quemquam conferatur cuius nulla merita præceſſerint *l. neq; adiecit. 9. D. pro ſocio. l. illud 20. §. 1. ibi.* illa verò quæ ſimplicem tantummodo donationem meruit *Codice de collat.* Itaque etiam remuneratoria donatio, à prudentibus noſtris appellatur donatio ſupradictis locis, & à Paulo *lib. 5. ſentent. titulo vndecimo, §. 6.* vnde ſumpta eſt & emendanda *dict. leg. ſi pater 34. §. 1.* vt ibidem Cuiacius adnotauit. Neque ſanè poteſt negari quin remuneratoria donatio plus habeat liberalitatis, & conſequenter minùs impropriè dici debeat donatio, quàm donatio cauſa mortis, quoniam qui donat vt remuneretur, hoc ipſo fit pauperior ex die donationis, & mauult donatarium quàm ſe habere. Nec quod iuſtam donandi cauſam habet donatarij remunerandi gratia, nocere debet, ſed potius facere donationem fauorabiliorem vt ſupradicto loco bene diſputat Clarus, quamuis ſubiiciat non eſſe in iudicando recedendum: à communi opinione, quam tamen falſam eſſe non dubito. Qui verò mortis cauſa donat nullam penitus liberalitatem exercet niſi eo modo quo ſi vel hereditatem ſuam, vel legatum vel fideicommiſſum relinqueret. Confert enim effectum ſuæ voluntatis in id tempus quo non erit amplius ipſe dominus, vt proinde non tam ſuam quàm alienam rem donare videatur. Eam ſcilicet quæ foret heredis ſi donata non eſſet vt de legato ſcribit Florentinus in *l. legatum 116. De legat. 1.* Denique nemo fit pauperior donando cauſa mortis, nec quicquam perdit cum tamen donare verè ac propriè ſit perdere *l. filiusfamilias 7. D. de donat.* Donatio igitur cauſa mortis neque mera neque vera donatio eſt, tantùm abeſt vt ſit liberalitas aut vt ei conueniant verba conſtitutionis quæ nec ſi vera liberalitas eſſet, tamen conuenirent, vt ſupra probauimus. Rurſum ſi verum eſt, quod iidem noſtri interpretes volunt † conſtitutionem Iuſtiniani 11
de qua agimus non habere locum in donatione præſumpta, puta in confeſſione doris facta per maritum conſtante matrimonio, teſte eodem Claro *dict. quæſt. 14. numero quarto, poſt Bart. in d. §. quinimò & Alex. in l. ſi aliquam D. de acquir. poſſ.* Ne, inquiunt illi, duæ improprietates ſeu duo ſpecialia concurrerent. Primum quod præſumeretur donatio vbi non eſſet. Secundum, quod ex pacto nudo daretur actio, cur tolerabilius

eſſe

esse volunt, vt tam multa specialia concurrant circa donationem causa mortis, quàm multa concurrere necesse est, si ad eam Iustiniani constitutio protrahatur? Placet itaque concludere donationē causa mortis hodie nudo pacto fieri non magis posse, quàm olim potuisse. Tantum distat vt verū esse possit, quod quidam volunt
12 † iam olim ita ius fuisse vt donatio causa mortis nudo pacto fieri posset ex *l. quod bonis 15. in princ. D. ad leg. falcid.* Nam quod ibi proponitur de debito per nudum pactum donationis causa remisso, specialem habet rationem, quoniam vt superiore capite dicebamus, cùm alicui donatur siue inter viuos siue mortis causa, id quod iam penes eum sit, tantùm ei prodest pactum quantum prodesset stipulatio, quandoquidem non indiget nisi retentione ad quam sufficit exceptio quæ per pactum acquiritur *l. 1 in princ. D. de pig.* Quomodo dicimus interdum nudo quoque pacto rectè fieri compromissum (quamuis regulariter non fiat nisi per stipulationem, vt ex eo dari actio possit *l. 2. litigatores 31. §. 1 l. ita demum 31. & pass. D. de recept. qui arbitr. recep. l. 3. Codice eod.*) Vt puta si ambo debitores fuerunt, & pacti sunt ne petat quod sibi debetur qui sententiæ arbitri non paruerit *dict. leg. litigatores. §. interdum.* Quid enim egent pœnæ petitione, qui ius habeant eius tanquam solutæ retinendæ?

ERROR IV.

De clausula quæ in testamentis poni solet vt si testamentum non valeat iure testamenti vel codicillorum, valeat iure donationis causa mortis. Et de promissione per pactum nudum facta de donando.

SVMMARIA.

1 *Inefficacem esse & prorsus inanem clausulam, quæ hodie testamentis & codicillis inseri solet, vt si testamentum non valeat iure testamenti, vel codicillorum, valeat iure donationis causa mortis, & num. 5.*
2 *Inter donationem mortis causa & donationem inter viuos notabilis differentia.*
3 *Inter legata & donationes causa mortis differentia.*
4 *Vt differant donationes causa mortis à fideicommissis.*
6 *Donatio inter viuos quacunque voluntatis testificatione perfici potest modò adsit insinuationis solennitas.*
7 *Errare interpretes qui volunt nihil aliud esse factum Iustiniani constit. in l. si quis. 35. §. & siquidem. C. de donat. nisi vt hodie donatio possit nudo pacto perfici.*
8 *Nudum pactum dicendum non est ex quo detur actio.*
9 *Pacta legitima quæ.*
10 *Pactum legitimum quo sensu nudum dici queat.*
11 *Promissionem de donando non valere ex nudo pacto, aduersus interpretes.*
12 *Qui stipulanti promisit se obligaturum ad centum, potest conueniri vt soluat.*
13 *Qui nudo pacto promisit se donaturum, non est obligatus vt donet, multò minùs vt tradat.*
14 *Aduersus promittentem se donaturum conditio ex lege ei qui se donatarium dicit non competit.*
15 *Expenditur illud Cuiacij, Donationem iure veteri consensionem non fuisse, sed acquisitionem, iure verò nouo esse conuentionem, non acquisitionem.*
16 *Donatio quæ incipit à traditione fuit olim, estque etiam hodie acquisitio.*

VT RADICITVS consequens est vti clausula † quæ hodie passim solet inseri 1
testamentis & codicillis, vt si testamentum non valebit iure testamenti, vel codicillorum, valeat iure donationis causa mortis, prorsus inefficax sit & inanis. Non enim potest supplere defectum traditionis & stipulationis, quarum tamen alterutram necessariam esse probauimus, vt huiusmodi donatio etiam hodie valere possit, cùm non à nuda pendeat donantis voluntate. In quo sicut hodie † differe 2
donatio causa mortis à donatione inter viuos, ita & à legatis & fideicommissis à quibus in hac parte iam olim differebat. Nam donatio quidem inter viuos, & si olim perficiebatur iis ipsis modis, quibus & donatio causa mortis, hoc est intetueniente traditione, vel stipulatione, hodie tamen perficitur quacumque testificatione voluntatis. Legata † verò quamuis neque traditionem 3
requirerent neque stipulationem, sufficiente ad eorum validitatem sola legis potestate, tamen non aliter relinqui poterant, quam in testamento, vel quod effectu semper idem fuit, in codicillis testamento confirmatis, ac proinde ab eo qui testando legem facere voluisset disponens de re sua verbis legis & imperatiuis, ipsa lege 12. tab. ita permittente. *dict. l. verbis legis D. de verb. signific.* Donatio autem causa mortis semper fiebat extra testamentum, nec fuit vnquam vt fieri potuerit in testamento, quoniam & traditio & stipulatio esset actus alienus à testamento, qui corrumperet testamentum & consequenter ea omnia quæ testamento continerentur. Fideicommissa verò † etsi etiam extra testamen- 4
tum relinqui poterant & in codicillis ab intestato factis, in eóque similitudinem nullam habebant cum legatis, tamen constabant nuda voluntate fideicommittentis si modo suam voluntatem verbis idoneis expressisset *l. penult. de legat. 1. l. cùm proponebatur 64. l. omnem ex familia 67. §. vltim. de legat. 2. l. fideicommissa 11. §. item si quis de legat. 3.* At donationes causa mortis præter voluntatem donantis requirebant etiam traditionem vel stipulationem, & hodie quoque alterutram requirunt. Inde igitur fit vt si in testamento † inutiliter 5
facto subiecta sit clausula codicillaris vt vocant, sed ita concepta quomodo concipi passim solet, vt si non valebit testamentum iure testamenti valeat iure codicillorum vel alterius cuiuslibet vltimæ voluntatis, Imò etsi additum esset generalius, *vel alterius cuiuslibet dispositionis.* Dicam amplius, etiamsi expressum esset vel donationis causa mortis necesse sit inutilem esse clausulam, nisi ponas secutam esse traditionem vel stipulationem, quamuis facta sit præsenti: quoniam præsentia & taciturnitas donatarij pro pacto quidem haberi fortasse potest, sed pro stipulatione vel traditione certè nullomodo potest, quicquid in contrarium scribat ex communi aliorum sententia Didac. Couarr. in 3. *part. rubr. De testam. n. 10. & And. Fachin. lib. 5. controuersiarum. c. 64.* Secuta porrò traditione vel stipulatione valebit donatio causa mortis, non propter clausulam, sed propter traditionem ipsam vel stipulationem. Faciliùs esset, vt voluntas testatoris quæ nec testamenti nec codicillorum iure valere posset, defenderetur iure donationis inter viuos, si testator ita præcepisset, postquàm placuit donationem † inter viuos non minùs quacum- 6
que voluntatis testificatione perfici posse, quàm legatum aut fideicommissum, si modo adhibita sit solennitas insinuationis, quæ in legatis, fideicommissis, vltimisque voluntatibus nulla requiritur. Dixi *quacumque voluntatis testificatione* vt refellam alium illum errorem interpretum

7 interpretum † noſtrorum, qui volunt nihil aliud factum eſſe Iuſtiniani conſtitutione, niſi vt hodie poſſit perfici pacto nudo: Cùm tamen Iuſtinianus nulla conſtitutionis ſuæ parte nudi pacti meminerit, nec ad aliud reſpiciat niſi quod ad id quod abſurdum ſit donatorem qui ſemel habuerit animum donandi, séque dixerit donare, ab ea poſtmodum recedere voluntate. Itaque ſicuti Theodoſius in *l. ad exactionem 6. Codice de dot. promiſſ.* conſtituit fauore dotium, vt non tantùm ex pacto nudo, ſed etiam ex nuda pollicitatione dotis poſſit quis cogi ad præſtandam dotem. Ita & Iuſtinianus in *l. ſi quis argentum 35. §. & ſi quidem. Codice de donat.* conſtituit fauore donationum, vt ad eas perficiendas non ſolùm ſufficiat pactum nudum, ſed etiam nuda pollicitatio, quæ ipſa nihil aliud eſt quàm ſolius offerentis promiſſio *l. 3. D. de pollicit.* Etſi quoties pactum hoc nudum appellamus, nudámque pollicitationem, ſanè minus propriè loquimur. Non enim nuda
8 † dici poſſunt, aut nudæ pollicitationes ex quibus actio detur, cùm earum legum poteſtate confirmentur, à quibus vim capiunt, & efficaciam ad agendum. Fitque ex Iuſtiniani conſtitutione legitimum pactum donationis, quod erat antea nudum, & legitima pollicitatio quæ alioquin eſſet nuda. Cur enim nuda dici putamus, niſi quia legum autoritate non veſtiuntur, vt actionem parere poſſint? Nam & cùm pactorum ſumma diuiſio illa ſit quod eorum alia ſunt nuda, alia legi-
9 tima, ea verò legitima † dicantur, quæ à lege adiuuantur vt actionem aliquam ipſo iure vel pariant, vel tollant *l. legitima 6. l. ſi tibi decem 17 §. quædam actiones D. de pact.* fatendum neceſſariò eſt ea quæ legitima ſunt nuda dici nullomodo poſſe. Niſi hoc ſenſu † quaſi non veſtita per ſtipulationem, cuius præcipuus vſus in eam rem comparatus erat, vt pacta veſtiret, quæ alioquin nuda & inefficacia fuiſſent: quomodo nudum pactum dicitur etiam ex quo agi poteſt tanquam appoſito incontinenti poſt contractum in *l. frumenti 12. Codice de vſur.* vbi agitur de acceſſionibus frumenti vel hordei mutuo dati ad differentiam vſuratum pecuniæ fœnebris, quæ non niſi ex ſtipulatione debetur *l. 3. eodem titulo. l. Titius 24. D. de præſcr. verb.* Itaque videntur mihi paſſim errare in hoc interpretes noſtri, qui tractantes de nudo pacto donationis, habent pro ſpeciali, vt ex eo detur actio, tanquam ex pacto nudo, cùm tamen ſit illud legitimum, non nudum. Nec nouum ſit, ſed ordinarium, vt ex legitimo pacto actio ipſo iure vel detur, vel tollatur. Cæterùm, quamuis dixerimus hodie quacumque teſtificatione voluntatis donationem perfici poſſe, non ideo tamen conſequens eſſe arbitramur, quod frequentiore calculo iidem interpretes noſtri volunt, teſte eodem Claro *dict. queſt.*
10 *24. numer. vltim.* promiſſionem † de donando valere hodie ex nudo pacto: quaſi in effectu nihil aliud illa ſit quàm donatio. Nam ſiue figuram ſiue vim verborum conſideres, aliud eſt donare, aliud paſcisci de donando, ſicut & aliud eſt vendere, aliud paciſci de vendendo, quod nec Bart. negat ad *l. vltim. D. de condict. cauſ. dat.* Nec quiſquam dixerit eum qui nudo pacto promiſerit ſe venditurum, hoc ipſo teneri ex empto ad rem tradendam, etiamſi promiſerit ſe venditurum certo & iam conuento pretio, quomodo teneretur ſi nudo pacto vendidiſſet, cùm emptio conſenſu nudo perficiatur. Qui enim promittit ſe venditurum nondum vendit, ſed vendere vult, & ſe obligat non ad tradendum, ſed ad vendendum, quæ obligatio vt ſit efficax ad agendum iis modis contracta eſſe debet, quibus placuit iure ciuili obligationes efficaces contrahi oportere. Similiter & qui promittit ſe donaturum, nondum donat, ſed donare vult, quod longè diuerſum eſt: ſicut & dicimus aliud eſſe iam petere, aliud petere velle *l. amplius 15. D. rat. rem haber.* Proinde hoc etiam admiſſo vt ex donandi promiſſione per nudum pactum facta naſci actio deberet, dicendum eſſet dandam actionem donatario contra promiſſorem non ad tradendum ſed ad donandum, cùm non promiſerit ſe traditurum, ſed ſe donaturum, quod prius eſt vt fiat, debéque neceſſariò præcedere donatio, vt per traditionem transferri poſſit dominium, Alioqui traditio eſſet nuda, ex qua proinde fieri tranſlatio dominij nulla poſſet *l. nunquam 31. D. de acquirend. rerum domin.* Atqui conſtitutio Iuſtiniani non obligat promiſſorem ad donandum, ſed ad tradendum præſuppoſita donatione. Non igitur ad hunc caſum conſtitutio accommodari poteſt: ne aliter eam nobis interpretantibus paulatim dicendum ſit ex ſola deſtinatione faciendæ donationis cogendum donare illum, qui donare tantùm deſtinauerit, vt etiam bonæ cogitationis pœnam illam patiatur ne poſſit eum pœnitere, quo quid abſurdius dici poteſt? Nam & qui expreſſim donauit, ſed inutiliter, puta filio in poteſtate conſtituto, ſi non donaſſe dici poteſt, quia nec potuit, dicitur tamen deſtinaſſe donare, nec eo magis prohibetur mutare voluntatem, éamque deſtinationem reuocare *l. cùm de bonis 11. Codice de donat.* Sicut & qui deſtinauit aliquem heredem ſcribere, ſiue purè ſiue ſub conditione, non ideirco cum inſtituiſſe intelligitur. *l. quoties 9. l. tantundem D. de hered. inſtit. l. ex ea 29. D. qui teſtament. fac. paſſ. l. fideicommiſſa 11. §. 1. de leg. 3.* Cur ergo volumus donationis deſtinationem quæ per pactum nudum facta ſit reuocari non poſſe? An non inutilis etiam & inefficax eſt illa deſtinatio quæ facta non eſt niſi pacto nudo. Dices eum qui nullo iure cogente promittit ſe donaturum cùm ita faciat liberaliter hoc ipſo donare videri. Nudum igitur pactum ſufficere ex Iuſtiniani conſtitutione. Sed iam negani donare illum, qui promittit ſe donaturum quamuis promittat animo donandi, ne actus operetur vltra intentionem agentis, contra *l. non omnis 19. D. de reb. credit.* Alioqui eadem ratione inferes donaſſe quoque videri eum qui nudo pacto promiſerit ſe promiſturum, quod donabit, atque ita abibit res in infinitum, vt ex nudo pacto quantumlibet remoto à donatione, donatio inducatur. Nec ſim. le eſt quod plerique etiam interpretum volunt, Eum qui ſtipulanti † 11
promiſerit, quod ſe obligabit ad centũ poſſe conueniri, vt ſoluat, nulla quoque alia obligatione interueniente circuitus vitandi cauſa ex *l. dominus. 53. D. de cõdict. indeb.* Cùm enim ſit ille obligatus ad ſe obligandũ, parum aut nihil ipſius intereſt an conueniatur vt ſoluat, an vt ſe obliget, quanquam nec ea propoſitio caret dubitatione. At nos negamus eum, qui nudo pacto † promi- 12
ſit ſe donaturum, obligatum eſſe ad hoc vt donet, multo minùs ad hoc vt tradat. Nulla igitur ratio eſt, vt pro ea habeatur qui iam donauerit, ob hoc ſolùm quod promiſit ſe donaturum. Quomodo enim poſſet quis apertiùs dicere, adhuc ſe non donare, quàm promittendo ſe donaturum? Aut quænam ſupererit ratio faciendi vt promiſſio donandi præcedat donationem? Fateor his verbis exprimi, affectum animi ſed in futurum, ideóque dico non poſſe illa vim habere præſentis & puræ diſpoſitionis arg. *l. litera 17. D. de inr. codicill.* Nam & verborum futuri temporis ea vis eſſe ſolet vt conditionalem faciant diſpoſitionem *l. Stichum 6. de leg. 1. l. ſcribit 34. §. item ſcribit de aur. & arg. leg.* Itaque qui promittit ſe donaturum licèt purè promittat rem quam ſtatim præſtare poteſt, tamen non intelligitur promittere conſequentia donationis, id eſt ſe rem traditurum, niſi ſub ea conditione ſi donauerit. Quòd ſi is quoque qui collatis verbis in præteritum tempus dicit ſe donaſſe, non ob id tamen aut donare aut donaſſe vere dicitur, benignáque interpretatione opus eſt vt mortuo eo, qui ſic dixit, dominium pertineat ad eum cui defunctus dixerat ſe donaſſe, vt ſcriptum eſt in *l. ex hac ſcriptura 16. de donat.* ſcilicet in vim donationis cauſa mortis, ſi ea ſcriptura extra teſtamentum

aut

aut codicillos testamentarios facta proponatur (sic enim locus ille accipiendus mihi videtur , cùm neque probatam esse donationem inter viuos sufficeret ad dominium transferendum , nisi secuta etiam probaretur traditio , quæ porrò in ea specie probari non poterat secuta viuo donatore , qui non alias res donasse se dixerat, quàm eas quas in diem vsque mortis suæ habuisset) quanto minùs donasse videri, aut probari potest is qui tantùm promisit se donaturum ? Aut quando locum habebit si in hoc casu locum habeat quod dici solet nihil actum videri quandiu aliquid supereſt agendum. *l.pen. Cod.de his quib. vt indig.* Quomodo enim potest videri omnia iam egisse is qui nudo tantùm pacto promisit se donaturum ? Benigna saltem interpretatione opus esset, vt & in *d.l. ex hac scriptura*. Cui tamen benignæ interpretationi non video quis locus relinquatur circa Iustin. constitutionem in *dict. l. si quis argentum*. quæ cùm faciat ius nouum, &c , vt nostri loquuntur, exorbitans à iure communi , coarctanda potiùs est quàm adiuuanda interpretatione, vt & interpretes ipsi fatentur , qui hac ratione non dubitant negare constitutionem illam ad remuneratoriam, præsumptámque donationem non pertinere. Præsertim cùm in bonæ fidei contractibus donationis species non numeretur. *l. cum qui* 12. *D. eod.* Ideóque inspiciendum sit præcisè quid promiserit is qui donauit , vt de stipulatione dici solet *l. quicquid adstringenda* 99. *D.de verb.oblig.* Qui autem promisit se donaturum neque dixit se donare neque promisit se traditurum. Non ergo vrgeri potest vt tradat quasi donauerit, quin ab eo quod actum dictúmque est recedatur. Cúmque eódem † 23
quæ vna competere potest ei qui se donatarium dicit, non alia sit quàm condictio ex lege quæ ipsa sui etiam natura stricta est nec vltra legis ex qua inducitur terminos extendenda , fatendum sanè est hoc casu competituram condictionem ex lege sine parte ei cui alius donaturum se promisit , condictio ex ea Iustin. lege accommodetur, quandoquidem huic interpretationi verba constitutionis, si non apertè repugnant saltem nullomodo conueniunt. At neque illud probare possum quod Iacob. Cuiac. † scripsit *lib. 10. observ. cap. 28.* 24
in fin. donationem quæ iure vetere non fuit conuentio, sed acquisitio ciuilis, vel naturalis *l.4.& 5.Cod.Theod. de don.* hodie iure nouo esse conuentionem, non acquisitionem. Supponit enim ille cum vulgo interpretum, id tantùm induxisse Iustinianum , vt hodie possit fieri donatio nudo pacto , quam tamen probauimus fieri posse quacunque testificatione voluntatis, & nuda etiã pollicitatione, Quæn im enim potest esse conuentio in pollicatione quæ non ex duorum consensu æstimatur, vt conuentio, sed ex solius offerentis promissione ? *d.l. 3. D. de pollic. iunct. l. 1. §. conuentionis. D. de pact.* Deinde facta quoque per nudum pactum donatione, cur non erit etiam donatio acquisitio, si acquisitio erat olim illa quæ fiebat per stipulationem ? Aut cur olim donatio facta per stipulationem censebatur species acquisitionis, potius quàm conuentionis. Hodie verò non idem erit facta donatione per pactum nudum, cùm tantam vim hodie habeat pactum ad perficiendam donationem, quantam posset habere stipulatio? Dicendum igitur est eam demum donationem † fuisse olim & esse 25
hodie acquisitionem, quæ incipiebat à traditione , non eam quæ à conuentione , ideoque nihil hac parte innouatum esse, nisi quod hodie nec traditio nec conuentio necessaria est sufficiente qualibet testatione voluntatis dummodo legitimè probata & actis publicis insinuata.

ERROR V:

De eo quod dici solet donationes causa mortis capi ad instar legatorum.

SVMMARIA.

1 *Donationes causa mortis capiuntur ad instar legatorum, sed hoc ita accipiendum non est , vt cum quibusdam nullam esse inter ista differentiam credere debeamus.*

2 *Ab intestato facta mortis donatio valet : ac legatum ab intestato relinqui olim non poterat.*

3 *Quæ donationes mortis causa capiantur ad instar legatorum.*

4 *De qua donatione verum sit illud Accursij , si donatum sit mortis causa in annos singulos vna tantum donatio est, cùm tamen tot sint legata quot anni , si in annos singulos legatum sit.*

5 *Cur donatio mortis causa in annos singulos vna sit, non multiplex.*

6 *Quomodo intelligendum illud Accursij, Donans obligatur donatario, testator verò legatario non item.*

7 *Quatenus vera sit illa Accursiana differentia , legatum ab herede semper traditur , donatio verò mortis causa etiam ab alio quam donatoris herede, ipséve donatore.*

8 *Quæ legata donationibus mortis causa olim æquiparentur.*

DICVNT Interpretes omnes & pragmatici quoque , Donationes † causa mortis capi ad 1
instar legatorum. Id enim plerisque iuris nostri locis scriptum est vt in *l. 2. D. de public. in rem act. l. 1. §. 1. D. si quid in fraud. patron. l. Marcellus* 15. *l. etsi debitor* 17. *l. illud* 37. *D. de mort. caus. don. l. vlt. C. eod.* Sed quam rationem id habeat adeóque quomodo accipiendum sit pauci sciunt. Errant enim qui putant vsque adeo generaliter veram esse hanc legatorum & donationum causa mortis æquiparationem, vt nullam inter ea differentiam agnoscant: cùm & iam olim multæ fuerint differentiæ & etiamnum pleræque supersint, quas Accurs. nolter congerit ad *§. Instit. de donat.* sed nõ omnes. Illam enim prætermittit, quæ præcipui est momenti, quod ab intestato † quoque facta mortis causa 2
donatio valet *l. sam is in princ. D. de mort. caus. don.* Sufficit enim vt qui donat causa mortis testamentum facere possit, licet non faciat. *l. 1. §. 1. D. de tutel. & rat. distrah. l. cùm hic status* 32. *§. si miles. D. de don. inter vir. & vxor.* At legatum ab intestato relinqui olim non poterat, sed tantùm vel in testamento , vel in codicillis testamento confirmatis, inducto eam ob causam vsu fideicommissorum si aliquid amicis relinquere intestatus paterfamilias vellet *l. 3. l. conficiuntur. 8. §. 1. l. illud. 13. §. 1. vltim. D. de iur. codicil. l. filiusfam. 18. D. ad l. falcid.* Adieci *olim* quia sublata hodie differentia legatorum & fideicommissorũ per *l. 1. C. comm. de leg.* dubitãdum non est quin perinde legata possint hodie relinqui ab intestato atque fideicommissa. Propter quam causam videtur Tribonianus plerisque iuris nostri locis scripsisse *relicta* pro eo quod scriptum erat, vt credibile est, fideicommissa vt in *l. ab intestato 16. D. de iur. codic.* & alibi sæpe. Illud etiam prætermittit Accurs. quod prætermittendum minimè fuit, distinguendas esse hac in re donationes † causa 3
mortis, quæ per traditionem fiunt ab iis quæ per stipulationem Et rursus ex iis , quæ per traditionem fiunt eas quę sic fiunt, vt dominium statim transferatur quáuis reuocabiliter ab illis quæ sic fiunt , vt dominium non transferatur, nisi post mortẽ, quæ vulgatior est forma donationum causa mortis. Nã his omnibus mortis causa donari posse constat *l. 2. l. si mortis. 29. l. mortis. 34.*

&

& l.seq.§.vlt.D.de mort.cauſ.donat. Ad eas verò tantùm donationes, quæ poſtremi generis ſunt, pertinet hoc quod dicimus donationes cauſa mortis capi ad inſtar legatorum: ſcilicet quia legis poteſtate opus eſt, vt dominium, quod fuit viuentis hominis; poſſit ab eo poſt mortem ſuam transferri in alium, ſiue he[illegible] tiue [illegible]tarium, cùm eo tempore non ſit futurus dominus is qui nullus erit *l. Stichus 39. D. de manum.teſtam.* In eamque rem neceſſaria fuit lex 12.tabul.quæ tamen de legatis tantùm locuta non potuiſſet locum habere in donationibus cauſa mortis ſi non fuiſſet conſtitutum, vt ad exemplum legatorum caperentur. At ſiue donatio facta ſit per ſtipulationem, ſiue per traditionem ita vt dominium ſtatim ſed reuocabiliter transferatur, neque neceſſe eſt neque fieri poteſt vt ad inſtar legati capiantur, quia ſtipulatione interpoſita non eget donatarius auxilio legis vt ex ea ſtipulatione poſſit agere poſt mortem donatoris, cùm naſcatur actio ſtatim, licèt exactio differatur poſt mortem. *dict l.14.* Facta verò traditione ita vt dominium ſtatim transferatur quamuis reuocabiliter cùm donatarius fiat dominus viuo donatore multo minus eget auxilio legis ad dominium acquirendum, non magis quàm ſi donatio eſſet inter viuos. Nec quòd ſit reuocabilis ad rem facit, deſinit enim eſſe ſtatim atque certum eſſe incipit non poſſe amplius eam reuocari, quod euenit eo inſtanti quo moritur, cùm non poſſit reuocatio fieri in inſtanti ac proinde perficitur huiuſmodi donatio & fit irreuocabilis, non poſt mortem donatoris, ſed morte ipſius, exemplo donationum, quæ fiunt inter vir. & vxor. quæ moriente, non mortuo donatore confirmantur, & conſequenter viuo adhuc donante, cùm inſtans mortis, non morti ſed vitæ adſcribatur *l.qui duos.18.§.1. D de manum. teſt.l.vltim.D.de condic.inſtit.* Ex iis verò differentiis quas Accurſ. tradit quædam veræ ſunt quædam falſæ ſaltem ſi quomodo ille ſcripſit & ſenſit intelligantur. Illa vera eſt † quam primo loco ponit quod 4
ſi donatum ſit mortis cauſa in annos ſingulos legatum proponatur. *l.ſenatus 35.§.vlt.D.de mort. cauſ.donat.iunct.l.4.l.cùm in annos 11.D de ann.legat.* Sed ad rem noſtram hæc differentia non pertinet. Cùm enim donationes mortis cauſa legatis æquiparant Iuriſconſulti, non de iis intelligunt quæ contrahuntur per ſtipulationem ſed de iis quæ per traditionem vt iam diximus. At, vt donatio † cauſa mor- 5
tis in annos ſingulos vna ſit, non multiplex, ideo fit quia eiuſmodi donatio annui non niſi per ſtipulationem contrahi poteſt. Semel enim tradi quid in annos ſingulos non poſſet. *l.ſi ſtipulata 37.D.de donat. int vir.& vxor.* Stipulationis autem huiuſmodi *in annos ſingulos* proprium illud eſt vt ſit vna & perpetua *l.ſi Stichum 19.§.1.de verb.oblig.* quia ex conceptione verborum æſtimatur, quæ ſemel tantum interponitur, vt contrahatur obligatio, quæ in perpetuum duret. Idque eſt quod Paulus ait in *d.l Senatus.§. fin.* iis verbis *vna ſtipulatio eſt.* Itaque non tam inter legata & donationes mortis cauſa differentia iſta eſt, quam inter legata & ſtipulationes, inter quæ ſunt & aliæ permultæ differentiæ, de quibus alibi, & ſcripſimus & ſcribemus. Eiuſmodi etiam eſt alia illa differentia, quam ponit Accurſ. quod donans
6 † obligatur donatario, teſtator verò legatario non item. Nam in ea quidem donatione cauſa mortis hoc verum eſt, quæ per ſtipulationem contrahitur, quia donator promittens donatario ſtipulanti obligatur ſine dubio, licet ex ea obligatione nulla exactio viuo eo ſequi poſſit *d l.mortis cauſa 34. D.de mortis cauſ.don.* Sed cum donatio cauſa mortis incipit à traditione, tantùm abeſt vti donator obligetur donatario, vt è contrario donatarius obligetur donatori potius, cum ei teneatur condictione, quo caſu reuocabitur donatio. *l.qui mortis 30. D. eod* Traditio non eſt modus contrahendæ obligationis ex parte tradentis ſed potius diſſoluendæ. Tertiam differentiam ponit Accurſ. quod legatum † ab herede ſemper traditur, vt probat definitio illa legati apud Iuſtin.§.1.vbi ait legatum eſſe donationem à defuncto relictam & ab herede præſtandam. Donatio autem cauſa mortis tradi poteſt etiam ab alio, quam ab herede donatoris adeóque quàm ab ipſo donatore; dummodo tradatur ex donatoris voluntate, vt in *l. cùm pater 77.§. mater & §. Mauio. D.de legat.1.* Sed hæc differentia partim vera eſt, partim falſa. Vera, quòd pertinet ad donationem cauſa mortis: item quod ad hoc, vt legatum ab alio quàm herede dari non poſſit iure vetere inſpecto, quia non alij, quàm heredi imperare teſtator poteſt: legatum autem eſt quod legis modo imperatiuè relinquitur, vt ait Vlp. *frag tit.de legat.* Vnde fit vt neque à legatario, neque à fideicommiſſario legatum relinqui poſſet olim, vt ibidem ille ait, & fatetur Iuſtin. *inſtit. de ſing. reb.per fid. relict.* Sed falſum eſt, primò ſi inſpicias ius nouum, poſtquam factum eſt vt nulla ſit differentia inter legata & fideicommiſſa, & tam legato quàm fideicommiſſo onerari poſſe eum qui legatum accepit, *l 2.in fin. Cod.com. de legat.* Conſequens enim fit, vt quemadmodum fideicommiſſum olim relinqui poſſit, non tantùm à legatario, ſed etiam à fideicommiſſario, adeóque à quocunque debitore *l.ſi pecunia 77.cum ſeq. De legat.1.* ita & hodie poſſit a quolibet debitore legatum quoque relinqui & tradi. Falſa item in eo quod ponit Accurſius, legatum ab herede tradi oportere, tum quoque cùm ab alio tradi non poſſet. Nam & nihil vetat legatum tradi ab ipſo teſtatore adhuc viuo, aut legari alicui id quod iam ille penes ſe habeat, vt in *l.lineam.26.D.adleg. Falcid l. Lucius 88.in princ.D. ad leg 2.* Et præterea illo etiam caſu quo res legata reperiatur penes teſtatorem mortis tempore, ſi tamen ius vetus inſpicias certum eſt potuiſſe ita relinqui legata, vt tamen non eſſent præſtanda & tradenda per heredem, puta ſi legatum eſſet per vindicationem, quo caſu non erat locus interdicto Quod legatorum, etiam ſi propria autoritate legatarius poſſeſſionem legati occupaſſet, vt ſcribit Caius *in inſtit.* & nos probauimus libro 6. Coniect. cap. 1. Quod quamuis Iuſtin. hodie immutauerit, qui legatis omnibus eam naturam hac parte indidit, quæ propria olim erat legatorum per damnationem, vt ex ſupradicta legati definitione apparet, non ideo tamen poſſis dicere differentiam fuiſſe ante Iuſtinianum inter legata & donationes cauſa mortis. Nam æquiparatio † legatorum & donationum cau- 7
ſa mortis non pertinebat, niſi ad legata per vindicationem relicta, ex quibus ſolis ſcilicet poterat dominium recta via tranſire à teſtatore in legatarium, quaſi nunquam factum heredis *l.à Titio 64.in fin D. de furt. l.legatum 80. de legat.2.* nullo in eam rem neceſſario facto heredis, quod vtique neceſſarium erat ad dominium transferendũ in legatis per damnationem. Atqui legata per vindicationem vt diximus non magis erant tradenda ab herede, quàm donationes cauſa mortis. Nulla igitur hac in re dici poteſt fuiſſe differentia inter mortis cauſa donationes, & legata, quæ donationibus æquiparabantur.

ERROR VI.

De differentia legatorum & donationum causa mortis in interdicto Quod legatorum.

SVMMARIA.

1 *Sententia Cuiacij de æquiparatione legatorũ & donationũ causa mortis in interdicto* quod legatorũ.
2 *Accursius & alij interpretes statuunt in legatis locum esse interdicto* quod legatorum, *in donationibus verò causa mortis non item.*
3 *Quomodo respondeat Cuiacius ad locos quibus Accursiani propositam differentiam probant.*
4 *Refellitur illud Cuiacij cessante falcidia cessat interdictum* quod legatorum.
5 *Non est necessarium interdictum heredi ad retinendam falcidiam.*
6 *Quæ sit ratio interdicti* quod legatorum.
7 *Differentia inter casum quo quis vtitur interdicto* quod legatorum *lege falcidia locum habente, & eum quo falcidia non interuenit.*
8 *Lex falcidia non patitur, vt legatarius priùs habere debeat dodrantẽ legati, quam heres quadrantem.*
9 *Falcidia interueniente, vt interdicto vtatur heres, sufficit legatarium eius voluntate non possidere.*
10 *In donationibus causa mortis nunquam locum esse interdicto* quod legatorum *& cur nu.* 12. *&* 16.
11 *In legatis cur necessarium fuerit interdictum* quod legatorum.
13 *Donatio causa mortis non potest mortuo donatore confirmari pro ea parte qua per l. falcidiam penes heredem manere debet: at pro reliqua confirmatur.*
14 *Donationes causa mortis facta ab eo qui decesserit non soluendo rescinduntur in totum: secus de donationibus factis in fraudem heredis & l. falcidiæ.*
15 *Interdicti* quod legatorum *ratio duplex & quando legatarius eo teneatur.*
17 *Refellitur sententia Conarruuia existimantis falcidiam nõ ex aliis mortis causa donationibus detrahi, quam quæ vel in testamento, vel in codicillis facta sint.*
18 *Interdictum* quod legatorum *ad quæ possit extendi.*

1 AN igitur hodie admittenda erit hæc differentia, quæ olim non fuit? Negat Iacobus Cuiacius lib. 10. *observ. cap.* 28. vbi defendit † etiam in causa interdicti *Quod legatorum* nihil distare à legatis donationes causa mortis. In vtrisque Falcidiam locum habere, eámque heredem sibi ex vtrisque seruare, per retentionem rei legatæ aùt donatæ mortis causa, secundum ius quod ante Iustinianum obtinuit, nisi viuus testator rem legatam legatario, aut viuus donator rem donatam mortis causa donatario tradiderit. Si verò post mortem testatoris vel donatoris legatarius vel donatarius rem legatam vel donatam sine heredis voluntate occupauerit, quam non acceperat viuo testatore aut donatore teneri cum interdicto quod legatorum possessionis restituendæ causa vt per eius retentionem Falcidiam quæ interuenit sibi heres seruare possit ex *l. 1. C. quo. legat.* Falcidia enim non interueniente putat cessare interdictum. Sed si viuus testator donatòrve rem legatam donatámve mortis causa legatario vel donatario tradiderit, non potest, inquit Cuiacius, ab eo per heredem auocari possessio ex interdicto Quod legatorum, quam à defuncto nactus est iure. Proinde cùm non possit per retentionem, hoc casu necesse est vt per vindicationem heres sibi Falcidiam seruet *d. l. licèam d. l. cùm mater 77. & §. Mauio. de leg.* 2. In quo dissentit vir doctissimus ab Accursio † & aliis interpretibus qui vulgo inter cæteras legatorum & donationum causa mortis differentias, hanc quoque adferunt, quod in legatis locus est interdicto Quod legatorum, In donationibus verò causa mortis non item. Ac quoniam non potest dissimulare Cuiacius hanc differentiam aperte poni in *l. 1. §. si quis ex morte. D. quod legat.* quam & ipse agnoscit. lib. 8. obser. cap. 2. Respondet d. c. 28. differentiam pertinere † ad 3
ea quæ plerunque fiunt. Nam plerunque inquit legata ab herede præstantur, donata mortis causa à donatore, ac tum quidem si legatum quod debuit accipere ab herede legatarius occupauerit sine voluntate heredis teneretur interdicto Quod legatorum. Nec tamen eo tenebitur donatarius causa mortis qui rem donatam à defuncto accepit, non ab herede, & eam sibi habet ac possidet post mortem donatoris: Sed vbi omnia sunt paria, in vtroque non dubitat Cuiacius, quin ius par & vt loquitur, æquabile sit in vtroque: Vt si legatario rem legatam tradiderit testator, donatario donator, neuter teneatur interdicto Quod legatorum. Contrà si non tradiderit, vterque teneatur. Ego assentiri viro doctissimo non possum. In eo primùm quod ait, cessante † Falcidia cessare interdictum. Hoc enim iam refutauimus lib. 6. Coniect. cap. 1. & 2. Nec quod in *d. l. 1. C. quor. legat.* proponitur & legi Falcidiæ & simul interdicto locum esse, facere debet vt inferamus, Cessante igitur Falcidia cessare interdictum, non magis quàm si in contrarium vellet quis inferre quod esset multo absurdius, cessante interdicto cessare legẽ Falcidiam. Immo probat locus ille non esse necessarium 5
interdictum heredi ad Falcidiam retinendam, cùm ait heredi scripto satis idoneè prospectum esse lege Falcidia, per quartæ retentionem, si exhausta legatis successio probetur. Non enim satis idoneè lex Falcid. heredi prospexisset si adhuc egeret ille interdicto Quod legatorum: cuius † sane ratio non alia 6
est quàm quæ ponitur in *d. l. 1.* quod non fuerit permittendum legatario, vt sibi ius diceret in causa propria: quam rationem palam est locũ habere etiamsi legi Falcid. locus non sit modo sine heredis aut testatoris volũtate legatarius occupauerit possessionẽ. Sed inter eum casum † quo lex falcid. locum habeat, 7
& illum quo non habeat, differentia illa est, quod falcid. non interueniente videtur calumniam inferre heres & dolo malo facere, cùm petit possessionẽ quã mox eidem restituere debeat, vt loquitur Caius in *Inst. tit. de legat. ex l. dolo facit.* 8. *de doli mal. excep.* quamuis eam calumniã tolerabiliorem putet prætor, quam audaciam legatarij ius sibi dicentis, & magistratus autoritatẽ sibi adrogantis *l. non est singulis.* 186. *de regul. iur.* At falcidia interueniente iustam repetendæ possessionis causam habet heres. Non quod ius habeat retinendæ totius rei prætextu falcidiæ, vt malè putat idem Cuiac. (solius enim quartæ, non totius rei retinendæ potestatem facit lex falcid. quæ & legata ipsa resecat & minuit ipso iure, quotiescũque diuidua sunt *l. in quantitate* 73. *§. vltim. D. ad leg. Falcid. dict. l. 1. Cod. quor. legat.*) sed quia † lex Falcid. 8
non patitur vt legatarius priùs habere debeat dodrantem legati, quàm heres quadrantem, cùm nec legandi facultatem ciui Romano aliter restituat, quam si ante omnia heres habeat quadrãtem *l. 1. D. ad leg. Falcid.* Quæ ratio facit, vt illo etiam casu quo legatarius possessionem rei legatæ nactus sit sine vicio, puta quod eam penes se iam haberet tempore mortis testatoris, non eo minùs teneatur interdicto quod legatorum *dict. l. lineam.* in illis verbis *posse heredem cõsequi* ut *ei restituatur.* Qua enim via posset consequi

sequi rem legatam, quæ iam esset penes legatarium, nisi per illud interdictum? Rursus quonam colore posset petere restitutionem rei legatæ, cuius possessionem sine vitio legatarius haberet, si non adesset prætextus falcidiæ? Qua sane interueniente, parum refert quod legatarius habeat possessionem ex testatoris voluntate, cùm testatoris voluntas nullius omnino sit momenti ad minuendum ius heredis, cui lex Falcidia vult esse consultum. Itaque sufficit ex
9 hac causa † interesse heredis, eiusque voluntate legatarium non possidere. Nihil enim aliud videntur requisiuisse verba interdicti, nisi vt legatarius possessionem legati nactus esset non ex voluntate heredis, vt colligere licet ex *l.1.§.quod autem D. quod legat.* Quamuis si falcidia non interueniret, poterat & debebat voluntas testatoris prodesse legatario, vti ne calumniam pati posset ab herede, quasi in propria causa sibi ius dixisset. Nec enim propria auctoritate feciſſe videtur, qui fecit ex voluntate testatoris, siue testator viuus rem ei tradiderat, aut penes eum rem esse passus erat, siue dederit ei vindicandi legati potestatem. Eáque ratio etiam & sententia est *dict. l.1.Cod. quæ. legat.* quæ vt sit locus interdicto nihil aliud exigit, nisi vt citra voluntatem heredis legatarius adprehenderit possessionem, non adhibita ea distinctione, an testatoris voluntas interueniisset necne, quia lex Falcidia intercedebat, quæ si non intercessisset separanda fuissent legata vindicationis à cæteris, & excipiendus ille casus, quo legatarius viuo testatore & ex ipsius voluntate possessor esse cœpisset. Quanquam si heres portionem illam legati, quam legem Falcidiam habere debet, vindicare solam mallet, vtique posset tam ex iure vetere, quàm nouo *dict leg. lineam leg. penultim. Cod. eod.* (nihil enim noui Iustinianus hac in re constituit, præterquam in casu illius legis qui certè est specialis; in quo etiam Cuiacius fallitur vt alibi docuimus: Quid enim obstaret quominus quartæ vindicationem habere deberet heres tanquam dominus?) nec proinde interdicto vllo indigeret. At in
10 donatione † causa mortis non idem iuris. Siue enim legi Falcidiæ locus sit, siue non sit, nunquam locus est interdicto Quod legatorum ad auferendam donatario possessionem, quam consecutus sit viuo donatore, siue ab ipso donatore, siue ab alio quolibet, dummodo sine vitio: quia tametsi lex falcidia de legatis tantùm locuta, ad mortis quoque causa donationes tracta sit, hactenus tamen duntaxat tracta est, vt quartam heres habere debeat, non etiam vti ne prius debeat donatio confirmari, eámque habeat donatarius, quàm heres quartam illam habeat, quoniam non quemadmodum legandi facultas libera, quæ per legem duodecim tabularum data fuerat postea legibus Furia & Voconia fuerat eadem restricta, rursum per legem Falcidiam restitui debuit, ita lege aliqua opus fuit ad restituendam ciui Romano qui testari possit libertatem donandi pro arbitrio causa mortis, quæ libertas nulla vnquam lege fuerat imminuta, cùm leges Furia & Voconia non nisi ad fauorem testamentorum habendique testamentarij heredis respexissent, cuius fauoris ratio nulla est, cùm tractatur de donationibus causa mortis, quippe quæ sicut in testamento non relinquuntur, ita ab intestato relinqui possunt *dict. l. tam ex 25. in princip. D. donat. caus. mort.* Fuit quidem opus autoritate iuris ciuilis, id est, vt ego quidem arbitror, prudentum interpretatione ad caput illud legis duodecim tabularum. *Paterfamilias vti super sua re legassit ita ius esto.* ad hoc vt dominium rei donatæ causa mortis, quod viuo donatore non fuisset translatum in donatarium transferri in eum posset post mortem donatoris, inuito quoque nedum ignorante ipsius herede. Quod in summa nihil aliud est dicere quàm vt mortis causa donationes ad exemplum legatorum caperentur. Sed cùm eiusdem iuris ciuilis autoritate eodémque tempore vtrumque fiat, vt & rem mortis causa donatam habere donatarius debeat, & heres quartam, facile est videre ita confirmandas esse mortis causa donationes, vt tamen legis Falcidiæ ratio habeatur, id est vt non in plus confirmetur per legem donatio & ad exemplum legati capiatur, quàm ratio Falcidiæ patitur. Inde fit vt non possit heredi necessarium esse interdictum quod legatorum, aut vtile, neque ad retinendam falcidiam, quam ipso iure habet, vel ob hoc solùm quod in ea portione quæ per Falcidiam auocanda esset, nulla donatio causa mortis facta esse intelligitur, neque ad repetendam possessionem, quam sine ipsius voluntate donatarius nactus sit, cùm eam nactus sit ex voluntate ac per manus donatoris, quem neque lex falcidia, neque alia vlla ratio prohibuit donare causa mortis & tradere quid & quantum vellet. Quid enim erat necesse impediri traditionem aut donationem pro illa etiam parte quæ penes heredem remanere deberet iure falcidiæ, cùm sufficeret quod viuo donatore non esset perfecta donatio: Eo autem mortuo non perficeretur neque confirmaretur per legem nisi quatenus legis Falcidiæ ratio pateretur? Non similiter possis dicere eadem ratione non fuisse heredi necessarium interdictum. Quod legatorum, ideo quod legata neque debeantur viuo testatore, neque mortuo eo confirmentur, nisi ad legis vsque
11 Falcidiæ modum. Legatis † enim obuiam eundum fuit, priùs etiam quam defunctus esset testator, id est ab ipso tempore testamenti, ne alioqui per legem 12. tab. confirmaret solidum, serumque esset auxilium legis falcidiæ, ad rescindenda & minuenda legata, quæ ipso iure semel in solidum valuissent, & per legem ipsam 12.tab. cæterarum legum omnium veluti matrem confirmata essent. Itaque faciendum fuit per legem Falcidiam, non vt mortuo testatore legata non confirmarentur, nisi vsque ad dodrantem, sed vt nec ab initio valerent supra dodrantem, ne quæstioni locus esse posset de iis post testatoris mortem, vel per legem 12.tab. confirmandis, vel per legem Falcidiam infirmandis, (quæ quæstio eò recideret, vtrius legis maiorem vim & potestatem esse oporteret, de quo quærere alienum sanè est ab vtriusque legis maiestate, ac iuris ciuilis dignitate.) Ea namque legata certum est per legem vel confirmari, vel infirmari mortuo testatore, quæ ab initio valuerunt, non ea quæ non valuerunt. Nihilque in eo facit lex Falcidia contra legem duodecim tabularum, cùm inutilia fecit legata supra dodrantē relicta, priùs quàm lex 12.tabularum in eo esset vt ea confirmare vellet, quæ scilicet nunquam confirmat, nisi mortuo demum testatore. Sicut autem lex Falcidia facit ab initio inutile legatum quod supra dodrantem datum est, ita & rescindit ipso iure traditionem à testatore factam, nec tantùm pro quadrante, sed in totum, quia traditio quæ facti est, eius que indiuidui & singularis non potest esse non indiuidua, earum quoque rerum quæ alioqui diuiduæ sunt sui natura. *l. consilio 7.§. vlt D. de curat. furios. & stipulationes non diuiduntur 72. de verb. obligat.* Ob idque non patitur lex Falcidia, vt traditio à testatore facta legatario eximat legatarium ab interdicto quod legatorum: nisi ad testatoris voluntatem heredis quoque consensus & voluntas accesserit, & quidem post mortem testatoris, ita vt non sufficeret,

quòd viuo teſtatore futurus heres legatario poſſeſſionem adprehendenti conceſſiſſet, cùm nulla dum eo tempore quarta per legem Falcidiam deberetur. *l. quod bonis. 15. §. 1. D. ad leg. Falcid.* Sed ſi lex Falcidia non interueniret, non ſolùm immunis eſſet à metu inter dicti legatarius cui teſtator ipſe rem tradidiſſet, ſed ille etiam cui teſtator per vindicationem legaſſet. At donationes † cauſa mortis etiam 12
quæ ſupra modum legis Falcidiæ factæ ſint, neque lege Falcidia, neque alia vlla infirmantur, quia nec neceſſe fuit, non viuo donatore, cùm eo tempore adhuc per ſe infirmæ ſint & reuocabiles, non poſt mortem donatoris, cùm ad eas poſt donatoris mortem confirmandas lex duodecim tabular. non pertineret, niſi per interpretationem prudentum, quos certum erat nunquam facturos eam interpretationem, quæ pugnantem faceret poteſtatem legis 12. tabul. cum legis Falcidiæ poteſtate, quod nec ſi voluiſſent facere potuiſſent. Proinde cùm traditio rei mortis cauſa donatæ per donatorem facta non reſcindatur, nihil cauſæ eſt cur donatarius teneri debeat interdicto Quod legatorum, nec magis cum Falcidiæ legis ratio interuenit, quàm ſi nulla interueniret, quando nec vllam ex eo iniuriam patitur heres, cui perinde conſultum eſt ad Falcidiæ portionem vindicandam, ac ſi traditio pro ea ſaltem parte reſcinderetur. Quoniam ſicuti traditio quæ iuſtam, legitimam & perfectam cauſam non habet, dominium transferre non poteſt, tanquam nuda. *leg. nunquam nuda. 51. D. de acquir. rer. domin.* Ita neque impedire quominus is qui ante traditionem dominus fuit, & poſt traditionem quoque dominus manſit, eiúſque heres vindicationem habere poſſit, quæ dominis omnibus datur, pro ea ſcilicet parte, pro qua donatio per mortem donatoris confirmari non potuit, licèt in donatarium res donata corporaliter fuerit tranſlata, vt ſcriptum eſt in *dict. leg. 1. § ſi quis ex mortis. D. quod legat.* Non enim corporalis poſſeſſionis, ſed dominij tranſlatio ſola illa eſſet quæ vindicationem impedire poſſet. Portrò quem- 13
admodum donatio † cauſa mortis non poteſt mortuo donatore confirmari pro ea parte, quæ per legem Falcidiam penes heredem manere debet, ne fiat iniuria heredi & legis Falcidiæ poteſtas violetur, exhauſto fortaſſis per donationes cauſa mortis patrimonio. Ita certum eſt pro reliqua confirmari debere, ita vt donatarius non tantùm poſſeſſor ex donatoris voluntate factus, etiam dominus fiat ex eo tempore, quo donator mortuus fuit, & rurſus non tantùm dominus, ſed etiam iuſtus poſſeſſor pro ea parte quæ extra Falcidiam eſt: cum nulla ex parte reſciſſa ſit traditio, quæ niſi in totum reſcindi tanquam indiuidua minimè potuiſſet. In quo fauorabiliores ſunt donationes cauſa mortis per traditionem factæ in fraudem heredis & legis Falcidiæ, quàm quæ ab eo qui deceſſerit non ſoluendo. Hæ- 14
namque † reſcinduntur in totum, ſicut inutilia eſſent legata, ſi qua ab eodem relicta eſſent *l. & ſi debitor 17. D. de mort. cauſ. donat. l. circa 66. §. 1. D. ad leg. Falcid. l. ſi heres 68. D. ad SC. Trebell. l. penult. D. de confeſſ.* quia non poſſent pro parte confirmari, quin pro ea parte fieret iniuria creditoribus, quorum tamen quamuis poſteriorum potiorem cauſam haberi conuenit, cùm certent de damno, vitando, donatarij verò de lucro captando, *l. quod autem 6. § ſimili modo D. quæ in fraud. credit.* At nulla fit iniuria heredi neque legi Falcidiæ, cùm traditio facta ex cauſa donationis non reſcinditur, ne quidem pro portione legis Falcidiæ, quia ſufficit heredi ad indemnitatem quod pro ea parte donatio non confirmetur, perindeque habiturus ille ſit pro ea parte vindicationem contra donatarium acſi non poſſideret rem ex voluntate donatoris: Nec rurſus vlla fit iniuria ſiue heredi ſiue legi Falcidiæ in eo, quod donatio cauſa mortis infra modum legis Falcidiæ confirmatur, cùm eatenus nullum ſit nec eſſe debeat ius heredis in re donata. In ſumma cùm duplex ratio † ſit interdicti. Quod legatorum, vna ne Falcidiæ retinendæ ius quod habet heres etiam inuito teſtatore, ei auferatur: Altera ne legatario ſibi in cauſa propria ius dicere permittatur. Vtraque ratio facit vt legatarius eo interdicto teneri debeat ſi propria autoritate occupauerit poſſeſſionem legati per diminationem relicti Falcidia interueniente, ſi Falcidia non interueniat, poſterior tantùm ratio induceret interdictum, non prior. Si legatum eſſet per vindicationem, nec Falcidiæ legi locus eſſet, nullomodo teneretur legatarius, quia neutra ratio locum haberet. Falcidia interueniente teneretur propter priorem rationem, non propter poſteriorem. Idémque iuris erit ſi per viuum teſtatorem legati traditio fa- 16
cta proponatur. At in donationibus † cauſa mortis ſiue lex Falcidia interueniat ſiue non, certè neutra ratio facit vt interdicto teneri debeat donatarius: Non poſterior, quia non ſibi ius dixit qui rem accepit per manus donatoris. Non prior, quia lex Falcidia non ſenſu inducta eſt in donationibus cauſa mortis ad exemplum legatorum, vt ab initio legem iis det, quomodo dat legatis, ſed hactenus tantum vt rerum mortis cauſa donatarum perinde ac legatarum quartam integram heres habere debeat, ſi donationibus patrimonium ſit exhauſtum, aut ex iis quartam ducere, ſi duntaxat oneratum. Hoc verò cõſequi heres poteſt, etiam ſine interdicto, eam ſcilicet portionem vindicando quam propter legem Falcidiam in re donata habere debet: tanquam quæ alienata nunquam ſit, licet corporaliter fuerit tranſlata. Et ita videtur mihi explicandum eſſe, non quomodo à Cuiacio & ab aliis factum eſt, quod ſcribitur in *d. l. D. quod legat.* in donationibus cauſa mortis non eſſe locum interdicto, eſſe verò in omni genere legatorum: quod nec nos ſatis plenè tractauimus lib. 6. Coniect. cap. 1. & 2. vbi quod diximus ex Caio non fuiſſe olim locum interdicto in legatis per vindicationem, verum quidem eſt, ſed reſtringendum ad eum caſum quo legi Falcidiæ locus non eſſet. *d. l. lineam.* Illud verò longè abſurdius eſt quod à † Didaco traditum video in *3. part. rubric. de teſtam. num. 20.* Falcidiam non ex aliis mortis cauſa donationibus detrahi, quàm quæ vel in teſtamento factæ ſint, vel in codicillis, non etiam ſi extra teſtamentum & codicillos. Ita enim inutilis fit conſtitutio Seueri, ac Falcidia ex mortis cauſa donationibus detrahenda, cùm neque in teſtamento fieri poſſint, neque in codicillis. Et pugnat apertè hæc interpretatio cum omnibus legibus quæ volunt Falcidiam ex mortis cauſa donationibus deduci. Omnes enim loquuntur indiſtinctè, nec vllibi mentio fit vel teſtamenti, vel codicillorum. Quid ergo, ſi mortis cauſa donatio facta ſit, non per traditionem, ſed per ſtipulationem? aut per traditionem quidem, ſed ita vt dominium ſtatim transferatur, reuocabiliter tamen? Non poteſt locus eſſe dubitationi, tantùm abeſt vt locus eſſe poſſit interdicto. Nam ſiue hoc, ſiue illo modo fiat donatio cauſa mortis, nihil habet ſimile cum legatis, vt diximus capite ſuperiore, & dicemus latiùs in ſequenti. Interdictum autem Quod legatorũ non niſi de legatis locatum eſt, & quamuis ex ſententia prætoris extenſionem aliquam recipere poſſit, non tamẽ † ad alia, quàm quæ ſimilitudinẽ habent cum legatis, cuiuſmodi ſunt fideicõmiſſa ſingularia, in quibus ſicut Falcidia inducta eſt, ita & 17
interdictum

interdictum quod legatorum, induci oportuit, sed eo solùm casu quo fideicommissarius sibi ius dixisset occupando propria auctoritate rem sibi per fideicommissum relictam, cuius possessionem nanciscì debuerat per mediam fidem, & per manus heredis, siue legi Falcidiæ locus esset siue non esset. Cur enim melioris conditionis esse deberet fideicommissarius quàm legatarius, quem diximus etiam Falcidia non intercedente teneri interdicto, si propria auctoritate occupauerit legatum? Immò deterioris conditionis est Fideicommissarius, quàm legatarius in eo, quod non cadit in fideicommissarium ea distinctio, quæ cadit in donatarium, an rem sibi traditam à testatore nactus sit, quo casu diximus non teneri interdicto legatarium, si legi Falcidiæ non sit locus. Frustra enim & ineptè quis fideicommitteret heredis sui, vt eam rem præstaret quam testator ipse iam fideicommissario tradidisset, suntque in eam rem necessaria verba legati, de quibus in *l. Lucius. 88. in princip. De legat. 2.* Non tamen ex verbis edicti tenetur interdicto fideicommissarius, quomodo legatarius teneretur, quia verba edicti de legatis duntaxat fuerunt, non de fideicommissis, sed ex sententia edicti, vt ait *d. l. 1. C. quor. legat.* propter identitatem rationis: Sicut & ex sententia, non ex verbis edicti contra legatarium quoque datur interdictum, si non heres ipse agat, sed heredis heres aliúsve ipsius successor quilibet *dict. l. 1.* quia edictum non nisi de herede ipso locutum est, nõ de heredis successore. Nec dici potest in fideicommissis cessare ideò debere interdictum, quòd habeat heres vindicationem contra fideicommissarium qui propria auctoritate rem sibi relictam occupauit, cùm non sicut legatorum, ita & fideicommissorum dominium recta via transferatur citra faciendam ab hærede traditionem, at ne quidem secuta traditione, si de legitimo & quiritiario dominio intelligas, de quo in *l. 3. D. si vsufr. petet. l. si quis vsumfructum. 29. D. de vsufr. legat.* Nam eadem ratione probares ne quidem in legatis locum fore interdicto, si per damnationem relicta essent, quia nec eorum dominium magis quàm fideicommissorũ transit recta via à testatore in legatarium, ne fiat contra voluntatem testatoris quòd ex voluntate proficiscitur, siquidem noluit testator dominium nunquam fieri heredis, cùm heredem ipsum iussit dare. Nam cùm dare nihil aliud sit, quàm dominium transferre. *l. vbi autem. 85. §. vlt. de verber. oblig.* quomodo fieri posset, vt heres transferret dominium quod ipse non haberet? At rursum si in legatis per donationem non esset locus interdicto, in quibus obsecro vnquam esse posset: Vt enim iam diximus, in legatis per vindicationem non erat interdicto locus, nisi vno eo casu quo lex Falcidia locum haberet. Dicendum igitur est ius vindicationis heredi competentis non impedire aut tollere vtilitatem interdicti: quia difficultas, quæ magna plerumque subest probandi dominij, facit vt semper commodius sit experiri interdicto si quod competit ad possessionem siue adipiscendam, siue retinendam, siue recuperandam. *l is qui destinauit 24. D. de rei vindi. §. commodum. Instit. de interdict.* Idque apparet euidentius ex eo quod alioqui dicendum esset sublatum hodie interdictum, quod legatorum, ob id quod Iustinianus legatis omnibus eam naturam hac parte dedit, quæ olim erat legatorum per vindicationem, vt dominium rerum omnium legatarum transeat à testatore recta via in legatarium (nam & inde est quod pro legatis omnibus dat vindicationem, quam certum est domino tantùm dari.) Cùm tamen è contrario fecerit Iustinianus vt quantum ad cautam interdicti legata omnia eam naturam habeant, quæ olim erat legatorum per damnationem vt ab herede præstari debeant, illa etiam quæ per vindicationem data sint, alioqui teneatur interdicto legatarius quisquis ille sit, vt probat posita Institutionibus definitio legati in §. 1. *de legat.*

ERROR VII.

De donatione causa mortis facta per stipulationem, vel per traditionem, ita vt dominium statim transferatur.

SVMMARIA.

1 *Quæ donationes causa mortis legatis æquiparentur.*
2 *Cùm donatio causa mortis confertur post mortem non magis sine auxilio legis valet donatio, quam legatum: & cur.*
3 *Cur necessaria fuerit lex 12. tab. de testamentis.*
4 *Verbum* Legassit *in l. 12. tab. quid significet.*
5 *Fideicommissa ad l. 12. tab. de testam. cur non pertinuerint.*
6 *Lex 12. tab. testamentaria ad donationes causa mortis quamobrem pertinere non potuerit.*
7 *Ad eas tamen validandas à prudentibus producta sit per interpretationem, adeóque suppletionem.*
8 *Cur placuerit donationes causa mortis capi ad instar legatorum potius quàm fideicommissorum.*
9 *Omnibus mortis causa capere permittitur, qui & legata capere possunt.*
10 *Cùm de donationis causa mortis acquisitione tractatur quodnam tempus sit intuendum.*
11 *De qua donatione intelligendum illud, non videri perfectam mortis causa donationem prinsquàm insecuta sit mors donatoris.*
12 *Omnibus mortis causa donationibus commune est vt reuocabiles sint cùm fiunt, & fiant irreuocabiles cùm moritur donator.*
13 *Distinctio adhibenda in quæstione an donatio causa mortis sit species vltimæ voluntatis.*
14 *Cur in iure passim scriptum sit indistinctè donationes causa mortis capi ad instar legatorum.*

ANTIGIMVS in præcedentibus non omnes mortis causa donationes legatis æquiparatas esse, sed eas † tantùm quæ sic fiunt, vt dominium rei donatæ non nisi post donatoris mortem in donatarium transferatur. Ad differentiam scilicet cæterarum, quæ vel per stipulationem contrahuntur, vel per traditionem quidem, sed ita vt statim & viuo adhuc donatore quamuis reuocabiliter dominus fiat is cui donatur. Sed quid hoc & quale sit, quoniam in eo grauissimè, ni fallor, erratum est hucusque ab omnibus, latiùs explicandum est, etsi ea ratio differentiæ, quæ iam à nobis tradita est totam rem hanc satis apertam reddere videtur. Diximus enim, cùm donatio † causa mortis conferretur post mortem, nullam esse rationem, cur possit sine auxilio legis donatio valere, magis quam legatum aut alia quælibet species vltimæ voluntatis, propterea quòd absurdissimum sit disponere quem de rebus suis in id tempus quo non sit ipse amplius futurus earum dominus, id est, quo erit iam mortuus. Nã qui mortuus est, cùm iam nullus sit, dominus esse non potest, nec quod eo tempore quo disponit verè sit dominus vtilem & efficacem facere dispositionem potest, cùm illud potiùs inspiciendum sit tempus in quod dispositio confertur, vt eo tempore in quo collata est facta videatur. *l. Titio cùm moretur 51. D. de vsufr. l. quia in hoc tempus.*

*pus.*10.*D.de donat.inter vir.& vxor.l.Stichus.*39.*D. de manum. teſtam. l.quod ſponſa.* 4.*C. de donat. ant. nupt.* Ob eámque cauſam certum eſt fuiſſe neceſſariam † legem 12.tabul. quæ ciui & patri familias poteſtatem faceret non diſponendi de ſuis bonis quomodolibet in vltima voluntate, ſed teſtandi tantum, id eſt, ita diſponendi vt legem faceret, quod nec ipſa lex alia ratione vlla aſſequi poſſe videretur, vt morte non intercideret vltima ipſius voluntas ſimul cum ipſo homine, cùm in repub.nihil ſit immortale præter legem, quæ ſola non moritur moriente legiſlatore, quia neque tam eum qui rogauit legislatorem habet, quàm populum ipſum, qui porrò nunquam moritur, ſed idem qui antea fuit ſemper eſſe intelligitur.*l.proponatur.*76. *D. de iudic.* Sic enim explicare ſoleo legem illam 12. tabul. quam toties ferè inculcare cogimur quoties de vltima voluntate tractamus, *Pater familias vti ſuper ſua re legaſſit, ita ius eſto,* de qua in *l.verbis legis* 120.*D.de verb.ſignifi.*in qua lege verbum *legaſſit* † nihil proculdubio aliud ſignificat quàm hoc quod volumus, *per legis modum diſpoſuerit*, vt Vlpianus noſter explicat in fragmentis, tit. de legat. cùm ad hoc alludens, legatum definit eſſe id quod legis modo imperatiuè relinquitur. Ex quo infert, etiam poſt inductum ea lege ius teſtamentorum in quibus legata relinquuntur, infirma tamen fuiſſe fideicommiſſa, † nec ad legis poteſtatem pertinuiſſe, quia ſcilicet non legis modo imperatiuè, ſed verbis præcariis relinquuntur, cùm è contrario legis ſit imperare, non precari.*l. legis virtus.* 7. *D. de legib.* Ideoque nimirum poſt multa ſecula inducto vſu fideicommiſſorum, neceſſaria fuit Imperatoris Auguſti auctoritas, & Prætoris fideicommiſſarij in eam rem creandi iuriſdictio, vt fideicommiſſa conſeruarentur §.1.*Inſtit. defideic. hered.* & §. 1. *Inſtit. de codicill.* Ego præter Vlpianum ſimiliter infero ſupradictam legem 6. 12. tab. ad donationes † cauſa mortis pertinere non potuiſſe, ſiue ita fierent, vt ex iis dominium ſtatim transferretur in donatarium, ſiue ita vt earum effectus conferretur poſt mortem, multo minus ſi per ſtipulationem contractæ eſſent, quos ineũdæ donationis tres modos fuiſſe diximus in præcedentibus. Nam primo caſu, itemque tertio non poterat videri neceſſaria poteſtas legis facta purè donatione licèt cauſa mortis, nec collata in id tempus quo iam mortuus eſſet donator. Secundo autem caſu etſi eadem ratio neceſſitatem legis inducebat in donationibus cauſa mortis, quæ in legatis, ad eas tamen applicari lex ideò non poterat, quod qui donat cauſa mortis ita vt non niſi poſt mortem ſuam dominium in donatarium transferri velit, non facit legem,nec diſponit per modum legis, quia non vtitur verbis imperatiuis, neque verò loquitur cum hærede, cui ſoli poſſet imperare, ſi vellet, ſed rem agens inter ſe ſolum & donatarium, non interpoſita perſona hæredis, cuius facto & voluntate donatarium egere non vult, tradit donatario res quas donat addita teſtificatione animi ſui, quòd eas & donatas velit, & tamen non niſi ſe mortuo in donatarium tranſlatas. Quæ res facit vt non concurrente auxilio legis infirmiores debuerint eſſe donationes cauſa mortis quàm fideicommiſſa. Etſi enim vtriſque commune illud eſt, quod non fiunt verbis legitimis & imperatiuis, inducto tamen iam per legem eo iure vt poſſet ciuis Romanus teſtamentarium heredem habere, facilius erat, vt valerent fideicommiſſa, quæ ab herede præſertim inſtituto nominatim relicta eſſent verbis precariis, quàm donationes cauſa mortis; de quibus donator neque imperaſſet quicquam, neque rogaſſet. Cúmque defuncto patrefamilias lex ſtatim dominium rerum hereditarium transferat in heredem quandocumque adeuntem, quaſi ex ipſo inſtanti mortis adiiſſe retrofingatur, niſi quod ſi quid legatum ſit,tam citò facit rem legatam legatarij, quàm heredis res ſingulas *l. legatum* 80.*de legat.*2.*iunct.l. heres quandocunque* 54. *D. de acquirend.hared.* conſequens eſt vt dominium rerum mortis cauſa donatarum, quod heredi ſemel acquiſitum ſit, ab eo ignorante vel inuito poſtea diſcedere non poſſit,vt donatario acquiratur *l. ſi ego* 9. §. *res D.de iur.dot.* & rurſus vt non poſſit cogi heres, ad rem tradendam, quomodo ex cauſa fideicommiſſi cogeretur, qui neque iuſſus fuit, neque rogatus vt donatario quicquam præſtet. Ea ratio fecit vt ad huiuſmodi donationes validandas † neceſſe fuerit 7
ad eas protrahere legis poteſtatem, primùm vt ego quidem arbitror per prudentem interpretationem publica vtilitate id ſuggerente, cùm donationum iſtarum vſus eſſet frequentiſſimus, & iam inde ab Homeri memoria repetitus vt ſcriptum eſt in *l.* 1. *D. de mort.cauſ. dona. & apud Iuſtin.in* §. 1.*Inſtit.eod.* Deinde quia non tam interpretatio hæc, quàm ſuppletio eſſe videbatur, Iuriſconſultorum verò erat interpretari, non ſupplere, fuit etiam hoc nominatim, vt credibile eſt, conſtitutum, vt innuere Paulus videtur in *l. Marcellus.*15. *D. de mort. cauſ.donat.*quamuis ignoretur à quo vel quando id conſtitutum ſit, Vt ſcilicet ad exemplum legatorum mortis cauſa donationes caperentur, vt loquitur *de l. Marcellus & l.* 2. *D. de public. rem act.* & legatorum inſtar obtinerent *l. & ſi debitor* 17. *D. de donat. cauſ.mort.* Denique legatis comparatarentur *l. illud* 37. *eod.l.*1.§.1.*D.ſi quid in fraud. patron.* Hinc verò illud etiam intelligimus cur placuerit capi donationes ad inſtar legatorum, potius quàm fideicommiſſorum. Nempe quia prouidendum † erat,vt dominium rei 8
donatæ tranſiret recta via à donatore in donatarium, quaſi nunquam factum hæredis, ne alioqui hæredis ius interpoſitum eam tranſlationem impediret *d.*§. *ſi res.* Hoc autem non aliter fieri poteſt quam redactis donationibus ad inſtar legatorum, ſiquidem legatorum ius proprium illud eſt,non etiam fideicommiſſorum vt recta via tranſeant in eum cui data ſunt, non per mediam heredis perſonam. *l. à Titio* 64.*D. de furt.* quoniam eadem lex quæ induxit hereditates, induxit etiam legata, non fidecommiſſa *d.l.legatum* 80.*de legat.*2.ſatiſque conſultum fuit ficommiſſariis in eo quod fideicommiſſorum perſecutionem habent apud prætorem fideicommiſſarium contra heredem cui non eſt permittendum,vt defuncti à quo tantopere & honoratus & rogatus fuerit; preces eludere poſſit: Quo tamen modo non potuiſſet conſuli donatariis cauſa mortis, ſi ad inſtar tantùm fideicommiſſorum redactæ fuiſſent, quia nunquam prætor cogeret heredem vt donatario cauſa mortis id præſtaret de quo rogatus à donatore non fuiſſet. Præter id, quod dubitandum non eſt quin ſicuti donationes cauſa mortis antiquiores ſunt fideicommiſſis, ita & ius earum conſeruandarum & confirmandarum antiquius ſit iure fideicommiſſorum: vt proinde non aliis quàm legatis æquiparari potuerint donationes cauſa mortis, cùm nullus adhuc eſſet vſus fideicommiſſorum. Quanquam ſi fideicommiſſa quoque iam tum in vſu fuiſſent, non eo minùs ratio ſuperior feciſſet vt legatis non fideicommiſſis comparari mortis cauſa donationes debuiſſent. Inde eſt quod dicimus. Omnibus † mor- 9
tis cauſa capere permitti qui & legata capere poſſunt. *l. omnibus.* 9. *D. de mort. cauſ. donat.* Itemque in mortis cauſa donationibus † non tempus donatio- 10
nis, ſed mortis intuendum eſſe, cùm quæritur an quis capere poſſit. *l.in mortis* 22. *eod.tit.* quia licèt in

legatis

legatis duo tempora inſpici ſoleant teſtamenti & mortis(aditionis enim tempus in perſona quidem heredis inſpiciendum eſt, quia non ſit heres niſi per aditionem §. 1. *ſi extraneus. Inſtit. de hæred. qualit. & differ.l.ſi alienum.*49 §. 1. at non in perſona legatariorum, quibus legatum deberi incipit ex quo tempore dies legati cedit, id eſt, ex inſtanti mortis, ſi modo purum legatum fuerit, non conditionale. *l.* 1. *& tot.tit. D. quand. dies legat. ced.* in quo errauit Accurſ.ad §. 1. *Inſtit.de donat.* vbi ait tria in legatis tempora inſpici oportere) non egemus tamen iſta æquiparatione legatorum in omnibus, nec quocunque tempore, ſed tunc tantùm cùm de donationum cauſa mortis acquiſitione tractandum eſt, mortuo nimirum donatore,cùm donationis effectus poſt mortem collatus eſt. Hoc enim addi debet vt eas ſemper donationes mortis cauſa factas excludamus, ex quibus dominium ſtatim tranſlatum ſit in donatarium. Cur namque mortis tempus ſpectetur in iis donationibus quæ ſtatim perficiuntur? Nam neque
11 ad hoc genus donationum pertinet, quod dici † ſolet non videri perfectam mortis cauſa donationem priuſquam inſecuta ſit mors donatoris, vt Papin.loquitur in *l.Seia.*42.§ *vlt.de mort cauſ.donat.& Vlpian. in l ſed interim.*11.*in princip. de donat.int. vir. & vxor.* cùm perficiantur moriente donatore, & conſequenter eo adhuc viuente, quia non qui mortuus iam eſt moritur,ſed qui adhuc viuit. Quid enim obſtat quominus donatio cauſa mortis ſtatim perfecta videri debeat, cùm ſic facta eſt vt dominium ex ea ſtatim transferatur?Hoc vnum quod reuocari poteſt quandiu donator viuit. *l.* 2. *l.ſi mortis* 29. *eod.* Perficitur ergo cùm deſinit reuocari poſſe. Porrò deſinit eo inſtanti quo moritur donator, quia reuocatio cùm ſit facti, nec per alium, quàm per donatorem ipſum fieri poſſit, vnico illo inſtanti mortis fieri nequit. *l. vltim.D.de condic.inſtit.* Et ideo generalius Vlpianus in *l.non videtur* 32, ait non videri perfectam donationem cauſa mortis priuſquàm mors inſequatur donatoris. Non dicit, *priuſquam mors ſit inſecuta* ſed *antequam mors inſequatur*, vt exprimat inſtans ipſum mortis, non inſtans quod ſequitur mortem, quia
12 omnibus mortis cauſa donationibus † generaliter commune illud eſt vt & reuocabiles ſint, eſſéque debeant cùm fiunt, & fiant irreuocabiles, cùm moritur donator, atque ita omnimodo perficiantur: tumque incipit diſtinctioni locus fieri, An hoc vel illo modo facta ſit donatio, cùm de dominij acquiſitione tractatur, quia vno caſu acquiritur dominium donatario priùs etiam quàm mors inſequatur, alio verò non niſi morte inſecuta *d.l. ſed interim.* §. 1.*& d.l.Seia.*6 *vlt.* nunquam autem in eo ipſo inſtanti in quo mors inſequitur: vt intelligamus aliam eſſe de donationis perfectione,aliam de dominij acquiſitione diſputationem. Quæ res facit, vt eadem diſtinctio adhiberi debeat cùm quæritur, An dona-
13 tio † cauſa mortis ſpecies ſit vltimæ voluntatis,necne. Nam quæ ita fit vt dominium confeſtim transferatur in donatarium, ea cùm & fiat & perficiatur viuo adhuc donatore, nec vllo modo egeat vt per mortem donatoris confirmetur, quomodo vltima voluntas egeret, quanam obſecro ratione cenſeri poſſet iure vltimæ voluntatis? Conſequenter quod nos decade ſuperiore diſputauimus, filium familiàs non poſſe bona ſua aduentitia, etiam quæ pleno iure ſua ſint, donare cauſa mortis, ne quidem patre conſentiente, ideò ſolùm, quia non poteſt cum vltima voluntate decedere, ad has donationes pertinere non poteſt, ex quibus alienatio fit pleniſſimè ac irrationabiliter viuo adhuc donatore. Quomodo putem Falcidiam in iis locũ habere, ſi Papiniano credimus in *l.Seia.*42.§.*vlt.de mort. cauſ.donat.* vbi Seueri conſtitutionem, quæ generalis videbatur, ſic reſtringit. At quæ confertur poſt mortem, ea demum vltimæ voluntatis ſpeciem conſtituit, cuius proprium illud eſt vt viuo quidem teſtatore perficiatur, fiatque irreuocabilis eo nimirum inſtanti quo teſtator moritur; quo etiam inſtanti per legem confirmatur, ſed tamen non niſi poſt mortem teſtatoris dominium in heredem aut legatarium ex ea vltima voluntate transferatur, interimque à donatore retineatur.*l.ſi mortis.*29. *eod.* Neque tamen mirum videri debet quod tam † generaliter & indiſtinctè tot lo- 14
cis ſcriptum eſt, donationes cauſa mortis comparatas eſſe legatis, & capi ad inſtar legatorum. Id enim non eò pertinet quaſi nullatenus interſit vtro modo facta ſit donatio cauſa mortis, ſed rationem illam habet, quia frequetius eſt, ſempérque fuit, donationem cauſa mortis ita fieri, vt poſt mortem conferatur, quàm vt ſtatim & viuo donatore habeat effectum etiam reuocabilem. Siquidem ita ſolent eſſe affecti qui mortis cauſa donant vt ſe malint habere quàm donatarium, & donatarium rurſus quàm heredem *l.*1.*l. Senatus.* 35. §. 1. *eod.* quod tamen in eos non cadit qui ſic donant cauſa mortis vt dominium ſtatim transferant. Hi enim malunt donatarium habere quàm ſe, licèt ſaluam ſibi eſſe velint reuocandæ donationis facultatem, aut ſaltem redhibendi ſpem in aliquem caſum, quæ ſpes non niſi morte amittatur. *dict.l.Seia.*§.*vlt.*

ERROR VIII.

De donationibus mortis cauſa inter coniuges ità factis, vt dominium ſtatim transferatur, & an tales donationes cauſa mortis egeant hodie inſinuatione.

SVMMARIA.

1 *Donationes cauſa mortis inter coniuges generaliter ſunt permiſſæ, & cur.num.*3.
2 *Illæ tamen quæ ſic fiunt vt dominium protinus transferatur, non aliter valent quàm ſi inſecuta morte donatoris ea tranſlatio fiat.*
3 *Donationes inter virum & vxorem quæ improbatæ.*
4 *Ratio dubitandi cur donationes de quibus numer.* 2. *valere non videantur.*
5 *Tribonianiſmus notatus in l. ſed interim.* 11. *D. de donat. int.vir.& vx. & quæ fuerit Iuliani ſententia de validanda inter coniuges donatione cauſa mortis.*
6 *Ratio decidendi cur donationes de quibus numero* 2. *valeant.*
7 *An donatio, inter coniuges mortis cauſa ita facta vt ſtatim dominium transferatur & excedens* 500. *ſolidos egeat inſinuatione & num.*10.
8 *De iure Inſinuationis donationum.*

EX iis quæ proximè diximus, illud etiá 1
ſit, vt quamuis inter † virum & vxorem mortis cauſa donationes generaliter permiſſæ ſint. *l. mortis* 40.*eod. l.ſi cum.*9.§.*vlt.D.de donat. int. vir. & vxor.* ſi tamen ſic facta ſit donatio † vt dominium protinus transferatur, non valeat donatio, ſi hactenus vt ſecuta morte donatoris ea tranſlatio fiat, interimque maneat dominium omnimodo penes eum, qui donauit *d. l. ſed Interim*, quia nec alia ratio vlla eſt quæ mortis cauſa donationes, potiùs quàm 2

illas quæ ſimpliciter & abſolutè factæ ſunt inter
3 coniuges valere patiatur, quàm quod earum † tempus in id tempus excurrat quo vir & vxor eſſe deſinunt, vt Caius in *l. quia in hoc. 10. eod. tit.* id eſt, quo matrimonium ſoluatur. Omnes enim donationes
4 † inter virum & vxorem improbantur per quas & locupletior fiat is cui donatur, & pauperior is qui donat. *l. 5. §. conceſſa. §. cùm igitur, & paſſ. eod. tit.* Fit autem pauperior is qui donat etiam cauſa mortis, quoties rei ſuæ dominium viuus amittit, non etiam ſi amittat poſt mortem. Atqui amitteret viuus is qui amitteret in ipſo inſtanti mortis, cùm inſtans illud vitæ, vt diximus, non morti adſcribatur. Et ob id
5 nimirum videbatur † non poſſe donationem eam valere inter coniuges quamuis mortis cauſa factam, per quam id ageretur vt dominium ſtatim transferretur, cùm neque viuo donatore poſſet valere prohibente iure, neque poſt mortem deficiente voluntate. Sed tamen aliud Vlpiani iudicium eſt in *d. l. ſed interim* (ſi tamen totus ille verſiculus, *ſed quod dicitur*, Vlpiani eſt, ac non potiùs Triboniani Iulianum
6 † notantis eiúſque ſententiam emendantis) valere inter coniuges donationem quamlibet cauſa mortis, non eam ſolùm quæ hoc animo facta eſſet, vt tunc res, fieret, vxoris vel mariti cùm mors donatoris inſecuta eſſet, quomodo ſcribendum erat in *dict. verſ. ſed interim*, non vt ſcriptum eſt *inſequitur*, ad exprimendam eiuſdem Vlpiani ſententiam, quæ ſic expreſſa eſt in primis illis verbis eiuſdem legis, *cùm mors inſecuta eſt*, & in *§. ſi vxor.* illo loco, *mortua muliere confeſtim fundus efficietur eius quem maritus interpoſuit.* Vt vel ex hoc maximè appareat, notam illam ad Iulianum Triboniani eſſe, non Vlpiani, quem credibile eſt Iuliani diſtinctionem potiùs ſecutum fuiſſe, exiſtimantis, non aliam donationem mortis cauſa inter coniuges valere, quàm quæ ſic fiat & eo animo, vt tunc acquiratur donatario, cùm mors erit inſecuta donatoris: Quaſi imputandum ſit ei qui aliter donauit, ſi donare vtiliter voluit cauſa mortis, cur non donauerit eo modo quo licitè potuit ſi voluiſſet. Oratio namque diui Seueri de confirmandis donationibus inter virum & vxorem, non ad alias donationes pertinet, quàm quæ factæ ſint inter viuos, cum nulla ratio fuerit ſubueniendi donationib. cauſa mortis, quas nihil prohibebat valere iure communi, ſi eas ſine vitio facere donator vel-
7 let. Verùm pro † Triboniano contra Iulianum facit ille color æquitatis, quod non minùs fauorabiles videri debeant donationes cauſa mortis inutiles, ob id ſolùm quòd potuerint vtiliter fieri aliquo caſu, cùm illis etiam ſubueniatur quæ vtiles eſſe nullo caſu potuerunt, id eſt, quæ factæ ſunt inter viuos. Quo etiam colore, ſi pro bono eum habere velis, poſſit quis non improbabiliter defendere, donatio-
8 nem † cauſa mortis ita factam vt dominium confeſtim transferatur, etiamſi excedat ſummam quingentorum ſolidorum nec inſinuata ſit, tuendam tamen iure vltimæ voluntatis, ſi adhibiti ſint quinque teſtes, ex *l. vlt. C. de donat. cauſ. mort.* quamuis non putem, ſi ſummo iure agatur, eam valere quippe quæ non poſſit dici vltima voluntas, cùm non modò perficiatur fiátque irreuocabilis viuo donatore, ſed etiam pleniſſimum effectum habeat, quod ad irreuocabilem dominij tranſlationem. Quid enim poſt mortem donatoris faciendum ſupereſt, propter quod aliqua ex parte poſſit videri vel minimam habere ſpeciem vltimæ voluntatis. Quòd ſi vltima voluntas non eſt, nec aliud nomen quàm donationis habere poteſt, eget proculdubio inſinuatione, quantumuis donationem cauſa mortis eam dici velis.
9 Omnibus enim donationibus ſiue † inter viuos, ſiue mortis cauſa factæ eſſent, ea lex dicta erat à Conſtantino in *l. donatio. 25. C. de donat.* & in *l. data. 27. eodem.* vt inſinuari apud acta deberent, quod & Iuſtinianus confirmauerat primùm in *l. ſancimus. 34. eodem.* ſi non ſupra trecentos ſolidos donatum eſſet, deinde in *l. penult. in fin. eod.* ſi non ſupra quingentos: quæ conſtitutiones omnes ſunt generales & pertinent ad quaſcunque donationes. Etſi verò idem Iuſtinianus poſtea ſollennitatem hanc inſinuationis remiſſam voluit in donationibus cauſa mortis *d. l. vlt. C. de donat. cauſ. mort.* apparet tamen non de aliis eum ſenſiſſe, quàm de quibus olim dubitabatur an contractibus, an vltimis voluntatibus eſſent aggregandæ, & quæ propiùs accedant ad vltimas voluntates. In quo tamen numero † nec ſunt, nec vnquam fuerunt eæ, quæ ſic fiunt vt dominium ex iis ſtatim transferatur. Sed quemadmodum in ſpecie *d. l. ſed niterim. 11. D. de donat. int. vir. & vxor.* defenduntur huiuſmodi donationes etiam inter coniuges, non tanquam confirmatæ ex oratione Diui Seueri, ſed tanquam donationes cauſa mortis nec turſus eo modo quo factæ ſunt, ſed acſi poſt mortem collatæ eſſent, vt benigna interpretatione actus valeat, potiùs quàm pereat. Ita & deficiente inſinuatione videtur æquitas ſuadere, vt nihilominus defendantur iure vltimarum voluntatum, ſi adſint quinque teſtes. Ne deterioris conditionis ſint eæ quæ non magis ſunt donationes inter viuos, quàm voluntatis vltimæ ſpecies, ſed medium quoddam genus conſtituunt inter donationes, quæ fiant inter viuos & vltimas voluntates, quàm ſi harum numero continerentur. Niſi quod ſi ſubtilius agere volumus, inter hos caſus hæc diuerſitatis ratio reddi poteſt, quod in ſpecie *d. l. ſed interim.* omnimodo valitura eſſet donatio ſiue inter viuos facta ſiue poſt mortem collata fuiſſet, priore quidem caſu tanquam confirmata morte ex oratione Seueri, poſteriore verò tanquam donatio cauſa mortis etiam inter coniuges iure communi permiſſa. Ideóque minus mirum eſt defendi donationem quæ nec ſit inter viuos nec vltima voluntas, ſi in vtrumque caſum erat valitura, ſed tanquam inter viuos vel tanquam vltima voluntas. At in eo caſu quo ſolus defectus inſinuationis facit inutilem donationem quæ vltimæ voluntatis iure cenſeri non poteſt difficilius eſt vt defendatur donatio quæ nec vltima voluntas eſt, nec ſi inter viuos facta eſſet, tamen eo magis valeret, quin potiùs tanto minùs, quanto certius eſt donationes inter viuos quæ legitimam ſummam excedunt ſi inſinuatæ non ſint, nullo modo valere; Nec eas tantùm quæ alioquin valerent, ſed nec eas quæ ab initio fuerunt inutiles quidem ſed quæ tamen ſi inſinuatæ eſſent confirmarentur morte, de quibus in *l. donationes quas parentes 25. C. de donat. int. vir. & vxor.* vt defectus inſinuationis non tantùm impediat ne ab initio valere poſſit donatio alioqui valitura, ſed etiam ne ex poſtfacto confirmetur morte quæ alioquin confirmaretur. Rectiùs autem videntur poſſe comparari donationibus inter viuos ſaltem morte confirmādis, eæ donationes cauſa mortis quæ ſic fiunt vt dominium ſtatim transferatur, quàm vltimis voluntatibus, cùm non ſolùm in eo ſimiles ſint, quod morte donatoris non poſt mortem perficiuntur, ſed hoc etiam plus habeant, quod eo tempore pleniſſimum effectum & irreuocabilem habere incipiunt, quem tamen non habent illæ de quibus in *d. l. donationes*. Ex quibus ſcilicet dominium non transfertur niſi poſt mortem donatoris, quam ob cauſam ſolent illæ à noſtris vltimarū voluntatū iure cenſeri in omnibus præterquam in eo quod inſinuādæ ſunt. Quòd ſi requirunt inſinuationem eæ donationes quę inter

viuos

viuos etiam inutiliter factæ ſunt vt poſſint morte confirmari quamuis non idcirco habeant effectum niſi poſt mortem, quanto magis requirent eæ donationes cauſa mortis quæ ſic factæ fuerunt vt ſtatim dominium in donatarium vtiliter transferatur, quamuis donatoris mortem expectent non vt valeant aut vt confirmentur quomodo vltimæ voluntates per legem, ſed vt irreuocabiles fiant? An non propius accedunt iſtæ ad donationes inter viuos tametſi mortis cauſa factæ ſint, quàm illæ ipſæ quæ inter viuos quidem factæ ſunt, ſed inutiliter, & ita vt ex iis dominium non transferatur niſi poſt mortem? Ergo ſi mero iure agere volumus non poterunt iſtæ valere, ſi non inſinuatæ ſint, quamuis adhibiti ſint quinque teſtes, ſicut nec in donatione inter viuos adhibitus hic numerus teſtium poſſet ſupplere defectum inſinuationis, & facere vt eo magis valeret, quæ non eſſet inſinuata. Eo nimirum caſu quo inſinuatio iure requireretur.

ERROR IX.

De dominio acquirendo ex donatione cauſa mortis citra vllam traditionem, ad l. 1. & 2. D. de public. in rem act.

SVMMARIA.

1 *Erroneum eſt, non minùs ex donatione cauſa mortis, quàm ex legato transferri dominium ipſo iure citra traditionem.*
2 *In legatis cur transferatur dominium ſine traditione: in donationibus mortis cauſa non item.*
3 *Vnde probent interpretes ex donatione cauſa mortis dominium citra traditionem tranferri.*
4 *In ſpecie l. 2. D. de Public. in rem act. rem donatam mortis cauſa traditam fuiſſe, aduerſus interpretes.*
5 *Vnde colligant interpretes traditam non fuiſſe donatario poſſeſſionem.*
6 *Quomodo donatio cauſa mortis facta per traditionem conueniat cum legato quantum ad inducendam ſine traditione dominij tranſlationem.*
7 *Senſus l. 1. & ſecund. D. de Public. in rem action.*
8 *Sitne locus Publiciana ſi erepta ſit donatario poſſeſſio vino donatore.*
9 *Re aliena legata legatario datur Publiciana etiam ſi nunquam poſſederit, non item donatario: & ratio differentia.*
10 *Dominij bonitarij & quiritarij differentia.*
11 *Modi acquirendi dominij iure Quiritium qui.*
12 *Emendatur l. 1. D. de Public. in rem act.*
13 *Donationes cauſa mortis cùm à Iureconſultis ſimpliciter dicuntur illa intelliguntur ex quibus dominium poſt mortem donatoris transfertur.*

ÆQVI PARATIO illa legatorum & donationũ cauſa mortis, de qua in præcedentibus diſſeruimus, ſicuti magnam interpretibus & pragmaticis noſtris errandi materiem attulit non diſtinguentibus donationem cauſa mortis, quæ per traditionem fiat, ab ea quæ fiat per ſtipulationem, nec rurſus donationem quæ fiat per traditionem, ita vt dominium ſtatim transferatur, ab ea quæ dominij tranſlationem conferat poſt mortem donatoris: ita & pleroſque viros etiam doctiſſimos in hoc fefellit, quòd exiſtimant, non minùs ex donatione cauſa † mortis, quàm 2
ex legato transferri dominium ipſo iure, nulla etiam traditione interueniente. Sic enim ex veteribus ſenſerunt Bart. ad *l. 1. D. de Publician. in rem actio.* Bald. in *l. 2. eod. & conſil. 230.* Idem *Bald. & Caſtrenſ. ad l. 2. de legat. 1.* Ex recentioribus verò Iacobus Cuiacius *lib. 10. obſeruat. cap. 28.* vbi ſcribit, ſicut legatum ipſo iure acquiritur ex lege duodecim tabul. ſine traditione heredis aut defuncti, vel poſſeſſionis adprehenſione, ita & donationem cauſa mortis: quia, inquit, ad exemplum legati capitur, id eſt, acquiritur. Sanè parum ſubtiliter meo iudicio. In legatis † enim ideò transfertur dominium ſine traditione, quia tranfertur poteſtate legis duodecim tabularum: quæ de legatis locuta ſunt: ſiquidem lex perinde eſt modus transferendi dominij iure Quiritium, atque traditio: neque auxilio traditionis indiget in eam rem, cùm è contrario præſtet ipſa authoritatem traditioni, vt per traditionem dominium transferri poſſit, ne alioqui ſit traditio nuda *l. nunquam nuda. 31. D. de adquirend. rerum dominio.* At non ſimiliter lex duodecim tadularum locuta eſt de donatione cauſa mortis, quarum proprium ius illud ſemper fuit, vt eas neceſſe eſſet fieri vel per traditionem, vel per ſtipulationem, ex qua poſtmodum cogi poſſet donator ad rem tradendam. Vt proinde quamuis lex mortis cauſa donationes confirmare voluiſſet, non ideo tamen facere potuiſſet, vt ex iis dominium ſine traditione transferretur, niſi etiam inducto eo, vt ad conficiendam donationem cauſa mortis neque traditio, neque ſtipulatio requireretur, quod tamen nemo dixerit aut per legem duodecim tabularum factum eſſe, quæ de huiuſmodi donationibus nihil dixit, aut per interpretationem prudentum ad eam legem, aut denique per aliam vllam iuris conſtitutionem. Sola enim Iuſtiniani conſtitutio eſt in *l. ſi quis argentum. 35. §. Sed ſiquidem. Codice de donat.* per quam factum videri poſſit vt donatio mortis cauſa, non magis quàm quæ inter viuos facta eſt, requirat hodie traditionem vel ſtipulationem, ſed nullo etiam pacto fiat, adeóque nuda qualibet teſtificatione voluntatis. Quod tamen dici non poſſe oſtendimus in præcedentibus, cùm probauimus conſtitutionem illam ad donationes mortis cauſa factas minimè petinere. Cùm igitur non aliter poſſit valere donatio cauſa mortis quàm ſi vel traditio interuenerit vel ſtipulatio, quæro quonam caſu fieri queat vt dominium rei mortis cauſa donatæ ſine traditione in donatarium tranferatur? An illo fortaſſe, quo interuenerit ſtipulatio? Alius enim nullus eſt. Atqui ſtipulatione interueniente licet donationis cauſa mortis ineundæ animo, non duo ſunt contractus, quorum alter donatio dici debeat, alter ſtipulatio ſed vnus tantùm contractus eſt, iſque non tam donationis quàm ſtipulationis. Exemplo eius quod dici ſolet ſi quis pecuniam mutuam dederit, eámque ſibi reddi ſtipulatus ſit, non duos eſſe contractus, ſed vnicum, neque ex numeratione pecuniæ naſci obligationem mutui, aut condictionem certi ex mutuo, ſed obligationem & actionem ex ſtipulatione tantùm, quaſi numeratio non facta ſit niſi cauſa implendæ ſtipulationis, vt non ſine cauſa facta videretur: quomodo elegantèr ab Vlpia. & Pomponio ſcriptum eſt in *l. ſi ita fuero. 6. §. 1. cum l. ſeq. D. de nouat. & delegat.* Nam & eadem ratione dici poteſt, cùm donatio cauſa mortis fit per ſtipulationem, non attendi donationem, niſi tanquam ſtipulationis cauſam, quia ſtipulationes omnes vt efficacem actionem pariant, quæ per doli exceptionem ſubmoueri nequeant, aliquam habere cauſam debent. *l. 2. §. circa. D. de doli mal. except.* pendéntque ex negotio aliquo contracto, *l. ſtipulationum. 5. D. de verb. obligat.* licèt donationis cauſa ſeparata ſit à ratione negotij contrahendi, cùm tota ex donantis liberalitate æſtimetur, *l. interdictum. 14. D. de precar.* Ergo ſi quis

quis dicat ex donatione cauſa mortis facta per ſtipulationem transferri dominium ipſo iure, non minùs errauerit, quàm ſi diceret ex ſtipulatione ſola, quæ modò cauſam aliquam habeat dominij fieri tranſlationem, quod tamen abſurdum eſſet. Nam quod ad transferendum dominium pertinet, nihil intereſt an ſtipulatio cauſam habeat necne, ſed adhibetur ea diſtinctio tunc tantùm cùm quæritur an actio ex ſtipulatu competens ſit efficax, an elidenda per exceptio-
3 nem. Mouit verò, fefellitque interpretes noſtros & ipſum quoque Cuiacium, † vt fatetur, textus Pauli in *dict. l. 2. D. de Publician. in rem actio.* quem ad hoc dicunt omnes eſſe ſingularem: ita admittentes in toto iure noſtro alium locum nullum eſſe quo probari poſſit tam abſurdus error, vt ex donatione cauſa mortis citra traditionem dominium transferatur, cum tamen tot leges ſint, quæ loquuntur de donationibus mortis cauſa. Nos videamus an neque ex ſupradicto Pauli loco probetur. Iungunt interpretes interpretationem dictæ *l. 2. cum §. vlt. l. 1. eod. tit.* & hoc bene. Nam & ipſa legum coniunctio demonſtrat aliam ab alia pendêre. Retulerat Vlpianus in *l. 1.* verba edicti prætoris de Publiciana actione quæ hæc fuerunt, *Si quis id quod traditur ex iuſta cauſa non à domino, & nondum vſucaptum petet, iudicium dabo.* Et rationem reddiderat cur adieciſſet Prætor, *nondum vſucaptum*, nempe quia ſi vſucaptum eſſet, haberet is qui vſucepiſſet ciuilem actionem, ob idque fruſtra deſideraret honorariam. Subinde quæſierat, cur traditionis duntaxat, & vſucapionis feciſſet prætor mentionem, cùm ſatis multæ ſint iuris partes in quibus dominium quis nanciſcatur, ſupple ſine traditione, vt puta legatum. Mox in *l. ſeq.* ſubiicitur ex Paulo, *vel mortis cauſa donationes facta, nam amiſſa poſſeſſione competit Publiciana, quia ad exemplum legatorum capiuntur.* Hinc nimirum inferunt etiam ex donationibus cauſa mortis perinde
4 atque ex legatis dominium ſine traditione transferri. Ego contra ex iis ipſis verbis probo † rem donatam cauſa mortis in ea ſpecie traditam fuiſſe. Quomodo enim hic donatarius amiſiſſet poſſeſſionem, cuius recuperandæ gratia dat ei lex Publicianam, ſi non eam priùs habuiſſet? quomodo autem habuiſſet, niſi per traditionem accepiſſet? Supponit ergo Paulus, quod & nos ſupponendum neceſſariò eſſe dicimus, præceſſiſſe traditionem, quæ donationem fecerit, & donatario poſſeſſionem acquiſiuerit, qua poſtmodum amiſſa, Publicianam vtique habere habet donatarius, quamuis nondum compleuerit vſucapionem: quia nimirum verum eſt poſſeditſe illum ex ea cauſa, ex qua, ſi non fuiſſet interpellata poſſeſſio, ſequi vſucapio potuiſſet. At, inquies, ſi ponamus traditam † fuiſſe
5 poſſeſſionem donatario, non erit apta comparatio donationis cauſa mortis & legati, cùm nulla traditione opus ſit ad legati dominium transferendum, nec rurſus accommodatum exemplum ad id de quo tractatur in dictis legibus, id eſt, ad probandum multos eſſe caſus in quibus dominium ipſo iure ac ſine traditione transferatur. Hic verò nodus eſt quem diſſoluere interpretes noſtri debuerunt. Dico tum quo-
6 que cùm donatio † cauſa mortis facta eſt per traditionem, adhuc neceſſariam eſſe, nedum licitam æquiparationem legati & donationis mortis cauſa, quantum ad inducendam ſine traditione dominij tranſlationem, quia licèt res mortis cauſa donata fuerit per donatorem tradita eo animo, vt fieret donatarij poſt mortem donatoris, non idcircò tamen dominium per traditionem acquiritur donatario quandiu donator viuit non magis quam ſi nulla traditio facta eſſet ſiquidem non quælibet traditio transfert dominium, nec ſi facta ſit à domino, & ex iuſta cauſa, ſed ea demum quæ cæteris etiam concurrentibus fit animo dominij transferendi. *l. non omnis. 19. D. de rebus credit.* Rurſus mortuo donatore, quo tempore videretur ex poteſtate conuentionis transferri dominium debere, non poteſt fieri tranſlatio citra legis autoritatem, quia eo tempore iam nemo eſt, à quo poſſit dominium diſcedere, vt in donatarium transferatur, cùm donator qui mortuus eſt nullus ſit, omnis autem dominij tranſlatio præſupponat duas perſonas: vnam à qua, & alteram in quam fiat. Ita fit vt in hac mortis cauſa donatione interuenerit quidem traditio, ſed adeo inutiliter, vt non maiorem effectum per ſe habere poſſit ad dominium transferendum, quàm ſi nulla prorſus interueniſſet. Ob eam nimirum cauſam legis poteſtas neceſſaria eſt perinde ac in legato, ſed cum hac tamen differentia, quod in legato neceſſaria eſt lex, vt dominium rei legatæ transferatur in donatarium ſine adprehenſione vlla poſſeſſionis. In donatione verò cauſa mortis non vt æquè transferatur ipſo iure, ac citra vllam traditionem, ſed vt dominium quod per traditionem à donatore factum transferri non potuit, neque tempore ipſius traditionis, quia donator non voluit cùm poſſet, neque poſt mortem donatoris quod voluerat donator, quia velle non potuit, tamen ſine vlla noua traditione tranferatur ex legis quidem poteſtate, ſed tamen transferendi huiuſmodi dominij occaſionem captantis ex ea traditione, quæ priùs facta fuerat quamuis inutiliter: quaſi facilius fuerit mediæ iuriſprudentiæ quæ hoc ius proculdubio induxit, legis duodecim tabularum quæ de donationibus cauſa mortis nihil dixerat, autoritatem accommodare ad validandam traditionem alioquin inutilem iungendáque inſtantia traditionis & tranſlationis dominij, quæ mors intermedia iungi prohibebat, quàm ſupplere traditionem in totum ſi nulla penitus præceſſiſſet. Denique dico dominium hoc caſu transferri quidem in donatarium per legem, non per traditionem, ſed tamen per legem propter traditionem, aut ſi mauis non quidem ex traditione, ſed tamen non ſine traditione. Hic ergo ſenſus eſt † *dict. l. 1. & 2. D. de public. in rem action.* Si quis alienam rem mortis cauſa donauerit & tradiderit, & ante completam à donatario vſucapionem alius nullo iure poſſeſſionem inuaſerit, dandam donatario Publicianam, perinde atque danda eſſet ſi ea res ipſi legata fuiſſet, quia quamuis res illa donata cauſa mortis donatario acquiri per traditionem non potuiſſet, nec ſi in tradentis donatoris dominio fuiſſet, Publiciana autem actio ſicuti datur eo colore quaſi iam actor vſuceperit quod re vera non vſucepit, ita non alij dari debeat quàm qui per traditionem factus fuiſſet dominus, ſi dominium is qui rem tradidit, habuiſſet. Eodem tamen iure cenſetur donatarius cauſa mortis cui res ſic tradita eſt vt dominij tranſlatio collata fuerit poſt mortẽ, quo cenſeretur ſi dominium per eam traditionem tranſlatum fuiſſet, propterea quòd ea traditio poterat ſufficere ad inducendam poteſtatem legis vt exemplo legati mortuo donatore poſſet donatarius fieri dominus ſine vlla noua traditione, ſi donator dominus fuiſſet. Cur non igitur proderit ad Publicianam † quamuis amiſſa ſit poſſeſſio ante impletam 8
vſucapionem? Ille caſus maiorem haberet dubitationem ſi poneres ereptam donatario poſſeſſionem viuo donatore, ac proinde ante perfectam mortis cauſa donationem quæ non priùs perfecta dici poteſt quàm mors inſequatur donatoris. *l. non videtur. 32. D. de mort. cauſ. donat.* Diſſimilis enim videretur dari Publicianam ei qui nec dominium ſibi acquirere potuerit per traditionem etiamſi à domino facta fuiſſet, nec per legis poteſtatem ſine noua traditione quandiu viueret donator. Sed verius eſt hoc quoque caſu Publicianæ locum eſſe, quoniam vt locus ſit, ſufficit quod potuerit

ſequi

ſequi vſucapio ſi interpellata non fuiſſet. Nihil ſiquidem aliud requiritur ex parte actoris, niſi vt dicat & poſſit dicere ſe vſucepiſſe, ob id ſolùm quòd vſucapere potuerit. §. *namque Inſtit. de action.* Atqui certum eſt aliena quoque re donata cauſa mortis poſſe donatarium vſucapere viuo etiam donatore, idque vel in propriam ſuam vtilitatem, ſi donatio non reuocabitur, vel in ipſius donatoris commodum ſi donationem reuocare volet, etiam poſt completam vſucapionem. *l. ſi alienam.* 13. *l. qui alienam.* 33. *D. de mort. cauſ. donat. l. Ariſto* 18. §. *penult. D. de donat.* Ergo tam viuo quàm mortuo donatore Publicianam habere debet ſi amiſerit poſſeſſionem, non item ſi nunquam poſſederit. In quo vno hac parte differt
9 à legatario, † cui daremus Publicianam etiamſi nunquam poſſediſſet, ſi modo teſtator à quo cauſam habet, probetur aliquando poſſediſſe. Et ratio differentiæ eſt, quia ſi res legata fuiſſet propria teſtatoris, haberet legatarius directam dominij vindicationem tametſi nunquam legatum poſſediſſet, nimirum ſi eſſet ei legatum per vindicationem (iam enim diximus non niſi legatis per vindicationem æquiparatas fuiſſe mortis cauſa donationes, cùm ex aliis dominium non tranſiret recta via in legatarium) quia & poſſeſſionem illam quam nondum haberet vindicare & occupare propria autoritate poſſet, ſi vellet citra metum interdicti. Quod legatorum: ſi modò legi Falcidiæ locus non eſſet & præterea nihil commune habet proprietas cum poſſeſſione vulg. *l. naturaliter* 12. §. *nihil commune. D. de acquirend. poſſ. iunct. l. cùm heredes* 25. *eod.* Si verò mortis cauſa donata fuiſſet res propria donatoris, collatáque dominij tranſlatio in id tempus, quo donator deceſſiſſet, non aliter vindicationem directam habere donatarius poſſet, quàm ſi vel à donatore ipſo vel ab eius herede per traditionem eam rem accepiſſet. Igitur aliena re donata idem ſeruabimus in vtili vindicatione quod ſeruaretur ſupradicto caſu in directa, vt eam habeat legatarius etiamſi poſſeſſionem rei legatæ nunquam habuerit nec proinde vnquam amiſerit, donatarius verò non aliter quàm ſi eam & habuerit adeóque per traditionem ſibi factam à donatore ipſiuſve herede, & deinde amiſerit: Vt & de eo ſcriptum eſt qui ſeruum quem nemo defendebat ex cauſa noxali duxit & in bonis habere cœpit, ſcilicet huic quoque dari Publicianam ſi amiſerit poſſeſſionem *l. item ſi ſeruum 6. eod. tit. De Publician. iunct. l. 2. §. vlt. D. ſi ex noxal. cauſ. agat.* quia dominium bonitarium nun-
10 quam † acquiritur ſine poſſeſſione *l. non eſt mirum.* 26. §. 1. *D. de pign. l. ſi finita* 15. §. *Iulianus D. de damn. infect.* vnde & poſſeſſio dicitur in *l. 3. D. ſi vſufr. petet.* in quo differt a quiritiario, quod plerumque acquiritur ipſo iure, & ſine poſſeſſione non tantùm in legatis ſed & in aliis pleriſque cauſis vt ſcriptum eſt in *lege. 3. D. de Publician.* id eſt quoties acquiritur vel per legem vel per ceſſionem in
11 iure vel per adiudicationem. Fuerunt enim illi modi acquirendi † dominij iure Quiritium non minus quàm traditio, mancipatio, & vſucapio, vt Vlpianus refert *tit. 19. de acquiſit. rer.* ad quod alludit fanè idem Vlpianus in *d. l. 1. in illis verbis cum ſatis multa ſint iuris partes in quibus dominium quis nanciſceretur*, nimirum præter traditionem & vſucapionem: de quibus iam dixerat in iis præcedentibus. *Sed cur traditionis duntaxat & vſucapionis fecit mentionem?*
12 Vbi tamen quod additum eſt † *& vſucapionis* non dubito quin ſit irreptitium ex gloſſemate imperiti interpretis non animaduertentis, quòd licèt traditio & vſucapio duo modi ſint & eiuſdem poteſtatis ad acquirendum dominium quiritiarium, alia tamen ratione fecit prætor mentionem traditionis, alia verò vſucapionis. Traditionis enim fieri mentionem oportuit ad exprimendum eum modum acquirendi dominij per quem potuerit dominium transferri in actorem ſi à vero domino cauſam habuiſſet, vſucapionis verò è contrario ad eam excludendam, & verbis edicti negatiuè conceptis *nondum vſucaptum*: quia licet Publiciana detur eo colore quaſi vſucapio iam impleta ſit (quoniam alioqui non poſſet amplius impleri quæ ſemel interpellata fuiſſet, cùm vſucapio non tantùm poſſeſſionem requirat, ſed perpetuam quoque poſſeſſionis continuationem 1. 2, 3. *l. ſine poſſeſſione* 25. *l. iuſto* 44. §. *vltim. D. de vſucapion. l. 2. Cod. de præſcriptionibus longi temporis.* neceſſario tamen ponendum eſt vſucapionem reuera nondum impletam eſſe vt Publiciana locum habere poſſit. Quando quidem ſi actor verè iam eſſet dominus ſiue per traditionem à vero domino factam, ſiue quo alio modo iuſtum dominium acquiſiuiſſet, is proculdubio Publicianam habere nec poſſet, nec deberet, quæ non datur niſi ex æquitate & neceſſitate. Neceſſitas porrò nulla eſt ſuccurrendi ei qui habet ciuilem & directam vindicationem: vt iam Vlpianus ipſe explicauerat in *d. l.* 1. §. 1. reddita expreſſim cauſa cur prætor in edicto vſucapionis meminiſſet, atque ita ſcripſiſſet *nondum vſucaptum.* Ex quo tantò clarius apparet, non niſi ineptiſſimè ſubiici potuiſſe ſtatim eandem ipſam quæſtionem, repetique mentionem vſucapionis in illis verbis, *Cur traditionis duntaxat, & vſucapionis fecerit mentionem.* Sed & ex *d. l.* 2. illud notari volumus quod ad eorum quæ in præcedentibus diximus confirmationem valdè pertinet, do-
13 nationes † cauſa mortis cùm à Iureconſultis ſimpliciter dicuntur, eas intelligi ex quibus dominium poſt donatoris mortem transferatur, non eas ex quibus ſtatim, & viuo adhuc donatore. Sic enim facta donatione cauſa mortis vt dominium ſtatim transferretur in donatarium quamuis reuocabiliter, non egeret donatarius Publiciana, qui haberet directam vindicationem interim, id eſt, quandiu reuocata donatio non eſſet, quippe qui toto eo tempore iam verus eſſet dominus etiam iure Quiritium. *d. lege. ſi mortis.* 29. *D. de mort. cauſ. donat.* qui locus meo iudicio probat omnium apertiſſimè vim & poteſtatem donationis cauſa mortis vtrouis modo fiat, & quantopere ij errent qui donationes omnes mortis cauſa factas ſicut vnum & idem nomen habent, ita vno eodémque iure cenſeri volunt & indiſtinctè pro vltimis voluntatibus haberi.

ERROR X.

De actione quæ datur donatori cauſa mortis poſt reuocatam donationem ad l. ſi mortis. 19. *l. qui mortis.* 30. *D. de mortis cauſ. don. & tit.* 1. *C. de donat. quæ ſub mod.*

SVMMARIA.

1 *Quando donator mortis cauſa ex pœnitentia habeat conditionem vel vtilem actionem.*
2 *Donatio cauſa mortis interdum reuocatur ex pœnitentia, interdum ex caſu.*
3 *Emendatio & explicatio l. ſi mortis.* 29. *D. de mort. cauſ. don.*
4 *Emendatio l.* 1. *C. de donat. quæ ſub mod. & numero* 7.
5 *Diſcrimen inter vindicationem & conditionem.*

6 *Eo caſu quo tam condictio, quàm vtilis vindicatio datur, non eſt exiſtimandum vtramque ſimul exerceri poſſe.*

8 *Vitioſa vtilis vindicationis à Bald. allata definitio.*

AD eandem verò diſtinctionẽ donationum cauſa mortis vtrum hoc vel illo modo fiant, ſunt qui putẽt pertinere quod ſubiicitur in *l. qui mortis.* 30. *eod. tit.* eum qui mortis cauſa donauit ex pœnitentia, vel condictionem habere vel vtilem actionem. Sed non ita eſt. Habet enim donator † vtramque illam actionem eo tantùm caſu quo ſic donauerit cauſa mortis, vt dominium in donatarium ſtatim transferretur, quia non poteſt habere vindicationem directam is qui dominium tranſtulit, ſed tantùm vel condictionem, cum qua porrò nunquam niſi contra furem concurrere poteſt directa vindicatio. §. *Sic itaque inſtit. de act. l. vltim. D. vſufru. quemadm. caue.* vel vtilem in rem actionem, quæ cùm non detur niſi ex æquitate facilè poteſt concurrere cum condictione, vt & in *l.* 1. *C. de donat. quæ ſub. mod.* vbi fauor donatoris & perfida ingratitudo donatarij alimenta promiſſa donatori ſuo denegantis ius illud ab Imperatoribus extorſit. At ſi dominij tranſlatio in donationum cauſa mortis collata ſit poſt mortem non eſt quod vel de condictione tractetur vel de vtili actione in rem, cùm hoc caſu vindicatio directa non vtilis danda eſſet donatori *d. l. ſi mortis.* 29. Quòd ſi donatio ſic facta eſſet vt ſtatim quidem dominus fieret donatarius, ſed redderet donatori ſi vel conualeſceret vel de peregrè rediret, dicendum eſt cum Vlpiano in *d. l. ſi mortis poſſe defendi in rem competere donatori ſi quid horum contingiſſet.* quod haud dubiè ſic accipiendum eſt vt illa in rem actio vtilis futura ſit, non directa. Solus enim euentus conditionis ſub qua conuentum fuerat, vt res donata iámque alienata redderetur, non poteſt facere vt dominium ipſo iure ad donatorem recurrat (in hoc enim vulgo erratur quod ſpeciale in donatione eſſe creditur vt dominium ex pacto vel acquiratur vel recuperetur.) ſed tantùm vt recurtere debeat. Quod quia omnimodo fieri oportet, nec iuſtam vllam cauſam poteſt habere donatarius non reddendæ rei donatæ expeditius eſt vt fictione quadam breuis manus habeatur pro iam reddita præſertim fauore donatoris & conuentionis in donatione appoſitæ, quæ res directam vindicationem inducere non poteſt, veritatem enim redditi dominij ea requireret, ſed vtilem inducere poteſt, quæ fictione & æquitate contenta eſt *d. §. namque. Inſtit. de actio.* Itaque quod ſcribitur in *d. l.* 1. *qui mortis* 30. non ita eſt accipiendum quaſi donator vtilem illam actionem in rem debeat habere omni caſu ex pœnitentia quemadmodum nec ex pœnitentia condictionem haberet omni caſu, ſed vt tam condictionem, quàm vtilem in rem actionem habeat eo caſu, quo dominium ſemel fuerit tranſlatum in donatarium licet reuocabiliter, ſecutaque ſit reuocatio ſiue ex pœnitentia ſiue ex caſu, nulla retrotraditione adhuc ſecuta. 2 Nam mortis † cauſa donatio, etiam dum pendet an conualeſcere poſſit donator, reuocari poteſt *l. mortis cauſa.* 16. *D. eod. tit. de mort. cauſ. donat.* nimirum ex pœnitentia. Ex caſu verò, id eſt cùm donator conualuit non tam dicitur reuocari poſſe quam reuocata intelligi, qua ex reuocatione naſcitur condictio. *l. ſi is cui* 39. *D. eod. l. videamus.* 38. §. *idemque eſt D. de vſur.* Nec eo minus vtilis vindicatio, quam vt diximus nihil prohibet concurrere cum condictione. 3 Quod & innuit Vlpianus † in *d. l. ſi mortis* 29. *D. de mort. cauſ. donat.* in poſtremis illis verbis *adhuc quia debit in rem donatori.* Sic enim legendum eſt (non quomodo in vulgari editione quam ſecutus eſt Accurſ. *dubitet* pro *dabis* & addito verbo *competere* cum interrogatione, quorum omnium nihil eſt in Pandect. Florentinis) & ſic intelligendum ac ſi ſcriptum eſſet *etiam in rem*, vt ſit articulus ille & implicatius, implicetque conditionem de qua dubitari non poterat quin competeret reuocata donatione ex qua dominium tranſlatum fuiſſet *l. Senatus* 35. §. *ergo qui mortis l. illud* 3. §. 1. *d. l. ſi is cui eod. l. non omnis* 19. *D. de reb. cred. l.* 38. §. *idemque de vſur.* Sed de actione in rem duntaxat dubitabatur quam habere præter condictionem intereſt ſanè donatoris, cùm dici ſoleat plus eſſe cautionis in rem quàm in perſonam vulg. *leg. plus cautionis* 25. *de regul. iur.* Condictio enim neque in proprietatem, neque in poſſeſſionem rei dirigitur, ſed in perſonam donatarij vt dominium quod ex donatione cauſa mortis acquiſiuit, donatori reſtituatur, quæ natura eſt omnium condictionum, quatenus eo nomine non actiones omnes in perſonam, vt in §. in §. *appellamus*, ſed eas ſolas quæ ad repetitionem dantur, ſignificamus: de quibus *lib.* 12. Pandectarum. Et ob id cùm Vlpianus dat in rem actionem id eſt vindicationem vtilem donatori, non idcirco denegat ei conditionem, quamuis non eadem ratione vtraque detur. Nam condictionem illud inducit quod dominium tranſlatum fuit in donatarium, quod ideo repeti poteſt. Vtilem verò actionem illa ratio ſuadet quod æquum ſit dominium, quod re vera fuit tranſlatum, haberi non quidem pro non tranſlato, ſed pro iam reddito, vt & in *d. l.* 1. *C. de donat. quæ ſub mod.* vbi † 4 tamen manifeſtiſſimum eſt totam illam interpretationem *id eſt actionem qua dominium priſtinum tibi reſtituatur*, quam & in quibuſdam codicibus deeſſe nonnulli teſtantur, in textum irrepſiſſe ex gloſſemate imperiti alicuius interpretis neſcientis differentiam quæ eſt inter vindicationem ſiue directa ſiue vtilis illa ſit, & condictionem. Nam qui vindicat † dicit rem eſſe 5 ſuam, & dominium iam eſſe ſuum, ideóque ridiculè peteret vt ſibi reſtitueretur, quod diceret iam ſe habere. Qui verò condicit, licet agat in perſonam, in hoc tamen agit vt dominium quod fatetur ſe non habere, ſibi reſtituatur, intendens aduerſarium dare ſibi aut potius reddere oportere, quæ definitio eſt perſonalium actionum. §. 1. *Inſtit. de action.* Ex ratione iuris donatori qui dominium ſemel tranſtulit condictio ſola competit non etiam vindicatio, quod ſignificant verba illa *d. l.* 1. *non ſolum condictio quidem tibi iure procedit.* Atque ex æquitate, datur etiam vtilis vindicatio quaſi dominij quæ nullis iuris regulis conſtricta eſt, nec tam ex pacti poteſtate quàm ex Imperatorum voluntate inducta fuit ad poſſeſſionem repetendam. Denique condictio repetitio dominij eſt, vindicatio autem repetitio poſſeſſionis propter ius dominij. Vt verò per vendicationem ſiue directam ſiue vtilem dominij reſtitutio petatur, alienius eſt à iuris ratione quàm vt admitti vnquam poſſit. Niſi confugias ad illam Accurſij diſtinctionem de dominio directo & vtili, quam planè commentitiam eſſe alibi oſtendimus. Vnde & eo caſu quo tam condictio † quàm vtilis vindicatio datur, non eſt putan- 6 dum ſic vtramque concurrere vt vtraque ſimul poſſit exerceri, cùm ſint illæ non modo diuerſæ inter ſe, ſed etiam contrariæ: ſed vt poſſit donator eligere vtra experiri malit, vnam tamen eligendo aliam conſumat, vt de variis illis actionibus quæ legatario pro legato competunt, ſcriptum eſt in *l. cum filius* 76 §. *varie de legat.* 2. Nec ſanè vlla eſſet, vtilitas vtilis vindicationis ſi per eam dominij reſtitutio peteretur, cùm idipſum ſit quod peti poteſt & debet per condictionem. In quo idem ille interprès cui ſupradictam adnotationem tribuimus erraſſe rurſum videretur, & condictionis nomen in ea lege ſumpſiſſe pro actione illa

illa in perſonam, quæ ſolet dari ex contractibus innominatis, ad hoc vt fiat quod conuenit, quæ præſcriptis verbis actio appellatur, de qua in *l. rebus 6. & l. vlt. C. de rer. permut. l. tegem 9. l. cum res 22. C. de donat.* vt illa interpretatio † demonſtrat *ideſt in perſonam actio* quæ mihi non minus eſt ſuſpecta quàm ſuperior, licèt longè tolerabilior ſit, & minus abſurda futura ſi priorem illam deleas quam nos delemus. Alioqui abſurdam illam faciet, quod non de actione in perſonam, quæ dominij repetitio ſit, lex intelligenda erit, ſed de actione præſcriptis verbis, vt differat hæc actio in perſonam ab vtili in rem actione, quod tamen alienum ſanè eſſet à ſenſu Imperatorum, quæ actionem illam perſonalem, non aliam proculdubio intelligunt vno iſto nomine *conditionis*, quàm quæ pluribus verbis *conditio actionis perſecutio* dicitur in *l. 3. eod. tit.* id eſt per quam perſequitur quis domini, reſtitutionem. Interpretis verò & audaciam & inſcitiam detegunt etiam illa verba *in hoc caſu* nimis inſulsè ita repetita tollendæ, vt credibile eſt, eius dubitationis gratia, quæ inter veteres gloſſatores magna fuit, an ea lex qua parte dat vindicationem vtilem donatori coarctanda eſſet ad eum caſum propter fauorem alimentorum, vt putat Accurſ. an extendenda ad omnes alios caſus in quibus fides donatori data falleretur, quod certè durius eſſet. Nos huius legis emendationem in alium locum differre volebamus, ſed non potuimus, cùm ad ea quæ in præcedentibus iam diximus de actione donatori poſt reuocatam donationem danda maximè pertineret. Præſertim quod mihi nuper indicata eſt à Renato filio meo, qui licèt vixdum Iuſtiniáneus, iam tamen ex me didicit vindicationis veterem formulam, quæ fuit, *Hanc rem ex iure Quiritum meam eſſe aio* non pati vt poſſit quis credere vindicationem ſiue directam ſiue vtilem ad hoc dari vt dominium reſtituatur actori, licet Baldus † Accurſium ſecutus hinc ſumendam putet definitionem vtilis vindicationis vt ſit illa actio qua dominium priſtinũ id eſt directũ, inquit, reſtituatur vindicáti. Quàm parum verò interprètes noſtri viderint in ſuperiorum etiam legum interpretatione videbit facile quiſquis Accurſij gloſſas & aliorum Cõmentarios leget: Nos ad aliam decadem pergamus.

7

8

ANTONII FABRI IC.

Decas Quadrageſima quinta.

ERROR PRIMVS.

De donatione cauſa mortis ſic facta vt nullo caſu reuocetur: Ad l. vbi ita donatur 27. D. de mort. cauſ. donat.

SVMMARIA.

1 *Vulgare diſcrimen inter donationes cauſa mortis & donationes inter viuos, quod illæ ſint reuocabiles, hæ non item.*

2 *Donatio cauſa mortis ſic facta vt nullo caſu reuocetur, nihilominus reuocabilis manet, ex Baldi & Decij ſententia.*

3 *Ex aliorum verò opinione tranſit in naturam donationis inter viuos.*

4 *Fundamentum vtriuſque ſententiæ.*

5 *Sententia Couarruuiæ diſtinguentis vtrum promiſſio non reuocandi adiecta ſit ſubſtantiæ donationis, an executioni, vt illo caſu ſit donatio inter viuos: hoc verò inter mortuos.*

6 *Licet donatio mortis cauſa natura ſua ſit reuocabilis, poteſt tamen quis ita donare mortis cauſa, vt donatio ex pœnitentia reuocari non poſſit & quando id fieri poſſit.*

7 *Donatio cauſa mortis ex pœnitentia ſola quando reuocari poſſit.*

8 *Re mortis cauſa ita donata vt non aliter reddatur, quàm ſi prior ille qui accepit deceſſerit non eſt in poteſtate donatoris vt reuocet donationem ex ſola pœnitentia.*

9 *Diſcrimen inter donationes cauſa mortis factas in caſum & donationes inter viuos factas ob cauſam.*

10 *Emendatio & explicatio l. ſi alienam. 13. in fin. & l. Senatus. §. mortis cauſa in fine. D. de mort. cauſ. donat.*

11 *Sententia dicentium donationem cauſa mortis quæ ſic fit vt nullo caſu reuocetur eſſe donationem inter viuos, refertur & refellitur.*

12 *Explicatur ſententia l. vbi donator. 27. D. de mort. cauſ. donat.*

13 *Donatio mortis cauſa facta ſic vt nullo caſu reuocetur, dominium tamen tantum transferatur poſt mortem, an ſit inter viuos donatio.*

1

REDITVR vulgo, † Donationes cauſa mortis in eo potiſſimum differre à donationibus inter viuos, & adfinitatem maximàm habere cum vltimis voluntatibus, quod ſunt reuocabiles ad nutum donatoris, ſi fortè pœniteat eum liberalitatis. Eſt enim hoc proprium cuiuſlibet vltimæ voluntatis vt pœnitentiam recipiat, & ſit ambulatoria vſque ad ſupremum vitæ exitum *l. cùm his ſtatus 32. §. pœnitentiam D. de donat. int. vir. & vxor. l. 4. D. de adim. legat.* è contrario proprium donationis inter viuos vt ſit irreuocabilis *l. cùm profiteaeris 4 & ſeq. & tot. tit. C. de reuoc. donat.* In eámque rem allegari ſolet quod Iulianus ſcribit in *leg. mortis cauſa donatio 16. D. de mort. cauſ. donat.* mortis cauſa donationẽ etiam dum pendet an conuale ſcere donator poſſit, reuocari poſſe. Itémque quod Marcian. in *l. vbi ita donatur 27 eod. tit.* vbi ita donatur mortis cauſa vt nullo caſu reuocetur, donandi cauſam mortem eſſe magis quàm mortis cauſa donationem, & ideo perinde haberi debere atque aliam quemlibet inter viuos donationem, adeò vt nec Falcidia locum habeat, quaſi in mortis cauſa donatione. Neque verò deſunt ex interpretib. noſtris, qui putent donationem cauſa mortis,

tis, etiam quæ sic facta sit, vt nullo casu reuocetur, nihilominus reuocabilem manere ob hoc ipsum, quod mortis causa donatio sit, quasi promissio illa de non reuocando sic accipienda sit *Rebus sic stantibus*, id est, Nisi donatorem pœnituerit arg. *l. quod seruus.* 8. *D. de condict. caus. dat. l. quaro* 54. *§. inter locatorem D. loca.* Ita enim Bald. ad *l. eùm quis* 12. *D. de condict. caus. dat.* & Decius *consil.* 305. *numer.* 4. Alij contrà † volunt desinere illam esse donationem causa mortis, & transire in donationem inter viuos potestate pacti, per quod facta sit irreuocabilis, quam esse magis communem sententiam constat ex Iulio Claro in *§. donatio quæst.* 4. Omnes moti † in has sententias quamuis cõtrarias, ex vna illa eademque ratione quod non possit esse donatio causa mortis, nisi quæ sit reuocabilis ad nutum & voluntatẽ donatoris. Sunt & tertij qui distinguant † vtrum promissio non reuocandi adiecta sit substantiæ, vt loquuntur donationis, an verò executioni: vt priore casu inter viuos dicatur, posteriore verò causa mortis, quia clausulæ executioni adiectæ non solent mutare speciem conuentionis *Clemen. 1. de prebend.* Quam veluti mediam sententiam sequitur Couartu. in 2. *part. rubric. De testam. numer.* 13. *vers. prima conclusio.* ego non inficior esse hoc ex natura donationis causa mortis † vt sit reuocabilis ad nutum & arbitrium donatoris etiamsi nihil de eo nominatim dictum sit, quia tacitam habet illam conditionem Si in eadem voluntate donator perseuerauerit *l. mortis causa* 12. *de manumiss.* in illis verbis *durante scilicet propter mortis causa tacitam conditionem voluntate manumissoris.* Quæ etiam sententia est *d. l. mortis causa* 16. *l. qui mortis* 30. *D. de mort. caus. donat.* Sed tamen dico nihil obstare, quominùs donet quis causa mortis, ita vt donationem ex pœnitentia reuocare non possit, si modo aliquis casus sit in quo maneat reuocabilis donatio. Id enim est quod Paulus ait in *l. Senatus* 35. *§. mortis causa eod. in vers. nam & sic. Posse sic donari causa mortis vt omnimodo ex ea valetudine donatore mortuo res non reddatur, Et rursum ita vt reddatur etiamsi prior ex eadem valetudine decesserit, si tamen mutua voluntate restituì sibi voluerit.* In primo namque casu dictio illa *omnimodo* nihil aliud significat nisi hoc ipsum quod volumus *etiamsi donator mutauerit voluntatem* vt ex sequentis casus antitheſi apparet: Nec ad hunc casum pertinent supradictæ leges, quæ dicunt donationem † causa mortis ex sola pœnitentia reuocari posse. Tunc enim id obtinet cùm non expressim actum est vt possit ex pœnitentia reuocari: qua in specie licet conuenerit vt in quem alium expressum casum possit reuocari, puta si donator conualuerit, aut si donatarius ante donatorem decesserit, tamen ille etiam casus pro expresso haberetur & illa conditio si in eadem volũtate donator perseuerabit. Quemadmodum & cùm conuenit, vt reuocetur donatio facta mortis causa per ægrotum donatorem si donator mutabit voluntatem, ea res non excludit, quin etiam ipso iure per donatoris conualescentiam solam reuocetur. Nisi expressim conuenerit vt non aliter reddatur quod donatum est quàm si donator mutauerit voluntatem, quo demum casu sola mutatio valetudinis non reuocabit donationem nisi concurrat etiam mutatio voluntatis *dicto §. mortis causa.* Denique hoc solum quod dicimus, mortis causa factam esse donationem, etiam vim habet vt nullo etiam alio pacto expresso, dum ne quid in contrarium expressim actum sit, reuocari possit, adeóque reuocata intelligatur donatio siue donator mutauerit voluntatem, quia non donando nisi causa mortis videtur voluisse sibi saluam esse, quandiu viueret, reuocandæ donationis facultatem, siue donatarius prior decesserit, quoniam qui mortis causa donat, sicut mauult se habere quàm donatarium, ita & heredem suum mauult habere quàm hæredem donatarij, licèt donarium ipsum malit habere quàm heredem suum: siue denique donator conualuerit, nempe cùm donauit non imminente periculo commotus: sed infirmæ valetudinis causa. Nam si non infirma valetudo fuit, sed duntaxat periculum propinquæ mortis vel ab hoste vel à prædonibus, vel ab ineunda nauigatione vt in *l. 3. & 4. eod. tit.* non erit quod de donatoris conualescentia tractetur, sed sufficiet donatorem quoquomodo liberatum esse ab eo periculo quod dederat causam donationi vt ipso iure donatio reuocata existimetur. *§. si mortis* 29. *d. l. senatus* 35. *§. ergo qui mortis. eodem.* Nec si ante finitum periculum incidat in morbum donator & conualescat, idcirco reuocata videbitur donatio quæ facta fuerat, non infirmæ valetudinis, sed mortis causa. Quòd si neque valetudinis neque periculi alicuius metu, sed sola mortis cogitatione ex humanæ sortis memoria quis donauerit, duo tantùm casus erunt in quibus possit reuocari vel pro reuocata ipso iure haberi donatio, Scilicet si voluntatem donator mutauerit vel donatarius ante donationem decesserit. Tertius enim nullus casus esse potest, nisi fortassis ille quo vellet donator abiicere mortis cogitationem, qua sola motus donauit, quod tamen nec facere eum velle credibile est, nec si vellet attamen posset, quin hoc ipso insanum se demonstraret, ac talem vt non magis ei permittendum esset factam sana mente donationem reuocare, quàm facere nunc primùm donationem si nullam dum fecisset. Quid enim stultius & insanius, quàm mortis cogitationẽ non solùm re ipsa abiicere, quod ferè omnes quidem facimus, sed inconsideratè magis quàm deliberatè, verùm etiam abiicere vltrò velle? Sed & sic donari † potest, inquit Paulus, in *d. l. senatus* vt non aliter reddatur, quàm si prior ille qui accepit decesserit. Quo pacto facta donatione licèt hoc etiam addito *mortis causa* non erit tamen in potestate donatoris vt reuocet donationem ex sola pœnitentia, Nec si rursus iungas conualescentiam, & addas factam donationem ab eo qui valetudine infirma detinebatur. Id enim facit vis pacti in donatione appositi per donationem, qui eam sibi legem dictam voluit, vti nullo alio modo quàm eo qui sic expressus est, vt cæteri omnes expressim fuerint exclusi, donationem reuocari posse voluit, & ad retinendam vim ac naturam donationum causa mortis, sufficit quòd aliquo casu maneat reuocabilis donatio, etiam secundum eos qui ad substantiam huiusmodi donationum pertinere putant vt sint reuocabiles. Vt enim non sit donatio inter viuos, satis est quod facta sit certa lege, non absolutè *l. Seia* 41. *§. vlt. D. eod.* id est quod conditionem & legem aliquam habeat siue redhibendi, siue retinendi siue tacitam, siue expressam, per quam fiat vt donatio reuocetur, ipso etiam donatario inuito. Hoc enim addendum est ne confundamus donationes † causa mortis cum donationib. inter viuos factis ob causam, quæ scilicet certa quidem lege fiunt, sed ea quam implere possit donatarius inuito donatore si velit, non quam possit inuito donatario extinguere donator volens. *l. 1. & 3. l. dictam* 8. *iunct. l. pen. & vlt. C. de condict. ob caus.* Et vt dicam breuiùs, aliud est donare ob causam, quod fit per donationem inter viuos, non mortis causa: aliud verò donare in casum aut in casu vt loquitur Papinian. licèt tractans de substitutione, non de donatione in *l. Iulianus* 26. *D. si quis omis. caus. testam.* Donatio causa mortis non ob causam fit, sed in casum, & ita tamen vt non tam sub conditione fiat, quàm sub conditione

reuocetur.

reuocetur. Non enim qui mortis cauſa donat, ſub ea conditione donat ſi morietur, ſed purè donat, hoc tamen ſibi retento, vt ante mortem ſuam poſſit ſi volet, eam reuocare, aut in quem alium caſum ex iis quod diximus, rem donatam redhibere. At videamus, ne illud etiam dici poſſit donationem cauſa mortis ita fieri poſſe vt non ſolùm ad nutum & arbitrium donatoris reuocari non poſſit, ſed neque in alium caſum. Hoc enim apertiſſimè ſcribit Paulus † in *d. l. ſenatus §. mortis cauſa in fin. poſt Iulianum in l. ſi alienam 13. in fin. eodem tit.* Sic quoque poſſe donari mortis cauſa vt nullo caſu ſit Nam quod vtroque loco additur *id eſt ne ſi conualuerit quidem donator* præter id quod ſuſpectum eſt, ſatiſque probabile irrepſiſſe ex gloſſa interpretis idipſum exiſtimantis, quod vulgo cæteri omnes interpretes ſentiunt, non poſſe mortis cauſa donationem ſic fieri vt nullo caſu reuocetur (alioquin difficile eſt credere alios Iureconſultos ad eandem ſententiam eandem interpretationem iiſdem verbis adhibituros fuiſſe, manúmque interpretis detegit adiectio illa *id eſt* itémque diuerſitas lectionis quæ alia & alia eſt in *dict. l. ſi alienam in fin.*) noſtræ opinioni non aduerſatur: nec poſſis ex eo inferre legis ſententiam eam eſſe vt donatio cauſa mortis ſic fieri poſſit ne vllo modo reuocetur ob conualeſcentiam, quaſi excipiatur quod aliis caſibus reuocari poſſit. Senſus enim eſt eam donationem cauſa mortis, quam priùs dixerat poſſe ita fieri vt non reuocetur niſi in eum duntaxat caſum quo donator conualeſceret, poſſe ſic etiam fieri vt nullo penitus caſu repetitio ſit, id eſt ne quidem ſi conualuerit donator. Quod ipſum quid aliud eſt, quam abſolutè nullo caſu eſſe repetitionem? Nam quod vno tantùm caſu repeti poſſet, id ſine illo quidem caſu repeti poſſit, nullo certè caſu poteſt. Quare nec ſibi interpretes ſatisfaciunt in iſta interpretatione, ſed tandem eò confugiunt vt dicant † donationem hanc cauſa mortis quæ ſic fiat vt nullo caſu reuocetur, non mortis cauſa donationem eſſe ſed inter viuos. Vtpote quæ per adiectionem illam vitietur non vt nullomodo valeat ſed vt tranſeat in aliud nomen, aliúmque contractum. Ex *dict. l. vbi ita donatur 27. eod. tit.* vbi hoc ipſum apertiſſimè à Marciano ſcribi putant, non aliam eorum locorum alioqui pugnantium conciliandorum rationem inuenientes. At ſi hoc ita eſt, planè non video quo ſenſu aut qua ratione Iulianus & Paulus ſupradictis locis ſcribant poſſe ſic donari mortis cauſa vt nullo caſu repetitio ſit. An non enim perinde eſt acſi quis diceret ſic poſſe donari cauſa mortis vt inter viuos ſit donatio? Quid verò poſſet dici abſurdius? Niſi forte tandem eò decidere volumus, vt nihil intereſſe putemus, an inter viuos donatio ſit an cauſa mortis, quod tamen qui diceret nullum quæſtioni locum relinqueret, quæ ſupponit diuerſam eſſe donationem inter viuos à donatione cauſa mortis, de quo nec vnquam quis dubitauit, *d. l. Senatus 35. §. 1. & 2. dict. l. Seia 42. §. vltim. de mort. cauſ. donat.* Deinde quid ſi donatio cauſa mortis ſic facta ſit quomodo fieri poterit vt plurimùm ſolent huius generis donationes, vt dominium non niſi poſt donatoris mortem in donatarium transferatur, hoc tamen expreſſim addito vt nullo penitus caſu donatio reuocetur? Quomodo poſſet eſſe donatio inter viuos, cùm dominij tranſlatio nulla fiat à donatore viuo: ſed in id tempus collata ſit quo donator nullus erit amplius & conſequentur nec dominus? An non neceſſaria eſt hoc caſu poteſtas legis per quam dominium à donatore iam defuncto tranſeat in donatarium? Ita ſanè eſt. Nam & inde vt ſæpius monuimus fluxit ius vltimarum voluntatum & neceſſitas earum lege duodecim tabularum confirmandarum. Itémque ius illud æquiparandæ donationis cauſa mortis cum legato vt ad inſtar legatorum donationes cauſa mortis capiantur *l. Marcellus 15. l. & ſi debitor. 17. l. illud 37. D. eod. l. vltim. Cod eod.* quia ſcilicet alioqui non valerent eæ quarum effectus collatus eſſet poſt mortem nouúſque heredis conſenſus, neceſſarius eſſet, quippe cui ſtatim & ipſo iure acquiſitum fuiſſet rei donatæ dominium poſt mortem donatoris, vt ſuperiore Decade diſputauimus ex *l ſi ego 9. §. ſi res D. de iur. dot.* Et tamen non eo minùs verum eſſet, ſic factam donationem eſſe irreuocabilem. Quid enim vetat donatorem eam ſibi legem dicere vt donationem à ſe cauſa mortis factam reuocare non poſſit, perinde cùm eius effectum contulit poſt mortem ſuam, atque ſi iam inde ab initio dominium tranſtuliſſet in donatarium ſub conditione redhibendi? Atqui non eſt in eius poteſtate vt rei ſuæ dominium non niſi poſt mortem ſuam transferat, & eo tempore quo nihil ſit ille habiturus, quod transferre poſſit. Adeò vt ſi diceret ſe donare inter viuos tantùm, non etiam cauſa mortis, ſed ea tamen lege vt non niſi ſe mortuo transferatur dominiũ in donatarium, non eſſet donatio valitura quemadmodum ſequenti capite dicemus. Cur ergo aut quomodo illud admitti volumus, vt donatio cauſa mortis cuius effectus collatus ſit poſt mortem donatoris ob id ſolùm fiat donatio inter viuos repugnantibus verbis donationis & conſequenter inuito etiam donatore, quod eam donator voluerit nullo caſu reuocari poſſe? At rurſum implicat contradictionem vt eadem donatio ſit, & inter viuos & cauſa mortis, præſertim quam donator dixerit ſe facere cauſa mortis, vel nullo modo. Nec obloquitur † Marcianus in *dicta l. vbi ita donator*, cuius ſolius autoritate contraria ſententia nititur. Non enim ſic loquitur vt neget hunc donationem eſſe cauſa mortis, vel vt dicat eſſe meram donationem inter viuos, ſed ait perinde haberi eam debere atque aliam quamlibet inter viuos donationem. Vt intelligamus non eſſe iſta pugnantia: Eſſe donationem re vera cauſa mortis, & tamen perinde haberi ac ſi inter viuos facta eſſet, quod ea ſcilicet in quibus poteſt indúere naturam donationis inter viuos, cuius ſanè proprium illud eſt vt ſit irreuocabilis, ſed eo tamen caſu quo effectum ſortita ſit quod ad tranſlationem dominij iam viuo adhuc donatore. Itaque ſi poneres donatum quidem eſſe mortis cauſa, ſed ita vt dominium in donatarium ſtatim transferretur, & præterea hac lege addita, vt nullo caſu reuocari donatio poſſet, faterer vtique donationem iſtam futuram inter viuos omnimodo & in totum, quia nihil ſupereſt quod mutuari illa debeat à donatione cauſa mortis, & habet omnia prorſus ſimilia cum donatione inter viuos. Et quod donator dixit ſe donare mortis cauſa nihil aliud facere poteſt niſi vt nudo verborum ſono differat hæc donatio à donatione inter viuos. Atque hoc donationum genere, ſi quis intelligeret Marcian. in *dicta l. vbi ita donatur*, fortaſſe quidem nimis reſtringeret verba illa generalia Marciani, ſed tamen eius loci ſententiam faceret tanto certiorem. Sed nego † idem eſſe cùm tranſlatio dominij ex donatione cauſa mortis collata eſt poſt mortem donatoris, quia ſi non remaneret donatio cauſa mortis, impediretur tranſlatio dominij, quippe quæ ex donatione inter viuos non poſſet fieri poſt mortem: Neque tamen eo minùs verum eſt haberi eam debere pro donatione inter viuos hactenus vt inter quas perſonas prohibita eſſet donatio inter viuos viuos puta inter

virum & vxorem hæc quoque prohibeatur, quia non poteſt diuerſo iure cenſeri, cùm habeat eundem effectum quem haberet donatio inter viuos in hoc præſertim, quod locupletiorem ſtatim facit donatarium, & pauperiorem donatorem, cui iam inde ab initio ſpes omnis ſiue retinendi ſiue redhibendi præciditur, acquiſitio in contrarium iure donatario eiuſque ſucceſſoribus quibuſliber omnimodo habendæ rei donatæ & in omnem euentum, quamuis non niſi mortuo donatore. Ita enim toto ferè iure comparatum eſt, vt quod omnimodo futurum eſſe certum eſt, perinde habeatur acſi iam eſſet, adeò vt neque conditio illa quæ omnimodo extitura eſt pro conditione habeatur *l. quòd ſi ea conditione* 18. *D. de condict. indeb.* Nec quod hæc donatio cauſa mortis habet hoc amplius quàm donatio inter viuos, quod poſt donatoris mortem transfert dominium, facere debet, vt non debeat etiam cenſeri iure donationis inter viuos, cùm habeat ea omnia quæ haberet donatio inter viuos, & hoc plus quod vim habet dominij poſt donatoris quoque mortem transferendi. Denique is qui ita donat cauſa mortis licet non tam citò ſe ſpoliet quàm ſi dominium ſtatim transferret, tamen tam ſe ſpoliat, quàm ſi ſtatim ſe ſpoliaret, cùm ex eo donationis die certus ſit omnimodo futurum vt tanto minorem hereditatem relicturus ſit. Proinde cùm non aliam ob cauſam donationes inter coniuges prohibitæ ſint quam ne ob mutuum amorem ſe bonis ſuis ſpolient. *l.* 1. *&* 2. *D. de donat. int. vir. & vxor.* apparet eam rationem non magis ad ſimplices donationes quæ inter viuos factæ ſint pertinere quàm ad iſtas, quæ mortis cauſa ſic fiunt vt nullo caſu reuocentur, quamuis dominij tranſlatio poſt mortem conferatur. Eadem igitur ratione dicendum erit, & falcidiam in iis locum non habituram ſicut nec in cæteris donationibus inter viuos *d.l. vbi ita donatur*, quia conſtitutio Seueri quæ Falcidiam protraxit ad donationes cauſa mortis non ad alias pertinet quàm ad eas, quæ fiunt certa lege propter quam poſſit donator ſperare aliquo caſu futurum vt rem donatam vel retinere poſſit vel redhibere vt Papinian. noſter interpretatur in *d.l. Seia* 42. §. *vlt. D. de donat. cauſ. mort.* cùm ſcilicet cæteræ quæ irreuocabilem obligationem continent non poſſint videri quid habere ſimile cum vltima volũtate, niſi in hoc quod ex iis dominium poſt mortem tantùm transferatur, quæ ſola res Falcidiam inducere non poteſt, quia lex Falcidia eas tantùm liberalitates coercere voluit quæ hereditatem & heredem alioquin oneraturæ eſſent ex voluntate teſtatoris, non eas quæ illi ipſi qui feciſſet eſſent oneroſæ. Nec enim id egit lex Falcidia vt meliorem faceret conditionem heredis, quàm ipſius teſtatoris aut vt heredi conſuleret ſuprà quàm teſtator ipſe teſtamento ſuo conſulere poſſet ſi vellet, ſed tantùm vt heredi proſpiceret cui teſtator proſpicere potuiſſet nec voluiſſet. Vnde & iure teſtamenti capi dicitur *l. qui duos* 42. *D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* quod non poteſt conuenire ei portioni quam nec teſtator ipſe ex rebus ſiue legatis ſiue donatis deducere, ſuoque heredi relinquere potuiſſet, tametſi maximè voluiſſet. Atqui donator qui aliquid mortis cauſa donatum voluit ita vt nullo caſu reuocaretur donatio, quamuis eius effectum quantum ad tranſlationem dominij contulerit poſt mortem, nihil tamen poſſet teſtamẽto ſuo ex ea donatione deducere etiamſi quartã heredi ſuo relictam vellet. Ergo nec ipſius heredi proſpicietur per legem Falcidiam aut per conſtitutionẽ Seueri, quæ certè non plus poteſt contra donatariũ ad minuendam ipſo iure donationem, quam potuerit donator ipſe, qui tamen ſi voluiſſet, donationem hanc minuere in fauorem heredis non potuiſſet. Quanquam & eo caſu quo mortis cauſa donatio fuiſſet reuocabilis: fieri tamen poterat vt lex Falcidia locum habere non poſſet. Nimirum ſi dominiũ ſtatim tranſlatum eſſet, quia cùm perficiatur donatio morte donatoris, ac proinde viuo donatore nullum ius neque vnquam eſſe potuit heredis in re donata propter quod debeat ille Falcidiam habere ex ea re quæ viuo adhuc donatore facta ſit donatarij pleno iure ac irreuocabiliter, vt diſputauimus Decade præcedenti.

ERROR II.

De donatione quam qui fecerit in tempus quod erit poſt mortem ſuam vtrum inter viuos ſit an cauſa mortis.

SVMMARIA.

1 *Referuntur tres diſcrepantes interpretum opiniones de quæſtione, an ſi quis ſanus periculo mortis non perterritus alij donet, poſt mortem ſuam donatio cenſenda ſit inter viuos an mortis cauſa facta.*

2 *Nullam ex interpretum ſententiis iuri conſentaneam eſſe & ſeqq. num.*

3 *Facta donatione per ſtipulationem, donatore ad donatarij interrogationem ita reſpondente,* Promitto tibi fundum aut centum poſt mortem meam, *donatio cenſenda eſt inter viuos.*

4 *Quæ mortis mentio ſeu cogitatio faciat donationem cauſa mortis: & quæ concurrere debeant vt ſit donatio cauſa mortis, vbi refellitur Clarus.*

5 *Poteſt eſſe donatio cauſa mortis etiamſi nulla facta ſit mentio mortis, & contrà, poteſt eſſe donatio inter viuos, licèt adiecta ſit mentio mortis.*

6 *Promiſſione facta ſtipulandi animo, non debet in Promiſſoris arbitrio eſſe an debeat necne.*

7 *Quomodo intelligendum illud,* Cùm quæritur in ſtipulatione quid acti ſit, ambiguitas interpretanda eſt contra ſtipulatorem.

8 *Donatio ſimplex & abſoluta illa eſt quæ eſt inter viuos; at quæ fit mortis cauſa eſt impropriè & aquiuocè donatio.*

9 *Donatario quid ſtipulante in annos ſingulos quoad viueret, ita vt poſt mortem promiſſoris incipiat exactio, donatio erit mortis cauſa ſi expreſsèid dictũ ſit, alias in dubio cẽſebitur donatio inter viuos.*

10 *Inducuntur loci iuris ex quibus interpretes colligi volunt, donationem eſſe cauſa mortis vbi quis animo donandi promittit dari quid poſt mortem ſuam.*

11 *Reſponſio autoris ad locos ab interpretibus allatos, qua probat donationẽ eſſe inter viuos, cùm quis donandi animo promittit centum poſt mortem ſuam, donationem verò eſſe cauſa mortis, cùm quis patitur à ſuo debitore alium ſtipulari in caſum mortis donatoris.*

12 *Reprobatur ratio qua mouentur interpretes ij qui donationem de qua agitur putant eſſe inter viuos.*

ANCEPS valdéque dubia putatur eſſe hæc quæſtio, † Si quis ſanus nullóque mortis periculo perterritus alij donet poſt mortem ſuam, vtrũ donatio cenſenda ſit inter viuos facta an cauſa mortis, De qua tres noſtrorum ſententias legimus, duas inuicem pugnantes, tertiam diſtinguentẽ. Prima fuit veterum exiſtimantium cenſendam in dubio eſſe donationem inter viuos. Sic enim Bald. ad *l.* 2. *n.* 5. *&* 6. *C. de* 1

C. de iur. dot. Oldrad. conſ. 139. *Guill. Benedin repe. ca. Raynutius. in verb teſtamentũ.* 4. *n.* 23. *de teſtam.* Secũda huic cõtraria, eſſe hanc donationẽ cauſa mortis, quod ſenſit olim Alber. ad *leg. nam ſi cùm moriar. D. de condict. indeb.* ex recentioribus verò Iaſon. ad *l. qua dotis n.* 43. *D. ſolut. matri. & conſ.* 6. *lib.* 7. Tertia diſtingui oportere vtrum mortis tempus adiectum ſit ſubſtantiæ donationis, an eius executioni, puta præſtationi rei donatæ vt priore caſu donatio ſit cauſa mortis, poſteriore verò ſit inter viuos, cuius executio poſt mortem conferatur. Et hanc ſententiam, quaſi quæ probabilior ſit hoc ipſo quod media eſt, magis communiter ſequuntur recentiores, vt videre eſt apud Boër. *deciſ.* 35. *n.* 12. *& Conarr. de teſtam. in* 3. *parte rubr. numer. poſt Alex. conſ.* 14. *lib.* 1. *& Socinum ſeniorem conſ.* 53. *l.* 3. Etſi verò inter tot tamque varias opiniones nullus quartæ & nouæ locus relictus videtur, nulla tamen ex his † tribus eſt quam putem ex ratione iuris poſſe defendi, ac niſi me valde fallo noua diſtinctione opus eſt, vt ad propoſitam quæſtionem bene reſpondeatur. Noua inquam Doctoribus & interpretibus noſtris, ſed ea ipſa tamen, qua huc vſque in cæteris ferè omnibus vſi ſumus. Nimirum an donatio facta ſit per ſtipulationem, an per traditionem, qui olim duo erant modi faciendæ donationis. Nam facta † donatione per ſtipulationẽ donatore ſcilicet ad donatarij interrogationẽ ita reſpondente *Promitto tibi fundũ* aut *centum poſt mortẽ meam* non dubito quin donatio cenſenda ſit inter viuos indiſtinctè, non cauſa mortis, in eóque falſas eſſe ſupra relatas duas poſteriores opiniones, quarum altera vult eſſe hanc indiſtinctè donationem mortis cauſa, Altera diſtinguit an mortis mentio relata ſit ad ſubſtantiam donationis, an ad executionem. Quanquam enim negari non poteſt quin donator huc cogitauerit de morte, non tamen videtur mors tam fuiſſe cauſa finalis donationis, quàm cauſa dilationis, id eſt differendæ in id tempus ſolutionis, vt loquitur Bald. ad *d. l.* 2. *C. de iur. dot.* Alioqui vix dari poſſet caſus in quo poſſet quis promittere animo donandi inter viuos, dilata nihilominùs ſolutione poſt mortem, cùm fieri nequeat hæc donatio quin mortis mentio fiat, nec rurſus mentio mortis fieri, quin fatendum ſit cogitatum fuiſſe de morte. At non quælibet mentio † aut cogitatio mortis facit donationem cauſa mortis, ſed ea demum cogitatio mortis, quæ donationi cauſam dat, & ſine qua donator non eſſet donaturus. Nec ſufficit duo illa concurrere copulatiuè, quæ ſufficere ait Iulius Clarus in §. *donatio quæſt.* 4. *num.* 4. vt expreſſim facta ſit mentio mortis, & vt collata ſit donatio in tempus mortis, niſi etiam illud potiſſimum concurrat vt propter mortem donatum ſit & eo fine vt donatarius id haberet potiùs quàm heres donatoris. Nam & donari mortis cauſa poſſe conſtat, etiamſi mẽtio nulla mortis facta ſit, ſi modo aliunde quàm ex verbis donationis appareat cogitatione mortalitatis inductum donatorẽ fuiſſe ad donandũ, puta cùm eſſet in magno præſentique mortis periculo conſtitutus *l.* 2. *l. Senatus* 35. *§. ſed mortis & §. mortis cauſa. De mort. cauſ. donat.* Nec rurſus tam proprium eſt donationis cauſa mortis vt conferatur in tempus mortis, quam vt poſt tempus mortis. Inter quæ tempora tantum diſtat quantum inter habitum & priuationem. Nam vt ſæpius inculcauimus, inſtans mortis adſcribitur vitæ *l. qui duos* 18. §. 1. *D. de manum. teſtam. l. vlt. verum. de condit. inſtit.* non autem inſtans quod ſequitur mortem. Et ſi non nego poſſe donationẽ cauſa mortis conferri in tempus ipſum mortis vt moriente donatore incipiat effectũ ſuum habere fierique irreuocabilis, dummodo ad mortem vſque fuerit re-

uocabilis, vt in *l. mortis cauſa* 12. *D. de manumiſſ.* vbi notandum eſt dici eum quoque abſolutè donare qui tamen ideo donat quod putet ſe morituum, ac proinde qui non tam inter viuos, quàm mortis cauſa donat. Ad differentiam eius qui donat adiectis illis verbis *mortis cauſa* vt intelligamus non eſſe neceſſariam adiectionem mortis † vt donatio cauſa mortis facta eſſe videatur, ſi modo ideo facta ſit quia putet donator ſe morituum. Quamuis alio ſenſu Papin. in *l. Seia* 42. §. *vlt. D. de mort. cauſ. donat.* eum qui abſolutè donauit opponat tanquam ex diametro ei qui donauit mortis cauſa. Similiter igitur è cõtrario nihil vetat in donatione fieri mentionem mortis, & tamen donationẽ eſſe inter viuos, ſicut & eam quæ fit à moriente purè ac ſimpliciter nulla retinendi aut redhibendi adiecta lege, vt in *d. l. Seia.* §. *vlt.* Quod in donatione per ſtipulationem facta tantò certiùs eſt, quantò eſſet abſurdius relinqui in arbitrio & poteſtate promiſſoris, qui promiſiſſet poſt mortem ſuam animo donandi, vtrum efficaciter & irreuocabiliter obligatus eſſe vellet, an verò reuocabiliter. Nam quemadmodum promiſſione † facta ſtipulandi animo, non debet in promiſſoris arbitrio eſſe an debeat necne *l.* §. *Scæuola. D. de eo quod cert. loco*, quia pro nõ dicto eſſe ſemper debet, quod promiſſor niſi dare velit cogi non poſſit. *l. ſub hac conditione.* 8. *D. de obl. & act.* Ita non niſi abſurdè poſſumus dicere donatorem qui promiſerit poſt mortem ſuam, promiſſionẽ ſuam ſic interpretari poſſe, vt mortis cauſa duntaxat, non etiam inter viuos donare voluerit, cùm ita futurum ſit vt in eius arbitrio ponatur an debeat. Sẽper enim dicet ſe non niſi mortis cauſa donare voluiſſe, vt liberalitatis, aut potius leuitatis ſuæ poſſit pœnitere. *arg. l. inter ſtipulantẽ.* 83. §. 1. *D. de verb. oblig.* Nec obſtat quod dici ſolet, Cùm quæritur † in ſtipulatione quid acti ſit ambiguitatem interpretandam eſſe contra ſtipulatorem. *l. cùm quæritur.* 26. *D. de reb. dub.* Id enim tunc locum habet cùm in verbis aliqua eſt ambiguitas, cùm imputari poſſit ſtipulatori cur non dixerit apertiùs ex reg. *l. veteribus.* 39. *D. de pact. l. Labeo.* 21. *de cont. empt.* non etiam promiſſori, qui nihil aliud facere potuit niſi vt promitteret, quique ſi reſpondendo aliquid adieciſſet quod in interrogatione expreſſum non fuiſſet, hoc ipſo ſtipulationem vitiaſſet. At in propoſito ambiguitas nulla eſt in verbis, nec quicquam eſt quod poſſis imputare donatario, qui ſic ſtipulatus eſt à donatore, *Ex cauſa donationis promitto mihi fundum poſt mortem tuam.* Quid enim apertiùs, quàm aptiſſima eſſe huiuſmodi verba ad inducendam obligationem non ſolùm efficacem ad agendum, ſed etiam irreuocabilem? Quid rurſum aptius ad inducendam donationem ſimplicem & inter viuos, quàm donationis nomen vſurpare, cùm donatio † ſimplex & abſoluta illa ſit, quæ inter viuos eſt, non quæ cauſa mortis. *d. l. Senatus.* §. 1. Adeò vt nec verè donatio dici poſſit ea quæ cauſa mortis facta fuit, ſed improprie & æquiuocè. Itaque ſi qua in huiuſmodi ſtipulatione ambiguitas eſt, ea in mente ſola donatoris tota eſt, cuius erat exprimere an inter viuos donatum vellet, an mortis cauſa. Sibi ergo imputet qui non dixit liberalitati ſuæ legem apertiùs. Nam & inde eſt quod dicimus in donationibus pleniſſimam fieri interpretationem contra donatorem, quippe qui non de alio quàm de ſe conqueri debet, quòd donauerit, nec quod obſcurè donauerit. Neque contrarium eſt quod Marcellus reſpondit in *l. mortis cauſa* 34. *D. eod.* mortis cauſa donationem ſic conſtitui poſſe vt donatarius quid ſtipuletur in annos ſingulos, quoad viueret ſcilicet, inquit, vt poſt mortem promiſſoris incipiat exactio. Non enim nego poſſe donationem † eſſe cauſa mortis ſi expreſſe id dictũ

ſit, vt in ſpecie illa Marcelli. Sed hoc tantùm dico, eum qui promiſit poſt mortem ſuam ex cauſa donationis, neque expreſſit vtrum inter viuos, an mortis cauſa donaret, credendum in dubio donaſſe inter viuos, ſicut & promiſit inter viuos, ita vt non poſſit dubitari, quin verba illa *poſt mortem* ſic accipienda ſint, ac ſi ſcriptum eſſet *Prómitto tibi dari poſt mortem meam*. Eſtque hic caſus longè minùs dubitabilis quàm ſi donatio ſic facta eſſet, *dono tibi poſt mortem meam*, quia tunc ipſa donatio, non tantùm donationis executio poſt mortem collata videretur. Et de ſic facta donatione ſentire videntur interpretes qui defendunt valere iure donationis cauſa mortis eam donationem, quæ collata eſt poſt mortem ſi mortis mentio adiecta ſit ipſi ſubſtantiæ, non autem proteſtationi & executioni donationis. Nam vt dixi, qui ſic loquitur, *promitto tibi poſt mortem meam*, licèt neque præſtationis, neque ſolutionis vllo modo meminerit, proculdubio reſpicit ad præſtationem, non ad contrahendam obligationem. Sed obſeruare debuerunt nullam eſſe donationem quæ ſic fieri poſſit, *dono tibi poſt mortem meam*, niſi ponas eo ipſo tempore quo huiuſmodi verba proferuntur fieri etiam traditionem eius quod donatur. Traditione ſiquidem opus eſt, aut ſtipulatione vt donatio fiat præſertim cauſa mortis. Illa verò verba, *Dono tibi poſt mortem meam*, neque traditionem faciunt quæ tota facti eſt, non verborum, neque ſtipulationem. Quòd ſi ponas ab eo qui ſupradicta verba protulit factam eſſe traditionem, admittam equidem non fore donationem inter viuos, ſed cauſa mortis, verùm alia ratione quàm interpretibus placet quòd collata ſit donatio poſt mortem, ſed quia nec ſi expreſſim vellet quis ita donare inter viuos, tamen poſſet, vt poſtea dicemus: ſi priùs illud diluerimus quod contra ſententiam noſtram obiici † poſſe videtur, ex *l. Seia cùm nuberet* 11. *D. de dot. prælegat.* vbi reſponſum eſt à Paulo eum qui conſentiente muliere cùm illa donatum vellet ſtipulatus eſt dotem à marito in eum caſum quo morte mulieris matrimonium ſolueretur, mortis cauſa ſtipulatum videri, nec niſi mortis cauſa factam videri eam donationem, ideóque à donatario illo fideicommiſſum relinquere potuiſſe mullerem, vt eam dotem viro daret. Nam & inde Bart. infert ad eum locum adhibitum ad ſtipulandum totam dotem, ſicut in dubio præſumendus non eſt adhibitus animo donandi, ita intelligendum eſſe adhibitum cauſa mortis, ſi mortis mentio facta ſit in ſtipulatione, quod probatur etiam non minùs apertè & eleganter ex *l. 2. C. de inr. dot. & ex l. mulier bona* 72. *§. vlt. D. eod.* vbi dicitur, ſi mulier de ſuo dotem dederit, & adhibuerit alium qui ſtipularetur poſſe eam pro arbitrio inſtrumentum dotale mutare. Non alia vtique ratione, quàm quod vel proprio ipſius mulieris nomine vel tanquã donatarius cauſa mortis extraneus ille ſtipulatus eſſe intelligatur. Atque ita ſolitas fuiſſe interproni ſtipulationes conſtat ex *l. cùm pater.* 77. *§. mater. de legat. 2 l. cùm maritus*, 29. *§. vlt. D. de pact. dotal.* quo loco dubitandi ratio illa erat, quòd cùm frater dotem ſororis ea conſentiente ſtipulatus eſſet in caſum mortis mulieris, ac proinde in poteſtate mulieris fuiſſet ſtipulationis & donatarij ius immutare, videbatur illa ſtipulationem fratris inutilem feciſſe, quantum ad res illas quas marito ſuo legauerat, & quantum ad ſeruos quos eo teſtamento manumiſerat. Sed tamen aliud Scæuolæ iudicium eſt, ſaluam eſſe fratri & integram actionem ex ſtipulatione contra maritum, propteteà quòd teſtatrix legando & libertates dando, non tam exonerare maritum, quàm heredes ſuos onerare voluiſſe crederetur, à quibus ſcilicet ſolis & legata dari potuerant, & libertates directæ, non etiam à fratre donatario cauſa mortis, quamuis ab eo fideicommiſſum relinquere ſoror potuiſſet ſi voluiſſet. *d. l. Seia.* 11. *in fin. de dot. prælegat.* & in *l. cùm quis decedens.* 37. *§. naptura. De legat.* 3. quod non videntur percepiſſe gloſſatores, quorum alij reſponſum illud Scæuolæ de donatione inter viuos intelligi voluerunt ne cum aliis ſupradictis legibus pugnaret, omnes verò de fideicommiſſariis libertatibus non de directis, cùm tamen ſi per fideicommiſſum relictæ libertates fuiſſent, aliud reſpondendum erat, quia fideicommiſſum à donatario cauſa mortis vtiliter relinqui & olim poterat, & hodie poteſt *d. l. Seia. & d. §. naptura.* Verùm ad ſupradictos † omnes locos reſpondẽdum eſt 11
quod ad quæſtionem noſtram attinet, multùm intereſſe, an quis animo donandi promittat dare quid poſt mortem ſuam, qui caſus eſt noſtræ quæſtionis, an verò paſſus ſit alium ſtipulari in caſum mortis vt in aliis locis. Nam qui ipſe promittit non poteſt negare quin id agat vt ſe obliget, nec tantùm efficaciter, ſed etiam irreuocabiliter, niſi exprimat ſe promittere animo donandi cauſa mortis. Et quod addit *poſt mortem* ſicut ad promiſſionem ipſam referri non poteſt, quia nemo poſt mortem ſuam promittit, ita ad effectum & executionem promiſſionis neceſſariò referendum eſt, vt proinde dilata in id tempus ſolutio & præſtatio potiùs quèm ipſa donatio collata videatur. At cùm patior vt in caſum mortis meæ aliquid ſtipuletur is cui donatum volo, nihil ego promitto, ſed meus debitor qui licèt promittendo ſe obliget non ſolùm efficaciter, ſed etiam irreuocabiliter, tamen non mihi, ſed ſibi legem dicit ne poſſim ego pro arbitrio ſtipulationis conditionem immutare, cùm nihil promiſerim, ſed tantùm permiſerim animo quidem donandi, ſed cauſa mortis, vt verba iſta ſtipulationis demonſtrant quæ concepta ſunt in caſum mortis meæ. Nam ſi ſic tibi dicerem, *Permitto tibi ſtipulari centum à debitore meo quoniam ea tibi dono*, an non perinde haberi deberem ac ſi apertiùs dicerem, *Dono tibi cauſa mortis centum.* Vtique ſanè. Nec enim donatio hæc quod ad me pertinet ex earum numero eſt quæ fiunt per ſtipulationem, ſed potius per traditionem facta videri debet, quoniam licèt ſtipulatio interuenerit, tamen non interuenit inter me donatorem & donatarium te, ſed inter te & meum debitorem qui nihil tibi donauit. Tunc verò dicitur fieri donatio per ſtipulationem, cùm donatarius ſtipulatur à donatore, vt in *dict. l. mortis cauſa.* 34. *§. vlt. D. de mort. cauſ. donat.* Cùm ergo donatio cauſa mortis non fiat niſi per ſtipulationem vel per traditionem, neque poſſit hæc facta dici per ſtipulationem, neceſſe eſt vt dicenda ſit facta per traditionem. Et certè ita eſt. Nam quemadmodum qui delegat debitorem ſuum videtur ſoluere. *l. quamuis.* 8. *§. interdum. D. ad SC. Velleian.* ita & qui cùm nihil deberet, patitur tamen alium ſtipulari à debitore, videtur hoc ipſo tradere quod deducitur in ſtipulationem, & illud ipſum poſt ea promiſſor ex ea ſtipulatione tradere cogendus erit & ſoluere ſtipulatori. Ex quo tanto magis apparet, quantum interſit, an quis donandi animo promittat centum, aut fundum Cornelianum poſt mortem ſuam, an verò patiatur alium ſtipulari in caſum mortis ipſius donatoris. Priorem & cenſendam donationem inter viuos, poſteriore verò cauſa mortis. Neque tamen eam rationem † probamus qua potiſſimum mouen- 11
tur illi ex interpretibus noſtris qui volunt donationes iſtas in dubio cenſendas inter viuos: Aiunt enim poſſe obligationes & actiones incipere etiam ab heredibus, & contra heredes ex *l. vnic. Cod. vt actiones ab hered. incip. l. hereditarium.* 7. *D. de reb. auct. iudic.*

indic. possid. quod planè alienum est à proposita disputatione. Nam hoc casu neque obligatio neque actio incipit contra heredem donatoris, sed tantum exactio, vt & in *d. l. mortis causa.* 34. *de mort. caus. donat. & in d. l. hereditarium.* in cuius specie, id est, cùm quis promisit se aliquid daturum cùm morietur, obligatur proculdubio ex eo die tantò magis quod moriturum eum esse certum est, quamuis non possit ex ea promissione conueniri quandiu viuit. Sed etsi non priùs quàm moreretur inciperet obligatio, tamen inciperet adhuc eo viuo, cùm non mortuus moriatur, sed viuus. Item cùm is qui pro defuncto fideiussit post mortem eius soluit, de quo etiam agitur in *d. l. hereditarium.* obligatio & actio mandati non incipit contra heredes mandantis, sed nascitur ex die fideiussionis, licèt non possit actio exerceri regulariter antequam absit aliquid fideiussori, hoc est ante diem solutionis. *l. Lucius Titius.* 38. *D. mandat. l. si pro ea* 10. *C. eod.* Nec sanè nisi frustra possis quærere in Pandectis exempla actionum quæ incipiant ab heredibus aut contra heredes, cum toto eo iure Pandectarum regula in contrarium esset, quam primus Iustinianus antiquauit in *d. l. vnic. C. vt action. ab hered. & contr. hered. incip.* Veniamus iam ad secundam distinctionis nostræ partem, de donatione quæ facta sit per traditionem collata nihilominus dominij translatione post mortem donatoris.

ERROR III.

De donatione facta per traditionem ita tamen vt collata sit dominij translatio post mortem donatoris.

SVMMARIA.

1 *Donatio facta per traditionem omnimodo censeri debet donatio causa mortis, si dominij translatio collata sit post mortem donatoris.*
2 *Probatio superioris enuntiati. & num* 4.
3 *Explicatio & emendatio l. si ego.* 9. §. *si res. de iur. dot.*
5 *Quo sensu donatio à moriente fieri dicatur.*
6 *Iustinianus induxit vt obligatio inciperet contra heredem ex pacto defuncti, non vt ex huius facto inciperet post mortem transferri dominium heredi iam acquisitum.*
7 *Obiectio eorum qui in quæstione de donatione collata post mortem donatoris sequuntur mediam viam, & eius refutatio.*

HÆc secunda pars est eius distinctionis, quam superiore capite adhibendam diximus in quæstione illa vtrum donatio post mortem collata in dubio censenda sit inter viuos an causa mortis: Et quemadmodum iam probauimus facta per stipulationem donatione capiendam eam interpretationem quæ donationem faciat inter viuos, licet facta sit mentio mortis. Ita nunc ostendemus facta donatione per traditionem † omnimodo censeri debere donationem causa mortis si dominij translatio collata sit post mortem, longéque grauius errare tam illos qui putant esse hanc donationem indistinctè inter viuos, quàm illos qui distinguunt, An substantiæ donationis inserta sit mentio mortis, an præstationi duntaxat & executioni. Nec enim vllo casu patimur valere huiusmodi donationem iure donationis inter viuos, nec si donator expressam declaratet velle se illam valere eo iure, nec magis post constitutionem Iustiniani, qua nostri mouentur in *dict. leg. vnic. Cod. vt action. ab hered. & contr. hered. incip.* quàm inspecto vetere iure Pandectarum. Mouemur ex eo † quod non fecit Iustinianus, neque verò facere potuit, vt possit quis rerum suarum dominium transferre eo tempore quo non amplius sit dominus, quod pugnaret cum ratione non ciuili tantùm sed etiam naturali quæ non patitur vt quis in alium transferat id quod ipse non habet: Nec proinde facit, vt donator quamuis dominus sit rei, quam donat eo tempore quo & donat & tradit, conferre tamen possit dominij translationem in id tempus, quo ipse dominus non erit, id est, quo erit mortuus, non magis quàm si conferre vellet in id tempus quo res illa alienata reperietur *leg. Stichus* 39. *D. de manum. testam.* Nam vt sæpius monuimus, non tam quo tempore dispositio fiat inspiciendum est, quàm in quod conferatur, quoties quæritur an valeat *leg. Titio cùm morietur* 51. *D. de vsur. leg.* 4. *C. de dona. ant. nupt.* In proposito autem casu cùm traditio quidem fit à viuo donatore, sed tamen dominij translatio confertur post mortem donatoris, hoc amplius est quod impedit, ne dominij translatio vlla post mortem fieri possit, quod statim atque donator mortuus est relicto herede aliquo siue testamentario siue legitimo, dominium quod fuit defuncti sicut fit hæreditarium, quandiu hereditas est, id est quibusque sit adita, ita & hereditate quandoque adita fit heredis, non solùm ex eo die, sed ab ipso instanti mortis, quasi nullo vnquam tempore iacuisse hereditas videatur *l. heres quandocunque* 49. *De acq. hered. l. omnis hereditas* 138. *l. omnia ferè* 193. *D. regul. iur.* Statim verò atque dominium acquisitum est heredi, non potest fieri ne quidem ex voluntate heredis, ne iuris regula violetur, quæ vult id quod alicuius iam sit sine facto eius auferri ei non posse *l. id quod nostrum.* 11. *eod.* In quam sententiam accommodatissimus textus est in *l. si ego* 9. §. *si res D. de iur. dot.* vbi Vlpianus, si res, inquit, alicui tradidero, vt nuptiis secutis dotis efficiantur, & ante nuptias decesserò an secutis nuptiis dotis esse incipiant? Et verear, ait ille, ne non possint in dominio eius effici cui datæ sunt, quia post mortem incipiat dominium discedere ab eo qui dedit, quia pendet donatio in diem nuptiarum, & cùm sequitur conditio nuptiarum iam heredis dominium est à quo discedere illud non posse inuito eo, fatendum est. Quidni ergo idem dicemus facta etiam traditione ex causa donationis quæ pendeat in id tempus quo iam insecuta sit mors donatoris? In hoc siquidem casu non solùm eadem iuris ratio locum habet, sed hoc quoque plus est, quod conditio nuptiarum apud Vlpianum poterat existere viuo etiam donatore. Tempus verò quod quantumuis proximè ac immediatè sequitur mortem, nunquam potest euenire viuo eo cuius mors necessariò expectanda est. Tantò minùs ergo fieri potest vt ex huiusmodi donatione dominium transferatur in donatarium sola conuentionis potestate, estque omnino necessaria legis authoritas, cuius est non minùs transferre dominium sine traditione, quàm hominis est rem suam tradentis, eam in quem & quomodo velit alienare: vt in hereditatibus & legatis euenire iam supra probauimus. Atqui lex non se interponit in transferendo dominio ex conuentionibus quæ fiunt inter viuos nisi hactenus vt causam traditionis vel adprobet, vel non agnoscat, quia naturali ratione ac gentium iure traditio modus est dominij transferendi. §. *per traditionem. Instit. de rer. diuis.* iure quoque ciuili non improbatus dum ne traditio sit nuda. *l. nunquam nuda.* 31. *D. de acquirend. rer. domin. l.* 3. *D. si vsusfruct. petet.* Quid enim naturali rationi conuenientius est, quàm

voluntatem domini rem ſuam in alium transferre volentis ratam haberi? *l.qua ratione.* 10. §. *ha quoque res. D.acquirend.rerum domin.vulg.l.in re mandata.*21. *Cod. mandat.* Igitur ſi is qui rem ſuam ex cauſa donationis tradidit, eam legem adiecerit vt dominium poſt ipſius duntaxat donatoris mortem in donatarium transferatur, quamuis dixerit ſe donare inter viuos,nihilo magis facere poteſt vt ex eo iure valeat donatio, quinimo hoc ipſo quod exprimit velle ſe donare non cauſa mortis, ſed inter viuos atque ita excludit omnem interpretationem, quæ alioqui probabiliter fieri poſſet, vt mortis cauſa potiùs donaſſe videretur, nihil agit; quia vbi nulla eſt in verbis ambiguitas,nullus quæſtioni voluntatis aut iuris interpretationi locus relinquitur.*vulg.l.ille.* 25.§. 1. *De legat.*3. Cui conſequens eſt,vt ſi donator non expreſſerit, an inter viuos, an mortis cauſa donatum vellet, hoc ipſo quod voluit dominij tranſlationem conferri poſt mortem ſatis declarauerit velle ſe vt valeret iure donationis cauſa mortis,cùm neque expreſſerit, neque exprimere vtiliter potuerit,vt valeret iure donationis inter viuos, malignáque dicatur illa interpretatio per quam fiat inutilis actus qui iuſta & ciuili adhibita interpretatione vtilis eſſe poſſet: vulg. *l. quoties in actionib.*12. *D. de reb.dub.l. quoties* 80.*l ſi ita ſtipulatus.*126.§.*Chryſogonus verſ. ſequens ſtipulatio.D.de verb.oblig.* Nam & dici ſolet nec abs re, non facilè credendum eſſe quenquam eam viam eligere per quam fiat vt nihil agat,*l.*3. *D.de teſtam mil.* Neque hîc ſubiungi poteſt quod in ſuprascripta ſpecie ſubiungitur apud Vlp.in *d.l.ſi ego.*9.§.*ſi res. D.iur. dot.* benignius eſſe neceſſitatem imponi heredi conſentire ei quod defunctus fecit, aut ſi diſtulerit, vel abſit etiam nolente vel abſente eo dominium ad maritum ipſo iure transferri.Nam præter
3 id quod illius loci † verba ipſa oſtendunt totam eam adiectionẽ non tam Vlpiani eſſe, vt alibi monuimus, quàm Triboniani mulieribus ſuo more plus æquo fauere volentis, apparet etiam ſpeciali ratione non communi aliqua æquitate niti adiectionem illam Tribonianeam, ſcilicet *fauore dotium*, vt lex ait, *& ne mulier maneat indotata.* At neque donationis tantus fauor eſt vt dotibus comparari poſſit, neque donatarij vt eius conditio eadem conſtitui debeat,quæ mulieris eſſet ne indotata conſtitueretur. Non ergo ſimiliter pŏſſis dicere defendendam eſſe ex æquitate donationem inter viuos,quæ per traditionem ſic facta eſſet,vt dominium ex ea non niſi poſt mortẽ donatoris in donatariũ transferretur,cogendúmque heredẽ vt cõſentiat transferri quod donator ipſe pro ſuo iure trãsferre non potuiſſet.Quod etſi admittere quis vellet prætextu vt fieri ſolet æquitatis quantumlibet improbabilis, adhuc tamen nobiſcum dicendum eſſet in dubio ſi de aperta donatoris voluntate non apparet probabiliorem fore illam interpretationem, per quam donatio cauſa mortis non inter viuos facta eſſe cenſeretur. Cur non.n.ea potius capiatur interpretatio,per quam fiat vt actus ipſo iure valeat,nec vllo egeat æquitatis fauore,quàm ea quæ deſtituta iuris auxilio, æquitatis ſubſidium implorare compellatur? Et verò ſi mortis cauſa donatio eſſe creditur, tum quoque cùm inter viuos traditio facta eſt,ſed ea tamen lege vt moriente demum donatore res fiat accipientis *l.mort.cauſ.*15.*D. de manumiſſ.*quo tamen caſu nihil obſtaret quominus poſſet eſſe donatio inter viuos,quippe quam certũ eſt poſſe fieri etiam à moriente *l.Seia* 42.§.*vlt. D.de mort.cauſ. donat.* quanto magis fatendum eſt donationem eſſe cauſa mortis: cùm ſic facta donatio eſt vt eum effectum habere non poſſit quem donator voluit iure
4 donationis inter viuos? Nec ſanè facilè poteſt † dici cur donator contulerit dominij tranſlationem in longius tempus, ſiue mortis tempus illud ſit, ſiue poſt mortem,niſi vt interim ſaluam ſibi retineret reuocandæ donationis facultatem, quæ iudicio meo tota ratio eſt eius quod Marcellus ſcribit in *dict.l. mortis cauſa verſ.quemadmod.* Et cùm ea ratio locum non habeat in eo qui moriens donat purè in aliud nullum inſtans collata donatione, ſicuti nec inſtans vllum eſt poſt inſtans mortis in quo voluntatem mutare donator poſſit, mirum non eſt facilius præſumi donationem cauſa mortis eam,quæ ab homine ſano fiat per traditionem, collata nihilo minùs dominij tranſlatione in tempus mortis, aut poſt mortem, quàm quæ purè ſit à moriente.Hanc enim fatendum eſt quando minùs reuocari poteſt,tanto magis naturam habere donationis inter viuos,nec poſſe cenſeri donationem cauſa mortis, niſi expreſsum illud ſit à donatore; alioqui non negamus etiam à moriente poſſe fieri donationem cauſa mortis, perinde ac inter viuos, vt reuocari etiam poſſit. Donationem † namque cùm à moriente fieri dicimus poſt Papinianum in *d.l.Seia* §.*vlt.*non vſque adeò præcisè inſtans ipſum mortis ſignificamus, quod ſit vltimum momentum vitæ, in quo nimirum nemo dixerit aut donationem,aut aliud quicquam quod facti ſit ab eo ipſo qui moritur,fieri poſſe, ſed paulò latiùs accipimus, & ἐν πάσῃ, vt eum ſignificemus qui breui & iamiam ſit moriturus, vt ſunt plerique qui penè ad ad ſupremum vſque vitæ ſpiritum & mentem & linguam ſanam habent,vt voluntatem quam priùs habuerunt mutare poſſint,& reuocare. Ad has verò donationes, quæ per traditionẽ ſic fiunt vt dominium poſt donatoris duntaxat mortem transferatur, non pertinet quod vulgò ij obiiciunt qui eas inter viuos eſſe defendunt, ex Iuſtiniani conſtitutione in *d.l. vnic.C.de action.ab hered. & contr.hered.*quia vt initio capitis attigimus, longè aliud eſt incipere obligationem contra heredem ex facto defuncti, aliud verò incipere dominij tranſlationem. Prius à Iuſtiniano † factum eſt, quia vt fieret violanda tantùm 6
fuit ſubtilitas & regula iuris ciuilis,ex quo ſolo eſt ius hereditarium & actionum, inducendarumque obligationum, & in heredem transferendarum *l.1. C.ſi cert.pet.l.1. & 2.C.ſi vnus ex pluribus hered. debit. vel creditoris.* Poſteriùs verò nec factum eſt à Iuſtiniano, nec fieri potuit,quin non tantùm ciuilis ratio, ſed ipſius etiam naturæ leges duæ ſubuerterentur, quarum vna eſt,Non poſſe dominium transferri ab eo qui non ſit amplius in rerum natura. Altera nemini ſiue inuito ſiue ignoranti auferendum eſſe dominium quod habeat, ex iuſta cauſa acquiſitum. Illud verò minus ad rem facit, quod obiiciunt † Er- 7
ciſcundi verba, præſtationi ſeu executioni adiecta non facere actum conditionalem ex *l.ex his verbis 5.C.quand.dies lega.ced.*Non enim ex eo inferre poſſis donationem traditione factam quidẽ, ſed collato dominio poſt mortẽ donatoris cenſendam eſſe donationem inter viuos: Niſi ante omnia probes, poſſe quem per conuentionẽ inter viuos conferre tranſlationem dominij rerum ſuarũ in id tempus quo erit iam mortuus.Quod certè nunquam probabis aut ſi quas tam noui iuris rationes hucuſque incognitas & inauditas adferes,aſſequeris eodem labore vt fruſtra & inutiliter lata ſit lex 12.tab.totque aliæ leges deinde ſecutæ ad inducendum aut confirmandum ius teſtamentorum cæterarũmque vltimarum voluntatum. Denique cùm donatio ſit per traditionem,nulla ſupereſt præſtatio,aut executio,quæ poſt mortem collata videatur,niſi tranſlatio dominij,quæ tota iuris eſt,non facti, quam proinde neceſſe eſt fieri vel ex poteſtate præcedentis traditionis,quod oſtẽdimus

dici

dici non posse, vel nullomodo, cùm potestate iuris fieri nequeat vt probauimus, si donatio sit inter viuos, non causa mortis. Propriumque est donationum quæ per stipulationem fiunt, quia nihil habent nisi verba, vt ex iis præstatio in aliud tempus conferri possit, quoniam aliud est promittere, aliud præstare. At non aliud est tradere, aliud præstare, cùm nihil amplius præstandum & faciendum habeat qui iam tradidit, licet distulerit dominij translationem.

ERROR IV.

De distinctione quam adhibent Interpretes, An donator causa mortis decesserit cum herede, an sine herede.

SVMMARIA.

1 *Donatio causa mortis ad nutum & arbitrium donatoris reuocari potest.*
2 *Exceptio interpretum, nisi donator sine herede decesserit.*
3 *Ratio exceptionis.*
4 *Iason, in oppositum ait quodammodo impossibile esse, vt quis decedat sine herede: sed imperitè.*
5 *Fiscus non semper succedit, etiamsi nullus alius sit successor, nec succedit vt heres.*
6 *Respondetur ad rationem qua nonnulli existimant fieri vt non valeat reuocatio donationis nullo existente donatoris herede.*
7 *Ex sententia Alexandri quando procedat exceptio relata numer. 2.*
8 *Iasonis ratio aduersus Alexandrum refertur & refellitur.*
9 *Inutilis fit donatio causa mortis facta per stipulationem, si reuocet donator, etiamsi postea decesserit sine herede.*
10 *Dilnitur ratio sub num. 3. proposita.*
11 *Donatione causa mortis facta per traditionem quid de eius reuocatione sentiendum sit.*
12 *Cur donatio simpliciter facta post mortem, donatio inter viuos conferi non possit.*
13 *Donationem quæ simpliciter facta est & collata post mortem, donatore sine herede decedente, nullomodo valere.*
14 *Angeli decisio solennis reprobata.*

DONATIONVM causa mortis † eam esse naturã & cõditionem vt ad nutum & arbitrium donatoris possint reuocari constat. Sed tamen addunt plerique ex interpretibus licet non omnes exceptionem † vnam nisi donator, inquiunt, sine herede decesserit. Sic enim Angel. Imol. Aret. ad *l. qui Roma. §. Planius numer. 10. de verb. oblig. Soci. in l. non omnes 19. D. si cert. petat. Marsi. singul. 63. Ex. l. 1. D. qui sine manumiss. ad libert. pertin.* vbi Paulus scribit, si seruus venditus sit vt intra certum tempus manumittatur, etiam si sine herede decessisset tam emptor quàm venditor, seruo libertatem competere, & ita Diuum Marcum rescripsisse. Sed vt si mutauerit voluntatem is qui vendidit nihilominus competere libertatem. Huiusque sententiæ ratio illa videtur afferri posse, quod cùm donator † causa mortis donationem reuocat, non alia ratione id facere videatur, quam vt prospiciat suo heredi quasi nunc malit heredem habere id quod donatum est quàm donatarium, cùm antea mallet donatarium habere quàm heredem. Nullo igitur herede existente, quasi cessante causa reuocandæ donationis, ipsam quoq; reuocationem consequens videtur nullius momenti esse oportere. At ij qui contrariam sententiam magis probant contenti sunt dicere Paulum in *d. l.* 1. non loqui de donatione causa mortis sed de libertate, cuius fauore nemo nescit multa esse contra iuris rigorem constituta *lege. generaliter* 24. *§. si quis seruo. D. de fideicommiss. libert. §. vltim. Instit. de donat.* quæ proinde ad consequentias trahi non debent. *leg. quod contra* 141. *de regulis iuris. l. quod verò* 14. *D. de legibus.* Denique sufficere vt nullo iuris loco ita constitutum reperiatur. Addit Iason ad *dict. §. Planius. in fin.* esse † quodammodo impossibile vt quis decedat sine herede, cùm fiscus, inquit, saltem sit heres, nullo alio herede existente. Per gloss. in *leg. ex facto* 17. *§ vltim. D. ad S. C. Trebellian.* Sed valdè imperitè. Non enim nouum est in liberis nostris vt sine herede quis decedat, adeóque sine successore, vt in specie *d. l.* 1. *Stichum aut Pamphilum. 95. in fine princ. D. de solut. l. 1. §. Diuus Pius D. de iur. fisc.* Nec rursus semper fiscus † succedit, etiamsi alius successor nullus sit, sed ita demum si bona sint soluendo, & aliquam vtilitatem fisco adferre possint *d. l.* 1. *§. an bona. De iur. fisc.* tùm vero cum succedit fiscus non idcirco aut heres sit, aut heredis loco, siquidem occupat bona non tanquam hereditaria sed tanquam vacantia. Desinunt enim esse hereditaria statim, atque certum esse incipit nullum fore successorem, fiúntque bona vacantia, vt alibi scripsimus ex *l. vltim. D. de succeff. edict.* Sanè ratio illa † vulgaris qua mouentur ij qui nolunt donationis reuocationem hoc casu non valere, quod nimirum nemo sit qui nomine donantis eam reuocationem obiicere donatario possit, facilè potest eludi, si ponas rem donatam reperiri penes tertium, quantumlibet iniustum possessorem. Hoc ipso enim quod erit ille possessor, vtique plus iuris habebit quàm donatarius qui aget ex reuocata donatione, nec quicquam prohibet quominus perinde possit obiicere donationis reuocationem acsi esset ipse heres donatoris, cùm ea exceptio quamuis sit de iure tertij, tamen exclusiua sit iuris agentis, vt nostri loquuntur post Bartol. ad *l.* 2. *D. de except. rei indic. ex l. loci.* 4.. *§. competit. D. si seruit. vindic. l.* 2. *D. vti possid. l. vltim. D. de acquir. poss. l. vltim. Cod. de rei vindicat.* Et ob id nimirum Alexander † hanc sententiam Angeli putat ita procedere, si mortis causa donatio facta sit per traditionem, vt non egeat donatarius actione ad rem habendam, nullam enim actionem habere posset ex donatione reuocata sed tantùm retentione. Nec malè quamuis idem Iason † supradicto loco vt subtilem agat interpretem, impugnet hanc distinctionem, ratione illa, quod donatio causa mortis, non tantùm per traditionem fieri possit, sed etiam per stipulationem ex *l. mortis causa donatio* 34. *& l. seque. §. vltim. D. de mort. caus. donat.* adeóque, inquit ille, per pactum nudum ex *l. si quis argentum C. de donat.* Prorsus insubtiliter. Etsi enim valet donatio facta per stipulationem, vt ex ea possit dari actio (non etiam ex pacto nudo donationis causa mortis, vt suo loco à nobis disputatum est) quis tamen admittat aliquam dari actionem ex ea stipulatione, quæ non aliam causam habuerit quàm donationem, cùm donatio fuit reuocata? Aut quomodo poterit donatarius hic effectum donationis percipere sine actione? Denique contra quem aget ex huiusmodi stipulatione mortuo donatore sine herede, alióve successore? An forte dabimus ei actionem in personam tertij possessoris ex stipulatione interposita cum donatore, cui possessor hic neque heres extiterit, neque alio iure successerit.

ceſſerit. Itaque vt hinc nos quid ſentiamus dicere in choemus, Cùm donationum cauſa mortis ſumma diuiſio illa ſit, vt aliæ per traditionem fiant, aliæ per ſtipulationem, ſi proponas tractari de donatione, quæ facta ſit per ſtipulationem, non puto poſſe dubitari quin plane inutilis † fiat ſi reuocetur per donantem tametſi poſtea deceſſerit ille ſine hærede; quia etiamſi reuocatio non valeret, inefficax tamen eſſet donatio & ex donatione competens actio deficiente perſona contra quam poſſet exerceri. Nam ex hac cauſa non tantùm actio intercidit, ſed ipſa etiam obligatio, quæ non poteſt ſanè ſubſiſtere, ſi perſona nulla ſit quæ maneat obligata *d. l. Stichum* §. 1. *in fin. de ſolut. l.* 1. §. *idem Pomponius. D. depoſit. l. poſtquam* 5. *in principio. D. vt legat. ſeu fideicom. nom. caueat.* ſicut & cùm perſona deficit, cui alius ſit obligatus, vt in *l.* 1. *C. de oblig. & action.* Ipſam tamen reuocationem valere tam inde ab initio certum eſt, & priuſquàm donator moriatur, in cuius arbitrio fuit mutare voluntatem, quique ſi rem donatam tradiſſet, etiam condictionem ex pœnitentia vel vtilem in rem actionem habuiſſet *l. qui mortis* 30. *D. de mortis cauſ. donat.* Cur ergo dicamus reuocationis quæ ab initio valuit, effectum impediri ob id ſolùm debere, quod qui reuocauit deceſſerit ſine ſucceſſore? Nam quod ſupra obiecimus pro Angelo reuocationem † donationis non videri factam niſi fauore hæredis futuri, qui proinde ſi nullus poſtea ſit, nulla quoque videri debeat facta revocatio, facilem habet reſponſionem: ſcilicet donatorem cùm reuocat donationem cauſa mortis non id agere vt ſuo heredi proſit, quàm vt noceat donatario, quamuis per conſequentias profutura ſit ea reuocatio hæredi, ſi quis erit. Non autem tam quod per conſequentias euenit, quàm quod principaliter agitur, inſpiciendum eſt *l.* 1. *l. quod dicimus* 7. *D. de autor.* Proinde quamuis nullus heres ſit cuius fauori & commodo poſſit cedere reuocatio, non eo minùs tamen verum eſt reuocatam eſſe donationem ab eo qui reuocandi ius habuit, & eo tempore quo non erat quærendum an heres aliquis eſſet qui nec poterat vllus eſſe hominis viuentis: Cúmque ſemel extincta ſit donatio ex voluntate donatoris, nouo aliquo facto & argumento opus eſt vt voluntas quæ defecerat, recenti iudicio rediiſſe intelligatur, vt loquitur Papinian. in *l. qui ex liberis* 11. §. *vltim. D. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tabul.* Quod tamen iudicium recens nemo dixerit ſumi poſſe ex eo ſolo quod poſtea contingat nullo herede relicto mori donatorem: cùm id non eueniat niſi poſt mortem & contra votum nedum præter opinionem donatoris. 11 At ſi donatio † cauſa mortis non per ſtipulationem facta ſit, ſed per traditionem, ſubdiſtinguendum eſt, an traditio ſic facta fuerit, vt dominium in donatarium ſtatim transferretur, an ita vt dominij tranſlatio poſt donatoris mortem conferretur. Priore caſu reuocatio donatoris per donatorem facta licet non reuocet traditionem, tamen reuocat dominij tranſlationem, quæ cùm iuris tantùm ſit, non etiam facti, facilè reuocari poteſt ex nuda voluntate illius cui ius eſt reuocandi, ex eóque tempore fatendum eſt rem donatam incipere eſſe penes donatarium ſine cauſa, ob idque non tantùm condictione teneri eum, ſed vtili quoque vendicatione *dict. l. qui mortis*, ſed quia reuocatione traditionis quoque opus eſt, quæ facti eſt, vt donatio in totum reuocata dici poſſit, & eo ipſo modo ac iure quo fuerat inita, euenit neceſſariò vt inutilis & inefficax maneat illa reuocatio ſi donatarius aliquo caſu non amiſerit poſſeſſionem rei donatæ, nullúſque ſit heres donatoris, Non quòd eo minùs valeat reuocatio, quia nullus heres ſit, ſed quia non eſt perſona, quæ donatario quantumuis iniuſtè nullóque iure rem habenti controuerſiam facere poſſit, quam etſi facere vellet nullo & ipſe iure fretus, adhuc tamen vincere donatarius deberet, non tanquam donatarius, ſed tanquam poſſeſſor alius quilibet. Itaque nullus hoc caſu quæſtioni locus relinquitur. An valeat reuocatio necne, quia ſicuti certum ius eſt valere reuocationem: Ita in facto exploratum eſt neminem eſſe cui proſit ea reuocatio, quique ius per eam quæſitum aduerſus donatarium exequi poſſit. Sed ſi aliquo caſu donatarius amiſiſſet poſſeſſionem, eámque poſtea non interdicto aliquo recuperare vellet ſed legitima actione ſiue ciuili ſiue prætoria iure dominij vel quaſi dominij (nam interdicto non de dominio, ſed de poſſeſſione tantùm quæri oporteret) tùm verò appareret valuiſſe reuocationem nec ob id minùs vtilem eſſe, quòd deceſſerit donator ſine herede, quia ſubcumberet proculdubio donatarius, qui tamen vincere deberet, ſi reuocatio non valeret ob id quod heres nullus eſſet. Si verò dominij tranſlatio poſt donatoris mortem collata proponatur, etſi hoc quoque caſu idem eſt, quod in ſuperiore vt donationis reuocatio valeat quamuis nullus ſit heres donatoris, immo tanto magis, quantò facilius eſt vt dominij tranſlatio nondum facta impediatur, quàm vt facta reuocetur, nec eo minùs tamen extraneum quemlibet nullo iure agentem vincere debeat donatarius, quem traditio ſola perinde fecerit poſſeſſorem acſi dominij quoque tranſlatio facta eſſet, quippe quæ nihil cõmune habet cum cauſa poſſeſſionis. Attamen in eo differt hic caſus à præcedente quod etiamſi non eſſet reuocata donatio nouam adhuc admitteret dubitationem quam ſuperior caſus non admitteret, An defuncto donatore ſine herede valere donatio deberet. Nam ex vna parte quod donatoris nullus heres eſt, videtur ſuadere vt tanto magis valeat donatio quæ ſic facta fuit vt dominium non niſi mortuo donatore transferretur, quandoquidem vt proximo capite diſputabamus, ea potiſſimum ratio impedit ne donatio inter viuos ſic fieri poſſit vt dominij tranſlatio poſt mortem conferatur, quòd dominium ſtatim poſt mortem donatoris heredi per legem acquiſitum ignoranti ei vel inuito non ſit auferendum, quæ ratio locum non habet ſi donator decedat ſine herede. Et ſi autem nunc agimus de donatione cauſa mortis quam conſtat ſic fieri poſſe vt dominium ex ea poſt mortem duntaxat donatoris transferratur propter concurrentem legis poteſtatem poſtquàm inductum eſt, vt donationes cauſa mortis ad inſtar legatorum capiantur, poteſt tamen eadem ratio mouere in ea quæſtione quam paullo ante tractabamus De donatione ſimpliciter facta poſt mortem an cenſeri debeat inter viuos an cauſa mortis: Vt ſcilicet mortuo donatore ſine ſucceſſore ſaltem hoc caſu admittere debeamus in dubio cenſendam donationem inter viuos, etiam quæ per traditionem facta ſit, quod tamen nos negauimus iam, & iterum negamus. Non enim ſola ea ratio me coegit vt negarem eſſe donationem † inter viuos, quod alioqui fieri non poſſet citra 12 iniuriam heredis vt diſcederet dominium ab eo vel inuito vel ignorante, ſed illa præcipuè quod ſine poteſtate legis, quæ tamen in donationibus inter viuos non ſe interponit, nequeat dominium diſcedere à mortuo qui iam nullus eſt & in donatarium tranſire: quæ ratio perinde locum habet ſiue donatoris heres aliquis ſit, ſiue nullus. At videamus ne ex alia parte potiùs defendi poſſit, cùm donator † ſine herede deceſſit, donationem etiam quæ 13 ſimpliciter facta ſit & collata poſt mortem nullomodo valere, ne quidem iure donationis cauſa mortis.

Quia

Quia licet donatio, quæ comitem habuit traditionem nullo heredis facto indigeat, nec proinde vlla heredis perſona ad inducendam dominij tranſlationem, quando quidem lex quæ ipſa dominium tranſfert ad inſtar legati factum hominis non requirit: perſonam tamen aliquam eſſe neceſſe eſt, ſiue veram ſiue fictam, cui lex auferat dominium, quod donatario vel legatario tribuere, velit, & cuius factum lex repræſentet, vt apertiſſimè vel cernimus euenire in legatis. Legatum enim etſi non per mediam heredis perſonam, ſed recta via tranſit in legatarium, ideo tamen tranſit, quia ſi non eſſet legatarij, eſſet heredis, & antequam eſſet heredis, eſſet hereditatis, vt appa et ex ea legati definitione quam ponit Florentinus in *l. legatum* 116. *de legat.* 1. vbi ait legatum eſſe delibationem hereditatis qua teſtatore ex eo quod vniuerſum heredis foret alicui collatum quid velit. Vnde eſt quod dicimus legata omnia relinqui ab herede, tum etiam cùm ab herede non ſunt præſtanda, puta cùm per vindicationem relicta ſunt, quo caſu poteſt legatarius ea occupare propria autoritate, ob idque heredi qui ſolus ſit legari nihil poſſe, quoniam nemini à ſemetipſo legari poteſt *l. & quidem totum* 18. *de legat.* 1. *& d. l. legatum* 116. §. 1. *eod.* Et ſanè prius eſt vt quis habeat hereditatem aliquam adeóque teſtamentariam quàm vt poſſit legatum vllum relinquere, ita vt etiamſi teſtamentum vtiliter fecerit, ſi tamen ex eo non ſit adita hereditas ſed à legitimi heredibus venientibus ab inteſtato acquiſita, non debeantur legata, quia nimirum hereditas teſtamentaria hoc caſu nulla ſit, quamuis ſit legitima *l. ſi nemo* 9. *D. de teſtam. tutel. l. ea quam* 14. *C. de fideicom.* Quanto minus igitur legatum vllum eſſe poſſet ſi nulla eſſet hereditas. Atqui nulla eſt hereditas ſtatim atque deficit omnino ſpes habendi heredis, cùm hereditatis fictio non ſit inducta per legem niſi vt poſſit facere heredem & facere heredis res ſingulas hereditarias *l. legatum* 80. *De legat.* 2. *l. filiusfamilias* 18. *D. ad leg. Falcid.* & quemadmodum patrimonium quod fuit viuentis patris familias, eo mortuo fit hereditas, ſi heres aliquis ſiue teſtamentarius ſiue legitimus ſperetur: Ità quæ fuit aliquando hereditas propter ſpem habendi heredis, deficiente illa ſpede finit eſſe hereditas & cõuertitur in bona vacantia, vt ſuprà dicebamus ex *l. vltim. D. de ſucceſſ. edict. l.* 1 §. *an bona D. de iur. fiſc. l. ſi heredum* 10. *C. de inoffic. teſtam.* Cumque lex ſola illa ſit cuius poteſtate dominia rerum legatarum transferri poſſint, non vult lex transferre in legatarios dominia quæ alioqui nullius futura eſſent, & ob id tanquam vacantia ad fiſcum pertinerent, ſed ea tantùm quæ ſi non acquirerentur legatario, futura eſſent heredis, cui vtique nocere teſtator & voluit & potuit, non etiam fiſco qui bona vacantia omnia non à teſtatore habet ſed à lege. Quod autem in legatis dicimus id obtinet in donationibus cauſa mortis quæ ſcilicet ad exemplum & inſtar legatorum capiuntur. Niſi quod ab inteſtato legata nulla valere poſſunt, donationes verò cauſa mortis poſſunt *l. eam is* 25. *in princ. D. de mort. cauſ. donat.* vt ſequenti capite latiùs dicemus. Cæterùm licet aliquem teſtamentarium heredem eſſe non neceſſe ſit vt valeant donationes cauſa mortis, aliquem tamen heredem eſſe neceſſe eſt, vel ob id maximè quòd quiſquis donat cauſa mortis nõ aliam donandi cauſam habet quàm quòd malit donatarium habere quàm heredem ſuum *l. ſenatus* 25. §. 1. *D. eod.* quæ tamen ratio ad eum donatorem accõmodari nullomodo poteſt, qui moriatur ſine herede, fitque hoc caſu ridicula & illuſoria donatio cauſa mortis nimirum ab eo facta qui maluit quandiu vixit habere rem quàm donatariũ. Ipſum verò donatarium noluit habere niſi magis quàm heredẽ ſuum, qui tamen nullus foret. Itaque perinde eſt acſi diceret donator malle ſe vt donatarius rem haberet quàm vt nemo, quod eſſet ſtultum. Quid enim donaſſe videretur qui donaſſet id quod nec ipſe nec alius vllus haberet, aut habere poſſet? Quinimo perinde eſſet acſi diceret donator ſe malle donatarium eam rem habere quàm fiſcum ad quem ſcit, ſcire aut debet peruentura bona ſua omnia poſt mortẽ ſuam ſi erunt vacantia. Hoc verò eſſet ſtultius, quia nõ debet donator ſperare futurum vt ſuam voluntatẽ quæ legis auxilio indigeat lex adiutura ſit contra fiſcum, cuius ſolius damno ceſſura eſſet ea donatio ſi valeret. Ex his verò intelligimus, quàm improbabilis ſit ſupradicta deciſio † Angeli quæ tamen à Iaſone ſupradicto loco ſolennis appellatur vt donatio cauſa mortis etiam quæ per donatoris pœnitentiam reuocata ſit, nihilominus valeat cùm donator deceſſit ſine herede. Tantum enim abeſt vt ob id valere debeat donatio, quòd nullus heres ſit donatoris qui donationem expreſſim reuocauit vt è cõtrario vel ob hanc ipſam inutilis fiat donatio etiam quæ non fuerit reuocata. Neque Angeli tantùm hic error eſt & eorum omnium qui opinionem eius ſequuntur, ſed cæterorum quoq; interpretum qui contra Angelum ſentiunt. Omnes enim ſuppon ũt pro vero quod nos falſiſſimum eſſe probauimus, Valituram donationẽ cauſa mortis ab eo factam qui heredem nullum reliquiſſet, ſi reuocata non fuiſſet. Ad quid enim quęrerent, An valeret donata eo caſu quo nec valere poſſet etiamſi reuocata non eſſet. 14

ERROR V.

Si donatoris cauſa mortis hereditas nulla vel non Adita ſit Ad §. 1. l. tam is 25. D. de don. & ad l. 1. D. qui ſine man. ad libert. peruen.

SVMMARIA.

1 *Erroneum interpretum dogma, Donationem cauſa mortis nullam hereditatis additionem requirere, quomodo à Iaſone adſtruatur.*
2 *Refellitur ratio Iaſonis.*
3 *Cùm filius fam. donat cauſa mortis ex peculio profectitio conſentiente patre, valet quidem donatio, ſed vltima tamen voluntas filij aut patris dici nequit.*
4 *Donatio cauſa mortis alterius quàm ipſius donatoris fieri poteſt: quo caſu perficitur & fit irrenocabilis etiam viuo donatore*
5 *Ad quas donationes pertineat illud quod ſupra dictum eſt, irritas fieri donationes cauſa mortis etiã quæ ab initio valuerunt, ſi donator deceſſerit abſque herede.*
6 *Sic facta donatione mortis cauſa vt dominiũ in donatarium ſtatim transferatur nihil refert an donatoris ſit heres aliquis an nullus.*
7 *Reſpondetur ad l. 1. D. qui ſin. manu. ad libert. pẽr. vnde colligis Angelum Donationis reuocationem non valere defuncto donatore ſine herede. & n. 9. & 11.*
8 *Lex iũm fingit, falſa quidẽ fingit, ſed tamẽ poſſibilia.*
10 *Accurſy lapſus.*

INTERPRETES noſtros fefellit quod pro vero habuerunt teſte Iulio Claro in §. *donatio. quæſt.* 5 *num.* 2. donationem † cauſa mortis nullam hereditatis additionem requirere ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato 2

inteſtato vt Iaſon diſputat ad *d. §. Flauius, num.* 29. vbi in hanc ſententiam ait ſe moueri ea potiſſimùm ratione, quòd valeat donatio cauſa mortis facta per filiumfamilias dummodo conſentiente patre, cùm tamen filiusfamilias nullam hereditatem neque teſtamentariam neque legitimam habere poſſit extra cauſam peculij caſtrenſis, inſpecto ſcilicet iure Pandectarum *l.* 2. *D.de caſtrenſ. pecul.* Nec animaduertit, † vir bonus, quod nos in præcedentibus ſæpius inculcare coacti ſumus, in *d. l. tam ù §. filiusfamilias*, agi de donatione cauſa mortis facta ex peculio profectitio quod cùm ſit patris magis quàm filij *l.* 3. §. *ſed verum. D.de minor.* non tam à filio donari intelligitur cùm donat patre conſentiente, quàm à patre ipſo in caſum mortis filij *l. in ædibus* 9. §. *penult. D.de donat. l. ſi conſentiente* 16. *D.de manumiſſ. l. ſi pater* 4. *de manum. vindict.* vt proinde non ſit quærendum an filiusfamilias qui patre conſentiente donauit cauſa mortis heredem aliquem reliquerit necne, quandoquidem non filius, ſed pater donaſſe intelligitur. Potiúſque inſpiciendum eſſet an heredem aliquem reliquiſſet pater cuius donatio fuit, quod tamen nec curandum quoque eſt, ſpeciali valde ac ſingulari ratione quam nos latius ſuo loco enarrauimus, quia
5 hæc mortis cauſa donatio † quam filiusfamilias facit conſentiente patre vel quod effectu idem eſt, pater ipſe in caſum mortis filij non poteſt dici vltima voluntas neque filij, neque patris. Non filij, quia & filius ille non eſt quod donare intelligitur, ſed pater, & non poteſt filiusfamilias extra cauſam caſtrenſis vel quaſi caſtrenſis peculij decedere vllo caſu cum vltima voluntate. Non patris, quia licet ille ſit qui donaſſe creditur, poſtquè decedere cum vltima voluntate, videtur tamen donaſſe in caſum mortis filij, quæres facit vt mortuo poſtea filio familias in vita patris, donatio perficiatur fiatque irreuocabilis morte filij, perinde acſi in alium quemlibet caſum facta eſſet, ac ſub alia qualibet conditione inter viuos, tametſi quandiu filius vixit potuerit illa reuocari, non quidem à filio, ſed à patre. Quoniam donatio quælibet cauſa mortis ſicuti ſua natura reuocabilis eſt vſque ad mortem, ita non niſi vſque ad mortem eius cuius mortis cauſa facta fuit, & conſequenter cùm facta †
4 eſt cauſa mortis alterius quàm ipſius donatoris quomodo fieri eam poſſe conſtat *l. mortis cauſa filij* 11. *l. mortis cauſa capiamus* 18. *De mort. cauſ. donat.* perficitur & fit irreuocabilis etiã viuo donatore, idcóque nihil prorſus iam intereſt an is poſtea heredem aliquem relinquat, an nullum, non magis quàm ſi is inter viuos donaſſet aliterve
5 contraxiſſet. Nam quod volumus † fieri donationes cauſa mortis, etiam quæ ab initio valuerunt, ſi donator deceſſerit abſque herede ad eas tantum donationes pertinere intelligimus quarum effectus pleniſſimus collatus ſit poſt mortem donatoris, non item ad eas, quæ viuo donatore plenum effectum ſortiuntur. Quare ſi poneres ſic factam eſſe mortis
6 cauſa donationem † vt dominium in donatarium ſtatim transferretur, licèt reuocabiliter, non putarem diſtinguendum an donatoris aliquis heres eſſet an nullus, quia viuo donatore huiuſmodi donationes perficiuntur, cùm vt omnino perfectæ ſint, nihil aliud requiratur, niſi vt deſinant poſſe reuocari, tranſlato iam inde ab eo tempore quo facta ſunt dominio per traditionem. Atqui vt deſinant poſſe reuocari euenit viuo adhuc donatore quia tunc id euenit cùm moritur donator, quo inſtanti nihil eſt quod poſſit ille facere ex iis omnibus quæ talis facti ſunt, vt per alium quàm per ipſum donatorem expediri non poſſint, cuiuſmodi eſt donationis reuocatio *l. vlt. D. de condic. Inſtit.* Ergo quamuis poſtea contingat donatorem hunc decedere ſine herede, non ideo tamen irrita fieri poteſt donatio, quæ non ſolùm ſemel valuit, ſed etiam perfecta effectumque pleniſſimum ſortita fuit. Exemplo eius quod obtinet in donationibus inter virum & vxorem. *l.* 1. *C.de donat. int. vir. & vxor.* Eſt enim recta iſtarum donationum hac in re comparatio, cùm tam hæ quàm illæ reperiantur omnino perfectæ viuo adhuc donatore. Illud nobis faciendum ſupereſt, vt reſ-
7 pondeamus † *ad leg.* 1. *D.qui ſine manumiſſ. ad libert. pertinent.* quo vno loco motus eſt Angelus vt nouam opinionem hanc induceret, quæ negat valere donationis reuocationem defuncto donatore ſine herede. Facilis autem reſponſio eſt. Negare eos donationem hanc reuocatam valere, non ob id ſolùm quòd reuocata ſit, ſed etiam quia ſine herede donator deceſſerit, quæ ratio cùm faceret eam irritam etiamſi reuocata non eſſet, multò magis faciet irritam accedente reuocatione. Aliaque cauſa eſt libertatis de qua in *dd.* 1. non propter ſolum fauorem libertatis, vt dicunt qui ſe verbo vno expedire volunt, ſed quia in ea ſpecie, id eſt, vendito ſeruo ita vt intra certum tempus manumitteretur libertas debita fuit ſeruo ab emptore non ex vltima voluntate, ſed ex contractu inter viuos, id eſt, ex cauſa emptionis, emptoreque mortuo ante manumiſſionem, cum exinde certum eſſe incipiat non poſſe ampliùs ab eo pareri legi venditionis, ſeruumque manumitti, ſuccedit poteſtas conſtitutionis diui Marci, quæ facit vt huic ſeruo competat libertas ipſo iure, etiamſi non ſolùm emptor, ſed & venditor quoque deceſſerit ſine herede, vt lex ait, Nempe quia poteſtas conſtitutionis repræſentat factum emptoris, vt ait *l. vlt. C. ſi mancip. ita fuer. alien. vt manumit. l.* 1. *& ſ.* 3. *eod.* vltimo ſcilicet illo inſtanti quo emptor manumittere debuit, ac proinde vltimo inſtanti vel temporis quod præfixum fuerat manumiſſoni, ſi tamdiu donator vixerit, vel vitæ temporis ſi deceſſerit ante tempus præſtitutum. Nam ſera eſſet repræſentatio facti emptoris, quæ fieret per legem poſt mortem emptoris, &
8 eo tempore quo impoſſibile eſſet aliquid fieri ab eo qui iam eſſet defunctus. Lex † enim cùm fingit, falſa quidem fingit, ſed tamen poſſibilia. *l. confeſſionibus* 13. *D. de interrog. in iur. faciend.* Tunc ergo repræſentatur factum emptoris cum emptor ipſe moritur, ideóque non eo inſtanti competit libertas, ſed ſtatim eo mortuo, id eſt, primo inſtanti poſt mortem emptoris. *l. ei qui.* 4. *l. vlt. D. qui ſine manumiſſ.* quia manumiſſionem præcedere neceſſe eſt priúſquam ex manumiſſione competat libertas. Cùm autem in hoc caſu lex præſentet factum ipſius emptoris tanquam viuentis, tum quoque cùm iam defunctus eſt, quis miretur competere libertatem ſeruo, etiamſi deceſſerit emptor ſine herede? An fortè libertas quæ competeret ex manumiſſione ſi manumiſſio reuera præceſſiſſet, infirmari poſtea vel reuocari poſſet ob id ſolùm quòd ſine herede manumiſſor deceſſiſſet, Aut cur volumus minorem eſſe poteſtatem manumiſſionis factæ quæ per legem pro facta habeatur, quàm ſi reuera facta eſſet? minorem denique eſſe autoritatem legis quàm hominis manumittentis? Multo minus autem ad rem pertinet ſi venditor quoque ſine herede deceſſerit: quia nullo venditoris facto indiget hæc libertas vt competat ſeruo, quamuis indigeat perſeuerantia voluntatis venditoris, quia vendendo ea lege non ſibi legem dictam voluit à qua recedere non poſſet, ſed emptori. *l.* 3. *D. de ſerv. export. l.* 1. *& dict. l. vlt. Cod ſi mancip ita fuer. alien.* Atque adeo illud magis mirum eſt quod ſequitur in *d. l.* 1. etiamſi venditor voluntatem mutauerit, nihilo minùs competere ſeruo libertatem, cùm non poſ-

ſit

ſit competere inuito venditore, ex cuius voluntate habuit emptor neceſſitatem manumittendi. Sed intelligendum illud eſt de illo caſu, quo venditor mutauerit voluntatem defuncto iam emptore, ac proinde eo tempore quo res ampliùs non ſit integra, repræſentato ſcilicet tam per legem facto manumittentis, quia quo inſtanti emptor moritur, licèt ante tempus præſtitutum incipit certum eſſe, cum neque manumiſiſſe, neque manumiſſurum eſſe ſeruum intra præfixum diem, ideóque protinus ſit liber is qui manumittendus eſt, quique amplius manumitti non poteſt, non expectato lapſu temporis præſtituti. *d. l. 4. & l vlt. D. quiſine manumiſſ. ad libert. peruen. & arg. l. Gallus. 29 §. videndum. D. de liber. & poſthum.* Hanc enim noſtram interpretationem probat, prima pars dictæ legis primæ, quæ ponit venditorem & emptorem deceſſiſſe ſine herede. Nimirum ante tempus intra quod manumiſſio fieri debuit, ſiquidem elapſo tempore cùm iam libertas incepiſſet cõpetere ipſo iure, fruſtra quæreretur an deceſſiſſet emptor vel venditor, vel vterque ſine herede. Vtroque autem ante conſtitutum tempus defuncto abſque herede ratio illa libertati ne competeret obſtare videbatur, quod manumittendi obligatio qua defunctus emptor dum viueret tenebatur, ipſius morte ſit extincta nemine ſuperſtite in quem tranſmitti poſſet, præſertim extincta etiam obligatione actiua, & actione quæ contra eum competebat venditori, mortuo etiam venditore ſine herede: vt nullus proinde locus relictus videretur poteſtati legis in repræſentando facto emptoris defuncti, cuius obligatio eiuſdem morte prorſus finita & perempta eſſet, finita etiam & perempta actione. Sed vt contrà reſponderi † debeat pro libertate illud facit, quod poteſtas legis repræſentat factum hominis & emptoris non eo tempore quo emptor & venditor iam deceſſerint ſine herede, ſed eo inſtanti quo certum eſſe incipit non eſſe ab emptore ſatisfactum conuentioni, neque ſatisfieri ampliùs poſſe quod ſit moriẽte emptore. & conſequenter priuſquàm ſit ille mortuus, eiuſque morte finita obligatio manumittendi. At difficilior ille caſus eſt, quo venditor mutauerit voluntatem defuncto iam emptore, intra tempus tamen quod manumittendo ſeruo fuerat præſtitutum, cùm abſurdum videatur mutandæ voluntatis facultatem quam conuentionis tẽpora largiuntur ei auferri ob id ſolùm quòd emptor deceſſerit. Verùm id fit quia deſinit integra res eſſe morte emptoris, cùm ſi emptor viueret poſſet ille etiam citra vllam conuentionem, multò magis ſuffragante conuentione, ſeruum hunc manumittere & manumittendo liberum facere inuitò etiam venditore: quod ipſum tamen cùm facere ampliùs non poſſit ex quo tempore defunctus eſt, fauor libertatis tanto magis facere debet vt poteſtate conſtitutionis hoc fiat, & vt quemadmodum non poſſet venditor mutare voluntatẽ poſtquam hic ſeruus manumiſſus eſſet, etiamſi tempora cõuentionis nondũ eſſent elapſa *l. quæſitum. 8. D. de ſeruis export.* quia ſcilicet totũ medium tempus emptori liberũ eſt ad manumittendũ niſi expreſſim cõuenerit nẽ ante ſtatutũ tempus manumitti poſſit, ita neque poſſit mutare poſtquàm nec emptor ipſe manumittere ampliùs poteſt. Et ita videtur mihi Paulus in *d. l. 1. D. qui ſine manumiſſ.* conciliandus cum ſeipſo in *d. l. 3. de ſeru. export. iunct. d. l. 1. & vlt. C. ſi manrip. ita fuer. alien.* cuius interpretationes omnes ſicut à noſtra diſcrepant, ita improbabiles eſſe fatebitur quiſquis noſtram probabit. Sicut & in eo grauiter errat † Accurſ. quod ſcribit ad *d. l. 1.* ſeruum hunc qui poſt certũ tẽpus manumitti debuit mortuo ante tẽpus emptore non eſſe liberam niſi tẽpore aduenien-

9

10

te. Cur non enim perinde ſtatim defuncto emptore liber erit atque cùm conuenit vt à viuo emptore manumittatur, vt in *l. 4. eo. tit.* vel perſonaliter vt manumittatur, neque perſona emptoris demonſtrata neque vllo tempore adiecto, vt in *l. vlt. eod.* Nam & id ſatis actum intelligitur vt ab ipſo emptore, nõ vt ab eius herede manumiſſio fiat, ſicut è contrario id actum intelligitur ex parte venditoris, vt ſolus ipſe venditor non etiam ipſius heres voluntatem mutare poſſit *d. l. 3. de ſeru. export.* Et verò cur expectaremus finem temporis præſtituti, cum nemo ſit cuius commodo poſſit cedere ea expectatio emptore mortuo ſine herede? An fortè ob id ſolum vt incommodo afficiatur libertas, & vel omnino impediatur, vel ſaltem differatur in lõgius tempus, quàm tamen certum ſit omnimodo competituram? Nam & ſimiliter dicimus non eſſe expectandam conditionem cuius euentus nihil operaretur. *l. aliquando. 13. §. vlt. D. ad. SC. Velleian. l. ſi quis ita 33. D. de hered. inſtit.* Ex his porrò intelligimus quàm improbabiliter abutatur Angelus, & quotquot † eum ſequũtur reſponſo illo Pauli in *d. l. qui ſine manum. ad libert. peruen.* Volunt. n. ex eo probare donationis reuocationem ab eo factam qui poſtea ſine herede deceſſerit, nullius eſſe momenti. Cùm tamen Paulus ibi loquatur de reuocatione facta rebus non amplius integris, & eo tempore quo iam competebat ſeruo libertas ipſo iure ex poteſtate cõſtitutionis perinde atque ex manumiſſione. Quid autem abſurdius eſſe poteſt quàm argumentari à reuocatione facta inutiliter & re non integra, ad eam quæ ſuo tempore facta ſit & omnibus integris, ab eo denique qui liberam habuerit reuocandæ donationis poteſtatem? Sed ita ſcripſit Angelus ſecutus errorem Accurſij qui legem illam intelligit de venditore mutãte voluntatem ante mortem emptoris & poſtea decedente ſine herede, quam interpretationem neque iuris rationes neque prior pars legis neque aliæ leges ſuprà citatæ patiuntur. Cùm enim venditor integris omnibus mutat volũtatem, proculdubio impeditur libertas ſerui non quæ ex emptoris facto competitura ſit ſi emptor eum manumittere velit inuito venditore, ſed quæ ex conſtitutionis poteſtate citra voluntatem quoque emptoris alioqui competitura eſſet non mutata vẽditoris voluntate *d. l. 3. de ſeru. expor. & d. l. 1. & vlt. C. ſi mancipata fuer. alien. vt manumitt.*

11

ERROR VI.

De donationibus cauſa infirmandis reſciſſo per inofficioſi querelam teſtamento.

SVMMARIA.

1 *Placere interpretibus vt donationes cauſa mortis valeant, etiamſi nullus ſit heres donatoris, eo quòd repudiauerit hereditatem aut reſciſſum ſit per querelam teſtamentum.*

2 *Contra reſciſſo donatoris per querelam inofficioſi teſtamento, donationes cauſa mortis factas irritas eſſe.*

3 *Donator qui voluit donatarium præferri teſtamentario heredi, multò magis voluit eum præferri legitimo, conſequentia eſt inualida.*

4 *Qua donatio cauſa mortis ſit delibatio hereditatis,*

5 *De qua donatione intelligenda ſit concluſ. numer. 2. propoſita.*

6 *Probatio d. concluſionis.*

7 *Sententia l. ſed ſub conditione, 18. §. 1. D. de bon. poſſ. contr. tab.*

8 *Donatio qualibet causa mortis indistinctè imputanda est in legitimam portionem.*

9 *Qua distinctio adhibenda sit in quæstione, An rescisso per querelam testamento infirmanda donatio causa mortis.*

QVOD interpretibus nostris placere suprà diximus vt valeant donationes causa mortis etiam defuncto donatore sine herede, facit sanè vt minùs mirum videri debeat quod iidem volunt,
1 etiam valere † eo casu quo donator qui testamentum fecerat post ea decesserit absque herede testamentario, non solùm si delatam sibi hereditatem testamentariam heres institutus repudiauerit, quam adire potuerat si voluisset, sed etiam quod magis est si nec volens possit heres esse ex testamento putà quod rescissum sit per querelam inofficiosi. Sic enim illi vulgo post Bartolum ad *l. etiam* 11. *D. de inoffic. testam.* Eadem nimirum ratione ad omnes istos casus accommodata, & quam Bartolus tradit, quod mortis causa donationes non pendeant à testamento, siue quod fiant extra testamentum, siue quod nihil vetet eas fieri etiam ab intestato, adeóque ab eo qui neque testatus neque intestatus hereditatem vllam habere possit. *l. tam is* 25 *in princip. & §. 1. D. de mort. caus. donat.* Sed quemadmodum iam ostendimus non posse valere donationes causa mortis, collatas scilicet post mortem donatoris si donator sine herede decesserit. Ita & nunc probabimus facto per donatorem te-
2 stamento † quod per querelam inofficiosi rescissum sit, irritas quoque fieri mortis causa donationes quantumuis extra testamentum factas, licet hereditas ex testamento adeatur. Etsi enim verum est donationes causa mortis non vsque adeò pendere à testamento, vt non possint fieri ab intestato, vsque adeò vt nec in testamento fieri possint; secundùm ea quæ suo loco in hanc rem disputauimus. Attamen cùm is qui mortis causa donauerat fecit testamentum, donatio causa mortis sequitur omnino ius testamenti, vt si qua ratione testamentum infirmetur, ipsam quoque donationem infirmari necesse sit. Non aliter quàm de codicillis solemus dicere, posse quidem fieri eos ab intestato, ita vt eo casu non rumpantur ne quidem agnatione præteriti posthumi, sed tamen si testamentum factum sit sequi ius testamenti vt rupto testamento etiam codicilli euanescant *l. ab intestato* 16. *D. de iur. codic.* Nam cùm donatio causa mortis ex eo potissimùm æstimetur, quòd donator maluit se habere quàm donatarium, donatarium verò quàm heredem suum: vtique is qui & testatur & donat causa mortis, non de alio herede sensisse videri potest cui prælatum voluerit donatarium, quàm de testamentario, & consequenter non habet donatarius voluntatẽ donatoris, vt præferatur heredi legitimo, de quo
3 donator non cogitauit. Nec dici potest donatorem † qui voluit donatarium præferri testamentario heredi, multò magis prælatum eum voluisse legitimo, quem minùs dilexit. Alioqui eadem ratiocinatione probates legata & fideicommissa relicta ab herede testamentario, à legitimo quoque præstanda esse, quamuis ab eo non fuerint repetita, quod tamen falsum est, nec minùs in fideicommissis quàm in legatis, quamuis fideicommissa ab intestato quoque relinqui possint, non etiam legata. *l. Titia.* 13. *D. de inoff. testam. l. pen. §. vlt. de leg. 2. l. generaliter.* 24. *§. ex testamento. D. de fideicommiss. libert. l. 1. C. eod.* Cumque donationes causa mortis passim dicantur capi ad instar legatorum. *l. Marcellus* 15. *l. etsi debitor.* 17. *l. illud.* 37. *D. de mort. caus. donat. l. vlt. C. eod.* tanto apertiùs fit vt infirmato testamento infirmari etiam debeant mortis causa donationes, quoniam & legata infirmarentur, adeò vt nec ab intestato repeti possent. Quamquam non ego minùs rectam esse hac parte legatorum & donationum causa mortis æquiparationem si quis ea in vniuersum abuti velit, quandoquidem ab intestato, relinqui legata non possent neque ab intestato repeti: quod vtrumque tamen in mortis causa donationibus non similiter diceretur, quæ sicut, ab intestato fieri possunt, ita & quæ à testatore factæ sunt ab intestato quoque repeti, non quidem ita vt legitimi heredes rogentur eas præstare (esset enim hæc non tam repetitio donationum quàm earum conuersio in fideicommissum) sed ita vt dicat donator se malle vt donatarius rem habeat, quàm vt heres quisquis ille erit siue testamentarius, siue legitimus. Quod si dictum non sit, eadem certè ratio quæ facit vt fideicommissa quę à testamentariis heredibus relicta sunt à legitimis non debeantur, quamuis ab his æquè ac ab illis relinqui potuerint, facere etiam debet vt donationes causa mortis quæ ab intestato relinqui potuerant, infirmato tamen testamento ipsæ etiam infirmentur, quòd testator de legitimis heredibus siue onerandis siue lædendis cogitasse dici non possit, quamuis eos minùs dilexerit quàm testamentarios, quos tamen aut læsos voluit, aut oneratos. Nam sicuti legatum, itemque fideicommissum delibatio hereditatis est qua testator ex eo quod vniuersum testamentarij heredis foret alicui quid collatum velit. *l. legatum* 116. *de legat.* 1. ita & mortis causa donatio, † quæ ita fit vt post mortem donatoris de
4 bonis ipsius auferatur id quod si donatum non esset heredi acquireretur cum reliqua vniuersitate bonorum *l. Seia* 42. *§. vlt. D. de mort. caus. donat.* De hac enim mortis causa donatione † sententiam nostram
5 intelligi volumus, non de illa, quæ sic fiat vt dominium reuocabiliter quidem, sed tamen statim transferatur. Si quidem quæ hoc modo posteriore fit adeò perficitur & fit irreuocabilis viuo adhuc donatore, vt post ipsius mortem nihil agendum superstit, propter quod quæri oporteat vtrum decesserit ille sine herede an cum herede, nec rursum, quod consequens est, an heredem testamentarium reliquerit an legitimum: quia vt præcedenti capite dicebamus quod vnum deerat huic donationi ne ab initio per facta omnino dici posset non secus ac si inter viuos facta fuisset, nempe vt reuocari nunquam posset, hoc ei accidit viuo adhuc donatore, hoc est eo instanti quo ipse moritur, non quo iam mortuus sit. Et hanc vtramque nostræ distinctionis partem mitificè probat † quod Modestinus scribit in *d. l. etiam* 11. *De*
6 *inoff. testam.* etiamsi querela inofficiosi testamenti obtinuerit, non ideo tamen infirmationes quas viuus testator victori perfecisse proponitur, neque in dotem datorum partem posse vindicari. Non enim apertiùs potuit Modestinus significare, cæteras igitur donationes infirmari quas viuus testator fecerit quidẽ, at ita vt non perfecerit. Quænam verò donationes illæ esse possunt quas viuus donator non perfecerit, nisi cæ demum quæ mortis causa, non inter viuos factæ sint, & quæ tamen ita mortis causa, vt post donatoris mortem supersit aliquid faciendum, propter quod non possit testator dici eas viuus perfecisse? Hæ igitur infirmato per querelam inofficiosi testamento infirmantur. Non quasi in testamento factæ videantur, quæ nec fieri possent etiamsi testator voluisset (alioqui eadem ratio fuisset constituenda in dotem datorum, & donationum inter viuos quę donationum causa mortis, quam tamen apertissimè diuersam facit Modestinus) sed quia eæ donationes quæ sic factæ sunt à testatore, vt non fuerint eo viuo ommino perfectæ, non possunt perfici post ipsius mortem quin

lædatur

ledatu. **us hæredis si** ie in totum si solus heres sit, sine pro q... pa... heres est si habeat coheredem. Lædi porrò ius heredis legitimi non potest cùm testator de solo testamentario herede lædendo cogitauerit, qui testamentum ruperit per querelam quia nec fideicommissa quæ omnium fauorabilissima & nuda voluntate contenta sunt, ab intestato repetere potest is cuius tanquam dementis & insani iudicia rescinduntur. *d.l. Titia 13. in fin. D. de inoffic. test. l. cùm mater 18. eod.* Mirum igitur non est infirmato per querelam testamento donationes quoque causa mortis infirmari si modo perfectæ non fuerint viuo donatore. Infirmari verò non posse cæteras quas testator viuus perfeciſſe proponatur id est inter viuos & antè mortem insecutam. Sic enim dictionem illam *viuus* interpretor, vt restringam Modestini sententiam ad donationes inter viuos, sed vt ad eas, quæ licet mortis causa factæ, inter viuos tamen perficiuntur, id est viuo adhuc vtroque tam donatario, quàm donatore, ad excludendas cæteras quæ si post mortem collatæ sint perficiuntur inter donatarium viuum & donatorem defunctum interponente se legis potestate, vt & in legatis. Nam hæ mortis causa donationes solæ sunt quas toties supra diximus capi ad instar & exemplum legatorum: non etiam illæ quæ viuo donatore in plenum perficiuntur, id est ex quibus dominium statim transfertur non expectata donatoris morte, & quæ per mortem donatoris fiunt irreuocabiles. Cum hac verò Modestini sententia
7 valde conuenit quod Hermogenianus † scribit in *l. sed sub conditione 18. §. 1. D. de bonor poss. contr. tabul.* ei qui contra tabulas bonorum possessionem accepit non solùm legati & fideicommissi exactionem, sed etiam mortis causa donationis retentionem denegari. Eius scilicet donationis quæ viuo donatore in plenum perfecta non fuerit, sed quæ per traditionem quidem facta sit, verùm ita vt dominij translatio collata fuerit post mortem. Sicut enim ex eo quod lex illa loquitur de retentione non de actione deneganda, intelligimus ponendum esse factam traditionem, alioqui actione indigeret donatarius non retentione. Ita ex comparatione quæ ibidem fit huius donationis cùm legato & fideicommisso colligere licet non ad alias donationes eam sententiam pertinere quàm ad eas quæ ad instar legatorum capiantur, id est ex quibus dominium non nisi post donatoris mortem transferatur licet traditio facta sit à viuo donatore. De quibus etiam intelligi debent cæteri omnes iuris loci qui de legatis & fideicommissis & mortis causa donationibus promiscuè loquuntur vt *l. si verò 8 §. sed etsi mortis. De bon. lib.* vbi Vlpianus cùm in §. præcedente scripsisset remoueri patronum à bonorum possessione contra tabulas si quid sibi suisve relictum agnouerit, subiungit, sed etsi mortis causa donationem agnouerit dicendum esse repelli eum à contra tabulas bonorum possessione, sic tamen, inquit, si post mortem liberti agnouerit non viuo liberto: quod facilè potest euenire in donatione causa mortis, quam libertus contulerit in filium patroni, fortasse ignorantis. Cæterùm, inquit Vlpianus, si patrono ipsi libertus viuus donauit & ille accepit, non erit repulsus à contra tabulas bonorum possessione, quia potest dicere speraſſe se quod in testamento quoque gratus circa eum foret permittique ei debet vel ab iis discedere, vel ea compensare in portionem pro rata. Quanquam in ea specie potest defendi non esse distinguendum qualis fuerit mortis causa donatio, an talis quæ in plenum perfecta sit viuo donatore an cuius effectus collatus sit post mortem donatoris, siquidem tum quoque cùm data sit vt dominium statim ex ea transferatur quia tamen non sit irreuocabilis nisi moriente demum donatore, quo tempore inspecto ineunda est ratio bonorum, quoties de legitimæ portionis quantitate disputatur *l. cum quæritur 6. C. de inoffic. testam.* videtur facta contemplatione debitæ portionis, quod sufficit vt vel quasi mortis causa donatio imputetur in portionem debitam, vel quasi agnita repellat patronum à contra tabulas bonorum possessione vt idem Vlp. ait in *l. 1. §. sed etsi non mortis eod. tit. De bon. lib.* Qua etiam ratione fatemur non illibenter donationem quamlibet causa mortis † indistinctè imputandam esse in legitimam portionem, tametsi proponatur perfecta viuo donatore propter translatum per eam dominium ex die traditionis, quia hoc ipso quod mortis causa donatio est, computari debet in bonis quæ moriens testator habuit, cùm eo solo instanti mortis cœperit facta esse irreuocabilis, aut si subtiliùs contendere voles, iam tum fuisse donationem extra bona defuncti quod summo iure fatendum est, arg. *l. sequens quæst. 67. de leg. 2.* illud saltem concedere te oportebit, videri factam donationem contemplatione legitimæ portionis ob adiectam mentionem quod diuersum esset in donatione facta inter viuos si nihil præterea de legitima portione dictum esset *l. si non mortis 21. de inoffic. testam.* Sed alia quæstio est de qua nunc tractamus An rescisso per inofficiosi querelam testamento infirmanda sit necne donatio causa mortis: inqua † quæstione distinctio illa necessariò adhibenda est, an plenissimum effectum habuerit viuo donatore, an non habuerit, quia difficilius est vt dominium pleno iure quæsitum donatario in vita donatoris ei auferatur ex causa quæ inopinata emerserit post mortem donatoris, quàm vt quod ei sic donatum est summoueat eum à querela vel à bonorum possessione contra tabulas, vel in portionem ei debitam computetur.

ERROR VII.

De Bartoli distinctionibus circa donationes causa mortis in quæstione l. etiã 11. D. de inoffic. testam. & l. 5. §. qui mortis D. de his quæ vi indign.

SVMMARIA.

1 *Distinctio Bartoli improbabilis inter querelam inofficiosi testamenti & bonorum possessionem contra tabulas.*
2 *Qui egit de inofficioso nec obtinuit ea tantùm perdere debet quæ pendent ex testamento: Is verò qui petit contra tabulas illa etiam omnia quæ aliunde quam ex testamento, ex Bartoli sententia.*
3 *Falsam esse postremã partẽ superioris enuntiati & n. 7.*
4 *Quomodo accipiendum illud: in querela inofficiosi quæris de iure testamenti, non de iure alterius.*
5 *Bonorum possessio contra tabulas datur fauore personæ cui datur, sit talis sit quæ eo beneficio vti debeat querela verò inofficiosi odio testamenti.*
6 *Baronis Lapsus.*
8 *Bonorum possessio contra tabulas datur in ipsas tabulas & contra lignum: querela verò inofficiosi in personam heredis.*
9 *Infirmato testamento, ipsa quoque donatio causa mortis infirmatur, eo casu quæ testamentaria voluntas vltima est.*
10 *Error Bartoli & Accursij putantium donationem causa mortis non pendere ex testamento.*
11 *Alius eorumdem error.*

11 *Accursij distinctio explosa.*
12 *Quaque vltima voluntas exigit perseuerantiam.*
13 *Interpretatio Accursiana L. sed sub conditione 18. §. 1. D. de bono. posse. contra tabulas tanquam commentitia reiicitur.*
14 *Distinctio Bartoli spuria.*
15 *Emendatio l. etiam 11. D. de inoffic. test.*
16 *Vbi donatarius qui egit, querela inofficiosi obtinuit rescisso testamento infirmantur omnes mortis causa donationes quæ viuo donatore perfecta non sunt. & num. 26.*
17 *At cum succubuit testamentum ratum manet, & quæ ex eo pendent donationes.*
18 *Verum donatarius qui testamentum inofficiosum dixit donationem causa mortis, quam à testatore accepit amittere debeat.*
19 *Ratio dubitandi.*
20 *Ratio decidendi.*
21 *Discrimen inter legata & mortis causa donationes.*
22 *Error Hugolini.*
23 *Submouetur obiectio petita ex l. cum tabulis 16. in pr. D. de his quæ vt indig. cuius vera affertur sententia.*
24 *Error interpretum in aquiparatione donationum inter viuos & mortis causa.*
25 *Cuius iuris sit illud pronuntiatum, rescisso per querelam testamento infirmantur quoq; donationes causa mortis, nisi quæ viuo donatore perfectæ fuerint.*

PLANE quam distinctionem adfert Bartolus ad *l. 5. §. qui mortis D. de his quæ vt indign.* inter querelam † inofficiosi testamenti & bonorum possessionem contra tabulas, ego probabilem non puto. Ait enim in querela inofficiosi testamenti itemque in accusatione falsi quæri de iure testamenti, non de iure patris aut filij, patroni vel liberti, At in bonorum possessione contra tabulas de iure patris vel filij, patroni vel liberti, non de iure testamenti, ex *l. fil. 16 §. 1. D. de inoff. test.* Indéque infert eum † qui egit de inofficioso, nec obtinuit, ea tantùm perdere debere, quæ pendent ex testamento: Eum verò qui petit contra tabulas, illa etiam omnia quæ alitnde quam ex testamento. Eadem enim ratione posset Bartolus inferre, † eum qui bonorum possessionem contra tabulas petiisset, amittere etiam debere donationes inter viuos, aut quas viuus testator ei perfeciſſe proponeretur, quod tamen non solum nullo iuris loco scriptum reperias, sed pugnat etiam disertè cum *d. leg. sed sub conditione. 18. §. 1. de bon. poss. contr. tabul.* vbi non erat cur de donationibus causa mortis Hermogenianus loqueretur, si in donationibus inter viuos idem quoque respondendum existimásset. Et quod scriptum est in *d. l. filio. §. 1.* in querela † inofficiosi quæri de iure testamenti, non de iure actoris, non eò pertinet quasi per bonorum possessionem contra tabulas magis minúsvè rumpatur testamentum quàm per querelam inofficiosi, nec tursus vt deterior esse debeat condicio eius qui petiit contra tabulas, quàm eius qui conquestus est de inofficioso. Sed vt sententia quæ fertur in querela inofficiosi testamentum ipsum afficiat, & illud inofficiosum vel esse vel non esse pronuntiet, Ea verò quæ ferenda est petita bonorum possessione contra tabulas in personam concipienda sit, id est de iure petentis, an nimirum sit ex eorum numero, quibus illa bonorum possessio competit, non de iure testamenti: vnde fit vt sententia de patre præterito inter ipsum & scriptum heredem: sententia verò contra testamentum inofficiosum inter omnes ius faciat, quemadmodum ad eum locum Baro interpretatur, quia bonorum † possessio contra tabulas datur fauore personæ, cui datur si talis sit quæ ad illud beneficium admitti debeat: querela verò inofficiosi odio testamenti, etiamsi nullum ius succedendi habeat is, qui querelam proponit *l. 1. l. posthumus. 6. §. si quis ex his. D. eo.* Cæterùm bonorum possessio contra tabulas datur in ipsas tabulas & contra lignum non adita quoque hereditate. *l. quod vulgo 19. D. de contr. tab.* In eóque errat Baro † qui tractans de bonorum possessione contra tabulas loquitur de sententia reddita inter patrem præteritum & scriptum heredem, quasi detur ea bonorum possessio à prætore per sententiam & contra heredem, quod vtrumque falsum est. Datur enim de plano contra lignum & sine causæ cognitione. Ideoq; facilè fit vt reperiatur sine re, vt in *d. l. filio. §. 1.* Querela † verò inofficiosi in personam heredis datur, à quo aditam esse oportet hereditatem, priusquam querelæ locus sit, aut esse possit. *l. Papinianus. 8. §. si conditioni. D. de inoff. testa. l. si quis filiũ 34. in fin. C. eo.* requirit que plenissimam causę cognitionem in iudicio centumuirali, & sententiam quæ testamentum infirmet. *l si pars 10. D. eo.* Vt proinde nulla ratio sit cur † plura debeat amittere, qui bonorum possessionem contra tabulas petiit, quàm qui de inofficioso testamento conquestus est, cùm è contrario sit longè odiosior is qui agit de inofficioso, tanquam qui grauiorem iniuriam faciat defuncto cuius rescindit iudicia tanquam dementis & insani. *l. 2. & 3. d. l. Titia. 13. in fi. D. eo.* & consequenter tanto dignior cui auferatur quicquid habet voluntate defuncti. Denique non alia ratione credendum est, ei qui bonorum possessionem contra tabulas petiit denegandam retentionem donationis causa mortis, quàm quia pendet ex tabul. vt alia quælibet species vltimæ voluntatis: siquidem facto testam. fieri nequit vt moriatur testator cum vltima voluntate ab intestato: ne alioqui inducamus vt idem pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse intelligitur. Et ideo rescisso testamento, necesse est rescindi & infirmari quamlibet eiusdem testatoris vltimam voluntatem, quasi testamentariam, ac proinde mortis quoque causa donationes, non minùs, quàm legata vel fideicommissa, quorum illa quidem non nisi in testamento relinqui possunt, hæc verò etiam extra testamentum. Nisi fortè quis eò absurdi se deduci patiatur vt eandem mortis causa donationem, quæ nullo facto testamento censenda esset iure vltimæ voluntatis, facto testamento velit eò minùs censeri eam iure vltimæ voluntatis, habendámque pro contractu inter viuos. Quod sanè ridiculum esset, quia non potest donatio causa mortis aliam & aliam habere naturam in casum testati & in casum intestati, nisi, quòd facto testamento vltima est voluntas testamentaria, nullo etiam facto est vltima voluntas ab intestato. Porrò quo casu testamentaria † voluntas vltima est, hoc ipso quòd testamentum infirmatur, ipsam quoque donationem causa mortis infirmari consequens est, quæ vtique non infirmarétur si esset donatio inter viuos. Qua ratione videntur moti prudentes iam olim vt in legis Papiæ interpretatione dicerent legati appellatione etiam mortis causa donationem, sicut & fideicommissum contineri, *l. & fideicommissum 87. de leg. 3.* vt nimirum moriente donatario causa mortis ante apertas tabulas perinde donatio causa mortis fieret caduca, & fisco acquireretur, atq; legatum, quãuis non esset in tabulis relicta. Sic enim fuisse ius vetus apparet ex eo quod ipse Iustinianus cùm hanc legem Papiam de caducis sustulit donationum quoque mortis causa factarum meminit, non minùs quàm legatorum & fideicommissorum. *l. vnic. §. sin autem aliquid in fin. & §. hæc autem omnia. C. de caduc. tol.* Quoniã verò colore donationes causa mortis factæ extra testamentum poterant fieri caducæ ob mortuum donatarium ante apertas tabulas, si non penderent

ex

1 2 3 4 5 6 7 8 9

ex teſtamento? In eoque miror ſanè tam improbabiliter hallucinatum eſſe Bartolú† poſt Accurſium, & poſt Bartolum cæteros vt putauerint eandem hac in re rationem eſſe donationis cauſa mortis & inter viuos, quaſi illa non magis quàm hæc pendeat ex teſtamento. Viderunt nimirum vtramque fieri extra teſtamentum, licèt in eo quoque errent † quòd putant vtramque fieri poſſe in teſtamento, & non cogitarunt differentiam illam quam tamen nec ipſi ignorarunt, quòd donatio inter viuos nunquam eſt vltima voluntas. Donatio autem cauſa mortis non ſolùm vltimæ voluntatis ſpecies eſt, ſed etiam, quod in quæſtione noſtra præcipui momenti eſt, ſpecies vltimæ voluntatis teſtamentariæ quoties factum eſt teſtamentum, ab inteſtato verò quoties donator nullum teſtamentum fecit. Quòd ſi bene vidiſſet Accurſ. non diſtinxiſſet † quomodo diſtinguit in *d. l. etiã* vtrum donatio cauſa mortis confirmata ſit in teſtamento necne, vt cùm confirmata eſt reſcindatur reſciſſo teſtamento, ſi verò confirmata non ſit, non idcirco reſcindatur. Quaſi verò donatio cauſa mortis quæ confirmata eſt in teſtamento magis ſit vltima voluntas teſtamentaria, quàm ſi confirmata non eſſet, aut etiam quaſi donatio cauſa mortis facta extra teſtamentum, poſtea tamen teſtamento confirmata perinde habenda ſit acſi in teſtamento facta eſſet, quæ tamen, vt in præcedentibus probauimus, nec ſi teſtator voluiſſet in teſtamento fieri potuiſſet. Atqui, inquit Bartolus, poterat in teſtamento reuocari ſi ea fuiſſet voluntas donatoris eiuſdemque teſtatoris. Fateor, quoniam & extra teſtamentum ac per ſolam pœnitentiam reuocari potuiſſet, ſed quid tum? An ideirco habenda eſt pro facta in teſtamento vbi nec fieri potuit? An non facilius eſt vt in teſtamento reuocetur quàm vt fiat? Nam & legata quæ extra teſtamentum relinqui non poſſunt, niſi forte in codicillis teſtamento confirmatis, quo caſu habentur pro relictis in teſtmento, adimi tamen poſſunt extra teſtamentum quocunque indicio voluntatis etiam taciturnæ, putà ob inimicitias ſuperuenientes. *l. 3. §. vlt. cum duab. ſeqq & paſſ. D. de adim. legat.* Nempe quia proprium illud eſt cuiuſque vltimæ † voluntatis vt exigat perſeuerantiam *d. l. 4. eodem l. cum hic ſtatus. 32. §. pœnitentiam. D. de donat. int. vir. & vxor.* Quid ergo prodeſſe poteſt, vt donatio cauſa mortis confirmata ſit in teſtamento, niſi ad hoc vt tãto apertius ſit non fuiſſe reuocatam. Et ſi ne quidem hoc neceſſarium erat vt confirmata eſſet ne reuocata videretur, cum ſufficiebat vt neque in teſtamento, neque extra teſtamentum reuocata eſſet, quod factum fuiſſet hoc ipſo quod teſtator idemque donator nihil feciſſet. Deinde quid ſi donatio cauſa mortis facta eſſet poſt teſtamentum? Nam cùm in teſtamento fieri non poſſit, apparet nihil intereſſe ad eius validitatem, an poſt teſtamentum facta ſit, an verò ante teſtamentum. Et tamen quæ poſt teſtamentum facta eſſet, non poſſet teſtamento confirmari, nec poſſet ea confirmatio facere vt non eſſet reuocata donatio quæ facta nondum fuiſſet. Ergo interpretatio † illa Accurſij exiſtimantis Hermogenianum qui infirmato per bonorum poſſeſſionem contra tabulas teſtamẽto, donationes quoque mortis cauſa factas infirmari vult, de iis donationibus intelligi debere, quæ teſtamento confirmatæ ſint, non ſolùm commentitia eſt & diuinatoria, cùm de tali confirmatione nullum ſit in tota lege verbum aut argumentum, ſed etiam nimis reſtrictiua & improbabilis, cùm faciat vt aliud dicendum ſit de donationibus cauſa mortis poſt teſtamentum factis, itemque de cæteris factis ante teſtamentum ſi non fuerint confirmatæ. Et quod Bartolus hanc Accurſij interpretationem probat vetamque eſſe ait, non tam me mouet vt eam probare debeam (quum video neque verbis Hermogeniani neque iuris rationi conuenire) quam vt ex eo inferam, neque placuiſſe ſibi Bartolum in ea differentiæ ratione quam cõmentus fuerat inter querelam inofficioſi teſtamenti & bonorum poſſeſſionẽ contra tabulas, neque aliud quicquam melius quod diceret habuiſſe. Vt proinde non niſi valde alienum videri poſſit quod ille tractat de poteſtate confirmationis, quid ſcilicet operetur, quando confirmatum per ſe ſubſiſtit. Sed & diſtinctio † quam ille adhibet An actus confirmati annullatio penderet ex volũtate cõfirmantis necne vt priore caſu actus valeat ex diſpoſitione confirmante, non ex confirmata, non videtur mihi vera. Quoties. n. actus confirmatus per ſe ſubſiſtit, quamuis eius annullatio pendeat ex nutu & voluntate confirmantis, nihil tamen aliud poteſt facere confirmatio, niſi vt pro negatione ſit, id eſt, pro non reuocatione, non etiam vt ei actui qui iam per ſe valet nouam vim nouamque formam tribuat. Idque meo iudicio probatur optimè ex eo ipſo reſponſo Africani quo Bartolus abutitur in *l. ſi quando* 109. *De leg.* 1. vbi ſcriptum eſt ſi quando quis vxori ſuæ viuus donauerat vulgari modo leget, non de aliis donationibus videri eum ſentire, quàm de iis quæ iure non ſint valituræ, alioquin inutile fore legatum. Nec enim aliæ donationes inter virum & vxorem iure valere poſſunt quàm quæ factæ ſunt mortis cauſa, cùm cæteræ inter viuos factæ regulariter ſint improbatæ. *l. ſi eum.* 9. *§. vlt. cum duab. ſeqq. D. de don. int. vir. & vx* neque tamen eo minus reuocari poſſunt quomodo & cæteræ mortis cauſa donationes ſi donator velit, quinimo tanto magis quod non poſſunt illæ ita fieri vt dominium ex iis transferatur ſtatim & viuo adhuc donatore. *l. ſed interim.* 11. *eo.* Non igitur confirmatio teſtamento facta poteſt pertinere ad mortis cauſa donationes vtiles quæ ab initio valuerunt, licet potuerint reuocari. Et ſanè inauditum eſt apud prudentes noſtros valere factam teſtamento confirmationem earum donationum quæ nulla egeant confirmatione, licet fuerint reuocabiles. Niſi poneres confirmatione aliquid additum, quod antea non fuiſſet, puta ſi factæ eſſent irreuocabiles, quod tamen non fit per confirmationem poſitam in teſtamento, quæ ipſa ſicut & alia quælibet vltima voluntas proculdubio reuocabilis eſt. *l. cum pater. 77. §. pater filiæ de legat. 2. iunct. l. ex verbis. 12. C. de donat. int. vir. & vxor.* Ergo quantumuis poneres mortis cauſa donationes confirmatas fuiſſe in iis tabul. contra quas poſtmodum petita ſit bonorum poſſeſſio, non eo magis tamen infirmatis tabulis infirmati quoque donationes dicendum eſſe., ſi verè diceretur non fuiſſe infirmandas ſi confirmatæ non fuiſſent. Quid enim abſurdius, quàm facilius infirmari donationem tanquam infirmiorem factam ob id ſolùm quod fuerit confirmata? Confirmatio ſiquidem quæ ipſo iure non valeret ac nulla eſſet præter id quod effectum nullum habere deberet, ſi verum eſt vt eſt vulgare illud noſtrorũ brocardicũ, id quod nullum eſt nullum debere effectum habere, etiamſi effectum aliquẽ haberet non eum tamen habere deberet vt infirmiorem faceret donationẽ vel odioſiorem, ſed vt tanto firmiorem & fauorabiliorem. *l. legata inutiliter. 14. de adim. legat.* Porro ſi donationes cauſa mortis ſiue teſtamento confirmatæ ſint ſiue non ſint, infirmantur petita bonorum poſſeſſione cõtra tabulas, quia & teſtamentum ipſum reſcinditur, cur non idem admittemus reſciſſo quoq. teſtamẽto per querelam? Neque verò puto de hoc dubitaturos fuiſſe Accurſium, Bartolú & alios quotquot in eadem opinione ſunt interpretes, nedum in

errorem hunc quem nos refutauimus prolapsuros nisi eos corrupta lectio Modestini in dicta *l. etiam* fefellisset. Sic enim legerunt † quomodo etiamnum habet vulgaris lectio *Etiam si in querela inofficiosi testamenti non obtinuit filia*, quasi eadem sit sententia Modestini eo loco quæ Pauli in dicta *l.5.§. qui mortis. D. de his quæ vt indign.* cùm tamen ex Pandect. Florent. didicerimus legendum esse *etiamsi querela inofficiosi testamenti obtinuit*, & ponendum vicissè illum qui egit querela inofficiosi, qui idem donationes acceperat à testatore: quemadmodum & in specie dictæ *l. sed sub condicione.* 18.§. 1. *de bonorum possess. contra tabul.* qui erat donatarius idem acceperat contra tabulas bonorum possessionem. Multum vero interest an donatarius qui agit querela inofficiosi obtinuerit an succubuerit. Nam cùm obtinuit † ea locum habent quæ modò diximus, & rescisso per querelam testamento infirmantur omnes mortis causa donationes, nisi si tales sint quæ viuo donatore perfectæ proponantur, id est, vt explicauimus, ex quibus dominium statim translatum fuerit, & quæ irreuocabiles factæ fuerint moriente donatore. Cùm vero succubuit † testamentum ratum manet ac proinde causa nulla est cur donationes causa mortis, quantumlibet ex testamento dependentes ratæ manere non debeant. Sed illa tantum quæstio potest incidere vtrum † donatarius qui testamentum inofficiosum dixit donationem causa mortis, quam à testatore accepit, amittere debeat. Dubitandi † autem ratio ex eo est, quod si hic legatum petere vellet summouendus esset tanquam indignus, sicut & ille qui testamentum ex quo legatum nunc peteret falsum dixisset *l. si testamentum 6. D. de heredit. petit. l.4. l.5. §.1. D. de his quæ vt indign.* Absurdius enim est vt idem testamentum & inofficiosum dicatur, & prosit ad petitionem legati quàm si falsum diceretur, vt ex eo apparet quod legatum acceptum licet arguere falsum testamentum perinde atque non iure factum contendere, inofficiosum autem dicere non permittitur *d. l.5. in princip.* nimirum quoniam qui falsum testamentum dici disputat de facto, qui verò non iure factum, disputat de iure, qui autem agit de inofficioso iudicium impugnat testatoris *d. l.5. §.1. l. si testamentum 24. eod. tit.* Atqui eadem solet esse ratio legatorum, & donationum causa mortis vt toties inculcauimus. Cur non ergo donationes causa mortis auferentur tanquam indigno ei qui egit de inofficioso quamuis non obtinuerit, Nam si obtinuisset, non indignitas auferret ei emolumentum donationum, sed ratio iuris quæ non pateretur valere donationes pendentes ex eo testamento quod infirmatum esset. Verùm respondet † Paulus in dict. *l.5. §. qui mortis.* Eum qui mortis causa donationem accepit à testatore non esse in hac causa similem legatario. Non quòd hæc donatio non capiatur ad exemplum & instar legatorum, si sic facta sit vt dominij translatio collata fuerit post mortem donatoris, sed quia cùm donatio causa mortis neque fieri possit in testamento neque sit pars testamenti, in quo differt à codicillis etiam testamentariis *l. penultim. D. testam. quemadm. aper.* quamuis pendeat ex testamento, hactenus vt si rescissum esset testamentum ipsa quoque donatio rescissa censeretur, non potest videri iudicium testatoris in donando impugnasse donatarius qui testamentum per inofficiosi querelam impugnauit. Non enim omnem vltimam voluntatem ille impugnat, qui agit de inofficioso, sed eam tantùm quæ testamento continetur, cùm non alio colore detur, quàm quasi demens & insanus fuerit testator, non semper, sed tum cùm suprema testamenti ordinabat. *l.2. & 3. dict. l. Titia. 15. D. de inoff. testam.* Illa igitur hac parte diuersitatis ratio est inter legata & mortis causa donationes, quòd legata † non nisi in testamento relinqui possunt, donationes verò siue inter viuos, siue causa mortis non nisi extra testamentum. Proinde qui impugnat iudicium defuncti circa testamentum, impugnat etiã circa legata, at non similiter circa donationes causa mortis, non magis quàm circa donationes inter viuos. Quis ergo miretur dignum eum esse qui à legato tanquam indignus summoueatur, non etiam à donatione siue inter viuos, siue causa mortis? Nulla si quidem hac in re differentia est inter donationes, siue inter viuos, siue mortis causa factæ fuerint, & siue ex mortis causa donatione dominium translatum fuerit siue collata dominij translatio post mortem donatoris. In quo errauit † Hugolinus vetus interpres qui sententiam Pauli in *dict. §. qui mortis.* voluit coarctare ad eas mortis causa donationes quæ sic fiũt vt nullo casu reuocentur de quibus in *l. si alienam. 13. §.1. l. Senatus 35. §. mortis causa, de mortis caus. donat.* Quanquam fateor in his minorem esse dubitandi causam, non illa ratione, qua mouetur Bartol. quòd huiusmodi donationes sint inter vinos non mortis causa ex *l. vbi ita donatur. 17. eod.* (esset enim adhibenda ea distinctio de qua scripsimus Err.1. & seq.) sed quia propriùs accedunt quàm cæteræ ad donationes inter viuos illo etiam casu quo necessitas dominij post mortem transferendi cogit nos fateri eas manere donationes causa mortis. Fortior vrgebit obiectio † contra donatarium, si quis dicat auferendam ei donationem quam non haberet si sententia secundum eum dicta fuisset, quæ Papiniani ratiocinatio est, licèt ad aliam speciem pertinens in *l. cùm tabulis. 16. in princip. eod. tit. de his quæ vt indign.* secundùm eam loci illius interpretationem & emendationem quam nos attulimus *lib.6. coniect. cap.19.* Iam enim diximus, si donator hic in querela inofficiosi testamenti obtinuisset, futurum vt mortis quoque causa donationes quamuis extra testamentum relictæ non minùs quàm legata eo testamento data infirmarentur, si modò viuo donatore in plenum perfectæ non fuissent. At respondendum est rationem illam Papiniani quæ iis verbis concepta est, *quia ex testamento sententia secundum se dicta non haberent*, non ad alia vt apparet pertinere, quàm quæ eodem testamento fuerint relicta non ad ea quæ extra testamentum. Talis enim est substitutio pupillaris de qua ibi agitur, quippe quæ paterni testamenti pars est dict. *l. penult. testa. quemad. aper.* non item donatio causa mortis, quamuis huius quoque validitas à viribus testamenti dependeat. Error † itaque nostrorum in eo est, quod donationes causa mortis, æquiparant donationibus inter viuos, non eo tantùm casu, quo is qui proposuit querelam inofficiosi testamenti succubuerit, quo casu & nos admittimus bonam esse comparationem ex *d. §. qui mortis*, sed illo etiam, quo is qui egit querela obtinuerit, atque ita testamentum rescinderit, quo demum casu negamus nos eandem esse rationem donationum inter viuos causa mortis, quia donationes causa mortis vt diximus licèt non magis fieri possint in testamento quàm quæ inter viuos fiunt, pendent tamen ex testamento, hactenus vt eo infirmato ipsas quoque infirmari necesse sit, tanquam quæ speciem constituant vltimæ voluntatis & quidem testamentariæ cùm testamentum factum est: Quæ verò inter viuos fiunt nihil prorsus commune habent cum vltima voluntate, nec proinde ob id minus valere possunt quod testamentum infirmatum fuerit siue per querelam inofficiosi siue per petitam contra tabulas bonorum possessionem. Quod tamen toto hoc capite probauimus, Rescisso † per querelam testamento infirmari quoque donationes causa mortis, nisi quæ in plenum perfectæ fuerint viuo donatore ex *d. l. etiam 11. De inoff.*

inoff.teſtam.& d.l.ſed ſub conditione 18. §. 1. *de bonor.*
17 *poſſ.contr.tabul.* ſciendum eſt ad ius † vetus Pandectarum & Codicis non ad nouum & Iuſtinianeum pertinere. Poſtquàm enim Iuſtiniano placuit *Nouell.* 115. *vt cum de appell.cog.ca.* 3. *incip. aliud quoque capitulum in fin. vnde ſumpta eſt Auth.ex cauſa. C. de liber. præt.* vt rupto, vel irrito facto ex cauſa præteritionis aut exheredationis teſtamento ſola inſtitutio euacuetur, vt ille loquitur, cætera verò omnia ſiue legata ſiue fideicommiſſa in eodem etiam teſtamento relicta firma remaneant, nec dubitandum eſt, quin de mortis cauſa donationibus idem conſtitutum intelligi debeat, non tam quod ad eas poſſint accommodari verba nouæ conſtitutionis, cùm neque fiant neque fieri poſſint in teſtamento, quàm vt abſurdum illud effugiamus, in quod incurreret quiſquis diceret infirmata inſtitutione faciliùs eſſe, vt firma remaneant legata, quàm mortis cauſa donationes, cum non alia maior ratio infirmari eas ſuadeat, quàm quòd legatis æquiparentur, quòdque perinde pendeat earum validitas ex teſtamento quoties teſtamentum factum eſt, acſi relictæ eſſent in teſtamento, quatenus ſcilicet ſpeciem poſſunt conſtituere & naturam habere vltimæ voluntatis.

ERROR VIII.

De donatione in genere an ſit contractus & an nominatus, an innominatus. Et an in contractibus nominatus locus vnquam ſit conditioni aut pœnitentiæ.

SVMMARIA.

1 *Varia interpretum placita in quæſtione, An & quàlis contractus ſit Donatio.*
2 *Donatio non eſt contractus aduerſus interpretes.*
3 *Negoty contractus eſt oratio plena, elliptica verò ſi contractum ſimpliciter dicas.*
4 *Contractus vnde dicatur.*
5 *Ex donatione nec obligatio vlla naſcitur nec actio.*
6 *Vbi donatio fit per ſtipulationem contractus eſt ſtipulationis, non donationis.*
7 *Facta donatione per traditionem ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa, nulla cauſa ſubeſt propter quam donatario contra donantem actio competat.*
8 *Expenditur ſententia Cuiacij dicentis donationem olim fuiſſe acquiſitionem, non conuentionem, hodie vero contrà.*
9 *Donatio quæ ſit per traditionem ea ſemper fuit & etiamnum eſt acquiſitio: quæ verò per ſtipulationem, vel pollicitationem, vel nudum pactum ea ſemper fuit & eſt conuentio: & hac in re quænam ſit differentia inter ius vetus & nouum.*
10 *In donatione cauſa mortis aliquod negotium geri videtur, & quatenus.*
11 *In donatione inter viros nullum negotium geritur: & cur.*
12 *Exceptio.*
13 *Ex contractu nominato quenam actio competat aut non competat.*
14 *Expoſitio ſententiæ l.6.Cod. de pact. inter vend. & empt. aduerſus Bald.*
15 *Pacti & pollicitationis differentia.*
16 *Promiſſum à pacto & dicto vt differat.*
17 *Etiam ex venditione actio datur nonnunquam ad reſoluendam & diſtrahendam emptionem.*
18 *Ex contractu nominato conditio ob cauſam non datur, contra Bata.*
19 *Ratione actionis differentia inter caſum quo traditum ſit aurum pro arra, & cum quo pars pretij ſit ſoluta, ad l.2. Cod. quand. lic. ab empt. diſc.*
20 *In contractibus nominatis locus non eſt pœnitentiæ.*
21 *Exceptio.*
22 *Vera expoſitio l.contractus.17. C. de fid. inſt. & pr. tit. Inſt. de empt. vend.*
23 *Arræ poſſunt dari in argumentum perfectæ venditionis: imo & perficiendæ.*
24 *Ex donatione facta certo pacto vt quid vicißim detur vel fiat, conditio donatori competit, & pœnitentia locus eſt, ſi donatarius non impleat quod promiſit.*
25 *Atque hoc caſu donatio non eſt propriè, ſed contractus innominatus do vt des, vel do vt facias.*

MAioris momenti hæc quæſtio eſt quàm prima facie eſſe videatur, cùm alia ſint iura conuentionum quæ tranſeunt in nomen contractus, alia earum quæ ſtant in finibus & terminis nudæ conuentionis *l.iuris gentium* 7. §. 1. *D. de pact.* ſicut & inter contractus ipſos multæ differentiæ ſunt, ſi vel nominati ſint vel innominati, vel bonæ fidei, vel ſtricti iuris. Qua de cauſa, iam olim de hoc ipſo controuerſum eſt inter veteres iuris noſtri interpretes, nec minore contentione inter recentiores. Omnibus tamen † vt video concludentibus Dona- 1.
tionem eſſe contractum, ſemperque fuiſſe in hoc tantùm diſſentientibus An ſit contractus nominatus, an innominatus, & rurſum an bonæ fidei, an ſtricti iuris. Non enim deſunt qui dicant eſſe contractum innominatum, Ratione illa, quod ſi donatum ſit ob aliquam cauſam quæ non ſequatur, condictioni locus eſt & pœnitentiæ, perinde atque ex cæteris contractibus innominatis *l.* 2. *&* 3. *l. dictam* 8. *C. de condict. ob cauſam dator.* cui tamen locus non eſſet ſi contractus eſſet nominatus *l. ea conditione* 14. *C. de reſcind. vendit.* Alij & magis communiter volunt eſſe ſemperque fuiſſe contractum nominatum, cùm habeat elegans nomen, vt loquitur Bartol. ad *leg. in ædibus* 9. §. 1. *D. de donat.* nec ſtet in nomine ſui generis vt idem ille argumentatur. Tertij diſtinguunt inter ius vetus & nouum. Volunt enim fuiſſe olim quidem innominatum ſed hodie eſſe nominatum, quæ Accurſij ſententia eſt ad *dict. leg. in ædibus* §. 1. quaſi Iuſtinianus hoc ipſo quod conſtituit in *l. ſi quis argentum.* 35 §. *penultim. C. de donat.* vt poſſit fieri donatio etiam citra ſtipulationem & traditionem, ac proinde nudo etiam pacto, fecerit etiam vt ſit contractus nominatus qui perficiatur conſenſu ſicut emptio, locatio, & ſimiles. Qua etiam ratiocinatione in alia illa quæſtione An ſit contractus bonæ fidei, an ſtricti iuris, ſunt qui perinde diſtinguant inter ius vetus & nouum, vt olim quidem eſſet ſtricti iuris *l. eum qui* 128. *D. eod.* hodie verò ſit bonæ fidei poſt ſupradictam Iuſtiniani conſtitutionem, exemplo emptionis, conductionis & aliorum contractuum qui conſenſu perficiuntur. Quæ fuit veteris interpretis Hugolini diſtinctio à Bartolo tamen improbata in dict. *leg. in ædibus. & dict. l. eum qui.* vbi concludit ille eſſe contractum ſtricti iuris, cùm, inquit, circa hoc nulla mutatio facta reperiatur, nec bonæ conſecutio ſit, vt contractus ſit bonæ fidei ob id ſolùm quòd ſit nominatus, Alioqui dicendum eſſet ſtipulationem vel bonæ fidei contractum eſſe, vel nominatum non eſſe, quod vtrumque tamen falſum eſt. *l.* 1. §. *vltim. D. de pact. l.* 2. *De oblig. & actionib. quicquid adſtringendæ* 99. *D. de verb. oblig. l. videamus* 38. §. *ſi actionem D. de vſur.* Sicut nec ob id ſi contractus aliquis nudo conſenſu contrahatur ſtatim conſequens eſt vt ſit bonæ fidei, quemadmodum in con-

tractu emphyteutico cernere est, qui licèt consensu perficiatur, tamen stricti iuris est, *l.11.C. de iur. emphyteut.iunct.§.1.actionem. Instit.de action.* Atque hanc Bartoli sententiam passim Doctores nostri probant, vt donatio sit contractus & nominatus & stricti iuris, teste Iulio Claro qui alios quàm plurimos refert in *§. donatio quæst.1.* Cuius sententiæ illud etiam argumentum adfertur ex eodem Bartolo, quòd in contractibus innominatis certum est locum esse pœnitentiæ *l.si pecuniam 5. D.de condict. ob caus.* cui tamen locus non est in donatione, Nam ei qui donauit non licet pœnitere, scilicet si inter viuos donauerit non mortis causa. *l. Aristo 28. D. de donat.l.si te.23. C. de don.int. vir. & vxor. l.2.3.6. & pass. C. de revoc. donat.* Addit Bartolus vt hoc ipsum probet à partium enumeratione, vel factam esse donationem per stipulationem, vel per traditionem. Si per stipulationem dubitandum non esse quin donatio nomen habeat *d. l.1. §. vlt. D.de pact.* si per traditionem æquè habere nomen elegans, & donationem esse quæ ab initio & statim suum habet effectum, quemadmodum inquit ille, depositum, commodatum, & alij similes contractus qui re perficiuntur *d. l.iuris gentium §.1.* Mihi omnes hæ quæstiones videntur proficisci à summa iuris ignoratione, & ab eo errore quo sibi persuadent interpretes donationem esse contractum. Si enim verum è contrario est † vt est, contractum non esse, quid stultius
a quàm quærere vtrum contractus sit nominatus an innominatus, vtrum bonæ fidei an stricti iuris? At qui contractum non esse scribit apertè Paulus in *l. interdictum 14. D.de precar.* vbi postquã dixit interdictum de precariis meritò introductum esse, quod nulla eo nomine iuris ciuilis esset actio, subiungit rationem *magis enim ad donationis & beneficij quam ad negotij contracti causam spectat precary conditio.* quibus verbis cùm donatio & beneficium negotio contracto opponatur, ostendit satis donationem non esse contractum. Nam vt bene Cuiacius scribit in *parat. C.ad ti.*
3 *De neg. gest.* cùm dicimus † contractum simpliciter dicimus per defectionem cum plena oratio sit *negotij contract.* quia omnis contractus, negotij contractus est. At nullum negotium geritur inter donantem & accipientem, quoties in donatione nihil nisi donatio & liberalitas est. Adeo vt si mixtum sit aliquod negotium cum donatione, puta si donator in aliquem casum voluerit sibi obligatum donatarium placeat obligationem non contrahi eo casu quo donatio est, quasi sint ista pugnantia & contradictoria esse negotium, & esse donationem. *d.l. Aristo.* quod probatur etiam eleganter ex *l.si prædia 58. D. de donat.int.*
4 *vir. & vx.* Et verò cùm contractus † ex eo nomen sumpserit quod post multos tractatus ad negotium quod geritur pertinentes, quos præcedere necesse est negotium tandem in pauca contrahatur, & restringatur vt in *l.si voluntate 8. C. de rescind. vendit.* quis obsecro tractatus præcedit in donatione vt contractus sequi possit? An forte inter donatorem & donatarium altercationibus maghis contenditur, an centum danda sint an ducenta, ne forsitan accipere donatarius nolit centum si dõnator nolit ei dare ducenta? An non potiùs boni consulere donatarius debet, quod donator benignè ac liberaliter centum dare velit, qui si nollet nihil dare cogeretur? *l. ad res donatas. 62. D. de ædilit. edict.* An verò alterius est, quàm donatoris liberalitati eius certos fines præstituere; & quid quantumque donare ille debeat, præscribere? Sic igitur in donatione neque negotium vllum interuenit, neque vllus tractatus, ita reliquitur necessariò vt neque contractus dici ea vllomodo possit. Idque apertiùs etiam ex eo intelligitur, quod ex donatione nec
5 obligatio † vlla nascitur, nec actio *d. l. Aristo* in illis verbis *Obligationem non contrahi eo casu quo donatio est*, & Paulo post *hic enim nec donationi locum esse* & ideo esse obligationem *d. l. interdictum. l. cum qui 14. §. si qui precario D. de furt.* quibus locis apertissimè scriptum est nullam esse proditam ciuilem actionem ex donatione adeoque quod magis est neque ex precario, ob id solùm quod precarium simile sit donationi. Quis verò vnquam audiit contractum aliquem esse posse, siue bonæ fidei ille sit, siue stricti iuris, siue nominatus siue innominatus, ex quo tamen non solùm actio nulla nascatur, sed neque obligatio? Facilè autem hoc apparebit à sufficienti enumeratione modorum omnium quibus donatio fieri potest iure vetere inspecto, vt primùm de iure vetere dicamus, & argumentum Bartoli in ipsum retorqueamus. Nam si donatio † fiat per stipulationem, fateor quidem fieri contractum ex eoque nasci & obligationem & actionem, sed nego esse illum contractum donationis: dico contractum esse stipulationis cui causam dederit donatio & liberalitas donatoris. Exemplo eius quod Vlpianus scribit in *l. si ita fuero. 6 §.1. D.de novat.* cum pecuniam mutuam dedit quis siue stipulatione & ex continenti fecit stipulationem, vnum contractum esse idemque esse dicendum etsi antè stipulatio facta sit, mox pecunia numerata. Nam vt in *l. seq.* subiicitur ex Pomponio, cùm pecunia mutuo data stipulamur, non est dicendum obligationem ex numeratione nasci, deinde eam stipulatione nouari, sed vnum esse contractum stipulationis, quia id agitur vt sola stipulatio teneat, & magis implendæ stipulationis gratia numeratio fieri intelligenda est. Siquidem stipulationes omnes quæ efficaces sint ad agendum sine metu vllius exceptionis necesse est pendere ex negotio contracto *l.5.circa princ. D.de verb.oblig.* aut saltem aliquam habere causam *l.2.§. circa D. de dolo mal.except.* Donatio autẽ licèt nullum negotium contineat ex quo pendeat stipulatio, iustam tamen interponendæ stipulationis causam præbet, cùm sufficiat animum donandi præcessisse vt non sine causa donatio interposita esse videatur *l. vt mihi donares 21. D. de don.* Sicut enim donatio nullam aliam causam requirit quàm donantis liberalitatem *l.1. in princ. eod.l. 1.§.1. D. de precar.* ita neque stipulatio aliam exigit causam quàm donationem, siue mortis causa donatio sit *l. mortis causa 34. & l.seq. §.vlt. D. de mort. caus.donat. l. Papinianus 23. D. de donat.int.vir. & vx. l.si quis argentum 35. §.pen. C. de don.* Itaque ex huiusmodi donatione facta per stipulationem nascetur quidem actio, sed quæ non actio ex donatione dicenda erit, sed actio ex stipulatione. Si vero per traditionem † facta donatio sit, siquidem inter viuos res expedita est absolutam esse donationem neque causam vel necessitatem vllam subesse propter quam actio dari debeat vel contra donatorem donatario, cui nihil deest, vel contra donatarium donatori cui nihil abest nisi quantum ille sibi abesse voluit. Si autem causa mortis traditio facta sit siue ita vt dominium statim sed revocabiliter transferatur, siue ita vt dominij translatio post mortem conferatur, ad quid potest quæso esse donatario necessaria actio ex donatione quæ iam impleta sit ex parte donatoris quantum facto eius impleri potest? Nam priore casu nemo dixerit æquum esse contra donatorem dari actionem per quam cogatur irrevocabilem facere donationem quæ in id vsque tempus fuerit revocabilis cùm id futurum sit non solum contra voluntatem donatoris? qui non aliter donare voluit, sed etiam contra naturam ipsam & substantiam donationis causa mortis: Posteriore autem casu cùm donator rem ita tradiderit vt tamen dominij translationem distulerit in id tempus quo ipse esset mortuus, nihil iam superest faciendum ad quod
7 vrgeri

vrgeri donator à donatario poſſit vel debeat. Fecit enim ille quicquid facti fuit cum tradidit, quia translatio dominij quæ ſola defuit tempore traditionis, non facti, ſed iuris eſt, vt ſuo loco diſputauimus: Et quemadmodum donator quandiu viuit non niſi iniquiſſimè poſſet inquietari ad dominium ſe viuo transferendum, de quo non niſi poſt mortem ſuam transferendo donationis tempore cogitaſſet. Ita & poſtquam mortuus eſt nulla in hanc rem actione indiget donatarius cui poteſtas legis ſufficit vt dominium, quod fuerat donatoris viuentis eo mortuo transferatur ipſo iure in donatarium ſicuti ex cauſa legati transferretur. Ad hoc enim prodeſt quod vulgo iactatur, Donationes cauſa mortis capi ad exemplum & inſtar legatorum vt ſuo loco explicauimus ex *l.2.D.de Publician. in rem action.* Nullo igitur caſu donatio ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa ſit aut contractus dici poteſt,
8 aut obligationem † aliquam parere vel actionem. Quo reſpiciens Iacob. Cuiac. *l.10. obſerua.28.* ſcripſit donationem non fuiſſe olim conuentionem, ſed acquiſitionem: hodie verò è contrario poſt Iuſtiniani conſtitutionem in *d.l.ſi quis argentum.§.penul.* quæ induxit vt etiam citra ſtipulationem & traditionem poſſit fieri donatio, eſſe conuentionem. Sed magis argutè meo iudicio, quàm verè. Nam cum olim donatio non ſolùm per traditionem fieret ſed etiam per ſtipulationem, nec aliud fecerit Iuſtinianus, niſi vt quælibet teſtificatio voluntatis donatoris tantùm profit ad obligandum donatorem vt tradat quantum prodeſſet ſtipulatio, Cur dicemus donationem fuiſſe olim acquiſitionem potiùs quàm hodie, vel conuentionem hodie potiùs quàm olim? Non inficior donationem quæ fit per traditionem, eſſe acquiſitionem, non conuentionem, eam verò quæ fit per ſtipulationem, aut denique aliter quàm per traditionem, conuentionem eſſe, non acquiſitionem. Sed hac ratione non ius vetus ſeparandum fuit à nouo vt à Cuiacio factum eſt, ſed donatio quæ fit per traditionem ab ea, quæ fit per ſtipulationem vel per pollicitationem vel
9 per pactum nudum. Quæ enim per traditionem † fit ea ſemper fuit & etiammum eſt acquiſitio, quæ verò per ſtipulationem vel per pollicitationem vel per pactum nudum ea ſemper fuit & eſt conuentio. Nulla alia differentia hac in re inter ius vetus & nouum, niſi quod olim donatio facta per pollicitationem, vel per pactum nudum non valebat neque acquiſitionis neque conuentionis iure quæ hodie valet inter viuos, eo prorſus modo quo valeret ſi eſſet facta per ſtipulationem, id eſt tanquam conuentio non tanquam acquiſitio. Soleo tamen hac parte diſtinguere donationem inter viuos, à donatione cauſa mortis. Nam in
10 donatione † cauſa mortis aliquod negotium geri videtur inter donantem & accipientem, non quatenus is qui donat, liberalitatem exercet ac donatarium cogitat, quem mauult ſe habere quàm hæredem ſuum, ſed quatenus ſe ipſum cogitat, & mauult ſe habere quàm donatarium, atque amore vitæ recepiſſe potiùs quàm dediſſe mauult, vt Paulus loquitur in *d.l.Senatus.§.1.* vbi ob hanc cauſam addit eum qui mortis cauſa donat qua parte ſe cogitat negotium gerere, ſcilicet inquit, vt ſi conualuerit, reddatur ſibi. Vnde fieri neceſſe eſt, vt ex huiuſmodi donatione naſcatur obligatio contra donatarium perinde ac ſi donationem ea nominatim lege accepiſſet, ſéque in caſum conualeſcentiæ vel pœnitentiæ eam ſe reſtituturum promiſiſſet, qua ex obligatione ſimiliter naſcitur actio, eáque duplex, condictio ſcilicet & vtilis in rem actio, ſecundum ea quæ diximus in Error. vltim. Decadis præcedentis ex *l.qui mortis 30. eodem.* Itaque hoc reſpectu nihil vetat donationem cauſa mortis dici contractũ: Præſertim eo ſenſu quo Paulus ſcribit in *l.omnem 20. D.de iudic.* omnem obligationem pro contractu habendam eſſe. At in donatione inter viuos † nullum 11
proſſus negotium geritur quia non ſe donator cogitat ſed ſolum donatarium, vt erga eum liberalitatem exerceat, quia mauult illum habere quàm ſeipſum. Niſi ponas † donationem inter viuos factam eſſe, vt 12
plerunque fit, certa lege dandi aliquid vel faciendi vt in *d.l.2.& 3.l. dictam 8.C. de condict. ob cauſ.dat.* Adiecta namque lex donationi nullum dubitationi locũ relinquit, quin negotium aliquod geſtum ſit inter donatorẽ, & donatarium, ex quo negotio proinde naſcatur obligatio. & ex obligatione actio, quæ præſcriptis verbis appellatur in id ſcilicet competens, vt quod donatarius viciſſim daturum ſe vel facturum promiſiſſe detur fiátve, aut id quod donatoris intererit præſtetur. *l.vlt.C.de rer.permu.l.legem.9.l.cum res. 22.in fi.C. de don.* ſi non malit donator repetere quod donauit condictione ob cauſ.datorũ cauſa non ſecuta. Hoc.n. etiam ei licet *d.l.2.3.& 8. C.de condict.ob cauſ.dat.* Sed hoc caſu non eo magis dici poteſt donationem eſſe contractum, quia id genus contractus non tã donatio eſt quàm contractus. Do vt des, vel do vt facias, qui vterq; cõtractus eſt innominatus, longeque alias præſtationes habens quàm haberet ſi eſſet nominatus, quippe cùm ex contractu nominato † neq; condictio 13
daretur, neque actio innominata & præſcriptis verbis, ſed actio nominata quæ nomen ſumeret à contractu. Inauditũ enim eſt vt ex contractu nominato vnquam competat repetitio datorum quæ ex contractib. innominatis cõpetere ſolet. Quanquã nõ ſum neſcius putare multos, poſſe contractũ quoque bonæ fidei reſcindi & quod ex eo datũ ab vna parte fuerit condici, ſi ab altera parte non ſeruetur ſubſtantiale pactum, id eſt quod cauſam dederit contractui, vt Bald. loquitur & explicat ad *l.cùm te.6.per illum text. C. de pact. int. empt.& vend.* Cuius † tamen loci longè alia ſententia eſt. Non.n. loquuntur eo loco Imperatores de venditione facta certo pacto expreſſo cui non fuerit pa- 14
ritum ex parte emptoris, ſed vt legis verba habent, de venditore qui fundũ ſuum certæ rei contẽplatione habita inter ſe & emptorem exiguo pretio tranſtulerat in emptorẽ, ſecutus fidem & pollicitationem nudam emptoris, cùm ſibi vel per ſtipulationẽ, vel ſaltem per pactũ expreſſum incontinenti appoſitum cauere potiùs debuiſſet. In qua ſpecie cùm actio ex contractu dari non poſſet ad id vt quod promiſſum fuerat impleretur cùm neque in contractum neque in pactionem deductum id fuiſſet, nihil aliud ſupererat quod dici poſſet, niſi vt emptor vel impunè poſſet fidẽ fallere vel quod à venditore acceperat longè minore pretio, ſola eius rei contemplatione reſtituere cogeretur. Atqui priuş dici non poteſt, quia bonæ fidei contractus eam non admittit interpretationem, quæ dolo emptoris faueret. Poſterius ergo admittendum neceſſariò eſt, vt venditori detur repetitio eorum quæ præſtitit, ne eius qui bonæ fidei actionem habet durior conditio ſit quàm ſi contractum ſtricti iuris iniiſſet. Nec obſtant verba illa *non impleta promiſſi fide*, quæ Baldũ fefellerũt, vt in ea ſpecie putauerit pactũ intercelliſſe. Aliud. n. eſt paciſci, aliud promittere, cùm promiſſio fieri poſſit etiã per nudam pollicitationem, quam † ideò dici- 15
mus in hoc differre à pacto quod ſolius offerentis promiſſionem continet. *l.3. D. de pollicit.* Nec quemadmodũ pacta incontinenti facta inſunt bonæ fidei contractibus *l.iuriſgentium.7.§.quinimo. D.de pact.* ita & pollicitationes ineſſe dici poſſunt, quarũ tamen ſi contractui cauſam dederint non minùs quàm pactorum rationem haberi æquum eſt, non quidem hactenus vt ex contractu detur actio ad id quod in pollicitationem deductum fuit, ſed hactenus ſaltem ne venditor qui bonam fidem emptoris vltro ſecutus

rem

rem ſuam longè maioris pretij minore vendidit, impunè circumueniatur. Separandum eſt promiſſum
16 † à pacto ſicut & à dicto. Dictum accipimus quod verbotenus pronunciatum eſt, nudoque ſermone finitur: promiſſum autem poteſt referri ſolùm ad ſpõſionem, & ſimiliter ad nudam promiſſionem ſiue pollicitationem, inquit Vlpian. in *l. ſciendum. 19. §. dictum. D. de ædilit. edict.* vbi tamen quod nulla pacti mentio fit quis ita velit accipere vt promiſſi appellatione pactum non contineatur, ſed tantum vel pollicitatio vel ſponſio, tanto magis probabile erit quod volumus in *d. l. cum te*, *promiſſi* nomine non pactum, vt Baldus voluit, ſed pollicitationem nudam ſignificari. Cæterùm actio quam Imperatores venditori dant in *d. l. cum te.* non alia eſt quàm ex vendito competens ex contractu ipſo, non qui ab intellectu ipſo ſumptus ſit vt nimis ſubtiliter loquitur Bald. ſed qui reuerà ſit initus, quia nec nouum
17 eſt vt ex vendito † actio detur etiam ad reſoluendam & diſtrahendam emptionem, vt in *ex empto. 11. § is qui vina. D. de act. emp. l. 2. C. quan. lic. ab emp. dif.* quamuis non facile nec paſſim id fiat vt ait *l. venditi. 6 C. de act. emp.* Sanè quod addit idem Bal. poſſe hoc caſu locum etiam eſſe condictioni ob cauſam, omnino à iuris ratione alienum eſt quæ nunquam
18 patitur vt ex contractu nominato † ea condictio detur, neque in *d. l. cum te.* verbum illud eſt quod hanc Bal iuuet interpretationem. Pro qua ſi vellet quis obiicere quod ſcriptum eſt in *d. §. ſi quis vina.* Si annullus datus ſit arræ nomine, nec poſtea conuenerit vt emptio irrita fieret, ſed ſoluta emptione pretioque numerato, & tradita re annulus non reddatur, non tantùm ex empto agi poſſe vt arra reſtituatur, ſed etiam poſſe annulum condici quaſi datus ob cauſam quæ fuerit finita (fuerat enim datus vt eſſet argumentum perfectæ emptionis, quo argumento amplius non egemus, cum ex vtraque parte impleta venditio eſt.) Reſpondere dari eo caſu condictionem non ob cauſam, ſed ſine cauſa, quia, vt lex ait iam ſine cauſa eſt annulus penes venditorem, qui non niſi arræ nomine datus fuerat: quod non ſimiliter dici poteſt de re ipſa vendita quæ tradita fuit ex cauſa venditionis. Quomodo enim poteſt dici eſſe ſine cauſa quod cauſam habet venditionem adhuc ſubſiſtentem & perfectam, quæ nec re ſoluta ſit, nec impleta? Neque quod aduerſarius viciſſim ex parte ſua non impleat ad rem facit, cum ea res actionem ex contractu inducat ad hoc vt contractu impleatur, non vt quod traditum eſt ſiue res, ſiue pretium ſit reſtituatur *d. l. 2. C. quan. lic. ab emp. dif.* vbi hæc diffe-
19 rentia † elegans & aperta conſtituitur inter eum caſum quo traditum ſit aurum pro arra, & illum quo pars pretij ſit ſoluta, vt priore caſu arra recuperari poſſit & repeti non vindicatione, ſed actione in perſona, non quæ ex arrali pacto naſcitur, vt ait *l. 3. C. de act. emp.* (actio enim perſonalis de qua eo loco agitur non illa eſt per quam arra repetatur, ſed per quam agatur ad implementum venditionis tanquam perfectæ, cuius arra ſolet eſſe argumentum) at actione ex empto ſecundum Iuliani ſententiam de qua in *d. §. is qui vina.* non condictione ſiue ob cauſam dati cauſa non ſecuta, quandoquidem non ob id arra datur vt ſequetur venditionis implementum, ſed vt ſit argumentum contractæ perfectæque venditionis. Siue etiam ſine cauſa, quia non poteſt eſſe arra ſine cauſa penes venditorem quandiu verum eſt venditionem perfectam eſſe & neque reſolutam neque impletam. Poſteriore verò caſu nullo modo detur repetitio ſoluti, ſed actio ad implementum, vt & in *dict. l. ea conditione. 24. Cod. de reſ. ven.* vt intelligamus ſibi melius cauere emptorem qui aliquid numerat venditori in partem pretij quam ſi numeret pro arra, quia datio arræ locum pœnitentiæ relinquit, non quidem inuito alterutro (cum arra detur quo magis non quo minus teneat emptio, quam ſufficit nudo conſenſu perfectam eſſe vt ab ea non poſſit recedi niſi contrario conſenſu) ſed ex mutua contrahentium voluntate, ſiquidem non eo minus res integra eſt, quod diuerſum eſt numerata parte pretij vel minima, quoniã cum cœpit impleri emptio ex alterutra parte, res amplius integra non eſt, nec proinde nuda voluntas contrahentium quamuis conſentientium reſoluere poteſt emptionem, ſi non actus quoque priori ſimilis retroagens venditionem interceſſerit. *l. 1. C. quan. lic. ab emp. dif. l. ab emptione. 58. D. de pact.* Quæ ſententia eſt ſatis alioquin obſcura *d. l. 2.* vt oſtendunt verba illa, *ſecundum fidem pacti.* Conuenerat enim nudo pacto vt ab emptione diſcederetur: Et volunt Imperatores eius pacti vim eam eſſe poſſe vt arra reſtitui debeat, ſi nihil aliud interuenerit, non autem vt precij iam ſiue in totum ſiue pro parte ſoluti repetitio vlla ſit. Quod ſi vtrũque factum ſit vt arra quidem data fuerit, ſed non in auro, at in ipſius pretij parte numerata, habendus erit contractus pro impleto ex parte, ideoque nec nuda conuentione poterit reſolui emptio, niſi ponas ab initio conueniſſe, vt ſi totum pretium intra certum tempus non ſolueretur, inempta res fieret, vt in *vlt. D. de leg. commiſſ.* Sed hæc obiter dicta ſint, ne quis cum Baldo & aliis interpretib poſthac dicat condictionem dari poſſe ex contractu nominato, quod idem ille repetit ad *l. ſi prædium, nu. 16. C. de ædilit. act.* aut in contractibus nominatis † lo- 20
cum aliquo caſu eſſe pœnitentiæ, quod eſſet abſurdius, nunquam enim hoc obtinet, niſi cùm contrac- 21
tus † factus eſt in ſcriptis, de quo in *l. contractus 17. C. de fid. inſtru.* Et apud Iuſtin. *tit. de empt. & vend. in princ.* vbi quod dicitur arris datis ſiue in ſcriptis ſiue ſine ſcriptis venditio † celebrata ſit, ſiquidem emp- 22
tor ſit qui recuſat adimplere contractum, perdere quod dedit, ſi verò venditor reſtituere duplum, non ita eſt accipiendum quaſi tum quoque cùm ſine ſcriptis facta & perfecta venditio eſt, liceat emptori perdendo arras, aut venditori reſtituendo duplum reſilire à contractu, quomodo ab Accurſio cæteriſque omnibus interpret. vulgo intelligi video, cùm arræ dentur vt eò minùs, non vt eò magis recedere liceat à contractu, ſicuti iam dixi. Sed ita explicandum eſt, ac ſi apertiùs dixiſſet Iuſtin. vt dicere debuerat, Siue in ſcriptis ſiue ſine ſcriptis celebranda venditio ſit, eum qui nondum emit, ſed emere pollicitus eſt, arras quas dedit perdere: Eum verò qui nondum vendidit, ſed vendere pollicitus eſt, duplum reſtituere, vt idem ipſe Iuſtin. loquitur & explicat in *d. l. contractus. in fi.* tractans de facienda, non de perfecta venditione. Nam in ea venditione quæ ſine ſcriptis perfecta ſit profitetur ille in prin. *d. tit. de emp. & ven.* nihil ſe innouaſſe. Et hanc quoque interpretationem ſuadet comparatio venditionis factæ ſine ſcriptis, quia de ea tractat Iuſtin. eo caſu quo nondum fuerit perfecta. Ergo & de venditione ſine ſcriptis quę nondum ſit perfecta vt bona comparatio ſit. Denique arræ poſſunt † dari etiam 23
nondum perfecta venditione in argumentum venditionis contrahendæ, non contractæ, & in ſignum factæ conuentionis de vendendo, quæ multum diſtat à venditione. Et quamuis ſoleant etiam arræ dari in argumentum perfectæ iam venditionis, cum venditio facta eſt ſine ſcriptis, *d. tit. de emp. in prin.* tamen ad hoc genus arrarum non pertinet conſtitutio Iuſtin. ſed ad illas de quibus priùs diximus. Atqui vt ad rem noſtram redeamus ex donatione † facta certo

pacto

pacto vt quid viciſſim detur vel fiat, condictio donatori competit & pœnitentiæ locus eſt ſi donatarius non impleat quod promiſit, *d.l. 2. 3. & 8. C. de cond. ob cauſ. dat.* Fatendum igitur eſt eo caſu quo donatio ſic facta ſit, vt contractus dici poſſit, eſſe contractum innominatum, quia & contractus ille † non donatio eſt, ſed Do vt des, vel Do vt facias. Non enim eò minùs eſt contractus Do vt des, vel Do vt facias, quod dem tibi ex cauſa donationis, quia nec ſimpliciter dono quod ego tibi do aliquam ob cauſam, & ea lege vt velim ad me reuerti, ſi quid ſequetur vel non ſequetur, *l. 1. circa prin. D. de don.* vbi negat Iulianus hanc eſſe propriè donationem, quoniam quæ proprie donatio eſt, cauſam nullam habet futuram, ſed præteritam duntaxat ex donatarij meritis contractam, & præſentem, ſcilicet munificentiam & liberalitatem, vt eadem lex ait.

ERROR IX.

De donatione facta ob cauſam cur in ea non ſit locus pœnitentiæ, & quid de contractib. innominatis.

SVMMARIA.

1 *Donatio ſimplex non eſt contractus, donatio verò facta ob cauſam eſt contractus nominatus.*
2 *In contractibus innominatis locus eſt pœnitentiæ ex parte illius qui dedit, qui verò donauit ob cauſam non poteſt pœnitere, & quæ ſit ratio diuerſitatis.*
3 *In donationibus quæ donationem non habent, locus eſt indiſtinctè condictioni, ſi cauſa non ſequatur.*
4 *Conciliatio l. pen. C. de condic. ob cauſ. dat. & l. 2. §. vlt. D. de donat.*
5 *Cur non ſit locus condictioni ea caſu quo per fortuitum caſum euenerit ne impleri cauſa dationis poſſit diſputatio contra Bart.*
6 *In contractibus innominatis quatenus ſit locus pœnitentiæ.*

1 EI quod proximè diximus donationem ſimplicem † non eſſe contractum, donationem verò factam ob cauſam eſſe contractum innominatum, obſtare illud videtur, quod in contractu Do
2 vt des, cæteriſque innominatis † locus eſt pœnitentiæ, ex parte illius qui dedit. *l. ſi pecuniam. 5. in prin. D. condict. cauſ. dat.* qui verò donauit ob cauſam non poteſt pœnitere, neque condicere quandiu donatarius in eo eſt vt conuentioni ſatisfacere & poſſit, & velit *d.l. 3. 7. & 8. C. eod.* quo potiſſimùm argumento Bartolum niti diximus, vt probet donationem nominatum eſſe contractum non innominatum. Hoc enim fit, quia donare plus eſt quàm dare, & conſequenter qui donat tibi vt aliquid ei viciſſim des vel facias plus facit quàm qui tibi dat ſimpliciter vt des: Non quòd is qui donat magis dominium transferat quàm cui dat non ex cauſa donationis (nam & dare nihil aliud eſt, quàm dominium transferre. *l. vbi autem. 75. §. vlt. D. de verb. oblig.* quiſquis autem dominus ſemel factus eſt, ita dominus eſt vt eodem dominij genere magis dominus fieri non poſſit. *l. non vt ex pluribus. 159. De regul. iur. §. ſic itaque. Inſtit. de action.*) ſed quia is qui dat ex cauſa donationis, & tamen adiecto etiam eo vt viciſſim aliquid ſibi detur vel fiat, duplicem habet donandi cauſam, præſentem vnam, futuram alteram. Præſens non alia eſt quàm liberalitas donatoris, quæ cùm pendeat ex ſolo animo donantis quem ille donando ſatis declarauerit, non poteſt videri defecta vnquam, vel non impleta. Futura verò pendet ex facto & voluntate donatarij, quæ ideò poteſt impleri & non impleri pro arbitrio donatarij. Hinc autem fit vt quemadmodum ſi donatarius legem donationis implere nolit, danda eſt condictio donatori qui ex ſola liberalitate non fuerat donaturus, vt ex eo apparet quod non niſi certa lege dare voluit. Ita ſi paratus ſit donatarius implere, non ſit permittendum donatori vt condicat, quia pendente implemento conditionis dictæ donationis, ſubeſt alia cauſa præſens & iam impleta, id eſt, liberalitas donatoris quæ nullum pœnitentiæ locum relinquit. Iam enim verum eſt donatum eſſe, & quamuis illud verum quoque ſit donatum eſſe non ſimpliciter & abſolutè, ſed ob cauſam, tamen etiam verum eſt impleri poſſe cauſam necdum defectam eſſe quæ nondum fuit impleta. Quæ ratio non ſufficeret ad impediendam condictionem ſi donatio nulla facta eſſet, quia non ſubſiſtente aliqua cauſa præſenti, ſola futura non poſſet ſufficere, quæ nondum impleta eſſet, quamuis necdum defecta. Vinculum enim aliquod ſubeſſe neceſſe eſt vt condictio dati impediatur, ſiue naturalis obligationis vinculum illud ſit, ſiue iam exhibitæ liberalitatis. Vt verò condictio locum habere poſſit, neceſſe eſt nullum ſubeſſe vinculum cuius poteſtate impediatur. Ita fit vt facta donatione ob cauſam quæ nec adhuc impleta nec defecta ſit, condictio locum habere nequeat, quia ſubeſt vinculum donationis & iam factæ liberalitatis, licèt nondum ſubſit aliud vinculum quod tantùm ſperatur implementi ſecuti: Defecta verò cauſa ob quam facta donatio fuerat ab eo qui non aliter erat donaturus, condictioni locus ſit, quam ſcilicet nullum vinculum poſſit impedire nequidem donationis iam factæ, quippe quam non feciſſet donator, niſi futurum cauſæ implementum ſperaſſet: vt proinde ne quidem donandi animus in donatore vnquam fuiſſe intelligatur. Adieci *ab eo qui non aliter erat donaturus*, quoniam in hoc donationum aut potiùs cõtractuum genere plerumque facti magis quàm iuris quæſtio eſt. Nam ſi Titio decem donaui ea conditione, vt inde Stichum emeret, non aliter donaturus, & Stichus antequàm emeretur deceſſerit placet competere mihi condictionem. Si verò aliàs quoque donaturus Titio decem, quia interim Stichum emere propoſuerat, dixerim me in hoc dare vt Stichum emeret cauſa magis dandæ pecuniæ quàm donationis conditio exiſtimari debebit, & idcirco mortuo Sticho pecunia apud Titium remanebit, vt Iulianus ſcribit in *l. 2. §. vlt. D. de donat.* Et generaliter, vt in *l. ſeq.* ſubiicitur ex Vlpiano, hoc in donationibus definiendum eſt, multum intereſſe, an cauſa donandi fuerit, an conditio, ſi cauſa fuit, ceſſare repetitionem, ſi conditio, repetitioni locum fore. Rectè verò *in donationibus*, quia in cæteris dationibus † 3
quæ donationem non habent, non adhibetur ea diſtinctio, ſed dicimus indiſtinctè locum eſſe condictioni ſi cauſa non ſequatur, quia implicat contradictionem vt decem quæ tibi dedi vt inde Stichum emeres perinde fuerim tibi daturus ſine cauſa, & vt non habuerim tibi donãdi voluntatem. Donandi. n. animus eſſet ac probaretur ex eo ſolo quod nullo iure cogente dediſſem tibi decem nullo adiecto onere, nulla cauſa quam tu ex parte tua implere deberes. Quo enim alio quàm donationis iure ac nomine cenſeri poſſit ea liberalitas, quæ nec aliam cauſam habeat præter ſeipſam, nec vllum onus admixtum? Sed cùm donandi animus adeſt, facti incidit quæſtio an æquè fuerim donaturus ſine huius cauſæ adiectione,

adiectione, an non, & ideo cauſa quoque non ſecuta condictio impeditur, propter aliam quæ ſupereſt, cauſam nimirum donationis. Pugnare tamen videtur † quod ſcriptum eſt in *l. pen. C. de condict. ob. cauſ. dat.* pecuniam datam ob cauſam non poſſe repeti ſi ea cauſa pro qua data fuit, non culpa accipientis ſed caſu fortuito non ſit ſecuta. An non enim caſu fortuito cauſa deficit ſi Stichus cuius emendi gratia decem tibi dederam priùs deceſſerit quàm emeretur? Et tamen eo quoque caſu facta etiam donatione condictioni locum fore Iulianus ſcripſi in *d.l.* 1. §. *vlt. de donat.* ſi non aliter ego fueram donaturus. Videtur ergo faciliùs condictioni locus eſſe in donationibus certa lege factis, quàm in donatione alia qualibet non habente donationem. Verùm dicendum eſt ſeparandam eſſe hac parte cauſam finalem ab impulſiua. De finali Iulianum intelligi debere, de impulſiua Imperatores. Defectum cauſæ finalis ſemper facere locum condictioni in contractibus etiamſi non accipientis culpa ſed ex caſu fortuito contingat, quia remouet conſenſum vt loquitur Bal. *ad d.l.* 8. *num.* 13. *C. de condict. ob cauſ. dat.* licet ibi erret ille in eo quod hac ratione abutitur vt probet etiam contractus nominatos ex hac cauſa reſcindi quod nos refutauimus. In teſtamentis verò inducere duntaxat exceptionem doli *l. cum tale* 72. §. *falſam cauſam. de condict. & demon.* Defectum autem cauſæ impulſiuæ tunc tantùm nocere cùm per eum ipſum ſtat qui implere debet quominùs impleatur, non item ſi caſu fortuito id fiat *d. l. pen.* Quod aliqua ex parte cõuenit cum Bartoli traditione in *d.l.* 2. §. *vlt.* De qua tamen quoniam plura capita pluréſque diſtinctiones habet, dicendum nobis erit diligentiùs alio loco. Nec enim deſunt multa quæ contra Bartolum diſputari poſſint & in quibus diluendis multum inſudare neceſſe ſit, eum qui defendere Bartolum velit. Nos aliud nunc agimus, & propemodum inuiti totam hanc diſputationem ab inſtituto tractatu alieniorem interſerere coacti ſumus. Quam nec abſoluere commodè poſſumus quin alium ſcrupulum tollamus quem mouet idem
5 Bart. *ad d. l. penult.* Cur non ſit locus † condictioni etiam illo caſu quo per caſum fortuitum euenerit ne impleri cauſa poſſit cum placeat in hoc genere contractuum innominatorum, vt ſæpiùs monuimus pœnitentiæ locum eſſe *leg.* 3. §. 1. *& ſeq. d.l. ſi pecuniam* 5. *in princip. &* §. 1. *D. de condict. cauſ. dat.* Non enim poteſt mihi ſatisfacere, quod reſpondet Bartolus improbatis opinionibus Accurſij quæ nihilo ſunt meliores. Non eſſe quidem hoc caſu locum condictioni tanquam cauſa non ſecuta cùm haberi debeat pro ſecuta, ob hoc ſolùm quod per accipientem non ſteterit quominùs ſequeretur. Sed tamen locum eſſe condictioni ex pœnitentia ſi pœniteat eum qui dedit ex *d. leg. ſi pecuniam in princip.* Nam ſecundum hanc interpretationem verborum ſono tantùm potius quàm vllo effectu videtur intereſſe an condictionem competere dicamus, an negemus. Quid enim referre poteſt an vno reſpectu deneges ſi alio reſpectu concedis, aut contra? Probabilius igitur eſt dicere, Defectum cauſæ non ſecutæ caſu fortuito eo demum caſu non inducere condictionem, quo nec iam liceat ei qui dederat pœnitere. Nec enim ſemper licet ei qui dedit pœnitere, ſed tamdiu duntaxat, quandiu ei quoque qui ob cauſam accepit liceret implere ſi vellet, id eſt rebus omnibus adhuc integris. Alioqui ſi in eum ſtatum res deducta ſit, vt iam non ſit in poteſtate aduerſarij implere, idque non aliqua ipſius culpa ſed caſu fortuito: puta quod per vim maiorem vel quouis alio modo impeditus ſit ne faceret quod promiſerat (nam exemplum quod vulgo adferunt de medico cui tu codicem dederis vt te curaret, non videtur accommodatum, cùm ad cauſam finalem ſpectet potius quam ad impulſiuam, eſſetq; ea locatio dicenda potius quàm contractus innominatus ſi poneres vt lex ponit datam à te pecuniam, non codicẽ *l. naturalis* §. *at cùm de. D. de præſt. verb.*) abſurdum eſſet ac iniquum longiorem tibi eſſe facultatem pœnitendi quàm ipſi implendi. Ergo hoc caſu nullam condictionem habere poteris. Neq; ex pœnitentia, quia nullus pœnitentiæ locus eſſe amplius poteſt. Neq; ob cauſam non ſecutam, quia pro ſecuta haberi debet, cùm per caſum fortuitum non per culpam aduerſarij ſteterit ne ſequeretur. *d.l.* 5. *in princip. D. eod.* Videtur autem per aduerſarij culpam ſtetiſſe ſi is cum poſſet parere legi contractus non paruerit *d. l.* 8. *& d. vlt. Cod. eodem titul.* Quòd ſi iam ſe præparauerit ad implendum ex ſua parte in eamque rem ſumptum aliquem fecerit, non eò minùs quidem condicere poteris quaſi re adhuc integra, ſed ita tamen ſi offeras & præſtes ei indemnitatem. *d. leg.* 5. *in princip.* ſi verò iam implere cœperit, id eſt ex parte aliqua impleuerit, quia res amplius integra non eſt, ceſſat exinde condictio, ſiue per tuam pœnitentiam, ſiue per caſum aliquem fortuitum fiat, ne ſequatur pleniſſimum implementum. Nam vt tibi liceat pœnitere & ex pœnitentia condicere quod dediſti, non ex alia ratione fit, quàm quod nullo modo ſis obligatus ne naturaliter quidem, cùm non ideo dederis vt te obligares, ſed vt aduerſarium, qui proinde viciſſim dare tibi aut aliquid præſtare debet, vt te obliget. Nemo enim dando ſe obligat ſed potius ſe liberat, nec fieri poteſt vt cùm rei interuentus & implementum præbeat initium obligationi cœperis eſſe obligatus eo inſtanti quo dediſti, ne alioqui fiat vt eodem inſtanti obligatio tua & cœpiſſe & ſublata fuiſſe videatur. Hæc autem ratio ceſſat ſtatim atque aduerſarius tuus aliquid facere cœpit, per quod res integra eſſe deſierit, quia exinde tu quoque cœpiſti eſſe obligatus, nec in poteſtate tua eſſe debuit, pœnitendo exuere iam contractam obligationem. Nam vt & non ſubtiliter Bart. diſputat. *ad d.l. ſi pecuniam*, pœnitentiæ in his contractibus locus eſt, non quaſi ſit audiendus is qui dedit ſi dicat pœnitere ſe quod dederit (poſſet enim ei imputari cur dediſſet) ſed ita ſi dicat nolle ſe aduerſarium facere quod alioqui facere illum inuitum oporteret. Quidni enim liceat ei liberare aduerſarium quem habet obligatum, & conſilium mutare citra vllam alterius iniuriam? Siquidem nullam iniuriam pati videtur is qui ex parte ſua nihil dedit, & cui nihil abeſt præſtita quoque ipſi indemnitate ſi quid forte iam vt ſe ad dandum vel faciendum præparet impenderit, *d.l.* 5. *in prin. D. de cond. cau. dat. iunct. d.l. cum te.* 6. *in fin. C. de pact. int. empt. & vend.* Quemadmodum igitur ei qui à te prior accepit non licet inuito te pœnitere cùm ſe accipiendo obligauerit, ita neque tibi licebit ſi iam aliquid ab eo viciſſim acceperis. Conſtat enim hoc quod vulgo iactatur in his contractibus † innominatis locum eſſe pœnitentiæ ita debere accipi vt pœnitentiæ locus ſit ex parte tantùm eius qui dedit, non etiam ex parte illius qui accepit, quod & interpretes omnes admittunt. 6

ERROR X.

De actione ex teſtamento quam dant interpretes ex donatione cauſa mortis ad l. 1. *C. de donat. cauſ. mort.*

SVMMARIA.

1 *Placita interpretum de actione quam ex donatione vt contractu competere volunt.*

2 *Ex*

1 *Ex donatione nulla actio competit licet facta sit per stipulationem contra interpp.*
3 *Actio ex stipulatione pro donatione est stricti iuris.*
4 *Ex verbis Modestini in l. adres donatas 62. de edi. ed. male colligi ab interpretibus donationem esse contractum stricti iuris.*
5 *Actio ex stipulatione interposita pro donatione causa mortis neque est bonæ fidei, neque cum bonæ fidei actionibus cõmune quicquã habet: vbi & ratio interpretũ quæ bonæ fidei esse suspicatur refellitur.*
6 *Quomodo accipiẽda verba l. Seia. 42 in pr. D. de mort. caus. don.* bonæ autẽ fidei iudicio constituto.
7 *Error interpretum existimantium stipulationem animo donandi causa mortis etiam in testamento fieri posse, eoque casu actionem ex stipulatione, non ex testamento competere dicendum esse.*
8 *Alius error interpretum volentium dari actionem ex testamento pro donatione quæ sine stipulatione facta sit siue in testamento siue in codicillis.*
9 *Tertius eorumdem error arbitrantium donationem causa mortis hodie fieri posse per nudum pactum & eo casu competere condictionem ex lege.*
10 *Vera sententia l. 1. C. de don. caus. mort. aduersus interpretes exponitur, & n. 12.*
11 *Donatio in causa mortis quomodo sit debit. donatoris.*
13 *Error Accursij existimantis donationem causa mortis absenti fieri posse: rationis qua mouetur Accursius refutatio num. 15.*
14 *Error Baldi.*
16 *Sententia Accursij dicentis donationem inter viuos non valere inter absentes, nisi interueniat nuntius vel epistola, expenditur.*

QVI nostrorum interpretum omniũ error est vt putent donationem siue inter viuos, siue mortis causa sit tum quoque cùm stipulatio nulla intercedit contractum esse, sicut occasionem iis præbet iustam quærendi quænam actio ex donatione competat, quia vident fieri non posse, quod & nos admittimus, vt contractus vllus sit ex quo non aliqua nascatur actio, ita & errandi, cùm nunc hanc, nunc illam actionem competere existimant, quæ tamen reuera competit, quia nec vllus contractus est. Magis autem communiter † probata est illa distinctio, An donatio causa mortis facta sit per stipulationem, an per pactum nudum. Et rursum, an testamento, vel in codicillis, an extra testamentũ vel in codicillos. Non adduxit, an facta sit per traditionem, quem tamen constat fuisse olim frequentissimum donandi modum siue inter viuos, siue causa mortis, quia certum est eum qui iam tradiderit rem donatam nulla posse actione conueniri, tanquã qui iam fecerit quicquid habuit faciendum. Si per stipulationem facta donatio sit, non dubitant quin actio ex stipulatione competat omnimodo & indistinctè, id est, non solùm si stipulatio facta sit extra testamẽtum aut codicillos, sed etiam si in testamento aut codicillis: Sic enim loquuntur, quia pro explorato habent non tantùm donationem siue causa mortis, siue inter viuos, sed & alium quemlibet contractum posse fieri in testamento. Si verò nulla stipulatio interuenerit, & consequenter nudo pacto facta sit donatio, distinguunt an facta sit in testamento vel in codicillis an extra, vt priore casu competat actio ex testamento *l. 1. C. de donat. caus. mort.* Posteriore verò competat condictio ex lege Iustiniani in *l. si quis argentum. 25. §. penult. C. de donat.* Ita ex communi nostrorum sententia Didac. Couarr. in *3. parte rubric. de testam.* n. 17 Subdens quod magis mirum est n. 18. eo casu quo ex donatione causa mortis actio ex stipulatu competit esse illam bonæ fidei, ut saltem similem actionibus bonæ fidei, sicut & actio ex testamento quamuis vtraque sui natura sit stricti iuris. Ex *glos. in l. Seia. 42. in prin. in verbo. constituto, D. de mortis causa donatio.* in qua traditione ac distinctione non plura video verba, quàm errata. Nam quòd primùm volunt ex donatione † actionem aliquam competere cùm facta est per stipulationem, falsum est si subtilius agere & rem ipsam vti est considerare volumus. Eo namque casu nullus donationis cõtractus est, sed tantùm stipulationis donationem habentis pro causa, vt probauimus in præcedentibus ex *l. cùm enim. 7. iunct. §. vlt. l. preced. D. de nouat.* Ideoque actio quæ ex stipulatione illa nascitur non tam actio ex donatione dici debet, quàm actio † ex stipulatione pro donatione, quam proinde certum est nõ esse bonæ fidei, sed stricti iuris, vt & aliæ omnes sunt actiones ex stipulatione competẽtes si eam excipias quam Iustinianus sine stipulatione ac sine exemplo induxit fauore dotium in *l. vnic. C. de rei vxor actione.* In eamque rem textus mihi videtur apertissimus in *d. l. Seia.* in illis verbis, *Igitur si res singulas heredes Lucij Titij vindicent, doli non inutiliter apponetur exceptio.* Inutilis enim est & superuacua doli exceptio quoties quis bonæ fidei iudicio conuenitur, cùm dici soleat, quod & verum est, doli exceptiones bonæ fidei iudiciis ipso iure inesse. *l. sed etsi ideo. 21. D. de solut. matr. l. huiusmodi 84. §. qui seruum de leg. 1.* Quòd si dicas agi eo loco de vindicatione quæ sui natura stricti iuris actio est, aut saltem arbitraria, non autẽ bonæ fidei, non de actione quæ ex donatione competat, qualis ea est de qua tractamus quæ competit ex stipulatione interposita animo donandi. Respondebo non alio iure censeri posse stipulationem hanc & vindicationem illam, cùm neutra sit bonæ fidei, si propriam vtriusque naturam inspicias, vtraque verò causam habeat donationem, ideóque non alias quàm bonæ fidei præstationes habere deberet, si generaliter verum esset actionem siue ex donatione, siue pro donatione causa mortis competentem aut bonæ fidei esse, aut similem actionibus bonæ fidei. Ego quemadmodũ vindicatio cõpetens ei cui mortis causa donatũ fuit, non eo minùs retinet naturam actionũ stricti iuris, ita & actio ex stipulatione perinde retinebit atque si aliã quamlibet causam haberet quàm donationẽ, aut perinde atque si ex causa donationis inter viuos huiusmodi stipulatio interposita fuisset, quo casu dubitari non posset quin ea ex stipulatu actio naturã suã tẽneret, quæ illa est vt sit stricti iuris. *l. eum qui. 22. D. de donat.* vbi Modestinus scribit, eum qui donationis causa pecuniam vel quid aliud promiserit, de mora solutionis vsuras nõ debere idque summæ esse æquitatis, cùm scilicet donator ex liberalitate sua cõueniatur. *l. ne liberalitate. 50. D. de re indic. si extraneus. 33. D. de iur. dot.* ne alioqui liberalitatis suæ pœnam patiatur. *l. adres donatas. 62. de edil. edict. maxime,* inquit Modestinus, *cùm in bonæ fidei cõtractu donationis species non deputetur,* vbi † notari volo quòd ille donationis speciẽ dicit non contractũ, vt intelligamus quãtopere labãtur qui ex iis ipsis verbis probare volũt donationẽ esse contractum, sed non bonæ fidei. Ergo stricti iuris. Fateor in ea lege agi de cõtractu, cùm agatur de stipulatione, quamuis interpolita animo donãdi, ideóque potuisse dubitari, an esset cõtractus bonæ fidei, an stricti iuris, sed dico nihil minùs agere Modestinum, quàm vt dicat donationẽ esse contractũ, si accipiatur separatim à stipulatione, vel vt quærat an sit contractus bonæ fidei, an stricti iuris. Porrò in donationẽ causa mortis † multò minus cadit dubitatio, an si facta sit per stipulationẽ ea ex stipulatu actio bonæ fidei sit, an stricti iuris, quia siue cõtra donatorẽ ipsũ exerceatur

exerceatur nullius omnino momenti esse potest, cùm in donatoris arbitrio sit donationem ipsam reuocare, ideóque non subiaceat ipse periculo exactionis. *l. mortis causa. 34. D. de mortis causa donatio.* Sive donatoris heres conueniatur, qui nihil ipse promisit, ne que alio iure conueniatur, quam ex persona donatoris, nulla prorsus ratio est cur alterius conditionis hæc actio censeri debeat, quàm si aliam causam stipulatio habuisset. Nã etsi qua ratio esset quæ facere deberet vt ista ex stipulatu actio bonæ fidei naturam induere deberet, ea sola esset qua interpretes mouentur, quod mortis causa donationes accedant ad vltimas voluntates, & ad instar legatorum capiantur. *l. 2. de publician. l. illud. 37. D. de mort. caus. donat.* Nimirum quia actio ex testam. competens pro legatis, tametsi non sit bonæ fidei, tamen actionum bonæ fidei naturam in plerisque imitatur. *l. in minorum. 3. C. in quib. caus. restit. in integr. non est necess.* Atquin ostendimus in superiorib. eas mortis causa donationes quæ fiunt per stipulationem non esse ex earum numero, quibus illud possit conuenire vt dicantur capi ad instar legatorum, quia neque indigent vlla legis potestate, qua indigent cæteræ quæ per traditionem ita fiunt, vt tamen dominij translatio post mortem conferatur, cùm propriis viribus subsistant, nihilque prohibeat quominus ex eiusmodi stipulatione incipiat exactio in heredem. *d. l. mortis 34. de mort. caus. don.* Cessante igitur ratione illa quæ interpretum errori sola colorem dare posset, dicendum est ex stipulatione interposita pro donatione causa mortis competentem actionem neq. esse bonæ fidei
6 neque cum bonæ fidei actionib. commune quicquam habere. Nam quod sequitur † in *d. l. Seia. bona autem fidei iudicio constituto*, quibus potissimùm verbis Accursius mouetur, non ad vllam actionem pertinet quæ detur ex donatione causa mortis, siue vindicatio illa sit, siue actio ex stipulatione, quomodo pessimè idem Accurs. interpretatur, sed ad hereditatis petitionem vt non modò contra Accursium, sed etiam contra Cuiacium in eiusdem loci interpretatione lapsum disputauimus, li. 14. Coniect. ca. 18. Et hæc quidem dixisse sufficiat de actione illa quæ pro donatione causa mortis competit ex stipulatione. Nisi quod illud quoque mon̄ndum est quod iam su-
7 pra probauimus errare grauiter eosdem nostros interpretes in eo quod volunt stipulationem † hanc animo donandi causa mortis etiam in testamento fieri posse vt & alium quemlibet contractum, quod vtrumque nos supra loco suo abundè refutauimus & ostendimus neque stipulationem, neque donationem causa mortis, neque alium vllum contractum in testamento vtiliter fieri posse. Et verò si fieri posset talis stipulatio, vt illi volunt, eóque casu actio ex stipulatione dicenda esset, non ex testamento quæ pro donatione competeret, quæro cur magis velint esse dicendam actionem ex testamento eam, quam dant ex donatione facta in testamento per pactum nudum? Nam quemadmodum cùm donatio per stipulationẽ, ita & cum nuda pactio interuenit, datur hodie condictio ex lege. *d. l. si quis argentum. §. penult.* Cur ergo si nuda illa pactio in testamento sit, & quidem vtiliter, vt iidem volunt, actionem ex testamento dant potiùs quàm condictionem ex lege: facta verò donatione per stipulationem in testamento dant actionem ex stipulatione, non ex testamento? An non eadem prorsus ratio est concedendæ condictionis ex lege, cùm donatio citra stipulationem & traditionem facta est, quæ concedendæ actionis ex stipulatione cùm stipulatio interuenit? Et è contrario an non eadem ratio est concedendæ actionis ex testamento vtroque casu, si in vno conceditur? Sed quod tam pro certo habent dandam actionem ex † 8
testamẽto pro donatione quæ sine stipulatione facta sit siue in testamento siue in codicillis, qua ratione aut ex quo iuris loco probare possint, planè non video. Nam vt taceam quod iam dixi donationem siue inter viuos siue causa mortis non posse fieri in testamento neq. per stipulationem neq. per pactum nudum nec qua denique alia ratione, quomodo fieri obsecro potest vt actio ex testamento detur pro donatione dicta in codicillis ab intestato factis? siquidem & ab intestato donationem causa mortis fieri posse certum est, dummodo testamenti factionem habuerit donator. *l. cum is 25. in princip. D. de don.* Et tamen ex testamento actionem dari pro eo quod in codicillis relictum est, nisi & ipsi ex testamento valeat omnino absurdum est & alienum à ratione iuris *l. vlt. C. de codic.* vbi actio ex testamento opponitur actioni competenti de fidecommisso relicto in codicillis ab intestato factis, quamuis non ignorem placere nostris, vt pro fideicommisso relicto in codicillis ab intestato, detur actio ex testamento saltem vtilis, secundum Accursij sententiam in *l. 2. in verb. personalis. Cod. commun. de legat.* quod certè falsum & ridiculum est. Rursum hæc distinctio nostrorum sup-
ponit † donationem causa mortis posse fieri hodie 9
etiam citra stipulationem vel traditionem & pactũ nudum, qui alius error est in præcedentibus quoque à nobis confutatus, cum ostendimus Iustiniani constitutionem in *d. l. si quis argentum. §. penult.* ad mortis causa donationes nullomodo pertinere. Nec proinde verum esse potest quod volunt pro donatione causa mortis quæ siue traditione & stipulatione facta sit per pactum nudum competere condictionem ex lege. Denique quod addunt aliis casibus dari actionem ex testamento, in eamque rem adferunt *l. 1. C. de donat. caus. mort.* Omnium improbabilissimũ
est. Nullum enim † in tota ea lege verbum est de da- 10
da donatario actione ex testamento, neque verò lex ponit factum fuisse in ea specie testamentum, sed tantùm donationem causa mortis, qua contineretur vt altero ex donatariis defuncto, ad alterum portio eorum quæ donabãtur pertineret. In qua specie rescribit Imperator existente conditione per mortem alterutrius donatariorum si modo mortis causa donatio perfecta sit, quod fit insecuta morte donatoris ante reuocationem fideicommissi actionem, superstiti donatario competere. Cùm itaque de sola fideicommissi actione lex loquatur, cur sic interpretari volumus vt sit actio ex testamento siue directa, siue vtilis? Quasi verò non sufficiat persecutio fideicommissi extraordinaria ad consequendum fideicõmissum, quæ prætorem ipsum fideicommissarium habet iudicem, non pedaneum & datum iudicem quomodo habent cæteræ quæ propriæ sunt actiones: Vnde & persecutio dicitur, non actio & extraordinarij non ordinarij iuris habere executionem in *l. pecunia 178. §. actionis D. de verb. signif.* quoniam vt alibi explicauimus, non cognoscebat prætor ipse nisi extra ordinẽ cùm ordinarium esset vt iudices daret *l. 2. C. de pedã. indicib.* Sed & in eo labitur euidẽter Accursius, quod actionem hanc fidecõmissi dari putat ex donatione causa mortis hoc sẽsu quasi donatio mortis fidecommissi appellatione contineatur ex *l. vlt. eod. tit.* Notans ob hanc causam *fideicommissi actionem* scriptum esse pro *quasi fideicommissi* quod mortis causa donatio fideicommissum propriè non sit sed fideicommisso æquiparetur. Nam imò verò loquitur lex, & intelligẽda est de vero fideicõmisso, & quod propriè tale sit, donatio causa mortis. Siquidẽ à donatario causa mortis donari non potest, non magis quàm à legatario legari, at fideicommissum

relinqui

relinqui poteſt perinde ac legatario & fideicommiſſario quolibet *l. Seia 1.in fin. D. de dote relegat. l. fideicommiſſum 78.de leg.1.* Quidni verò ? cùm etiam à quocunque debitore fideicommiſſum relinqui poſſit poſt reſcriptum Diui Pij de quo in *l.ſi pecunia 77.*
11 *eod.& in l. cùm quis decedens 37.§.pater de leg.3.* Nam & donatarius † cauſa mortis quodammodo debitor eſt ſui donatoris, non tantùm naturaliter ob acceptum ab eo beneficium *l.ſed etſi lege 25.§. conſuluit. D. de petit. hered.* ſed etiam ciuiliter ob id quod negotium in hoc donationis genere aliquod contrahatur inter donatorem & donatarium ex qua parte donator ſe cogitat & donationem vult ſiue ad ſe ſiue ad alium reuerti *l. Senatus. 35.§. 1. D. de mort. cauſ. don.* ex quo etiam fit vt donator ex pœnitentia condictionem habeat contra donatarium *l.qui mortis 30.eod.* quam vtique habere non poſſet ſi donatarius non eſſet ei obligatus. Nihil ergo impedit, quominùs donatarius cauſa mortis fideicommiſſo grauari poſſit in eum caſum quo ante alium condonatarium moriatur: Nec aliud quicquam requiritur vt hoc fideicommiſſum valeat, niſi vt & fideicommiſſi conditio extiterit, & mortis cauſa donatio perfecta
12 ſit, mortuo donatore in eadem voluntate. In quo rurſus errat Accurſius, qui † verba illa *ſi mortis cauſa donatio perficiatur* ſic interpretatur, acſi duntaxat ſcriptum eſſet *ſi mortis cauſa donare voluit.* Deinde aliter, acſi eſſet adiectum *per ſtipulationem.* Cùm è contrario donationem cauſa mortis, quam factam eſſe conſtabat, perfectam interpretari debuerit, quæ non fuit reuocata. Si enim poneres reuocatam fuiſſe à donatore donationem cauſa mortis dubitandum non eſſet quin fideicommiſſum quoque intercideret quod à donatario alioqui præſtandum fuiſſet. Itémque ſi à fideicommiſſi voluntate donator receſſiſſet adempto fideicommiſſo eo modo quo fideicommiſſa cætera adimuntur ſiue expreſſo ſiue tacito iudicio ſalua nihilominus manente donatione.
13 Nec leuior alius eiuſdem Accurſij error eſt, probantis ex *d.l.2.* abſenti † poſſe fieri donationem cauſa mortis vt fideicommmiſſum vel legatum, ideò tantùm quod in omnibus donationes ſint ſimiles legatis. Non enim donatio cauſa mortis in hac ſpecie confertur in abſentem, ſed fideicommiſſum, in eóque donationem cauſa mortis etiam hodie à legatis & fideicommiſſis differre fatendum eſt, quod fieri non poteſt niſi præſenti, manétque incorrecta *l. inter mortis 38. D.eod.* quæ hoc ipſum apertè dicit. Illa namque legatorum & mortis cauſa donationum comparatio, cùm non ſit perpetua ſed ſuas habeat exceptiones, quod nec Iuſtinianus ipſe diffiteturin § 1. *Inſtit.d. donat.* in nullo tamen magis fallit, quàm in hoc quod legatum aut fideicommiſſum in abſentem conferri poteſt, adeóque in ignorantem *l. cum pater.77.§. fardo de leg.2.* donatio autem mortis cauſa non poteſt vt ſcripſimus in Error. 5. Decadis præcedentis. Atque ita Baldus ſenſiſſe videtur qui ad *d. l.1.* notat donatarium non debere id quod ſibi donatum eſt petere tanquam donatum ſed tanquam debi-
14 tum ex vltima volũtate. In eo tamen errant † quod non putãt poſſe quid peti ſimul tanquã donatũ cauſa mortis & tanquam ex vltima volũtate cum donatio cauſa mortis ſit ſpecies vltimæ voluntatis. Et quod
15 addit † Accurſ. non intereſſe cum quo de ſupremis qui loquatur, ex *l.miles 75. in princ. & d.l. cùm pater 77.§ donationes eod.* non ad mortis cauſa donationes pertinet, ſed ad fideicommiſſa quæ nuda voluntate conſtituuntur. Eſſétque probabilius ſi quis defenderet hoc caſu donationis cauſa mortis nomen impropriè ſumi pro legato aut fideicommiſſo arg. *l. & fideicommiſſum 87.de legat 3.* quod fortaſſe ſenſit Accurſius qui pro ſe citat textum *l.quoties 12. D. de reb. dub.* vbi ſcriptum eſt, quoties in actionibus aut exceptionibus ambigua oratio eſt, commodiſſimum eſſe id accipit quo res de qua agitur magis valeat quam pereat: Quali verò aliqua ſit ambiguitas, cùm donator ſe donare dixit mortis cauſa an legare voluerit vel fideicommittere, vel mortis cauſa donare Quod certè falſum eſt, & in hac ſpecie locum verè habet, ſi quando vnquam alias quod dici ſolet, cùm in verbis nulla eſt ambiguitas non eſſe admittendã quæſtionem voluntatis *l. ille aut ille 25. §. de leg. 3.* Niſi fortè hoc potiùs dicere voluit Accurſius, in dubio illo. An mortis cauſa donatio abſenti facta valeat, tanquam valeret legatum aut fideicommiſſum, an verò non valeat quomodo nec valeret donatio inter viuos, probabilioré eſſe interpretationem illam quæ donationem habeat pro bona quàm quæ fecerat inualidam. At neque bona eſſet ratiocinatio. Non enim dubia res eſt, cùm neq. in verbis ambiguitas vlla eſt, neq. obſcuritas aut difficultas vlla in ratione iuris. Alioquin licebit cuique rem quamlibet etiam certi & indubitati iuris dubiam dicere, & ita ſibi ad ſentiendum de ea quicquid velit viam aperire, quod plerique ætatis noſtræ Doctores faciunt habentes pro dubiis & conſequenter arbitrariis illa etiam quę certiſſima ſunt & explorata, non ſine grauiſſima non ſolùm iuriſprudentiæ noſtræ, ſed etiam reipublicæ, ac iudiciorum perturbatione, vt nihil iam in toto iure noſtro certum eſſe videatur, in quo tamen prudentes illi veteres vix quicquam reperiebant cuius nomine putarent ſibi licere poſſe vt alij ab aliis diſſentirent. Neq. tamen video cur in dict. *l.1.* tractet Accurſ. de donatione cauſa mortis facta abſenti cum proponeretur facta duobus ea lege vt præmortui portio ad ſuperſtitem rediret. Quoties enim legimus factam donationem cauſa mortis ponendum neceſſario eſt interueniſſe traditionem vel ſtipulationem ac proinde fuiſſe donatarium præſentem *l. inter mortis 38. D. eodem.* Planè non nego poſſe quem tibi præſenti mortis cauſa donare ita vt poſt mortem tuam mihi reſtituatur licèt eo tempore quo tibi donatio facta eſt, & donationi lex dicta, ego abſens fuerim: Nempe quia quod ad me attinet non mortis cauſa donatio dicenda illa eſt ſed fideicómiſſum quod cõſtat etiã abſenti relinqui poſſe. Sed eſt aliena illa ſpecies à ſententia *d.l. 1.* in qua vterque donatarius proponebatur, & conſequẽter preſens fuiſſe. Errat idem noſter † Accurſius ad *d.l.1.* cùm ait donationẽ ſimplicẽ & inter viuos nõ valere inter abſentes niſi in- 16
terueniat nuncius vel epiſtola, Etſi enim iure vetere id verũ fuit ratione illa quod nõ poſſet fieri donatio inter viuos niſi per traditionẽ vel per ſtipulationẽ *l. abſenti.10. D. de don.* hodie tamẽ id falſum eſt poſtquã Iuſtiniano placuit in *d.l.ſi quis argentũ.§ pen.* vt neque traditio neque ſtipulatio neceſſaria ſit, ſed ſufficiat quælibet teſtificatio volũtatis. Quid enim vetat teſtificationẽ hanc volũtatis fieri etiã abſente donatario, etiã nullo nuncio vel epiſtola intercedẽte? tum quoq; cum donata res non eſt penes donatariũ? Quo tamẽ caſu non valuiſſet olim donatio, nec ſi epiſtola interueniſſet, niſi etiam facta fuiſſet per interpoſitam perſonã quæ vel tradidiſſet, vel ſtipulãtis donatoris iuſſu promiſiſſet. Sic enim accipiẽdũ eſt quod de donatione per epiſtolã facta ſcriptũ eſt in *l ſi donatio 5 l. ſi aliquid. 13. C. de donat.* vt cõſtat ex *d.l. abſẽti & l.4. D. eod.l.1. in princ. D. de verb. obligat.* Itaq; differt in hoc hodie donatio cauſa mortis à donatione inter viuos à qua olim nõ differebat, propterea quod in donatione inter viuos ius vetus eſt correctũ, quod non fuit correctũ in donatione cauſa mortis quippe ad quã vt diximus non pertinet cõſtitutio Iuſtiniani. Poſtremò

ne quid ex omnibus † Accurſij gloſſis ad *dd. l.* 1. intactum relinquamus, errat etiam Accurſius in eo quod reſcriptum Imperatoris in *d. l.* 1. quod de donatione cauſa mortis expreſſim loquitur, porrigit ad donationem inter viuos hactenus, inquit, vt etiamſi inter viuos donatum ſit, detur actio ei ad quam donator voluit rem donatam poſt donatarij mortem peruenire. Ex *l. quoties* 3. *C. de donat. quæ ſub mod.* Nam quæ in ſpecie *d. l. quoties* datur actio ei cui ex voluntate donatoris reſtituenda res fuit, non eſt actio fideicommiſſi, nec alia vlla perſonalis, ſed in rem vtilis, nec rurſus talis, quæ ex ratione iuris competat, ſed quam ex æquitate Imperatores induxerunt vt eadem lex ait, De cuius tamen ſententia & interpretatione videnda erunt, quæ copioſiùs ſequenti Decade diſſeremus.

ANTONII FABRI IC.

Decas Quadrageſima ſexta.

ERROR PRIMVS.

De donationibus cauſa mortis inter coniuges factis, an valeant.

SVMMARIA.

1. *Proponitur expendenda ſententia Didaci Couarruuia, Donationem inter coniuges mortis cauſa factam minimè valere.*
2. *Eiuſd. ſententia fulcra.*
3. *Notantur tres Didaci errores.*
4. *Inter virum & vxorem mortis cauſa donationes validas eſſe, aduerſus Didacum pluribus ll. textibus oſtenditur.*
5. *Valet inter coniuges donatio quæ fit cauſa diuortij ſub ipſo diuorty tempore.*
6. *Item quæ fit in caſum exilij.*
7. *Valet & donatio quæ fit manumiſſionis cauſa.*
8. *Didaci errores varij, & num. 9.*
10. *Explicatur & emendatur l. mortis 52. D. de don. int. vir. & vxor, quâ abutitur Couarruuias ad ſententiam num. 1. propoſitam ſtabiliendam. & num. 12.*
11. *Ex eo quod donatio cauſa mortis à ſocero facta nurui non valet ſequi donationem cauſa mortis inter coniuges factam non valere, aduerſus Didacum & cur.*
13. *Legati & mortis cauſa donationis differentia nonnulla.*
14. *Ius fuitatis non perimitur per exheredationem.*

VARIVS multa in præcedentibus Decadibus iam attigerimus de donationibus inter virũ & vxorẽ etiã quæ mortis cauſa factæ ſint, præſertim verò in *Error.* 7. & 8. *Decadis.* 44. nondũ tamen ſatis diligenter ſcripſiſſe nobis videmur, ac quantum neceſſe eſt ad pragmaticorum noſtrorum & interpretum errores, qui in hoc tractatu paſſim
1 occurrunt, profligandos. Ille autem vt primus, † ita meo iudicio grauiſſimus occurrit, à quo Didacum Couarr. diligentiſſimum alioquin & eruditiſſimum ſcriptorem video tractationem ſuam De mortis cauſa donationibus inchoaſſe in *part.* 3. *rubr. De teſtam. num.* 2. vbi ait Donationem inter coniuges mortis cauſa factam minimè valere, atque in hoc
2 ſimilem eſſe donationi inter viuos, Ex *l.* † *mortis* 53. *D. de donat. int. vir. & vx.* & ex Accurſij gloſſa ab omnibus, inquit ille, adprobata ad *l.* 2. *in prin. alias l.* 1. *§. Celſus 9 in verb legatum D. de don. relegat.* Hancque conclusionem infert ex generaliore illa propoſitione quam idem ille præmittit numero primo ex omnium interpretum opinione Donationẽ cauſa mortis quod ad eius initium & ordinationem ſpectat propiùs accedere ad contractum quàm ad vltimam voluntatem, ita vt non omnia quæ in agenda aut conſtituenda vltima voluntate exiguntur, in actu donationis cauſa mortis ſint neceſſaria, ſed ea quæ in contractibus ineundis requiruntur in hoc donationis genere adhiberi oporteat. Ac quoniam videt Franciſcum Ripam ad *l.* 2. *de leg.* 1. in hoc à cæteris diſſentire, non quod ad veritatem concluſionis, ſed quod ad conuenientiam illationis, quaſi hac etiam parte donatio cauſa mortis ſimilior ſit vltimæ voluntati quàm contractui, cum donatoris morte confirmetur quomodo legatum confirmaretur. *l. mortis cauſa donatio* 34. *D. de mort. cauſ. don.* Replicat Didacus falli Ripam, quia, inquit, licet donatio cauſa mortis inter non coniuges facta morte confirmetur, non ſic tamen confirmatur quæ facta eſt inter coniuges niſi traditio præceſſerit, ex *l. ſed interim* 11. *De donat. inter vir. & vx.* & *Baldo in l. executorem n.* 35. *C. de execut. rei iudic.* Sicut, inquit, cæteræ etiam donationes inter viuos coniuges factæ traditionem exigunt vt morte confirmentur ex *l. Papinianus* 23. *D. de don. int. vir. & vxor. & gloſſ. in l.* 2. *C. de dot. caut. non num.* Atqui hæc traditio in legato non requiritur: Ergo, ait ille, aduerſus Ripam doctorum opinio recipienda eſt. Non nego falli Ripam & quotquot ſunt, ſi qui ſunt, qui cum Didaco defendant donationem cauſa mortis inter coniuges non valere, ſed hoc contendo duplicem Didaci † errorem eſſe, vnum 3
hunc quod putet inutilem eſſe huiuſmodi donationem, Alterum quod vult vſque adeo inutilem eſſe, vt nec donantis morte confirmetur niſi præcedente traditione. Adderem tertium qui in eo eſt, quod nec inter viuos coniuges factæ donationes aliter valere patitur, quàm ſi factæ ſint per traditionem. Si non eſſet hic iam à nobis ſatis ſuperque confutatus in Err. 5. Decad. 42. Atque hic tertius quidem error, non Didaci aut interpretum noſtrorum duntaxat eſt, fuit etiam Papiniani ob idque tolerabilior & excuſabilior cæteris omnib. tota hac noſtra Chiliade refellendis. Sed priores duo vereor ne ſoli Didaco ſint accepto ferendi: etſi parum refert cuius errores ſint, dummodo errores eſſe conſtet: maximè cùm Didaci autoritas & in ſcholis & in tribunalibus iam tanta ſit, nec immeritò ſi is cùm reliquis pragma- 4
ticis conferatur, vt ſi non omnium certè plurium inſtar eſſe poſſit. Quo magis & nobis & optimo cuique laborandum eſt ne ſola hominis autoritate

ipſius

ipſius errores inualeſcant apud eos ſaltem, qui pro veris habent quæcumque nullomodo vident vel au-
4 diunt confutata. Primum errorem † conuincit manifeſtè Vlpianus in *l.ſi eum vxori 9.§.vlt.D.de don.int. vir.& vxor.* vbi ait diſertis verbis inter virum & vxorem mortis cauſa donationes receptas eſſe. Cuius rei ratio ſtatim ſubiicitur ex Caio in *l.ſeq.* quia in id tempus excurrit donationis euentus, quo vir & vxor eſſe deſinunt. Senſus eſt non alia ratione prohibitas eſſe donationes inter virum & vxorẽ, quàm quòd ſint coniuges, quos credibile eſſet ob mutuum illum amorem, qui ex tam arcta coniunctione naſcitur ſpoliaturos ſe bonis ſuis, ſi inter eos huiuſmodi donationes permitterentur *l.1.2.& 3.eod.* Hanc verò rationem ceſſare in donationibus cauſa mortis quia conferuntur in id tempus quo vir & vxor eſſe deſinunt, in tempus ſcilicet mortis, quo matrimonium diſſoluitur. Nihil ergo impedire quominùs etiam inter coniuges valeant, mortis cauſa donationes, quamuis inter eos nunquam valeant ſimplices donationes quæ inter viuos dicuntur, ſi modo tales ſint per quas fiat locupletior is qui accipit, & pauperior is qui donat *l ſi ſponſus 5.§.conceſſa & § penult. & vlt.eod.* Idque etiam eſt quod tractat Marcianus in *l.vbi ita donatur 27.D.de mort. cauſ. don.* ſi mortis cauſa donetur ita vt nullo caſu reuocari poſſit donatio, magis donandi cauſam eſſe mortem, quàm mortis cauſa donationem, & ideo perinde haberi debere atque aliam quamlibet donationem inter viuos Ex quo ſtatim infert, *Et ideo inter virὸs & vxores non valet.* Nimirum quia cenſetur iure donationis inter viuos, cùm ſi habenda eſſet pro donatione cauſa mortis, vtique valeret. Alioquin eſſet inepta & ridicula conſecutio & illatio ſi eiuſmodi donatio valere non poſſet nec ſi mortis cauſa facta eſſe proponeretur. Eodem pertinet quod Papinianus reſpondit in *l.ſi mortis 40.e.tit.* Si mortis cauſa inter virum & vxorem donatio facta ſit, morte ſecuta reduci eam ad id tempus quo interpoſita fuiſſet. Non alia vtique ratione, quàm quod ea ſit natura donationum cauſa mortis, non etiam donationum inter virum & vxorem, etiamſi donatoris ſilentio ac morte fuerint confirmatæ. Alioquin quid attinuiſſet tractare de donatione cauſa mortis? An non ſufficiebat dicere *ſi inter virum & vxorẽ donatio facta ſit*? Sed & certum eſt donationes inter virum & vxorem quantumuis ſilentio & morte cõfirmatas nihilo magis retrotrahi, niſi ſpeciali voluntate fuerint confirmatæ *l.donationes quas parentes 25.C. de donation.inter virum & vxorem.l.cùm pater 77.§.pater filiæ De legat.* 2. Quod ergo retrotrahantur fit poteſtate illius adiectionis quod cauſa mortis factæ ſint & conſequenter ex eo apparet mortis cauſa donationem inter coniuges valere. Si enim non valeret quomodo effectum illum habere poſſet, vt donatio ad id tempus quo facta eſſet retrotrahi deberet? Accedit quod Iauolenus ſcribit in *l.ſi is ſeruus. 20. D. de don. inter virum & vxorem.* Si is ſeruus qui vxori mortis cauſa donatus eſt priuſquam vir deceſſerit ſtipulatus ſit, in pendenti eſſe cauſam obligationis donec vir aut moriatur, aut mortis ſuſpicione propter quam donauit liberetur: Quicquid autem eorum inciderit, quod donationem aut perimat aut confirmet, id quoque cauſam ſtipulationis vel confirmaturum vel reſoluturum. Cur verò hæc mortis cauſa donatio eſt, eandemq naturam retinens cum facta eſt inter coniuges, quam haberet ſi inter alios quoſlibet facta eſſet. Addamus denique ſi placet Scæuolam in *l. ſi quod mihi 56.eodem* (nam in re tam aperta comprobanda quam & Vlpianus pro certa ſupponit in tota *l.ſed interim 11.eod.* fruſtra eſſet quærere plures locos.) Si quod mihi, inquit ille, mortis cauſa donare quis vellet, ego purè vxori donare vellem, non valet quod vxori iubeo dari, quia illo conualeſcente conditione teneor, mortuo autem eo nihilominus pauperior ſum, quia non habeo quod habiturus eſſem. Cur enim ponit Scæuola purè factam à me donationem, quam negat valere? Niſi vt oſtendat aliud ſe reſponſurum fuiſſe ſi donatio à me non purè & abſolutè, ſed mortis cauſa facta fuiſſet: Nam & eo caſu ceſſaret ratio illa qua mouetur Scæuola vt neget valere donationem. Et verò ſi valet dona-
5 tio † inter coniuges etiam quæ fiat cauſa diuortij, dummodo ſub ipſo diuortij tempore non ex cogitatione quandoq. futuri diuortij fiat. *l.ſed interim. 11. §.vltimo.& l.ſequenti. D.de donatio. inter virum & vxorem* (alioqui enim ideo non valeret quod improbi diuortij conſilio non tantum cauſam ſed etiam præmium dare videretur) item illa quæ fit in caſum †
6 exilij & deportationis. *l.ſed ſi mort.13.§.1.l. inter virum 43.eodem.* quamuis caſus illi omnino ſint & abominabiles, quanto magis debet valere facta in caſum, & cauſa mortis qui caſus naturalis eſt & præuidendus magis, quàm abominandus? Sed & dona-
7 tio † quæ fit manumiſſionis cauſa valet, *l. quod autem.7.§.vlt.eod.l.maritus 22.C.eo.l.ſi quãdo 109.De legat.1.* quia licet qui manumittit acquirat ſibi libertum non ideo tamen fit locupletior, cùm acquiſitio liberti non ſit in patrimonio, nec faciat quemquam locupletiorem, immo potiùs pauperiorem, ſi dominus erat anteà is qui manumittit. *l. nemo præda eſt 126.§ primo De regu.iur.* Quidni ergo valebit mortis cauſa donatio facta inter coniuges, & collata in id tempus quo poſſit quidem fieri locupletioris qui accepit, ſed non pauperior qui donat. Nemo ſiquidem moriendo fit paupertior, cùm eo inſtanti fiat nullus. Neque ſanè Didacus ipſe hoc negare poteſt, qui ſupradicto loco, numero quinto, ad finem ſcribit in hæc verba, *Porro ante orationem Diui Marci* (Seueri vt puto voluit, certè debuit dicere) *quia obtinuit donationem inter coniuges morte donantis præuia traditione effectum ſortiri, donatio mortis cauſa inter coniuges valebat, quia in tempus diſſoluti matrimonij conferebatur, l.ſi eam vxori in fi.& l.ſequenti. D. de donat. inter virum & vxorem: atque morte donantis cõfirmabatur nulla reuocatione ex pœnitentia donantis præmiſſa.* Quamquam quid ille ſibi † velit iis verbis *ante orationem Diui* 8
Marci ego non intelligo. Quaſi verò aliud ius hac parte fuerit ante, aliud poſt orationem Seueri. Quod vtique ridiculum eſt. Cur enim credamus donationes cauſa mortis, quæ ante illam orationem valebant inter coniuges perinde atque inter alias quaſlibet perſonas, ob id hodie infirmiores eſſe debere, quod eadem oratione confirmatæ ſint donationes à coniugibus inter viuos factæ, quæ antea non valebant? Sed & in eo malè loquitur † Didacus, quòd 9
ait ante orationem illam ita ius fuiſſe, vt mortis cauſa donationes morte donantis confirmarentur. Nam quæ ab initio valet mortis cauſa donatio, ea morte donantis non confirmaretur, ſed perficitur *l. non videtur, trigeſima ſecunda. D. de mortis cauſa donatio.* At neque poſſum videre vnde tanti erroris cauſam vel potius occaſionem Didacus ſumpſerit. Nam quod 10
obiicit † ex *l.mortis quinquageſimatertiæ. D. de donat. int.vir.& vxor.* ad rem noſtram omnino non pertinet. Ibi enim hoc tantùm Papinianus ſcribit, ſocerum fruſtra mortis ſuæ cauſa vel nutui vel genero donare. Ratione illa, quòd mortuo ſocero nuptiæ non ſoluantur. Nec intereſt, inquit, pater filium vel filiam exheredauerit, quia licet hoc caſu non videatur pater donaſſe nutui fauore filij, quem exheredauit, aut genero fauore filiæ quam ſimiliter exhere-

dauit, ſemper tamen verum eſt factam donationem ab eo alterum ex coniugibus habuerit in poteſtate, quod ſufficit vt donatio impediatur *l. 3. §. ab vxoris eod.* vbi quod habet vulgata lectio, ab vxoris nuruſve parte prohibitum eſſe donari viro vel genero, haud dubiè mendoſum eſt legendumque *patre* non *parte* duabus illis literis vt quæ tranſpoſitæ erant repoſitis in ſuum locum. Alioqui ſi cum Azone & Accurſio ea verba *vxoris nuruſve* ſic intelligas vt eadem perſona ſit & vxor & nurus & habito reſpectu ad diuerſas perſonas, præter id quod vix bonum vllum ſenſum aſſequeris nunquam ſanè facies quin ſcribi potiùs debuerit, idque tamen ineptè *vxoris nuruſque* potiùs quàm quomodo ſcriptum eſt *vxoris nuruſve*. Sed dicat aliquis ſi donatio cauſa mortis inter coniuges † facta valet, quidni etiam valebit ea quæ facta ſit à patre alteruttius coniugum cauſa mortis ſuæ? Hoc enim eſt quod videtur Didacum decepiſſe exiſtimantem ſi donatio cauſa mortis à ſocero facta nurui non valet, quòd habeat maritum in poteſtate multo minùs valituram eam quæ à marito ipſo collata eſſet in vxorem. Verùm debuit animaduertere diſſimiles eſſe hos caſus nec obſcuram diſſimilitudinis rationem quam exprimit Papinianus, cum ait non ſolui nuptias generi nuruſue ſocero defuncto: Hoc nimirum ſenſu acſi diceret inter ipſos quidem coniuges permiſſas eſſe mortis cauſa donationes, quia, vt diximus conferentur in tempus non equidem diſſoluti quomodo malè idem Didacus loquitur, ſed diſſoluendi matrimonij, & quo ille vir & vxor eſſe deſinunt. At in donatione, quam ſiue mariti ſiue vxoris pater fecerit eam rationem locum non habere ſi ſocer ille donauerit cauſa mortis ſuæ, quoniam hæc donatio cùm perficiatur morte donatoris, perficitur eo tempore quo nuptiæ adhuc ſubſiſtunt, quippe quæ non ſoceri ſed alterutrius tantùm ex coniugibus morte diſſolui poſſint: Ideoque ratio eadem facit ne talis donatio valeat quam ſocer mortis ſuæ cauſa fecerit, quæ impediret ne valere poſſet illa quam idem ſocer inter viuos feciſſet. Nempe quod ea quæ fit à parte habente maritum vel mariti vxorem in poteſtate, perinde habenda ſit acſi à marito ipſo vel ab vxore facta eſſet. Portò quæ ab ipſo coniuge facta eſſet inter viuos, id eſt ita vt non eſſet collata in tempus mortis donantis, ea ſine dubio non valeret, obſtante matrimonio. Ergo nec valere debet ea, quam ſocer fecerit cauſa mortis ſuæ, non magis quàm ſi donaſſet inter viuos ſub aliqua conditione, quæ & durantibus adhuc nuptiis contigiſſet, ſiue viuo ſiue mortuo iam donatore. Quid enim refert an per donatoris mortem exiſtat conditio donationis, an aliter, ſi modo perſeuerent nuptiæ ex quibus pendet ratio tota impediendæ donationis? Aliud igitur erit ſi ponas ſocerum donaſſe genero, vel nurui cauſa mortis vel filij ſui ve filiæ. Hoc enim caſu quandiu conſtat matrimonium donatio pendet ac reuocabilis eſt, tanquam quæ nondum perfecta ſit, vtpote que ſit perficienda morte illius cuius mortis cauſa donatum fuit. Quo autem inſtanti perficitur & fit irreuocabilis, id eſt cum filius moritur, vel filia, matrimonium quoque diſſoluitur, & ita finitur ratio quæ donationem impediebat ne interim valere poſſet: Denique bona eſt hoc caſu comparatio donationis quam vnus ex coniugibus mortis ſuæ cauſa fecerit, & illius quam pater vnius ex coniugibus fecerit cauſa mortis non ſuæ ſed coniugis. Et quemadmodum in Decadibus præcedentibus diximus, ſi pater donet alicui cauſa mortis filij ſui, non poſſe reuocari donationem illam niſi quandiu filius viuit, propterea quod non patris ſed ſibi morte perficiatur, adeoque mortuo ante patrem filio non poſſe talem donationem dici vltimam voluntatem neque patris, qui ſe viuo eam irreuocabilem factam videt, neque filij cuius non fuit eam reuocare ſed patris ex *l. nec fratris. tertia. C. de donatione cauſa mortis l. 4. D. de manumiſſ. vindict.* Ita cum pater mariti donat nurui, vel pater vxoris genero cauſa mortis ſuæ propriæ, non ad aliud prodeſſe poteſt factam eſſe mentionem mortis, quam vt in donatoris poteſtate eſſet quamdiu viuit donationem reuocare ſi ea valeret. Cæterum eo moriente adeò perficitur donatio vt quod ad coniuges ipſos attinet non alio iure cenſeri poſſit quàm donationis inter viuos cum neque à patre ipſo reuocari poſſit qui iam deceſſit, neque à cõiuge qui ipſe non donauit, & qui tamen eo adhuc tẽpore in matrimonio reperitur. Ergo donationem hanc illud bonam facere non poteſt, quod facta ſit cauſa mortis ſoceri qui donauit, quippe quam non ipſius ſoceri vita ſed filij filiæve matrimonium quod adhuc durat impediebat ne inter viuos valere poſſet. Planè ſi poneres defunctum hunc donatorem poſt filium vel filiam ſuperſtite altero coniuge cui donauerat, nec mutata voluntate, non putarem dubitandum quin donatio valeret, quippe quæ perficeretur eo tempore, quo iam nulla ſubeſſet cauſa eius impediendæ, morte ſcilicet donatoris, & matrimonio filij vel filiæ iam ſoluto. Nam & ſi poneres ſocerum non mortis ſuæ cauſa, ſed diuortij donaſſe genero vel nurui hoc eſt in eum caſum quo matrimonium filij vel filiæ per diuortium ſolueretur, valeret donatio dummodo ſub ipſo diuortij tempore non futuri quandocumque diuortij cogitatione facta eſſet (ſic enim Papinianum intelligo in *d. l. mortis arg. d. l. ſed interim 11. §. vlt. & l. ſeq. eod. tit.*) Non alia ratione, quàm quia ceſſaret illo caſu ea ratio, quæ inutilem faceret donationem, ſi mortis ſuæ cauſa ſocer donaſſet, ac deinde viuo adhuc filio filiáve deceſſiſſet: cum eodem tempore & donatio perficeretur, & matrimonium foueretur. Idque eſt quod Papinianus † elegantes ſuo more, ſed ſubobſcurius ſubiicit in *d. l. mortis. Diuortij ſpecies, eadem ratione. diuerſa eſt.* Dicitur enim fieri eadem ratione etiam quod fit in contrarium ob id ſolum quod ceſſet ea ratio, quæ ſi non ceſſaret aliud ius induceret. Eademque ratio eſt, quæ diuerſum quoque ius inducit in diuerſis caſibus, cùm iuris diuerſitas non ſumitur niſi à ceſſante ratione. Ratio illa erat quæ faciebat inutilem donationem cùm mortis ſuæ cauſa ſocer donauerat, quod mortuo ſocero non idcirco nuptiæ ſoluerentur. Atqui ratio illa ceſſat cùm donauit ſocer cauſa diuortij, quia diuortio matrimonium ſoluitur. Eadem ergo ratio quæ priorem donationem faciebat inutilem, faciet vtilem poſteriorem. Rurſus eadem ratio eſt dicendæ validæ donationis quæ facta ſit in caſum mortis filij vel filiæ à ſocero, quæ & donationis factæ in caſum diuortij quia non minus filij vel filiæ morte quàm diuortio ſoluitur matrimonium. Ergo perinde valere debet hæc atque illa donatio, quomodo accipi debet quod Paulus ſcribit in *l. ſi cum 26. §. 1. D. de donatione inter virum & vxorem.* in illis verbis *ergo ſocer genero mortis vel diuortij cauſa donabit.* Mortis ſcilicet filij non ſuæ vt Vlpianus ait in *l. mortis cauſa filij 11. D. de mortis cauſa donatione.* Et tamen ſi ſocer dotem nurui relegaſſet, non quòd ius actionis de dote vellet relegare (hoc enim fieri non poſſet manente adhuc nupta muliere) ſed quòd dotalem pecuniam recipere eam vellet, vtile eſſet legatum quemadmodum idem Vlpian. ex Celſo ſcribit in *l. 1. §. Celſus a liàs l. 2. in prin. de dot. relegat.* Differt igitur hac in re † legatum à donatione cauſa mortis vt bene Accurſius ad eum

11

12

13

eum locum annotauit:Et diuersitatis ratio minus euidens, quam Accursius non attulit, illa est, quia licet quandiu donator viuit donatio causa mortis non minus sit reuocabilis quam legatum,eo verò mortuo non minùs irreuocabile sit legatum qnàm mortis causa donatio, tamen legatum semper remanet vltima voluntas patris, nec vnquam degenerat in donationem inter viuos quæ ab ipso filio filiáve coniuge facta esse videatur. At mortis causa donatio à socero facta non causa mortis filij vel filiæ, sed mortis suæ postea mortuo donatore superstite filio vel filia,& durante adhuc matrimonio, degenerat in donationem inter viuos quam ipse filius vel filia feciſſe intelligitur cùm pater fecit, in cuius ille illáve fuit potestate. Nec tantùm si filius ipse institutus fuerit vel filia (quo casu apertius est videri donatum à coniuge quod ipsius pater donauit,quodque ille nunc habiturus esset si donatum non fuisset *arg.d.l.si quod mihi* §6. *De donatione inter virum & vxorem*) sed etiam si exheredatus, vt Papinianus scribit in *d.l. mortis* quia nõ facit exheredatio,quin sẽper verum sit donatam fuisse à patre rem quæ iam tũ erat filij propter coniunctionem illam dominij, quam inter patrem & filium inducit ius patriæ potestatis & vocant suitatis *l.in suis.* 11. *D.deliberis & posthumis*, nec proinde quin ab ipso filio filiáve quodammodo facta videatur donatio in casum mortis patris. Quod non similiter dici potest in legato per patrem facto, quia cùm sit vltima patris voluntas nunquam potest videri facta per alium quàm per patrem ipsum quoniam nec posset, cumque conferatur in id tempus quo pater erit mortuus & consequenter quo filius erit institutus vel exheredatus, nam si esset præteritus neq; testamẽtum valeret,neque legatum)siue institutus reperiatur,non potest recusare quo minus legata omnia præstare debeat,siue exheredatus táto minùs dici potest alienatam esse per legatum rem quæ fuerit ipsius, cùm per exheredationem summotus sit & exclusus à bonis paternis. Itaque quãuis mortuo patre duret adhuc matrimonium,ea tamen res non potest inutile facere legatum:quomodo faceret inutilem mortis causa donationem,quæ scilicet propriis viribus subsistit,nec requirit vt factum sit testamentũ *l.cum is* 25. *D.de mortis causa donatione*,ideoq; nec curat an filius institutus sit,an exheredatus, an præteritus. Nisi quod rescisso per inofficiosi querelã testamento,si filius immerenter exheredatum se probaret, infirmaretur quoq; mortis causa donatio, quæ ex testamẽto aliquando valuisset, vt probauimus Decade præcedente ex *l.etiam.* 11. *D. de inofficioso testamento.& l.sed sub conditione* 18.§.1.*D. de hered.instit.* Denique legatum relinquitur ab herede, qui si filius est perinde atque alius extrancus quilibet ex testamento obligatur:Si verò filius exheredatus est, non potest ipsius persona inutilem facere donationẽ, cùm exheredati ratio nulla sit habenda quod ad hereditatem,& ea quæ delibantur ex hereditate, cuiusmodi sunt legata *l.legatum est delibatio*, 116.*de legatis primo*. At donatio causa mortis non relinquitur abhered, cùm fiat ea mente vt donatoris heres neque honoretur, neque oneretur: Nec est delibatio hereditatis,sed patrimonij donatoris viuentis, cùm viuo donatore,id est,eo instanti,quo ipse moritur, perficiatur, licet indigeat potestate legis perinde ac legatum, vt dominij translatio fieri possit quoties fuit collata post mortem. Igitur quantumuis exheredatus sit filius vel filia cuius pater donauit causa mortis, non potest valere donatio si moriatur donator eo tempore quo adhuc durat matrimonium, quia per eam donationem delibatur patrimonium eo tempore quo filij quoque patrimonium esse videtur sicut & patris, propter ius potestatis, vt dixi & suitatis. Probatque is locus optimè quod à nobis pluribus disputatum est libro decimo Coniecturarum,capite vltimo,ius suitatis † non perimi per exheredationem, quippe quæ non incipit vires habere nisi post mortem testatoris, & adita demum ipsius hæreditate. Hæc cùm ita sint,non video qua fronte Didacus erroris sui tam improbabilis autores laudet Papinianum in *d.l.mortis,& Accursium in d.l.secunda, De dotis legatione.* cum neutrius ea mens sit,vt negent donationes inter virum & vxorem mortis causa factas,sed tantò vt negent eam valere quam socer mortis suæ causa nurui vel genero fecerit,Cuius certè alia longeque diuersa ratio est, vt ex iis quæ toto hoc capite diximus, constare arbitramur. Alius eiusdem Didaci error supererat refutandus, quo ille contendit mortis causa donationes factas inter coniuges vsque adeò non valere vt nec donatoris morte confirmentur nisi traditio præcesserit. Sed quia longiores iam fuimus, de eo commodius sequenti capite disputatio instituetur.

ERROR II.

De iisdem donationibus causa mortis inter coniuges factis an exigant traditionem vt valeant, vel vt morte confirmentur.

SVMMARIA.

1 *Error Didaci Con.existimantis donationes causa mortis inter coniuges factas exigere traditionem, vt morte donantis confirmentur.*

2 *Donationes siue inter viuos factæ sint, siue mortis causa, si ab initio valuerint, nulla confirmatione indigent.*

3 *Quibus textibus & Dd. nitatur Didacus in errore suo adstruendo.*

4 *Didacum ex l.sed interim.* 11. *in pr.D. de don. int.vir. & vx. male inferre non alias donationes inter coninges ant valere aut confirmari morte, quàm quæ per traditionem factæ sint.*

Aliud esse perfici donationem, aliud confirmari.

5 *Si donationes inter viuos à coningibus factæ morte donatoris confirmentur,etiamsi nulla traditio intercesserit,multò magis donationes causa mortis confirmabuntur.*

6 *Baldum erronea Didaci sententiæ non fauere.*

7 *Dominium eo casu quo ex donatione aut alio contractu transferatur, non nisi per traditionem transfertur.*

8 *Cùm donatio per stipulationem fit, non ideò tamen res ad donatarium peruenit, sed penes donantem remanet quo vsque ex stipulatione exigatur.*

SECVNDVS Didaci error † iste est,quod mortis causa donationes quas inter cõiuges non putat valere, nec morte donantis aliter confirmari patitur, quàm si factæ fuerint per traditionem. Hic quoque à nobis refellendus est, licèt superuacua futura sit disputatio apud eos,quibus iam persuasum erit, ex iis quæ proximè tractauimus huiusmodi donationes valere,cùm certi iuris sit donationes † siue inter viuos factæ sint, siue mortis causa, si ab initio valuerunt, nulla confirmatione indigere. Sed si qui erunt qui adhuc contra nos sentiant,& cũ Didaco defendant donationes istas non valere faciamus saltem ne in hunc quoque secundum errorem impingant, néve dubitent quin omnimodo & indistinctè confirmentur morte siue per traditionem factæ sint,siue per stipulationẽ. Non habuit

Digitized by Goo

Didacus, vir alioqui diligens in textibus † & Doctoribus conquirendis & cumulandis, quem pro se obiiceret prætei Vlpianum in *l. sed interim. 11. in princip. D. donat. inter vir. & vxor. & Baldum in l. executorem. num. 35. C. de execut. rei iudic.* Magnos sanè viros, & quorum autoritas posset sufficere, Vlpiani quidem apud prudentes ipsos, Baldi verò apud doctores nostros, si ad rem de qua agimus pertineret. At siue hunc siue illum consideres facilè videas nihil minùs eos egisse quàm vt de eo cogitarent, quod Didacus vult ab iis dictum esse. Nam Vlpianus in *d. l. sed interim.* cuius initium coniungendum est cum fine legis *si eum. 9.* quæ sumpta est ex eodem Vlpiani libro trigesimo secundo ad Sabinum hoc tantùm ait, Donationes inter virum & vxorem mortis causa factas receptas quidem esse, id est, moribus populi Romani non improbatas quomodo improbatæ sunt eæ quæ fiunt inter viuos (nulla enim hac re iuris constitutio aut ratio est, quæ vel pro donationibus causa mortis, vel contra donationes inter viuos afferri possit *l. 1. & 2. eo tit.*) sed tamen interimtes non statim fieri eius cui donatæ sint, at tunc demum cùm mors fuerit insecuta. Ex his nimirum verbis infert Didacus tractare Vlpianum de donatione facta per traditionem. Illa, vt puto, ratione, licet ipse non exprimat, quod ex donatione citra traditionem facta dominium transferri nullo modo posset, cùm non transferatur per stipulationem, multo minus per pactum nudũ *l. traditionibus. 20. C. de pact.* qui tamen omnes modi sunt ineundæ donationis secundum interpretes. Neque mala consecutio est si nihil aliud quæreremus nisi an de iis donationibus esset intelligendus Vlpianus, quæ per traditionem factæ
4 essent. Sed non bona † consecutio si quis dicat cum Didaco, non alias igitur donationes inter coniuges aut confirmari morte, quàm quæ per traditionem factæ sint, ob id solùm quod Vlpianus de iis locutus sit, cùm tractaret de donationibus, ex quibus dominium transferretur. Quid enim vetat donationem causa mortis talem factam esse, ex qua noluerit donator dominium transferre, & quæ tamen aut ab initio valeat, aut morte confirmetur? Immò verò si inter coniuges fieri necesse est donationes causa mortis, vt ab initio valeant, & eo modo quo factæ sunt. Nam si id agatur vt dominium statim transferatur, & constante adhuc matrimonio, non valebit donatio saltem vt eum effectum habeat, quem donator voluit, sed hactenus tantùm, vt secuta demum morte translatio dominij fiat. Id enim est quod Vlpianus tractat in *dict. l. sed ininterim in princip. &* §. 1. de cuius etiam loci sententia scripsimus in Error. 7. Decad. 44. Respiciens nimirum ad eam distinctionem donationum causa mortis, quod aliæ sic fiunt, vt donatio in iis nulla interueniat, sed tantum stipulatio, aliæ sic vt traditio interueniat, non stipulatio. Et hæc rursus vel ita vt statim dominium transferatur vel ita vt dominij translatio in id tempus quod post donatoris mortem erit, conferatur. Cæterùm non dubitauit Vlpianus, quin si facta esset donatio inter coniuges mortis causa, siue per stipulationem, siue per traditionem ita vt dominij translatio post mortem collata foret, ea statim valere deberet, & quidem eo ipso modo quo facta esset, quamuis reuocabiliter sicut & aliæ quælibet inter alios mortis causa donationes. Nec quod semper ille requirit, vt insecuta sit mors donatoris, facit vt eo minùs valere illas putauerit, aut vt indigere illas credederit vt morte confirmarentur. Nam & de cæteris donationibus causa mortis generaliter id proditum est, non aliter eas perfectas videri, quam si donatoris mors insequatur *l. non videtur 32. l. Seia 42. §. vltim. D. de mortis caus. donation.* Sed aliud est perfici donationem, aliud confirmari. Perficitur ea tantùm quæ ab initio valuit quidem, sed imperfectè ac reuocabiliter: Confirmatur verò ea sola quæ ab initio non valuit, & quæ non tantùm euentu aliquo indiget vt perficiatur, sed etiam extrinseco auxilio vt incipiat valere. Ac sanè quid absurdius, quàm donationes † factas inter coniuges etiam inter viuos 5
quæ ab initio prorsus inutiles, & improbatæ sunt, morte donatoris confirmari, tametsi nulla in iis traditio interuenerit, vt à nobis probatum est in Error. 5. Decad. 42. ex *l. cùm hic status, 32. §. & generaliter. & l. sequent. D. de donation. inter virum & vxorem.* donationes verò inter eosdem factas mortis causa, quas etiam ab initio valere ostendimus, ne quidem donatoris morte confirmari, si traditio non interuenerit? Aut cùm apud omnes constet distinctionem hanc non adhiberi in donationibus causa mortis inter cæteros factis, cur eam potiùs adhiberi volumus in donationibus inter coniuges factis, cùm in id tempus conferatur, quo coniuges esse desinunt. *l. quia 10. eodem tit.* Quod verò Didacus † pro se adfert Baldum in dicta 6
l. executorem. num. 35. mihi videtur omnino alienum à proposita disputatione. Ibi enim non de illo quærit, aut tractat Baldus, An donationes causa mortis inter coniuges exigant traditionem vt confirmentur morte, quas nec putauit egere vlla confirmatione, cùm nunquam dubitauerit quin ipso iure valerent. Sed hoc tantùm dicit, si maritus donationem causa mortis ante admissum delictum & citra suspicionem pœnæ in vxorem contulerit, deinde fuerit deportatus, confirmari ea deportatione perinde ac morte mariti donationem, vt nihil iuris in ea re donata possit fiscus sibi vindicare, quamuis omnia mariti bona publicata & ad fiscum deuoluta proponantur: si modò facta sit donatio per traditionem, nimirum quia cum ad excludendum fiscum necessarius sit color ille, quasi res donata non sit ampliùs in bonis mariti, sed in bonis & dominio vxoris, quam ex mariti culpa inquietari & damno adfici non oporteat. *l. secunda. Cod. ne vxor pro marito.* dominium † autem etiam illo casu quo ex 7
donatione aut alio contractu transfertur, non nisi per traditionem transferatur dicta *l. traditionibus 20. Cod. de pact.* apparet non in aliis donationibus posse faueri mulieri, quàm quæ factæ sint per traditionem: Siquidem quandiu traditio nulla facta est, negari non potest, quin id quod donatum fuit, à marito in bonis & dominio sit mariti, ac proinde cum cæteris mariti bonis ad fiscum debeat peruenire. Idque probant etiam verba legis Constantinianæ quæ hoc primum ius induxit in *l. res vxoris. 24. Cod. de donation. inter virum & vxorem.* in primis illis verbis, *res vxoris quæ vel successione qualibet vel emptione vel largitione viri in ea ante reatum iure peruenerunt.* Iure namque peruenisse ad vxorem dicitur donatio non quidem quæ causa mortis facta est, nam de donationib. causa mortis ea lex non loquitur, vt sequenti capite dicemus, sed quæ inter viuos si eo modo facta sit, quo fieri debent donationes quæ valent, id est, per traditionem, quoties id agitur, vt ad donatarium res donata perueniat. Cùm enim donatio † per stipulationem 8
sit, licèt æquè valeat, siue inter viuos, siue mortis causa facta sit, non ideò tamen res ad donatarium peruenit, sed penes donantem remanet quousque ex stipulatione exigatur

***

ERROR

ERROR III.

De donationibus factis siue mortis, siue deportationis causa à marito qui fuerit deportatus ad l. res uxoris 24. Cod. de donat. int. virum & uxorem. & l. sed si mors 13. §. 1. D. eodem.

SVMMARIA.

1 *Ex sententia interpretum donationes siue mortis causa, siue inter uiuos collatæ in uxorem ante crimen admissum, morte, siue deportatione mariti confirmantur in præiudicium fisci.*
2 *D. sententia refellitur.*
3 *Qui creditores condemnati præferantur fisco.*
4 *Donationes factæ inter uirum & uxorem siue inter uiuos siue mortis causa nonnisi ad instar ultimæ uoluntatis capi uidentur.*
5 *Qui uel supplicio capitis uel pœna deportationis affectus est, non potest decedere cum ultima uoluntate.*
6 *Constantinus in l. res uxoris Co. de donat. int. uir. & ux. nouum ius induxit à ratione iuris alienum soloque mulierum fauore subnixum.*
7 *L. sed si mors. l. 13 §. 1. D. de don. int. vir. & ux. à Triboniano interpolatam esse. & num. 10. 11. 16.*
8 *Quomodo Vlp. in l cùm hic. 32. §. si maritus. D. de don. int. vir. & ux. uelit donationes inter uirum & uxorem deterioris esse conditionis, quàm quæ inter cæteros fiunt: tum donationes mortis causa, quàm quæ inter uiuos.*
9 *Lege Constantini quid correctum sit, quid ue incorrectum manserit.*
11 *Exponitur l sed si mors. 13. D. de don. int. vir. & ux.*
12 *Casus mortis quando & in quibus ad casum seruitutis aut deportationis trahatur.*
13 *Cur ualeat donatio inter coniuges facta in casum deportationis*
14 *Licet donatio inter coniuges facta in casum deportationis ualeat, non est tamen cum Triboniano inferendum donationem factam in casum mortis trahendam esse ad casum deportationis.*
15 *Constantinus in dict. l. res uxoris. de mortis causa donationibus nihil sanxit.*
16 *Notantur Triboniani errores varij.*

MAgis mirum illud est quod interpretibus † omnibus placere video, donationes siue mortis causa, siue inter uiuos collatæ sint in uxorem quamuis ante crimen admissum, siue morte, siue deportatione mariti, confirmari in præiudicium fisci, cui medio tempore ius fuerit quæsitum in omnibus bonis mariti, cùm † bona ista donata remanserint in eo numero bonorum mariti quandiu uixit & in ipsius dominio, nullum autem uxoris ius sit saltem quantum ad dominium nisi post mortem uiri *d. l. sed interim. 11. D. eo.* Nam quod dicitur creditores † omnes condemnati ante fiscum & ante pœnam esse *l. Statius Florus 48. in fi. D. de iur. fisc. l. unic. C. pœn. fiscal. credit. præf. lib. 10.* ad hunc casum non pertinet, quia neque creditrix uerè est, neque creditoribus comparari potest uxor, in quam donatio collata est, quandiu pro arbitrio & ad nutum mariti donatio reuocabilis est *l. unum ex familia 67. de legat. 2.* & rursum inter ipsos quoque creditores non est nouum ut fiscus præferatur iis etiam qui priores contraxerunt si modo pignoris causam præ-

1
2
3

uenerit *l. si qui mihi 28. D. de iur. fisc.* Denique cùm donationes † omnes factæ inter uirum & uxorem siue 4
inter uiuos siue mortis causa non nisi ad instar ultimæ uoluntatis capi uideantur *l. in donationib. 12. Cod. ad leg. falcid. l. ult. C. de don. caus. mor.* qui autè uel
supplicio † capitis uel pœna deportationis affectus 5
est non possit decedere cum ultima uoluntate *l. eius qui 8. §. 1. & seqq cum l. sed. l. qui à latronibus 13. §. fin. D. qui testam. fac. poss. l. si quis filio 6. §. sed & si quis fuerit. D de iniust. rupt.* fatendum est, Constantini, † con- 6
stitutionem in *d. l. res uxor.* pugnare cum ratione iuris, nouumque ius inducere solo mulierum fauore subnixum. Et consequenter quod in eandem sententiam quasi ex Vlpiano scriptum legimus in *l. sed si* 7
mors. 13. §. 1. D. eod. non tam esse Vlpiani qui proculdubio contra iuris rationem tam apertè respondere nec voluisset, nec potuisset, quàm Triboniani respicientis ad supradictam Constantini legem latam longo tempore post ætatem Vlpiani. Quod à Cuiacio iampridem ante nos obseruatum lib. 3. obseruat. cap. 10. à nobis etiam in Iurisprudentiæ nostræ scientia pluribus comprobatum est. Vlpiani namque temporibus usque adeo erat inutilis & irrita donatio, quam vir in uxorem contulisset si capitis aut deportationis pœnâ postea vir passus esset, vt etiamsi contra eum neque accusatio instituta, neque condamnatio ulla secuta fuisset, si tamen ipsius post mortem damnata memoria proponeretur, siue quòd mortem sibi conscisset, siue ex qua alia causa, donationem reuocari oporteret, quæ morte confirmata fuisse videbatur, vt idem Vlp. disertè scribit in *l. cùm hic status 32. §. si maritus uxori. D. eod.* vbi addit *quamuis ea quæ aliis donauerit ualeant,* 8
si non mortis causa donauit. Quibus verbis non tantùm illud significat donationes inter uirum & uxorem deterioris conditionis esse debere, quàm cæteras inter alios factas in eo, quod non possunt confirmari morte ac tacita uoluntate illius, qui expressam uoluntatem habere nullam potest: Sed illud quoque ostendit Vlpianus, mortis causa donationes etiam inter alios factas, esse in hoc deterioris conditionis, quàm donationes inter uiuos, quòd non possunt irreuocabiliter perfici morte illius cuius post mortem memoria damnatur: quod si ita est, vt est, quanto minùs confirmabuntur, aut vt melius loquar, perficiente morte illius donatoris, qui uiuus fuerit condemnatus & uel capitis uel deportationis pœna affectus? Facilius siquidem est vt imperfectæ donationis perfectio impediatur, quam vt iam perfecta reuocetur. At rursum si inter alios quoque non ualent eo casu mortis causa donationes, quæ tamen ualerent si inter uiuos factæ essent quanto minùs ualebunt mortis causa factæ inter coniuges inter quos nec ualerent ea quæ absolutè ac inter uiuos factæ essent? Neque verò ex iuris tantùm ratione ita esse admittendum est, quod nullam habet dubitationem, sed etiam post Constantini legem illam de qua tractamus in *d. l. res uxoris.* Etsi enim ea constitutione † correctum est quod Vlpianus scripserat 9
d. l. si maritus. de reuocandis donationib. inter uiuos coniuges factis, secuta etiam post mortem condemnatione aduersus memoriam mariti, non possum tamen mihi persuadere correctum etiam illud fuisse quod de donationib. mortis causa in eundem casum infirmandis Vlpianus scripsit, quia non est verisimile Constantinum usque adeò mulieribus & donationibus in eas collatis fauere voluisse, vt alias donationes morte donatoris confirmari voluerit quàm quæ si inter alios factæ essent ualerent citra confirmationem, ne mulieri noceret quod uxor fuisset; vt scripsimus libro septimo Coniecturarum, capite vl-

timo.

timo. Nam alioquin æquè absurdum esset prodesse mulieri, quod in eam collata donatio non ab initio valuisset. Ex quo relinquitur tanto apertius quod vo-
10 lumus, sententiam † illam quæ extat in *d.l.sed si mors §. primo*, non solùm Vlpiano adscribi non posse, sed neque Constantino, aut alij qui ad Constantini legem nouam respexerit, sed ei qui plus etiam quàm Constantinus fauere mulieribus voluerit, protracta Constantini lege quæ de simplicibus tantùm donationibus inter vivos coniuges factis locuta fuerat, ad mortis causa donationes, de quibus tamen Constantinus neque cogitauerat, neque cogitare potuerat. Is verò alius nemo esse potuit quàm Iustinianus, aut Tribonianus, quem vtrumque plus æquò vxorium fuisse tot aliæ pro mulieribus contra ius latæ constitutiones demonstrant. Hoc autem nec Cuiacius ipse percepisse videtur, nec alij qui locum illum Vlpiani explicant ex *d.l.res vxoris*, quasi Constantinus quoque de donationibus causa mortis aliquid vel sanxerit, vel senserit, quod mihi certè non videtur. Longeque meliùs iudicio meo Baldus, qui textum illum *d.l.si mors.* vnicum in iure esse scribit ex quo probari possit donationem causa mortis à marito vxori factam deportatione pe-
11 rinde ac morte confirmari. Quod ipsum tamen quàm alienum † sit ab Vlpiani sensu, non melùs aliunde constare possit, quàm ex eadem lege, in cuius principio tractans ille de donatione per maritum facta vxori causa diuortij, quam in fine legis præcedentis valere dixerat, scilicet si sub tempus ipsum diuortij fiat, non cogitatione futuri quandocunque diuortij, ait donationẽ tamen ita factam non valere, si mors insecuta sit, non diuortium, tanquam quæ facta sit in alium casum, diuortij nimirum, non mortis. Mox subiicit, *Proinde etsi mortis causa vxori donauerit & deportationem passus sit*, quibus verbis palam est Vlpianũ, non aliud hoc casu respondere voluisse, quàm quod responderat in priore donationem non valere quippe quæ in alium casum facta esset mortis, non deportationis. Sic enim nos interpretari cogit dictio *proinde* & sequens articulus & quo passim vtuntur Iureconsulti vt casus similes coniungant, non vt ad dissimiles transeant. Sed cùm eam sententiam Tribonianus vtilitati mulierum contrariam esse videret, captata occasione, vt solet ille, ex lege Constantini quæ iam induxerat ius nouum quod ad donationes inter virum & vxorem non mortis causa factas, non est passus incorruptum locum manere sed sub Vlpiani nomine vt audacius nobis illuderet, quod Vlpianus pro certo iure tradiderat donationem hoc casu non valere, sic ille immutauit, vt primùm dubiam rem facere voluerit, proposita quomodo alias solet quæstione *an donatio valeat, videamus.* Mox suo etiam more priusquàm ad nouam & parum probabilem disputationem ineptè respondeat, præfatur nescio quid prorsus impertinens. *Et alias placet*, inquit, *in casum deportationis donationem factam valere quemadmodum in causam diuortij.* Nimirum, vt ex eo mox inferat donationem factam in casum mortis vtilem esse debere secuto casu deportationis: quæ illatio quàm mala sit præcedens Vlpiani sententia declarat. Possit enim quis eadem ratiocinatione probare donationem factam in casum diuortij valere secuto casu mortis, quod tamen Vlpianus negat, & nemo non negauerit. Postea subiicit Tribonianus in modum syllogismi *Cùm igitur deportatione minimè dissoluatur matrimonium, & nihil vitium mulieris incurrat* (agnosce quæso Tribonianeam phrasim) *humanum est donationem quæ mortis causa ab initio facta est tali exilio subsecuto confirmari tanquam si mortuo marito rata haberetur.* Inepta planè sed solita Triboniani subtilitate non indigna illatio. Nam si verum est vt est, deportatione matrimonium non dissolui, tanto minùs ratio facit vt deportatione donatio perinde confirmetur ac morte confirmaretur. Quomodo enim potest bona esse comparatio mortis & deportationis, cùm morte soluatur matrimonium, quod deportatione non dissoluitur? Fateor casum † vnum aliquando trahi ad alium) quamuis hoc in testamentis facilius quàm in contractibus, aut quàm in donationibus siue inter vivos siue mortis causa) puta casum mortis ad casum seruitutis, aut etiam deportationis. Sed hoc in iis demum in quib. eadem vtriusque casus ratio & potestas est, secundum ea quæ explicauimus ad §. *& quid si tantùm l. Gallus vigesimanona De liberis & posthumis libro nono Coniecturarum capite tertio.* At vt donatio vel conuentio quælibet facta in casum deportationis, vt hoc etiam casu donatio confirmetur, ea ipsa ratio impedit quæ facit vt valeat in casum mortis, scilicet quia quæ fit in casum mortis excurrit in id tempus quo vir & vxor esse desinunt *l. quia in hoc tempus. decima D. de donatione inter virum & vxorem.* quod in casu deportationis omnino diuersum est: Solique seruitutis & diuortij casus sunt qui morti comparati possunt, cùm per eos perinde ac per mortem matrimonium dissoluatur. Qua ratione possit quis non abs re 13
mirari † cur valeat donatio inter coniuges facta in casum deportationis, cùm in id tempus conferatur quod non minùs inhabile futurum sit, quàm illud est in quo fit donatio, quippe quod æquè tempus erit constantis matrimonij: Et tamen dubitandum non est si Triboniano credimus, quin deportationis, vt & exilij perinde ac mortis & diuortij causa donatio fieri possit, dict. *l. sed si mors §. primo. l. inter virum. quadragesimatertia. eodem titulo.* Sed respondendum est ab eo iure quod non lege aliqua scripta, sed moribus tantùm populi Romani receptum fuerat, facile potuisse & debuisse iisdem moribus excipi casum hunc exilij & deportationis vel intuitu solo miserationis, quod alioqui fuisset inhumanum prohiberi coniugem miserabili coniugi donare ad subleuandam ipsius siue egestatem, siue mœstitiam ex coniugis donantis causa emanantem, vt hoc saltem haberet vxor tristitiæ suæ solatium, tanto æquius quanto esset illa & beneficio & laude dignior, quæ mariti etiam deportati fortunam & conditionm quam abiicere poterat si vellet, sequi maluisset. *l. prima. C. de repud. l. sed etsi quinta. §. primo.* 14
D. de bonis damnatorum. At quamuis † valeat donatio inter coniuges facta in casum deportationis, non est tamen bona consecutio, si quis ex eo inferat cum Triboniano, donationem igitur factam in casum mortis trehendam ad casum deportationis, quoniam illa semper subest ratio quæ protractionem hanc impediat, quod verum est donationem in alium casum factam esse, & quidem quod magis est omnino dissimilem huic qui contigit, ita vt non tantùm iuris ratio, sed etiam voluntas donatoris deficere videatur, Nec enim qui donauit in casum mortis suæ facilè credendus est cogitasse de casu deportationis, sicut nec de casu diuortij, cùm sit ille plerisq; tanto abominabilior diuortio quantò miserabilior & durior est ei qui deportatur. Neque rursus quicquam causæ est, cur credere debeamus eum qui donauit in casum mortis æquè facilè donaturum fuisse in casum deportationis, etiamsi de illo cogitasset, siquidem is qui donat causa mortis mauult se habere quàm donatarium. *l. prima & secunda. l. Senatus. trigesimaquinta §. primo. D. de mortis causa donatione.* qui verò donat in casum deportationis, mauult donatarium habere, quam seipsum post deportationem quod tamen difficile est vt quis velit propter spem probabilem, quam habet deportatus quilibet quandiu viuit, fore vt ante mortem suam restituatur

lis

in ciuitatē *l.intercidit,quinquageſimanona.de condictione & demonſtratione.* Nulla ergo ratio eſt protrahendæ donationis quæ facta eſt in caſum mortis ad caſum deportationis. Et multò rectius Conſtantinus in dicta *l.res vxoris ad finem*, ex eo quod dixerat non diſſolui matrimonium per deportationem, infert, Donationem igitur manere in pendenti oportere in tempus vſque mortis mariti qui donauit, vt ſi decedat ille in eadem voluntate, confirmetur ex die mortis donatio,
15 in minus, infirmetur. Quanquam, vt iam dixi non de mortis † cauſa donationibus Conſtantinus quicquam cauit, ſed de iis tantùm quæ inter viuos factæ ſint, & quæ ſi inter alios quàm inter coniuges factæ eſſent, valerent vtique, nec vlla confirmatione indigerent. Sed & in eo valde incautus fuit Tribonianus, quod Conſtantinianæ legis verba ſecutus, quaſi eum ipſum caſum quem Conſtantinus, ac non penitus diuerſum tractaret, vſus eſt verbo illo *Confirmari*, non animaduertens verbum hoc non conuenire donationibus cauſa mortis: quæ cùm ab initio valeant, confirmari nec poſſunt, nec debent, ne quidem per mortem, ſed morte tantum perfici dicuntur, quod longè aliud eſt, ſed conuenire tantùm donationibus inter viuos quæ cùm ab initio non valeant inter coniuges, nun-
16 quam poſſunt eſſe niſi inutiles, ſi non ex poſtfacto confirmentur. Nec paruus erroris † iſtius effectus eſt cùm ex eo alius ſequatur longè abſurdior. Cùm enim confirmata dicatur ſiue donatio ſiue alia quælibet voluntas, ea demum quæ deſinit poſſe reuocari, (ſiquidem nec firma eſſe poteſt quæ eſt reuocabilis, nec confirmata, quæ nondum eſt firma) Tribonianus tamen hanc ipſam donationem à marito cauſa mortis factam quam per deportationem non minus quàm per mortem confirmari ait, vult poſſe reuocari etiam poſt deportationem, ſi maritus qui & donauit & deportatus fuit, donationem reuocare malit, quàm in eadem voluntate perſeuerare. Sic enim ſubiicit, *ita tamen vt non adimatur licentia marito eam reuocare, quia & mors eius expectanda eſt, vt tunc pleniſſimam habeat firmitatem quando ab hac luce fuerit ſubtractus, ſiue reuerſus, ſiue adhuc in pœna conſtitutus.* Quæ verba ſiquis exactius perpenſa non ſtatim nobiſcum dicat eſſe Triboniani non Vlpiani, vix mihi perſuadebit ſe in legendis Vlpiani cæterorúmque prudentum ſcriptis & Iuſtiniani conſtitutionibus vel mediocriter eſſe verſatum. An non verò pugnat euidenter hæc adiectio cum eo quod immediatè præcedit donationem, hanc tali exitu confirmari *tanquam ſi mortuo marito rata haberetur.* Nam & ſic idem Tribonianus loquitur, pro eo quod dicere voluit & debuit, *quemadmodum mortuo marito rata haberetur.* Aut quænam ſubtilitas illa eſt, confirmari donationem per deportationem, nec tamen pleniſſimam habere firmitatem niſi per mortem? Sufficiebat vt Tribonianus diceret hanc donationem deportatione non infirmari, nec oportebat vt diceret confirmari. Quæ non infirmatur poteſt tandem perfici, licet quandiu perfecta non eſt poſſit etiam reuocari, Sed quæ confirmata ſemel eſt ea reuocari poſtea nunquam poteſt. Sed & grauior alius Triboniani lapſus in eo eſt, quod non animaduerterit Conſtantini legem protrahi non poſſe ad mortis cauſa donationes ſecuta deportatione confirmandas, quin illud etiam inducatur, vt poſſit maritus donare vxori mortis cauſa in caſum publicationis bonorum. Nam ex Conſtantini lege apparet eam conſtitutionem ad illum caſum pertinere quo bona omnia donatoris publicata ſint & ad fiſcum peruenerint, quod oſtendunt verba illa vltima *fiſco noſtro ad eaſdem res nullam in poſterum communionem habituro.* Atqui licet verum ſit poſſe donationem cauſa mortis fieri in caſum exilij & deportationis, id tamen certum eſt tunc non obtinere cum donatoris bona ad fiſcum perueniunt, tametſi facta ſit donatio eo tempore quo nulla ſupererat adhuc ſuſpicio pœnæ. Hoc ſiquidem commune ius eſt omnium mortis cauſa donationum, vt reuocentur tanquam imperfectæ, quoties donatori viuo bona per pœnam auferuntur, cùm tamen cæteræ donationes inter viuos ſine pœnæ ſuſpicione factæ valeant, vt ſcriptum eſt in *l.ſi aliquis 7. D. de mortis cauſa donat. iunct. l. poſt contractum 15. D. de donatione.* Vt plurimùm autem deportatio comitem habet publicationem bonorum vel omnium vel pro parte, licèt non ſemper *l.relegatus, 14. §. primo & vltimo, & l. ſequenti. D. de interd. & releg.* Et eo demum caſu quo bona deportati publicata non ſint, defendi poteſt donatio cauſa mortis in caſum exilij & deportationis facta, non etiam in eum caſum quo deportatio futura ſit cum bonorum amiſſione, quia id fieri non ſolùm ſine ſuſpicione pœnæ, ſed nec citra fraudem fiſci, quo caſu neque ſi donatio inter viuos facta eſſet valere tamen ex Conſtantini lege poſſet. Id enim eſſe videtur, quod Conſtantinus ſignificare volait primis illis verbis *in eam ante reatum iure peruenerant. Iure*, inquam, id eſt, *ſine fraude* vt & ſequentia, iſta probant *& donatio maritalis ante tempus criminis ac reatus collata in vxorem.* Eſſet namque abſurdum confirmatas à Conſtantino donationes inter virum & vxorem eo caſu quo inter alios factæ valere non poſſent: Nec aliud egit Conſtantinus niſi vti ne pateretur deteriorem eſſe conditionem mulieris cui marius in præmium pudicitiæ donaſſet, quàm cæterorum quorumlibet donatariorum, at non etiam vt faceret meliorem. Illud etiam perpendo, quod Paulus ſcribit in *l.inter. 43. D. de donatione inter virum & vxorem*, ex alij cauſa donationem fieri poſſe. Ait *exilij* non *deportationis*, quia exilium multo leuius eſt deportatione, & relegationem potius quam deportationem ſignificat, relegatio autem bonorum publicationem non irrogat, niſi cùm ſpecialiter ita dictum eſt dict. *l.relegatus decimaquarta §. primo. l.relegati 4. D. de pœn.* In eóque proculdubio alius Tribonani lapſus fuit quod Pauli de exilio tantùm locuti ſententiam protraxit ad deportationem, non minùs infelici imperitia, quàm qua legem Conſtantini de donationibus inter viuos locutam protraxit ad donationes cauſa mortis. Etſi enim non nego poſſe valere donationem mortis cauſa factam in caſum deportationis ſi deportato bona non fuerint adempta, non minùs quàm ſi facta eſſet in caſum exilij, hoc tamen intereſt an de ea loquamur quæ facta ſit in caſum exilij an de illa quæ in caſum deportationis, quod deportationis nomen ſua vi amiſſionem bonorum includit niſi aliud in ſententia expreſſum ſit, exilij verò & relegationis nomen non item. Itaque cùm dicimus fieri poſſe donationem cauſa mortis in caſum deportationis ſimpliciter, propoſitio non magis vera eſſe poteſt quàm ſi diceremus poſſe fieri donationem in caſum ademptionis & publicationis omnium bonorum. At cùm dicimus poſſe donationem fieri in caſum exilij, propoſitio ſimpliciter vera eſt, quamuis futura ſit falſa ſi addas tale eſſe exilium cui etiam ademptionis bonorum pœna ſit adiuncta.

ERROR IV.

De donatione cauſa mortis facta inter coniuges, & per donatorem poſtea deportatum reuocata.

SVMMARIA.

1 *Refertur ſententia Baldi de donatione cauſa mortis à marito vxori facta, & per eundem poſtea deportatum reuocata.*

2 *Semen*

2 *Sententia Baldi de validitate donationis causa mortis, quæ facta sit & suspicione pœnæ, & ab eo qui postea passus sit deportationem, malè fuleiri l. sed si mors. D. de donat. int. vir. & vxor.*

3 *Perperam statuere Baldum donationem à deportato reuocatam penes ipsum remanere.*

4 *Rem donatam in superiori specie fuisse in causa confiscationis & eius dominium remansisse penes donantem.*

5 *Exponitur l. res vxoris. 24. C. de don. inter vir. & vx.*

6 *Qua sit sententia l. si deportati seruo. in prin. D. de legat. 3.*

3 QVAESTIVM hunc tractat Baldus † in *l. executorem num. 35. Cod. de execut. rei iudicat.* De matito qui timens ne bona sua fiscus inuaderet, fecerat donationem causa mortis vxori suæ. Ipsissima enim Baldi verba vsurpare volumus. Demum, inquit ille, cõtingit quod imaginatio facit casum, quia positus est in banno æris & personæ. Modo quæritur, Vtrum dicta vxor possit defendere sibi donata ne veniant in fiscum, an verò fiscus possit ea capere per executionem banni. Respondeo, Ille bannitus quoad ciuitatem suam vnde exulat patitur exilium quo maius non reperitur, & ideo tanquam morte donatio confirmatur, & ideo vxor potest bona defendere à fisco dummodo processum erat ad traditionem plenam, Et tamen maritus ita forbannitus posset dictam donationem reuocare. Iste est textus vnicus in iure. D. *de donat. inter virum & vxor. l. sed si mors.* Quid ergo fiet si reuocat donationem? Respondeo, Bona remanebunt ipsius & non fisci, quia non fuerunt inclusa in confiscatione, vt *D. de leg. 3. l. si deportati seruo.* Hucusque verba sunt

2 Baldi, † quibus duplex quæstio & ad vtramque responsio continetur: iudicio meo neque probabilis. Nam quod ad priorem quæstionem pertinet, iam probauimus capite superiore constitutionem Imperatoris Constantini in *l. res vxoris 24. C. de donatione inter virum & vxorem*, quæ prima his omnibus quæstionibus locum fecit, ad donationes causa mortis inter coniuges factas nullo modo pertinere, sed eas tantùm quæ inter viuos, quarum potiùs confirmandarum ratio maior illa fuit, quòd si inter alios quàm coniuges factæ essent, ipso iure & ab initio valerent, neque vlla confirmatione indigerent. Non alius ergo iuris locus pro Baldi sententia potest adferri quàm qui ab eo vnicus & singularis dicitur in *l. sed si mors 13. §. 1. D. eo.* quem nos eodem proximo capite ostendimus à Triboniano corruptũ fuisse, nec Vlpiano adscribi posse. Sed qui iam nobis cum Baldo, non cum Triboniano res est, ostendamus nouum esse hunc errorem, quem Tribonianeo errori Baldus superaddit, adeo vt neque ex Triboniani errore defendi possit. Ponit Baldus factam donationem à marito metuente ne bona sua fiscus inuaderet. Ergo eo consilio vt donationis remedio fiscum à bonis suis summoueret eo quoq; casu, quo tale quid admitteret propter quod ex iure publico & ex legibus bona sua omnia videbat ad fiscum peruentura. Rursum ponit donatoris huius bona omnia ad fiscum peruenisse, quorum tamen neutrum apud Tribonianum exprimitur neque subintelligendum est. Etsi enim scribit Tribonianus posse fieri donationem inter coniuges causa deportationis, deportatio autem vt iam diximus bonorum publicationem vt plurimùm comitem habet, sicuti tamen ita scribendi occasionem sumpsit, deceptus ea similitudine quæ est inter deportationem & exilium, propterea quod deportatio omnis exilium sit, licèt non è contrario exilium omne sit deportatio. Ita non de alia deportatione intelligi debet, quàm quæ in eo similis sit exilio, quod non irroget pœnam amissionis bonorum, vt Triboniani error magis in nomine sit, quàm in re. Siquidem nihil vetat ita quem deportari, vt tamen retineat bona sua *dict. leg. relegatus decimaquarta in fin. Dig. de interd. & relegat.* Nam si Tribonianum intelligere velles de ea deportatione quæ donatori bona ademisset, faceres eius sententiam pugnantem non solùm cum ratione iuris sed etiam cum Vlpiano in *l. cum hic status 32. §. si maritus D. de don. int. vir. & vxor.* vbi negat valere donationem etiam inter non coniuges mortis causa factam si donatoris bona peruenerint ad fiscum quamuis non nisi post mortem donatoris. Nec Triboniani errorem posses adiuuare ex *d. l. res vxoris.* quæ vt iam diximus de donationibus loquitur factis non causa mortis, sed non inter viuos. Præterea Tribonianus in ea specie quam tractat posuit tantum factam fuisse mortis causa donationem, nec addit, quod Baldus, factam fuisse ab eo qui iam tum cogitaret fore, vt bona sua quandoque ad fiscum peruenirent. Itaque quamuis verum esset quod Tribonianus contra iuris rationem induxit, vt eiusmodi donatio quæ causa mortis facta esset, valeret in casum deportationis, non esset tamen bona consecutio, vt perinde valere deberet in casu Bal. quoniam Tribonianus de ea locutus est, quæ facta sit sine suspicione pœnæ, Baldus verò de ea quæ suspicionem pœnæ habuerit pro causa magis quàm mortem. Si enim donationes causa mortis hoc ipso quod mortis causa factæ sunt infirmantur per capitis pœnam superuenientem donatori tum quoque cùm nulla pœnæ suspicio in iis faciendis interuenit *d. §. si maritus. l. si aliquis. 7. D. de mort. caus. don.* quanto magis dicendum est non valituram eam, quæ & mortis causa facta sit & propter suspicionem pœnæ? Hoc volo dicere facilius esse vt Triboniano concedamus valere in casum deportationis etiam quæ publicationem sociam habeat, eam donationem quæ mortis tantùm causa facta sit ab eo qui de casu deportationis nihil cogitauit, quàm vt largiamur Baldo quod ille vult valere mortis causa donationem factam cogitatione futuræ deportationis & suspicione pœnæ ab eo, cui postea pœna illa irrogata sit. Priore namque casu fraudaretur fiscus non eo cõsilio, sed tantùm re ipsa & euentu: Posteriore verò & consilio & euentu: quam fraudis speciem nemo nescit esse multò intolerabiliorem. *l. si quis eã haberet 15. & pass. D. quæ in fraud. credit.* præsertim verò in donationibus causa mortis, quæ vt inutiles fiant, sufficit adesse fraudem euentu, quamuis nihil dolo malo factum sit, quia comparantur legatis, vt Vlpianus noster ratiocinatur in *l. 1. §. 1. D. si quid in fraud. patr.* Apparet igitur falsam prorsus & improbabilem esse sententiam illam Baldi, vt donatio causa mortis valeat, quæ facta sit & suspicione pœnæ & ab eo qui postea passus pœnam deportationis: neque aut errore Triboniani aut Constantini legendum Vlpiani responso vllo comprobari. Nam ex duabus illis quæ casu interueniunt ad infirmandam donationem, alterum adesse sufficeret vt donatio non valeret. Sed illud longè absurdius est quod idem Baldus † ad alteram à se propositam quæstionem respondet, si donator hic post irrogatam deportationis donationem reuocauerit, penes eum remansuram rem donatam, non penes fiscum ad quem cætera ipsius bona omnia peruenerint. Quid enim ad fiscum pertineat quod inutiliter donatum fuit, cum reuocata donatio pro eo habenda sit, ac si facta nunquam esset? An fortè vxoris fauor in quam collata fuerat donatio, nocebit fisco, cùm nec vxor ipsa propter donationis reuocationem admittatur? Aut quid stultius quàm fauere donatori, qui non tantùm legibus & fisco illudere voluerit, sed etiam vxori?

Atqui,

Atqui, inquit, Bald. res iſta donata non fuit in cauſa
4 confiſcationis. Immo † inquâ fuit, cùm fuerit in cauſa bonorum? Nec enim dominium eius adhuc à marito eodemque donatore diſceſſerat, & quia donatio facta erat mortis cauſa tantùm & ita vt viuo marito dominium non transferretur. *l. ſed interim.* 11. *D. de don. int. vir. & vxor.* & quia etiamſi donatio inter viuos facta fuiſſet, dominium tamen niſi poſt mortem donatoris in vxorem transferri non potuiſſet. Cùm igitur bona omnia mariti per publicationem ad fiſcum peruenerint, res verò donata manſerit in dominio mariti, conſequens omnino eſt, vt ea quoque res donata in cauſam publicationis cedat & ad fiſcum deuoluatur. Nec poteſt huic noſtræ ſententiæ
5 obiici quod in fine ſupradictæ legis † Conſtantinianæ ſcriptum eſt in hæc verba *fiſco noſtro, ad eaſdem res nullam in poſterum communionem habituro.* Potiùs enim probat hic verſiculus, in confiſcationem venire illa etiam bona, quæ vxori à marito donata fuerunt. Senſus namque eſt ea pertinere quidem ad fiſcum quandiu donator viuit, necdum confirmata donatio eſt, ſed donatore tandem in eadem voluntate defuncto ita confirmari ex die mortis donationem, vt nullum ab eo tempore ius in iis bonis ſibi vindicare fiſcus poſſit. Alioquin quid obſecro attinet dicere *in poſterum*, ſi nullum in iis bonis ius fiſci vnquam fuiſſet: Et verò cur fiſcum excluderemus toto eo tempore, quo nullum poteſt eſſe ius vxoris cui donatum fuit contra leges? Quod autem lex ſic loquitur, *nullam in poſterum communionem*, non ſic accipiendum eſt quaſi vllum tempus ſit in quo dominij communio aliqua inducatur inter fiſcum & vxorem donatoris, ſed quia dominij communio illa eſſe videtur ſolo tempore diuiſa cùm vno tempore dominium eſt ita fiſci tantùm vt nullo modo ſit vxoris, hoc eſt, ex die publicationis vſque ad diem confirmatæ per mortem donationis, alio verò tempore ita eſt vxoris vt nullum in eo fiſci ius ſuperſit, id eſt, ex eo die quo mortuus donator fuit & donatio confirmata. Et errant ſi qui ſunt qui putant ea verba *in poſterum* ſic accipienda, quaſi Conſtantinus velit poſt eam legem nullum ſibi ius poſſe fiſcum vindicare in bonis donatis, quæ ſi ea lex non eſſet, ad fiſcum peruenire deberent. Nam ſi verum eſt, vt eſt ante eam legem ita ius fuiſſe vt bona inutiliter donata perinde ac cætera non donata fiſco acquirerentur, nec tantum ex die publicationis, ſed etiam in perpetuum, Conſtantinus autem nihil induxit fauore mulieris donatariæ, niſi vt à die mortis mariti tanquam exinde confirmata donatione dominiũ ad mulierem pertineret, nulla prorſus ratio eſt ita interpretandæ conſtitutionis vt in quo non fauit mulieri, ius fiſci læſiſſe videatur. Cederet ſiquidem ea læſio in fauorem ipſius mariti qui certè nullo prorſus fauore dignus videri poteſt. Illud porrò nouum non eſt vt fiſcus exequatur ius ſuum in ea quoque bona donata quandiu viuit donator nec dum confirmata donatio eſt, poſtea verò deſinat habere ius retinendorum ex perſona & delicto donatoris bonorum quæ alius quilibet donatoris heres vxori reſtituere teneretur, vt dici ſolet cùm ob æs alienum heredis diſtrahuntur à creditoribus bona quorum alienatio prohibita ſit per teſtatorem. *l. pe-to. 69. §. prædium de legat.* 2. Quanquam in propoſito ſi ea lex Conſtantini non eſſet, ius fiſci non temporale, ſed perpetuum eſſe deberet, nec intercideret morte donatoris, cum non magis donatio cauſa mortis, quàm alia quælibet vltima voluntas poſſit fraudi eſſe fiſco, vt nec aliis creditoribus *l. filiusfam.* 114. *§. Diui.* 2. *de legat.* 1. quippe quorum non alia hac parte ratio eſt quàm fiſci, niſi hactènus vt fiſco præferantur. *l. Statius Florus.* 48. *§. vlt. D. de iur. fiſc.* Quod autem Baldus obiicit ex *l. ſi deportati ſeruo.* 7. *in prin. De legat.* 3. ad rem certè non facit. Ibi enim Vlpianus † hoc tantum ſcribit, ſi fideicommiſſum ſeruo 6
deportati adſcriptum ſit, ad fiſcum illud pertinere, niſi eum deportatus viuo teſtatore alienauerit, ante ſcilicet quàm eſſet deportatus (nam bona quæ ſemel fuerunt publicata poſtea alienare nunquam poteſt. *l. deportatus.* 15. *D. de interd. & releg.*) vel fuerit reſtitutus: tunc enim, inquit, ad ipſum deportatum debebit pertinere fideicommiſſum. Nempe quia ſeruus ipſe cui eſt adſcriptum fideicommiſſum ad eum pertinet, poſt reſtitutionem. Itaque hoc caſu fideicommiſſum quoque publicationi quidem cedit cum ſeruo, ſeruus autem cum vniuerſitate bonorum, quia neceſſe eſt vt ſequatur fideicommiſſum cauſam dominij ſerui cui fideicommiſſum datum fuit, ſeruus autem proculdubio ad fiſcum pertinet: Sed ſecuta reſtitutione ſicuti ſeruus qui fuerat publicatus priſtino domino reſtituitur, ita & omnia quæ per ſeruum fuerant fiſco acquiſita, vt reſtitutio tantum reddat, quantum deportatio abſtulerat. *l. 1. C. de ſententpaſſ. & reſtit.* At in caſu Baldi nullum tempus eſt ex die publicationis bonorum in quo res donata poſſit ad donatorem aut ad vxorem pertinere quandiu donator viuit, & conſequenter neceſſe eſt vt ad fiſcum pertineat: Vbi autem cœpit pertinere, non poteſt reuocatio ſola ſubſecuta ius fiſci tollere quomodo tolleret confirmatio ſi confirmata donatio fuiſſet, quia donator deportatus cùm donationem reuocat quam contulerat in vxorem, non tam ſibi prodeſt quàm vxori nocet, fiſco autem prodeſt cui tamen nocuiſſet ſi donationem confirmaſſet, quoniam confirmatio per legem adiuuatur vt etiã ius illud perimat quod fiſco fuerat quæſitum: reuocatio autem non ſimiliter adiuuatur, quia nec auxilio vllo indiget vt reuocationis effectum habeat in præiudicium vxoris in cuius perſona nunquam conſtitit donatio. Vt verò etiam fiſco noceat ea reuocatio, proſitque donatori contra fiſcum cui non ex donatione ſed ex condemnatione ius quæſitum eſt, extra vim & effectum reuocationis illud eſt, nouâque lege opus eſſet, quæ nulla hucuſque in eam rem lata reperitur, nec niſi iniqua ferri talis lex poſſet in odium fiſci & fauorem fraudatoris. Quod cùm de donationibus etiam inter viuos verè dicatur, quæ ſui natura ſi valeret irreuocabiles eſſent, multo magis de donationib. cauſa mortis dici poteſt, quæ inter coniuges factæ nec valent ſecuta deportatione cum bonorum amiſſione, & tum quoque cùm valent reuocari, tamen ad nutum & arbitrium donatoris poſſunt, vt proinde tanto faciliùs in præiudicium & donatoris & donatariæ vxoris fiſco irreuocabiliter acquirantur, nec donatoris morte ac ſilentio vnquam confirmentur. Denique nulla ratio eſt, vt quod Vlpianus reſpondit in fauorem deportati reſtituti, in *d. l. ſi deportati*, nos cum Baldo protrahamus ad donatorem deportatum reuocantem donationes quas in vxorem contulerat, ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa donauerit, quandoquidem nihil ſimile habet reuocatio donationis cum reſtitutione in integrum. Reuocatio donationis nullomodo pertingit vſque ad ius fiſci, tantúmque abeſt vt fiſco nocere debeat, vt potius proſit hoc ipſo quod nocet vxori. At reſtitutio in integrum non datur niſi contra fiſcum, & conſequenter vt proſit donatori, qui alioquin donationem reuocando quam in vxorem contuliſſet, fiſco magis quàm ſibi fuerat profuturus

***

ERROR V.

De retroactione donationis causa mortis inter coniuges an ratione dominij sit facienda, an ratione fructuum tantùm.

SVMMARIA.

1 *Donatio mortis causa inter coniuges facta morte secuta ad id tempus quo facta est reducitur.*
2 *Bartolus donationem mortis causa inter coniuges factam vult retrotrahi non quantum ad dominium, sed quantum ad fructus.*
3 *Accursij hac de re sententia: & quid ei Couarruuias obyciat.*
4 *Differentia precipua inter donationes causa mortis inter coniuges factas, & eas quæ inter vivos.*
5 *Donationes mortis causa inter coniuges an retrotrahantur quod ad fructus tantùm, an etiam quod ad dominij causam.*
6 *Sententia Ioannis veteris glossatoris de proposita dubitatione.*
7 *Sententia Ioannis veteris refutatio.*
8 *Quomodo donatio causa mortis inter cõiuges retroagatur & non retroagatur, autoris sententia.*
9 *Explicatur & emendatur l.* sed interim. 11. D. de don. int. vir. & vx. & num. 11.
10 *De qua retroactione donationis loquatur Papinianus in l. si mortis.* 40. *D. de don. caus. mort.*
12 *Cur interpretes admittere noluerint donationes causa mortis æquè retrotrahi quoad dominium, ac quoad fructus.*
13 *Rationis qua ad id monit interpretes & Bartolum refutatio.*
14 *Tam facile est legi retroagere donationem quod ad dominium, quàm quod ad fructus & cur.*
15 *Donationem causa mortis inter coniuges retroagi quoque quantum ad dominium probari ex l. si is seruus.* 20. *D. de don. int. vir. & vx. vbi Bart. & Accursij interpretationes explodantur.*
16 *Expenitur l. vxori.* 22. *D. de don. int. vir. & vx. & cum l. seruus vxori.* 76. *de her. inst. conciliatur.*

PAPINIANVS scribit in *l. si mortis* 40. *D. de donat. caus. mort.* Si mortis † causa donatio inter virum & vxorem facta sit, morte secuta reduci eam ad id 1
tempus quo facta est: Quod etsi apertam sententiam illam habet, vt donatio mortis causa etiam inter coniuges facta retrofingatur valuisse ex quo tempore facta est, interpretes tamen nostri quibus hoc durius videtur quàm vt possint concoquere, aliter atque aliter accipiendum esse volunt. Facit iis difficultatem, quòd vident neque inter vivos neque mortis causa posse sic fieri donationem inter coniuges, vt constante matrimonio dominiũ in donatarium transferatur, quia eo tempore omnis dominij translatio inter coniuges moribus prohibita est *l. sed interim.* 11. *D. de donationibus int. vir. & vxor.* Ita enim fit vt extremum ad quod retrofictio fieri deberet sit inhabile, ideoque non videatur hæc res
2 admittere retrofictionem vt ratiocinatur. Bart. † ad *l. nec vtilem D. ex quib. caus. maior.* vbi tractans de donationibus inter virum & vxorem etiam simpliciter & absolutè non mortis causa factis, quas retrotrahi certum est ad id tempus quo factæ sunt, si speciali aliqua voluntate fuerint confirmatæ, vt ostendimus in Error. 3. Decad. 40. ex *l. donationes quas parentes* 25. *C. de donat. int. vir. & vxor.* negat eas retrotrahi quantum ad dominium sed tantùm quantum ad fructus. Quam sententiam à cæteris interpretibus probatam, & veram esse scribit Didac. Couarr. in 3. part. rubr. De testam. num 5. Accursius verò cuius sententiam Paulus Castrens. & alij nonnulli secuti sunt in *d. l. si mortis.* putat eam legem ad eas tantùm mortis causa donationes pertinere, quæ sic factæ sint vt nullo casu reuocentur, quomodo fieri eas posse constat & sic factas pro iis haberi acsi inter viuos factæ essent *l. vbi ita donatur* 27. *D. de mor. caus. don.* Nam donationes factas inter coniuges & inter viuos fatetur Accursius retrotrahi posse ad id tempus, quo factæ sunt etiam quod ad dominium non minùs quàm quod ad fructus in *l. sub conditione* 16. *de solut. & in l. sequens quæstio* 67. *de leg.* 2. licet alias idem ille contra putauerit retrotrahi debere quod ad fructus duntaxat non quod ad dominium, in *d. l. donationes & in l.* 2. *C. de inoff. donat.* quæ primum fuit sententia Hugolini, ab eodem Accursio relata in *l. talis scriptura* 30. *in gloss. vlt. de legat.* 1. Sed donationes mortis causa factas inter virum & vxorem, negat Accursius retrotrahi posse, neque quod ad dominiũ, neq; quod ad fructus, motus ex *d. l. sed interim.* §. 1. vbi diserte scriptũ est nõ retroagi huiusmodi donationes. Didacus verò interpretationẽ hãc refellit, nec malè, ex eo quòd cùm donatio causa mortis ita fit, vt nullo casu reuocetur, magis inter viuos quàm mortis causa donatio est: ideoq; inter cõiuges prohibetur *d. l. vbi ita donatur.* Negari verò nõ potest Papinianũ in *d. l. si mortis*, agere de ea donatione quæ & causa mortis facta sit, & eo iure valeat, vt neq; vlla egeat confirmatione ad hoc vt validetur. Cùm enim de donationibus à coniuge in coniugem inter viuos profectis agimus, prius est vt dicamus eas cõfirmari vel morte sola & silentio, vel speciali aliqua voluntate, quàm vt quæramus, vtrum ad id tempus quo factæ sunt, retrotrahantur. At neque omnes quæ morte confirmantur retrotrahuntur vt malè nostri sensisse videntur ad *d. l. donationes*, sed eæ tantum quæ speciali voluntate fuerint confirmatæ, quomodo à nobis explicatum & probatum est suo loco. In eóque præcipua † differentia obseruanda est do- 4
nationum causa mortis inter coniuges factarum & earum quæ inter viuos: quod quæ inter viuos factæ sunt nec ab initio valent, nec illo etiam casu quo morte ac silentio confirmatæ sint, tamen retrotrahuntur, nisi confirmatio specialis accesserit: quæ verò mortis causa, & valent ab initio, ita vt confirmari neque debeant neque possint, & retrotrahuntur, etiamsi specialiter confirmatæ non sint *d. l. si mortis.* Itaque sola ea dubitatio † superest an 5
retrotrahantur quod ad fructus tantùm pertinet, an etiam quod ad dominij causam. Sunt verò qui Ioannem † veterem glossatorem secuti distinguant dona- 6
tiones causa mortis ita factas, vt dominium ex iis non nisi post mortem transferatur, à cæteris, quæ vel simpliciter fiũt, vel ita vt cõfestim, quãuis reuocabiliter dominus fiat donatarius. Sic enim Ioãnes distinguebat, vt idẽ Accursius noster refert ad *d. l. sed interim.* §. 1. neq. dubitabat quin donationes omnes causa mortis factæ retrotrahi deberent etiam quod ad dominiũ ad id tẽpus quo factæ essent, exceptis duntaxat iis ex quibus dominij translatio expressim collata esset in id tempus quo donatoris mors esset subsecuta: quasi in hoc posteriore donationis genere voluntas ipsa donatoris repugnet, impediatque ne retrotrahi possint. Addebat Ioãnes excipiendas quoq; donationes illas in quib. cõditio personæ mutaretur, vt se euolueret ex ea obiectione quã fieri videbat ex *d. l. sed interim.* §. 1. *& segq.* vbi sex casus proponũtur in

quib.

quib. donatio cauſa mortis inter coniuges facta vallet quidem ſed ita tamen vt non retroagatur. Sed
7 tamen † videtur mihi hæc quoque diſtinctio nullam habere rationem: Nam tum quoque cum ita fit donatio mortis cauſa, ſiue expreſſis verbis, ſiue tacito intellectu, vt ſecuta duntaxat morte donatoris dominium, in donatariam coniugem transferatur, nihil tamen fit contra verba donationis, neque contra voluntatem donantis, ſi ſecuta donatoris morte donatio ad id tempus quo facta eſt retrotrahatur, quoniam ea conuentio ſiue expreſſa, ſiue tacita: ideo tantum interponitur, ne donator quandiu viuit dominium amiſiſſe videatur, vt ſcilicet tanto liberiorem ſibi retineat donationis reuocandæ facultatem, non etiam vt impediatur retroactio, ſi tandem deceſſerit donator in eadem voluntate. Id enim agit qui ita donat vt ſibi ſoli non etiam vt ſuo heredi conſulat. Quod autem poſt mortem donatoris, qui donationem neque expreſsè, neque tacitè reuocauit, retroagatur donatio ad tempus illud quo facta fuit, ſoli heredi nocere poteſt, non etiam donatori, etiamſi quod ad dominium retroactio fiat. Immo nec video quid heredis intereſſe poſſit an retroactio fiat quod ad fructus tantum an etiam quod ad dominum, cùm totum rei emolumentum in fructibus conſiſtat, *l. cum filius. 76. §. dominus de leg. 2.* Rurſum quod idem Ioannes dicebat excipiendas eas donationes in quibus conditio perſonæ mutatur, vereor ne nimis generaliter & obſcurè dictum ſit: Multi enim poſſent incidere caſus in quibus conditio perſonæ mutaretur, nec eò minus tamen donatio ad tempus quo facta eſſet retrotraheretur. Debuerat potius dicere in omnibus illis caſibus, quos Vlpian. ſupradicto loco ex Marcello perſequitur, ideo non retroagi donationem quoniam retroactio faceret vt non valeret ſaltem eo modo quo donator valere voluiſſet: Nam qui donat & tradit vxori ſuæ filiæfamilias, nec inter viuos, ſed mortis cauſa, non id agit vt donatio illa patri acquiratur, ſi modo mortis tempore, & cùm adhuc reuocare donationem poſſet ſi vellet, videat vxorem factam ſui iuris, ſed magis credibile eſt eum ideo non reuocare donationem vt acquiratur illa vxori cui etiam donauit, reuocaturus forſaſſe ſi mortis ſuæ tempore habuiſſet vxorem in eius patris poteſtate, in cuius erat tempore donationis: Quemadmodum è contrario qui donauit vxori ſuæ eo tempore quo erat illa ſui iuris, ſi poſtmodum ſit facta ea filiafamilias & ille decedat in eadem voluntate non tam in vxorem quàm ipſius patrem conferre donationem intelligitur, hoc ipſo quod eum non reuocat quem poſſet ſi vellet reuocare. Id enim tempus inſpiciendum eſt quo perficitur donatio quàm quo inchoatur. *d. l. ſed interim §. idem ait & ſeqq.* Nimirum cùm de illo agitur cui acquiratur: at non etiam ſi diſputetur quid & quantum acquiratur. Nec enim dubitari poteſt quin donator voluerit acquiri quicquid ex die traditionis acceſſit, id eſt emolumentum omne fructuum, ex eo tempore. Nam nec in omnib. illis caſibus quos Vlpia. tractat, mutatio vlla contingit in re donata ſed in perſona tantùm eius cui donatum fuit. Ita-
8 que vt dicam apertiùs, donatio † cauſa mortis etiam inter coniuges retrotrahitur ſemper & omni caſu ad id tempus quo facta eſt in præiudicium donatoris, quoniam ea retroactio non tam donatori nocet quę defuncto eſſe neceſſe eſt priuſquàm de retroactione tractari poſſit, quàm donatoris heredi cui proculdubio nocere & voluit & potuit is qui donauit. Sed non ſemper ad illud idem tempus quo facta eſt retrotrahitur in fauorem donatarij, hactenus ſcilicet vt donationis commodum habeat ipſa perſona, quæ habitura eſſet, ſi donatio inter viuos ab initio vtiliter facta fuiſſet, quia quod ad hanc rem attinet cùm nihil aliud inſpiciendum ſit niſi in quem donator voluntatem ſuam direxerit, certum eſt voluntatem illam meliùs colligi ex eo ſtatu qui eſt perſonæ donatarij eo tempore, quo donator moritur, quàm ex eo qui fuit tempore donationis: ſiquidem donator non alium heredi ſuo in re donata moriens prætuliſſe videri poteſt, quàm eum ad quem vidit peruenturum emolumentum donationis, ſi eam non reuocaret. Hoc ipſo igitur quod reuocare noluit cùm poſſet, in illum ipſum donationis voluntatem contuliſſe intelligitur. Neque hæc ſunt contradictoria vel contraria. Vt retroagatur donatio & non retroagatur, cùm ſit vtrumque diuerſis reſpectibus. Quanquam nec illud ſemper verum eſt non retroagi donationem quantum ad perſonam donatarij, ſed aliquando non retroagitur, prout mutatio conditionis in perſona donatarij poteſt inducere vel non inducere diuerſitatem voluntatis. Idque Vlpianus ipſe docet ſatis † in *d. l. ſed interim, ſi iungas §. penultimo eiuſdem legis.* Nam in §. 1. ita ſcribit *quando itaque non retroagitur donatio* (ſic enim legendum eſt vt in vulgata editione non vt in Flo. *retroagatur*) vt intelligamus, non ergo ſemper non retroagi. At in §. penultim. *Plane* inquit, *in quibus caſibus placeat retroagi donationem*: quæ verba non potuit explicare Accurſius, non diſtinguens retroactionem donationis faciendam in perſona donatarij ab ea quæ fit in re ipſa donata in præiudicium heredum donatoris. Hæc poſterior ſemper fit & omni caſu nec ad eam poſſunt vllomodo accommodari verba illa *in quibus caſibus placeat retroagi.* Prior verò neque ſemper fit neque nunquam ſed pro caſuum diuerſitate. Ex quo apparet totam illam Marcelli & Vlpiani diſputationem in *d. l. ſed interim.* de donatione cauſa mortis ad id tempus quo facta eſt non ſemper retrotrahenda, non repugnare ſententiæ Papiniani in *d. l. ſi mortis* vbi ſcribit generaliter & indiſtinctè mortis cauſa donationes quandocunque ſecuta morte perfectas
10 ad id tempus quo factæ ſunt reuocari. Loquitur † enim Papinianus de illa tantùm retroactione quæ fiat in præiudicium heredum donatoris, vt quiſquis ille erit cui donationis emolumentum acquireretur, perinde haberi debeat, acſi rem illam donatam ab initio inter viuos & irreuocabiliter habuiſſet. Cęterum an retroagi debeat donatio, necne quod ad hoc vt donatio in coniugem collata vel ipſi vel ipſius patri acquiratur, non tractat eo loco Papinianus, de quo ſolo tamen Vlpianus & Marcellus tractant in *d. l. ſed interim.* Neque huic interpretationi noſtræ obſtat quod in dicto §. penultimo, Vlpianus
11 ait, † ſi vxor rem quā à marito mortis cauſa acceperat, alij viuo eo tradiderit, nihil ea traditione, qua non ante vltimum vitæ tempus ea res mulieris fuit. Id enim ad eos tantùm caſus pertinet in quibus antè dixerat Vlpianus non retroagi donationem fauore mulieris cui donatum erat, vt ex eo intelligimus quod ſtatim ſequitur apud Vlpianum, *Planè in quibus caſibus placeat retroagi donationē, etiam ſequens traditio a muliere facta in pendēti habebitur.* Vt inferamus non ſtare per eam retroactioē quæ in re donata fieri debet, quominus valeat traditio pro mulierem facta viuo donatore, ſed per aliā illā retroactionē quę fieri deberet in perſona mulieris donatariæ, ad hoc vt traditio à muliere facta efficax fuiſſe videretur ad dominium trāsferendū. Quia nō ſufficit quod iā inde à die traditionis donatæ rei dominium à donatore diſceſſiſſe retroſingatur, niſi etiam illud concurrat, vt dominium illud quod abſceſſit à donatore, acquiſitū ſit mulieri quę rē illā ſibi donatā alij tradidit viuo adhuc marito.

marito. Prius enim est vt per retroactionem quæ fit donationis ad tempus quo facta donatio est retrofingatur mulier fuisse domina eo tempore quo tradidit quàm vt possit ipsa retrofingi dominium transtulisse. Quomodo enim posset videri transtulisse dominium quod ipsa nunquam habuisset? Ergo in ea specie non illa ratio impedit effectum non donationis & traditionis factæ per mulierem, quod donatio prior à marito facta nõ sempere retrotrahatur in præiudicium mariti heredumque ipsius, sed illa potiùs, quod non retrotrahatur semper in fauorem mulieris, putà si eo tempore fuisset sui iuris. Hoc enim casu cùm non retroagatur donatio in fauorem mulieris, sed in fauorem patris, retrofingenda est paternam rem insciopatre, ac proinde inutiliter potiùs quàm suam tradidisse. Denique non est dubitandum quin semper retroagatur donatio, & quidem non tantùm in præiudicium donatoris, heredumque ipsius, sed etiam in fauorem donatarij. Sed an fauorem huius vel illius donatarij retroagi debeat, id est an hic vel ille donatarius censendus sit, puta an filia, an pater eius, aut mulier cui donatum vir voluit, an dominus serui qui fuit interpositus, vt in *d. l. sed interim. §. consequenter.* incertum est & pendet in diem mortis donatoris: sicut & pendet interdum an valeat donatio, quòd cum euenit, illud etiam pendere necesse est an retrotrahenda quandoque sit necne, quia non alia retrotrahi potest quàm quæ valeat. Potest autem fieri facilè vt non valeat, quamuis donator volũtatem non mutauerit. Putà donatio mortis causa facta sit per interpositam personam, & is qui interpositus est etiam posteaquam dederit mulieri decesserit viuo adhuc donatore. Tunc enim donatio euanescit *d. l. sed interim. §. idem Marcellus*, vbi ratio redditur, *quia debeat donatio aliquo momento fieri interposito*, id est ei personæ quæ interposita fuit, & in ea consistere, & sic deinde ad mulierem transire. Personam enim interpositam hic accipimus, vt & in *l. quarta. D. de donat.* non eius qui electus sit tanquam nuncius vel nudus minister, de quo in *l. absenti. decima eodem titulo, & l. si quis Titio. decima septima. de legatis secundo.* sed qui electus sit vt ipse prior rem haberet, deinde in alium eam transferret, vt & in *l. profectitia. 3. § fiquis certam D. de iur. dot.* Hæc cum ita sint, nec iam Vlpiani vel Marcelli autoritas pugnare videri possit cum ea Papiniani sententia, quam nos defendimus, ille tantùm scrupulus tollendus est qui nostros turbauit ne potuerint admittere dona-
12 tiones † causa mortis nõ minus quod ad dominium, quàm quod ad fructus retroagi oportere. Is est, quod in omni retroactione duplex requiratur extremum vnum à quo & alterum ad quod, vtrumque autem habile esse oporteat, vt retroactio fieri possit. Atqui, inquiunt, non potest in proposita specie extremũ ad quod esse, habile, quia eo tempore, quo facta donatio est cùm adhuc matrimonium constaret donatio purè & absolutè inter coniuges fieri vtiliter non potuisset. Ergo neque retrofingi potest facta esse.
13 Nos verò respondemus † plus posse hoc casu fictionem, quàm veritatem, quoniam rationes quæ faciunt vt donatio non possit inter viuos fieri à coniuge in coniugem, sicut non habent locum in donatione causa mortis, ita neque impediunt quominùs donatio causa mortis vtiliter facta retrotrahatur ad id tempus quo facta est, vt eundem effectum habeat, quem habuisset si inter viuos vtilitet facta esset: cùm non tam ex eo tempore vim sumat quo facta est, quàm ex quo perfecta est. Nec absurdum videri debet plus posse fictionem quàm veritatem, cùm ratio impedimenti quæ obstaret ne veritas locum habere posset, non impedit fictionem, vt euenit in proposito casu, in quo non incipit fictio nisi post mortem donatoris, & eo tempore quo verendum amplius non est ne ob mutuum amorem se spolient coniuges, qui coniuges esse desierunt, cum & eum qui donauit non donatio ipsa spoliauerit quam viuus fecerat, & quam potuerat reuocare, sed mors ipsa quæ bonis etiam cæteris quamuis non donatis eum spoliauit. Neque rursus absolutè verum est quod vult, Bartolus deesse hic extremum ad quod cùm sit tempus aliquod in quo facta fuit donatio, & in quo illa fieri vtiliter potuisset, nisi illud ipsum ius quod retrofictionem inducit, donationi inter viuos ab initio faciendæ obstitisset propter rationes quæ cessant post mortem donatoris. In summa debet retrofictio ad exemplum veritatis accommodari quoties eadem in vtroque casu vero & ficto ratio est, non cùm diuersa. Eiusdem enim iuris potestate fit, vt & non valeat donatio inter viuos propter certas rationes & valitura fuerit, si rationes illæ non fuissent, & consequenter retrofingi possit valuisse si quando rationes illæ cessabunt, quomodo cessant mortuo donatore. Alioqui si tantam in extremo, ad quod habilitatem requiras, quantam Bartolus requirit, fatendum erit non magis ratione fructuum, quàm ratione dominij posse vnquam retroagi donationem siue inter viuos, siue mortis causa factam, quia sicuti nullo casu fieri potest, vt dominium rei donatæ à viuo coniuge in coniugem transferatur, ita neque vt donatarius suos faciat fructus perceptos ex re donata quandiu donator viuit, cùm sit ille malæ fidei possessor tanquam qui sciat aut scire debeat alienam esse rem quam possidet ex illicita donatione, *l. si vxor filio. decimanona. D. de donat. inter virum & vxorem.* malæ verò fidei possessorem certum est nullos fructus suos facere, ne quidem quos consumpsit, *l. certum. trigesima secunda. C. de rei vindicat. l. fructus. quadragesimaquinta. D. de vsur.* secundum eam interpretationem illius loci & emendationem quam attulimus libro quarto Coniecturarum, capite decimo octauo. Tam igitur difficile est vt quod ad fructus retroagatur donatio quàm vt quòd ad dominium, Aut vt dicamus accommodatius ad rem nostram, tam facilè est legi † retroa- 14
gere donationem quod ad dominium quàm quod ad fructus, cùm acquisitio fructuum in necessarium antecedens præsupponat acquisitionem dominij, quia fructus non seminis, sed soli iure percipiuntur, *l. qui scit vigesimaquinta. §. vltima. D. de vsur.* Adeò vt tum quoque cum lex vult alicui fructuum emolumentum sine dominio præstare, cogatur tamen eum fingere dominum quantum ad causam feuctuum acquirendorum, vt in bonæ fidei possessore fit, de quo in *l. bona fides. quadragesimaoctaua. D. de acquirendo rerum dominio.* bona fide tantumdem in hoc præstante quantum veritas præstaret, quatenus lex impedimento non est. *l. bona fides 136. de regulis iuris.* Id verò in proposita quæstione tanto maiorem habet rationem, quod non posset dici cuius bono & commodo cedere deberet, non retroagi donationem quod ad dominium siue donatoris vtilitatem inspicias, cui retroactio vlla nullomodo nocere debet, siue heredis, cui necesse est vt noceat ex eo tempore quo facta fuit, cùm exinde donator magis dilexerit donatarium in re donata, quàm heredem. In bonæ fidei verò possessore, si lex quæ habet eum pro domino quod ad fructus duntaxat propter bonam fidem haberet eum pro domino absolutè, fieret iniuria vero domino, qui ea ratione rem suam vindicare prohiberetur, cùm neque vindicatio alij quàm domino competat, neque duo in solidum domini esse possint.

Ideóque

Idcóque mirum non eſt iuris fictionem quæ inducitur pro bonæ fidei poſſeſſore eſſe minùs plenā vſad fructus tantum non etiam ad dominij cauſam pertineat, tam verò quæ inducitur pro donatario ſiue inter viuos ſiue cauſa mortis, ſiue inter coniuges ſiue inter alios, eſſe pleniorem, vt non minus dominium quam fructus rei donatæ tribuat donatario. Et ita eſſe vt donationum † cauſa mortis inter coniuges factarum retroactio fiat, etiam quantum ad dominium, præter ea quæ iam diſputauimus conſtat apertiſſimè ex eo quod Iauolenus reſpondit in *l. ſi u ſeruus. vigeſima. D. de donat. inter virum & vxorem.* Si is ſeruus qui vxori mortis cauſa donatus eſt, priùs quam vir decederet, ſtipulatus eſt in pendenti eſſe cauſam obligationis donec aut moriatur aut ſuſpicione mortis propter quam donauit, liberetur: quicquid autem eorum inciderit quod donationem aut perimit aut confirmet, id quoque cauſam ſtipulationis aut confirmaturum, aut reſoluturum. Etſi enim Bartolus ad illum locum in ſuo errore perſtās, & negans retroagi donationem cauſā mortis quod ad dominium, fatetur & admittere cogitur retroagi non tantum quod ad fructus, ſed etiam vt ipſe loquitur quod ad alias commoditates, non video tamen qua ratione poſſit effugere quin retroactionem illam fateatur fieri etiam quod ad dominium: Siquidem fieri nullomodo poteſt vt ſeruus donatus acquirat mulieri cui donatus fuit, quin ipſe priùs mulieri acquiratur. Pendet enim ius ſtipulationis à ſeruo interpoſitæ ex perſonā domini cùm ſtipulandi ius quod rerum eſt ex iure ciuili non poſſit ex propria perſona habere ſeruus qui iure ciuili incognitus eſt, *tot. tit. ff. de ſtip. l. ſeru.* indéque fit vt non alio poſſit acquirere quam domino. *l. ſeruus hereditarius 16. l. ſi ſeruus 18. in princip. l. ſi ex re 28. §. vlt. eodem.* Neque habet ea propoſitio vllam exceptionem, niſi in fructuario & bonæ fidei poſſeſſore quibus per ſeruum alienum acquiri poſſe conſtat, adeóque per hominem liberum ſi modo acquirat ex re illius à quo bona fide poſſidetur dict. *l. ſi ſeruus 18. §. vlt. cum l. ſeque. eod. l. qui bona fide 23. D. de acquir. rer. domin.* Sed exceptio hæc non conuenit ſeruo donato, quia ille ex coniugibus cui donatus fuit, neque fructuarius eſt, neque bonæ fidei poſſeſſor, ſi tanquam dominus velit facere ſuos fructus ex re donata pro eo tempore quo donator vixit. Hoc ipſo enim faceret ſe malæ fidei poſſeſſorem, ſaltem per retrofictionem, ſi captaret hicrum fructuum tanquam perceptorum ex re ſua quam tamen ſciret non poſſe retrofingi ſuam fuiſſe. Itaque illa quæſtio, An ſeruus quem vir vxori mortis cauſa donauit, acquirat vxori necne, ex ea ſtipulatione quam interpoſuerit viuo marito, ſi poſtea deceſſerit maritus in ea tem voluntate, non alio pertinet, quàm vt inueſtigemus an hoc caſu dominium retrofingēdum ſit fuiſſe mariti an vxoris, quia certum eſt ei acquiſitum in commodum ſtipulationis, qui eo tempore quo ſtipulatio interpoſita eſt, dominus ſerui fuiſſe retrofingetur. Et conſequenter cùm Iauolenus ait eſſe in pendenti cauſam obligationis, perinde eſt ac ſi diceret in pendenti eſſe dominium ſerui. Portò non alia in pendenti eſſe dicuntur, quàm quæ vbi caſus euenit retrofingenda ſunt ſtatum aliquem habuiſſe: nec ſuſpendi poſſunt in aliquem euentum ea, quæ poſt euentum non ſunt capacia retrofictionis *l. de hereditate 19. § quid autem ſi teſtamentum. D. de caſtr. pecul. l. quadam ſunt 15. D. de reb. dub. leg. quires 98. §. rem autem D. de ſolut.* Ridiculè autem Accurſ. ad *d. l. ſi mortis.* Iauolenum intelligit de eo caſu quo donatio ſic facta ſit ne reuocari poſſit. Quæ enim ſic facta eſſet vel non valeret tanquam inter viuos facta & inter coniuges, vel reuocari non poſſet, *d. l. vbi ita donatur 26. D. de mort. cauſ. don.* Atqui Iauolenus non dubitat quin & donatio valeat tanquam quæ mortis cauſa non inter viuos facta ſit, & tamen reuocari poſſit vel ob hoc ipſum quod mortis cauſa donatio eſt. Fatendum igitur eſt inuito Accurſio, non dubitaſſe Iauolenum quin mortis cauſa donationes etiam quod ad dominium retrotrahi deberent. Nec multum à ſuprà dicto Iauoleni reſponſo diſtat quod Vlpianus † tractat in *vxori 22. De donat. inter vir. & vxor.* Si is qui vxori ſuæ mortis cauſa ſeruum donauerat eundem cum libertate heredē ſcripſerit an valeat inſtitutio. Diſtinguit enim, An eum ſcripſerit heredem hoc animo quod dixerit ſe donationis pœnitere eámque voluerit reuocatam, an verò non animo adimendæ & reuocandæ donationis: Vt priore caſu valeat inſtitutio habeátque maritus ſeruum hunc neceſſarium ſibi heredem: poſteriore verò caſu præualeat donatio, non ſecus ac ſi facta eſſet poſt inſtitutionem. Cuius diſtinctionis non alia certe ratio eſt, quam quod hic ſeruus reuocata donatione non ſolùm in mariti dominio re vera ſemper fuerit, ſed neque in vxoris dominio vnquam fuiſſe retrofingatur, qui tamen ſi reuocata donatio non eſſet, mulieri ſiam inde à die donationis fuiſſe retrofingeretur, nec proinde potuiſſet eo caſu fieri heres neceſſarius marito qui eum mortis ſuæ tempore in poteſtate & dominij ſui iure non habuiſſet. Is enim demum neceſſarius heres fieri & cum libertate inſtitui poteſt, qui in teſtantis dominio & poteſtate teſtamēti & mortis tempore inuenitur. §. 1. *Inſtit. de hered. qualit. & differ.* At inepta & ſuperuacua eſſet diſtinctio, ſi ſeruus hic mortis cauſa donatus nullo caſu retrofingeretur fuiſſe vxoris, id eſt ne tum quidem cùm reuocata donatio non fuiſſet. Quid enim poſſet impedire quominùs omnino & omni caſu valeret inſtitutio ſerui, fieretque ille neceſſarius heres marito? Nam & ob hanc cauſam Papinianus Iuliani ſententiam ſecutus in *l. ſeruus vxori 76. D. de hered inſtit.* apertè & indiſtinctè ſcribit ſeruum vxori à marito mortis cauſa donatum manere mariti. Ideo (ſic enim legendum eſt non vt vulgò *idem*) ſi accipiat libertatem ſimul & hereditatem, neceſſarium heredem viro fore, nec ſine libertate aliquid ei legari poſſe. Non quod Iulianus & Papinianus in ea fuerint ſententia, vt putarent donationem cauſa mortis retrotrahi non debere etiam quod ad dominium (in eo namque nulla vnquam fuit inter prudentes diſſenſio) ſed quia non dubitarunt, quin reuocandæ donationis animum habuerit maritus, qui ſeruum à ſe vxori mortis cauſa donatum heredem inſtituit cum libertate, cui ſcilicet directam libertatem dare non poſſet ſi pro ſeruo alieno eum haberet. Et ſanè cùm negari non poſſit quin hic ſeruus maneat mariti quandiu maritus viuit, illud etiam fatendum eſt valere ab initio ipſius inſtitutionem cum libertate factam, Solaque poteſt ſupereſſe quæſtio, an irrita fiat ex poſt facto propter donationem quæ non fuerit reuocata. Sed cùm non priùs quærendum ſit de donatione an perfecta ſit & non reuocata, quàm donator deceſſerit, eo autem inſtanti quo primùm maritus defunctus eſt, ſeruus inſtitutus protinus & ipſo iure liber fiat ex inſtitutione quam diximus ab initio valuiſſe, non facilè dici poteſt quodnam ſit inſtans in quo poſſit donatio incipere ita valere & perfecta eſſe vt præualeat inſtitutioni. Nec enim fieri poteſt vt ſecuta donatoris morte, dicatur perfecta donatio ſerui qui iam tum liber & heres neceſſarius reperitur. Proinde coarctanda videtur contraria Vlpiani ſententia ad eum caſum quo hic maritus expreſſim declarauerit inſtituendo ſeruum donatū dandoq; ei libertatē id ſe

16

facere ſalua donatione. Quo caſu nec Iulianus & Papinianus ipſi negarent, vt arbitror, poſteriorem fore cauſam donationis quàm inſtitutionis & libertatis, ita faciente donatoris eiuſdemque teſtatoris voluntate, ex qua pendent omnia, donatio, inſtitutio, & libertas. Alioqui non video qua ratione poſſit Vlpianus cum Iuliano & Papiniano conciliari, aut quã rationem Vlpiani ſententia & diſtinctio habere poſſit. Quod & Accurſius noſter ſenſiſſe videtur ad *d.l. vxori*, cùm ait eſſe impoſſibile vt non videatur donationis reuocandæ animum habuiſſe donator qui ſeruo donato libertatem dedit, cùm & aliàs pœnitentiæ coniectura ſumi ſoleat ex eo quod res donata poſtmodum vel obligata fuerit vel legata *l. cùm hic ſtatus* 32. *§. ſi maritus ea & §. qui quæſdam D. de donat. int. vir. & vxor.* Nam & inde fit vt ſi poſt teſtamentũ in quo maritus ſeruum ſuum heredem ſcripſerat cum libertate idem ſeruus vxori mortis cauſa donatus ſit, prævaleat donatio tanquam reuocata inſtitutione *d.l. vxori*. Semper enim poſterior voluntas prævalet priori cùm de ea diſpoſitione agimus, quæ ſpeciem habeat vltimæ voluntatis *l. Diui* 6. *§. licet D. de iure codicill. l. ſi mihi duodecima §. vlt. De leg.* 1.

ERROR VI.

De tacita reuocatione donationis cauſa mortis per oppignorationem aut alienationem ſubſecutam.

SVMMARIA.

1 *Etiam tacita voluntate legata & fideicommiſſa reuocantur.*
2 *Quando legatum vel fideicommiſſum cenſeatur ademptum per ſubſecutam alienationem.*
3 *Donatio cauſa mortis ex ſententia interpretum expirat per voluntariam rei donatæ alienationem.*
4 *Non reuocatur per ſubſecutam rei donatæ oppignorationem, nem, ex eorumdem placito.*
5 *Quod falſum eſſe demonſtratus in* donatione facta per traditionem.
6 *Oppignoratio quando non impediat quo minus donatio perficiatur.*
7 *Quando detur actio Publiciana donatario cauſa mortis qui poſſeſſionem rei donatæ amiſit.*
8 *Donatario cauſa mortis nulla datur actio poſt reuocatam donationem.*
9 *Donatori donationem reuocanti quando ſit neceſſaria actio ad repetendam rem donatam.*
10 *Differentia inter donationem cauſa mortis & legatum: & differentiæ ratio prima n.* 11 *ſecundat. numer.* 12.
13 *Donatio cauſa mortis facta per ſtipulationem per ſubſecutam oppignorationem non reuocatur.*
14 *Secus eſt ſi res donata voluntariè à donatore alienetur.*
15 *Quæ ratio ſit diuerſitatis inter rei donatæ oppignorationem & alienationem.*
16 *Exponitur §. ſi rem ſuam.* 19. *Inſtit. de legat.*
17 *Diſcrimen inter donationem mortis cauſa per traditionem factam, & legatum ratione reuocationis.*
18 *Non eſt de ſubſtantia legati, vt eius dominium in legatarium tranſeat.*
19 *Vt reuocetur donatio cauſa mortis per traditionem facta quid exigatur.*

1 VEMADMODVM legata † & fideicommiſſa reuocantur facilè ac nuda eius qui dedit voluntate, id eſt non tantùm ſi expreſſa illa ſit, ſed etiam ſi tacita, vt puta ob graues offenſas & inimicitias quæ ſupernenerint *l. 3. §. vlt. D. de adim. lega.* ita & donationes cauſa mortis æquè facilè quælibet voluntate reuocari poſſe vulgo creditum eſt, vt teſtatur *Didac. Couarr. in 3. part. rubr. De teſtam. num.* 9. *poſt Hypol. de Marſ. ſing.* 136. Proinde ſicut in legato vel fideicommiſſo, ſi quæratur † an ademptum ſit per ſubſecutam rei legatæ vel fideicommiſſæ venditionem, diſtinguere debemus an voluntaria ſit alienatio, an neceſſaria ſit, puta ob egeſtatem teſtatoris, non ideo legatum vel fideicommiſſum ademptum eſſe interpretemur. Contra verò ſi voluntaria. Præterquàm ſi per donationem alienatio facta proponatur, quo caſu placet omnimodo extingui legatum, etiamſi donatio ipſa ſit inutilis, propterea quòd nemo in neceſſitatibus liberalis exiſtat. *l. rem legatam* 18. *vbi Bart. l. legatum* 24. *§. pater hortos D. de adim. legat. l. fideicommiſſa* 11. *§. ſi rem de legat.* 3. *§. ſi rem ſuam. Inſt. de legat.* Ita & in donatione † cauſa mortis voluntariam rei donatæ alienationem, aliámve quamlibet dummodo ſpecialem de re donata diſpoſitionem vt ſupradicto loco tractat *Dida. poſt Din. Bald. Alex. laſ. & alios ad l. Stichum qui meus erit de legat.* 1. *Iul. Clar. in §. donatio quæſt. vlt.* Non alia ratione quàm quòd donationes cauſa mortis ſint ſpecies vltimæ voluntatis & ad inſtar legatorum capiantur *l. vlt. D. de don. cauſ. mort. l. illud.* 37. *C. eod.* Quod ſi ita eſt, conſequens fit vt mortis cauſa donatio † non debeat videri reuocata, etiamſi donator rem ipſam donatam poſtea pignori dederit & tradiderit. Siquidem certum eſt quod ex hac cauſa legatum non reuocetur *l. 3. C. de legat.* quomodo valeret etiam ſi pignoris obligatio ab ipſo teſtatore facta vel quam aliter teſtator ſciuiſſet, legatum præceſſiſſet *l. prædia* 6. *C. de fideic. l. ſi res obligata* 58. *de lega.* 1. *l. verùm* 21. *C. de præb.*

At videamus ne falſum † ſit donationem cauſa mortis per ſubſecutam oppignorationem non reuocari. 5
Nam cùm oppignoratio illa propriè ſit, de qua etiam ſola nunc loquimur, quæ fit per traditionem, donatio autem quam mortis cauſa prius factam eſſe ponimus per traditionem quoque facta eſſet (de illa enim quæ per ſtipulationem fit nondum agimus) an fieri poteſt, aut quomodò, vt non reuocetur donatio cùm traditio quæ donatario facta fuerat reuocatur? Aut vt non reuocetur prior illa traditio facta donatario per poſteriorem factam pignoratitio creditori? Quænam enim poteſt apertior eſſe voluntas reuocandæ donationis, quàm ſi traditio quæ donationem fecerat reuocetur, & ea ipſa res quæ donatario tradita fuerat, alteri tradatur? Scilicet niſi ponas poſt traditionem factam creditori aliquid factũ eſſe à donatore per quod conſtare poſſit voluntatem illius non fuiſſe, vt tradendo eam rem creditori reuocaret donationem, puta ſi eundem donatarium rurſus fecerit poſſeſſorem vt in ſpecie *l. vlt. §. penult. D. de donat.* aut ſi expreſsè declarauerit nolle ſe reuocatam donationem. Non tam enim quid, quàm qua mente factum ſit inſpiciendum eſt, cum actus operari nunquam poſſint vltra intentionem agentis *vulg. leg. non omnis* 19. *D. ſi cert. pet.* Cæterùm in dubio qui rem vni traditam alteri tradit vix alio animo id facere credendus eſt quàm quòd eum pœniteat prioris traditionis? cùm duobus eadem res in ſolidum diuerſis temporibus ex diuerſis cauſis tradi vtiliter non poſſit, ſiue tales cauſæ ſint ex quibus ſola poſſeſſio ſiue tales ex quibus etiam dominium transferatur. Non enim magis fieri poteſt vt duo ſint eiuſdem rei in ſolidum poſſeſſores quàm vt domini *l. 3. §. ex contrario D. de acquir. poſſ. leg. 5. §. ſi duobus vehiculum D. commod.* Potro fieri non poteſt vt donatorem

torem pœniteat traditionis factæ donatario quin pœniteat cùm donationis per traditionem, & quam nec hodie posset facere sine traditione, nisi stipulatio intercesserit, quam ponimus nullam intercessisse. Nec
6 est quod quis obiiciat nihil obstare quominus manente firma pignoris obligatione † donatio quoque perficiatur vt in specie *dict. l. vlt. §. pen. D. de donat.* id enim tunc verè dicitur, cùm oppignoratio præcedit donationis perfectionem, & cùm subinde perficitur donatio ex nouo facto donatoris, hoc est cùm res donata nec dum tradita priùs traditionem nuda pignoris conuentione obligatur creditori, deinde traditur donatio: At non similiter cum prius traditur donatario postea creditori. Hoc enim casu si fuerit inter viuos donatio, certissimum est non posse valere oppignorationem quæ facta sit post donationem tam perfectam. Si verò fuerit donatio causa mortis, imperfectam enim fuisse quandiu donator vixerit, & ideo traditionem a qua cœperat reuocari potuisse. Reuocata vero traditione non posse donationem perfici per mortem postea subsecutam donatoris, quia mors tunc demum perficit donationem causa mortis, cùm repetit factam eam vel per traditionem vel per stipulationem, quæ non fuerit reuocata. Neque iurius ad rem facit,
7 si quis dicat donatario causa mortis succurrit etiam † per actionem data ei Publiciana, tum quoque cùm rei donatæ possessionem amisit *l. 2. D. de Publician. in rem action.* Nam ad eum casum id pertinet, quo donatarius causa mortis alio modo possessionem amiserit, quàm facto & voluntate ipsius donatoris traditionem donatario antea factam reuocantis. Inauditum
8 enim est vt donatario † causa mortis aliqua detur actio post reuocatam donationem, præsertim verò vt agat vel contra donatorem ipsum, vel contra eum qui à donatore causam habeat, puta contra creditorem, cui donator eandem rem mortis causa donatam oppignorauerit & tradiderit. Nec absurdum videri debet donatorem eandem rem quam donatario tradiderat, alteri tradere, donatarij consensu nullo intercedente, cùm donationis reuocatio pendeat ex solius donatoris voluntate nec ei necessaria sit actio ad rem repetendam siue per condictionem siue per vtilem in rem actionem ex *l. qui mortis 30. D. de mort. caus. donat.* nisi
9 † cum donatarius possessionem suam mordicus tuetur nec vult rem restituere tametsi reuocatam videat donationem, vt necesse sit donatori vel ad vim & arma venire, vel actionem impetrare. Hoc verò cùm in qualibet mortis causa donatione verum est, tum in ea maximè quæ fit inter virum & vxorem quæ licet hoc simile cum cæteris habeat, quod & valet ab initio & reuocari potest, habet tamen hoc dissimile, quod si reuocetur non ob id nascitur condictio, quomodo inter extraneos nasceretur: sed nihil inter coniuges actum, id est nulla vnquam donatio facta esse intelligitur, *l. si vir vxori §. 2. in fin. D. de donat. inter virum & vxor.* potestate nimirum reuocationis tollente intellectum donationis vt loquitur Papin. quamuis in alia specie in *l. sed si patroni. §. §. §. vlt. D. ad senatusconf. Trebellianum.* cùm in donatione facta inter extraneos condictio quæ ex reuocatione nascitur præsupponat, non tollat intellectum donationis præcedentis. Est igitur hac in re diuersa ratio donationis
10 † causa mortis & legati, siquidem legatum non ex eo solo reuocatum intelligi potest, quod res legata fuerit oppignorata & tradita creditori. *dict. l. §. Codic. de legatis.* Et ratio diuersitatis † non obscura nec tamen ab interpretibus animaduersa illa est, quod non
11 sicuti donatio causa mortis requirit traditionem ab ipso donatore faciendam, cùm stipulatio nulla intercedit, ita & legatum vt valeat tradi debet à testatore. Sufficit enim vt tradatur ab herede, qui si tradere non possit, nihilominùs æstimationem legati præstare potest, ideóque non potest videri testator habere voluntatem auferendi legati ob id solum, quod rem legatam oppignorauerit & tradiderit, cum in eo nihil faciat contra id quod fecit cùm donans, si tradat alij rem, quam tradiderat ex donatione. Sed & alia † ratio addi potest, quæ cū hac coniungenda est, quod ex legato 12
personalis actio nascitur contra heredem, qui vt iam attigi legatum præstare cogitur, siue in æstimatione, ac proinde siue rem legatam testator alij tradiderit siue non, dum nihil aliud sit ex quo possit colligi factam à testatore ademptionem quæ facta nunquam intelligitur per oppignorationem, cùm possit heres luere pignus, vt legatum vel fideicommissum præstet. Id enim est quod Iustinianus scribit in *d. §. si rem suam*, in illis verbis *& ideo legatarium cum herede agere posse vt prædia à creditore liuantur.* Et Imperat. Seuerus & Antoninus in *dicta lege tertia. C. de lega. & ideo si impersona actio electa est rectè placuit ab herede prædia liberari.* Quibus verbis duo significant quæ pugnare inuicem videntur, nec tamen pugnant: quorum alterum est hoc legatum per oppignorationem ademptum nō intelligi. Alterum, Fore tamen inutile, nisi actio personalis in heredem competeret atque à legatario eligeret vindicationem contra possessorem eundemque creditorem cui res ipsa tradita esset à donatore, summoueretur eadem exceptione dati pignoris qua ille ipse qui & pignus dedit & legauit si nunc ageret, summoueri posset, cùm obligatio pignoris vtiliter fuerit contracta viuo testatore, atque ita prius quàm legatum deberetur, saltemque cogendus esset legatarius luere pignus & satisfacere creditori vt audiri possit vindicans à creditore rem sibi legatam, quia etsi rem teneret quam defunctus nuda conuentione obligasset, hypothecariam pari & vel possessione cedere vel debitum soluere cogeretur *d. l. si res obligata §. 8. De legat. 1.* Qui ergo non posset habere retentionem nisi offerendo quomodo habere poterit actionem? Atqui ex donatione causa mortis nulla competit personalis actio neq; contra donatorem qui donauit per traditionem neque contra ipsius heredem, de quo nequidem cogitatum fuit vt obligaretur sed tantùm vt læderetur & minorem hereditatem nanciscereturr, vt probauimus Decade superiore. Fieri ergo non potest vt non sit inutilis & irrita donatio causa mortis, quoties rem donatam tradit donator creditori, saltem sub ea exceptione, Nisi sit ille paratus luere pignus. Quamquā & eo casu quo esset paratus luere, facilius illi prodesse ea res deberet ad pignoris retentionem, si fortè precariam haberet possessionem quàm ad rem à creditore auocandam per actionem vt & in specie *l. cùm hic status. §. 2. §. si maritus ea quæ donauerit §. D. de donatione inter virum & vxor.* si enim ex donatione causa mortis nulla nascitur actio contra donatorem ipsum eiusve heredem, quanto minùs dabitur contra tertium & iustum possessorem? Nam nec aliam habere posset quàm vindicationem, quæ porrò cùm non potest accommodari donatario causa mortis, quippe qui dominus non sit, neque viuo donatore, quem ponimus ita donasse mortis causa, vt non statim dominium transtulerit, sed dominij translationem contulerit post mortem suam (alioqui non valeret pignus quod à donatore non dominio constitutum esset citra donationis reuocationem) neque post mortem donatoris, quia tunc dominij translatio nulla fieri potest nisi per legem, lex autem non transfert dominium in donatarium causa mortis, nisi intercedente traditione quæ tamen nulla hic intercessisse intelligitur cum viuus donator eam quam ab initio fecerat reuocauit. Idcò autem consultò locuti sumus de donatione causa mortis facta per traditione, quia si facta esset per † 13

13 ſtipulationem, rectius æquiparari poſſet legato, vt quamuis rem donatam oppignoraſſet donator, & tradidiſſet creditori, nihilomagis videri deberet reuocata donatio quæ ſcilicet non magis quam legatum exigere traditionem à donatore ipſo faciendam, nec rurſum minus quàm legatum pateret actionem perſonalem in heredem donatoris, cuius actionis vi & potestate pignus luere remque donatam præſtare cogeretur. Cum enim donatio facta eſt per ſtipulationem, nihil facit contra donationem ſtipulator, cum rem promiſſam alteri tradit, & oppignorat, ſiquidem non ideo liberat heredem ſuum, quominus ex ſtipulatu quandoque conueniri poſſit ſi non aliter donatio reuocetur. Aliud eſſet ſi eam rem donatio † viuus alie-
14 naret non ex neceſſitate (nam & natura donationis cauſa mortis hoc facilè patitur, non minus quàm legatum, vt res donata alienetur ad ſubueniendum neceſſitatibus donatoris, ſalua donatione cum is qui ſic donat malit ſe habere quàm donatarium, malit autem donatarium habere quàm heredem ſuum *l.1.& l. Senatus* 35.§.1. *D. de mort. cauſ. donat.*) ſed ex mera voluntate, quomodo in legatis diſtinguimus cum rei legatæ alienatio ſit ex titulo oneroſo *d.l. rem legatam* 18. *iunct. l cum ſeruus.* 15. *D. de adim. legat. & Paulo l.4. ſententiis...9.* Nec enim credibile eſt quod donator voluerit obligatum manere heredem vt præſtaret eam rem, cuius præſtandæ facultatem omne ei per alienationem ademerit *arg. l. ſicut* 26. in illis verbis *liberatus erit quia venditor nihil habet quod tradat.* Et quamuis ſuperſit facultas præſtandæ æſtimationis, priùs tamen eſt vt ex donatione cauſa mortis debeat heres ipſam rem donatam præſtare ſecundum voluntatem donatoris quàm vt ſit vrgendus ad præſtandã æſtimationem *arg. l. ſi mulier* 59. §. *ita eſſe D. de iur. dot.* In eóque apertè diuerſa cauſa eſt oppignorationis †
15 & alienationis: quoniam oppignoratio cùm ius luẽdi admittat, non excludit præſtandæ rei facultatem, quam alienatio excludit, quæ nullo luitionis remedio reſolui poteſt: Et quod ſcribitur † *in d.§. ſi re ſua de*
16 *le.* alienata re legata nihilominus deberi legatum, ſi non adimendi animo facta alienatio ſit, non ita debet accipi, quaſi probari debeat ex parte heredis animus adimendi, vt ademptio facta videatur, ſed è contrario ita vt ex parte legatarij probandus ſit animus non adimendi, cùm voluntaria alienatio eſt, ac ſi ſcriptum eſſet apertiùs & verbis tantùm tranſpoſitis, ſi animo non adimendi facta alienatio ſit, relata ſcilicet negatione illa *non* ad verbum *adimendi* cui cohæret non ad ſyllabam *ſi*, cui ſi iungeretur faceret negatiuam conditionem, quaſi ſcriptum eſſet *niſi*, quæ tamen pro affirmatiua ſumi debet. Denique inter legatum & donationem cauſa mortis factam ſtipulationem nihil intereſt. At cùm donatio † per traditio-
17 nem facta eſt, ſicut in eo differt à legato, quòd per oppignorationem quæ comitem traditionem habeat reuocata intelligitur, non etiam legatum; vt iam probauimus. Ita & in hoc quod rei donatæ venditio non inducit tacitam donationis cauſa mortis reuocationé, cùm tamen ex rei legatæ venditione legatum ipſo iure ademptum eſſe intelligatur, ſi modo voluntariam cauſam habuerit venditio, non neceſſariam: Et, vt dicam generaliùs, per eam alienationem aliámve cõuentionem, quæ re contrahatur, donatio cauſa mortis reuocata intelligitur, non per eam quæ ſine traditione fiat. Legatum verò per alienationem quamlibet reuocatum creditur, etiam quæ facta ſit citra vilã traditionem, non etiam per traditionem, quæ ſic facta ſit, vt ex ea non ſequatur alienatio, cuiuſmodi ea eſt quæ interuenit in oppignoratione. Itaque donatio cauſa mortis facta per traditionem infirmior eſt legato, vt facilius reuocetur, quoties actus ſubſequens fieri non poteſt ſine traditione. Firmior verò ſi in eo ſequenti actu nulla traditio exigatur. Et ratiõ diuerſitatis eſt quia is qui rem aliquam mortis cauſa donauit & tradidit donatario, etiamſi poſtmodum eam rẽ vendat aut leget, non ideo tamen poteſt videri hoc agere, vt reuocet donationem quandiu non reuocat traditionem, imò in ſingula momenta quibus patitur durare traditionem, id eſt rem ſemel donatam remanere penes donatarium, tandiu videtur renouare donationem, ſi non ſpecialiter eam reuocarit: cumque ea patientia ſit actui ſequenti contraria, ſuumque effectum iam habeat, mirum non eſt eam præualere. Nam qui vendit ſe obligat quidem ad tradendum, ſed non idcirco tradit, nec eo minùs valet venditio etiamſi res non tradatur, quippe cùm perfloiatur conſenſu, ſufficiatque obligatum eſſe venditorem vt præſtet quanti intereſt emptoris *l. prima. D. de actione empti l. ſi traditio quarta. C. eod.* Quam ob cauſam dicimus alienæ quoque rei venditionem valere *l. rem alienam.* 28. *D. de contrahenda emptione.* Cur non ergo & rei donatæ à venditore ipſa quoque donatione ſubſiſtente? Sic & qui legat heredem ſuum obligat *l. hereditariarum.* 40. *D. de obligation. & actionib.* Non poteſt igitur bona eſſe conſecutio vt qui legãt rem mortis cauſa donatam hoc ipſo donationem reuocare videatur, cùm nihil vetet, & valere donationem & obligari heredem legatario. Et quamuis hoc plus ſit in legato, quàm in donatione, quod ex eo dominium transferri recta via poteſt à teſtatore in legatarium *l. Titio* 64. *in fin. de furt. l. legatum* 80. *de legat. 2.* in propoſito tamen caſu ea dominij tranſlatio impeditur propter traditionem donatario factam ab ipſo teſtatore, & quam teſtator nunquam reuocauit, quia licet lex nulla indigeat traditione ad dominium transferẽdum, non aliis tamen caſibus transfert ſine traditione, quàm quibus nullum impedimentum eſt ex parte rei quominus fieri poſſit traditio, niſi quia deeſt perſona quæ poſſit tradere. At cùm præcedit mortis cauſa donatio facta per traditionem nunquam reuocatã, fieri non poteſt vt eadem res à defuncto donatore iam tradita, iterum per heredem legatario tradatur. Ergo neque illud, vt eius dominium per legem ipſo iure in legatarium transferatur. Neque ex eo quòd legatum valet bene poſſis inferre, tranſlationem ipſã ipſo iure fieri in legatarium, quia non eſt neceſſe ad conſtituendam legati † ſubſtantiam & validitatem, vt dominiũ 18
rei legatæ in legatarium tranſeat ſed illud tantum vt ad eius præſtationem heres obligetur, quemadmodum cernere eſt non tantùm in legatis per damnationem, ex quibus olim dominium ſine traditione non transferebatur, repugnante ſcilicet vi verborum quibus heres legatum dare, hoc eſt dominium eius transferre iubebatur: ſed etiam in legatis ipſis per vindicationem relictis, ſi fortè teſtator rem legatam poſt teſtamentum oppignoraſſet: quo caſu valeret quidem nihilominus legatum, ſed tamen hactenus tantum vt legatario ſupereſſet actio perſonalis in heredem, non vt tanquam dominus legati vindicationem habere deberet contra creditorem, etiamſi paratus eſſet ei aufferre. Sic enim accipio, quod ſatis apertè in hunc ſenſum meo iudicio ſcriptum eſt in dicta *l tertia. C. de legatis.* Atque ita eſſe vt donatio † cauſa mortis nun- 19
quam reuocata intelligi debeat, ne quidem per ſpecialem de re donata diſpoſitionem, niſi ſpecialis reuocatio facta ſit, vel per verba expreſſa, vel per contrarium actum traditionis, eo caſu quo traditio interuenit in facienda donatione, probatur non malè ex *l.2. C. de iur. dot.* vbi licet agatur de donatione quæ per ſtipulationem, non per traditionem facta videatur, ſi tamen propiùs intueare, non ita eſt, pertinétque ea lex ad donationes traditione factas, quia vt alibi monuimus, ea demũ donatio dicitur fieri per ſtipulationem quæ ſic fit vt donatarius à donatore ſtipuletur,

non

non item illa quæ fit ſtipulante donatario à debitore donatoris, ex eiuſdem donatoris iuſſu & mãdato: Videor enim tibi tradere quod iubeo vel patior te ab alio ſtipulari ex eo quod vel meum ſit vel mihi debeatur. Niſi quod videtur hoc caſu facilior reuocatio donationis donatore tantùm ſtipulationis conditionem pro arbitrio, quod facere poteſt immutante *l. mulier bona. 7* 2. *§. vlt. D. eod.* quàm ſi traditio realis facta eſſet, quo caſu longè probabiliùs tentari poteſt neſſarium eſſe, vt res donata auferatur donatario ad hoc vt reuocata dicatur donatio quæ expreſſa voluntatis teſtificatione non fuit reuocata. Et tamen negat Imperator Antoninus in *d. l.* 2. reuocatam intelligi donationem ex eo ſolo, quod mater quæ donandi animo paſſa fuerat filiam ſtipulari partem dotis dimidiam poſt mortem matris, heredem poſtea illam inſtituerit ex minore quàm dimidia portione: Nempe quòd cauſa donationis nihil commune habeat cum forma ſuncceſſionis, quamuis non potuerit mater apertiùs declarare, citra expreſſam donationis reuocationem, quod nollet filiam hare ius agendi pro dimidia, quam inſtituendo eam pro minore parte. ſi non faceret in contrarium pro filia, quod tãmeſi agat ex facta ſibi per matrem donatione, non tamen agit ex ſtipulatione materna, ſeu hereditaria, ſed ex propria, cuius formam & legem non immutauit mater eadémque donatrix, etſi potuerat illa immutare ſi voluiſſet. Multo minùs igitur videri debet reuocata donatio cauſa mortis facta per traditionem realem, quandiu donator patitur rem à ſe traditam donatario penes donatarium remanere, licèt eam ipſam rem vendiderit, vel legauerit, vel inſtitutionis etiam titulo reliquerit, niſi expreſsè ac ſpecialiter reuocauerit donationem, aut traditionem per quam facta fuerat donatio. Nec ſane vlla ratio eſt, vt donatio cauſa mortis tam facilè reuocetur nuda voluntate, atque reuocatur legatum aut fideicommiſſum, cùm neque fiat nuda voluntate, nec ea rurſum quæ verbis expreſſa ſit, niſi traditio etiam interuenerit vel ſtipulatio. *l. ſi qui argentum. 35. C de don.* propter quam cauſam dicimus donationem cauſa mortis licèt multa cum vltimis voluntatibus ſimilia habeat, propius tamen accedere ad donationes quarum & nomen retinent. Inde namque illud etiam fieri videtur, vt non tam facilè ſint reuocabiles, quàm ſunt legata & fideicommiſſa, in quibus præter voluntatem teſtatoris nihil eſt ex quo ſubliſtant, nec proinde quod reuocandum ſit vt ipſa quoque legata & fideicommiſſa reuocata intelligantur.

ERROR VII.

De reuocatione tacita donationis inter viuos factæ inter virum & vxorem.

SVMMARIA.

1 *Interpretes erroneè exiſtimãt donationes cauſa mortis tacitè reuocari ex eo quod donationes inter viros à coniugibus facta vel minimo voluntatis indicio reuocantur.*

2 *Diſcrimen inter donationes cauſa mortis & donationes inter viuos.*

3 *Ad extinguendam inter viuos coniuges factam donationem poterat olim ſufficere, quod donator rem donatam pignori obligaſſet.*

4 *Exceptio.*

5 *Vera ſententia l. cum hic ſtatus. §. ſi maritus D. de don. int. vir. & vx.*

6 *Donationes inter virum & vxorem per generalem bonorum diſpoſitionem non reuocantur, ſed per ſpecialem duntaxat de re donata diſpoſitionem.*

7 *Bona omnibus donatoris non tantùm obligatis generaliter, ſed etiam creditori traditis per clauſulam conſtituti aut precarij donatio habenda eſt pro reuocata.*

8 *Diſtinctiones adhibendæ in quæſtione de reuocatione donationis.*

9 *Diſtinctio à Bartolo in propoſita quæſtione adhibita refertur & refellitur eiuſque fundamenta ſubruuntur.*

10 *Differentia ratione reuocationis inter donationes inter coniuges viuos factas, & donationes cauſa mortis.*

MAGNAM errandi occaſionem noſtris præbuit vt crediderint donationes † cauſa mortis exemplo legatorum & fideicommiſſorum tacitè reuocari poſſe, quod viderunt donationes inter viuos ſi factæ ſint inter virum & vxorem facilè ac ferè quocunque vel minimo voluntatis indicio reuocatas intelligi, vt puta ſi maritus rem à ſe donatam pignori obligauerit creditori, aut alij legauerit. *l. cum hic ſtatus 32. § ſi maritus ea quæ donauit. & §. qui quaſdam re. D. de don. int. vir. & vxor.* Sic enim fere paſſim noſtros ratiocinari videas, quaſi putent parum referre an donatio facta ſit à coniuge inter viuos an cauſa mortis, quod vtraque donationis ſpecies non niſi morte confirmetur, vt loquuntur, proximéque accedat ad naturam vltimæ voluntatis. Itaque & has & illas donationes non tantum inuicem æquiparãt, ſed etiam cum legatis & fideicommiſſis. Nos ſicuti proximo capite oſtendimus, non eſſe bonam hac in re æquiparationem donationum cauſa mortis, & legatorum aut fideicommiſſorum, ita nunc probabimus longè aliam rationem conſtituendam eſſe donationum cauſa mortis, aliam earum, quæ inter viuos fiunt inutiliter, ita vt egeant confirmatione. Nam donationes † cauſa mortis cum ab initio valeant etiam inter coniuges, vt iam ſæpius diximus, ex *l. ſi cum 9. §. vlt. cum duab. ſeqq. D. de don. int vir. & vxor.* ſiue per traditionem factæ ſint, ſiue per ſtipulationem, ſicuti nulla egent confirmatione, ſed tantum perfectione, quæ iis contingit, ſine vlla legis poteſtate defuncto in eadem voluntate donatore, ita neque tam facilè reuocari poſſunt. Quæ verò inter viuos fiunt, quemadmodum ab initio inutiles ſunt, remanentque infirmæ quouſque legis auxilio, & per Diui Seueri conſtitutionem confirmentur, ita quandiu infirmæ ſunt & priuſquam per legem confirmentur, quod non fit niſi moriente demum ante reuocatam donationem donatore, facilè reuocari poſſunt, cum ea reuocatio non tam eò ſpectet, vt quod geſtum fuerat infirmetur, quàm vt quod ſemper infirmum fuit nunquam poſſit conualeſcere. *l. à marito 18. & paſſim C. de don. inter virum & vxor.* Inde igitur fit, vt ſi rem à ſe vxori donatam maritus alij legauerit, hoc ipſo videri debeat donationem reuocaſſe, quamuis legatum non ſit ex numero earum alienationum, quæ per traditionem fiunt, quia cum ſit titulus habilis ad transferendum dominium ex ſola legis poteſtate, ſi nihil impediat tranſlationem, non poteſt impedimentum adferre donatio quæ nũquam valuit, & quamuis ea donatio talis ſit, quæ morte donatoris confirmari potuerit, quia tamen legis auxilium neceſſarium eſt, nec fieri poteſt vt eiuſdem rei & legatum & donatio ſimul confirmetur, prævalet cauſa legati, quippe quod priùs valet quàm

donatio,

donatio, cùm neceſſe ſit valere illud ex tempore facti teſtamenti, ac proinde viuo adhuc donatore, licèt non niſi poſt mortem confirmetur hactenus vt deberi incipiat, quia nec prius teſtamentum ipſum confirmatur. Donatio verò inter viuos facta, quamuis ex oratione Seueri confirmetur morte, id eſt eo inſtanti quo donator moritur, ac proinde vno inſtãti priùs quã legatũ deberi incipiat, quia tamẽ nó aliter cõfirmatur, quã ſi non fuerit reuocata, & poteſtas cõſtitutionis reperit iã eo tẽpore factũ legatũ, & quidem vtiliter, ac tale quod per legem duodecim tabularũ omnimodo confirmandum ſit aliquando, non poteſt confirmari morte, tanquam quæ non ſolùm infirma, ſed etiam infirmata fuerit priuſquàm confirmanda, ſi tamen quod iam per ſe infirmum eſt, infirmari ampliùs poteſt. Ob eámque cauſam Iuſtinianus in *Nouell. 162. cui titulus eſt Sacra form. tranſmiſſ. capite primo.* cùm ipſis donationibus ſupra modum & contra iuris veteris rationem fauere veller, coactus fuit expreſſim conſtituere, vti ne confirmatio earum impediretur ex eo ſolùm, quod donator rem donatam vel in hypothecam dederit, vel in pignus tradiderit. Quibus verbis ſicuti oſtendit differentiam hac parte nullam eſſe inter pignus & hypothecam, ita ſignificat non obſcurè ius antea tale fuiſſe, vt ſiue donator pignori rem tradidiſſet, ſiue hypothecæ tantùm dediſſet, hoc eſt ſine traditione, & nuda conuentione obligaſſet, donationis confirmatio impediretur, quamuis Vlpianus in dicto §. *ſi maritus*, de pignore tantùm loquatur non de hypotheca. Et ſanè ita eſt. Poterat olim 3 ſufficere † ad extinguendam inter viuos coniuges factam donationem, quod donator eam rem pignori obligaſſet, tametſi non tradidiſſet: nec minùs fuit neceſſaria conſtitutio Iuſtiniani in eo caſu, quo nulla hypothecæ, quàm quo pignoris traditio interueniſſet, quia licèt verum ſit poſſe vtrumque ſimul valere; & obligationem pignoris, & donationem, tunc tamen id obtinet, cùm & pignus vtiliter contractum eſt, & donatio valet vt in ſpecie, *l. vlt. §. penul. D. de donat.* At cùm donatio non valet vt in caſu propoſito, quid attinet dicere, vtrumque valere poſſe? Valet igitur ſolum pignus, ſoláve hypotheca, ideóque impedit ne donatio alioquin inualida per legem confirmetur, quia facilius eſt vt impediatur confirmatio donationis prorſus inutilis, nedum infirmæ, quàm vt quæ iam ipſo iure tenet infirmetur, & citra reuocationem expreſſam pro reuocata habeatur. Hoc ita 4 tamen, niſi eo animo † fuit donator vt adhuc poſt obligatam rem quam donauerat nihilhominus vellet donatum. *d. §. ſi maritus.* Non quidem eo ſenſu, vt ſi res vxori donata ſubinde fuerit tradita creditori, vxor quaſi facta domina vindicationem habere debeat contra creditorem, offerendo ſaltem ei debitum: ſed hactenus tantùm, vt ſi mulier ſit in rei poſſeſſione ſaltem precatia, nec recuſet ſoluere quantitatem pro qua fuerat res obligata, debeat habere doli exceptionem, vt lex ait, quod ipſum ſic accipiendum eſt, non vt debeat habere doli exceptionem contra creditorem, (quia quod ad creditorem attinet nihil poteſt intereſſe an donatio valeat, necne, cùm qualiſcunque poſſeſſor poſſit eum ſummouere ac pignoris vinculum diſſoluere oblato debito. *l. Paulus 12. §. 1. D. quib. mod. pig. vel hypot. ſolvit.*) ſed vt contra heredem donatoris, qui ſiue poſt, ſiue ante dimiſſum ſuis nummis creditorem vellet à muliere rem vindicare. Nam quin ſummo iure habeat ille vindicationem, dubitari non poteſt, tum quoque cùm donator voluntatem ſuam declarauit quod per traditionem pignoris, donationem reuocatam nollet, ſi quidem non poteſt per oronem Seueri donatio ita confirmari, vt ex ea dominium transferatur in donatariam vxorem ſine traditione eo caſu, quo nec vera traditio fieri à donatore poſſet, ne fingatur traditio interueniſſe illo caſu, quo neque re vera interuenire poſſet, plúſque poſſit fictio in caſu ficto, quàm veritas in caſu veto, contra *l. confeſſionibus 13. D. de interr. in iur. faciend.* Atqui neque donator neque donatoris heres poſſet rem iam teſtatori traditam alij tradere ad dominium per traditionem transferendum, ſiue ex cauſa donationis, ſiue ex alia qualibet citra dolum malum qui plerunque deflecteret in crimen ſtellionatus, *l. ſi is quæſt. 11. §. qui res ſuas. D. de pignor. l. 3. de crimi. ſtellio.* Sed non debet ea res facere quin huic mulieri quæ in poſſeſſione reperitur, ſuccurrendum ſit per exceptionem doli contra donatoris heredem, ſi velit ille aduerſus voluntatem ſui teſtatoris eripere mulieri, quod ei defunctus donatum voluit. Perpetuum namque eſt vt doli exceptio nocere debeat heredi contra illius cuius heres eſt voluntatem venienti. Sed & fieri poteſt vt vno caſu ſit non ſolùm vtilis, ſed etiam neceſſaria doli exceptio donatariæ mulieri contra creditorem iure ſuo pignus perſequentem: Nimirum ſi ſit illa parata ſatisfacere creditori, cui donatoris heres nondum ſatisfecerit, nec id tantùm aſſequi velit vt ſummoueat creditorem, (nulla enim opus eſſet, vt iam diximus, in eam rem exceptione, ſublato extinctóque vinculo pignoris ipſo iure hoc ſolo quod creditor pecuniam ſibi oblatam accipere recuſaret) ſed præterea velit ab eodem creditore extorquere, vt mandentur ſibi actiones contra heredem donatoris. Nam cùm hoc caſu reperiatur illa in poſſeſſione rei donatæ, & quidem bona fide propter confirmatam donationem, vtique ius habet petendi à creditore vt mandet actiones, quod & alius quilibet iuſtus poſſeſſor petere poſſet, *l. mulier 19. D. qui potior. in pignor. hab.* Idque eſt quod † Vlpia. ſibi vult. iis verbis, *quinimo etſi ſatisfeciſſet potuiſſe eam per doli exceptionem conſequi vt ſibi mandentur actiones.* § Non enim ſic accipiendum eſt, quaſi donataria ſi ſatisfecerit creditori, non oppoſita doli exceptione, nec perita actionum ceſſione, poſſit ex poſtfacto eam doli exceptionem opponere, aut qua alia ratione impetrare ceſſionem actionum, quas amplius creditor nullas habet, cùm fuerint per ſolutionem extinctæ, *l. 1. C. de contr. iudic. tutel. l. Modeſtinus 76. D. de ſolut.* proindéque extincta quoque doli mali exceptio quæ actionem aliquam in neceſſarium antecedens præſupponit. Sed hoc ſignificat Vlpianus donatariam in hanc ſi ipſa non heres donatoris ſatisfeciſſet creditori potuiſſe in eo tempore ſolutionis oppoſita doli exceptione conſequi vt ſibi mandarentur actiones, quod facere non poteſt cùm heres ipſe donatoris ſatisfacit, quia eo caſu nihil præſtare creditor debet donatariæ, à qua nihil ipſe accipit, & abſurdum eſſet aliquas actiones eum præſtare non ſolùm ei à quo nihil acciperet, ſed etiam contra eum à quo acciperet ſolutionem. Is verò caſus eſt de quo priùs egerat Vlpianus, nimirum quo creditor ſolutionem acceperit non à muliere donatatia, ſed à donatoris herede poſtea rem illam donatam vindicante iure dominij. Nec repugnant verba illa *vt parata ſatisfacere mulier haberet doli exceptionem.* Nam quemadmodum neceſſario intelligenda ſunt de doli exceptione mulieri contra donatoris heredem accommodanda, vt ſuprà diximus, ita & de muliere quæ parata ſit ſoluere heredi donatoris, eique reddere quod ipſe iam præſtiterit creditori. Niſi poneres nondum dimiſſo creditore heredem donatoris agere vindicatione contra mulierem. Tunc enim poſſet illa heredi obiicere doli exceptionem dicendo ſe paratam ſatisfacere creditori, cui nondum eſſet ſatisfactum. Et hic poſterior caſus magis videtur conuenire verbis Vlpiani. Supponunt enim nondum fuiſſe ſatisfactum creditori,

creditori, cùm ponunt mulierem ſatisfacere paratam: nec quicquam abſurdi eſt opponi exceptionem doli contra heredem donatoris per mulierem, quæ parata ſit alij ſatisfacere, id eſt creditori, quandoquidem ea ſatisfactio cedit lucro & commodo heredis, qui alioquin perſonali actione conuentus, vt creditori ſatisfaceret, cogi poſſet. Cæterùm quamuis tam infirmæ ſint donationes inter virum & vxorem, etiam quæ per traditionem factæ ſunt, vt facilè ſint reuocabiles, & per ſolam hypothecæ conuentionem, aut per ſolũ legatum reuocatæ intelligantur, quòd in donationibus cauſa mortis etiam inter coniuges factis diuerſum eſſe oſtendimus. In eo tamen aſſentior Bartolo quod ille tradit ad *d.l.rem legatam. ad fin. D. de adim. legat.* & Didacus probat *d. num.* 19. donationes inter virum & vxorem per generalem bonorum omnium diſpoſitionem, † puta obligationem vel heredis inſtitutionem non reuocari, non magis quàm donationes cauſa mortis: ſed per ſpecialem duntaxat de re donata diſpoſitionem, quia, vt ait Bart. ſpecialis conuentio magis afficit quàm generalis, & expreſſa voluntas plerunque efficacior eſt quàm tacita *l. penul. D. in quib. cauſ. pignorat. hypoth. tacit. contr. l. ſi quis. 6. D. qui fin. manu. ad libert. perueñ. l. generali. l. ... & à quib. manu. l. 3. C. de ſerv. pig. dat. manum ter...* Nec ſanè capienda facile eſt mutatæ voluntatis præſumptio, *leg. 3. l. cum qui 22. D. de probat.* præſertim verò inter eas perſonas, inter quas durauit eadẽ affectio & cauſa voluntatis. Quam in rem videtur mihi accõmodatiſſimus textus, quem à Bartolo & Didaco prætermiſſum miror in *dicta l. ſecund. C. de iur. dot.* licèt non niſi de mortis cauſa donationibus ea lex loquatur, quæ difficilius reuocantur, vt diximus, quàm quæ fiunt inter virum & vxorem. Sed hoc ipſum tamen quod de generali bonorum omnium obligatione Bartolus, Didacus & alij vulgo tractant, ego non ita generaliter & indiſtinctè verum eſſe arbi-
7 tror. Si enim bona † omnia donatoris non tantùm obligata, generaliter, ſed etiam creditori tradita proponantur, quomodo fieri hodie adſolet per vulgarem clauſulam conſtituti, aut etiam precarij, non dubito quin perinde habenda ſit donatio pro reuocata, atque ſi id quod donatum fuit traditum ſpecialiter proponeretur, idque ſiue inter viuos coniuges, ſiue inter alios quoque mortis cauſa donatum ſit, quia non ſicut obligatio conſiſtit in iure, ita & traditio, quæ facti eſt. *l. conſilio 7. §. vltimo, D. de curat. furioſ.* ideóque non eandem iuris interpretationem recipere poteſt traditio, quam reciperet obligatio. Nihil prohibet obligari generaliter bona donatoris omnia, & conſequenter ipſam quoque rem, quæ ſiue inter viuos coniuges, ſiue cauſa mortis donata fuerat, cùm manſerit in bonis & dominio donatoris eiuſdémq debitoris. Et tamen valere donationem non quaſi ex vniuerſitate illa bonorum excipienda ſit res donata, quomodo dici ſolet de iis rebus quas nõ eſſet quis veriſimiliter obligaturus, generali obligatione pignoris eas non contineri, *leg. obligatione 6. & ſequentibus. D. de pignor.* (nec enim poſſet prohiberi creditor, quominus in rem donatam ſicut in cæteras ius ſuum exequeretur, ne alioqui decipiatur creditor, qui donationem ignorauit, & in debitoris ſui patrimonio quod totum intuitus eſt eam quoque eſſe rem donatam ſciuit. argum. *l. heinc quæritur 19. §. primo ver. cum enim D. de pecul.* (ſed quia poteſt vtrumque, & obligatio ſcilicet pignoris & donatio ſimul ſalua conſiſtere. *d.l. vlti. §. penultl. D. de donat.* vt ſaluo iure creditoris donatio defendatur, quæ non paruam adhuc poteſt vtilitatem adferre donatario, tum quoque cùm pignoris luendi gratia creditorem de ſuo dimittere coactus eſt, ſi quod plerunque ſit pluris ſit pignus quàm debitum pro quo datur. At cùm bonorum omnium non tantùm obligatio, ſed etiam traditio facta eſt, & conſequenter illius etiam rei quæ donata fuerat, non poteſt fieri vt non debeat reuocata videri donatio quæ facta fuerat per traditionem, quemadmodum diſputauimus in præcedentibus. Neque hac in re meliorem facio cauſam donationum cauſa mortis inter quoſcunque factarum, quàm earum quæ inter viuos coniuges factæ ſint, licèt hæ facilius reuocari ſoleant, quàm illæ, quia cum vtriuſque commune illud ſit quod fiunt per traditionem, & ita tamen vt non ſtatim dominium transferatur, ſed poſt mortem demum donatoris, illud etiam vtriſque commune eſſe neceſſe eſt, vt reuocata traditione per aliam ſubſequentem traditionem alij factam, ipſa quoque donatio quæ per traditionem facta fuerat, reuocata eſſe intelligatur. Itaque quoties ponimus † factum eſſe donationem per traditionem non debemus diſtinguere quomodo diſtinguunt interpretes, An donator diſpoſuerit re donata ſpeciáliter an verò de bonis ſuis generaliter, ſed tantum in alſarem donatam, de qua diſpoſuit, ſiue generaliter ſiue ſpecialiter etiam tradiderit, an non tradiderit: Vt ſi tradiderit, dicamus indiſtinctè reuocatam eſſe donationem quamlibet ſiue inter viuos ſit, ſiue mortis cauſa, ſiue inter coniuges, ſiue inter alios. Nisi contraria quoquomodo probetur voluntas donatoris, quod donationem noluerit reuocatam: Si verò ea diſpoſitio ſiue generalis, ſiue ſpecialis traditionem nullam habuerit, tunc diſtinguere rurſum oporteat, an agatur de donatione inter viuos an cauſa mortis. Nam ſi de donatione inter viuos facta & inter coniuges (ſiquidem inter alios factam quia valeret, donator reuocare non poſſet etiamſi vellet) cum ab initio non valeat vt diximus, facilè reuocata intelligitur, non quidem per ſolam pignoris conuentionem, poſtquàm Iuſtinianus hac parte ius vetus immutauit, ſed per legatum, ſi forte eam rem donatam donator alij legauerit, aut quod hodie idem eſt per fideicommiſſum reliquerit, itémque ſi vendiderit, quamuis non tradiderit. Cum enim plus ſit vendere quàm hypothecæ obligare, nulla ratio eſt cur Iuſtiniani conſtitutio quæ de pignore & hypotheca tantùm locuta eſt, ad venditionem producatur, quoniam qui vendit licet non ideo tradat, ſe tamen obligat ad tradendum *l. ſi traditio 4. C. eod.* Et quamuis liberum ei eſſet præſtando quanti emptoris intereſſet eximere ſe ab ea obligatione, de quo alibi ſcripſimus, nulla tamen ratio eſt cur credendus ſit vendidiſſe potiùs vt ſe obligaret aut heredem ſuum ad præſtationem eius quod intereſſet emptoris, atque ita ſibi ſuóque heredi noceret, quàm vt oſtenderet nolle ſe donationis perperam initæ voluntatẽ retinere. Nec ſanè digna eſt donatio cuius fauore contraria interpretatio capiatur, cum non valet. Quod autem de venditione dicimus, idem de cæteris quoque contractibus dictum volumus qui ſint habiles ad dominium transferendum ſaltem interueniente traditione ſiue traditionem requirant ſiue conſenſu nudo contenti ſint vt perficiantur. At ſi agamus de donatione cauſa mortis etiam facta inter coniuges, quoniam ab initio valet, nunquam in dubio reuocata videri debet, niſi per eam conuentionem quæ comitantem vel ſubſequentem habeat traditionem: quam tamen qualemcunque interuenire ſufficit, id eſt etiam fictam, qualis illa eſt quæ fit per clauſulam conſtituti, vel precarij, cùm per modos iſtos quantumuis fictos etiam vera poſſeſſio transferatur *l. quod meo 18. cum ſeq. D. de acquir. poſſ. l. quædam mulier. 77. D. de rei vendic. l. certè 6. §. is qui rogauit D. de precar.* In eamque rem apertus eſt textus Vlpiani in *d.l. cùm hic ſtatus §. ſi maritus* vbi quod fauetur mulieri quæ in precaria poſſeſſione reperitur, vt habeat exceptionem doli,

non

non ideo fit, quasi clausula precarij non sit efficax ad transferendam possessionem, sed quia sufficit vt mulier donataria in nuda possessione sit, ad hoc vt cùm per quasi Seruianam conuenitur quæ nudam possessionem auocat *l. si cum venditor 66. D. de euict.* possit se tueri exceptione doli quam alioqui non posset habere mulier quæ non esset in possessione siquidem exceptio non alij dari potest quàm ei qui conuenitur, nec alius conueniri, quam qui rem tenet *l. 1. in princip. D. de pignor.* Ac quamquam is qui per clausulam constituti actus est possessor hoc plus iuris habere creditur, quam qui per clausulam precarij, quod non solùm possessionem habet ciuilem, vt loquuntur, sed etiam naturalem & realem, in hoc tamen de quo nunc agimus, eodem iure censetur, quia cùm absit ei nudæ possessionis detentatio, & ob id, perinde actione quasi Seruiana indigeat similiter quoque potest mulier donataria si sit in nuda illa possessione sibi prospicere per doli exceptionem, siue contra donatoris heredem vindicantem, siue contra creditorem nolentem ei mandare, quas habet in donatoris heredem actiones, si modo sit illa satisfacere parata. Illa verò distinctio quam Bartolus subiungit in *d. l. rem legatam in fin.* circa rem donatam pignori obligatam vtrum obligata sit pro tanta quantitate vt non sit verisimile debitorem luere illam velle, an pro multo minore vt luitionis spes aliqua supersit, mihi probabilis non videtur: vt neque vera ea ratio quam adfert quod oppignoratio facta pro ea quantitate quæ nullum penè luitionis commodum relinquat alienatio quædam esse videatur ex *lege antep. de legat. tertio & l. legata. 9. §. vltim. D. de suppellect. leg.* Nunquam enim potest res quæ oppignorata tantum fuit ob hoc solum haberi pro alienata quandiu superest ius luendi, quamuis futura sit luitio nullius aut perexiguæ vtilitatis: Maximè verò cùm ad alium spectat necessitas luendi pignoris, quàm ad eum qui habuerit ius dominij tempore rei obligatæ, vt in proposita specie contingit. Nam quando res vni donata & tradita, alteri obligata nec tradita fuit, cùm donatio per oppignorationem non reuocetur, vt nec legatum, potest defendi donatio & illam adferre vtilitatem donatariæ, vt si malit rem habere quàm eius pretium audienda sit volens retinere rem donatam etiam inuito herede donatoris, quod ei non concederetur quantamcunque pecuniam offerenti si donatio non valeret. In legato autem hoc amplius est quàm in donatione, quòd heredem testatoris obligatum habet legatarius actione personali ex testamento vt pignus luat *d. l. 3. C. de legat. d. l. si res obligata 57. de legat. 1.* vt proinde parum aut potiùs nihil eius interfit an pro magna an pro exigua quatitate facta oppignoratio sit. In effectu namque perinde est, ac si testator rem nullomodo obligatam legasset, aut heredem suum vt pignus lueret, expressim damnasset, quo vtroque casu dubitari non posset, quin & legatum valeret, & tantam legatario vtilitatem adferret, quantam si nihil testator debuisset. Donationis ratio dissimilis est in eo tantùm, quod donatarius siue inter viuos siue causa mortis nullo casu habet actionem personalem in heredem donatoris, scilicet cùm per traditionem facta donatio est non per stipulationem: ipséque pignus luere cogitur si quando fuerit illud rectè ac vtiliter constitutum. Sed hoc tanto magis, non tanto minùs facere potest vt donatoris heres boni consulere debeat valere donationem, ex qua saltem id commodi sentiat, vt liberetur ab eo ære alieno quod alioqui soluere cogeretur. Nec Bartoli distinctionem adiuuat, quod Scæuola respondit in dict. *l. antepenultima. De legat. 3.* in illis verbis *si modo in proprium patrimonium, quod ferè cessante debitore fit, non sint redacta.* Non enim is Scæuolæ sensus est, vt cessare dicatur debitor in luenda re pignorata si tali pretio sit pignorata vt non sit spes eius amplius luendæ, quomodo Accursius, Bartolus & alij interpretantur, sed vt possit pignus redigi in propriũ patrimonium creditoris cessante debitore in solutione, non quasi sola cessatio acquirat pignoris dominium creditori, sed quia propter cessationem illam euenire solet, vt vel pignus distrahatur autoritate iudicis, nullóque existente extraneo emptore ipsi creditori vendatur *l. secunda. C. si in caus. iudicat. pign. capt. fit*, vel creditori addicatur impetrato dominij iure secundum formam illam de qua in *tit. Cod. de iur. domin. impetr. l. magis puto 5. §. si fundus D. de rebus eorum qui sub tutel.* Quod cùm factum est cum dominij ius vtroque modo acquiratur creditori, mirum non est appellatione bonorum quæ creditor habeat, illa etiã quæ pignori aliquando acceperat contineri. Cæterùm antequàm creditor vel pignus emerit tanquam alius emptor extraneus quilibet, vel eius dominium sibi addici curauerit, non potest videri redactum pignus in patrimonium creditoris, quantumcunque sit debitum pro quo pignus datum fuit, sed tantùm spes est redactum iri tum quoque cùm parua spes est luitionis dummodo luendi facultas aliqua supersit. Quod verò adfert Bartolus ex *dict. l. legate 9. in fi. De suppell. leg.* multo minùs ad rem pertinet. Neque enim distinguit ibi Papinianus an res obligata fuerit pro magna an pro parua quantitate, sed tantum an argẽtum oppignoratum in creditoris vsu fuerit ex voluntate debitoris, an verò repositum (sic enim lego non vt vulgo *propositum*) id est reconditum & sepositum à cæteris rebus quæ in vsu creditoris sunt: Nimirum propter contractus fidem & rei restituendæ vinculum vt Papinianus ait, quia fides contractus non patitur, vt creditor citra voluntatem debitoris vtatur pignore, quin hoc ipso furtum commitat *l. si pignore 54. De de furt.* perinde ac si recepto debito restitutionem pignoris recusaret. Planè cum creditor ex voluntate debitoris vtitur pignore, licet non ideo fiat dominus pignoris, voluntatis tamen coniectura sumi potest vt omne argentum suum legando illud quoque quod pignori acceperat legasse videatur, non quidem in præiudicium debitoris, cui dominium rei suæ inuito vel ignoranti auferre non potuit etiamsi maximè voluisset, sed in præiudicium heredis vt quod à creditore alioquin soluendum esset creditoris heredi ad luendum pignus, id saltem legato contineatur, quasi hac parte legasset creditor ius pignoris & eam ipsam quantitatem quæ sibi sub pignore debebatur, totius huius tractatus summa est, Donationes † inter viuos coniuges facilè & plerumque tacitè reuocatas intelligi ex nouo & superueniente facto donatoris, At donationes causa mortis per traditionem factas nunquã, nisi cum donator rẽ donatario iã traditam alteri rursus tradit, ex quacunq; tandem causa, quæ reuocationis species expressa potiùs quàm tacita dici debet: quia quod iã vni traditum fuit alteri ab eodem tradi non potest, quin ei cui prius traditum fuerat, hoc ipso eripiatur. Quod si is qui mortis causa donauerat ob instans aliquod periculum mortis, vel conualuerit ex infirmitate, vel ab eo periculo aliter liberatus sit, aut si donatarius ante donatorem decesserit: reuocatur quidem tacitè donatio causa mortis in his omnibus casibus, sed ex sui natura tacitáque conditione, vt loquitur *l. mortis causa 15. ff. de manumiss.* non ex actu aliquo qui tacitam donatoris voluntatem, aut voluntatis coniecturam inducat. Ideóque perinde reuocaretur tacitè huiusmodi donatio causa mortis etiamsi facta esset per stipulationẽ, vt bene contra Barbat. disputat Didac. supra dicto loco *num. 23. & seq. ex l. mortis causa donatio 34. ff. de mort. caus. donat. l. si mortis 29. eod.*

10

ERROR

ERROR VII.

De vſurario manifeſto an liberiùs poſſit donare cauſa mortis quàm teſtari.

SVMMARIA.

1 *An vſurarius manifeſtus poſſit liberiùs cauſa mortis donare, quàm teſtari, & de ea varia interpretum ſententia.*
2 *De propoſita controuerſia auctoris ſententia: & n. 4.*
3 *Plus eſt poſſe decedere cum vltima voluntate quæ non ſit teſtamentum, quàm poſſe decedere cum teſtamento: & cur.*
5 *Obiectio de filiof. teſtari prohibito non etiam donare cauſa mortis diluitur.*
6 *Diſtinctio in propoſita n. 1. quæſtione ex ſententia auctoris adhibenda.*

RACTATVR à noſtris interpretibus hæc quæſtio ſatis magnis contentionibus, An † vſurarius manifeſtus, quem conſtat non poſſe teſtari niſi præſtita priùs cautione de vſuris quas indebitè perceperit reſtituendis *ex cap. quamquam §. vltim. De vſur. lib. 6.* liberam habeat mortis cauſa donandi facultatem, id eſt non præſtita ea cautione, quam præſtare haberet neceſſe, vt teſtari poſſet. Nec deſunt Doctores quorum alij affirmatiuam, alij negatiuam partem ſequantur, vt nec ſciri facilè poſſit in quam procliuior ſit, quæ frequentior eſt interpretum ſchola. Quæſtioni cauſam illud dedit, quod ex vna parte vident conſtitutionem pontificiam iuris communis correctoriam loqui tantùm de teſtamento, non etiam de don. cauſa mortis, ideóque non facilè producendam extra ſuos limites, vt dici ſolet de conſtitutionib. omnib. correctoriis eſſe illas reſtringendas, non ampliandas: tanquam quæ cùm ſint correctoriæ hoc ipſo ſint odioſæ, licèt ea conſtitutio fauorabiliſſima eſſe exiſtimetur, propterea quòd non tam ad vſuratum odium reſpicit quàm ad ſalutem animarum, qua nihil fauorabilius dici poteſt: Ex altera verò parte vident regulam generaliter ita conceptam eſſe, vt quiſquis teſtari non poteſt, is nec mortis cauſa donare poſſit, *l. 1. §. 1. D. de tut. & ratio. diſt. l. diſtretis. 10. C. qui teſt. face. poſ.* Qui affirmatiuam partem ſequuntur ſolent ſubiicere exceptionem. Niſi donatio cauſa mortis in fraudem fiat; quod præſumi volunt quoties donatio eſt vniuerſorum bonorum ex *l. omnes. 17. §. Lucius. D. qua in fraud. cred.* Item inquiunt niſi in teſtamento fiat hæc mortis cauſa donatio, quia ſicuti non dubitant quin fieri in teſtamento poſſit, ita neque quin ſit illa inutilis cùm facta eſt in teſtamento inutili, ſi non ſit facta per ſtipulationem. Nam hanc ſub exceptionem ſubiiciunt ad exceptionem vt refert *Andr. Fachineus lib. 5. Controuerſ. 62. poſt Didacum in 3. parte rub. De teſta. num. 11.* Mihi videtur † quæſtio hæc ex iis quæ in præcedentibus diximus, aut nullam, aut perexiguam habere dubitationem. Etſi enim conſtitutio ſummi Pontificis non loquitur niſi de teſtamento, hoc vnum tamen ſufficit vt donatio quoque cauſa mortis prohibita eſſe intelligatur. Sicut & fatendum eſt vſurarium hunc manifeſtum codicillos facere non poſſe, ne quidem ab Inteſtato, non quaſi codicilli ab inteſtato facti poſſint videri pars eſſe aliqua teſtamenti, quod nullum eſt: ſed quia non alius poteſt codicillos ab inteſtato facere, quàm qui facere teſtamentum poſſet, cùm eo caſu teſtamenti vicem obtineant, *l. Diui. 6. §. codicillos. l. conficiantur. 8. §. codicilli. l. ab inteſtato. 16. in fin. ff. de iur. codicill.* Itaque non modò legatum relinquere non poteſt, ſed nec fideicommiſſum is qui teſtamentum facere non poteſt *l. 2. De legat. 1.* Ergo neque donare cauſa mortis, cùm donatio cauſa mortis non minùs quàm legatum aut fideicommiſſum dicatur ſpecies vltimæ voluntatis, *l. vl. C. de don. cauſ. mort. illud 37. ff. eo.* Ac ſanè vt argumentantur ij qui partem negatiuam defendunt, quid eſſet faciliùs, quàm facere fraudem canoni ſi ita ius conſtitueretur, vt manifeſtus vſurarius teſtari quidem niſi præſtita de reſtituendis vſuris cautione non poſſet, at donare mortis cauſa liberè poſſet? Neque verò credendus eſt ſummus Pontifex tam id egiſſe vt interdiceret ei factione teſtamenti, quàm vti ne cum aliqua vltima voluntate illum decedere pateretur: Ne alioquin eueniat vt qui caret minoribus fruatur maioribus, quomodo loquitur Papinianus, licet aliam ſpeciem tractans in *l. cùm pacto. 5. ff. de ſeru. export.* Plus enim eſt ſi ſubtiliùs intucare, vt iam alias monuiſſe memini, Poſſe decedere † cum vltima voluntate quæ non ſit teſtamentum, quàm poſſe decedere cum teſtamento. Non quòd teſtamentum non ſit, quid maius, quam codicillus, vel fideicommiſſum, vel donatio cauſa mortis: cùm per teſtamentum dari poſſit hereditas, quæ aliter dari nullo modo poteſt, *l. hereditas. 5. C. de pact. conu. tam ſup. dot.* ſed quia quo maior ſolennitas eſt quæ in teſtamentis adhiberi debet, vel ob hoc ipſum quod maioris ſint momenti, *l. Diuus. 24. ff. de teſt. mili. l. vlt. C. de codicil.* eo minùs fauere videtur lex ei cui permittit teſtari, hoc eſt decedere cum vltima voluntate tam ſolenni. E contrario autem quo minor ſolennitas eſt ſi ſolennitas dici debet quæ in codicillis, epiſtolis, & mortis cauſa donationibus adhibetur, eo magis fauetur illi cui permittitur decedere cum vltima voluntate tam parum ſolenni: Eſtque in eam rem apertius exemplum in teſtamento militari, quod quia militis nuda voluntate contentum eſt, nec vllam iuris ſolennitatem deſiderat, fauorabilius & magis priuilegiatum eſſe creditur, quàm quod fit ſecundum regulas iuris communis. Nec dubitandum eſt quin plus ſit poſſe teſtari iure militari, quàm poſſe teſtari iure communi, adeò vt quiſquis iure militari poteſt teſtari, multo magis poſſit etiam iure communi; ſed non contrà. Eadem igitur ratione dico, Etiamſi plus ſit teſtari quàm codicillari, quia plus facit qui teſtatur, cùm vniuerſalem iuris ſui ſucceſſorem pro arbitrio ſibi eligat, quod per codicillos fieri nequit, minus tamen eſſe teſtari poſſe quàm poſſe facere codicillos. Nempe quia cùm fauor legis in eo conſiſtat quod permittitur homini de rebus ſuis diſponere, earúmque dominium transferre in id tempus quo ipſe amplius dominus non erit, quanto minus præſtet ille ex parte ſua vt tanto beneficio dignum ſe reddat, tanto magis ei fauetur, ſi nihilominùs idem beneficium ei præſtetur. At is qui teſtatur præſtat multo plus ex parte ſua, quàm qui codicillos facit: quoniam ſe onerat multis adhibendis ſolennitatibus, quæ in qualibet alia vltima voluntate vel nullæ, vel longè pauciores exigũtur. Minus ergo ei fauetur quàm illi, cui permittitur codicillos facere, & perinde pro arbitrio de bonis ſuis diſponere citra vllam ſolẽnitatem. Ideóq; cùm ab initio lex x i i. tabularũ ius teſtamentorũ duntaxat induxiſſet, non ſtatim fuit conſequens vt & codicilli, & fideicómiſſa, & mortis cauſa donationes valerent, ſed opus fuit autoritate partim prudentum, partim Imperatorum, vt his ſpeciebus vltimæ voluntatis robur accederet, §. *primo. Inſt. de codic. & tit. de fideic. her.* In ſumma hoc cótendo, Poſita

conceſſione facultatis teſtandi non ideo poni conceſſionem facultatis codicillandi, vt loquuntur, fideicommittendi, & donandi cauſa mortis. At ex contrario poſita denegatione facultatis teſtandi, cuiuſlibet quod alterius vltimæ voluntatis facultatem denegatam intelligi, ex ea rhetoricorum & logicorum regula quæ vult argumentum à minori ad maius affirmatiuè non valere, negatiuè valere. Inde
4 igitur concludo vſurarium † manifeſtum ſicuti iure pontificio prohibetur teſtari, niſi præſtita priùs cautione de vſuris reſtituendis, ita hoc ipſo prohibitum intelligi donare cauſa mortis ſub eadem exceptione, vt eadem proportio ſeruetur inter ea quæ dicuntur ſecundum quid, quæ ſeruanda eſſet inter ea quæ ſimpliciter dicerentur. Nec me mouet quod
5 vnum † obiicere poſſunt contrariæ ſententiæ aſſertores, filiumfamilias prohibitum eſſe teſtari etiam conſentiente patre, neque tamen prohiberi donare cauſa mortis ſi conſenſus patris accedat. ex *l. tam ii. vigeſimaquinta. §. primo. D. de mortis cauſa don.* Iam enim monuimus ſuo loco non de alia donatione per filiumfamilias facta intelligi id debere quàm de ea quæ facta ſit ex peculio profectitio, quod cùm patris ſit magis quàm filij, non tam à filio mortis ſuæ cauſa & iure vltimæ voluntatis quàm à patre ipſo cauſa mortis filij donatum videatur. Quod autem iidē obiiciunt ex Accuſio & Bartolo ad dictam *l. tam ii.* Regulam illam quæ vult, eum qui teſtati non poteſt, nec donare mortis cauſa poſſe. Non ad alios pertinere quam ad eos qui ex defectu aliquo naturali teſtari non poſſunt, qui nec inter viuos donare poſſent, quales ſunt pupillus & mutus, id quoque, nos ibidem refutauimus & oſtendimus quàm inſulsè dicatur, quamuis Didacus dicto numero 11. in fin. hoc ipſum tamquam magnum quidpiam & valde ſingulare notandum putet. Neque illa rurſum hic repetenda arbitramur quæ diſputauimus contra errorem illum interpretum ab eodem Didaco inculcatum, à nobis verò conculcatum, quo putant donationem cauſa mortis in teſtamento fieri vtiliter poſſe, & eo caſu cenſendam iure teſtamenti, vt ſi teſtamentum ex aliqua cauſa inualidum ſit ipſa quoque mortis cauſa donatio inualida eſſe exiſtimetur. Nam imò verò ſi donatio in teſtamento facta ſit etiam quod alioquin valeret, infirmat & corrumpit teſtamentum, ſed ipſa non corrumpitur ſi modò adſint cætera ſine quibus donatio perfici non poteſt id eſt traditio vel ſtipulatio: Ob idque nec fieri poteſt vt ſequi debeat ius teſtamenti quod nullum eſt, vtque ab initio non ipſa valeat quæ propriis viribus ſubſiſtit. Verùm quanquam hæc ita ſe habent, puto ta-
6 men † adhibendam in hac quæſtione diſtinctionem quam in præcedentibus ferè omnibus adhibuimus, an donatio cauſa mortis ſic facta ſit vt dominium ſtatim transferretur, an verò, ita vt non niſi poſt mortem donatoris. Nam cùm priore caſu donatio cauſa mortis non tantùm perficiatur, ſed etiam impleatur, effectumque ſuum pleniſſimum ſortiatur viuo adhuc donatore, ita vt nihil agendum ſupersit eo mortuo, planè non video in quo videri poſſit ſimilis legato aut ſpeciem conſtituere vltimæ voluntatis, nec proinde cur prohibenda ſit vſurario manifeſto ob id ſolùm quòd non poſſit ille decedere cum teſtamento, aut cum alia vltima voluntate, cùm non ſit ei prohibitū donare, aut aliter de bonis ſuis diſponere inter viuos. Hæc ſiquidem donatio per quam dominium ſtatim transfertur, licèt facta ſit cauſa mortis ne dubitari poſſet, quin eſſet reuocabilis, degenerat tamen facilè in donationem inter viuos, vel ob hoc ſolùm quod ſit irreuocabilis viuo adhuc, id eſt moriēte demùm, necdum mortuo donatore. Nam enim dominium rei ſic donatæ habet donatarius ob id quod non ſit reuocata donatio, ſed ob id quòd ab initio vtiliter facta fuit, ex eaque dominium bene tranſlatum. Quare nec aliud probandum exiſtimarem, etiamſi vniuerſa donatoris bona hoc donationis genere alienata proponerentur. Nec.n. magis videri poſſet ita feciſſe donator in fraudem pontificiæ conſtitutionis quàm ſi bona ſua omnia inter viuos donaſſet, aut vendidiſſet, quia quamuis faciliores ſint hominum voluntates ad donandum cauſa mortis, quàm inter viuos propter facultatem quam ſibi retinent donationis pro arbitrio reuocandæ, paucos tamen reperias tam parùm cautos, qui quod donare inter viuos nollent, malint ita donare cauſa mortis, vt dominium ſtatim transferant in donatarium? cùm poſſint & debeant cogitare facilè euenire poſſe vt repentino aliquo ſiue morbo, ſiue caſu oppreſſi non reuocent donationem quam fortaſſis reuocaturi fuerant, ſi per temporis anguſtias licuiſſet: atque ita fiat vt idem prorſus ſit effectus donationis qui eſſet ſi donatio inter viuos facta fuiſſet. Quid.n. prodeſt ſi effectum rei inſpicias quod potuerit reuocari, cùm non fuit reuocata? Diuerſa ratio eſt donationum inter viuos coniuges factarum, quæ quoniam ab initio inutiles ſint, ideoque indigent vt confirmentur morte ex oratione Seueri, non alio iure cenſeri poſſunt quàm vltimæ voluntatis no ſolùm ſi expreſſa voluntate fuerint confirmatæ, ſed etſi tantum ſilentio & morte donatoris, hactenus ſaltem vt neque expreſsè, neque tacitè confirmari poſſint ab eo ex coniugibus qui decedere non poſſit cum vltima voluntate. Vnde eſt quod fideicommiſſi partibus fungi dicuntur in *l. in donationibus* 12. *C. ad l. Falcid.* nec vnquam degenerant in donationes inter viuos, ſicut nec donationes cauſa mortis inter coniuges factæ quippe quæ nunquam ſic fieri poſſunt vt ex iis dominium viuo donatore transferatur *l. ſed interim* 11. *in prin. & §. 1. D. de donat. int. vir. & vxor.* Proinde ſi maritus qui vxori inter viuos inutiliter donauit, proponatur manifeſtus fuiſſe vſurarius non confirmabitur eius morte donatio, quæ tamen valeret nec vlla confirmatione indigeret ſi & mortis cauſa facta eſſet, & ita vt dominium ſtatim quamuis reuocabiliter in donatarium transferretur, dummodo inter alios quàm coniuges.

ERROR IX.

De adulto donante mortis cauſa ſine curatoris ſui autoritate.

SVMMARIA.

1 *An minor poſſit mortis cauſa donare ſine curatoris autoritate.*
2 *Sententia affirmantium.*
3 *Sententia negantium.*
4 *Exceptio à partem negatiuam tuentibus propoſita.*
5 *Autoris de propoſita quæſtione ſententia. & num. 7.*
6 *Tutoris & curatoris differentia.*
8 *Expoſitio l. 1. §. 1. D. de tut. & rat. diſtrab.*
9 *Differentia inter alienationem quæ fit per donationem cauſa mortis, & alienat. quæ fit per heredis inſtitutionem.*
10 *Donationes cauſa mortis quibus ſtatim dominium trāsfertur, nihil habent cōmune cum vltima voluntate, propiúſque accedūt ad donationes inter viuos.*
11 *Obiectio pro validitate donationis cauſa mortis facta ab adulto ita vt ſtatim dominium ex ea transferretur, proponitur & diluitur.*

12 *Diſtin-*

11 *Distinctiones adhibendæ in quæstione propositæ ab initio.*

1 HVIC quæstioni † magnam lucem afferre videntur, quæ proximo capite disputauimus. Nam quemadmodum diximus eandem testamenti & donationis causa mortis rationem constituendam esse in eo, vt manifestus vsurarius, quem pontificia constitutio prohibet testari nisi prius præstita cautione de restituendis vsuris, hoc ipso donare quoque mortis causa prohibitus intelligatur. Ita è contrario consequenter dicendum videtur adultum etiamsi curatorem habeat, sicuti liberam nihilominus etiam sine curatore testandi facultatem habet, consentientibus interpretum omnium votis, sic & donare mortis causa posse, quamuis non interueniente curatoris
2 autoritate. Atque hoc modo ratiocinantur † ex interpretib. nostris quotquot hanc affirmatiuam defendunt, quos refert & sequitur Andr. Fachin. lib. 5. Controuers. iur c.61. *ex l. cùm hic status 32. §. similes vxori D. de dona. int. vir. & vx.* in illis verbis *nam & mortis causa donare poterit cui testari permissum est.* Itemque ex *l.1.§.1. D. de tutel. & ration. distr.* vbi non alia ratione prohibetur pupillus donare causa mortis etiam autoritate tutoris accedente, quàm quòd testandi facultas non sit ei permissa. Cur non ergo licebit adulto donare sine curatore, sine quo
3 etiam testari potest? At illi qui contrariam † partem defendunt hanc inter testamentum & donationem causa mortis dissimilitudinem adferunt, quòd testamentum ex alieno arbitrio pendere non possit, donatio autem causa mortis possit ex *l. tam is. 25. §. 1. D. de mort. caus. don. & l. illa institutio 32. D. de hered. instit.* Cui rationi posset illa etiam addi, quod donatio causa mortis eo tempore inspecto, quo contrahitur propiùs accedat ad contractum, quàm ad vltimam voluntatem. Sic enim vulgo nostri post *gl. & Bart. in l. 2. D. de dot. relegat.* Atqui receptissima eorundem vulgarium interpretum traditio est, Contractus omnes ab adulto curatorem habente initos sine interuentu curatoris ipso iure nullius esse momenti, perinde acsi essent initi à pupillo sine tutore, propterea quod adultus curatorem habens pupillo & prodigo cui bonis interdictum est æquiparetur, ex *l. si curatorem habens tertia C. de in integ. restit. minor.* Iam autem diximus pupillum non posse causa mortis donare ne quidem tutore autore. Vnam dun-
4 taxat exceptionem † addunt isti qui hanc partem negatiuam tuentur. Nisi donatio causa mortis per adultum facta iureiurando confirmata proponatur. Quo casu fatentur omnes valere propter potestatem iurisiurandi, cui hanc vim tribuunt vt cum qui re vera minor est repræsentet maiorem. *Ex authen.*
5 *sacramenta puberum C. si aduers. vendit.* Ego † neque his neque illis assentior, sed puto distinguendum de qua donatione causa mortis loquamur. An de ea quę per traditionem fiat, an de ea quæ per stipulationem. Nam si de ea quæ per stipulationem fiat dico valere quamuis nulla curatoris autoritas interuenerit. Non ratione illa quam alij adferunt quod donare mortis causa possit quisquis testari potest, sed quia stipulatio hæc dicenda est, quæ animum causa mortis donandi pro causa habeat, potiùs quàm mortis causa donatio, vt suo loco probauimus ex *l. cùm enim 6. iunct. §. vlt. l. præced. D. de donat.* Certum autem est puberes etiam curatorem habentes rectè sine curatoribus suis obligari. *l. puberes 101. De verb. oblig* multo magis si exactio differatur in id tempus quo erit ipse mortuus, vt euenit in stipulatione quæ interposita sit iure donationis causa mortis. *l. mortis causa do-*

natio 34. D. de mor. caus. don. Nempe quia obligatio
6 personæ adulti per stipulationem nihil commune habet cum administratione bonorum adulti, quæ sola curatori demandata intelligitur. Nec enim † ius vllum aut potestatem vllam habet curator in personam sed tantùm in res & bona minoris, in quo differt à tutore qui non tam bonis quàm personæ pupilli principaliter datur *l. quia persone 14. D. de test. tut. l. cùm in vna 17. §. 1. D. de app.* At si † de ea mor-
7 tis causa donatione loquamur, quam adultus fecerit per traditionem, nego posse illam valere sine curatoris autoritate, Moueorque ex eo quod traditio bonorum minoris haud dubiè pertinet ad causam administrationis bonorum, siue traditio sic fiat vt dominium statim transferatur, qui casus ideo minorem habet dubitationem quod dominij translatio cùm sit alienatio *l. 1. C. de fund. dot.* non solùm administratio sed etiam plus quàm administratio est *l. ab agnato 12. D. de curat. furios. inn. l. Lucius 46. §. vlti. D. de admin. & peric. tuto.* Siue traditio sic fiat vt dominij translatio post mortem conferatur, quoniam traditio nulla esse potest sine alienatione possessionis saltem corporalis, quæ sicut in bonis est, ita non potest alienari citra bonorum administrationem. Porrò in iis omnibus quæ ad causam administrationis pertinent verum est quod interpretes in cæteris quoque ac nimis generaliter recipiendum volunt, adultum qui curatorem habeat pupillo esse comparandum vt nihil omnino quod ex administratione pendeat sine curatore agere possit *d. l. 3. C. de in integr. restit. minor.* neque aut aliter aut melius ea lex conciliari potest cum *d. l. puberes.* vt in prima Decadum nostrarum parte à nobis explicatum esse meminimus. Fatendum igitur est mortis causa donationem ab adulto per traditionem fieri sine curatoris autoritate nullomodo posse: in eóque apertè dissimilem esse rationem testamenti & donationis causa mortis. Non quod donatio causa mortis possit magis pendere ex alieno arbitrio quàm testamentum (si enim perpetua esset ea ratio non valeret donatio causa mortis ab adulto facta per stipulationem sine curatore quam tamen diximus valere) sed quòd testamentum nihil habet commune cum administratione bonorum, quomodo habet donatio causa mortis quoties fit per traditionem. Et hoc ita esse colligas non malè ex eo quod
8 Vlpianus † tractat in *d. l. 1. v. D. de tutel. & rat. distr.* an pupillus mortis causa donare possit autore tutore. Esset enim ridicula quæstio, si donatio causa mortis ex eorum esset genere in quibus alterius autoritas adhiberi nunquam posset, quomodo in testamentis nunquam adhibetur. Innuit autem Vlpianus, si donationem causa mortis à pupillo factam illa ratio non impediret quod cui prudentum interpretatio ad legem 12. tab. non putauit concedendam esse factionem testamenti, ei nec mortis causa donare permittendum est, non fore dubitandum qui valitura esset ea quoque mortis causa donatio quam pupillus fecisset, at ita demum si tutoris autoritas accederet. Nec enim Vlpianus tam ad id respicit quod tutor pupillo suo in hanc rẽ accõmodare autoritatẽ non possit, quàm quod nõ debeat, ob idque vult cum iudicio tutelæ teneri, quia eam præstãdo autoritatẽ fecerit id non quod facere non poterat, sed quod facere non debebat. Itaque post illam sententiã generalem propositã, In omnibus quæ fecit tutor cum facere non deberet, item in his quæ non fecit cùm facere deberet rationẽ ab eo reddi in hoc iudicio tutelæ oportere, subiungit cõuenienter Vlpianus *vnde quæritur si tutor pupillo ad mortis causa donationem accõmodauerit an tutelæ iudicio*

teneatur, vt intelligamus esse hanc rem ex earum genere, in quib. autoritas administratoris adhiberi potest quidem: sed non debet, quia mortis causa donationes his personis, quæ testari non possunt, permittendæ non sunt, neque à tutore, neque à iure ciuili, quod hac parte non aliud est quàm interpretatio prudentum, quæ nimiam illam testandi licentiam & libertatem, quam lex 12. tab. induxerat pro personarum rerumque varietate, diuersis temperamentis coarctauit *l. verbis legis* 120. *D verb. signific.* Cùm verò certum sit posse donationem causa mortis ita fieri vt ex ea dominium statim quamuis reuocabiliter transferatur *l.2. si mortis* 29. *D. de mort. caus. donat.* miror eos qui volunt donationem causa mortis ab adulto sine curatore factam valere, ne quidem hanc donationis speciem excipere, abutentes perpetuo ea testamentorum & mortis causa donationum comparatione quasi non minus permittenda sit adulto alienatio quæ fit per donationem causa mortis, quàm quæ fit per vniuersalem heredis
9 institutionem: Cùm tamen inter has alienationes † manifesta sit illa differentia, quod quæ fit per institutionem nullum effectum habet nisi adulto mortuo, ideóque fit solius legis potestate: quæ verò fit per donationem causa mortis interueniente traditione ex qua dominium statim transferatur, ea effectum habet, & quidem plenum ab initio licet non irreuocabilem, sed qui tamen fit irreuocabilis viuo etiam adulto eodémque donatore, tunc scilicet cùm adultus decedit non reuocata donatione quam in id vsque tempus reuocare potuerat si voluisset. At nemo nescit interdictam esse adulto sine curatoris autoritate alienationem quamlibet. Cur ergo permitteturei donatio causa mortis per quam res eo adhuc viuo alienetur? Aut cur aliud iuris in donatione, quam is inter viuos fecisset constitueremus? quam tamen nemo diceret posse valere factam sine curatoris autoritate. Nam quod hæc donatio sit irreuocabilis, illa non item, in quo diuersitatis rationem magnam Fachineus supradicto loco constituit, ad causam alienationis & translationis dominij non pertiner, Siquidem tam verè alienatur id cuius dominium transfertur reuocabiliter: Ob idque non magis permittitur coniugi dominium rei suæ transferre in coniugem ex tali donatione causa mortis quam ex donatione inter viuos *l. sed interim* 11. *in princ. D. de don. int. vir. & ux.* Quinimò nec accedente curatoris autoritate permissum est adulto patrimonium suum per donationem diminuere, ne tùm quidem cum iusta donandi & patrimonij diminuendi causa subest, nisi decreti quoque autoritas accedat vt in specie *d. l.* 1. §. *sed etsi non mortis D. de tute. & ration. distr.* quia non in hoc dantur curatores, aut etiam curatores, vt donent, diminuant perdantque patrimonium pupilli vel adulti, sed vt administrent *d. l. Lucius* 46. §. *vlt. l. tutor.* 22. *De admi. & peric. tutor. l. non omni* 16. *C. eo.* Quanto minus ergo idipsum ei licebit sine curatore? Deniq. illud semper memoria tenendum est
10 quod sæpius monuimus donationes † istas causa mortis quæ ita fiunt vt dominium statim & viuo adhuc donatore transferatur nihil simile aut commune habere cum vltima voluntate, sed propius accedere ad donationes inter viuos, siue earum initium inspicias siue finem, qui facit vt viuo adhuc donatore fiant irreuocabiles, & degenerent in donationes inter viuos. Proinde non est quod interpretes à testamento ad hanc donationis speciem argumententur: Quamquam nec ad illa quoque quæ sic fiat vt dominij translatio post adulti mortem conferatur: quia vt suo loco docuimus, etsi donationes ita factæ capiantur ad instar legatorum, non tamen fiunt ad instar legatorum, cùm fiant per traditionem; quæ in legatis nulla requiritur, & quæ tamen sola facit vt non possit ea donatio fieri sine curatoris autoritate; propter adnexam causam administrationis, quam prorsus nullam habet rerum suarum adultus, qui habet curatorem. Illud vnum fortasse quis obiecturus sit, donationes causa mortis † inter coniuges 11
etiam ita factas vt dominium ex iis transferatur, valere, non quidem in eo vt dominiũ transferri statim possit, sed vt saltem donatore in eadem voluntate mortuo res donata acquiratur donatario *dicta l. sed interim* §. 1. Similiter igitur dicendum valere donationem factam causa mortis ab adulto etiam ea lege vt dominium statim transferretur, hactenus nimirum vt mortuo saltem adulto fiat ea translatio, quæ fieri non potuit illo viuo. Sed respondeo neque hanc bonam esse comparationem: quoniam inter coniuges sola dominij translatio non etiam traditio prohibita est, vt proinde nihil veter valere donationem saltem post mortem donatoris, quoniam qui voluit dominium rei suæ statim transferre, multo magis voluit translatum illud intelligi post mortem suam. At in adulti persona non tantùm dominij translatio, sed etiam traditio quælibet prohibita intelligitur, quia quoquomodo rem suam tradat siue eo animo vt dominium statim transferat, siue vt possessionem duntaxat, patrimonium suum administrare intelligitur, cuius tamen sine curatore administrandi nullum ius habet. Consequenter cùm non tantùm donatio, sed etiam traditio nulla sit, quæ tamen valere debuerat viuo donatore, non magis fieri potest vt ex ea dominium transferatur post mortem adulti, quàm si traditio prorsus nulla præcessisset, quo casu probauimus in præcedentibus Decadib. ita ius futurum vt ex donatione causa mortis transferri dominium in donatarium nullomodo posset. Atque ob eam nimirum causam non distinguimus in hac quæstione, vt in aliis pleriſque distinguimus, an donatio causa mortis sic facta fuerit per traditionem vt dominium statim transferretur an ita vt post adulti mortem tantùm. Sed eas † do- 11
nationes causa mortis quæ per traditionem factæ sint ab aliis per stipulationem factis separamus, & adultum qui habet curatorem ab eo qui non habet, quoniam donationem ab eo factam qui curatorem non habet, etiam per traditionem valere dicerem siue dominium transferre adultus statim voluisset, siue dominij translationem conferre post mortem suam, sed ita tamen vt non nisi post mortem inciperet fieri translatio: Non aliter quàm quomodo euenire diximus in donatione causa mortis inter coniuges facta, quia nulla lex aut ratio est, quæ faciat ne valeat traditio etiam donandi animo facta per adultum qui curatorem non habet, quamuis ipsa dominij translatio nihilominus impediatur, quæ accedente quoque curatoris autoritate impediretur. Earum præsertim rerum quarum alienatio per senatusconsultum interdicta est, de quo in *tit. D. de reb. eor. & in tit. C. de prad. minor.* Nam cæterarum rerum alienatio etiam per donationem libera est adulto curatorem non habenti saluo ei auxilio restitutionis sed *tot. C. si aduerſ. donat.* non etiam habenti curatorem, quia neque is sine curatore posset donare, neque curator ei autoritatem præstare ad donandum etiam ex iusta causa si non decreti quoque autoritas interueniret *d. l.* 1. §. 2. *D. de intel. & ration. distr.*

***

ERROR

ERROR X.

De muliere quæ ex lege municipali non poteſt contrahere abſque conſenſu duorum propinquorum an poſſit liberè donare cauſa mortis.

SVMMARIA.

1 *Ius municipale in Italia & alibi frequenter receptum.*
2 *An mulier, quæ ex iure municipali non poteſt contrahere ſine conſenſu duorum propinquorum, poſſit liberè donare cauſa mortis.*
3 *Variæ de propoſita quæſtione interpretum ſententiæ.*
4 *Fachinei opinio affirmans, & eius fulcra.*
5 *Autoris in oppoſitum diſputatio, qua probatur primùm mulierem ita contrahere prohibitam non poſſe donare cauſa mortis per ſtipulationem abſque propinquorum conſenſu.*
6 *Neque per traditionem.*
7 *Fachinei lapſus.*
8 *Donationi cauſa mortis contractus nomen quomodo hodie conueniat. & num. 11.*
9 *Non tantùm ex verbis ſtatuti, ſed etiam ſtatuentium voluntate colligi non licere mulieri donare cauſa mortis ſine propinquis.*
10 *Donatio inter viuos neque ex parte donatarij, neque ex parte donantis contractus conferi poteſt.*

1 PLERIQVE † terrarum loci ſunt maximè in Italia, in quibus contra ius commune municipali lege cautum eſt, vt nullum contractum poſſit inire mulier abſque conſenſu duorum propinquorum. Inde Doctores noſtri præſertim Itali, qui toti ſunt in ſtatutis interpretandis, potiùs quàm in Romanis legibus bene interpretandis, captant occaſionem diſputandi, frequenſque apud eos diſputatio
2 iſta eſt, An † omiſſa huiuſmodi ſolennitate poſſit mulier donare cauſa mortis. Affirmant † multi poſt
3 Ludouicum Romanum & Iaſon. *ad l. ſec. de leg. 1. Alcia. & Socin. ad l ſecun. De verb. oblig.* Negant plures, immo cæteri ferè omnes, quos congerit Tiraqu. *De legib. connubial. gl. 5. n. 18, præcipuè Alex. & Rip. ad l. 2. de leg. 1. Idem Alex. & Aret. in d. l. 2. De verb. oblig.*
4 Priorem ſententiam licet minùs † receptam tuetur Fachineus *lib. 5. controuerſ. iur. cap. 60.* Mouetur que potiſſimùm ex eo, quòd cùm ſtatutum hoc ſit contrarium iuri, quo mulieri non minùs quàm maſculo permittitur liberè contrahere abſque conſenſu propinquorum, non poteſt habere locum niſi in contractibus propriè ac ſtrictè ſumptis. Ergo, inquit, non in donatione cauſa mortis quæ vere ac propriè non eſt contractus, Siquidem omnes effectus ſortitur, quos habent vltimæ voluntates, neque iis ex quacumque parte abſimilis eſſe intelligitur vt Iuſtinianus loquitur in *l. vlt. C. de don. cauſ. mortis.* Nemo autem dubitat, quin mulieri pro arbitrio liceat non obſtante tali ſtatuto bonis ſuis teſtari alitérve diſponere in vltima voluntate etiam conſenſu & præſentia propinquorum non interueniente. Addit Fachineus, huiuſmodi ſtatutorum aliam rationem aſſignari non poſſe, quàm ne tam facilè mulier ſine propinquorum præſentia contrahéda lædatur, propterea quod fragile ſit & infirmum huius ſexus conſilium, & multis captionibus ſuppoſitum, multorum inſidiis expoſitum vt de minoribus ſcribit Vlp. in *l. 1. D. de minor.* Atqui ratio hæc non videtur poſſe accommodari ad mortis cauſ. donat. quæ ſcilicet ad nutum & voluntatem donantis quocumque tempore poſſunt reuocari, perinde ac teſtamenta, & aliæ quælibet vltimæ voluntates. Ceſſante igitur in iis ratione ſtatuti, ipſum quoque ſtatutum ceſſare neceſſe eſt, cuius quippe vim & poteſtatem ex ea ratione quæ ſtatuétes mouerit ſemper æſtimari oportet vulg. *l. adigere 6. § quamuis D. de iur. patron. l. cùm pater 77. §. dulciſſimus De leg. 2.* Speciosæ † quidem 5
rationes ſunt, ſed non veræ. Longéque meliùs ſicut ſentiunt ij qui negant in propoſita ſpecie permittendas mulieri donationis cauſa mortis, niſi adhibita ea ſolennitate, quæ in alio contractu quolibet requireretur. Ita enim argumentantur, cùm dicunt donationes, cauſa mortis inſpecto eo tempore quo fiunt naturam habere contractuum magis quàm vltimarum voluntatum, ideóque contractibus magis quàm vltimis voluntatibus eſſe comparandas & adſcribendas. Omnes enim nobiſcum conſentiunt non aliter poſſe illas fieri quàm vel per traditionem vel per ſtipulationem niſi quod addunt *aut etiam per pactum nudum* quod poſtremum nos non admittimus. Vltimæ autem voluntates neque traditionem vllam exigunt, neque ſtipulationem, vt notiſſimum eſt, nec rurſus pactum nudum idque omnes fatentur. Inſpecto igitur eo tempore quo fit donatio cauſa mortis non poteſt vlla probabili ratione cenſeri iure vltimæ voluntatis, Idque tam apertum eſt in ea præſertim donatione quæ per ſtipulationem fiat, vt mirer Fachineum hanc ſaltem non adhibuiſſe diſtinctionem, an de illa donatione cauſa mortis loquamur quæ per ſtipulationem facta ſit, an de illa quæ per traditionem. Vſque adeò enim donationem non tantùm cauſa mortis ſed etiam quod magis eſt inter viuos, quæ per ſtipulationem facta ſit, contractum eſſe verum eſt communi quoque interpretum omnium conſenſu, immo nihil aliud eſſe quàm ſtipulationem, vt neque teſtium quinque ſolennitatem requirant, ne tum quidem cùm non ſunt inſinuatæ quamuis legitimam ſummam excedant neque ſi in teſtamento facta ſit iuxta inueteratum illum errorem interpretum quo obtinuit vt in teſtamento etiã contractus fieri vtiliter poſſit, alio tamen quam cõtractus iure cenſeantur vt ex recepta interpretum ſententia tractat Didacus in *3. par. rubr. De teſtam. nu. 11. poſt Decium conſ. 196* Ex quo etiam fit vt cùm dici ſoleat & verum ſit nullam ex donatione inter viuos naſci actionem ciuilem *l. interdictum 14. D. de precar. l. eam qui 14. §. is qui precario D. de furt.* tamen ex huiuſmodi ſtipulatione interpoſita donandi animo ſiue inte viuos ſiue cauſa mortis naſcatur ciuilis actio, non tanquam ex donatione ſed tanquam ex ſtipulatione, quemadmodum ſuo loco probauimus. Cur ergo ex generalitate verborum ſtatuti prohibentis ne poſſit mulier contrahere abſque præſentia duorum propinquorum excipiemus ſtipulationem eo ſolo prætextu quod facta ſit per donationem cauſa mortis? An fortè aliqua ſtipulatio eſt quæ poſſit videri non eſſe contractus? Quod
6 ſi donatio cauſa † mortis non per ſtipulationem facta ſit, ſed per traditionem quamquam hæc donationis ſpecies eſt, quæ minus videtur accedere ad contractum, neque verò contractus vllomodo dici poteſt, cùm inter viuos donatum fuit, quia nullum negotium inter donantem & donatarium geſtum eſſe intelligitur *l. ſi prædia 58. D. de don. int. vir. & vxor. l. Ariſto 18. D. de donat.* tamen cùm mortis cauſa donatio facta eſt, nagare non poſſumus quin aliquod negotium geri intelligatur, non

Digitized by Google

non ex qua parte donator cogitat de exercēda in donatarium liberalitate (nam ex hoc latere omnes donationes ſunt ſimiles, quia ſunt æquè liberalitates) ſed qua parte cogitat de ſe ipſo, & vult aliquo caſu ad ſe reuerti donationem, vt eleganter Paulus noſter tractat in *l. Senatus 35. §. ergo qui mortis D. de mort. cauſ. donat.* Vnde euenire diximus cùm hac de re magis ex profeſſo diſputauimus vt ex donatione cauſa mortis naſcatur ciuilis actio, non quidem pro donatario cùm per traditionem facta eſt non per ſtipulationem, ſed pro donatore ſi fortè contingat caſus quo ad eum debeat reuerti res donata ſiue ex pœnitentia ſiue ex conualeſcentia ſiue ex qua alia cauſa prout feret lex ab initio donationi dicta *l. qui mortis 30. iunct. l. præced. & l. ſi alienam 13. §. 1. eo. tit.* Etſi enim volunt noſtri donationem cauſa mortis non poſſe ita fieri vt nullo caſu reuocetur, de quo etiam tractauimus ad *l. vbi ita donatur 27. eo. tit.* fatentur tamen quod negare non poſſunt, & ad quod non aduertit Fachineus poſſe ſic eam fieri vt reuocari non poſſit pro arbitrio & ex ſola pœnitentia donatoris dummodo ſuperſit aliquis caſus vel vnus quo poſſit reuocari, puta ſi conuenerit vt donatore ex illo præſenti periculo in quo tempore donationis repetitur moriente, donata res omnino non reddatur vt poſt gloſ. & Doctores omnes ad *d. l. ſi alienam 13. §. 1.* concludit per illum textum *Didac. vbi ſupra num. 23. in fin.* Quo admiſſo quis non videt intereſſe quàm maximè vtrum hoc vel illo modo fiat donatio cauſa mortis per mulierem qua parte mulier ſe cogitat non donatarium, id eſt qua parte negotium gerere & cum donatario contrahere intelligitur: Cumque pro diuerſitate pactorum in donatione appoſitorum euenire neceſſe ſit vt vel facilius vel difficilius reuocetur donatio, & res donata ad mulierem quæ donauerat reuertatur nec alia ratione poſſit mulieri conſuli quæ procul dubio quatenus donat lædit, quàm prouidendo vt pluribus caſibus reuocabilis ſit donatio, ac ſi fieri poſſit, vt poteſt, quoties ita vult perſona quæ donat ex ſola donantis pœnitentia, potiùs quàm ex euentu, qui ſit poſitus in incerto: Siquidem tanto minùs lædit, quiſquis donat, quanto faciliùs ei eſt donationem reuocare. Nihil autem ei facilius eſſe poteſt quàm vt reuocare poſſit donationem quandocunque velit, quòd ipſum licet ei liberum futurum ſit, etiam nulla in eam rem facta conuentione, quia donationis cauſa mortis natura illa eſt, vt eam tacitam habeat conditionem *l. mortis cauſa 15. D. de manumiſſ.* fieri tamen poterit vt non ſit ei liberum, ſi fortè tam parum cauta fuerit, vt conuenerit expreſſim cum donatario, nec donatio reuocari vllo caſu poſſet niſi eo quo mulier ex illa infirmitate conualeſceret: Aut ſi malis, Niſi eo quo donatarius ante mulierem donatricem morereretur. Quis verò non fateatur faciliùs perſuaſam iri mulierem à donatario vt ita donet ſi permittatur ei donare cauſa mortis abſque conſenſu propinquorum quàm ſi conſenſus ille adhibeatur? Mulieris ergo intereſt & Reipublicæ quoque ne mulier tam facile decipiatur & lædatur, vt propinquorum conſenſus interueniat, quorum conſilio & prudentia fiat vt vel donatione omnino abſtineat mulier, vel ſi in eo pertinax erit; vt velit mortis cauſa donare ſaltem reuocandæ donationis poteſtatem in ſua retineat voluntate. Eaque res totam Fachinei ratiocinationem de-
7 ſtruit, non in eo ſolùm quod ſupponit † donationem quamlibet cauſa mortis perinde reuocari poſſe ad nutum & arbitrium donantis, atque teſtamentum ad nutum & arbitrium teſtatoris, ſed in illo etiam quod vult donationem cauſa mortis nulla ex parte abſimilem eſſe vltimæ voluntati, quod vtrumque falſum eſt. Nam quod Iuſtinianus iiſdem quidem verbis ſed non eodem ſenſu ſcribit in *d. l. vlt. C. de don. cauſ. mort.* ſic omnino accipi debet, vt reſpectu donatarij conſequentis effectum donationis comparanda ſit donatio vltimæ voluntati, quoniam eo reſpectu non poteſt donatio cauſa mortis videri contractus, cùm nullum negotium ex ea parte geratur inter donantem & donatarium, vt diximus. At non etiam vt reſpectu donantis mulieris idem dici debeat, quoniam qua parte illa de ſe cogitat reuera negotium aliquod gerit & eo reſpectu donatio cauſa mortis verè contractus eſt, nec habet quicquam ſimile cum vltima voluntate, in qua nunquam videas euenire vt teſtatori actio vlla danda ſit contra heredem ſuum, vel contra legatarium, aut alium quemlibet, qui aliquid conſequatur ex vltima ipſius voluntate. Atqui cùm diſputamus an in donatione cauſa mortis facta per mulierem adhibendi ſint propinqui, non ad illam donationis partem reſpicimus quæ donatarij commodum ſed ad eam quæ mulieris vtilitatem reſpicit, vt ſcilicet mulieri ipſi, non vt donatario conſulamus. Ergo decidenda hæc quæſtio eſt, non ex qua parte donatio cauſa mortis omnimodo ſimilis eſt vltimæ voluntati, ſed ex qua omnino diſſimilis eſt; veréque contractus dici & poteſt & debet. Itaque non eſt quod nobis obiiciatur verba ſtatutorum propriè ac ſtrictè eſſe interpretanda. Sume namque ſtrictè & propriè quantum voles. Dico donationi † cauſa mortis etiam hodie poſt Conſtitutionem Iuſtiniani in *dict. leg. vltima* conuenire contractus non quidem ex parte donatarij ſed ex parte mulieris quæ donat & ita donat vt aliquo caſu rem donatam ad ſe reuerti velit. Sed etſi proprietas † verborum ſtatuti contra nos faceret, quod negauimus, fatendum tamen eſſet ſtatuentium voluntatem probabilem attendendam fore, potiùs quàm nudum corticem verborum, vt non tam quid dictum, quàm quid actum ſit inſpiciamus, quo modo in ſtipulationibus quoque obſeruatur, quamuis ita ſtrictè accipiantur, vt in iis quicquid expreſſe dictum non eſt, pro omiſſo ſit habendum *l. ſemper in ſtipulationibus 34. de reg. iur. iunct. l. quicquid 99. De verb. obl.* Porrò negari non poteſt quin eorum qui ſtatutum de quo agimus condiderunt, ea mens fuerit, vt mulieribus conſulerent, ne tam facilè periclitarentur ſi liberam bonorum ſuorum adminiſtrationem haberent. Quis verò magis periclitatur, aut quis peius res ſuas adminiſtrat, quam qui donat, cùm hoc ipſo profundere ac perdere dicatur *l. filiusfamilias 7. D. de don.* Quid igitur abſurdius, quàm vt dicamus prohibendam mulierem ex huiuſmodi ſtatuto, ne rem ſuam vel minimam magno etiam pretio vendere poſſit aut fundum locare quantumuis amplâ mercede niſi interuenientibus propinquis, res verò ſuas donare poſſe illum & perdere ſine propinquis? An non faciliùs ei permittendum eſſet vt venderet ſine propinquis quàm vt donaret? quomodo de filio familias liberam peculij adminiſtrationem habente ſcriptum eſt in *dict. l. filiusfamilias*. Deinde quæro an huic mulieri permittendum ſit vt donet inter viuos ſine conſenſu propinquorum? Vtique cõſequens eſt opinioni aduerſariorum noſtrorum, vt non ſit hoc ei permittendum, quia neque reuocari poteſt donatio inter viuos ex ſola pœnitentia donatoris, neque habet quicquam ſimile cum vltima voluntate: atque ita ceſſant in ea rationes quibus vtuntur illi, aut potiùs abutuntur, vt in donatione cauſa mortis, ſi in qualibet donatione, id eſt etiam quæ inter viuos facta ſit idem reſpondendum arbitrantur. Atqui do-
10 natio † inter viuos nullomodo contractus eſt, neque ex parte donatarij neque ex parte donantis, in quo poſtremo

poſtremo differt vt oſtendimus, à donatione cauſa mortis, quæ † hoc plus habet quàm donatio inter viuos quod ex parte donantis & de reuocatione cogitantis verè contractus eſt & quidem innominatus. Ergo concludendum eſt, vel vſque adeò inutiliter & rigide verba huius ſtatuti eſſe interpretanda, vt donationem inter viuos non comprehendat, quod penitus abſurdum fuerit, vel ſi ad donationem inter viuos quæ nullo modo contractus eſt aptari poſſunt, multo magis aptanda eſſe ad donationem cauſa mortis quæ ſaltem ex vna parte contractus eſt. Et certè conuenit hæc interpretatio ſtatuentium voluntati quæ alia eſſe non potuit quàm ne liberam haberet mulier in vita ſua rerum ſuarum adminiſtrationem. Atqui traditio omnis rerum mulieris, præſertim quæ facta ſit animo transferendi ſiue ſtatim ſiue quandoque dominij pertinet ad cauſam adminiſtrationis, tum quoque cùm ſic facta donatio eſt mortis cauſa, vt ſit reuocabilis ad nutum & arbitrium donantis vt ſuperiore capite diſputabamus. Non eſt igitur mulieri permittendum vt donet per traditionem, non magis quàm per ſtipulationem ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa, niſi accedente conſenſu propinquorum vt ſolennitati ſtatutariæ votóque ſtatuentium ſatisfiat. Poſtremò quid ſi donatio cauſa mortis ſic fiat vt dominiũ ſtatim transferatur in donatariũ nec reuocationis caſus cõtingat, & ita reuocatio nulla fiat. Quid eſt obſecro in hac donatione cauſa mortis quod vltimæ voluntati ſimile videri poſſit, cùm adhuc viua muliere quæ donauit, non modò pleniſſimũ ſed etiam irreuocabilem effectum ſortiatur, vt ſuo etiã loco à nobis diſputatum & probatũ eſt. Quidni ergo in hac ſaltem ſpecie fatentur aduerſarij ſtatutum hoc ad mortis quoque cauſa donationes pertinere? Sed eſſet error leuior ſi diſtinctionem tantùm aliquam omiſiſſent. At error multo grauior ille eſt quod in quæſtione nullam admittente diſtinctionem reſponderunt indiſtinctè pro validitate donationum cauſa mortis, contra quas in hac ſpecie reſpondere debuerant indiſtinctè.

ANTONII FABRI IC.

Decas Quadrageſima ſeptima.

ERROR PRIMVS.

De donatione abſenti facta ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia interpretum in quacunque donatione præſentia donatarij requiritur.*
2 *Ne ſi fuerit abſens donatarius liberum ſit donatori donationem quaſi adhuc imperfectam & inualidam reuocare.*
3 *De neceſſitate præſentia donatarij auctoris ſententiæ & num. 6.*
4 *Inter legatum & donationem conuenientia quædam & differentia.*
5 *Facilius eſt vt ignoranti actio quàm vt dominium acquiratur.*
6 *Pacti & pollicitationis differentia.*

1 CONSTANS † vox eſt pragmaticorum noſtrorum & interpretum iuris, Donatarij præſentiam requiri in quacunque donatione ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa donatum proponatur, ex *l. abſenti* 10. *D. de don. l. inter mortis* 38. *De mort. cauſ. donat. l. in omnib. rebus* 55. *D. de oblig. & act.* Adeò vt ne quidem eas donationes excipi placeat, quæ in eccleſiam ipſam, vel in quam aliam piam cauſam conferuntur. Iuxta opinionem communiter approbatam gloſſ. *in l. illud* 19. *C. de ſacr. eccl.* nec eas rurſum quæ in infantem *l. ſi quis in emancipatum* 26. *C. de donat.* vbi dicitur ſi quis emancipato minori donare quid velit, priuſquàm poſſit ille fari, aut rei quæ ſibi donatur habere affectum, poſſe quidem vtiliter fieri donationem, ſed ita vt tranſigatur per eum ſeruum quem idoneum eſſe conſtiterit, id eſt qui vel ipſius infantis ſeruus ſit, vel publicus *l. 2. D. rem pup. ſalu. fur.* vt per eum infanti acquiratur. Iidem tamen hoc ſic accipiunt, non vti ne poſſit valere donatio, ſi donatarius re integra quamuis donatore abſente donationem agnoſcat, ſed † vt quandiu eam donatarius non agnouit, liberum donatori ſit pœnitere, donationémque quaſi adhuc imperfectam & inualidam reuocare: Improbata ſententia Romani, qui conſil. 195. reſpondit ad conualidandam donationem hanc ſufficere donatarij acceptationem quandocunque ſecutam donationis vtcunque ab initio factæ. Quòd ſi vt plerunque fit notatius quiſpiam abſentis nomine donationem acceptauerit, conſentiunt omnes excepto nemine donationem valere, déque eo ſolo dubitant, vtrum ex ea ſtipulatione danda ſit actio directa an vtilis donatario etiam ſine ceſſione. De quo ſequenti capite dicemus. Nunc videamus † an verum ſit quod illi volunt donatarij præſentiam neceſſariam eſſe. Ac ſanè fateor non inuitus neceſſariam olim fuiſſe, in vtraque ſpecie donationis ſiue inter viuos fieret, ſiue cauſa mortis, vt probant ſupradicti loci ſumpti omnes ex eo iure, quod ante Iuſtiniani tempora obtinebat, cum donatio non aliter tunc fieri poſſet, quàm ſi vel traditio vel ſtipulatio interueniret vt pleriſque ſuperiorum Decadum locis tractatum à nobis probatumque eſt. Traditionem enim certum eſt non poſſe fieri abſenti, nec rurſus contrahi ſtipulationem inter abſentes *l. 1. D. de verb. obligat.* Etſi inter ſtipulationem & traditionem hac parte differentia illa eſt, quòd traditio fieri poteſt per interpoſitam perſonam, & conſequenter donatio cùm ſit per traditionem *l. 4. D. de don.* at ſtipulatio non poteſt, quoniam alteri ſtipulari non poſſumus, poſſeſſionem verò adeóque per poſſeſſionem dominium acquirere poſſumus *l. 1. C. per quas perſ. nob. acquir. l. ſtipulatio iſta* 38. *§. alteri D. de verb. obligat. †. per procuratorem* 8. *C. de acq. poſſeſſ.* At poſtquam placuit Iuſtiniano in *l. ſi quis argentum* 35. *§. ſed ſi quidem C. de don.* vt donatio inter viuos neque traditionem exigat, neque ſtipulationem, at neque pactum nudum, ſed qualitunque voluntatis teſtificatione

contenta sit, suo loco probauimus, consequens sit vt nihil iam prohibeat quominus donatio inter viuos possit valere, quamuis in absentem conferatur, dummodo constet serium donandi animum habuisse illum qui dixit aut scripsit se donare. Qui animus tam facile certóque probari potest ex iis quæ gesta sunt absente donatario, quàm si præsens ille fuisset. Præsertim verò si eam voluntatem suam donator publico alicuius notarij scripto testatam voluerit, sed ita tamen vt notarij stipulatio nulla interuenerit, eiusque opera ob id tantùm vti donator necesse habuerit, vt rei gestæ veritas in futurum constaret, quæ causa plerumque est conficiendarum scripturarum *l.4. D. de pign. l. 4. D. de fid. instr.* Nihil enim aliud requirit Iustinianus nisi vt donator dixerit se donare, quam in rem neque præsentia neque acceptatio donatarij aut alterius vllius pro donatario necessaria est. Pendet enim id ex sola voluntate donantis, de qua tamen legitimè constet. Nec proinde iam dici potest de donatione quod Iauolenus scribit in *d.l. in omnibus*. Non aliter valere donationem quàm si animus vtriusque consentiat & concurrat affectus ex vtraque parte, donantis scilicet ac donatarij. Tunc enim id verè dicebatur cum donatio non nisi inter duos fieri poterat, aut saltem cùm inter duos præsentes fiebat: Quomodo etiam hodie si ego pecuniam quasi donaturus tibi dedero, tu quasi mutuam accipias, verum est nec donationem esse, nec mutuum, adeóque nec accipientis nummos fieri, cùm alia mente acceperis quàm qua tibi dedi *l. si ego 18. D. de reb. credit.* quia nihil agitur quoties eorum omnium inter quos negotium aliquod geritur affectus non concurrit. Sed cùm hodie donatio fieri possit ex sola voluntate donatoris, non est necesse vt concurrat affectus donatarij, sed sufficit vt nō repugnet. Non repugnat autē quoties absēti quis donat & ignoranti: Planè si donatarius sciens collatā in se donationem respuere illā maluerit, quàm agnoscerē, tunc demum fateor inutilem fore donationem propter defectum voluntatis in donatario, cui facilius est vt acquiratur actio ignoranti, quàm vt inuito. Remanet siquidem incorrecta vetus illa iuris regula, quæ negat liberalitatem nolenti acquiri posse *l. hoc iure 19. §. non potest D. de donat.* & inuito beneficium dari *l. inuito 69. l. inuitus 156. in fin. De regul. iur.* Nam & similiter dicimus actiones quæ pro legatis & fideicommissis singularibus competunt, ignorantibus quidem acquiri, sed non inuitis *l. filius familias 16. §. 1. D. qui test. facer. poss. l. cùm pater 77. §. surdo De legat. 2. l. ei qui 13 ff. de cond. instit. l. legatarius 38. in pr. De leg. 1.*

4 Quidni enim bona sit æquiparatio † legati & donationis, cùm legatum quoque sit donatio *l. legatum est donatio 36. De legat. 2.* & vtrique commune illud sit quod ei cui acquiritur damno esse nunquam potest *l. si hereditatem. 32. D. mandat.* Quamquam illa etiam hodie differentia manet inter legatum & donationem, quòd non tantùm legati actio ignoranti acquiritur, sed etiam dominium rei legatæ, licet non irreuocabiliter, quia tamesi acquiratur purè, non sub illa conditione si legatarius voluerit, acquiritur tamen ita demum: Nisi legatarius noluerit, quod longè diuersum est *lege fideicommissa. 11. §. sic fideicommissum & seqq. de legat. 3.* At dominium rei donatæ non acquiritur donatario ignoranti, sed sola actio condictitia ex constitutione Iustiniani in *d. §. sed si quidem.* & à Iustiniano ipso sic dicta in Nouell. *162. facr. form. transmiss. cap. 2. de donat. §. & sancimus in fin.* quoniam id vnum egit Iustinianus, vt actionem daret donatario contra donatorem eiusve heredem ad hoc vt rem donatam tradere, eiúsque dominium in donatarium transfere cogeretur, non etiam vt ignoranti donatario dominium sine traditione acquireretur. Nec tam facile fuit Iustiniano hoc quàm illud facere, nisi totam iuris rationem peruertere voluisset, cùm facilius multo sit vt ignoranti † actio quàm vt dominium acquiratur. Vt cernere est in legatis per damnationem, & in fideicōmissis, quorum nomine licèt actio ignoranti legatario & fideicommissario acquiratur, dominium tamen ante traditionem legatario non acquiratur, fideicommissario autem ne quidem per traditionem. *l. tertia. D. si vsusfr. pet. l. si quis. 29. D. de vsufr. legat.* Cæterum cùm † Iustiniani constitutio non nisi de donatione inter viuos loquatur, nec hodie magis quàm olim possit donatio causa mortis aliter fieri quàm per traditionem aut per stipulationem, relinquitur vt hodie separanda in eo sit donatio inter viuos à donatione causa mortis, quod cum donatio causa mortis in absentem conferri non possit, donatio tamē inter viuos potest. Itaque quod nostris placet donationem inter viuos collatam in absentem, nulla notarij stipulatione interueniente reuocari posse à donatore quandocunque ante acceptationem, euidenter falsum est, cùm actio quam Iustinianus donatario competere voluit, non ex donatarij, sed ex solius donatoris facto & voluntate proficiscatur. Semel autem competens non possit sola eiusdem donatoris voluntate auferri donatario ignoranti nedum inuito. *l. si seruum 91. §. nunc videamus. D. de verb. obligat. l. vlt. D. de pact.* Certi enim sunt modi obligationum vt contrahendarum, ita & vndecunque proficiscantur dissoluendarum. *l. obligationum ferè, 44. §. 1. ff. de oblig. & act.* inter quos nunquam est sola voluntas eius qui est obligatus, quandoquidem in eius arbitrio esse non debet, vtrum debeat necne. *l. sub hac conditione. 8. eod. l. 2. §. Scaeuola, D. de eo quod cert. loc.* Neque de hoc dubitassent interpretes si nouæ constitutionis potestatem percepissent, & obseruassent Iustinianum ea constitutione non magis requirere pactum nudum, quàm stipulationem ad perficiendam donationem, sed contentum esse sola pollicitatione, quemadmodum suo loco explicauimus, exemplo eius quod à Theodosio iam olim fuerat constitutum de pollicitatione dotis in *l. ad exactionem. 6. Cod. de dot. promiss.* Sed putarunt interpretes satis supérque faueri donationibus inter viuos, si ius ita constituatur, vt possit hodie fieri donatio pacto nudo, quæ olim non poterat fieri nisi per stipulationem, nulla interueniente traditione. Indeque sumpserunt occasionem existimandi nō minùs hodie quàm olim necessariam esse donatarij præsentiam, aut saltem acceptationem, vt donatio valeat irreuocabiliter, quia licèt pactum in hoc differat à stipulatione, quod etiam inter absentes fieri potest, vt & cætera omnia quæ nudo consensu contrahuntur. *l. 2. D. de pact. l. qui autem. 14. §. vlt. D. de const. pecun.* non prius tamen, pactum † dici potest quàm duorum consensus interuenerit, in quo differt à pollicitatione quæ solius est offerentis promissio *l. 3. D. de pollicit.* Et ego quoq; cum ipsis sentirem si viderem Iustinianeæ constitutionis verba ad pactum nudum potiùs, quàm ad pollicitationem pertinere. Sicut ergo in hoc falluntur quod de pacto nudo somniant, ita & in iis omnibus falli eos necesse est quæ ex tam falsa præsuppositione colliguntur.

5 6 7

ERROR

ERROR II.

De actione vtili quam dant interpretes ex ſtipulatione donationis inter viuos per notarium facta abſentis nomine.

SVMMARIA.

1 *Notarius generali conſuetudine poteſt cuilibet etiam ſine mandato ſtipulari.*
2 *Vnde iſtiuſmodi conſuetudo manarit.*
3 *Quales cenſeantur notarij ex veterum gloſſatorum errore.*
4 *Ex notarij ſtipulatione abſentis donatarij nomine interpoſita actionem eamque vtilem competere donatario & quidem ſine ceſſione, interpretum eſt placitum.*
5 *Donatione inter viuos redacta in notarij ſcripturam, directam actionem competere donatario ex Iuſtiniani conſtitutione aduerſus interpretes.*
6 *In huiuſmodi donationibus an interuenerit necne præſentia vel ſtipulatio notarij nihil intereſt.*
7 *Serui publici pro ignorante & citra mandatum ſtipulari non poterant.*
8 *Exceptio.*
9 *Seruus publicus ignoranti & inuito domino non acquirit.*
10 *A ſeruo publico ſtipulante pro infante non eſt bona ratiocinatio ad notarium ſtipulantem puberi ignoranti.*
11 *Singulari iure conſtitutum vt infantibus per ſeruos publicos acquiri poſſit, quò fit vt ad conſequentias non ſit facilè trahendum.*
12 *Licet bona eſſet ſerui publici & notarij, infamis & alterius extranei comparatio, non tamen permittendum eſſet vt notarij cuiuſlibet ſtipulatione cuilibet etiam ignoranti acquiratur actio.*
13 *Seruus publicus cui acquirat.*
14 *Seruo publico pro infante aut alio ſtipulante ineptè quæritur an actio qua per talem ſtipulationem quæritur ſit vtilis an directa, & an competat ex, vel ſine ceſſione.*
15 *Inter ſeruos publicos & notarios differentia.*
16 *De propoſita ab initio controuerſia autoris ſententia.*

ESTANTVR plerique ex noſtris interpretibus, tam veterib. quam recentioribus, generali ferè totius terrarum orbis conſuetudine, receptum eſſe, vt † notarius publica autoritate conſtitutus ſtipulari poſſit cuilibet non tantùm interueniente mandato, ſed etiam citra mandatum. Cui conſuetudini † vt & aliis permultis cauſam dedit error ille veterum gloſſatorum, quo putarunt notarios iis ſeruis publicis, quorum pleriſque Pandectarum locis mentio fit, eſſe comparandos, quaſi ſint ſerui publici qui modica mercede ſuas operas omnibus ex ſcripto contrahere volentibus locant. Vnde & alius ille error fluxit, quòd non tantùm † ignobiles, ſed quod multò intolerabilius eſt infames huius conditionis homines exiſtimantur; quaſi honoris capaces non ſint, nec proinde dignitatum ij qui ſerui ſunt publici, de quibus *in l. 1. §. exigere. D. de magiſtr. conuen. & in l. 2. D. rem pupill. ſaluam fore.* Quæ comparatio ſi recta eſt, mirot cur non illud æquè ſtultè inferant iidem interpretes, Notarium caput nullum habere in ciuitate, vt nec habet ſeruus, ſiue publicus ille ſit, ſiue priuatus, qui & ciuili & prætorio iure, & extra ordinem pro nullo computatur. *l. nullomodo ſeptima. D. ad leg. Corn. de fal. l. quod attinet. trigeſima ſecunda. De regulis iur.* Sed de quæſtione illa, Vtrum notarij itemque procuratores infames ſint, aut ignobiles, (nam de procuratoribus quoque eodem errore idem tradunt quod de notariis) alio loco videbimus. Nunc admittamus bonam eſſe comparationem notariorum & ſeruorum publicorum, vt perinde poſſit hodie acquiri actio ex notarij ſtipulatione etiam circa mandatum interpoſita, atque olim ex ſtipulatione ſerui publici acquirebatur. Hinc nimirum inferunt ex notarij † 4
ſtipulatione abſentis donatarij nomine interpoſita actionem acquiri donatario, ſed vtilem, non directam, veruntamen ſine ceſſione, dummodo eam ſtipulationem donatarius aliquando ratam habeat. Itavt etiam nulla dum ratihabitione ſecuta, in donatoris tamen poteſtate & arbitrio non ſit donationem reuocare. Sic enim ex communi aliorum ſententia *Didac. Couar. in tertia parte rubric. de teſt. numero decimotertio. Ex dicta l. ſecunda. vbi Bart. iunct. l. quarta. D. rem pupill. ſaluam fore.* vbi ſcriptum eſt, ſeruum publicum ſi pupilli nomine ſtipuletur, rem ipſius ſaluam fore non ipſo iure acquirere pupillo actionem, ſed vtilem duntaxat ex ſtipulatu pupillo dandam eſſe: Quod vulgo ſic intelligitur vt detur illa ſine ceſſione, vt & ea de qua in *l. prima. in fi. C. de magiſtr. conuent. & in l. ſecunda. D. quand. ex fal. tutor.* At nos defendimus, quod conſequens eſt iis quæ proximo capite diſputauimus, Donatione † inter viuos redacta in ſcripturam nota- 5
rij, vt de illa quin facta ſit dubitari non poſſit, etiamſi neque ceſſio neque ſtipulatio interuenerit competere donatario directam actionem, non quidem ex ſtipulatione notarij, nec ſi aliqua interpoſita ſit, multò minùs ſi nulla, ſed ex Iuſtiniani conſtitutione in *dict. l. ſi quis argentum 35. §. ſed ſi quidem C. de donat.* Soli enim Iuſtinianeæ legi hanc vim damus vt actionem talem poſſit producere, quæ condictitia, vel quod idem eſt, condictio ex lege appellatur in *d. §. ſed ſi quidem & Nouell. 162. cap. 1. §. & ſancimus.* non etiam ſtipulationi notarij, quæ † an interuenerit necne nihil 6
prorſus intereſſe arbitramur. Vt nec valde curamus an adhibitus ſit notarius, an non, niſi vt tanto minus dubitari poſſit, quin animum donationis etiam in abſentem conferendæ habuerit is qui coram notario ac teſtibus voluntatem ſuam teſtari voluit. Si enim poneres de eadem feria donandi voluntate conſtare per teſtes, aut aliter citra notarij ſcripturam, æquè dicerem actionem condictitiam directàmque donatario contra donatorem dari oportere. Nam quid egemus ſtipulatione notarij pro donatario, cùm ipſius donatarij ſtipulationem non indigemus? Quid rurſum præſentia notarij ad expediendum id quod neque donatarij præſentiam requirit, neque aliud quicquam præter donatoris voluntatem? Quòd ſi notarij ſtipulatio eſſet omnino neceſſaria ad acquirendam ignoranti donatario actionem, vt noſtri volunt, in eóque ſequèdum eſſet exemplum ſtipulationis per ſeruum publicum interpoſitæ, dicendum eſſet omnino contra quàm placeat interpretibus non permitti notario quicquã ſtipulari pro donatario aliove ignorante: tantùm abeſt vt ei permittatur actionem ignoranti etiam vtilem quæ ere, præſertim verò ſine ceſſione. Quia nec vſpiam reperias permiſſum olim fuiſſe huiuſmodi ſeruis publicis vt pro vllo ignorante † ſtipularentur & citra mandatum ſi excipias eum caſum quo interponenda ſit ſtipulatio † pro infante qui non magis 7 8
mandare poſſit, quàm loqui. Quo caſu fauor ſanè infantis, cui alio remedio conſuli non poteſt, hoc ius extorſit interponendæ per ſeruum publicum infantis nomine ſtipulationis, ſed tamen cum hoc imperia-

mento,

mento, vt prætoris alteriúſve magiſtratus ad quem pupillorum cura pertineat, mandatum in eam rem interuenire neceſſe ſit, neque tamen eius mandati autoritas etiam coniuncta cum fauore infantis poſſit facere vt alia quàm vtilis actio infanti acquiratur *d. l.2.& 4. D.rem pupilli ſal.for.d.l.1.§. exigere. ff. de magiſt.conue.* Alterius igitur quàm infantis nomine non poſſet ſeruus publicus alteri ſtipulari ſine mandato priuatæ illius perſonæ cui ſtipulari vellet (prætor verò cur ſe interponeret ad mandandum pro eo qui ipſa vel ſtipulari vel ſaltem mandare poſſet?) & ſi abſque mandato ſtipularetur, proculdubio non magis vtilem quàm directam actionem ei acquireret, cùm ſeruus is publicus nullius priuati ſeruus ſit, quomodo nec cæteræ res quæ ciuitatis & reipublicæ ſunt, dici poſſunt res ſingulorum *l.1.D.de rer.diuiſ.leg.ſicut 7.§.1.ff. quod cuiuſque vniuerſ. nomi.* Vt proinde non
9 poſſit de eo dici quòd acquirat † ignoranti domino & inuito quomodo dici ſolet de ſeruis priuatorum domino ſtipulantibus *l ſeruus vetãte 62 .de verb.oblig. l.etiam 32.ff.de acquir. rer. domin.* Non poteſt igitur
10 bona eſſe ratiocinatio à ſeruo publico † ſtipulante infantis nomine Rem pupilli ſaluam fore mandante prætore ex cuius autoritate ac iuriſdictione ſtipulatio illa tanquam prætoria interponitur, ad notarium publicum ſtipulantem puberi, ignoranti, nullo mandante magiſtratu, & de ea re quæ non prætoriam ſed conuentionalem ſtipulationem faciat, qualis ea ſtipulatio eſt quæ pro donatione interponitur. Nec enim ad prætoris curam pertinent donationes. Eſſe verò ius
11 hoc valde ſingulare † quod pro infantibus conſtitutũ eſt, vt iis per ſeruos etiam publicos acquiri poſſit, nec facilè trahendum ad conſequentias, vt ad alias quoque perſonas quaſlibet porrigatur, intelligi non obcurè poteſt ex *d.l.ſi quis in emancipatum 26.C. de don.* in illis verbis *Quod ius per eum ſeruum quem idoneum eſſe conſtiterit tranſigi placuit vt per eum infanti acquiratur.* Nam tametſi ea verba velis intelligere non tantùm de eo ſeruo qui ſit proprius infantis, ſed etiam de ſeruo publico, præ ſe ferunt tamen id receptum eſſe contra iuris rationem & fauore infantis, pro quo alia etiã multa ſingulari iure ſunt cõſtituta *l.ſi infanti 18. C.de iur.delib.l.1.ff.de bon.poſſeſſ.furioſ.infant.* Sed neq; infanti vſq; adeò hac parte fauetur, vt paſſim liceat ſeruo publico acquirere illi actionem, at ita demum ſi neque ſeruum vllum proprium infans habeat, neq; vnde poſſit tutor ei comparare. Omnia enim illa tentanda ſunt priùs quàm iuris ratio tam apertè violetur, vt infanti per ſeruum qui alienus ſit hoc ipſo quod publicus eſt, actio acquiratur. Igitur etſi admitteremus † bonam eſſe infantis & alterius extranei cuiuſlibet, itémque notariorum noſtri, temporis, & ſeruorum publicorum comparationem, non ideo tamen permittendum eſſet, quod tam facilè interpretes permittunt vt notarij cuiuſlibet ſtipulatione cuilibet eriã ignoranti actio acquiratur, illúdque primum eſſet requirendum vt conſtaret, abſentem illum neque per ſe neque per interpoſitam perſonam aut donationem accipere, aut aliter contrahere potuiſſe. Quod ipſum tamen vt contingat & probetur difficile eſt, cùm ſi quando ex cauſa aliqua impeditur quis ne per ſe aut per interpoſitam perſonam contrahat, impedimentũ illud ſit dicendum ex difficultate magis, quàm ex naturæ impoſſibilitate proueniens, cuius ratio haberi in iure non ſolet, ne alioqui tota iuris ratio ex huiuſmodi difficultatibus quibus plena ſunt omnia hominum negotia, confundatur, perturbetur. *l. continuus 137. §. illud ff.de verbor. obligat.* At ne infans poſſit ipſe aut per ſe aut per interpoſitam perſonam ſtipulari, aut aliter contrahere natura ipſa impedimento eſt, quæ nec eum loqui poſſe permittit. Non igitur quæ ratio ſuccurrendi infanti fuit, eadem in aliis perſonis locum habere poteſt. Rurſum inter notarium & ſeruum publicum euidens hac parte differentia illa eſt, quòd ſeruus publicus † cũ ſit & ſeruus, 13
& eius vniuerſitatis ſeruus, ex qua pupillus eſt, ex earum perſonarum numero eſt per quas alij poteſt acquiri, ſaltem vniuerſitati & quidem ipſo ac ſummo iure *l.1.§.vltim.& l.2.ff.de acquirend.poſſeſſ.* & quæ tamen nihil ſibi poſſunt acquirere. Seruus enim publicus perinde incapax eſt acquirendi ſibi, atque ſi eſſet ſeruus priuati. Proinde illo caſu quo permittitur ſeruo † publico vt ſtipuletur ſiue pro infante, 14
ſiue pro alio, ſi quis eſt pro quo ſtipulari poſſit, locus fieri quæſtioni non poteſt an actio illa quæ per talem ſtipulationem quæritur ſit directa, an vtilis, nec rurſum an competat ſine ceſſione, an verò ceſſionem interuenire oporteat. Quis enim tam ſtupidus eſſet qui putaret fieri poſſe vt per ſeruum qui proprius non eſſet, actio aliqua directa non domino acquireretur? An non ſatis ſuperque fauetur infanti in hoc quod permittitur vt ei actio vtilis ex ſerui publici ſtipulatione acquiri poſſit? Quis rurſum poſſit hic tractare de ceſſione actionis, id eſt an ſeruus publicus qui infanti ſtipulatus fuit credere & præſtare actionem aliquam debeat cùm nulla ei acquiſita ſit neque
15 acquiri potuerit? At in notariis † noſtri temporis omnia ſunt diuerſa. Sint enim illi & ignobiles & infames, quantum volent interpretes: numquam tamen negabitur eſſe illos homines liberos, & conſequenter acquiſitionis capaces. Sicut ergo res tanto magis facit, vt non poſſint illi cuiquam ſtipulari, quoniam iuris regula repugnat, ne per ſtipulationem hominis liberi, niſi qui bona fide pro ſeruo poſſideatur, acquiri quicquam poſſit. Ita & facere debet, vt iis tanquam ſtipulantib. acquiratur directa actio, ac proinde vt quæri poſſit vtrum cedere debeant cùm habere poſſint quòd poſſint cedere. Nec ceſſionis faciendæ neceſſitatem excludere illud deberet quod ſtipulentur alieno nomine. Nam præter id quod ſine mandato ſtipulantur, conſtat etiam procuratorem qui alieno mandato & tanquam procurator ſtipulatus eſt non eo minùs cogendum iudicio mandati vt ea actione cedat, quam ſibi quæſiuerat per ſtipulationem *l.poſſeſſio 49.in fi.ff.de acquir.poſſ.iunct.l.in cauſa 27.§. vlt.cum l. ſeque.ff.de procur.* Cur non ergo etiam cedere cogetur notarius, qui & liber homo eſt, & ſtipulatus fuit ſine mandato? Cur ab eo caſu in quo eſt quod cedi poſſit, inferre volumus ad hunc in quo eſt quod cedi & poſſit, & debeat, vt perinde vtroque caſu negemus ceſſionem vllam actionis fieri oportere? Ita concludimus, † magis nos fauere donatario inter viuos abſenti 16
& ignoranti, cui damus actionem directam non quidem ex ſtipulatione notarij ſed ex lege Iuſtiniani, quàm faueant interpretes, qui non dant ei niſi vtilem ex ea notarij ſtipulatione: Minùs tamen quàm interpretes in eo, quod non patimur vt ex ſtipulatione liberi hominis, quem non habet in poteſtate, acquirat ſibi actionem aliquam, nec magis vtilem quàm directam præſertim ignorans, id eſt & ſine mãdato, & ſine ceſſione, quantumuis poſtea ratam habeat ſtipulationem. Vnde fit vt cùm ſupradictam Iuſtiniani legem de donationibus citra ſtipulationem ac traditionem conficiendis non putemus ad mortis cauſa donationes pertinere, nullam prorſus actionem neque per ceſſionem neque ſine ceſſione donatario cauſa mortis pro quo abſente & ignorante notarius ſtipulatus fuerit, aut competere, aut dandam eſſe arbitremur, nec ſi donatarij acceptatio & ratihabitio re integra ſequatur, niſi eodem ratihabitionis tempore concurrat voluntas noua donatoris & quia nunquam poterimus euincere vt plus poſſit hac in re

iuris

lutis ratio, quàm erronea illa consuetudo, quæ induxit vt notarius etiam citra mandatum ignoranti stipulari possit, quemadmodum inuiti hoc eis concedimus vt valeat talis stipulatio. Ita vicissim hoc nobis concedi volumus vt ex tali stipulatione non actio vtilis acquiratur donatario causa mortis sine cessione, sed directa soli notario, quam ipse postmodum præstare, eáque cedere debeat donatario cui fuit stipulatus, non actione mandati vt in *d.l. possessio* 49. *in fin. De acquir. poss.* sed actione negotiorum gestorum quæ solet competere cùm deficit actio mandati *l. mandati* 46 *ff. de negot. gest. l. ex mandato* 20. *§.* 1 *ff. mandat.* Nam quod in persona procuratoris contrà scriptum videtur in *l. in causa* 27. *§. vltim.* directam actionem quæ procuratori ex propria stipulatione competit penitus tollendam esse, solámque vtilem domino dandam, quem sensum aut quam rationem habeat, & Triboniano potiùs quàm Vlpiano, cuius ea lex, est, adscribi oportere, alibi docuimus.

ERROR III.

De donatione in absentem ac ignorantem collata stipulante notario & ante donatarij ratihabitionem reuocata.

SVMMARIA.

1 *Vtrum donator possit ante absentis donatarij ratihabitionem donationem* pro arbitrio reuocare.
2 *Variæ interpretum de proposita quæstione sententiæ.*
3 *De quæstione proposita autoris sententia, quæ docet aliud esse ius in donationibus inter vinos, aliud in donat. causa mortis.*
4 *Supposito interpretum errore, probabilius est valere reuocationem ante ratihabitionem donatarij.*
5 *Interpretes notarium alieno nomine stipulantem sine mandato malè conferunt cum procuratore.*
6 *Donatio facta per stipulationem inutilem est inutilis.*
7 *Notariorum vsus in Rep. quis esse deberet.*
8 *Didaci lapsus.*
9 *Conciliatio l. si procurator* 13. *D. de acqui. rer. dom. & l. res ex mand. D. eod.*

SVPPOSITO errore illo interpretum, quòd ex notarij stipulatione acquiratur donatario etiam ignoranti vtilis actio, & quidē sine cessione, solet inter eos controuerti, Vtrum donatori † permittendum sit, vt
1 ante absentis donatarij ratihabitionem possit donationem reuocare. Nam illi ipsi qui volunt actionem illam vtilem vsque adeò acquiri absenti, vt neque scientia neque cessio exigatur, fatentur tamen necessariam esse donatarij ratihabitionem, vt tractat Didac. Couarr. *d. part.* 3. *rubr. De testa. num.* 13. *post Bald. in l. nec ei* 17. *§. satisdatio quæst.* 6. *de adop.* & alios quamplures ibi relatos. Per textum quem Didacus vt optimum laudat in *l. si ego* 24. *D. de neg. gest.* vbi Paulus scribit, Si hac mente pecuniam dem procuratori vt ea creditoris mei fieret, proprietatem quidem per procuratorem non acquiri creditori, sed posse tamen creditorem, etiam inuito me, ratum habendo pecuniam suam facere, quia, inquit, procurator in accipiendo creditoris duntaxat negotium gessit, & ideò creditoris ratihabitione liberor. De illo itaque tantùm dubitant nostri. An possit ea donatio ante absentis ratihabitionem reuocari pro arbitrio donatoris necne. Plerisque † existimantibus solam donationis
2 reuocationem non posse impedire quin vtiliter so-

quatur acceptatio; quæ fuit sententia Philippi Cotnei *consil.* 50. *& consil.* 2. *lib.* 4. *Ant. Rub. consil.* 117. *n.* 4. *& Haliaula rubr. De verb. obligat.* quam & veram & communem esse ait Carolus Molin. ad Decium in *l. contractus. num.* 21. *De fid. instrum.* Aliis contrà defendentibus ante secutam ratihabitionem donatarij posse donationem reuocari pro arbitrio donatoris, etiamsi ficta traditio interuenerit, quæ hodie passim solet interuenire per clausulam constituti, quam vix notarius quisquam nisi qui valde imperitus sit prætermittit; cum hac tamen adiectione, Si modò non tantùm liberalitatem reuocauerit donator, verùm etiam eandem rem donatam alteri donauerit, & reuera tradiderit, Quod sensit Paulus Castrensis *consil.* 291. *columna* 3. *& post eum Decius consilio* 598. *col.* 2. *& consil. ducentesimo vicesimo sexto & ad dictam legem contractus numero decimo sexto. De regul. iur. Andr. Tiraquell. more suo innumeros congerens in tract. De constituto part.* 3. *limit.* 30. *numero octauo & quinquagesimo primo.* Nam si donator in solo reuocationis actu steterit, nec ad actum nouæ donationis alteriúsve alienationis peruenerit, fatetur Didacus supradicto loco receptiorem esse illorum sententiam qui volunt stipulato notario absentis nomine etiam ante ratihabitionem adeò quæri ius absenti, vt nec donatio nec venditio reuocari possit sola voluntate donatoris aut venditoris. Quod & idem Didacus defendit *libro primo variarum resolutionum cap. decimo quarto numero undecimo.* Mihi adhibenda † videtur ea distinctio quam superiore capite adhibuimus. An loquamur de donatione inter viuos an de ea quæ facta sit causa mortis. Nam si de donatione inter viuos siue notarius pro donatario stipulatus sit siue non: dico teneri donatorem actione condictitia ex lege Iustiniani, nec posse actionem illam donatario semel quæsitam ei auferri facto & voluntate donatoris, neque magis si eandem rem iam donatā idem donator alij donauerit, & tradiderit quā si donationem simpliciter reuocauerit. Siquidem vt in præcedentibus disputauimus nunquā permittēdum est ei qui semel fuit vtiliter obligatus, & contrā quem cœpit actio competere, vt se ab ea obligatione & actione liberet inuito eo cui obligatus est. Illud certè non nego: Si donator hic rem à se iam absenti donatam necdum traditam alij donauerit & tradiderit, potiores fore partes posterioris donatarij in dominij quæstione, sicut & eadem re pluribus vendita præfertur in vindicatione is non cui priori fuit vendita, sed cui priori tradita. *l. quoties.* 15. *C. de rei vindic. l. qui tibi.* 6. *C. de hered. vel action. vendit. l. sive autem.* 9. *§. si duobus. D. de publician. in rem action.* Sed aliud est dicere; Secundum donatarium præferendum esse priori in causa dominij: aliud verò priorem donationem reuocatam esse propter posteriorem. Nihil enim vetat & priorem esse donatarium secundum quippe qui prior factus sit dominus per traditionem à domino factam, & nihilominus priorem donationem subsistere hactenus vt ex ea sit obligatus donator, ad rem ipsam quæ donata est, vel saltem ad eius æstimationem præstandam: Iustinianus enim hoc fecit in *dict. l. si quis argentum.* 35. *§. sed siquidem. C. de donat.* vt quisquis dixit se donare, licet neque tradiderit, neque stipulanti promiserit, cogendus sit vt tradat, non autem vt ex sola causa donationis sine traditione dominium transferatur. Quod si poneres priorem donatarium factum esse possessorem non per veram traditionem, sed per fictam, putà per clausulam constituti, dicerem vtique præferendum priorem posteriori etiam in dominij quæstione, sed ita demum si factus esset possessor ante traditionem posteriori factam, quod tamen vix est vt ante ratihabitionem contingat vt sequent ca-

pite

pite dicemus. At ſi agamus de donatione cauſa mortis in abſentem collata, quamuis ſtipulante notario, dico non prohiberi donatorem quominùs pro arbitrio reuocet donationem, etiam nuda reuocatione, nec vlla in alterum ſecuta traditione, adeóque quod magis eſt, etiamſi donatarius qui ſtipulationis tempore abſens fuit, ratam habuerit notarij ſtipulationem ante reuocationem, ſi modò ratihabitionis tempore non interueniat, concurratque voluntas noua donatoris, vt proximo capite dicebamus, quia cùm ea donatio nullius omnino ſit momenti, ſi rationem iuris inſpicias, quæ nullam donationem valere patitur, niſi quæ per traditionem facta ſit, vel per ſtipulationem, nec magis quàm olim poſſit hodie ſubſiſtere ex Iuſtiniani conſtitutione in *d.l. ſi quis argentum. §. ſed ſi quidem*, quam toties iam negauimus ad mortis cauſa donationes pertinere, quid obſecro impedire poteſt, ne donator quod vni donauit inutiliter, idipſum vel reuocet ſimpliciter, vel etiam cùm hoc mauult alteri donet vtiliter? At ſupponamus errorem illum interpretum qui huic quæſtioni locum facit, valere ſcilicet ſtipulationem à notario factam abſentis nomine, adeò vt ex ea poſſit acquiri actio ſaltem vtilis citra ceſſionem, ſecuta quandocunque ratihabitione, An dicemus poſſe reuocari donationē ante ratihabitionem, an verò poſſe ratihabitionem ſequi etiam inuito donatore, qui rebus omnibus adhuc integris donationem reuocauerit? Difficile ſanè eſt bene ad eam quæſtionem reſpondere, quæ tam
4 manifeſto errore nitatur. Sed tamen reſpondeo † probabiliorem videri mihi eorum ſententiam qui ſentiunt pro reuocatione contra ratihabitionem. Non ob id ſolùm quòd propius accedit ad veri iuris rationem, quæ donationes & ſtipulationes iſtas non admittit, ſed etiam quia cùm illi ipſi interpretes qui ex notarij ſtipulatione actionem vtilem acquiri volunt donatario etiam cauſa mortis citra ceſſionem, exigāt vt ſequatur ratihabitio, non poſſum videre quid iuris habeat iam quæſiti donatarius ante ratihabitionem propter quod prohibeatur is qui donauit eam donationem ſiue ſimpliciter, ſiue per aliam donationem reuocare: Aut quonam colore permittendum ſit donatario vt inuito donatore ratam habeat iam reuocatam donationem. Ratihabitionem enim certum eſt ſi neceſſaria ſit, nunquam niſi integris omnibus fieri poſſe, non eſſe autem integra omnia, ſi iam reuocata ſit donatio quam donatarius velit ratam habere. Fe-
5 fellit noſtros † quod ſcriptum eſt in *d.leg. ſi ego.24. D. de negot.geſt.* dum procuratori comparant notarium alieno nomine ſtipulantem, quamuis ſine mandato: vt quemadmodum pecuniam mihi debitam & procuratori meo ſolutam poſſum meam facere habendo ratam ſolutionem inuito quoque debitore meo, id eſt, quamuis vellet ille ſolutionem à ſe factam reuocare, ac pecuniam quaſi quæ adhuc ſua maneret vindicare. Ita donatarius cuius abſentis nomine ſtipulatio per notarium interpoſita eſt, poſſit eam ſtipulationem ratam habere inuito etiam donatore. Eadem ratione quam Paulus vſurpat in *d.l. ſi ego* quòd ſicuti procurator meus accipiendo ſolutionem debitæ mihi pecuniæ meum duntaxat negotium geſſit, ita & ſolius donatarij negotium non ſuum geſſerit donatarius, qui pro abſente ſtipulatus eſt. At negandum eſt bonam eſſe comparationem: non ob id ſolùm quod procurator mandatum aliquod habeat, notarius verò nullum, ſed ob id etiam quod per interpoſitam perſonam ſolutionem accipere prohibitum non eſt, cùm nihil referat an mihi ſoluas quod mihi debes, an alij mea voluntate. *l.vero.12.l. ſolutā.49. D.de ſolut.l.mulier.41.& ſeq. D.ad SC. Trebell.* At per liberam perſonam quæ noſtro iuri ſubiecta non ſit ſtipulari non poſſumus, quia obligationes omnes ad hoc comparatæ ſunt, vt ſibi vnuſquiſque acquirat quod ſua intereſt, vt autem alij acquiram non intereſt mea, ſicut nec notarij vt donatario acquiratur *l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri. D. de verb. obli.* Deinde ſolutio non fit ad obligandū ſoluentem, ſed ad liberandum, & ad agnoſcendam præſtandámque bonam fidem: in quo negotij genere nulla ratio eſt vt ei qui fecit quod iure naturali & gentium & ciuili facere debuit, locus vllus pœnitentiæ relinquatur: Et quemadmodum ſola naturalis obligatio ſufficit ad impediendam condictionem ſoluti, cùm per ſolutionem dominium tranſlatum fuit. *l.natu.10. D. de obl. & actio. l. fidein. 16. §. natur. D. de ſol.* ita & ſufficere debet ad impediendā vindicationem illo caſu quo pecuniæ ſolutæ dominium remanſerit penes ſoluentem. Eadem namque ratio eſt impediendæ repetitionis, repetitio autē fit æquè per vindicationē, atq; per condictionē. *l. interdū. 29. D. de condict. indeb.* Stipulatio autem præſertim quæ ex donationis cauſa interponitur, non fit ad liberandam fidem, ſed ad obligandum donatorem, qui porro non poteſt videri obligatus ſaltem vtiliter & efficaciter, quandiu donatarius ratam non habuit interpoſitam à notario ſtipulationem. Non igitur prohibendus eſt donator idémque promiſſor quominùs reuocet promiſſionem, ſi eum pœniteat liberalitatis, antequàm cœperit eſſe obligatus, multóque facilius eſt vt ſolutionem procuratori ſuo factam poſſit ratam habere creditor etiam inuito debitore, quàm vt donatarius poſſit ratam habere interpoſitam à notario ſtipulationem inuito etiam creditore. Niſi forè ad ſupradictam Iuſtiniani conſtitutionem reſpicere volumus, quæ induxit vt quiſquis ſemel dixit ſe donare, licèt neque ad traditionem, neque ad ſtipulationem proceſſerit, cogendus tamen ſit actione illa condictitia implere quod promiſit. Quanto enim magis cogendus eſt is qui non contentus dixiſſe etiam promiſit per ſtipulationem quamuis inutilem? Conſtat enim plus eſſe promiſſum quàm dictum. *l. ſciendū. 19. §. dictum. D. de ædilit. edict.* Verùm non ita eſt. Qui enim donandi animo promittit ſtipulanti, non aliter vult aut donationem valere, aut ſe obligatum eſſe, quàm ſi valeat ſtipulatio. Ideoque ſi qua ratione ſit inutilis, † donationem quoque inu- 6
tilem eſſe neceſſe eſt, vt ne quidem in vim pacti defendatur ſtipulatio: Siquidem certum eſt inutilem ſtipulationem pactum in ſe vtile non habere *l.1. §. eū qui inutiliter. D. de conſt. pecu. l.1. §. ſi quis ita. D. de verb. obli.* Eſtque in ea re proprium ius acceptilationis, vt quamuis fiat per ſtipulationem, ſi tamen inutiliter facta ſit, contineat vtile pactum de non petendo. *l. aut inutilis. 8. D. de acceptil.* fauore nimirum liberationis ad quam ſemper debemus eſſe propenſiores *l. Arrianus. 41. D. de obl. & actio.* vt bene Cuiacius docuit ad *d. §. ſi quis ita.* Neque ſanè dici poteſt Iuſtiniani propoſitū illud fuiſſe vt quicquā noui conſtitueret in fauorem earum donationum quæ factæ eſſent per traditionem vel per ſtipulationem, ſed tantùm vt eas adiuuaret quæ nec traditionis nec ſtipulationis adminiculo niterentur, quas iuris veteris ratio ad agendum valere non patiebatur, neque ſi per nudum pactum factæ eſſent, multò minus ſi per nudam pollicitationē. Nec rurſum acceptilatio inutilis ſemper vim habet vtilis pacti. Quid enim ſi is qui per ſtipulationem inutilem accepto tulit, ſciebat inutilem fore ſtipulationē, ob idq; facilis fuerit ad promittendum quòd ſciebat nihil ſe agere? Nihil actum videbitur, quia nihil agere promiſſor voluit. *d.l. an inutilis.* Eodem igitur modo, ſi tanquam tibi donaturus promiſerim centum notario pro te ſtipulanti, & ideo promiſerim, quia ſciebam non poſſe non inutilem eſſe ſtipulationem quam pro te interponeret libet homo, præſertim quia mandatum

tum à te nullum haberet, nulla cauſa eſt cur ex Iuſtiniani conſtitutione perinde vrgeri debeam ad implendam donationem, acſi promiſiſſem tibi citra ſtipulationem, quia non poſſum videri habere animum donandi, qui non niſi eo modo quem inutilem fore ſciebam donare volui. At quoniam non eſſet hodie audiendus donator qui hoc diceret poſt quam ea tantopere inualuit conſuetudo vt notario cui libet liceat cuiuſlibet etiam ignorantis nomine ſtipulari, admittamus non deeſſe animum donandi in eo qui patitur notarium pro alio ſtipulationē interponere, an non admittamus quod numquam patietur iuriſprudentia, valere ſtipulationem. Illa ſemper ratio faciet inutilem donationem, quod cùm facta ſit per ſtipulationem adeóque non tam donatio quàm ſtipulatio ſit *l. cùm enim. 6. D. de nouat.* fieri non poteſt vt valeat ſtipulatione inutili exiſtente, ne alioqui fiat contra voluntatem quod ex voluntate proficiſcitur, ſi donatio, quam non niſi per ſtipulationem facere donator voluit, defendatur etiam ſine ſtipulatione. Quod ſi ad hunc quoq. caſum conſtitutionem Iuſtiniani porrigere quis vellet, ac donatorem qui per inutilem ſtipulationem donaſſet obligare vt rem donatam tradere cogeretur, fieret ſanè conſequens vt non eſſet permittendum donatori ab ea voluntate reſilire. Id enim eſt quod Iuſtinianus conſtituit, atque ita falſum eſſet non ſolùm quod volumus poſſe donatorem pœnitere, præſertim ante ratihabitionem, indiſtinctè, ſed etiam quod interpres, poſſet pœnitere eo demum caſu, quod eandem rem vni ſic donatam alij donauerit & tradiderit. Relinqueretur autem vera prima illa opinio, quam nos omnium falſiſſimam eſſe arbitramur, quæ indiſtinctè vult ratam haberi quandocunque poſſe huſuſmodi ſtipulationem, etiam poſt reuocationem. An ergo notariorum vſum tantopere neceſſarium
7 tollere volumus à Republica? Minimè verò. Sed vt † & publicæ vtilitati conſuleretur, & iuris rationi ſatisfieret, vellem adhiberi notarios ad ſcripturas dūtaxat de aliis ſtipulationibus conficiendas, vt rei geſtæ veritas in futurum tempus conſtare poſſet, quomodo ſcriptum eſt in *leg. 4. D. de probat. leg. 4. De fid. inſtrum.* Non vt illi ipſi pro aliis præſertim abſentibus & citra mandatum ſtipularentur: quæ res licet multum vtilis exiſtimetur, multarum tamen litium materiam præbet, quibus via præcluderetur, ſi certiſſimam iuris rationem, vt par eſſet, pro inuiolabili lege ſequeremur. Certè ſi poneres donatarium præſentem fuiſſe, quamuis tacentem, minus eſſet dubitandum valere donationem etiam citra notarij ſtipulationem, vt ſupradicto loco concludit Didacus, contra Decium in *Rub. C. de pact. & Tiraquell. in leg. ſi unquam verb. libertis n. 54. Cod. de reuoc. donat.* Non quidem iure vetere inſpecto, quod vel traditionem vel ſtipulationem requirebat, cùm ſola præſentia coniuncta cum taciturnitate neque traditio, neque ſtipulatio dici poſſit, Sed inſpecto iure nouo, quod ſolam donatoris voluntatem, non etiam donatarij præſentiam requirit. In quo haud dubie decipitur
8 † Didacus, & cæteri ab eo citati, qui requirunt præſentiam donatarij, vt tacens ille videatur conſentire in iis quæ ad ipſius commodum ſpectant *ex l. qui patitur ff. mand.* Quæ ſententia pugnat cum vtroque iure, & vetere & nouo. Cum vetere quod requirebat præſentiā donatarij non vt taceret, ſed vt vel rem ex traditione acciperet, vel ſtipularetur. Cum nouo, quod nullo modo requirit præſentiā donatarij, ne quidē vt taceat. Illud potius mirati debuerunt interpretes circa ſententiam *d. l. ſi ego.* cur non acquiratur creditori meo proprietas pecuniæ quam ego ipſius procuratori ſoluerim ea mente vt fieret ipſa creditoris. Contrarium enim videtur † quod ex Neratio
9 ſcribitur in *l. ſi procurator. 13. ff. de acquirer. dom.* Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eiq. fit tradita meo nomine dominium mihi hoc eſt proprietatem acquiri etiam ignorāti. Sicut & tutor pupilli pupillæque emendo nomine pupilli, vel pupillæ proprietatem illis acquirit, etiam ignorātibus. Quod ipſum rurſum pugnare videtur cum eo, quod ſcriptum eſt ex Calliſtrato *in l. res ex mandatu. 59. ff. eo. tit.* rem ex mandatu meo emptam non prius meā fieri, quam mihi tradiderit is qui emit. Nec deſunt qui putent Iureconſultos in quæſtione iſta diſſenſiſſe. Ego ſic concilio vt res ex mandatu meo empta, ſi non ſit etiam tradita meo nomine non prius mea fiat quam tradiderit mihi is qui emit *d. l. res ex mandatu.* Si verò & mandatu meo empta ſit & meo procuratori nomine meo tradita, ſtatim mihi acquiratur quamuis ignoranti *d. l. ſi procurator.* At ſi meo quidem nomine tradita ſit, id eſt, hac mente vt mea fieret, ſed nullo tamen ſpeciali mandato meo in eam rem interueniente, licet tradita ſit ei qui in aliquo negotio meus erat procurator, neceſſaria ſit ratihabitio mea, vt mihi acquiratur. *d. l. ſi ego.* Vt enim dominium acquiratur neceſſe eſt eodem tempore concurrat affectus ex parte vtriuſque & transferentis & eius in quem transfertur *l. in omnibus rebus 54. D. de oblig. & act.* qui affectus ex vtraque parte non aliter poteſt concurrere, quàm ſi & tradatur res ea mente vt acquiratur, & eam meo nomine accipiat is, cui mandauerim vt meo nomine acciperet. Nec multum ab hac noſtra interpretatione diſcrepant, quæ Accurſ. tradit *ad l. qui mihi 13. ff. de don. & l. per ſeruum. 37. ff. de acq. rer. dom. l. 2. C. de his qui à non dom. manum. ſunt.*

ERROR IV.

De donatario qui donationem in abſentem ſe collatam vult ratam habere poſt mortem donatoris.

SVMMARIA.

1 *Quando valere donationem in abſentem collatam ſtatuant interpretes.*
2 *Donatore ante abſentis donatarij ratihabitionem decedente, an poſſit nihilominus donatarius ratam habere donationem.*
3 *Sententia Pauli Caſtrenſis & eius ſequacium.*
4 *Contraria Conarruuia opinio.*
5 *Probatur ab autore Didaci ſententia, eius tamen ratione reprobata.*
6 *Ex Iuſtiniani conſtitutione donatio inter viuos hodie neque ſtipulationem, neque pactum requirit ſed ſola voluntatis donantis teſtificatione contenta eſt.*
7 *Hinc quod præmortuus ſit donator facere non debet vt eò minus poſſit donationē acceptare donatarius.*
8 *Nec officit quod rei donatæ dominium ad donantis heredem pernenerit.*
9 *Explicatur l. ſi ego. 9. § ſi res. D. de iur. dot. qua prioris ſententia autores abutebantur. & num. 11.*
10 *Didaci reſponſio ad l. ſi ego. refertur & refellitur.*
11 *Exponitur l. 2. § ſi pecuniam. D. de donat.*

NON poteſt naſci error ex errore quin naſcatur quæſtio ex quæſtione. Iam diximus eam eſſe receptiorem interpretū noſtrorū traditionem, vt in abſentem † collata donatio, ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa valeat,

Digitized by Google

sed ita demum si adsit notarij stipulatio pro absente quamuis ignorante, hoc etiam addito vt absens ille donatarius ratam habeat notarij stipulationem, priùs quàm ea res donata, rursum alij donata & tra-
2 dita sit. Inde quærunt, si donator † hic ante ratihabitionem decesserit, an nihilominùs permittendum sit donatario vt ratam habeat donationem. Primus,
3 vt referunt, Paulus † Castrensis *cons.* 195. *col.* 3. *lib.* 2. respondit non posse donationem hanc à donatario acceptari post mortem donatoris, Ratione illa quod iam alteri hoc est donantis heredibus res acquisita sit, atque ideo in præiudicium iuris alteri quæsiti donationis acceptatio fieri nequeat. *ex l. si ego.* 9. §. *si res. D. de iur. dot. l.* 2. §. *sed si quis. D. de don.* Eamque sententiam deinde ex recentioribus secuti sunt Ant. Rub. *cons.* 132. Chassan. *cons.* 7. *n.* 38. Andr. Tiraq. *in tract. de constituto lim.* 30. *nu.* 73. *quos refert Didac. d. part.* 3. *rubr. De test. nu.* 13. *vers. illud profecto.* Vbi ta-
4 men recedit † ille ab hac sententia, veriusque putat acceptari posse donationem per donatarium etiam mortuo donatore. Motus ex eo solo quod ante absentis acceptationem præfata donatio perfecta omnino sit quod ad donatorem, nec reuocari ab eo possit licèt absenti quæsita non sit. *cap. si tibi absenti. De præben. in 6. l. Arist.* 18. *de don. l. per fundum.* 11. *D. de servit. rustic. prad.* Ergo, inquit, & quod ad heredes donatis perfecta donatio censeri debet, cùm illi personam defuncti repræsentent *l.* 2. §. *ex his. D. de verb. oblig.* nec sit iis permittendum vt possint reuocare donationem quam defunctus ipse si viueret reuocare non posset. Nec turbari se ait quod ante acceptationem ius dominij fuerit in re donata quæsitum alteri, quoniam id præcederet, inquit, quando ex titulo aliquo speciali esset dominium rei donatæ translatum in alterum, velut in singularem successorem vt in *l. quoties* 15. *C. de rei vind.* Decius *cons.* 226. At diuersum est vbi ante acceptationem dominium translatum fuerit in successorem donatoris vniuersalem qui saltem actione personali teneatur omnino conuentiones & donationes à defuncto factas adpro-
5 bare. Ego Didaci sententiam probo, † sed longè alio sensu, aliaque ratione quàm ipse senserit. Etsi. n. cum eo conuenio in ratione illa quod non sit permittendum heredi donatoris, vt reuocet donationẽ quam donator ipse si viueret reuocare non posset, si tamẽ quæras à Didaco, cur nolit permittendum esse donatori vt reuocet donationem, Respondebit sine dubio, quia valet stipulatio per notarium interposita pro donatario etiam absente & ignorante, quam si non valere putaret, haud dubiè cõtra donatarium nõ modò pro donatoris heredibus, qui proculdubio sunt fauorabiliores, sed etiam pro donatore ipso respõderet. Atqui nos negamus valere huiusmodi stipulationẽ, siue iuris communis regulas, siue Iustiniani constitutionẽ inspiciamus. Et tamen nolumus reuocati posse donationem, neq; à donatore, neque ab heredib. donatoris. Qua igitur ratione? Illa nimirum quod quamuis stipulatio nullius omnino sit momenti, adeò vt neque taciti pacti iure defendatur, ipsa tamen donatio valet post Iustiniani constitutionẽ in *l. si quis argentum* 35. §. *sed si quidem. C. de don.* quæ in-
6 duxit vt donatio † neque stipulationẽ hodie requirat, neque pactum, sed cõtenta sit sola testificatione voluntatis donatoris, dummodo agatur de donatione illa quæ sit inter viuos, nõ causa mortis. Ita vt cogi possit donator ad rem tradendã, non secus ac si ex stipulatione vtili esset obligatus. Proinde non magis permittendũ est donatori vt ptoprio suo facto liberet se ab actione illa cõdictitia, quã eum teneri Iustinianus voluit, quàm ei permittendũ esset vt se liberaret ab actione ex stipulatu: si per vtilem stipulatio-
nem donatio facta fuisset. Porro quo casu donator obligatus est certaque actione siue ex stipulatu siue condictitia conueniri potest ad rem tradendam, certum est eandem actionem in ipsius etiam heredem transire, nec minoris in heredem donatoris quam in donatorem ipsum potestatis esse debere. Non igitur quod præmortuus † sit donator facere debet vt eò 7
minùs possit donationem acceptare donatarius, qui nec vlla indiget acceptatione, dum ne omnino respuat ius sibi quæsitum. Neque ad rem facit quod rei
donatæ dominium † interim & medio tempore per- 8
uenerit ad heredes donatoris. Nam sicuti donatore viuo idem illud dominium erat penes ipsum donatorem, nec eo minùs tamen verum erat valere donationem, ex eaque cogi donatorem posse vt rem traderet. Ita & post donatoris mortem, licèt dominium quod fuerat donatoris ad ipsius heredes deuoluatur, non tamen bona consecutio est, si quis ex eo inferat non esse illos cogẽdos, vt eandem personalem actionem patiantur, quam defunctus ipse si viueret, pateretur. Ob hoc ipsum enim quod rei donatæ dominium habent, personalis actio in eos exercetur vt rem tradant, quam tradere possunt, inauditumque est vt dominij exceptio contra eum detur qui contendit non rem esse suam, sed aduersarium sibi eam rem dare oportere, cùm nihil aliud sit dare quàm dominium transferre. *l. vbi autem.* 75. §. *vlt. l. continuus.* 137. §. *illud. D. de verb. oblig.* Eodem namque iure fit, id est ex eadem potestate legis duodecim tabularum, vt & dominium quod fuit defuncti, & personalis actio illa condictitia ex Iustiniani constitutione quæ in defunctum competebat, in heredem trãsferatur. *l.* 1. *C. si cert. pet. leg. fin. & tot. tit. C. de hered. action.* Iam verò quod prioris sententiæ autores obijciunt ex *d. l. si ego* 9. §. *res. ff. de iur. dot.* etsi pro iis pugnare maximè videtur, alienũ tamen est à disputatione nostra. Ibi enim tractat † quidem Vlpianus de re- 9
bus donatis, sed tamẽ de donatione facta per traditionem, & de rebus traditis in dotem futuro marito ea lege, vt non priùs fierent mariti, quàm nuptiæ essent insecutæ, & ponit decessisse donatorẽ ante diem nuptiarum, & consequenter eo tempore quo pendebat adhuc donatio, cum donationis conditio penderet. Quo casu, cùm donator numquã fuisset obligatus, qui neque per stipulationem neque alio modo quicquam promiserat, nulla occurrebat quæstio de personali obligatione, quæ contra donatoris heredẽ competeret, cùm nulla vnquam contra donatorem ipsum cõpetiisset. Donatio enim quæ incipit à traditione nullã secum adfert obligationem, siquidẽ traditio, vt alibi disputauimus, dissoluendæ obligationis modus est potiùs quàm contrahendæ: Cúmque in id comparata sit vt per eam dominium transferatur. *l. traditionibus.* 20. *C. de pact. l. traditio.* 20. *D. de acq. rer. domin.* de solo dominio apud Vlpianũ quæri poterat, vtrum eueniente conditione traditionis & donationis translatum intelligeretur in donatarium, an verò esset aliquid quod eam dominij translationem impediret. Subtiliter autem non minus quàm verè, Vlpianus animaduertit non posse fieri vt euentus conditionis prosit ad transferendũ dominium in donatarium. Non quod iterum possit aut debeat tradi res iã semel tradita: Sed quia dominij translatio fieri non potest nisi ab eo qui in ipso trãslationis tẽpore dominus reperiatur. Ne alioqui euenire alteruttrum aut potius vtrũque necesse sit, vt nec transferat quis ius illud, quod nõ habet, nec vero domino ignorãti, adeoq; inuito res sua auferatur, quod vtrũque pugnat cum regulis iuris. *l. id quod nostrũ.* 11. *l. nemo plus iuris.* 54 *ff. de reg. iur.* In ea verò specie quã Vlpianus tractat dominiũ rerũ donatarũ & traditarũ, quod à donatore

traditionis

traditionis tempore non abscesserat quia donator noluerat; mortuo donatore ideo transferri non potest in donatarium, quamuis existente iam traditionis conditione, quod tum reperitur dominium esse heredis, cuius proinde voluntas exquirēda est quamuis heres sit ex causa hereditaria, & tanquam heres. Non. n. id ei nocere debet, cum nulla sit obligatio hereditaria ex qua possit ille eodem iure conueniri: Quamuis concludatur tandem eo loco nihilominùs cogendum heredem vt impleat traditionem, quam defunctus inchoauerat, fauore scilicet dotium aut potiùs mulierum, ne in tali casu indotatæ constituātur. Si tamen ea conclusio Vlpiani est, ac non Triboniani, vt superiorib. Decadib. ostendimus. At in eo casu de quo nunc agimus adest obligatio personalis, non quidem ex stipulatu quomodo vult Didacus, sed condictitia quæ contra donatorem ipsum nata ex die donationis, & contra eum quandiu vixerit exerceri potuit, & contra heredem ipsius perinde potest. Quid igitur attinet dicere dominium rei donatæ penes heredem esse, cum non contendat donatarius dominium illud ad se pertinere nulladum traditione facta, sed per traditionem à donatoris heredib. faciendam in se transferri oportere. Atq. ita respondendum est ad Vlpiani locum illum, non quo-
10 modo respondet † Didacus vbi suprà, loqui eo loco Vlpianum de donatione conditionali. Parum.n. referret an donatio conditionalis esset, an pura, si modò sic facta esset vt ex ea personalis aliqua obligatio contra donatorem & consequenter contra donatoris heredem nasceretur. Quemadmodum & è contrario fieri potest, vt donatio etiam citra stipulationem facta sit conditionalis, & tamen mortuo quoque ante conditionem donatore nihilominùs dominij translatio non impediatur, vt in specie quam Iulianus tractat in *l.2.§ si pecuniam.D. de donat.* vbi ait si pecuniam mihi Titius dederit absque vlla stipulatione, ea tamen conditione vt tunc demum mea fieret cùm Seius Consul factus esset, sine furente sive mortuo eo Seius Consulatum adeptus fuerit meam fore. Nempe quia hoc casu licèt verum sit dominium rei donatæ priùs acquisitum fuisse heredibus donatoris, quàm conditio donationis extiterit, illud tamen etiam verum est existente quandocunque conditione post mortem quoque donatoris donationem haberi pro pura, vt euenit in omnibus cæteris actibus conditionalibus fieri eos ex conditionalibus puros quotiescunque conditio existit, acsi conditionem nullam vnquam habuissent. *l. potior. 11. in fin. princip. ff. qui potior. in pign. hab. l. is cui via. 11. §. heres ff. quemadmo. serv. amit. l. & post. litem.* 12. *§. res quæ ff. fam. erc. l. si fundum sub conditione.* 81. *De legat. 1. l. si fundum.* 105. *ff. de cond. & demonstr.* Atqui si donatio fuisset ab initio pura nunquam dominium rei donatæ fuisset heredum donatoris. Ergo neque videri debet vnquam fuisse cùm extitit conditio donationis, licet reuera fuerit antequam conditio existeret. Ac proinde ridicula est distinctio illa Didaci, An pura fuerit donatio an conditionalis, cum nihil prorsus interfit postquam extitit cōditio. Quod cum ita sit illud potius mirandum est cur in specie dicti
11 *§. si res l. si ergo de iur. dot.* nihil prosit ei cui traditæ res fuerant, ita vt eius fierent secutis nuptiis, quod secutæ sint nuptiæ post mortem donatoris, cùm perinde videatur hoc casu donatio & traditio pure facta esse, conditione nuptiarum quandocunque existente. Sed est quod respondeatur, factam in ea specie fuisse donationem & traditionem sub ea conditione, quæ non simpliciter conditio esset; sed quæ præterea diem haberet. Id enim est quod Vlpianus *ait quia pendet donatio in diem nuptiarū*, qui dies nup-

tiarum quamuis incertus sit antequam veneritl posteaquàm tamen venit, ita certus fit vt ad præteritum tempus retrotrahi non possit nec fundus videri factus dotalis ab initio & ex die traditionis, quandoquidem neque potuit effici dotalis ante cōtractas nuptias, quippe sine quibus dos esse non potest *l.3 ff. eod. tit.* neque nuptiæ dici contractæ ex eo
12 die quo traditus fundus fuit. Itaque inter speciem † Iuliani & inter speciem Vlpiani diuersitas illa est, quòd apud Iulianum res fuerat donata simpliciter vt fieret donatarij quamuis non nisi sub conditione. Vt apud Vlpianum fuerat tradita & donata vt dotalis fieret, atque ita non nisi ex eo tempore quo nuptiæ re ipsa secutæ essent. Commodè autem Iulianus in dicta *leg. 2. §. sed si quis eod. tit. de donat.* aliam speciem subiungit à prioribus illis duabus differentem. Si quis mihi donaturus pecuniam dederit alicui vt ad me perferret & ante mortuus erit donator quàm ad me pecuniam ille pertulerit qui acceperat, ait non fieri pecuniam dominij mei. Quia nimirum hoc casu translatio dominij facta in me videri non potest priusquam ego acceperim, nec tùm rursus cùm accipio, quia iam non est à quo transferatur. Verùm ista omnia ad eas donationes pertinent quæ fiunt per traditionem, non etiam ad eas quæ per stipulationem. Obidque addidit Iulianus in *d. §. si pecuniam* verba illa, *absque vlla stipulatione* non aliam ob causam nisi quòd interueniente stipulatione frustra quæreretur an dominij trāslatio facta esset viuo donatore, necne, quoniam quæ ab eo viuo facta nō esset eam ab ipsius defuncti heredibus per traditionem vi stipulationis extortam fieri oporteret Sicuti tamen Iulianus supradictis verbis de ea stipulatione sensit quæ per donatarium ipsum interposita esset, ita si cum interpretibus de ea stipulatione loquamur; quam notatius pro absente & ignorante interposuerit non malè videbitur posse comparari donatio per talem stipulationē facta, cum donatio facta per traditionē interposita persona alterius qui ad donatarium rem perferret quasi per mediam notarij personam stipulatio tandem ad donatarium cui donatio acquiritur perferatur. Sed non ita est: Stipulationem enim ab initio vel valere necesse est vel non valere. Si ab initio valuit, certum est non posse irritam eam fieri ex promissoris morte ante donatarij acceptationem superueniente. Si ab initio non valuit nulla ratio est vt per donatarij acceptationē cōualescat, siue fiat ea acceptatio viuo adhuc siue iam mortuo donatore. Media verò illa sententia quam Didacus inducit vt donatio etiam ante acceptationem omnino perfecta sit quod ad donatorem, & tamen nullum interim ius ex ea donatario acquiratur, nulla prorsus ratione probabilis est. Neque enim fieri potest vt donatio perfecta sit quod ad donatorem, quia donator vtiliter obligatus reperiatur, nec rursus vt sit ille vtiliter obligatus, quin ea obligatio sit donatario acquisita. Nec contrarium vllo modo probatur iis iuris locis quos pro se Didacus adducit vt videre cuilibet obuium est.

ERROR V.

De donatione collata in absentem donatarium, qui postea decesserit viuo donatore ante ratihabitionem.

SVMMARIA.

1 *An donatio collata in absentē donatariū qui postea de-*

cesserit vivo donatore ante ratihabitionem, possit à donatarij herede ratihabitionem acceptari.

2 *Opinio negans.*

3 *Opinio affirmantium.*

4 *Sententia autoris.*

5 *Heres donatarij absentis potest per ratihabitionem sibi acquirere possessionem, quam quis in defunctum transferre voluit per clausulam constituti, contra interpretes.*

6 *Quanis fermè notariorum stipulatio heredum personas ex utraque parte comprehendit.*

7 *Vtrum clausula constituti transeat in heredem remissinè.*

8 *Duo facit qui constituit se alieno nomine possidere.*

9 *Amittitur possessio solo animo, licet nemo sit cui acquiratur: quod in dominio secus est.*

10 *Ex actu etiam inutili animus declaratur.*

11 *Traditio nihil aliud est, quàm datio possessionis.*

12 *An & qua actio competat heredi donatarij in quæstione num. 1. proposita.*

EST etiam hæc quæstio sicut superior de donatione in absentem collata notario stipulante, sed in hoc dissimilis à superiore, quod in illa posuimus defunctum donatorem, in ista ponimus
1 mortuum † donatarium ante acceptationem relicto tamen herede, & quærimus an possit heres ratam habere donationem, eámque acceptare vt nostri loquuntur. Sunt autem in hac quoque quæstione in-
2 terpretum sententiæ. Prima contra † donatarij heredes non posse illos donationem ratam habere, nec si facta sit cum clausula constituti. Quam opinionem tuetur *Andr. Tiraq. in trâct. de constituto limit. 30. num. 73. & 74. & Anton. Rub. in l. non solùm §. morte. ff.*
3 *de oper. non. nunciat.* Altera pro heredibus † donatarij, quam induxit Didacus *dict. part. 3. Rubric. De testam. num. 13. ad fi. vers. hinc etiam diffiniri.* non quidem hoc sensu, quasi possit ea ratihabitio heredum donatarij facere, vt vel dominium vel possessio iis acquiratur, sed hactenus vt donatio valeat, nec revocari possit à donante, vtque actio vtilis sine cessione donatario quæratur. Nam in re, inquit, quæ ad heredes pertinet, potest etiam heres ratum habere, quod actum fuerit nomine defuncti. *l. si fine 22. §. si procuratori alias §. Iulianus. ff. rem rat. haber.* Cæterum nec Didacus ipse negat neque dominium neque possessionem acquiri posse donatario per huiusmodi ratihabitionem. Non possessionem, inquit, quia heres non potest quod ad possessionem ratificare factum defuncti nomine, quamuis eo viuente id actum fuerit. *ex l. 3. §. acquirere ff. de bonorum possess. l. si is cui septima. & l penultim. ff. rat. rem haber.* Non dominium, quippe quod non nisi per possessionem præcedentem acquiritur. *l. per procuratorem. octau. C. de acquir. possess.* In eóque omnes conueniunt. Puto ego quæ-
4 stionem † esse otiosam, frustráque disputari de ratihabitione stipulationis quæ ipso iure nullius sit momenti, si in ea nihil nisi notarij factum iurisq. communis rationem intuearis. Prius enim esse aliquid necesse est quod ratum haberi possit, quàm vt de ratihabitione tractetur. *d. l. si fine vers. quòd si procurator per iudicem. D. rat. rem. haber.* in illis verbis *vel quia nulla res esset quam dominus ratam habere posset.* Ipsam tamen donationē non nego valere etiam inutili stipulatione existente, si de donatione inter viuos agamus non de donatione causa mortis, Scilicet propter eam Iustiniani constitutionem de qua tam sæpe iam verba fecimus *in l. si quis argentum. trigesimaquinta. §. sed si quidem. C. de donation.* quæ facit vt valeat donatio inter viuos etiam citra stipulationem & traditionem. Sed cùm hactenus valeat, vt ex eiusmodi donatione per quamcumque voluntatis testificationē facta nasci Iustinianus voluerit actionem condictitiam, nec minùs in fauorem heredum donatarij quam in fauorem ipsius, vt contra, non minùs aduersus heredes donatoris, quam aduersus ipsum donatorem, vt verba constitutionis ostendunt: quid obsecro necesse est ratam haberi donationem à donatarij herede aut se tantopere torquere vt sciatur an ea ratihabitio per donatarij heredem fieri possit, cùm ita ius sit vt citra ratihabitionem ea actio perindæ competat & donatario & eius heredi? Itaque cùm ratihabitio illa etiam iuxta Didaci sententiam non possit prodesse donatarij hereditatem habenti quod ad acquirendum ei commodum siue dominij siue possessionis, sed tantum ad effectum personalis actionis, consequens est vt inutilis futura sit etiamsi permittatur. Quod verò iidem omnes vno ore probare volunt possessionem, † quam quis 5
in defunctum transferre voluerit per clausulam constituti non posse acquiri heredi per ratihabitionem ex *d. l. 3. §. acquirere D. de bonor. poss. d. l. si is cui 7. & d. l. pen. D. rat. rem haber.* nullo ex iis locis probatur: in quibus omnibus agitur de iure bonorum possessionis, quæ ad instar & exemplum hereditatis est (quæque nomen est iuris prætorij, sicut hereditas nomen iuris ciuilis *l. 1. 2. & 3. D. de bon. poss.* non de illa possessione de qua nunc agimus quæ licet plurimum ex iure mutuetur tamen facti est, *l. possessio. 49. in princip. & §. 1. iunct. l. 2. §. si vir vxori. D. de acquir. poss. l. denique 19. D. ex quib. caus. maior.* Ius bonorum possessionis agnoscendæ non transit in heredem vt nec ius hereditatis adeundæ propter eā rationē de qua alibi scripsimus. Sed ius possessionis corporalis adprehendendæ, quam defunctus habuit, transit proculdubio in heredem, licet possessio ipsa corporalis non transeat priùs quàm sit adprehensa *l. cùm heredes. 23. D. de acq. poss.* Et quamuis possessio corporalis ea sit quam defunctus nunquam habuerit, vt in casu nostro, si tamen ius habuit eius nanciscendæ ex aliquo contractu, quid ni ius idem habebit heres in quem transit etiam contractus? Aut cur difficilius permitteretur heredi ratum habere defuncti contractum ratione possessionis, quam ratione dominij? Possessio enim licet facti sit postquàm quæsita est, ius tamen eius acquirendæ antequàm sit acquisita, non potest esse iuris, ideoque fieri nequit vti ne cum cæteris iuribus omnibus in heredem transferatur. Fateor esse hoc singulare in possessione, vt extra causam peculiarem non acquiratur ignoranti, quoniam & animo & corpore opus est vt incipiat quis possidere *l. quemadmodum 8. l. peregre. 44. §. quæsitum & seq. D. eod.* animus autem ignorantis nullus esse potest. Ideóque non pego ex donatione facta per stipulationem notarij, quamuis adiecta clausula constituti, non posse acquiri possessionem ante ratihabitionem, non solùm si mecum sentias talem stipulationem non valere, sed & si cum interpretibus defendas valere, quia quod stipulatio valeret, facere tantùm posset vt ignoranti posset acquiri actio quæ tota est iuris, non etiam possessio, quæ facti est & animi. Verùm hoc contendo sicut heres ius habet ratum habendi contractum defuncti, ad acquirendam sibi actionem secundum interpretes (nam secundum nos nulla hic opus est ratihabitione) ita nihil prohibere quominùs possit eum contractum ratum habere ad hoc etiam, vt acquirat sibi possessionem, quam donator transferre voluit in donatarium per clausulam constituti, perinde atque posset eam sibi acquirere donatarius si viueret,

Digitized by Google

viueret, cùm ſit ea pars & conſequentia contractus, qui non poteſt ad heredem tranſmitti. Niſi fortè velit quis dicere donatorem qui conſtituit ſe poſſidere nomine donatarij, id tantùm egiſſe vt donatariũ ipſum faceret poſſeſſorem, non etiam vt heredem eius, cuius nullam omninò fecerit mentionem. Sed
6 præter id quod vix vllam notarij † ſtipulationem reperias, ſiue pro præſente ſiue pro abſente & ignorãte facta ſit, quæ non heredum quoque perſonas ex vtraque parte comprehendat. illud etiam conſtat heredis perſonam tùm quoque cum expreſſim adiecta non eſt, tamen pro adiecta eſſe habendam ex veriſimili voluntate omnium eorum qui vel ſtipulantur vel quoquomodo paciſcuntur *l. ſi pactum 9. ff. de probat.* inciditque hæc quæſtio in illam Vtrum
7 † clauſula conſtituti tranſeat in heredem, ſine ex parte illius qui conſtituit, ſiue ex parte eius cui conſtituitur, De qua dicendum nobis erit fuſiùs, cùm tractabimus De poſſeſſione. Illud nunc monuiſſe
8 ſufficiat, eum qui conſtituit † ſe alieno nomine poſſidere duo facere, quorum primum eſt vt deſinat poſſidere: alterum vt poſſeſſorem faciat eum in cuius vtilitatem conſtituit. Poſteriùs non fit ignorante illo de quo poſſeſſore faciendo cogitatur: ſed priùs fit omnimodo, id eſt etiamſi contractus non valeat, aut ſi ponamus valere, etiamſi conſtitutum ignoret is quem vetus poſſeſſor voluit facere poſſeſſorem.
9 Amittitur enim poſſeſſio ſolo animo, † licèt nemo ſit cui acquiratur *l. 1. §. in amittenda ff. de acquir. poſſ.* quod in dominio ſecus eſt *l. ſi quis vi 17. §. differentia & l ſeq. eod.* Itaque quamuis admitteremus eum qui conſtituit ſe poſſidere nomine donatarij ſolius, non etiam heredum ipſius, non alium quàm donatariũ poſſeſſorem facere voluiſſe, non tamen ex eo ſequeretur poſſeſſorem illum ex die conſtituti, etiam in inutili contractu appoſiti eſſe non deſiiſſe: quo admiſſo, nec ſanè quicquam impedit, quominus eo quoque inuito donatarij heres ratum habendo contractum defuncti nomine geſtum poſſeſſionem adprehendat, ſi non tanquam vacantem, & quæ ſit nullius: id eſt non ex vi clauſulæ conſtituti, ſed per occupationem & adprehenſionem, cui amiſſio poſſeſſionis ex parte conſtituentis cauſam dedit. Sed tamen non facit ea res vt ratihabitio ſit neceſſaria, neque vt neceſſe ſit dicere contractum valere, in quo appoſita ſit clauſula conſtituti, cùm dici ſoleat, quod
10 & verum eſt, ex actu etiam inutili † animum declarari *l. vltim. ff. de reb. eor. qui ſub tutel. l. licèt transferam. 20. l. legatum 24. in fi. ff. de adim. legat.* Nec ſanè indiget actione ex contractu, donatarij heres, cui competit actio condititia ex lege Iuſtiniani. Immò ſi verum amamus neque condititia illa hoc caſu neceſſaria eſt, adeóque nec locum habere poteſt. Ad quid enim competit aduerſus donatorẽ, niſi ad hoc vt ille rem quam donauit cogatur tradere, vt Iuſtinianus loquitur? At nihil iam habet quod poſſit tradere donator qui per clauſulam conſtituti deſiit poſ-
11 ſidere, quandoquidem traditio † nihil aliud eſt, quam dario poſſeſſionis *l. 3. ff. de action. empt.* Ergo neque
12 condititia † eum conueniri poſſe fatendum eſt. Ex ſtipulatione verò notarij, etiamſi valeret, multo minùs, quia nec ad aliud poſſet competere quàm vt donator ad ſe donatam rem tradere cogeretur. Quod non ſatis videtur animaduerſum à Didaco cùm ſcripſit hanc ratihabitionem poſſe donatarij heredibus prodeſſe non vt fiant domini vel poſſeſſores rei donatæ, ſed vt actionem vtilem ſibi acquirant ſine ceſſione. Quid enim vtilitatis poteſt habere illa actio, per quam donatarij heredes neque poſſeſſionem acquirere ſibi poſſunt ab eo, qui per conſtitutum poſſeſſor eſſe deſiit, neque dominium ſine poſſeſſione, vt & Didacus ipſe fatetur? Debuit igitur ille dicere non cum cæteris interpretibus, non poſſe hanc notarij ſtipulationem ratam haberi ab heredibus donatarij, neque contra cæteros poſſe ideo ratã haberi vt ex ea ſibi acquirant actionem ſine ceſſione, ſed poſſe ratam haberi vt ex ea commodum hoc ſentiant, vti poſſeſſio rei donatæ, quam propria autoritate tanquam vacantem occupauerint, non poſſit iis aufferri, neque à donatore ipſo, neque ab alio quolibet, quaſi nullo iure poſſideant, qui poſſident ex donatione, vt quibus daremus actionem ſi non poſſiderent, iiſdem poſſidentibus multò magis demus exceptionem & retentionem contra ipſum etiam donatorẽ, ſi rem donatam vindicare velit, quod ſummo quidem iure facere poteſt, quippe qui retinuerit amiſſa etiam poſſeſſione dominiũ quod ex contractu transferre citra traditionem nec potuit nec voluit. Sed repellendus eſt per exceptionem doli mali, petens id quod ſi haberet ſtatim reddere & tradere cogendus eſſet vulg. *l. dolo facit. §. D. de doli excep.* Quid ergo ſi neque donatarij hæres poſſideat? Non poteſt ea res dare ipſi actionem neque contra donatorem qui non poſſidet, neque contra extraneum poſſidentem qui non contraxit. Aliam enim actionẽ cõtra extraneũ habere nõ poſſet quam vindicationem, cùmque vel dominij vel pignoris. Porrò dominij vindicationem habere nõ poteſt, qui nunquam factus fuit dominus, at ne quidem poſſeſſor. Vindicationem verò pignoris multò minus, cum non ponamus fuiſſe obligatam ei rem donatam: quæ ſi obligata proponeretur, aliud procul dubio reſpondendum eſſet. Ita fit vt clauſula conſtituti appoſita in fauorem donatarij, non ſolùm ei non proſit propter ipſius ignorantiam, neque ipſius heredibus, deficiente in eam rem donatoris voluntate, ſed è contrario noceat, impediatque & condititiam actionem, quam alioqui Iuſtinianus daret contra donatorem ſi idem eſſet poſſeſſor, & actionem illam ex ſtipulatu, quam volunt interpretes donatario acquiri ſine ceſſione: Nec tamen impediat donationem, reique ex donatione retinendæ facultatem, ſi qua ratione poterit donatarius eiuſve heres poſſeſſionem rei donatæ nanciſci aliter quàm per eiuſmodi clauſulam conſtituti. Nam vt donatio valeat ſufficit obligatum eſſe donatorem vt tradat ſi quando habebit quod tradere poſſit, vel vt non poſſit petere quod alioqui poſſet. At vt non impediatur actio neceſſe eſt aliquid penes donatorem ſupereſſe propter quod neceſſarium vel vtile eſſe poſſit contra eum inſtitui actionem. Atqui cùm amiſit poſſeſſionem per clauſulam conſtituti, etſi nihilominus dominium penes ſe retinet, non magis tamen eo nomine conueniri poteſt vt illud tranſferat, quàm ſi nullum haberet cùm dominium transferre non poſſit niſi per mediam poſſeſſionem quam tamen amplius nullam habet.

ERROR VI.

De donatione cauſa mortis facta alicui & heredibus eius.

SVMMARIA.

1 *An donatio qua mortis cauſa facta dicitur Titio & eius heredibus cenſenda ſit mortis cauſa donatio, an verò inter vinos.*
2 *Qui inter vinos donationem eſſe cenſeant.*
3 *Qui verò cauſa mortis.*
5 *Autoris ſententia.*

DE hac donationis ſpecie, † quæ mortis quidem cauſa facta ſit alicui, ſed adiecta quoque heredum mentione, puta Titio & hæredibus eius, diſputant noſtri, vtrum mortis cauſa donatio cenſenda ſit inter viuos. Etſi enim ſi figuram verborum quibus concepta donatio eſt inſpiciamus, non poteſt dubitari quin mortis cauſa donatio ſit, cùm donator ſe mortis cauſa donare dixerit, alienum tamen videtur à natura donationis cauſa mortis vt præmortuo donatario id eſt ante donatorem defuncto tranſmittatur illa in donatarij heredem. Ideóque magis communiter probatum eſt cenſendam eſſe hanc † donationem inter viuos, quod primus ſenſit Bald. ad *l. 2. Cod. de iur. dot.* & poſt eum Alex. *conſil. 14. vol. 1. num. 12. Boer. deciſ. 353. num. 12. & alij quos refert Didac. in d. part. 3. rubric. de teſtam. num. 25. verſic. erit & alius caſus.* vbi addit horum opinionem in praxi frequentiſſimo authorum conſenſu potiùs obtinere quàm contrariam † quæ fuit eiuſdem Baldi à ſeipſo, vt plerumque ſolet, diſſentientis conſil. 391. *vol. 3. Alciat. in l. non omnis. 19. col. 3. D. de reb. credit. & Decij conſ. 479. col. pen.* quibus locis defendunt iſti eſſe hanc donationem cauſa mortis, & vt ad ſententiæ contrariæ obiectionem reſpondeant, ſic donationem interpretantur, acſi adiectio heredum hunc ſenſum haberet vt præmoriente donatore cõpeteret donatio non tantùm donatario, verum etiam heredibus ipſius. Quæ † interpretatio etſi longè tollerabilior eſt quàm illa quæ donationem verbis expreſſis cauſa mortis factam detorquet ac transformat in donationem inter viuos: eſt tamen & ipſa improbabilis ex qua parte nimis reſtringit & verba donationis, & voluntatem donatoris cùm non aliter admittit heredes donatarij, quàm ſi donator ante donatarium deceſſerit. Habent enim verba illa, *Dono Titio & heredibus eius* neſcio quid amplius pro heredibus donatarij, vt poſſint admitti ad donationem etiamſi Titius viuo donatore defunctus ſit: Nec quicquam cauſæ video cur is ſenſus fugiendus credatur, eo ſolo prætextu quod mortis cauſa donatio ſoleat ipſo iure reuocari cùm moritur donatarius ante donatorem. *l. ſi alienam. 13. §. 1. l. ſi mortis. 29. in fin. l. Senatus 35. §. mortis cauſa. D. de mort. cauſ. donat.* Sicut & de donationibus inter virum & vxorem ſcriptum eſt in *l. etiamſi. 6. l. à marito. 18. C. de donat. inter virum & vxorem.* Etſi enim id verum eſt, tunc tamen obtinet, cum non aliter dictum fuit in lege donationis: Eſt namque illud etiam verum, poſſe mortis cauſa donationem ſic fieri, vt non reuocetur, etiamſi donatarium præmori contingat, dummodo aliquis caſus alius ſuperſit, quo reuocari poſſit, puta vel ex donatoris pœnitentia, vel ex ipſius conualeſcentia: quemadmodum ex diuerſo poteſt ſic donari cauſa mortis, vt neque ex pœnitentia, neque ex conualeſcentia reuocetur donatio, dummodo ſit reuocabilis alio illo caſu, quo donatarius ante donatorem decedat. Non enim de eſſentia eſt donationis cauſa mortis, vt certo aliquo modo ſit reuocabilis ſed tantùm vt non ſit nullo caſu reuocabilis, vt conſtat ex legibus ſupradictis. iunct. *l. vbi ita donatur. 27. eod. tit. De mort. cauſ. don.* Atqui ſic facta donatione *Dono mortis cauſa Titio & heredibus eius.* etſi donationem ſic interpretere, vt præmortuo quoque Titio ad eius tamen heredes donatio pertinere debeat, non ideirco ſit irreuocabilis donatio, vt proinde neceſſe ſit dicere transformatam eam in donationem inter vinos, cùm ſuperſint multi caſus, quib. & reuocabilis maneat & reuocetur, ſiue quòd ipſos quoque Titij heredes contingat ante decedere, ſiue quod velit donator voluntatem mutare, aut quod à periculo illo mortis fuerat liberatus, quod cauſam dederat donationi. Quorum omnium tamen dici nihil poſſet ſi donatio hæc inter viuos facta cenſeretur. Ex quo apparet quàm abſurda ſit ea prior ſententia quam pragmatici noſtri vt veriſſimam ob id quod peſſima & falſiſſima eſt ſequuntur. Quid. n. abſurdius, quàm quod quis donauit reuocabiliter, habere pro irreuocabiliter donato, & reuocandæ donationis libertatem omnem eripere donatori qui eam ſibi apertiſſimè ſaluam exceptam eſſe voluit cùm ſe mortis cauſa donare dixit? Etſi enim ſic donationem intelligas quomodo intelligi volumus vt præmortuo quoque Titio conſiſtat in perſona heredum Titij, quib. non minùs quàm ipſi Titio donatum fuit, dicet tamen donator malle ſe hanc interpretationem, quæ non faciat quin cæteris caſib. donatio ſit reuocabilis, quàm ſi hoc prætextu facias donationem omni caſu irreuocabilem. Ipſius namque intereſt, ſi ſit illa irreuocabilis aliquo caſu, vt tamen cæteris caſibus reuocabilis maneat, in eóque retineat naturam donationis cauſa mortis, cuius & nomen habet. Nec poteſt nobis obiici, ſecundùm hanc noſtram interpretationem fieri, vt coniunctio pro diſiunctione accipiatur, quaſi nihi referat an ita vt iam diximus concepta donatio ſit, an verò hoc modo, *Dono mortis cauſa Titio, aut heredibus eius*: quo caſu minorem ſanè dubitationem res haberet, quin heredes Titij viderentur in hac donatione ſubſtituti Titio in caſum vulgatem, cùm diſiunctio ponitur inter eos, inter quos ordo aliquis neceſſariò ſeruandus eſt, vt in hac ſpecie, quia numquam fieri poteſt, vt quis cum heredib. ſuis concurrat, ſiquidem implicat contradictionem, vt quis ſit viuus, qualem eſſe neceſſe eſt vt poſſit concurrere, & præterea vt idem ille eodem tempore habeat heredem. Indéque nimirum oſtenditur inter duos gradus eſſe *l. cùm in teſta. 37. D. de here. inſt.* duo autem gradus fieri non poſſunt per ſyllabam & cuius eſt coniungere non ſeparare. *l. ſi ita quis. 76. e. tit.* Nam reſpondeo non eſſe nouum vt cõiuncta pro diſiunctis accipiantur, aut contrà, quoties alioquin abſurdi quidpiam ſequeretur. *l. ſæpe. 54. de verb. ſigni.* De quo ſcripſimus li. 18. Coniect. ca. ad l. *Lucius. 89. e. tit. de here. inſt.* Hic autem ſi coniunctio pro diſiunctione non ſumeretur, abſurdum illud ſequeretur, vt Titius alioquo caſu, vel tempore ſimul cum ſuis heredib. admitteretur. Nam ſi dicas quod verum eſt poſſe ſyllabam & retinere vim & poteſtatem coniunctionis ad perſonas quidem coniungendas, ſed ita tamen vt tempora remaneant diſtincta, fatebor id quidem, ſed erit hoc in effectu illud ipſum quod volo, videri donationem collatam in heredes Titij, vt poſt Titium admittantur, tanquã diſiunctim vocati, & ſub ea veluti conditione, ſi Titius ipſe priùs moreretur, quàm admitteretur. Nam eo caſu quo Titius iam fuiſſet admiſſus, quidni ſuccederét in re donata, ſicut & in cæteris bonis donatarij, cùm rem donatã in ipſius hereditate reperirent? aut quid egerent donatione? niſi fortaſſe vt viderentur per fideicómiſſum ſubſtituti ei cuius heredes eſſent ad hoc vt inuito ipſo cõſequerentur hanc rem donatã, cuius tamen cõſequendæ ius nullũ haberent niſi tanquã heredes? At hoc certè eſſet ridiculũ, implicarétque cõtradictionem. Supereſt igitur vt & poſt Titij mortẽ admittantur, & in eum caſum quo Titius ipſe nunquã admiſſus ſit, ne ſi aliter interpretemur ſuperuacua heredũ adiectio relinquatur. Ita autem facta interpretatione apparet, donationẽ eo quo diximus modo factam, nihil aliud eſſe quam donationem cauſa mortis factam Titio cum vulgari ſubſtitutione in fauorem heredum eius. Neque enim quiſquam dubitat quin poſſit vulgaris ſubſtitutio

fieri

fieri in donationibus cauſa mortis, perinde atque in hereditatibus, & in legatis ac fideicommiſſis. *l. vt heredibus 50. de leg. 2.* Quòd cùm ſit tam vulgare vt nihil ſit vulgarius, mirot in tanta opinionum diuerſitate nemini ex interpretib. noſtris vulgaribus, in mentẽ veniſſe vt diceret id quod oportuit: Exemplo præſertim eorum, quæ iidem noſtri tractant ad *l. Gallus 29. §. quidam rectè. de liber. & poſt.* de inſtitutione & ſubſtitutione facta *Titij & liberorum*, aut *heredum eius*, Volunt. n. liberos Titij non intelligi vocatos niſi ordine ſucceſſiuo, & in caſum vulgarem. Quamquam cum aliquot diſtinctionibus quæ quales & an veræ ſint alio loco diſputandum erit. Sed & conſtat vſumfructum ipſum cui naturale eſt vt fructuarij morte finiatur, repetitum tamen intelligi quoties legatur Titio & heredibus eius *l. repeti. 5. ff. quib. mod. vſusfr. amitt.* Quidni ergo ſimiliter dicere liceat repetitam eſſe duplicémque videri factã mortis cauſa donationem, quæ facta ſit Titio & eius heredibus? Vnam quæ collata ſit in perſonam Titij, aliam quæ in heredes ipſius, ſi Titium ante donatorem mori contingeret.

ERROR VII.

De donatione ſic facta vt poſt certum tempus vel poſt mortem donatarij res donata reſtituatur alteri tum abſenti pro quo nemo fuerit ſtipulatus.

SVMMARIA.

1 *Donatio non poteſt fieri vt poſt mortẽ donatarij vel poſt certum tẽpus id quod donatũ eſt alteri reſtituatur.*
2 *Si donatarius non pareat legi donationis quam agnouit, tenetur donatori actione condictitia.*
3 *Imò & vtili actione tenetur illi cui donator rem donatam reſtitui voluit.*
4 *Qualis ſit & quatenus competat actio illa de qua num. 3. multiplices interpretum ſententiæ.*
5 *De propoſita quæſtione auctoris ſententia.*
6 *Didaci lapſus.*
7 *Expenitur l. cùm maritus. 29. §. vlt. D. de pact. dotal. refutatis Didaci & aliorum gloſſis.*

1 NOn eſt qui dubitet poſſe ſic fieri donationem vt † poſt mortem donatarij vel poſt certum tempus id quod donatum eſt alteri reſtituatur. Certum enim eſt licere cuilibet rem ſuam tradenti, præſertim ex cauſa donationis, quam velit legem rei ſuæ dicere, vt ex ea donatarius obligetur *l. in traditionibus 48. D. de pact. l. vl. Co. de pact. int. empt. & vend. l. donatio 25. C. de don. & apertius in 1. 2. & 3. C. de don. quæ ſub modo.* Neque turſus quiſquam du-
2 bitat quod omnino conſequens eſt ſi donatarius † non pareat legi donationis quam agnouit, teneri eũ donatori actione condictitia, per quam liceat donatori rem illam quam per donationem alienauerat condicere & auocare. *l. 2. & 3. l. dict. 8. C. de condict. ex leg.* Nam vt ſuo loco diſputauimus ex donatione quidem quatenus donatio eſt, nulla competere actio poteſt, neque donatori contra donatarium, neque donatario contra donatorem, quia neque obligatio vlla neque contractus eſt: At cùm facta eſt certa lege, quia tunc negotium & obligationem cõtiner, actionem quoque parit etiam donatori aduerſus donatarium, nec tantùm cõdictionem, de qua in ſupradictis legibus, ſed etiam præſcriptis verbis. *l. rebus. 6 & l. vlt. ff. de rer. permut. l. legem. 9. l. cùm res. 22. C. de don. l. he-*
reditatem. 28. ff. eo. De illo quoque dubitari non poteſt quin ei † cui donator voluit rem donatam reſtitui, quamuis tum abſenti & ignoranti competat actio aduerſus donatarium, non quidem directa ſed vtilis. Id enim aperte ſcriptum eſt in *d. l. 3. C. de donat. quæ ſub mod.* Sed quænam actio illa ſit & an ex iuris ratione competat ſiue notario, ſiue donator ipſe, ſiue alius extraneus quilibet pro abſente ſtipulatus proponatur, ſiue nemo, & an donatori liceat pœnitere, ſiue conſentiente, ſiue etiam reluctante primo donatario, & ſiue ante, ſiue poſt factam à donatario reſtitutionem, ſiue denique aliqua ſtipulatio ſiue nulla pro abſente interpoſita ſit: hæc verò ſunt de quibus omnibus magna contentione iuris noſtri interpretes & veteres & recentiores altercantur. Sunt
4 † enim qui putent actionem illam non tantùm perſonalem actionem eſſe, ſed etiam vindicationem vtilem, quod ex veteribus expreſſim ſenſit Specul. in tit. de emphyt. quæſtione ſeptuageſima, & ex recentioribus Decius conſ. 249. *num. 8. & in l. traditionibus n. 14. C. de pact. Rip. lib. 3. reſponſ. cap. 1.* Alij negant poſſe realem competere quod mordicus contra ſupradictos defendit Didac. *l. 1. var. reſolut. cap. 14. nu. 3.* Sunt qui dicant eam actionem competere iure ſingulari fauore donationis, quæ cùm ſit liberalitas, dignior videtur cui hac parte faueatur. Alij volunt fieri hoc ex ratione iuris communis. Ratione illa generali, quod ex contractibus qui re contrahuntur (in quo numero ponunt donationem quoties incipit à traditione) alteri per alterum obligatio acquiratur, ex *l. ea quæ ciuiliter 52. D. de acquirend. rerum dominio.* quam vtramque ſententiam refert & probat Didac. d. cap 14. num. 2. Sunt qui requirant notarij vel donatoris ſtipulationem pro abſente, non ad hoc vt actio vtilis ei acquiratur, ſed vt acquiratur irreuocabiliter, ne ad inducendam acquiſitionem illam irreuocabilem alioqui neceſſaria ſit ratihabitio aut acceptatio per abſentem facienda, quod idem Didacus ſupradicto loco concludere videtur n. 11. & decimotertio verſic. ſecundo loco. Alij neque ſtipulationem vllam neque ratihabitionem aut acceptationem vllam exigunt, quaſi ſolo pacto in donatione appoſito ius abſenti acquiratur non tantùm vtiliter ſed etiam irreuocabiliter, quod ſenſiſſe videntur illi qui defendunt non poſſe donatorem pœnitere contra Bartolum in *l. qui Romæ 122. §. Flauius D. de verb. obligat.* quos refert Didacus vbi ſuprà n. 7. verſicul. tertiò ad idem facit in fin. Alij denique volunt licere donatori pœnitere ſi donatarius prior conſentiat, non etiam illo inuito, vt quod vnanimi eorum conſenſu diſſoluatur: Alij cum Bart. in *d. §. Flauius.* magis probant vt indiſtinctè pœnitentia hîc locum habeat vt in cæteris contractibus innominatis, quæ præcipua Bartoli ratio eſt ex *l. 3. §. 1. l. ſi pecuniã 5. in prin. D. de condict. cauſ. dat. l. Ariſto 18. D. de donat.* quod Didacus ex cõmuni aliorum ſentẽtia impugnat vbi ſuprà n. 9. Alij denique diſtinguunt an acceptatio vel ratihabitio aliqua ſubſecuta ſit vel an ſtipulatio interuenerit ſiue à notario interpoſita ſiue à donatore ipſo non etiam ſi ab extraneo (hanc enim fatẽtur omnes cùm ſit inutilis, nullũ omnino effectum habere poſſe, Didacus ibid. nu 13. verſicul. tertiò eſt conſiderandum) itemque an tempus præterierit, intra quod lex donationi dicta impleri debuit: Vt his omnibus caſibus intelligatur ius irreuocabiliter quæſitum abſenti, non etiã ſi nihil horum concurrat. Alij deniq; fatentur quidem interueniente acceptatione vel ratihabitione vel ſtipulatione irreuocabilem eſſe acquiſitionem in fauorẽ tertij abſentis ſed non ſimiliter ex ſolo lapſu temporis, quouſq; res illi tertio tradita ſit, vt contra Alexãd. Socin Decium, Iaſo-

nem & alios concludit Didacus d. num. 13. verſic. principaliter & verſic. quamobrem. ſubiiciens n. 14. exceptionem vnam. Niſi talis caſus ſit in quo poſſit transferri dominium ſine traditione, vt puta ſi eccleſia illa ſit cui rem donatam reſtituere donatarius debuerit, poſtquam placuit Iuſtiniano in *l. vlt. C. de ſacroſ. eccleſ.* tranſire dominium in eccleſiam ipſo iure abſque traditione. Non poſſum † ego facere quin mirer tot interpretum & contentiones & diſtinctiones quæ vereor ne ex magna iuris non valde obſcuri ignoratione proficiſcantur. Si enim iuris rationem inſpiciamus & ea quæ in præcedentibus diſputauimus, neque donatoris neque notarij magis quàm extranei cuiuſlibet ſtipulatio aut abſentis illius tertij acceptatio ſiue ratihabitio neceſſaria vel vtilis eſſe poteſt ad faciendum vt ex lege donationis abſenti ius quæſitũ adeoque irreuocabiliter fuiſſe videatur. Neceſſe igitur eſt vt citra vllam ſiue ratihabitionem ſiue acceptationem ſiue ſtipulationem & ſola poteſtate legis ac conſtitutionis de qua in *d.l. 3. C. de don. quæ ſub mod.* actio illa abſenti donatario irreuocabiliter acquiratur, vel vt nunquam nulloque caſu ſit irreuocabilis. Nam poſt traditionem factam non iam actio eſt, ſed ipſa res acquiſita, & ſi verum eſt, quod fatentur omnes, non ſolùm ante traditionem illam ſed & ante acceptationem acquirfactionem abſenti & ignoranti, iidem etiam fateantur neceſſe eſt tolli eam non poſſe ſola voluntate donatoris, cùm actiones ſemel competentes non niſi certis modis tollantur inter quos nunquam eſt ſola hominis voluntas. Sed vtiùs eſt conditionem tacitam ineſſe videri, ſi in eadem voluntate donator perſeuerauerit. *l. 1. C. ſi mancip. ita fuer. alie.* Iure ſcilicet vetere inſpecto, nam iure nouo aliud eſſe defendo poſt *l. ſi quis 35. §. pen. C. de don.* In eoque diſſentio non tantùm à Bartolo qui contra indiſtinctè ſcripſit ſaluam eſſe donatori pœnitentiæ facultatem, ſed etiam à cæteris, qui vt pœnitentiam excludant, requirunt acceptationem, vel ratihabitionem vel ſtipulationem indiſtinctè non ſeparantes ius vetus à nouo. Moueor ex eo quod iam probaui in ſuperioribus, ſtipulationem quæ in hac ſpecie adhibita ſit, ſiue à donatore ſiue à notario, nullius eſſe momenti, ſi iuris rationem intueare potiùs, quàm erroneam illam conſuetudinem, quæ induxit vbique ferè terrarum, vt etiam ſine mandato alij cuilibet ſtipulari poſſint notarij, eique actionem vtilem acquirere ſine ceſſione. Quem igitur effectum habere poteſt. Acceptatio verò & ratihabitio licet ſequi poſſit cur tamen neceſſaria videri debeat in eo cui lex proſpicit vt etiam ignorans ex pacto donatoris vtilem & efficacem habeat actionem? Dico legem ei proſpicere non iuris rationem, quia non ex iuris ratione, ſed ex Imperatorum conſtitutionibus primum fit, vt hæc vtilis actio abſenti detur vt ſcriptum eſt in *d.l. 3.* Deinde ex noua lege Iuſtiniani in *d.l. ſi quis argentum. 35. §. penult.* vbi ille conſtituit vt donatio inter viuos hodie perficiatur non ſolùm per traditionem, aut ſtipulationem, ſed etiam per quamcunque teſtificationem voluntatis, vt donator cogatur tradere quidquid dixerit ſe donare, quamuis abſenti. Actionem porrò illam quam habet ſecundus donatarius ab Imperatoribus, non à donatore, licet habeat ob voluntatem donatoris, cur permittatur donatori vt auferat ei ſiue ignoranti, ſiue inuito? arg. *l. ſi arrogator 22. §. 1. D. de adopt.* Dices fortaſſe, Iuſtiniani conſtitutionem illam fauere tantum donatario, non etiam ei cui donatarius poſt certum tempus eam rem donatam reſtituere debuit ex voluntate donatoris. Verùm reſpondeo hunc quoque donatarium eſſe, ſed ſecundum vt probant verba *d.l. 3. Si is in quem liberalitatis compendium conferebatur. item l. vltim. cum ibi not. C. de legat. l, vt herediby* 50. *D. de legat. 2.* & conſequenter ad eum quoque extendi fauorem Iuſtinianeæ conſtitutionis oportere. De quo non dubitaſſent fortaſſis interpretes ſi eius legis poteſtatem, quàm nos in præcedentibus explicauimus bene percepiſſent, quæ illa eſt vt poſſit hodie donatio in abſentem & ignorantem non minùs vtiliter conferri, quàm in præſentem accipientem aut ſtipulantem. Qui interpretum noſtrorum omnium error eſt, quæſtionem hanc ſic tractantium quaſi ex iure vetere ſemper illud ſuperſit vt abſenti donatio fieri nõ poſſit ex *l. abſenti 10. D. de don.* vt ratiocinatur Didacus *d. num. 13. verſ. quantum vero*, & paulò ante *n. 14.* Nam ſi poſt eam Iuſtiniani conſtitutionem poſſet cogi donator, ſi rem à ſe alij donatam haberet vt eam ſecundo donatario traderet, quanto minùs ei permittendum eſt vt liberalitatem ſuam reuocet quã e contrario implere teneatur? Eſt autem ea Iuſtiniani conſtitutio longè fauorabilior & commodior ſecundo donatario, quam prior illa cuius fit mentio in *d.l. 3. D. de don. quæ ſub mod.* Illa enim fauet ſecundo donatario contra primum duntaxat, qui donationem accepit ea lege, vt poſt certum tempus alij eam reſtitueret: at non contra ipſum donatorem, cuius ſolius voluntate nititur. At Iuſtiniani conſtitutio eidẽ ſecundo donatario fauet etiam contra donatorem, ideoque mirũ non eſt, ſi plus poteſtatis habeat ad impediendã reuocationẽ, quam prior illa priorum Imperatorum, quorum temporib. ita ius erat, vt non poſſet ſecundo donatario prodeſſe, quod in eum liberalitatẽ exercere donator voluiſſet, ſi neque per ſtipulationẽ, neque per traditionem perfecta donatio fuiſſet, quãuis vtili donationi in primam donatarium collatæ vtiliter ea lex dicta eſſet, quia donator tradendo tibi rem donatam ea lege, vt poſt certũ tempus eam mihi reſtituas, non ſibi legem dicit, ſed tibi, ob idque poteſt mutare voluntatem, ſi non te, ſaltem me inuito *l. 3. l. quæſitum 8. D. de ſerv. export. iunct. l. Lucius in fi. D. de fideicom. libe.* At non tu eo inuito, ideoque Imperatores actionem vtilem dant ſecundo donatario non contra donatorẽ, quomodo dat Iuſtinianus, ſed contra primum donatarium, nec proinde id agunt vt impediant ne poſſit donator reuocare donationem, quam cõtulit in ſecundũ donatarium, quippe quæ cùm perfecta non ſit, reuocari facile poteſt pro arbitrio donatoris. Nec eo minus quòd ſecundus donatarius liberalitatem in ſe collatã agnouerit. Ea namque acceptatio & ratihabitio, cùm neque ſtipulatio, neque traditio ſit, non perficere poteſt donationem, quæ vt imperfecta ita reuocabilis eſt. Nec ei conſtitutioni alia certè ratio cauſam dedit quàm fauor donationis, qui tantus eſt vt donatoris liberalitatem adiuuari oporteat contra donatarium, nõ fraudari. Nam quod † Didac. diſputat ex contractib. 6 qui re contrahuntur alteri per alterum actionem acquiri, prorſus abſurdum & commentitium eſt, neque probatur ex *d.l. ea quæ ciuiliter. De acquir. rerum domin.* vbi hoc tantùm dicitur, differentiam illam eſſe inter ea quæ ciuiliter & quæ naturaliter acquiruntur, id eſt vt explicandum arbitror, inter ea quæ in iure & ea quæ in facto conſiſtunt, quod quæ iuris ſunt & ciuiliter acquiruntur, ea per illos tantum qui in poteſtate noſtra ſunt acquirimus vt ſtipulationem: quæ vero facti ſunt & naturaliter acquiruntur, vt poſſeſſio, ea per quamcumque etiam liberam nec iuri noſtro ſubiectã perſonam acquirimus. Quid autem commune habent contractus qui re contrahuntur cum iis quæ naturaliter & ciuiliter acquiruntur? An fortè ideo minus acquiruntur iure ciuili ea quæ acquiruntur ex contractu mutui vel permutationis & aliis ſimilibus qui re contrahuntur? Aut quid attinet tractare hic de contractu qui re perficiatur, aut quòd faciunt interpretes poſt Bartolum de contractu innominato, ſi donatio

contra

contractus nullomodo est, neque nominatus neque innominatus, vt à nobis loco suo probatum fuit: Nec quod donatio facta sub certo modo potest dici contractus innominatus ad rem facit, quia vt ibidem docuimus, illo etiam casu quo donatio contractus innominatus est, specialis ratio impedit ne possit locus esse pœnitentiæ pro donatore, quandiu in eo est donatarius vt modum implere queat, ne quod donator liberaliter dedit malignè reuocet, vt ait *l. ad res donatas §7. D. de edilit. edict.* Debuerat scribere Didac. in contractibus qui re perficiuntur valere pactionem quamlibet in tradendo appositam *d. l. in traditionib. 48. D. de pact. l. venditor 13. D. commu. pred. l. ei fundo 19. D. de fern.* Sed ea ratio probaret tantùm, ex eiusmodi pactione dandâ actionẽ donatori, qui pactus fuisset non etiam tertio illi absenti, cuius gratia pactum adiectũ esset, quod ad rem nostram non pertineret. Non enim de actione donatori competente disputamus sed de illa, quam Imperatores absenti ex pacto donatoris dari voluerunt, quã proculdubio nemo vnquam ex pru-
7 dentibus dedisset. Vnde est† quod in *l. cùm maritus 29. §. vlt. D. de pact. dotal.* quo potissimum loco abuti solent nostri vt probent ex pacto vnius acquiri actionẽ irreuocabiliter alteri, proponit Scæuola non modo pactum adhibitum fuisse ex parte mulieris in fauorem fratris, cui consultum volebat cùm dotem marito daret, sed etiam adhibitam stipulationẽ ex parte fratris, ne posset dubitari quin deberet ille actionem habere, quam alioqui habere non potuisset, vt & *in l. 2. C. de iur. dot.* Quanquam nec ob id in ea specie irreuocabile est ius fratris, quoniam non nisi mortis causa stipulatio illa interposita proponebatur vt & in *d. l. 2. & in l. Seia 11. in fi. D. de dot. releg.* in eoque errarunt veteres glossatores & post eos Didacus existimantes in specie *d. l. cùm maritus §. vlt.* quæsitum irreuocabiliter fuisse ius fratri, quasi non potuerit soror siue legãdo siue manumittendo seruos donatos nocere fratri. Cùm tamen Scæuola eo loco defectum voluntatis attendat magis quàm potestatis vt latiùs scripsi in Error. 2. Decad. 45. Nec proinde aut ex ea lege aut ex alia vlla probare possis, ex conuentione donatoris siue pactum fuerit, siue stipulatio, aliquam actionem irreuocabiliter acquiri ei, in cuius gratiam facta est cõuentio, vt neque tursum si vterius stipulatus proponatur. Imperatores tamen nulla etiam interueniente stipulatione secundo donatario prospicere voluerunt, vt iuxta donatoris voluntatem haberes vtilem actionẽ. Sed quam actionem vtrum condictionem, aut vindicationem habeat difficilius est dicere, propter multas magnásque rationes nostrorúmque interpretum autoritates quæ hic inuicem confligunt. Nos hinc primùm incipiamus, cætera omnia de quibus tractare instituimus postea ordine peracturi.

ERROR VIII.

De vtili actione ei competente, cui donatarius rem donatam post certum tempus restituere ex donationis lege debuit.

SVMMARIA.

1 *An vtilis actio quam Impp. in l. quoties 2. C. de don. dant ei cui ex lege donationi dicta debuit res donata restitui à donatario sit personalis, an realis.*
2 *Quibus rationibus personalem esse d. actionem confirmare nitatur Couarr.*
3 *Quid probent rationes Didaci.*
4 *Qua ratione moueantur Speculator & Decius, vt actionem de qua n. 1. realem esse existimant.*
5 *Rationũ Spec. & Dec. amba propositiones vt falsa refelluntur.*
6 *Donatio facta Ecclesiæ sub modo nunquam potest renocari ipso iure ob non impletũ modũ, sed tantùm agi contra Ecclesiam potest vt modus impleatur.*
7 *Frustra quæri iuris rationem ad adstruendam sententiam qua vtilem in rem actionem dat posteriori donatario contra priorem.*
8 *Cur potius vtilem in rem, quàm in personam induxerint Impp. in specie d. l. 3. Cod. de don. & n. 12.*
9 *Actionibus in rem sine directa sine vtiles sint, quid communiter conueniat.*
10 *Discrimen inter directas in rem & vtiles.*
11 *Quando dominium non possit transferri nisi per traditionem.*
12 *Vtilis actio cùm simpliciter dicitur, ea quæ est in rem potiùs intelligenda est, quàm quæ in personam.*
13 *Quæ sit ratio æquitatis qua Impp. moti in specie d. l. 3. vtilem in rem actionem indulsere secundo donatario.*
14 *An non aliqua etiam directa actio competat secundo donatario.*

QVÆSTIO est, An vtilis† illa actio quam Imperatores dant ei cui ex lege donationi dicta debuit res donata restitui à donatario post certum tempus, de qua in *l. quoties 3. C. de don. quæ sub modo*, personalis sit an realis. Nam vt superiore cap. præfati sumus, volunt quidam esse realem, alij verò non nisi personalem. Quam posteriorem sententiam † 2
plurib. rationibus firmat Didacus Couarr. *l. 1. variar. resol. c. 14. n. 3.* tanquam & veriorem & receptiorem. Prima est quod sine traditione dominium ex actu inter viuos trãsferatur *l. traditionib. 20. C. de pact.* Secũda quod verba constitutionis conuenientiùs videantur aptari posse actioni personali, quàm reali, cuius mentionem specialem verisimile est facturos Imperatores si de ea sensissent, vt factum est in *specie l. 1. eo. tit.* Tertia quòd ex resolutione contractus verbis obliquis concepta, quomodo in *d. l. 3.* concipitur, nunquã transeat dominium sine traditione, secundum glossam communiter receptam in *l. 1. ff. de don.* Quarta, quòd etiamsi in contractu donationis resolutio eius pacta foret verbis directis vt Didacus loquitur, non tamen transiret dominium absque traditione, cùm id speciale sit in pactis legis commissoriæ & addictionis in diem. Ex Bart. in *d. l. 1. ff. de don. per l. pen. C. de edil. actio.* Vnum duntaxat casum excipit Didac. si ea lex donationi adiecta sit fauore ecclesiæ, cuius nimirum singulare priuilegium illud est, vt in eam dominium transferatur absque traditione ex *l. vlt. C. de sacros. eccl.* in eamq; rẽcirat *Alex. & Ias. ad l. qui Romæ 122. n. Flamin. n. 17. De verb. obl.* Socin. *ib. n. 14.* Verùm has omnes Didaci† rationes eludere facilè potest, quisquis contra- 3
riam opinionẽ sequi malit. Nihil. n. aliud probant, nisi quod facilè concessurus sit quilibet, ditectam actionẽ in rem, quæ ex iuris ratione competit soli domino, non posse competere secundo donatario, qui dominus nunquam factus est, neque fieri potuit, nulla interueniente traditione. At nos non de directa actione tractamus, sed de vtili: quam proinde non ex iuris ratione cõpetere affirmamus, sed ex Imper. constitutione. Contra verò qui defendunt eam constitutionẽ de vtili in rem actione accipi oportere, quod primus Speculator sensit *tit. De empt. §. qu. 70.* eumque postea secutus *Decius cons. 249. n. 8. & in d. l. traditionib. 20. n. 14. C. de pact.* etsi meo iudicio bene sentiunt, falsa tamen ratione † mouentur. Aiunt. n. eandem actionem ab Impe. in 4
d. l. 3. dari secundo donatario contra primum, quæ datur ipsi donatori. Atqui donatori ipsi competit vtilis

actio,

actio in rẽ donatã,ſi donationis placita non ſeruentur *d.l.1.eo.tit.* Ergo,inquiunt, etiã donatario ſecundo eadem illa vtilis in rẽ actio competit. Huiuſ ſyllogiſmi † vtraq.propoſitio falſa eſt. Conſequens quod infertur, ſi bona illatio eſt,verũ eſſe nõ poteſt. Illud primũ falſum eſt,eandẽ actionem ab Imperat.dari ſecundo donatario quæ datur donatori. Alioquin dicendum eſſet, dandũ eſſe ſecundo donatario condictionẽ & repetitionẽ rei donatæ, cùm ea donatori detur, vt ſcriptum eſt in *prima part.d.l.quoties*.quod tamen euidenter falſum & abſurdũ eſt. Condictio.n.ſicut nunquam datur contra dominũ,neq;domino, niſi contra furẽ:ita neq; illi qui dominus nunquã fuit,ſed ei qui dominiũ,quod aliquando habuit,amiſit, & quod ex aliqua cauſa ei reſtitui æquum ſit *l. indebiti 15.D.de cond.indeb.l.interdum 29.& paſſeo.tit.* Illud deinde falſum eſt, quod in hoc ſyllogiſmo aſſumitur donatori competere vtilẽ actionẽ in rem,ob non impletum à donatario legẽ donationis. Nam *l.ex 1.Cod.de donat.quæ ſub mod.* quæ in hanc ſententiam adduci ſolet, caſum habet ſpecialẽ, vt verba ipſa præ ſe ferunt, fauore alimentorum donatori ipſi promiſſorum Quis.n.fauorabilior donatore præſertim inope, & qui in alimentis indigeat? Quid rurſum fauorabilius alimentis maximè promiſſis? Adeo vt hac ratione moti nonnulli auſi ſint adfirmare idem iuris habiturum donatorem, etiam contra eccleſiam donatariam,ſi moram illa cõtrahat in præſtandis alimentis,quæ promiſerit ſuo donatori, quod in ſpecie reſpondit Ludou. Roman. *conſ.*284. quamuis in eo reprehenſus à Didaco *d.c.14. n.6.* nec immeritò. *Ex c.verum extr. de cond. appoſ.* ex quo loco probari vulgo ſolet donationem factam † eccleſiæ ſub modo nunquam reuocari ipſo iure ob non impletum modum,ſed tantùm agi contra eccleſiam poſſe vt modus impleatur: Ne alioqui eueniat vt damnum ſentiat eccleſia ex prælati ſiue negligentia ſiue ingratitudine: Præſertim cùm illud etiam noſtris placeat, fauorem eccleſiæ facere vt modus donationi aliiue contractui cuilibet cum eccleſia inito appoſitus cauſam impulſiuam inducat, potius quàm finalem, vt eodem ſupradicto loco Didacus ratiocinatur. Quod etſi apud me non eſt ſine dubitatione, vt pleraque alia priuilegia, quæ in fauorem piæ cauſæ interpretes noſtri pro arbitrio comminiſci ſolent contra Iuſtiniani prohibitionẽ in *l. illud 19.in fi.C. de ſacroſ.eccleſ.* in propoſito tamen,id eſt circa interpretationem *d.l.1. C.de don. quæ ſub mod.* non dubito quin tota eius legis ratio,qua parte dat vtilem in rem actionem donatori, pendeat ex fauore alimentorum, nec ad alios caſus ſit porrigenda. Nullane igitur ratio † adferri poterit pro hac ſententia,quã & nos probamus,quæ vtilem in rem actionem dat poſteriori donatario contra priorem? Nulla prorſus, ſi iuris rationem quæras. Non.n. iuris rationem habere poteſt ea actio, quæ inducta ſit ex ſola æquitate benignaque iuris interpretatione, vt lex ait, denique ſola Imperatorum autoritate: vnde & vtilis appellatur: quæ proculdubio directa eſſet, dicique deberet,ſi ex iuris ratione induceretur. Nec eo minus tamen probabilis videri debet hæc ſententia. Nam neque pro contraria poſſis vllam rationem reperire,quæ ſuadeat actionem perſonalem donatario ſecundo dãdam eſſe contra primum, ex pacto inter alios inito. Aut ſi qua arte poteris aſſequi vt eiuſmodi perſonalis actio ſecundo donatario danda ſit contra primum ex ratione iuris, euinces ſtatim, vt non vtilis dici ea debeat,ſed directa, ſicq;fiet vt alia actio ſit, quàm ea de qua diſputamus,quæ ab Impp.non niſi vtilis appellatur. Quid ergo intereſſe poteſt, dicat aliquis, an realis actio ſit,an perſonalis, cùm iuris ratio neutri patrocinetur, Imperatorũ verò autoritas tã facilè perſonalem actionẽ inducere potuerit,quàm realẽ,aut contrà? Rep.quamuis † actio vtilis ſiue perſonalis, ſiue realis illa ſit,cũ ratione iuris conſentire nequeat, totaq;pendeat ex voluntate & autoritate Imperatorũ,id tamen sẽper agere Imperatores quoties nouã actionẽ inducũt,vt à iuris ratione quàm minimùm fieri poteſt deflectant. Multo autẽ alienius fore, ſi vtilis actio in perſonã primi donatarij ſecundo donatario detur,quã ſi rem ipſam:quia perſonalis actio dari non poteſt,niſi in eũ qui aliquomodo ſit obligatus,nec rurſus quiſquã obligatus eſſe,niſi vel ex cõtractu,vel quaſi;vel ex delicto,vel quaſi,aut proprio ſaltẽ quodã iure ex variis cauſarũ figuris,vt loquitur *Caius in l.1.in pr.D.de obl. & act.* Quorũ omniũ nihil eſt quod dici poſſit de primo donatario, cur aut quomodo videri debeat obligatus ſecũdo,cui nihil promiſit,& cũ quo nõ contraxit. Nã quod promiſit donatori ſiue ſtipulanti,ſiue paciſcẽti & ea lege donãti,poſt certum tẽpus ſe rem illã donatã alteri reſtituturũ,obligat quidẽ ipſum ſed donatori à quo rẽ accipit ea lege,nõ poſteriori donatario, à quo nihil accipit:maximè verò ſi ponas fuiſſe illum conuentionis tẽpore abſentẽ & ignorantẽ. Quanquã quod ille præſens & ſciens fuiſſet,adeoq;liberalitatẽ in ſe collatã expreſſim agnouiſſet,rationẽ iuris in eo mutare nõ poſſet,cùm donatio ex parte donatarij nõ tãtùm præſentiã & ſcientiam ipſius requirat,ſed etiã vt vel ei res tradita ſit,vel ille ipſe fuerit ſtipulatus,ſi ius vetus intueare. Non itẽ ſi nouã Iuſtiniani conſtitutionem in *l.ſi quis argentum 35.§.pen.C.de donat.* quæ non magis ſcientiã & præſentiam donatarij exigit, quam traditionẽ & ſtipulationẽ,ſed contenta eſt ſola teſtificatione voluntatis & animi donatoris. At longè minùs à ratione iuris abhorret, vt actio in rem vtilis ſecundo donatario accommodetur, quoniã actionib. † in rem omnib.ſiue directæ ſiue vtiles illæ ſint,cõmune illud eſt vt in eũ dentur qui nullomodo eſt obligatus §.1.*Inſt.de action.* Et quãuis non dẽtur niſi ratione dominij,ob idq; directa † in rẽ actio non alij poſſit cõperere, quàm qui dominus verè ſit iure gentium vel ciuili,*l.in rem 23. D.de rei vendic.* vtiles tamen in rem actiones conſtat iis etiam accommodari qui verè domini non ſint,dũmodo ſint quaſi domini.*l.1.D.ſi ager vectigal.pet.§.nãque.Inſtit.de action.* Sed etſi diceremus vtiles in rem actiones non niſi viris dominis competere,quod vtiq; abſurdũ eſſet, ac ferè implicaret contradictionẽ,non ideo tamẽ dicendum eſſet cum Didaco, donatarium ſecundum neq; dominum neque quaſi dominum eſſe, ob id ſolùm quod non fuerit ei res tradita. Quod enim ſupponit pro certo transferri non poſſe dominium † niſi per traditionem,tunc verè dicitur cùm dominium ab homine transfertur,non autem cùm à lege, ſiquidem cùm ſex modi ſint transferendi dominij, inter quos lex eſt,& traditio, vt ſcribit *Vlp. in fragmen.tit.19.De acquiſit.rer.* non minus poteſt lex transferre dominium ſine traditione, quàm traditio ſine lege,vt euenit in hereditatibus & legatis.*l.1.D.de publ.in rem actio.* Porrò quicquid lex facere poteſt,id fieri etiam poteſt imperatoria conſtitutione, quippe quæ ſimilem legi habet autoritatem. §. *quos autem. Inſtit.de bonor.poſſeſſ.* §. 1. *D. de conſtit. Princ.* Nihil igitur abſurdi eſt donatarium ſecundum habere vtilem actionem in rem ex Imperatorum conſtitutione, quæ eadem hoc ipſo fecerit eum quaſi dominum rei donatæ, nullo traditionis miniſterio intercedente. Eaque ratio † eſt propter quam potuerunt imperatores in propoſita ſpecie faciliùs inducere vtilem actionem realem,quàm perſonalem, quia multò difficilius nedum odioſius eſt vt ignorans quis obligetur per legem (quod vix vnquam ſit, ſi excipias cauſam ſuorum & neceſſariorum heredum, quia obligatio omnis vinculum eſt quod ciuis Romani libertatem quodammodo imminuit) quàm vt ignoranti dominium alicuius

alicuius rei per legem acquiratur, maximè si ponas, vt in casu nostro, nasci actionem ex pacto apposito in traditione rei donatæ. Nam neque ex pacto solet nasci actio, neque pacta inter alios inita aliis prodesse possunt. *l. iuris gentium. 7. §. sed cùm nulla. l. si vnus. 27. §. pacta quæ turpem. in fi. D. de pact.* Itaque concurrerent hic omnia illa specialia, vt ex pacto nasceretur actio, & ex pacto inter alios inito, & in fauorem ignorantis, esserque minùs odiosum vt ex vnius stipulatione alteri cui nominatim stipulatus quis esset actio quæreretur, vt in specie *l. quodcunque. 45. §. si quis ita. D. de verb. oblig. l. Caius. 45. in fin. D. solut. matr. l. pater. 7. C. de pact. consent. tam sup. dot.* qui omnes loci specialem rationẽ habent propter adfectionem personarum, vt scriptum est in *d. l. Caius. in fin.* si tamen locus ille Triboniani potius non sit de quo alibi scripsimus. Est igitur probabilior ea interpretatio quæ dat secundo donatario vtilem actionem in rem contra primum donatarium, quam quæ dat personalem: Neque
13 nouum videri debet, vtilem actionem † cùm simpliciter dicitur, eam intelligi quæ sit in rem, non in personam. Nam & sic Vlpianus noster locutus & intelligendus est in *l. qui mortis. 30. D. de mort. caus. don.* vbi ait eum qui mortis causa donauit ipsum ex pœnitentia condictionem habere, vel vtilem actionem. Sicut enim vtraque illa actio datur ad rei donatæ repetitionem, repetitio autem fit duobus modis vel per vindicationem vel per condictionem. *d. l. interdum. 29. de cond. indeb.* non alio sensu potest Vlpianus adiecisse vtilem actionem, quàm pro actione in rem vt eam opponeret condictioni, quæ semper actio personalis est, quomodo explicauimus *Decad. 44. Error. vlt.* Et si quando casus talis sit in quo actionem vtilem ex æquitate induci oporteat tàm in rem quam in personam prius inducitur realis, quàm personalis: non alia ratione, quàm quia facilius vt in *l. si cum venderet. 31. D. de pignor. act.* Denique tum etiam cùm nulla subest necessitas concedendæ actionis realis, puta competente iam actione aliqua personali, si tamen subsit æquitas aliqua quæ suadeat induci realem, tanquam quæ plus vtilitatis habitura sit quàm personalis, facilè lex realem accommodat vt in *d. l. Cod. de don. quæ sub modo.* Quantò magis igitur dicemus inductam realem constitutione Imperatorum in *d. l. 3.* eo casu quo personalis nulla competebat neque directa neque vtilis? Idque apertius fiet si inuestigemus rationem æquitatis & benignitatis qua moueri Imperatores potuerũt vt eam actionem vtilem primùm indulgerent ei cuius
14 fauore donationi dicta lex fuisset. Ratio † enim melior afferri non potest, quam quòd donatoris voluntas illa fuerit, vt res primo donatario tradita postmodum ab eodem alij traderetur, non ad alium finem, quàm vt secundus ille donatarius fieret dominus per traditionem: & quidem quam alius facere non posset, quàm ipse donatarius. Nimirum donatore non valente, eidem secundo donatario tradere rem, quam priori donatario iam tradidisset. Proinde cùm & voluerit donator posteriori quoque donatario acquiri dominium per traditionem, ob idque obligauerit sibi priorẽ donatarium de re tradenda posteriori: nec iam in eius potestate sit, frangente fidem priore donatario, transferre dominium in posteriorem, neque per traditionem rei, quam ipse amplius non possideat, neque sine traditione, quid potuit æquius constitui quàm vt idipsum quod prior donatarius facere solus posset ac deberet, neque tamen vellet, pro facto haberetur, potestate constitutionis supplente factum hominis & illud repræsentante vt in specie *l. vlt. C. si mancipia fuer. alien.* Atqui si traditio facta esset posteriori donatario per priorem dubitari non posset, quin actionem in rem etiam directam contra quemcunque possessorem habituros esset posterior donatarius, tanquam effectus dominus per traditionem. Quidni ergo habebit saltẽ vtilẽ ex constitutione habente traditionem pro facta, quę re vera facta nõ est. Cumq; in hanc rẽ omnino necessaria sit autoritas legis aut constitutionis, annon & cõmodiùs est & cõstitutionis dignitati cõuenientius, vt sublato circuitu traditio habeatur pro facta, quàm vt per vtilẽ actionem personalẽ cogatur rem tradere, & ita per traditionẽ dominium transferre in secundũ donatariũ, cui postea vtilis actio in rẽ cõperitura sit aduersus quemcumque possessorem? Non solet lex, vt neque natura quam imitatur illa, quantum potest, facere per plura quod æquè commodè facere potest per pauciora *vulg. l. dominus. 33. D. de cond. indeb. l. videamus. 5. D. si cui plus quàm per l. Falc.* Iam autẽ diximus non solũ æquè facile sed etiã facilius esse vt recta via inducatur vtilis actio in rẽ, quasi facta iã dominij trãslatione, quam vt inducatur vtilis in personã donatarij prioris ad obligandũ eum vt eandem rẽ sibi donatam & traditam alteri tradere cõpellatur. Nec obscura pro hac interpretatione videntur verba illa *d. l. 3. iuxta donatoris voluntatem.* Nã si de vtili actione in personam sentirent Imperatores, nõ donatoris sed donatarij voluntate riti debuissent, cum longè melior & æquior futura sit ratio illa donatarij prioris obligandi potesteriori, quod ipse voluerit se obligatum de ea re posteriori donatario restituenda quam quòd ea fuerit voluntas donatoris. Quid enim commune habet voluntas donatoris cum ratione inducendæ actionis in personã donatarij. An fortè bona esse potest ratio illa, vt quis obligatus sit dare aliquid vel facere ob id quod alius ita voluerit? At erit optima si ad vtilem in rem actionem accommodetur, quia, cùm actio illa detur ratione dominij, & donator qui dominus fuit, dominiumque suum transtulit in primum donatarium, eam habuerit voluntatem, vt illud ipsum dominium ad secundum donatarium perueniret, æquissimum est haberi rem illam pro tradita secundo donatario, vt habeatur ipse pro domino in præiudicium primi, propter voluntatem illam donatoris, qui primum donatarium non nisi tanquam ministrum & interpositam personam videtur elegisse, nimirum post tempus illud quo voluit finiri priorem donationem, cùm placeat donationem fieri posse & ad tempus & ex tempore *l. vlt. C. de leg. l. 2. C. de don. quæ sub mod.* & per interpositam personam *l. 4. l. absenti 10. ff. de don. l. 2. §. Sed si quis donaturus. e.* In eo namque nulla potest videri facta iniuria primo donatario qui donationem ea lege accepit, & cui non est permittendum vt donatoris sui liberalitatem impune eludat. Alius verò quàm primus, ille donatarius multo minùs conqueri potest cur pro facto habeatur quòd factum esset si primus donatarius fidem exsoluisset. Nam & si circuitus admittendus esset, is rei gerendæ ordo foret, vt donator fidem fallente primo donatario nec rem alteri retinente, dominium ei conciperet, rursúmque dominus effectus eandem rem secundo donatario traderet, atque ita ipsum quoque dominium faceret. Quid ergo vetat celeritate comungendarum actionum vnam occultari, vt scriptum est in *l. 3. §. Sed si debitorem. ff. de don. int. vir. & vx. l. singularia 15. de reb. credit.* & perinde haberi secundum donatarium, acsi vel à primo donatario rem accepisset, vel à donatore ipso post condictionem? Et hæc de actione illa vtili quam Imperatores dant posteriori donatario contra priorem dixisse sufficiat. Videndum superest, An non aliqua, etiam directa † actio sit quæ eidem posteriori donatario accomodari debeat. Hoc enim consequens videtur ei quod superiore capite dicebamus, non tantùm constitutionem illam Imperatorum de qua in *d. l. 3.* facere pro donatario, sed etiam nduam Iustiniani legem, quæ extat in *d. l. si*

quis

quis argentum §. *pen. C. de don.* cuius solius potestate fieri diximus, vt non sit hodie in donatoris potestate, quod olim erat mutare voluntatem & liberalitatis pœnitere etiam ante tempus, intra quod res donata debuerat alij restitui ex conuentione. Verùm respõdeo nullam ex ea lege posse directam actionem competere secundo donatario, neque contra primum qui nihil donauit, neque contra donatorem ipsum: quia licèt non minùs secundo quàm primo donatario voluerit donatum, tamen non potest vrgeri, ad hoc vt tradat rem quam non habet, quamque iam alij tradidit. Condictitia verò actio illa quam Iustinianus dat contra donatorem, non ad aliud competit, quàm vt donator rem donatam tradere cogatur. Nec est contrarium quod alio capite diximus prohiberi ex ea lege donatorem ne donationem reuocare possit. Nam cum in Iustiniani constitutione duo sint, quæ induxit, Vnum vt valeat donatio etiam si neque traditio, neque stipulatio, neque pactum interuenerit. Alterum vt contra donatorem competat condictio ex ea lege, nihil impedit quominùs cessante posteriore capite supersit prius, quod sufficit ne donationem reuocare possit donator, qui etiam tradere teneretur, si trahendi facultatem haberet.

ERROR IX.

De differentia donationis inter viuos, & donationis causa mortis cùm alicui res ita donatur, vt post certum tempus alij restituatur.

SVMMARIA.

1 *Quæ actio detur ei cui res donata restitui debuit per donatarium ex lege donationis inter viuos dicta: quæve competat, si donatio fuerit causa mortis.*
2 *Donatarius causa mortis fideicommisso grauari potest, at donatarius inter viuos non potest & n.* 11.
3 *Donatio quandiu perfecta non est, potest conditiones recipere pro arbitrio donatoris.*
4 *Actio ex testamento contra quem detur.*
5 *Frustra quærit Baldus an fideicommissum quo oneratus est donatarius causa mortis peti posset non adita hereditate.*
6 *Quando infirmetur donatio causa mortis propter non aditam hereditatem.*
7 *Error interpretum, fideicommissum iniunctum donatario causa mortis habentium pro donatione causa mortis reiicitur.*
8 *Differentia inter casum vulgarem substitutionis, & casum fideicommissi.*
9 *Quoties donatione in plures collata donatur paciscitur vt altero defuncto ad alterum portio defuncti pertineat, fideicommissi casus expressus videtur, non vulgaris.*
10 *Interpretum plures arbores notantur.*

1 NON quæ actio † datur ei, cui res donata restitui debet per donatarium ex lege adiecta donationi inter viuos, eadẽ dari potest ei cui debuit res donata restitui ex lege dicta donationi causa mortis. Prior non alia est quam actio in rem vtilis de qua præcedenti capite diximus. Posterior verò ea ipsa actio est quæ pro fideicommisso competeret, ob idque fideicommissi actio appellatur in *l.* 1. *C. de don. cauſ. mort.* & à nostris passim actio ex testamento. Diuersitatis ratio est,
2 quia donatarius † causa mortis fideicommisso grauari potest perinde ac legatarius aut fideicommissarius quilibet, *l. Seia* 11. *in fi. D. de don. releg. l. cùm pater* 77. §. *mater filiis. de leg.* 2. at donatarius inter viuos non potest, quippe cui non possit donator eripere liberalitatem, quæ tamen per fideicommissum eriperetur. Consequenter non quemadmodum æquitas & necessitas coëgit Imperatores in *l.* 3. *de don. quæ sub mod.* vt inducerent vtilem in rem actionem fauore illius cui donatarius inter viuos rem donatam restituere debuisset, nec restituisset: ita eandem actionẽ vel æquum vel necesse fuit dari contra donatarium causa mortis, contra quem sufficit vt agere possit tanquam ex fideicommisso. Non dico ex testamento vt interpretes nostri loquuntur, quia errorem illum qui pro donatione causa mortis dat actionem ex testamento iam profligauimus in Error. vlt. Decad. 45. longéque aliud est agere ex fideicommisso, aliud verò ex testamento, cùm fideicommissa non tantùm in testamento relinqui possint, sed etiam ab intestato *l. filiusf.* 18. *D. ad leg. Falc.* Sed & in eo fideicommisso de quo nunc agimus, i. quod relictum præstandúmque sit à donatario causa mortis, hoc amplius est quod neque in testamento relinqui solet, quia neque donatio causa mortis in testamento fieri potest, vt eadem Decade probauimus. Illud sanè non nego posse hoc fideicommissum relinqui in testamento, quia cùm donatio causa mortis, etiam quæ per traditionem vel per stipulationem facta est, non videatur perfecta priusquam donatoris 3
mors insequatur *l. non videtur* 32. *D. de mort. cauſ. donat.* certum est donationem quamdiu perfecta non est posse conditiones recipere pro arbitrio donatoris *l. perfecta* 4. *à contra. senſ. Codic. de donat. quæ sub mod.* nec proinde referre an in testamento an extra testamentum adiecerit ille onus fideicommissi, cùm etiam à debitore, cui nihil prorsus neque in testamento, neque extra testamentum fuit relictum, possit relinqui fideicommissum, siue in testamento siue extra testamentum *l. si pecunia* 77. *de legat.* 1. *l. cùm quis decedens* 37. §. *pater in fin. De legat.* 3. *l. Publia* 26. *D. depoſit.* Cuius fideicommissi nomine sicuti nemo dubitat quin actio competat fideicommissario contra debitorem ipsum, qui fuit oneratus vt supradictis locis scriptum est: Ita neque dubitandum est aut quærendum an dicenda sit actio ex testamento, nec si fideicommissum tale in testamẽto relictum sit. Non solùm quod ab intestato quoq; relinqui possit vt diximus, sed etiã quia inauditũ est vt actio † ex testamento contra aliũ quàm 4
contra heredem detur, cúmue qui heredis loco sit puta bonorum possessorem, aut fideicommissarium vniuersalem. Vnde & illud miror † quod à Baldo & 5
cæteris ad *d. l.* 1. *C. de don. cau. mor.* quæri tractarique video, An fideicommissum hoc peti possit si adita non sit hereditas ex testamento, aut etiam ab intestato. Quid.n. eget aditione fideicommissum, quod non ab herede, sed ab alio præstandum est? An fortè aditione vlla opus esset ad confirmandum fideicommissum, quod & ab intestato & à debitore relictum proponeretur? Nisi fortè ad id respicere volunt interpretes, quod mortis causa donatio infirmatur si hereditas neque ex testamento neque ab intestato adeatur. De quo scripsimus in *Err.* 7. *Dec.* 45. Quoties enim donatio causa mortis non valet, fideicommissum quoque donatario iniunctum non valere necesse est *ar. l. fideicommiſſ.* 78. *de leg.* 1. Sed quod ad mortis causa donationes attinet monuimus suo loco distinguendum esse an ita sit facta donatio † vt dominum statim 6
transferatur, an quod frequentius est ita vt dominij translatio post mortem conferatur. Priore namq; casu cùm donatio perficiatur viuo donatore, ita vt post ipsius mortem nihil agendum supersit, propter quod legis autoritas, & aditionis potestas necessaria videri possit, non ob id solùm infirmari debet donatio, quod

nemo

nemo ſit qui hereditatem adire velit aut ex teſtamẽto aut ab inteſtato, quia huiuſmodi mortis cauſa donatio propiùs accedit ad donationem inter viuos cum inter viuos perficiatur, quàm ad vltimam voluntatem, cuius propria vis illa eſt vt non niſi patrefamilias mortuo perficiatur. Verùm in eo quoque errant interpretes, quod fideicommiſſum † in-
7 iunctum donatario cauſa mortis, habent pro donatione cauſa mortis, indéque ſumunt occaſionem quærendi & diſtinguendi an relictum ſit per ſtipulationem an per nudum pactum, an verò iure vltimæ voluntatis, neque pacto neque ſtipulatione interueniente. Sic enim idem Baldus diſtinguit *ad d.l.* 1. concluditque ſi ſtipulatio interuenerit, agendum ex ſtipulatu. Si pactum nudum, agi oportere condictione ex lege Iuſtiniani in *l. ſi quis argentum* 35. §. *penult. C. de donat.* Si verò neq. pactum neq. ſtipulatio interceſſerit agendum ex teſtamento. Quam diſtinctionem quia iam alibi refutauimus, ſufficiat hic retuliſſe & monuiſſe fideicommiſſum huiuſmodi quod iniunctum ſit donatario cauſa mortis, licet donatio ſit vt & aliud legatum vel fideicommiſſum quodlibet, quod definitur donatio in *l. legatum* 36. *de leg.* 2. non tamen poſſe dici donationem cauſa mortis, vt ex eo intelligimus, quod alioqui non valeret collata in abſentem. *l. inter mortis.* 38. *D. de mort. cauſ. don.* eſſetq. neceſſaria vel traditio vel ſtipulatio, quarum alterutram toties iam diximus neceſſariam eſſe ad mortis cauſa donationem faciendam: cùm tamen neutra eſſet neceſſaria in faciendo fideicommiſſo. Aliáque ratio eſt ſubſtitutionis vulgariter factæ in donatione cauſa mortis, puta in eum caſum quo donatarius cauſa mortis capere non poſſet vt in ſpecie, *l. vt heredibus.* 50. *de leg.* 2. Eo namque caſu ſubſtitutus proculdubio fideicommiſſarius non eſt, ſed donatarius cauſa mortis, ideóque ponit illa lex interueniſſe ſtipulationem fauore ſubſtituti, qua nulla eſſet opus fideicommiſſario. Notáque ea eſt differentia inter caſum
8 vulgarem † & caſum fideicommiſſi, quod qui ſuccedit in caſum vulgarem, capit non ab eo cui fuit ſubſtitutus, ſed à patrefamilias qui ſubſtituit: qui verò in caſum fideicommiſſi, quamuis capiat ex iudicio illius, qui fideicommiſſum reliquit, capit tamen per manus illius cui ſubſtitutus eſt, ſi ſubſtitutus dicendus eſt qui ex fideicommiſſo, admittitur, quod negat *Papi. in l. tres interes* 39. §. *heres. ff. de adminiſtr. tutor.* Quòd enim iam alteri quæſitum eſt ſiue donatarius ſiue legatarius ille ſit non poteſt amplius quæri fideicommiſſario niſi per mediam eius perſonam qui priſtinus dominus fuit: qui porrò nullus eſt cùm caſus vulgaris contingit, quia dominium recta via tranſit ab eo qui ſubſtituit, in ſubſtitutum.
9 Cæterùm quoties † donatione in plures collata donator paciſcitur vt altero defuncto ad alterum portio defuncti pertineat, vt in *d.l.* 1. *C. de don. cauſ. mort.* aut quod idem eſt ab vno ad alterum, fideicommiſſi caſus expreſſus videtur, non vulgaris: quoniam illi articuli *ab* & *ad* ſignificant motum illum qui fit ab vno extremo ad aliud per tranſlationem dominij & ita ſupponunt eam partem quæ ad ſuperſtitem peruenire debeat fuiſſe aliquando acquiſitam prædefuncto, à quo alioquin dominium peruenire ad ſuperſtitem non poſſet, quod & Paul. Caſtr. ad *l. omnia* 32. *aliàs l. cùm ita* §. *in fideicommiſſo de l.* 2. Nec inutilis obſeruatio eſt in vtrum caſum facta donatio ſit an in vulgarem an in fideicommiſſarium, cùm facta in vulgarem non aliter valeat, quàm ſi vel ſtipulatio interuenerit vel traditio, facta verò in fideicommiſſarium contenta ſit voluntate ſola donatoris. *d. l. vt heredib. iunct. d. l.* 1. Et tamen negligitur hæc diſtinctio ab interpretibus † nihil aliud 10
intpicientibus, niſi an donatio facta ſit per ſtipulationem, an per pactum, an per nudam donatoris voluntatem, Et pro certo habentibus donationẽ cauſa mortis poſſe hodie fieri nulla traditione neque ſtipulatione interueniente ſed tantùm nudo pacto, ideóque citra pactum in teſtamento vel in codicillis quæ omnia falſa ſunt. Quare nec mirum illud eſt, quod iidem interpretes in eo quoque errant, quod non diſtinguunt donationes cauſa mortis à donationibus inter viuos in illa ſpecie cùm res donata eſt ea lege vt poſt certum tempus alij reſtituatur: In eo denique quod actionem illam ex teſtamento quam volunt dari ei cui donatarius cauſa mortis reſtituere rem debet, non niſi vtilem eſſe aiunt poſt Baldum, quæ tamen ſanè directa eſt tanquam quæ competat ipſo iure non ex benigna ſolùm iuris interpretatione, vt illa vtilis in rem actio quam Impp accommodarunt ex pacto inſerto donationi inter viuos Certo namque certius eſt fideicommiſſo † grauari poſſe 11
donatarium cauſa mortis & alios omnes ad quos aliquid peruenit ex vltimo iudicio eius, qui tam facilè voluntatem mutare potuerit, ſi voluiſſet eo tempore quo fideicommiſſum relinquere *d.l. Seia* 11. *in fi. D. de dot. releg & tit. De ſing. reb. per fideic. relict. in princ.* Donatarium verò cauſa mortis tanto faciliùs quàm legatarium aut fideicommiſſarium, quod non tantùm liberalitatem à donatore ſuo accipere intelligitur, ſed etiam donatoris ſui debitor eſſe conſtitutus, cùm inter donatorem & donatarium cauſa mortis aliquod negotium geri intelligatur qua parte donator ſe cogitat, & mauult ſe quàm donatarium habere vt loquitur Paulus in *l. Senatus* 35. §. 1. *D. de mort. cauſ. don.* ita vt reuocante donationem ex pœnitentia donatore teneatur donatarius condictione *l. qui mortis* 30. *eod.* Itaque mirum non eſt poſſe ab eo fideicommiſſum relinqui tanquam à quocunque alio debitore ex Diui Pij conſtitutione quæ hoc induxit *d. l. ſi pecunia* 77. *de leg.* 1. *d. l. cum quis* 37. §. *pater in fin. de legat.* 3.

ERROR X.

De fideicommiſſo conuentionali.

SVMMARIA.

1 *Fideicommiſſum conuentionale quodnam dicatur interpretibus.*

2 *Interpretes erroneè cenſent fideicommiſſum in contractu fieri poſſe: & vnde hunc errorem traxerint.*

3 *Alius error interpretum exiſtimantium fideicommiſſum eſſe, quoties agi vident de ea re quæ vni iam acquiſita fuerit alteri reſtituenda refelliꝰ tur.*

4 *Fideicommiſſum in teſtamento relictum deſinit eſſe fideicommiſſum, ſi teſtator iubeat de eo conſcribi aliquam cautionem & inſtrumentum, & cur.*

5 *Exponitur leg. pater* 35. §. *penultima D. de legat.* 3.

6 *Explicatur l. Bulliſta* 32. *D. ad SC. Trebell.*

7 *Nullum eſt fideicommiſſum conuentionale.*

8 *Differentia inter fideicommiſſum & ſubſtitutionem conuentionalem.*

9 *Malè colligi ex l. Publia* 36. *D. depoſiti. aliquod eſſe fideicommiſſum conuentionale.*

10 *Vnde dignoſcatur an teſtator fideicommiſſi, an verò*

restitutionis inter vivos faciendæ onus iniungere voluerit.

FIDEICOMMISSI conuentionalis frequens mentio fit apud iuris nostri interpretes præsertim recētiores, apud prudentes verò & Impp. nostros nusquam. Conuentionale † fideicommissum nostri vocant, quod ex conuentione & contractu proficiscitur, Puta si in contractu aliquo siue donationis siue alio quolibet (nec enim erubescunt donationem tam inter viuos, quàm quæ mortis causa fit contractum appellare) conuenerit vt res vni ex contrahentibus acquisita, subinde alij siue purè siue in diem, aut sub conditione restituatur, eiusque rei exemplum petere solent ex *l. quoties 3. Cod. de donat. quæ sub mod. iunct. l. 1. C. de don. caus. mortis.* Nam quemadmodum pro vero habent posse contractum fieri etiam in testamento, in quo eos errare ostendimus in præcedētibus, ita & contrario errore putant, fideicō-
2 missum † (miror quòd non dicant testamentum,) fieri posse in contractu. Errandi verò occasionem sumunt ex coniunctione dict. *l. tertia Cod. de donat. quæ sub mod. cum dict. l prima. Cod. de donat. causa mort.* Etsi enim vident quod vnicuique obuium est, hanc loqui de donatione causa mortis, illam verò de donatione inter viuos, tamen cùm nullam agnoscant differentiam inter has tam diuersas donationis species, perinde habēt quod in vtraque specie seperatim scriptum est, acsi eadem lege coniunctim de vnaquaque donationis specie scriptum esset, posse eam in contractu fieri hoc pacto vt res donata Titio restituatur Sempronio, eóque casu actionem Sempronio contra Titium ex fideicommisso dandam esse. Quamquam neque in errorem hunc tam facilè incíderent, nisi placerent sibi etiam in eo errare, quod
3 fideicommissum † induci putant quoties agi vident de ea re, quæ vni iam acquisita fuerit alteri restituēda. Qui error omniū stolidissimus est. Non enim sicut ex omni fideicommisso restitutio fit, ita vt fideicommissa restitutiones appellētur, non quidem à prudentibus aliisve partitè loquentibus sed à Triboniano in *l. generaliter sexta. & in rubric. C. de instit. substitut. & restitut. & in Nouell. 39. De restitut. & ea quæ par. vndec. menf. & Nouell. 108. De restitut.* Sic vicissim omnis restitutio vel fideicommissum dici, vel ex fideicommisso fieri dicenda est. Quot enim & quàm multi actus sunt ex iis etiam qui inter viuos fiunt, ex quibus euenit fieri restitutionem? Exemplum esto in condictionibus omnibus, quæ sicut repetitiones sunt ex parte actoris, ita quid aliud sunt quàm restitutiones ex parte eius qui conuenitur? *l. videamus trigesima octaua §. primo. & sequentibus. ff. de vsur.* Sed & ipsa dominij vindicatio quid aliud inducit quam rei restitutionem ex parte possidentis *l. & ex diuerso trigesima quinta. § primo. l. qui restituere. sexagesima octaua. Digest. de rei vindicatione.* Quid ergo absurdius est quàm dicere si quis per stipulationem aut per legem contractui dictam promiserit aliterve obligatus sit rem aliquam restituere, protinus fideicommissum esse? Tantùm verò abest vt fideicommissum in contractu fieri possit quomodo volunt interpretes, vt tùm quoque cùm testamentum factum, & fideicommissum † in testamento relictum est, fideicommissum
4 tamen esse desinat si testator iubeat de eo conscribi aliquam cautionem & contractum. Nempe quia nihil tam contrarium est fideicommisso, quàm si ei cuius fides electa esse dicitur, cautionis onus iniungatur. Quorsum enim cautio iniungitur, nisi vt appareat non eam esse testatoris voluntatem, vt præstationis necessitas pendeat ex sola fide rogati? Eiusque rei exemplum duplex, vtrumque insigne, sed à paucis obseruatum, vnum apud Scæuolam in *l. pater 38. §. penultimo. De legat. 3.* Alterum apud Celsum in *l. Basilista 12. D. ad Senatusconsultum Tribellianum* Apud Scæuolam † *d. §. penult.* proponebatur mater filios heredes scripsisse, & adiecisse hæc verba: *prædia quæ ad eos ex bonis meis peruēnura sunt nulla ex causa alienent sed cōseruent successioni suæ deque ea re sibi inuicem caueant.* Et cùm quæreretur, An ex his verbis ea prædia per fideicommissum relicta viderentur, Respondit Scæuola nihil de fideicommisso proponi. Quod sanè mirum est cùm constet ex alienationis prohibitione quæ modo causam habeat nec nudum præceptum sit, fideicommissum induci saltem in casum contrauentionis. Nudam verò prohibitionem non esse, quoties ob eam causam sit, vt siue testatoris prohibentis, siue heredis qui prohibitus est succellorib. posterisque consulatur. *l. filiusfamilias 114. §. libertis & §. cùm inter de leg. 2. d. l. pater 38. §. 1. §. fundum & seqq. de leg. 3.* In proposito autem casu verba illa post alienationis prohibitionem adiecta *sed conseruent successioni suæ* ostendunt apertè causam illam fuisse prohibendæ alienationis vt testatricis bona heredum posteris conseruarentur. Quidni ergo fideicommissum valet? Nimirum quia verbis illis sequentib. *deque ea re sibi inuicem caueant* mater liberis onus cautionis iniunxerat & ita maluerat cautioni quàm heredum fuci prohibitionem committere. Quod non intelligens Vigel. scripsit sequentia illa *nihil de fideicommisso proponi* legendumque *dubitari* pro *proponi*. Tam improbabiliter vt vix quicquam improbabilius dici possit. Apud Celsum verò, † cùm quidam filium familias heredem instituisset, ac deinde ita subiecisset *Rebellianus si cauerit* 6
colonis Philippensium si sine liberis morientur quantacunque pecunia ex hereditate de bonis meis ad eum peruenit eam pecuniam omnem ad coloniam Philippens. peruenturam. Respondetur ex supradictis verbis etiam fructus quos heres ex hereditate perceperit restituere illum debere perinde quasi specialiter hoc testator expressisset. An propter dictionem *pecuniam* vt vulgati codices habent? Minimè vt ex eo constat quod ex eodem Celso Marcianus scribit in *l. scribit Celsus 33. eod.* An propter adiectam dictionem illam vniuersalem *omnem* ne hoc quidem, vt apparet ex *l. heredes mei. 57. in princ.* An denique propter dictionem *quantacunque* vt volunt interpretes quæ gemināta est ideoque maiorem effectum habet? Hoc quoque falsum est, quia nihil potest interesse an testator dixerit *quantacunque*, an verò *quicquid peruenerit*, neutróque casu veniunt fructus *l. quod hac verbis 83. de legat. 3.* quia fructus non hereditati sed rebus ipsis hereditariis accepto feruntur *l. in fideicommissaria 18. D. ad S C. Trebell.* Ratio igitur propter quam respondit Celsus in hac specie fructus esse restituendos non ex alio petenda est, quàm ex eo quod testator iusserat caueri de omni eo restituendo quod ad heredem peruenisset, ob idque non tam ex fideicommissi causa, quàm ex conuentione fit restitutio, quam ideo pleniorem esse nihil prohibet, ex verisimili si non testatoris, saltem contrahentium voluntate: quod & ante nos bene obseruauit Iacob. Cuia. *lib. 4. obseruat. cap. 39.* vbi monet interpretationem illam quæ est in *d. l.* Basilista *id est pecuniam* non esse Celsi sed interpretis potiùs & quidem imperiti. Sed hoc obiter dictum sit. Id enim dūtaxat nunc agimus. vt ostēdamus fideicōmissum esse nō posse, quoties testator præcepit caueri, & in contractū redigi onus faciēdæ restitutionis. Ac proinde implicare contradictionē vt aliquod sit fideicōmissum conuentionale, † in eóque turpiter hallucinatos 7
quotquot

quotquot ita locuti ſunt, In quo numero video eſſe Decium *conſ.63.n.4. conſ. 613. col.2.conſ. 245.n.7.& 8.Guil. Bened. in verb ſi abſque liberis 2.n. 23. Cravet. conſ.130.circ.fi.& conſ.19.n.8.Soc.iun.conſ. 142.n.11. & alibi ſæpe.Gabr. Paleot. De notbis c.51.n.1.* & alios quàm plures, quamquam nec deſunt qui nobiſcum contrà ſentiant ad *l.qui Roma.§.coheredes de verb.obl.* Quanta verò differentia ſit inter fideicommiſſum & ſubſtitutionem conuentionalem (ſic enim malo
8 appellare, quia ſubſtitutionis † nomen multo latius eſt quàm fideicommiſſi) ex eo intelligimus, quòd fideicommiſſum ſemper reuocabile eſt, tanquã quod vltimæ voluntatis iure cenſeatur, aut potius nihil aliud ſit niſi vltima voluntas. Subſtitutionem verò conuentionalem reuocare non licet, ſi modo ius aliquod quæſitum ſit ei qui fuit ſubſtitutus, puta quod ille ipſe fuerit ſibi ſtipulatus, aut quod ex lege aut conſtitutione aliqua citra ſtipulationem actio ei accommodetur ſiue directa ſiue vtilis, vt in *d. l.3.C. de don.quæ ſub.mod.* ſiue perſonalis illa ſit, vt volunt interpretes, ſiue in rem vt nos interpretati ſumus. Itaque ſi donatio facta ſit Titio inter viuos, ſed ea lege vt poſt ipſius mortem eadem res Sempronio reſtituatur, non fideicommiſſum conuentionale erit, ſed ſubſtitutio conuentionalis vt in *d. l.3.* ob idque nec reuocari olim poterat, ſi ex parte Sempronij ſtipulatio interueniſſet, nec hodie poteſt, poſtquam Iuſtiniano placuit vt donatio etiam citra ſtipulationem aut pactum nudum quacunque voluntatis teſtificatione perficiatur, quemadmodum ſupra docuimus ex *l.ſi quis argentum 35. §. vlt. C. de don.* Si verò donatum ſit Titio cauſa mortis ea lege vt reſtituat Sempronio, non ſubſtitutio conuentionalis eſt, ſed fideicommiſſum conuentionale vt in *d.l.1. C. de don. cauſ.mort.* & conſequenter reuocabile ad nutum & arbitrium donatoris. Nec quod in contractu ea ſubſtitutio facta ſit impediet ne ſit reuocabilis, ſi modo ab eo facta ſit qui fideicommiſſum relinquere potuit, & ei qui fideicommiſſo potuit onerari. Præcipuum verò illud eſt quod concurrere oportet vt non niſi mortuo eo qui onus adpoſuit ſubſtitutio illa locum habere poſſit. Eſt.n.vera & infallibilis ea nota vltimæ voluntatis vt vires nullas habeat viuo illo cuius eſt, ſed poſt ipſius mortem duntaxat: quod euenit in ſubſtitutione facta donatario cauſa mortis in eum caſum quem vulgo fideicommiſſarium appellant, id eſt quo res vni reſtituenda, fuerit iam alteri quæſita. Id enim eſt quod ait *d.l.1.C.de do.cauſ.mort. Si donatio perficiebatur* cùm donatio cauſa mortis non niſi donatoris morte perficiatur *l. non videtur 32.ff.eo.* At ſubſtitutio facta donatario inter viuos etiam in illum ipſum caſum quem fideicommiſſarium vocant, id eſt de re poſt acquiſitionem reſtituenda, poteſt effectum habere viuo quoque donatore, ſiue poſt certum tempus ſiue poſt mortem ſuam donatarius rem reſtituere obligatus ſit, cum donatio inter viuos quã perfici neceſſe eſt antequam onus ei inſertum habere locum poſſit, eo ipſo inſtanti quo fit perficiatur. Non eſt igitur ea ſubſtitutio ſpecies vltimæ voluntatis nec proinde fideicommiſſum. Sunt qui probent 9
aliquod eſſe fideicommiſſum † conuentionale ex *l. Publia 26.ff.de poſit.* Sed malè. Nam in ea ſpecie depoſitaria ſicut nihil promiſerat fideicommiſſario ita non erat ei obligata, niſi hactenus vt poſt mortẽ Publiæ Mæuiæ quæ res ſuas depoſuerat ea res fideicõmiſſario reſtituere ex fideicommiſſo teneretur. Nimirum ſi in eadem voluntate Publia Mæuia moreretur, Inductio iam tunc ex conſtitutione diui Pij vt fideicommiſſum à quocunque debitore præſertim à fideicommiſſario relinqui poſſet *l.ſi pecunia 77.de leg.* 1. Nos autem non negamus poſſe grauari quem etiã in contractu, vt poſt mortem contrahentis alteri reſtituat, dummodo tantum ei cum quo contrahit, non etiam fideicommiſſario obligetur ex contractu, vt in ſpecie *l.cum quis decedens 7.§. pater. de leg.3.* ſed negamus fideicommiſſum eſſe ſi reſtituendi neceſſitas ex obligatione per ipſum qui grauatus ſit contracta proficiſcatur, nec ſolùm illi ipſi cum quo contrahit, ſed etiam fideicommiſſario obſtrictus reperiatur, ſiue directa ſiue vtili actione, quia tunc obligatio eſt inter viuos contracta, non fideicõmiſſum, vt in ſpecie *d.l.3.C.de don. quæ ſub mod.* Dicimus verò fideicõmiſſum eſſe, non conuentionem, cum talis conuentio eſt ex qua nulla inter viuos obligatio actióve naſcatur in fauorem fideicommiſſarij licet in conuẽtione ac per modum conuentionis fideicõmiſſi onus iniunctum proponatur vt in *d.l. Publia & d.l.1. C. de don.cau.mort.& d.l.cùm quis 37.§.pater de leg.3.* An autem † teſtator fideicõmiſſi an verò reſtitutionis inter 10
viuos faciendæ onus infungere voluerit, ex eo vt plurimũ dignoſcitur & æſtimatur quod voluerit rẽ reſtitui aut poſt mortem ſuam aut poſt mortem eius quem ad reſtitutionẽ obligauit. Priore namque caſu fideicommiſſum eſt, non reſtitutio inter viuos, Poſteriore verò, reſtitutio inter viuos eſt non fideicommiſſum, vt conſtat ex ſuprà adductis iuris locis, præſertim ex *d.l.3.C.de don.quæ ſub mod.* in qua neque neceſſitas neque æquitas vlla fuiſſet indulgendæ ſecundo donatario actionis in rem, ſi ex iuris ratione potuiſſet ille habere actionem ex fideicommiſſo.

ANTONII FABRI IC.

Decas Quadrageſima octaua.

ERROR PRIMVS.

De reuocatione pacti inter alios conuenti fauore abſentis an inuito vel ignorante abſente poſſit reuocari poſtquam dies venit.

SVMMARIA.

1 *Quomodo accipiant interpretes ſententiam Bartoli.*

Quòd liceat donatori reuocare pactum à ſe appoſitum in donatione de re donata vni, alteri poſt tempus reſtituenda.

2 *Ex l. 1. C. ſi mancip. ita fuer. alien. malè colligere interpretes poſtquam venerit dies qua ex pacto donationi appoſito res donata tertio competit, donationem reuocari non poſſe.*

3 *Expenditur ratio qua probat Didacus ex ſolo diei lapſu non impediri reuocationem.*

4 *Differentia inter vtilem & directam in rem actionē.*
5 *Ex Iustiniani Constitutione donator non potest donationem reuocare in praiudiciū secundi donatarij.*
6 *In specie proposita distinctio quæ sit adhibenda.*
7 *Responsio autoris ad textus ll. pro Bartolo allegatos.*
8 *Disputatio huius capitis ad quas donationes pertineat.*
9 *Quando contingat donationem causa mortis esse irreuocabilem.*

AMITSI opinio illa Bartoli ad *l. qui Romæ* 122. §. *Flauius D. de verb. oblig.* de qua iam multa scripsimus Decade præcedenti, Quòd † donatori liceat reuocare pactum à se appositum in donatione de re donata vni, alteri post tempus restituenda, frequentiore nostrorum interpretum calculo recepta esse videatur, si credimus Didaco Couarr. *lib. 1. var. resol. c. 14. n. 13. versic. paulo ante nu. 14.* In eo tamen omnes conueniunt vt procedat pendente die acquisitionis rei donatæ, non etiam si iam venerit dies in pacto apposita, ad quam restitui debeat res donata. Tunc enim fatentur illi etiam qui Bartolum sequuntur, ex eo tempore rem donatam competere absenti, nec posse pactum per donatorem reuocari, quòd absurdum fuerit pœnitentiæ locum relinquere postquàm ius alteri quæsitū fuit. Sic enim Alex. Sbcin. & Ias. *n. 17. ad d. §. Flauius.* Decius *cons. 48.* Andr. ab Exea *in rubr. De pact. nu. 152.* quos omnes supradicto loco Didacus refert. Mouentur omnes † ex *l. 1. C si mancip. ita fuer. alienat.* vbi rescriptum est ex pacto præstandæ libertatis in donatione apposito competere libertatem post lapsum temporis, si non ante donator voluntatem mutauit. Sed Didacus respondet nec malè aliam esse rationem libertatis, de qua tractatur in ea lege, aliam cuiuslibet alterius rei ex pacto præstandæ, propterea quod ex constitutione Diui Marci, cuius ibidem fit mentio, & quam licet non nisi de venditis seruis locutam placuit porrigi etiam ad donatos, libertas competit ipso iure statim atque dies venit in qua præstari ex pacto debuit, potestate constitutionis repræsentante factum hominis vt ait *l. vlt. eod. tit.* vt proinde ex eo tempore non tam de pacti quàm de libertatis reuocatione quærendum sit. ¡At libertatem semel competentem certum est reuocari numquam posse. Mirum igitur non est nullum pœnitentiæ locum supereſſe vbi res integra esse desiit, iamque effectum pactio habuit. Atqui non idem de cæteris rebus dici potest. Nulla enim constitutio est quæ tuam faciat rem quam Titio donaueram ea lege vt post biennium eam tibi restitueret, nec magis si biennium præteriisse proponatur. Etsi namque constitutio illa extat Imperatorum *in l. 3. C. de donat. quæ sub modo.* quæ tibi dat vtilem actionem in rem aduersus Titium si ad diem non tibi eam restituat, constitutio tamen non facit rem tuam, vt ex eo apparet quod non dat tibi directam vindicationem, quam vtique haberes si verus esses dominus, sed vtilem duntaxat. Nec rursus dat tibi actionem illam vtilem contra Titium iuxta voluntatem meam vt lex ait, id est non solùm quoniam aliquando volui, verùm etiam quia nunc volo, & consequenter ita demum si ego velim. Nam quandiu res nondum tua est, nihil potest obstare, quominùs voluntatem ego mutare possim ne vnquam fiat tua néve tibi vnquam accommodetur vtilis illa in rem actio, cuius accommodandæ non alia fuit æquitas apud Imperatores, quàm quòd pati non debuerint, vt voluntas mea per Titium circumueniretur. Atque ita supradicto loco contra nostros interpretes concludit Didacus in

3

proposita specie ex solo diei lapsu non impediri reuocationem. Bene quidem vt arbitror, sed tamen nō satis bona ratione. Mouetur † enim ex eo potissimum, quod per lapsum diei sola personalis actio ei acquiritur cui ex pacto restitui res debuit, Perstans nimirum in eo errore, quem nos refutauimus cap. 8. Decadis superioris, quo ille mordicus defendit post alios interpretes actionem vtilem quam dant Imperatores in *d. l. 3.* personalem esse non realem. Itaque si persuasisset sibi Didacus, quod nos volumus, imò verò realem esse actionem illam, non personalem, non dubitasset quin ex quo tempore cœpisset ipsa cōpetere, auferri amplius per donatorem non potuisset. Quasi parum interesset an secundus donatarius cœpisset esse verus dominus, an pro domino haberi. Nam & cùm ita pactum initum est vt res donata restituatur ecclesiæ post certum tempus, non dubitat Didacus quin nullus post diem locus pœnitentiæ relinquatur, propterea quòd in ecclesiā ex priuilegio dominium etiam citra vllam traditionem transferatur ex *l. vlt. C. de sacros. Eccles.* vt ipse ratiocinatur *d. c. 14. n. 14.* adferens etiam textum quē vocat optimum ex *l. si partem 19. in fi. D. quemadm. seruis amitt.* Sed hoc posterius an verum sit mox videbimus. Nunc dicimus posse vtrumque verum esse vt & posteriori donatario detur vtilis in rem actio aduersus priorem ita volente donatore, & tamen in donatoris arbitrio sit liberalitatem suam quam in secundum illum donatarium contulit reuocare, eamque actionem vtilem, ne ex constitutione dari debeat impedire. Quemadmodum enim eodem fatente Didaco personalis actio quam ipse ab Imperatoribus dari putat, tacitam conditionem illam habet Si donator in eadem voluntate perseuerauerit ex *d. l. 1. C. si mancip. ita fuer. alien. l. 3. D. de seru. export.* Ita & actionem illam realem vtilem de qua ego constitutionem Imperatorum interpretor, eadem conditione suspendi contendo, nec aliter posteriori donatario contra priorem danda esse quàm si eius, qui vtrique donauit, volūtas perseueret. In eoque obseruo perelegantem differentiam † inter vtilem & directam in rem actionem. Directa, n. cùm competat ex causa dominij iam acquisiti non magis ex alieno arbitrio pendere potest, quàm dominiū ipsum quod iam acquisitum est. Vtilis verò, quia non competit sed datur, neque ex ratione iuris sed ex æquitate, neque propter dominiū iam acquisitum, sed propter acquirendū, & eo colore quasi in præiudicium prioris donatarij per quem stat quominùs posteriori acquiratur, habendum sit pro iam acquisito, facilè conditionem illam tacitam recipit Si donator volet, siquidem æquitas admittit omnes æquas cōditiones, etiam quas stricta iuris ratio respueret, ex qua directæ actiones semper proficiscuntur. Non enim constitutio Imperatorum habet hoc casu dominium pro acquisito in præiudicium donatoris, sed tantum in præiudicium donatarij cuius perfidiā execratur, idque non tam fauore posterioris donatarij cui nihil promissum fuit, & in cuius persona non est perfecta donatio, quàm fauore ipsius donatoris, cui fidē frangit prior donatarius qui acceperat ea lege donationem. Quod igitur cōstitutio dat vtilem actionem in rem posteriori donatario contra priorem ad conseruandā voluntatem donatoris, post quam tempus venit quod pacto comprehensum fuerat, facere non debet, vt eo magis prohibeatur donator etiam post illud tempus mutare voluntatē. Cessante quippe donatoris voluntate, nullo iure subnixa reperitur donatio cuius in posteriorem donatarium conferendæ animus fuerat, propter quod subsistere debeat inuito etiam donatore, cùm neque stipulationem habeat,

4

beat,neque traditionem, solúque voluntatis donatoris vinculo sustineatur. Sed hoc ita si nihil aliud nisi supradictam Imperatorum constitutionẽ inspiciamus. At non similiter si ius nouum, quod Iustinianus induxit † in *l.si quis argentum 35. §. penultim. C.de donat.* vbi constituit vt donatio inter viuos non traditione tantùm aut stipulatione vt antea,sed quacunque voluntatis testificatione perficiatur. Quanquam enim Iustiniani noua lex nouaque actio condictitia per eam legem inducta eò pertinet vt donator rem quam donauit cogendus sit tradere, in proposito autem fieri non potest vt donator posteriori donatario rem tradat quam non habet, quamque iam tradidit priori, nihilominus tamen valet donatio,vt eo saltem modo illam impleat donator quo potest.Potest autem hactenus saltem vt eam non reuocet cum aliud nihil posterior donatarius ab eo petat, nec possit petere. Cur.n. voluntatem mutare liceat ei qui rem ipsam si haberet etiam tradere cogeretur? Itaque in hac quæstione distinguere debemus non actionem personalem à reali, vt à Didaco factum est,sed quod ante nos nemo fecit,ius † vetus à iure Codicis, & ius Codicis à nouo & Iustinianeo. Ius.n.vetus tale fuit vt posterior donatarius nullam actionem haberet, neq; personalem neque realem, neque directam neque vtilem,neque in priorem donatarium, neque in donatorem:sed solus donator in priorem donatarium non parentem legi donationis vel condictionem ad repetendum quod donauerat & tradiderat, vel præscriptis verbis ad consequendum quanti sua interesset si donationis lex non impleretur,vt apparet ex *d.l.3.C. de donat. quæ.sub mod.* iunct.*l.vlt.Cod.de rer.permut. l.legem. 9. l. cùm res 22. Cod.de donat.* Postea superuenit constitutio illa Diuorum Principum de qua in *d.l.* 3.quæ vtilem actionẽ dedit posteriori donatario non contra donatorem sed contra donatarium priorem eámque vt interpretati sumus non personalem,sed realem. Accessit tandem ius nouissimũ à Iustiniano constitutum quamuis non in Nouellis tantùm, sed etiam in Codice id est in *d.l.si quis argentum §.penu. & Nouell. 162. sacr. form.transmiss.ea.* 1.de tuendis donationibus omnibus quæ licitam donatoris voluntatem haberent, licet neque traditio neque stipulatio interuenisset,ac proinde iis etiam quæ in absentes collatæ essent. Quæ constitutio cùm sit generalis dubium non est quin eam quoque speciem de qua nunc tractamus complectatur, pertineátque ad illam etiam donationem quam in secundum donatarium confert quisquis priori donat ea lege vt quod donatur, alij restituatur. Siquidem hanc quoque donationem esse apertè scriptum est in *d.l.3.Cod.de donat.quæ sub mod.& in l. hæredibus 50.de legat.2.* quemadmodum pluribus docuimus in error. 7. Decadis præcedentis. Proinde frustra erit si quis contra nos pro Bartolo velit obijcere quod scriptum est in *dict.l.1.C.si mancip.ita fuer. alien.& in d.l.3.D.de seru.export.* iunct.*d.§.Flauius l.qui Romæ 122. De verb. oblig.* Sunt † enim omnes loci illi ex eo iure deprompti, quod obtinuit ante Iustinianum:ac præterea pertinent ad aliam speciem.De pacto scilicet præstandæ libertatis, quæ species adeo distat à cæteris omnibus non in eo tãtùm quod pertinet ad constitutionẽ Marci de qua principio diximus ex *d.l.1.C.si manci.ita fuer.alien.* sed in hoc etiam de quo nunc agimus, vt supradictã Iustiniani constitutionem quantumuis generalem ad hanc speciem adaptari posse non putem:quia nimirum seruus cui libertatẽ à donatario præstari donator voluit,non est capax suscipiendæ donationis præsertim à domino suo, nec magis hodie quàm olim. Iustiniani autem constitutio non vsque adeo generalis est vt donationes quaslibet,ac in quoslibet collatas omnimodo valere velit, sed suppositis cæteris habilibus tollit dũtaxat necessitatem quæ antea fuberat interponendæ stipulationis vel traditionis. Cæterum quo casu interposita quoque stipulatione vel traditione non valuisset olim donatio, non fecit Iustinianus vt valeat hodie citra stipulationem & traditionem.Atqui nulla olim poterat inter dominum & seruum consistere obligatio, nec si donandi animo dominus libertatem stipulanti seruo promisisset quia neque stipulandi capax erat seruus nisi ex persona domini cùm stipulatio esset inuentum iuris ciuilis *l. 1. l. item si 9. §.1.& l.seqq.l.si exre.* 28.§.*vlt.& pass.D.de stipul.seruor.* Ergo etiamsi hodie quis tibi donaret seruum suum ea lege vt intra decennium eum manumitteres, dicendum esset futurum vt perinde ac olim posset quandocumque ante decennium mutare voluntatẽ, quam non posset mutare si donasset tibi seruum ea lege vt eundem seruum Sempronio post decennium restitueres, non quasi fauorabilior debeat esse causa Sẽpronij quàm libertatis, sed quia in persona Sempronij vtiliter potest consistere consistitque donatio quæ non posset consistere in persona serui. Obseruandum autem est diligenter totam huius capitis disputationem † ad eas tantum donationes pertinere quæ inter viuos fiunt, non etiam ad eas,quæ causa mortis.Nam cum necesse sit, perfectam esse donationem quæ in priorem donatariũ collata est, priusquàm prior ille donatarius ex lege donationi dicta possit esse obligatus ad dandumquid, vel faciendum, donatio autem causa mortis etiam quæ traditionem habet vel stipulationem non ante perficiatur quàm mors insequatur donatoris *l. non videtur 32. D. de mort. caus.don.* consequens fit vt eo tempore non possit donator viuere, quo tempore donatarius incipit efficaciter posse conueniri ac proinde,vt nullus quæstioni locus relinquatur:An voluntatem mutare liceat donatori. Nisi fortè sic proponas factam donationem causa mortis vt sit irreuocabilis, etiam viuo adhuc donatore,quod † contingit quoties ita donatur mortis causa vt omnimodo & statim dominium transferatur in donatarium nec aliter possit res donata redire ad donatorem quàm si donatarius prior decesserit & ante donatorem. Aut vt donatore ex ea infirmitate mortuo res non reddatur, etiamsi voluntatem donator mutauerit. His enim casibus non solùm valet donatio causa mortis *l.si alienam 13.§.1.l. Senetus 35.§. mortis causa D.de mort. caus.don.* Sed etiam fit irreuocabilis & impletur eo instanti quo donator moritur, & consequenter quo adhuc viuit. Verùm neque his casibus potest fieri locus quæstioni, quia semper verùm est necessarium esse vt moriatur donator priùs quàm sciri possit an donatio sit omnimodo locum habitura, ac proinde priusquam contra donatarium possit vlla efficax actio competere ad implendum modum, Mortuus verò donator amplius mutare voluntatem non potest, nec similiter heres ipsius *d.l.3.D.de seru.export.* Sed & alia ratio est quæ omnes mortis causa donationes ab hoc tractatu excludit. Nempe quod ad eas supradicta Iustiniani constitutio quantumcumque generalis non pertinet, cùm non minus requirant traditionem vel stipulationem quam olim, vt contra interpretum omnium errorem sæpius à nobis inculcatum est.

ERROR II.

De pacto in ecclesiæ fauorem inserto donationi in alium collatæ.

SVMMARIA.

1 *Ex sententia interpretum donati inter vivos Titio fundi ea lege vt eum post certum tempus ecclesiæ restituat, dominium transit in ecclesiam absque traditione post lapsum restitutionis diem, ita vt donator voluntatem postea mutare non possit.*
2 *De p. posita assertione auctoris sententia.*
3 *An donatio in ecclesiam collata reuocari possit.*
4 *Olim necessaria fuit præsentia donatarij, hodie non item.*
5 *Didacum abuti sententia l. si partem 19. §. 1. D. quemad. seru. amit.*
6 *Didacus existimat priuatum quemlibet posse & ecclesiæ & alteri pia causa stipulari & acquirere.*
7 *Donator qui donationi suæ eam legem dicit, vt res donata restituatur ecclesiæ, non tam ecclesiæ quam suo nomine id facere intelligitur.*

SVCCEDIT vt refellamus quod post Iasonem & Socinum Didacus supradicto loco probat, sicuti iam retulimus, Si † donauerim tibi fundum inter viuos ea lege vt post certũ tempus ecclesiæ restituas, transire dominium in ecclesiam absque traditione, saltem lapso tempore intra quod restitui ecclesiæ fundus debuit, ob idque non posse me voluntatem mutare in preiudicium ecclesiæ, cui ius fuit irreuocabiliter quæsitum ex *l. vt inter.* 23. quam vulgares interpretes vltimam ponunt, *C. de sacrosanct. eccles.* Etsi enim non adeo † iniqui in ecclesiæ causam esse volumus, qua nihil esse fauorabilius arbitramur, vt priuilegium quod ei vno interpretum ore conceditur diminuendum putemus, hoc tamen dicimus, non posse priuilegio locum esse ad dominium sine traditione transferendum, nisi eo casu quo is ex cuius contractu dominij translatio inducitur tradere rem posset si vellet, vt ficta dominij translatio aut potius ficta traditio veræ respondeat, quomodo de falsis confessionib. scriptum est in *l. confessionibus.* 13. *D. de inter. in iur. fac.* Atqui tractamus de donatore qui etiamsi vellet non posset tamen ecclesiæ tradere rem, quam priori donatario iam tradidisset: Et rursum de dominio in ecclesiam transferendo, non à donatore, sed à primo donatario, qui tamen nihil ipse donauit & cuius respectu donatio penitus nulla est. Fieri ergo non potest vt eam rem ecclesiæ tradidisse fingatur aut donator qui non possidet, aut donatarius primus qui donator non est, ne plus possit fictio in casu ficto quam veritas in casu vero. Item dicimus priuilegium hoc non ad alias donationes ecclesiæ factas pertinere posse, quàm quæ sint perfectæ scilicet per stipulationẽ, qui alius modus est perficiendæ donationis traditione deficiente. Nec. n. donationis nomen meretur donatio inutilis quæ imperfecta & deniq. nullius momenti esset *l. 4. condemnatum. D. de re iudi.* satisq. magnum ecclesiæ priuilegium illud est vt ex donatione per stipulationem facta dominium in eam sine traditione trãsferatur, contra regulam iuris de qua in *l. traditionib.* 20. *C. de pact.* Atqui donatio quæ fit per pactum appositum fauore absentis in donatione, quam idem donator contulerit vtiliter, nulla est, inutilis & imperfecta ex ratione iuris veteris, cùm neq. traditionem habeat neq. stipulationem. Ergo neq. priuilegium habere vllum potest ad dominium in absentem sine traditione transferendum. Priuilegia namq. omnia supponunt terminos habiles, id est & personam aliquam esse siue veram siue fictam, & donationem aliquam cui priuilegium concedatur. In eoque haud dudiè errarunt Iason & Socinus ad *d. §. Fauinus. l. qui Romæ. 122. D. de ver. obl.* eosq. secutus Didacus *d. c.* 14. *n.* 14. qui mehercule suauis est cùm ait egregia commendatione dignum esse quod nos tam euidenter falsum esse ostendimus. An igitur dicemus reuocari posse donationem, † quæ fuerat in ecclesiam collata? absit vt deteriorem faciamus conditionem ecclesiæ, quàm cæterorum donatariorum. Iam autem diximus Iustiniani constitutionem facere, vt reuocari non possit ea donatio, quæ in absentem collata est etiam nuda voluntate; nec solum eo casu quo sit in donatoris potestate tem donatam tradere secundo donatario, sed tum quoq. cùm ideò solùm impeditur donator ne possit tradere posteriori donatario quòd iam priori tradiderit, si aliud nihil infirmet factam posteriori donationem. Idem igitur multo magis concurrente ecclesiæ fauore admittendum est in donatione, quam qui in ecclesiam contulerit, vt am reuocare donator non possit, neq. antè, neq. posteaquã tempus prætercrit, intra quod satisfacere debuit prior donatarius. At hoc ex iure commuñ, non ex priuilegio cuius neq. necessitas neq. vtilitas aliqua esse potest in eo casu in quo ecclesia pro se habet ius commune. Planè quod hodie dicimus valere hanc donationem iure communi & sine vllo priuilegio, inducit priuilegium illud, quod ecclesiæ datum est de dominio in eam sine traditione transferendo, cùm aliud nihil antea obstaret ne priuilegio locus esse posset, quàm quòd donatio non valeret. Itaq. in hanc speciem vtrumque concurrit & ius cõmune & priuilegium, sed diuersis respectib. Ius commune vt donatio valeat, Priuilegium verò vt dominium acquiratur ecclesiæ citra vllam traditionem. Taceo quod iidẽ ingerpretes qui volunt esse hoc vnũ ex priuilegiis ecclesiæ, vt in eam dominium absque traditione transferatur, nec minus ex causa donationis quàm alterius contractus cuiuslibet, ex *d. l. vt inter.* quæ sanè de donationib. loquitur, iidem tamen defendunt frequentiore calculo non valere donationem collatam in ecclesiam tanquam absentem si nemo sit qui eam ecclesiæ nomine agnoscat, ex *gl. in l. illud. 19. in verb. alia caus. eo. tit.* quam vulgo probatam esse testatur Iulius Cla. in §. *donatio. quæst.* 12. *in fin.* post Ruin. *cons.* 13. 19. *& cons.* 37. *n.* 14. *lib.* 4. Adeo putant necessariam † esse præsentiã donatarij quod olim quidem verum fuit sed hodie sanè & in ecclesia & in alio quolibet donatore falsissimum est. Quod verò Didacus † pro errore suo tuendo adducit *l si partem* 19. §. 1. *D. quemad. seruit. amit.* certè nimis insubtile est. Ibi enim tractat Pomponius nõ de donatione aliáve contractus specie sub certo pacto facta, sed de seruitute viæ legata ei qui subinde fundũ alij vendiderit ignorans ignoranti viam legatam esse, Et ait, viam sicuti acquisita fuerat legatario ignoranti, ita & eo ignorãte transire simul cum fundo vendito in emptorem, cùm sequatur necessariò fundum quia est ius fundi, aut potiùs nihil aliud quàm fundus ipse qualiter se habet *l. quid. aliud.* 86. *de verb. sign.* Acquiritur itaque legatario eidemque vẽditori etiam ignoranti eo prorsus iure, quo cætera legata omnia per vindicationẽ relicta quæ sola legis potestate non solùm citra vllã traditionẽ, sed etiam ignorantibus acquiruntur *l. filiusfamilias* 16. *D. qui testa. fac. poss. l. cùm pater* 77. §. *surdo. De lega.* 2. tanto magis quod nec tradi via potest, cùm sit ex eorum numero, quæ

quæ quoniam in iure consistunt, nullam recipiunt traditionem. *l.1.§.vlt.D.de rer.diuis.* Emptori autem acquiritur non iure legati aut ex alia testatoris voluntate, sed quia ius fundi est quod sequitur fundum quocunque ierit nec separari potest à fundo. Hoc verò nihil commune aut simile habet cum ea specie de qua disputamus, in qua ponimus rem, quæ fuit donata certo pacto, neq; principaliter neq; accessoriè translatam fuisse in secundum donatarium, nec rursus ignoranti ei acquiri potuisse, nec denique sine traditione, etiamsi sciuisset, præsertim concurrente etiam eo, vt quamuis res donata sui natura, talis esset, quæ tradi posset, traditio tamen hic nulla non solùm non interuenisset, sed neq; interuenire potuisset, eadem scilicet re iam priori donatario tradita per eundem donatorem. Sanè quod ad ecclesiam aliámve piam causam pertinet valde singulare, si modò verum illú est quod subiungit Didacus *d.c.* 14.*n.*14. priuatum quemlibet
6 † posse & ecclesiæ & alteri cuilibet piæ causæ stipulari, & acquirere. Ex gl. communiter probata in c. *quoties cordis* 1. *quæst.*7. Nam quod priuatus quilibet facere potest, cur non multo magis facere poterit donator ipse, cum legem rei suæ dicit? *l.in traditionibus* 48. *D.de pact.* Atqui quod ad donatorem pertinet nihil interest an stipuletur an paciscatur dummodo in ipsa traditione, quia æquè valet pactum illud ad agendum atq; valeret stipulatio. Ergo ex pacto in fauorem ecclesiæ apposito à donatore perinde acquiritur ecclesiæ ius irreuocabile, acsi donator ecclesiæ stipulatus esset *l. inris gentium.*7.§ *quinimo.D.de pact.l.lect.*40. *D.de reb. cred.* Verum ne hoc dici possit illud obstat quod donator † qui donationi suæ eam legem dicit, vt res do-
7 nata restituatur ecclesiæ siue de ea paciscatur, siue stipuletur, non tam ecclesiæ quàm suo nomine id facere intelligitur, vel ideo maximè, quod in iis etiam quæ quis & alieno & suo nomine facere potest, sic obseruatur vt ea simpliciter facta sint proprio facientis nomine potiùs quàm alieno facta esse videantur *l.4.D. de solut.* quoniam diligens paterfamilias quilibet ita faceret *l.cùm ex pluribus* 97.*eo.* Itaque aliud est stipulari quem vel paciscí nomine ecclesiæ, aliud vero in vtilitatem ecclesiæ. Hoc enim posterius fieri potest etiam ab eo qui suo nomine paciscatur vel stipuletur.

ERROR III.

Si pactum contractui inter alios inito adiectum fauore absentis postmodum ab eo sit acceptatum, Aut si contractum ille iuratus sit.

SVMMARIA.

1 *In quibus casibus velint interpretes ex pacto inter alios inito fauore absentis acquiri ius irreuocabile absenti.*

2 *In vtroque casu relato falsam esse interpretum opinionem.& n.4.*

3 *Donatio acceptata à donatoris absente valet quidem hodie, sed inutilis est acceptatio.*

5 *Donatio qualibet inter viuos hoc ipso quod & vtilis & inter viuos est irreuocabilis.*

6 *Quatenus verum sit illud, Autoritas iurisiurandi confirmat eas quoque conuentiones quæ alioqui non valerent.*

7 *Prior donatarius, potest legem sibi dictam implere etiam inuito donatore eo quoque casu quo hic voluntatem mutare potest.*

8 *Donator an possit donationem in tertium absentem collatam reuocare ex consensu donatarij ante acceptationem absentis.*

DVo isti casus sunt † in quibus omnes interpretes volunt ex pacto inter alios initio fauore absentis acquiri ius irreuocabile absenti, vt testatur probatque Didacus *d.c.*14.*lib.1.variar.resol.* Primus est si absens ille sciens pactum in sui gratiam factum agnoscat illud, & vt loquuntur accepter, quamuis absente tunc & ignorante donatore. Alter est, Si contractus in quo pactum adhibitum est iuratus proponatur, quomodo iurantur hodie passim omnes. Ego in vtroque † casu falsam puto interpretum opinionem. Nam quod ad priorem attinet quæ ratio impedit ne valeat donatio in absentem collata si iuris veteris rationem intueare (quam solam interpretes hic intuentur, nõ quòd eam tantopere ament, sed quia nouæ legis Iustinianeæ vim & sensum non percepe-
runt) quod nimirũ perfici non possit nisi per traditionem vel stipulationẽ, quarũ neutra potest fieri inter absentes, præterquàm si traditio fiat per interpositam personã *l.4.l.absenti* 10.*D.de don.* eadem proculdubio impedit, ne in absentem donatarium collata donatio absente donatore possit acceptari & agnosci. Vno scilicet eodemque instanti & donationem & contractum quẽlibet perfici necesse est, & vtriusq; contrahentium voluntatẽ in idẽ illud instans concurrere, maximè verò cùm agitur de dominio transferendo *l. in omnibus rebus* 55.*D.de oblig.& action.* Tam autẽ verum est non concurrere vtriusq; voluntatem, cùm donatarius agnoscit donationem absente donatore, quàm cùm donationem confert in absentem donatarium, nec magis potest ea acceptatio traditionis aut stipulationis vim habere cùm abest donator, quã donatio ipsa cùm absens est donatarius. Proinde si acceptatio ista facta donatore absente sufficeret ad perficiendam donationem & ad ius aliquod irreuocabiliter donatario acquirendum, idem absurdum semper eueniret vt donatio valeret quæ nec traditionis nec stipulationis vinculo colligeretur. Esset autem hoc tanto absurdius quod cùm hodie iure nouo valeat donatio etiam in absentem collata ex supradicta Iustiniani constitutione in *l. si quis argentum* 35.§. *pen. C. de don.* nulla tamen lex est aut vetus aut noua, quæ donationem in absentem donatarium collatam ob idque ab initio inutilem ex post facto confirmet, ob id solum quod postmodum fuerit agnita per donatarium absente & ignorante donatore. Neque tamen hoc sic accipi volumus quasi putemus donationem hanc † sic acceptatam nullius esse momenti. Iam enim diximus nec 3
dubitare nos quin valeat iure nouo ex dicta Iustiniani lege. Sed negamus valere aut aliqua in re vtilem esse acceptationem. Tantum abest vt necessariam esse putemus. Nam si nobiscum sentias valere adeóque irreuocabiliter donationem, ex quo tempore facta est, etiamsi collata sit in absentem & priusquam acceptata sit, quid potest addere acceptatio? Si verò cum interpretibus contra nos defendas ne quidem hodie valere huiusmodi donationem ante acceptationem, probare te oportebit valere postquam fuerit acceptata, quod ego negaui semper & negabo. Quod autem ad alium casum † pertinet de contractu iurato in quo adpositum sit pactum de re donata alteri resti- 4
tuenda, videntur mihi interpretes hostti moueri pessima ratione, illa videlicet quam refert Didacus *d. c.* 14.*n.* 10. quòd iurisiurandi vis ea sit vt contractus sui natura reuocabiles faciat irreuocabiles. Ex glos. communiter adprobata in *l.si pecuniam* 5. *in verb. necesse. D. de cond.caus. dat.* Nam duo supponit hæc ratio quorum vtrumque falsum est. Donationem esse

contractum. Et esse sui natura reuocabilem. Fateor pactum illud in donatione appositum fauore absentis non aliam causam habere quàm donationis. Sed nego esse donationem inspecto eo iure quod ante Iustinianum obtinuit, cùm neque traditio sit neque stipulatio. Nego si eam velis donationem dicere, qualis hodie proculdubio est posse dici reuocabilem, cum
5 donatio † quælibet inter viuos hoc ipso quod & vtilis & inter viuos est fit irreuocabilis *l. vbi ita donatur 27. D. de mor. cauſ. don.* Ad quid ergo prodesse iusiurandum potest? Rursus cum donator iurat se à conuentis pactis non recessurum, an forte cogitat de se obligando quantum ad posteriorem donatarium cum quo non contrahit, ac non potius de confirmando iure prioris donatarij cui soli iurat? Illa potius ratio faceret contra donatorem, quod plerunque autoritas iu-
6 risiurandi † confirmet eas quoque conuentiones quæ alioqui non valerent, vt solent tractari nostri ad *Auth. ſacramenta puberum C. ſi aduerſ. vend.* Sed neque hæc ratio me moueret, quia si ius ciuile inspicio, falsa est, quod non patitur vt iusiurandum contra leges præstitum vllius sit momenti *l. non dubium 5. in fi. C. de leg. Iuris gentium 7. §. & generaliter ff. de pact. l. ſi quis inquilinos 112. in fi. de leg. 1.* Si verò ius pontificium, quod nihil aliud intuetur, nisi an seruari iusiurandum possit citra dispendium salutis æternæ, potest quidem vera esse plerisque casib. propositio, sed non ad rem nostram accommodata, quia illud etiam verum est quod Canonistæ passim clamant, Iurisiurandi vinculum esse personale non solum ex parte iurantis, sed etiã ex parte eius cui iuratur, vt non alij prodesse debeat, quam illi ipsi cui iuratum est, eiúsve successori vniuersali. Atqui in proposito casu secundus donatarius, quem ponimus donationis tempore absentem fuisse, neque ille est cui donator iurauit, neque illius heres, sed talis in quem non nisi inutiliter collata donatio fuit, potius quam reuocabiliter, tametsi pactum ipsum etiam sine iureiurando valeat ad obligandum donatarium donatori. Nullum ergo hac parte cómodum potest esse iurisiurandi, neque quod ad personam donatoris, cui pactum sufficit etiam non iuratum, neque quod ad personam secundi donatarij, cui donator neque promittit neque iurat quicquam. Hodie verò postquam Iustiniano placuit vt valeat quæcunque donatio etiã in absentem collata, si aliud non obstet quam ratio illa quæ olim obstabat, quod neq; traditio neque stipulatio interuenisset, *d. l. ſi quis arg. 35. §. pe. C. de don.* multo minus dici potest iurisiurandi vim & potestatem vllam esse debere ad confirmandum irreuocabiliter pactum quod per se sit non modò validum, sed etiam irreuocabile ex rationib. per nos suprà disputatis. Ex quib. apparet nihil interpretes nostros in tota quæstione ista vidisse omniaque erroribus inuoluisse. Hoc vnum admitti potest & verum est quod illi volunt etiam eo casu quo admittunt Bartoli sententiã vt donator voluntatem mutare possit, permittendum
7 tamen esse priori donatario † vt legem sibi dictam impleat etiam inuito donatore. Ex *l. quæſi. 8. ff. de ſerv. expor.* nempe cum nihil interfit donatoris, ad quem nõ eò magis erat reditura res donata, quamuis ad posterioré donatarium non peruenisset, vt ratiocinatur Did. *d. c. 14. n. 9. ex l. Ari. 18. §. 1. ff. de don.* Idque etiam superiori nostræ sententiæ consequens est. Nam si verũ est vt est quod volumus valere hodie donationem in tertium absentẽ collatam nec posse aut à donatore ipso reuocari, aut à priore donat. negligi, multò magis dicendum est posse illam inuito quoque donatore impleri à primo donatario ex lege donationi dicta. Sed illud ferre nullo modo possum, quod iidem volunt
8 posse donatorem † pœnitere ante acceptationem saltem ex consensu donatarij (aliud. n. esse putant si velit pœnitere donatario non requisito) etiamsi donator absentis nomine stipulatus fuisset, quod respondit Alex. & ad eum Molin *conſ. 204. l. 7.* Tiraq. *de primog. q. 8.* Craue. *conſ. 19. n. 11.* & Chass. *conſ. 53. n. 58.* Meritoq; in eo reprehenduntur à Didaco *d. n. 13. ver. tertio apparet* vbi cõcludit non posse in præiudiciũ absentis donationem istam reuocari etiam ex consensu donatoris & donatarij. Sed mala etiã vt putò ratione, *Quia* inquit. *potuit donator iure optimo abſenti ſtipulari ac re in donationẽ deducta.* Meminit scilicet eius quod idem ille iã dixerat *d. c. 14. n. 2.* Ex contractibus qui re contrahuntur alteri per alterum posse acquiri obligationem *ex l. ea quæ ciuiliter 53. ff. de acq. rer. dom.* quod nos iam refutauimus in præcedenti Decade, planéq; aliam illius loci sententiam esse ostendimus. Debuit ergo dicere ideo non posse donationem hanc reuocari in præiudicium absentis, nec si donator & donatarius consentiat, quoniam hodie valet ab initio ex constitutione Iustiniani, donatio autem quæ & inter viuos, & ab initio vtilis est reuocari nunquã potest donatario inuito. Nam & Alexander ipse & Molineus fatentur, quod & Didacus refert & probat, non posse donationem reuocari in præiudicium absentis, etiam ante ipsius acceptationem quoties ex lege municipali vel ex statuto alteri per alterum fieri potest. Quidni ergo idem iuris habebit generaliter & indistinctè cùm hodie iure communi fieri possit à quolibet cuilibet etiã absenti nulláque traditione aut stipulatione interueniente? Sed idem Alexandri & Molinei error fuit, qui cæterorum, quod ad ius commune quia nouum, totúmque Iustinianeum est, non respexerunt.

ERROR IV.

De contractibus innominatis factis in fauorem ecclesiæ aut alterius piæ causæ, An in iis locus sit pœnitentiæ, & de mandato ad pias causas an sit reuocabile.

SVMMARIA.

1 *In contractibus innominatis pœnitentiæ locus est, & cur.*
2 *Exceptio interpretum: nisi fauore ecclesiæ, aut alterius pia causa contractus sit initus.*
3 *Vnde D. exceptionem suffulciant.*
4 *Mandatum ad pias causas an sit reuocabile, sententia interpretum.*
5 *Quid de pœnitentia in contractu innominato ad piam causam inito, & mandati reuocabilitate sentiat Conarr.*
6 *In contractibus innominatis fauore pia pœnitentiæ locum non esse, contra interpretes.*
7 *Contractus dotis qualis.*
8 *Contractus do vt des quando fit.*
9 *Didaci Lapsus duplex.*
10 *Malè interpretes statuere mandatum fauore pia causa nec finiri morte, nec ab heredibus mandantis reuocari posse.*
11 *Legem ſi ego §. 1. D. de iur. dot. à Tribonianinterpolatam esse.*

IN contractibus † innominatis pœnitentiæ locum esse constat inter omnes iuris vtriusque interpretes & verum est ratione illa quam in præcedentibus Decadibus attulimus, quòd initium obligationis sumunt ex facto eius qui prior implet. Is porrò qui prior implet ita facit vt alium sibi, non vt se alij obliget *l. 3. §. 1.*

§.1 *l.si pecuniam 5.in prin. D.de cond.cauſ.dat.* Sed ſo-
2 lent noſtri † exceptionem addere: Præterquàm ſi fa-
uore eccleſiæ aut alterius piæ cauſæ contractus initus
proponatur. Hoc.n, volunt eſſe priuilegium piæ cau-
ſæ inter tot alia, vt pœnitentiæ locum nullum relin-
3 quat, † ex *l.ſi ego 9.in pr.D.de iur.dot.* vbi Vlp. ſcribit,
Si ego Seiæ res dedero vt ipſa ſuo nomine in dotem
det, fieri res eius, licet non in dotem datæ ſint, ſed eã
condictione teneri. Quòd ſi pro ea res ego dẽ, ſiquidẽ
ante nuptias, intereſſe qua conditione dedi. Vtrũ ita vt
ſtatim accipientis fiant, an vt ſecutis nuptiis. Si vt
ſtatim nuntio miſſo poſſe me condicere, ſi verò non
ſtatim poſſe me vindicare, quia meæ res ſunt. Quare,
inquit, etſi ſequi nuptiæ nõ poſſunt, puta propter ma-
trimonij interdictionem, ex poſteriore caſu res meę
remanebunt. Ex quibus inferunt noſtri pœnitentiæ
locũ in omnib.iis ſpeciebus nullum eſſe, quia non ex
pœnitentia cõdictionem dat Vlpianus, ſed tantùm ob
cauſam non ſecutã, pro qua fuerat datũ: Idem addunt
aliud eſſe priuilegiũ piæ cauſæ, huic proximũ, vt man-
4 datum † quod ſui natura reuocabile eſt ad nutum mã-
dantis adcóq; ipſius morte expirat *l.mandatum 15. C.
mand.* ſi tamen interuenerit fauore piæ cauſæ, poſſit
quidem reuocari per donatorem ipſum, at ſola ipſius
morte neque reuocatum neq; finitum eſſe intelligatur,
adcoque nec per heredem ipſius reuocari poſſit. Sic
enim Hyppol.Marſ. *Singu.44.poſt* Bald.in *d.l.mandatũ
& in c.1.qui ſucceſſ.feud. tenea.confir.ad fin. & in c.cùm
veniſſet.2.De teſtib.* Fel in *c.relatum ca.2. De offic. deleg.*
Quam in ſententiam mouentur ex ea *l.ſi ego §.1.* vbi
idem Vlpianus tractans eam ſpeciem, in qua ego res
aliquas alicui tradidero, ea lege vt nuptiis ſecutis dotis
efficiantur, & ante nuptias deceſſero, poſtquàm pro-
poſuit quæſtionem an ſecutis nuptiis dotis eſſe inci-
piant, reſponditque non poſſe in dominio eius effici
cui datæ ſunt, quia non niſi poſt mortem incipiat do-
minium diſcedere ab eo qui dedit, quia pendebat do-
natio in diem nuptiarum cùm autẽ nuptiarum condi-
tio ſequitur, iam heredis dominium eſt à quo diſcede-
re inuito eo non poteſt. Subiungit. *Sed benignius eſt fa-
uore dotium neceſſitatem imponi heredi conſentire ei quod
defunctus fecit, aut ſi diſtulerit vel abſit, etiam nolente vel
abſente eo dominiũ ipſo iure transferri ne mulier maneat
indotata.* Nam quod Vlpianus fauore dotis recipiendũ
eſſe ait protrahunt illi ad quamlibet cauſam piam,
quippe quòd dotis cauſa pia eſſe exiſtimetur *l. cùm ita
32.§.mulier ff.de cond.indeb.* Vtramq; traditionem hãc
5 refert † Didacus *l.1.var. reſolut.c.14.n.15. & 16.* ſed
ita vt priorẽ improbet *d.n.16. in fi.* defendens in con-
tractibus innominatis pœnitentiæ locum eſſe quan-
tumuis reſpiciant fauorẽ piæ cauſæ poſt Roma. Iaſ.
Socin. Are. ibidem ab eo citatos: Poſteriorẽ verò pro-
bet quidẽ, ſed neget eam probari ex *d.l.ſi ego.§.nec rur-
ſus* ex cap. *exiit.verſ.in eo vero caſu de verb. ſignif.in 6.*
quo etiã loco paſſim noſtri ad eandẽ ſententiam con-
firmandam abutuntur, cùm tamen neque de contractu
innominato, neq; de mandato ibi agatur vt & Dida-
cus bene obſeruat. Ego auſim dicere vtramque tra-
ditionem falſam eſſe, cum aliquo ſiue pontificij ſiue
ciuilis iuris loco neutra probetur. Quid enim abſur-
dius aut periculoſius dici poteſt quàm ſi priuilegia
quæ ſemper à iuris communis ratione abhorrent ob
idq; odioſa & ipſis tabularum legib. improbata prohi-
bitáque ſunt, pro cuiuſque arbitrio vt apud interpre-
tes ſit & inducãtur & inducta multiplicentur? Cúmq;
nulla in eam rẽ lex neceſſaria eſſet, hoc ipſum tamẽ ſa-
tis apertè quanquam minimè generaliter à Iuſtiniano
cautum videtur in *l.illud.19.in fi.C.de ſacroſ.Eccleſ.* vbi
ſcribit in hæc verba *Nulli danda alicentia quacunq; alia
cauſa quaſi pietatis iure ſubnixa prater eas quas ſpeciali-
ter expoſuimus introducenda, veterum ſcita ſuper inti-
mandis donationibus permutare.* Non eſt autem diffi-
cile oſtendere nullo iuris loco probari eorum ſenten-
tiam qui in cõtractib. † innominatis fauore piæ cau- 6
ſæ pœnitentiam admitti poſſe negant, cùm pro ſe
nullum adferant præter *d.l.ſi ego in prin.* ad quam reſ-
pondet Didacus non agi eo loco de contractu innо-
minato, ſed de datione dotis, quæ ipſa nihil aliud eſt
quam contractus dotis, quem ſanè inter innominatos
nemo vnquam nominauit. Eſt enim † contractus do- 7
tis ex eorum numero qui re perficiuntur, cùm dotem
ſola traditio vel numeratio faciat non ſcriptura vt
ait l.1. C.de dot.cauſ.non n. Quòd ſi contractus dotis
non eſſet, ſaltem donatio dici deberet facta ob cau-
ſam quæ ſecundum noſtros etiam contractus nomi-
natus eſt, ob idque mirum videri non poſſet reuocari
eam non poſſe per ſolam pœnitentiam, quippe cui
locus nullus eſt in contractibus nominatis. Nam quod
res datur ob eam cauſam, vt in dotem poſtea ſit, non
tollit donationẽ, cùm donari dicatur, quod nullo iure
cogente conceditur *l. donari.29. De don.* nullo autem
iure cogi potuerit is qui dedit ob dotem vt daret, ſi
dare noluiſſet. Nec ad hunc caſum pertinet quod Vl-
pianus ait *in l.hoc iure 19.§.penul.eod.tit.* ſtipulationes
aut traditiones (idem namq; in vtriſq; iuris eſt) quæ
ob cauſam fiunt non habere donationẽ. Id namq; in-
telligitur de eo caſu quo aliquã cauſam habuerit do-
nator propter quam darè debuerit, quæ cauſa nulla eſt
in eo qui ſiue rẽ ſiue pecuniam dat ea lege vt res illa
vel pecunia in dotẽ conuertatur. Non enim fauorem
donantis ea cauſa reſpicit ſed donatarij ſemperq; ve-
rum eſt ex parte eius qui donat veram eſſe donationẽ
cum aliam cauſam nullã habeat quàm ipſius liberali-
tatẽ. *l.vlt.§.1.ff.quæ in fraud.cred.* Itaq; falluntur egre-
giè interpretes noſtri qui de hoc contractu loquuntur
quaſi ſit contractus Do vt des, cùm ego do futuro ma-
rito feudum vt eum habeat in dotem vxoris ſuæ no-
mine, aut cum ego do ipſius vxori, vt eum det marito.
Nam contractus † Do vt des eſt cum do tibi vt mihi 8
des, quo caſu ſicut donandi animus nullus eſt; ita ne-
que donatio eſſe poteſt, non autem cùm do tibi vt des
vel reddas alteri, Siquidem omnis datio ſimplex quæ
& valet & cauſam nullam habet, donatio eſt, quod ad-
ditur *Vt des vel reddas alteri* nõ extinguit donationem
in te collatã à me, ſed facit tantùm vt ea ſub modo &
cũ reſtitutionis onere facta eſſe videatur. At erit cõ-
tractus Do vt des ſi ponas dediſſe me eccleſiæ fundũ
vt illa viciſſim tem aliã mihi daret, Quo caſu ſi ante-
quã eccleſia mihi det, velim ex pœnitentia condicere
quod dedi, puto futurũ perinde vt id mihi liceat ac ſi
alij cuilibet dediſſem, quia dando eccleſiæ vt illa mihi
daret æquè verũ eſt id me egiſſe vt eã mihi, non vt me
illi obligarem. Neq; tamen hoc ita accipi volo quaſi
negem donationem eo caſu quo contractus eſt cõtra-
ctum innominatum eſſe adeoque dici poſſe & debere
contractũ Do vt des, ſi is qui donationem accipit vi-
ciſſim aliquid debeat dare donatori (vtrunq; enim il-
lud nos probauimus in Err.8.& 9. Dec.45. contra in-
terpretes noſtros qui volunt donationem eſſe contra-
ctũ nominatũ) ſed quia hoc etiam caſu alia cauſa eſt
donationis alia cæterorum cõtractuum innominato-
rum vt ſcilicet pœnitentiæ locus in ea nunquam eſſe
poſſit, quemadmodum ſuprad. loco oſtendimus. In
eóque duplex † etiam Didaci eſt *d.cap.14. n.16. verſ.* 9
quod ſi verũ eſt. Vnus ille, quod donationem ſub modo
factam ait eſſe cõtractum nominatum: Alter quod ita
loquitur quaſi nihil interſit inter dotis conſtitutio-
nem & donationem. Sic enim ſcribit, *Sed erit is con-
tractus enim Iureconſultus meminit in d.l.ſi ego, nomina-
tus nempe datio ex cauſa dotis, & ſic donatio ſeu dotis cõ-
ſtitutio*, cum tamen dotis conſtitutio ſemper ſit con-
tractus & quidem nominatus, Donatio autem vel nõ

sit contractus, vel cum est, sit innominatus. Et verò cum dono tibi futuro marito fundum, vxoris tuæ nomine & ea lege vt secutis nuptiis in causam dotis conuertatur, est quidem ista donatio quod ad vxorem tuam attinet si ego is sim qui eam ex officio dotare non debeam, sed non similiter, quod ad te, qui vtique vxorem habere non potes quin dotem habeas ex causa onerosa, nec rursus dotem sine vxore. *d.l.vlt.§.1.ff. quæ in fraud.cred.* Itaque quamuis vna duntaxat traditio hic reuera interueniat, duplex tamen interuenire & altera occultari intelligitur, vt in *l.3.§.pen.ff. de don. int.vir. & vx.l. singularia 15.ff.de reb.cred.* vna quæ fiat à me futuræ vxori tuæ, altera, quæ à futura tua tibi. Et consequenter non vnus tantum sed duplex contractus est si donatio contractus dici etiam impropriè potest, Vnus donationis quæ à me in futuram vxorem tuam proficiscitur, Alius dotis, quæ tibi à futura vxore tua tradi existimatur. Nec enim dotis cõtractus inter alios fieri potest, quàm inter coniuges aut sponsos. Et ratio quæ impedit ne mihi liceat pœnitere non ex eo petenda est, quod dederim ex causa dotis neq; ex fauore dotis vt putat Didacus, sed quia donare volui non quidem futuro marito sed futuræ ipsius vxori, si modo vxor fieret aliquando, ac dotem habere posset. Donatio autem reuocari ex sola pœnitentia nunquam potest. Atque ita ad Vlpianum in *d.l.Si ego in princ.* respondendum est non quomodo Didacus respondet, agi eo loco de contractu nominato. Quod verò ad aliam illam nostrorum traditionem pertinet, quæ habet † fauore piæ causæ mandatum nec finiri morte nec ab heredibus mandantis reuocari posse, pugnat sanè pereuidenter cum iuris regulis quæ mandatum quodlibet morte finiri volunt, nisi quod expressè conferatur in id tempus quo mortuus erit mandator vt in *l.mortis causa 18.§.Titia.ff.de mort.can.don. iunct. d.l.mandatum.15. C. mand.* Nec magis fieri potest vt mandatum non finiatur morte, quàm vti ne sit reuocabile ad nutum & arbitriũ mãdatoris, cùm vtrunq; perinde pendeat ex natura mandati, quamuis sit ille contractus nominatus & dici soleat in contractibus nominatis pœnitentiæ locum non esse *l.sicut.5.C.de oblig.& action.* Atqui nec Doctores nostri negant permissam esse mandatori reuocationem mandati, tum quoq; cùm factum fuit in fauorem piæ causæ ex *l.hoc iure.19.§.si quis dederit ff.de do.* (etsi nullam eo loco piæ causæ mentionem fieri video) *l.3.ff.de fern. export.l.1.C. Si manicip.ita fuer.alie. l.Si pecuniam.5.§.1.vbi Alex.n.1. D.de cond. caus. dat.* Quidni ergo etiam mandatum ad piam causam finietur morte? At illud multo durius est quod volunt eo casu quo mandatum non finiatur morte esse illud irreuocabile vt neque à mandatoris herede possit reuocari. Nam vt non insubtiliter Didacus argumentatur non sunt ista contraria Mandatum durare, Et tamen reuocari posse, quia nec aliud mandatum reuocari potest, quàm quod durat cùm id quod amplius non durat quia iam finitum sit reuocari nec debeat, nec possit. Miror autem interpretes nostros vt errorem hunc tueantur, abuti alio illo Vlpiani responso quod extat in *d.l.si ego §.1.* vbi non solum de mandato verbum nullum est, sed quod magis est, ea species tractatur, in quam indicere non potest mandatum. Nam cùm rem aliquam tibi dedi & tradidi vt secutis nuptiis dotalis efficiatur, quid est obsecro quod heredi meo mandare possim? An fortè vt tibi tradat rem quam ego iam tradidi? Minimè. Nec enim fieri potest vt possideat rem quam ego iam alij tradidi, nec vt tradat rem quam non possidet. An verò vt sine traditione dominium in te transferat? Ne hoc quidem cùm fieri nequeat vt sine traditione dominium transferatur, illúdque tantùm facere heres meus potest vt dominium quod me mortuo acquiritur ei ex causa hereditaria, non vindicet, quod vindicare summo iure posset si vellet. Atqui vt non vindicet prohibendum ei est, non mandandum. Non ergo in hanc speciem cadere mandatum potest. Idque à Didaco errorem hunc interpretum nobiscum reprehendente obseruatum non fuisse etiam miror. Sed misereor magis illorum qui torquent se in eius locĩ non sententia, quæ satis aperta est quàm ratione inuestiganda, cùm nihil sit verius quàm totum illum locum ab iis saltem verbis *Sed benignius est* Triboniani esse, non Vlpiani, vt iam docuimus in Err.3.Decad. 45. & alibi sæpe. De quo nunc ideo plura non dicemus.

ERROR V.

De conditione donationi appositæ per donatorem inuito donatario incontinenti post perfectam donationem.

SVMMARIA.

1 *An incontinenti post perfectam donationem conditionem inuito donatario possit donator apponere.*
2 *Qui affirmantem sententiam defendant: & vnde eam colligant.*
3 *In oppositum auctoris assertio.*
4 *Dictio* postea *quomodo hîc sit accipienda.*
5 *Didacum abuti textu C.cùm dilecti.ext.de donat.*

QVOD rescripserunt Imperatores in *l. perfecta 4. Cod. de donat. quæ sub mod.* perfectam donationem postea non capere conditiones, sicuti facit, vt nemo dubitet quin donatori non liceat perfectæ iam donationi ex interuallo adiicere vllas conditiones donatario inuito, ita nouæ quæstionis materiam interpretibus attulit, An incontinenti † post perfectam donationem hoc ipsum debeat licere donatori. Illam enim dictionem *postea* sic interpretãtur, quasi aliquod tẽporis interuallum demonstret ex *l.in bonæ fidei 13. C.de pact.l.iuris gentium 7.§. quinimo D. eod.l.qui procuratorem 57.D.de procur.* vt pluribus tractat Andr. Tiraq. ad *l. si vnquam in verb. postea C. de revoc.donat.* Respondent verò posse donatorem † etiã inuito donatario apponere quas velit conditiones nõ solùm in ipso contractu vt loquuntur donationis, sed etiam post ipsum cõtractum successiuè dummodo incontinenti & nullo medio temporis interuallo. Quã sententiam vt communem refert Didac. & vt veram probat *l.1.ver.resol.c.14.in pr.* post Soc. *consil.66. vol. 1.col.vlt.* Franc.Rip. *l.3.respons.cap.1.* Glos.magna in *l. si quidem ad fin. C.de except.* Bald.in *l.1. circa fin.C. de oper.libert.* Ias.in *l.1.§.1.col.vlt.ff.de verb.oblig.* Citant nostri in hanc rem text. *l.3.C.de ædilit.action. & l. lecta 40.versi.dicebã D. de reb.credit.* quibus locis scriptum est pacta incontinenti facta post contractum videri inesse contractui, quod & proditum est in *d.l.bonæ fidei & d. §. quinimo* & innumeris aliis locis. Mihi aliud † iudicium est: Siue namque per traditionem siue per stipulationem perfecta donatio esse proponatur, nulla ratio est vt liceat donatori lædere ac minuere ius, quod donatario irreuocabiliter quæsitum fuit, si non ipse donatarius consentiat. Nec alius sensus est dictionis *postea* in *d.l.perfecta* nisi vt significes *post perfectam donationem* ad excludendum tempus omne quod sequitur perfectionem donationis vel vno si voles instanti tantùm. Neque verò ad hunc casum pertinere potest quod dici solet ea quæ incontinenti fiunt

fiunt ineſſe videri. Id enim pertinet ad pacta quæ quoniam ex vtriuſque contrahentium voluntate & conſenſu conſtant *l.1.ff.de pact.l.3.ff. de pollicit.* dubitandum non eſt fieri poſſe non tùm incontinenti ſed etiam ex interuallo : cum hac ſola differentia, quod incontinenti facta pariunt actionem tanquam quæ inſint contractui, non etiam quæ fiunt ex interuallo, quoniam aliud eſt fieri & valere pactum, aliud verò naſci ex eo actionem. Prius pendet ex ſola contrahẽtium voluntate, Poſterius verò non niſi ex ratione iuris. At vt poſt perfectam donationẽ adiiciatur noua lex noua conditio inuito donatario & ex ſola voluntate donatoris quantumlibet incontinenti declarata fieri nullomodo poteſt citra iniuriam donatarij manifeſtam. Debétque ſibi imputare donator cur non omnes quas voluit leges & conditiones ab initio expreſſerit, hoc eſt antequam donatio perficeretur. Quod tempus eſſe conſcribendarum conditionum & pactionum quas donationi inſerere vult donator id eſt priùs quàm donatio recipiatur, Conſtantinus ait in *l.donatio 25.C.de don.* illis verbis *ſub hac fieri debet obſeruatione vt quas leges indulgent conditiones pactionéſque tenineat : Hiſque penitus cognitis vel recipiantur, ſi complacita ſunt, vel reiiciantur ſi ſunt moleſta.* Alioquin eſſet inuentus modus facilis & cuique obuius reuocãdæ donationis ex pœnitentia quæ liberalitatis comes eſſe ſolet, donatore ſcilicet incontinenti poſt perfectam donationem dicente velle ſe donationi eam legem addere quam ſciat donatarium tanquam nimis oneroſam nunquam admiſſurum eſſe. Atqui certum eſt perfectam donationem reuocari ex pœnitentia non poſſe ne quidem accedente principalis teſcripti autoritate *l.3. 4. & 5. & paſſ. C.de reuoc. donat.* quia vellet necne donator donare, debuit ille diligentiùs perpendere antequam donaret, cùm liberum ei eſſet *l. velles necne 6.eod.* Cur ergo licebit donatori eam reuocare conquiſitis quantumcunque ſtatim & incontinenti nouis conditionibus? Quid enim aliud eſt nouas conditiones adiicere, quàm pœnitere ? Aut cur quod vna via prohibitum eſt, alia permittatur ? *l.ſcire oportet 21.§.1.ff. de tutor. & curat. dat.* Et quod obiicitur dictionem † *poſtea* nihil aliud ſignificare quàm *ex interuallo* in iis verum eſt quæ aut ex interuallo aut incontinenti fieri poſſunt. Id autem de quo agimus Donationi ſcilicet iam perfectæ cõditionem adiicere tale eſt vt neque incontinenti neque ex interuallo fieri poſſit inuito donatario. Ideóque in hunc caſum non cadit ea quæſtio, An debeat hæc dictio *poſtea* ſumi pro eo quod eſt *incontinenti* an pro eo quod eſt *ex interuallo*, priuſque eſſet probandum quod nos negamus, ſaltem incontinenti poſſe adiici conditionem: Cæterùm negari non poteſt, quin poſtea fiat quod fit poſt perfectam donationem tametſi fiat incontinenti. Et quamuis quæ incontinenti non etiam quæ poſtea fiunt dicantur ineſſe, prius tamen eſt vt poſſint ineſſe, cùm ineſſe præſupponat factum. Quod verò pro ſe adducit Didacus textum † iuris pontificij vt optimum in *c. cum dilecti Extr.de don.* mirandum ſanè eſt. Potiùs enim probat ille locus apertiſſimè donationem quæ ab initio libera & pura fuerit nullas recipere conditiones. Eas autem ſolas conditiones valere quæ donationi ſint inſertæ. Quo nomine ſignificantur ea quæ in ipſo actu donationis expreſſæ ſunt non quæ poſtea adiectæ quamuis incontinenti niſi donatarij quoque voluntas acceſſerit. Qua etiam accedente adhuc tamen requirimus vt incontinenti appoſitæ ſint ad hoc nimirum vt ex nudo pacto agi poſſit ad implementum conditionis, quia pacta ex interuallo appoſita etiam poſt bonæ fidei contractum, qualis certè donatio non eſt actionem producere non poſſunt, ſi non habeant adnexam ſtipulationem *d.§.quinimo & l.pactaconuenta 72. D. de contr.empt.*

ERROR VI.

De donatione ſiue inter viuos ſiue cauſa mortis facta bonorum omnium præſentium & futurorum.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia interpretum donatio omnium bonorum præſentium & futurorum inter viuos facta non valet, & cur.*
2 *Donatio omnium bonorum quando non auferat teſtandi facultatem : adeóque valeat.*
3 *Donatio hereditatis an valeat.*
4 *Quibus caſibus velint interpretes omnium bonorum præſentium & futurorum donationem valere.*
5 *Bonorum omnium præſentium & futurorum donationem etiam nõ iuratã valere, aduerſus interpretes.*
6 *Vniuerſalis bonorum donatio nunquam ita fieri poteſt, vt iura & actiones ipſo iure in donatarium omnium tranſeant.*
7 *Ex legato nominis actio directa non poteſt competere legatario ex perſona propria, at neque ex perſona heredis ſine mandato.*
8 *Actiones directa remanent penes donatorem etiamſi iura ſua omnia, actionéſque ſibi competentes denauerit.*
9 *Donationem bonorum omnium præſentium & futurorum nunquam poſſe donatori eripere teſtandi facultatem.*
10 *Improbanda non eſt illa donatio quæ facit ne donator tam facilè ſit heredem habiturus : ſed illa quæ faceret ne iure habere poſſet.*

NON eſt in toto † iure noſtro receptior 1
apud interpretes & veteres & recentiores concluſio, quàm hæc de qua nunc tractamus, Donationem omnium bonorum præſentium & futurorum inter viuos factam non valere, tanquam quæ donatori adimat non tantum libertatem teſtandi, ſed etiam facultatem ipſam factionemque teſtamenti, quam conſtringi ſatis eſſet vt contractus non valeret, quiſquis ille foret. *leg. ſtipulatio hoc modo concepta 61. vbi* DD. *de verb.obl.l. pactum quod dotali 15.C.de pact.l.cum duob. §2.alias l. ſi fratres §.idem reſpondit ſocietatem D.pro ſocio.* Adeo vt nec ſi iurata ſit, eam tamen valere patiantur, quia, inquiunt, non eſt obligatorium contra bonos mores præſtitum iuſiurandum *cap. non eſt obligatorium. de reg.iur.in 6.* eſt autem contra bonos mores vt ciui Romano teſtamenti factio per pactum auferatur *d. l.ſtipulatio l.ex eo. 4. C.de inut. ſtipul.* quanquam dubitant nonnulli an hoc ipſum ſit contra bonos mores naturales, an contra ciuiles tantùm : quod poſtremum verius eſſe defendit Didac. Couarr. *in 2.part. rubric. De teſt.n.4.5.& 6.* neque hoc malè, licet fortaſſe non ſatis vrgentibus rationibus, cùm eam præmittat quæ me omnium maximè mouet, quod teſtamenti factio ſit tota ex iure ciuili, non ex naturali aut gẽtium, vt alibi ſæpe à nobis traditum & comprobatum eſt. Inde fit vt ſi quando facta ſit donatio inter viuos ne auferat teſtandi facultatem nemo dubitet eam valere, puta † ſi quis donationem vniuerſalem bonorum 2
omnium reſtrinxerit ad præſentia. Aut etiam ſi donauerit ſimpliciter bona ſua, adiecta etiam ſi voles nota illa vniuerſalis *Omnia* propterea quod nihil hic

ſit,

ſit,quod impediat ne poſſit benignè ad defendendam donationem ea ſumi interpretatio, vt de ſolis bonis præſentibus actum eſſe videatur. Multo magis ſi quis omnia bona ſua mobilia & immobilia donaſſe proponatur: cùm hoc caſu non ſolùm futura non contineantur,de quibus nihil expreſſim dictum eſt,ſed neq; iura & actiones,tanquam quæ tertiam bonorũ ſpeciẽ cõſtituant à mobilibus & immobilibus bonis proꝛſus diſtinctam *l.à Dino Pio* 15.*§.in vendit.ff.de re ind.* Sed & cum donatio expreſſim & vniuerſaliter facta eſt bonorum omnium & præſentium & futurorum, ſi quid tamen ſibi donator exceperit & reſeruauerit, de quo teſtari poſſit,fatentur omnes valere donationem, quaſi ceſſante ratione illa,quæ alioqui facere deberet ne valeret. Dummodo id quod excipitur ac reſeruatur tale ſit ac eius momenti, vt pro eo conſequendo credibile ſit heredem inſtitutum hereditatem aditurũ eſſe,id eſt, vt non ſit quid minimum. Propter quam cauſam ſolent noſtri hoc ita taxare vt ſaltem excedat viceſimam partem illius patrimonij quod donatur,vt loquitur Iulius Clarus *l.4.ſentens.in §. donatio. quæſt.*19.*n.*8. Parum conuenienter meo iudicio, cùm fieri poſſit vt perexigui fortaſſe patrimonij pars non dicam viceſima, ſed duodecima aliáue minor, non aliud commodum habeat, quàm quod ſit paullo plus quàm nihil, & cuius conſequendi auiditate non poſſit allici ſcriptus hæres ad adeundum. Quemadmodum è contrario fieri facilè poteſt,vt tam ampium ſit patrimonium, quod donatur, vt eius pars centeſima, nedum trigeſima poſſit ſufficere inueniendo habendóque hæredi. Itaque vix eſt vt certa portio hac in re diffiniri queat. Quod ſi donator vt plerunque fit, bonorum illorum omnium præſentium & futurorum quæ donat vſumfructum duntaxat ſibi exceperit, ſiquidem hoc expreſſo vt de eo poſſit tantùm inter viuos diſponere,placet donationem non magis valere, quàm ſi nihil prorſus ex donatione exceptum eſſet: cùm paria ſint nihil excipere donatorem & tale quid excipere de quo teſtari non poſſit. Si verò vel ſimpliciter, vel hoc etiam expreſſo vt donatori liceat teſtari, donationem valere, quamuis contra ſenſerit Paul.Caſtr. *ad l vlt num.*10.*C.de pact.* cuius opinio paſſim eſt improbata. Sed hoc tamen ita demum, ſi vſusfructus ille exceptus tantum adferat emolumẽti, vt poſſit ſufficere non ſolum præſtandis alimentis aliiſque omnibus ad donatoris exhibitionem neceſſariis, verùm etiam redigendæ ſaltem per honeſtam frugalitatem quantitati, quæ inuitatura ſit veriſimiliter heredem vt ea ſpe allectus velit adire hereditatem: quemadmodum tractat Didacus *l.3.var.reſolut. c.*12.*n.*3. Rurſum ſi quis non bona ſua omnia ſed hereditatem † ſimpliciter donauerit, etſi non deſunt ex
3 interpretib.qui dubitent an donatio valeat necne, receptius tamen eſt non valere,propterea quod hæc donatio æquipolleat donationi bonorum omnium præſentium & futurorum, cùm hereditatis nomen comprehendat omnia bona,quæ quis ſuæ mortis tempore reliquit, ideóque nec poſſit negari,quin hæc donatio facultatẽ teſtandi adimat donatori, quomodo ratiocinatur Iul.Clar. *d.quæſt.*19.*n* 6. Excipiunt tamen interpretes duos caſus † in quibus volunt etiam omniũ
4 bonorum præſentium & futurorum donationem valere: Vnus eſt ſi collata ſit in eccleſiam cui etiam ſeipſum dicare donator potuiſſet. Alius eſt ſi duo fratres talẽ donationem ſibi inuicẽ faciant,vel ineant ſocietatẽ,aut vt loquuntur, fraternitatẽ reciprocã fauore agnationis conſeruandæ vt ait Boër. *Deciſ.*355. *num.*3. Nam & non ſolum inter fratres ſed etiam inter quoſcunque alios valet donatio bonorum omnium præſentium & futurorum, quoties effectus eius collatus eſt poſt mortem donatoris, vt pro Boërij ſententia confirmanda ſubiungit Clarus in *d.§.don.quæſt.* 20.*in fin. & d.quæſt.*19. *num.*7. vbi ex hoc infert valere huiuſmodi donationem bonorum omnium præſentium & futurorum ſi facta ſit cauſa mortis, quia donationum cauſa mortis ea condicio ſit vt poſt donatoris mortem conferantur, ideoque ad inſtar legatorum capi exiſtimentur *l.non videtur* 32.*l. illud D. de mort.cauſ.don. l.vl.C.e.* Extra hos caſus adeò inutilem voluntẽ eſſe donationem bonorum omniũ & præſentiũ & futurorũ,vt nec pro præſentib.eã valere patiantur, at neq; pro futuris tantùm. Quamuis ſi donatio quæ excederet quingentos ſolidos nulla eſſet ob defectum inſinuationis, non eo minus defenderetur intra modũ & finem legitimæ quantitatis *l. ſancimus* 34. *& l.ſeq. §.ſin autem donator verſ.ſin autem amplioris C. de don.* Atque hæc quidem omnia ex receptiorib.interpretum noſtrorum ſententiis ita ſe habent, vt ex iis videre eſt quos citat & cumulat Iulius Clarus *d.quæſt.*19.*&* 20. Nec enim ſum ego cumulator interpretum, qui meo iudicio omnium ignobiliſſimus labor eſt,ſed interpres etiam ipſe quantum per ingenioli mei tenuitatem licet. Parúmque abeſt vt malim eſſe malus interpres, quàm malorum congeſtor & adprobator. Quanquam in hac quæſtione ſum ego aliàs ſecutus vulgarem cæterorum errorem, in eoque experior, nunquam me aut facilius labi aut turpius, quàm cùm aliorum veſtigiis inſiſto bona fide pro veris habens quæ illi pro veriſſimis habuerunt. Nunc verò in ea ſum opinione † ſ vt putem bonorum omnium præſentium & futurorum donationem etiam non iuratam valere, in quemcunque collata ſit, dum ne aliud quicquam impediat donationẽ.Mouet me,quod ratio illa qua vna mouentur interpretes vt contrà putent, nẽpe quod ex huiuſmodi donatione auferatur donatori teſtãdi facultas, euidẽter falſa eſt. Non quia, vt nonnullos aliquando argumentantes audij,poſſit teſtari etiam ille qui bona nulla habet,puta qui plus habeat in ære alieno quàm in patrimonio(aliud enim eſt bona nulla habere neq; poſſe vnquã habere,quomodo videtur nulla poſſe habere,is qui nõ tantùm præſentia donauit ſed etiã futura) At quoniam non quælibet donatio transfert dominium rei donatæ in donatarium, ſed ea duntaxat quæ & per traditionem fit, & eo animo vt ſtatim dominium ex ea transferatur: Nulla verò traditione interueniente quamuis donatio valeat ſiue facta ſit per ſtipulationem, vt olim fieri eam neceſſe erat, ſiue per pactum nudum, quomodo fieri eam hodie poſſe Iuſtinianus voluit in *l ſi quis argentum* 35.*§.pen. C.de donat.* nullum tamen alium effectũ habet niſi ne obliget donatorem eiúſve heredem ad præſtandum tradendumque id omne quod donatum fuit *d.l.ſi quis §. Sed etſi quis vniuerſitatis,cum ſeq.* Interim igitur donator remanet dominus,& conſequenter habet quod ad heredem tranſmittere & in quo heredem habere poſſit. Atqui cùm donatio fit bonorum omnium & præſentium & futurorum,fieri nequit vt bona omnia tradantur, quia quæ nondum acquiſita ſunt ob idque futura dicuntur nondum tradi poſſunt, nec ſi traderentur, dominium tamen eorum transferri poſſet ab eo qui nondum illud haberet. Semper igitur habet hic donator, vel ſaltem, quod ſufficit, poteſt habere bona de quibus teſtetur quia etiamſi tradiderit omnia quæ habebat, potuerunt tamen alia ei acquiri vel in ipſo mortis inſtanti, puta ex cauſa legati vel fideicommiſſi, quod ſicut ignoranti,ita & morienti acquiri poteſt *l. cùm pater* 77. *§. ſurdo de legat.*2. iunct *l. de hereditate* 19. *§. filiusfamilias in fin. D.de caſtrenſ. pecul.* Tantumque abeſt vt hæc donatio impediat ne donator poſſit heredem aliquem habere teſtamentarium, vt è contrario neceſſe ſit donatoris heredem aliquem eſſe ad hoc vt donatio effectum ſortiri poſſit.

Quis

Quis enim dominium posset transferre in donatarium mortuo iam donatore si heres nemo esset? Ideoque nimirum constituit Iustin. in *d. l. si quis argentum in fi.* vt ex donatione etiam ipsius heres teneatur ad tradendum. Neque verò difficilius est vt testamentarium heredem habeat hic donator, quàm vt legitimum, quia si nulla bona haberet neque habere posset, non magis ei permitteretur legitimum heredem habere quàm testamentarium. Sed addamus aliam quoque rationem. Dico huiusmodi donatione † quantumuis vniuersali bonorum omnium præsentium & futurorum quamuis ad bona mobilia & immobilia restricta non sit, iura tamen & actiones nunquam posse ita contineri vt transeant omnino & ipso iure in donatarium: Nec si quod mirere, dixerit donator se iura quoque sua omnia donare. Non quia in donationem cadere ista non possint, perinde atque mobilia & immobilia cætera. Sed quia non est in potestate donatoris facere vt à se abdicet iura directa & directas actiones quæ vt nostri solent dicere, sic adhærent ossibus, vt ab ea persona cui semel adhæserunt separari nunquam possint & in alium transferri. Potestque donatarius hoc tantùm commodi ex tali donatione nanciscì, vt post rescriptum Diui Pij habeat vtiles actiones proprio nomine cõtra debitores donatoris, exemplo eius cui nomen vel venditum est vel obligatum vel legatum vel datum in dotem aut in solutum. *l. si cum emptore 16. D. de pact l. 2. C. de oblig. & action. l. vlt. quand fisc. vel priuat. debit. sui debit. conuen. poss. l. postquam. 7. C. de hered. vel action. vendit. l. ex legato 18. C. de legat.* Habeat verò quidem etiam directas, sed ex persona donatoris non ex propria, quemadmodum de supradictis aliis cessionariis ibidem scriptum est & in *l. emptor 5. & l. ex nominis 8. C. de hered. vel act. vend. l. 3. & 4. C. de nouat. l. vl. D. de transact.* Proinde non facit hæc donatio quin donator in huiusmodi iuribus & actionib. directis heredem habere possit: Quinimo necesse est vt heredem habeat vel ob hoc maximè vt mortuo donatore easdem actiones directas exercere donatarius possit, vt aliqua persona sit in qua consistant & cuius nomine à donatario exerceantur, vt & in eleganti illa specie de qua in *l. 1. C. de oblig. & act.* Plus ausim dicere, nullo iuris loco, saltêm quod meminerim, dari vtiles actiones donatario nominis, sed tantùm directas ex persona donatoris vt in *l. 2. C. de don.* Ideo fortasse quod minus dignus est donatarius cui faueatur, cùm habeat causam lucratiuam non quomodo supradicti omnes cessionarij solo legatario excepto causam onerosam. Nam & in aliis plerisque iuris partibus idem est ne donatario minùs quàm creditorib. aliisve causam onerosam habentibus faueatur, Vt in *l. quod autem 6. § simili modo dicimus D. quæ in fraud cred. l. pen. C. de reuoc. his quæ in fraud. l. super long. 11. C. de præsc. long. temp. l. 4. § si cum legitima ver. si quis autem D. de dol. exce.* Præsertim quia cùm donatio non posset olim fieri nisi vel traditione vel stipulatione interueniente, nihil causæ erat cur donatario succurri oporteret datis ei ex propria persona vtilibus actionibus, cùm fieri non posset vt non haberet directam aliquam actionem vel proprio iure & contra donatorem ipsum à quo fuisset stipulatus, vel contra debitorem ex persona donatoris à quo instrumentum nominis per traditionem accepisset *l. 1. C. de don.* vel denique ex persona etiam propria contra debitorem ipsum donatoris, si quod plerumque fiebat donatore ita iubente stipulatus ille fuisset nouandi animo à debitore quod debebatur donatori. Nec quod legatario quoque nominis accommodantur vtiles actiones quamuis lucratiuam causam habeat *d. l. ex legato*, facere debet vt idem ius donatario indulgeri oporteat. Legatario.n. succurri æquum fuit cùm directas actiones nullas habere posset, priusquàm essent ei ab heredibus mandatæ, vt ait *d. l. ex legato*. Nam licèt ea sit posteas legis duodecim tabularum, quæ legata omnia cõfirmat vt dominium rei legatæ recta via transferat à testatore in legatarium *l. legatum 80. de leg. 2. l. a Titio 64. in fi. de fur.* eadem tamen lex facere non potest vt ex legato † nominis actio directa competat legatario ex persona propria, at neque ex persona heredum citra mandatum. Adeo difficile aut potius impossibile est, vt actionum directarum translatio vnquam fiat nisi in heredem, qui eadem cum defuncto persona esse censeatur: Quod & apertius intelligitur ex senatusconsulto Trebelliano, cuius licèt ea sit mens vt omnes actiones hereditarias transferre velit in fideicommissarium tanquam qui & heredis loco, & iuris successor sit, non tamen facit nec facere potest vt actiones illæ fideicommissario competentes sint directæ, sed tãtum vt sint vtiles, remanentibus directis penes heredem, qui & ipse heres manet *l. ita tamen 27. §. qui ex Trebelliano l. si heres institutus 70. D. ad SC. Trebell.* Ergo quamuis legatario nominis faucdum esse prudentes existimauerint protracto ad eum per interpretationem rescripto Diui Pij quod de nominis tãtùm emptore locutum fuerat, non tamen bona erit confecutio si quis audacter eandem interpretationem protrahere velit ad donatarium, quamuis par vtriusq; sit ratio in eo quod vterque causam lucratiuam habet, Sed erit bona ratiocinatio & collectio, si dicamus actiones directas quæ remanent penes heredem non modò cùm nomen legatum est, sed etiam cum restituta fuit per fideicõmissum hereditas quãuis fideicommissarius vniuersalis sit successor iuris *l. non. n. 38. l. seruo 65. eo. tit. ad SC. Trebell.* multo magis remanere debere † penes donatorem etiam qui iura sua omnia, sibique competentes actiones donauerit, cum donatarius non sit iuris successor *l. aris alieni 15. C. de don.* Proinde fatendum est donatorem bonorum omnium præsentium & futurorum etiam iurium & actionum perinde posse heredem habere in iuribus suis & actionibus omnibus, ac si iura illa & actiones a donatione excepisset: Imo verò necessarium esse, vt heredem habeat ex cuius persona vt iam diximus possit donatarius actiones directas exercere. Ne alioqui defuncto eo sine herede mandatum actionum directarum intercidat. Quanquam non nego æquissimum fore illo casu, vt succurreretur donatario accommodatis ei vtilibus actionibus in vicem & subsidium directarum, quemadmodum in specie *d. l. C. de obli. & actio.* Addo aliam rationem ex qua manifestius apparet donationem † bonorum omniũ præsentium & futurorum nunquam posse donatori eripere testandi facultatem. Nimirum quia nec potest tollere causam & necessitatem habendi heredis. Certum enim est ius hereditatum & heredum fuisse inductum per legem duodecim tabularum, non tantùm vt via inueniretur per quam dominium rerum defuncti, quas viuus ille in patrimonio habuisset, ad successorem transferri posset, verùm etiam ne actiones creditorum morte debitoris intercidcrent & vt haberent creditores quem conuenire possent. Id enim est quod solemus dicere onus æris alieni non tantùm in heredes transire, sed etiam inter eos diuidi per legem duodecim tabularum & ipso iure pro hereditariis portionib. *l. 1. C. si cert pet. l. vlt. C. de hered. actio. l. 1. & 2. C. si vnus ex plurib. her. credit.* Atquin is qui donat bona sua omnia & præsentia & futura etiamsi addat, si voles iura quoq. & actiones, hoc etiam addito vt æris alieni onus suscipere donatarius cõpellatur, non ideo tamen se liberat & exuit

ere alieno, nec transferre illud poſt in donatariũ, quã quod fuit penes donatorem: porrò æs alienum donatoris non fuit, ſed creditorum ipſius, ob idque æs alienum appellatur *l. cedere diem* 213. §. *æs alienum D. de verb. ſignif.* Remanent igitur penes donatorem etiam inuitum actiones paſſiuæ omnes, nec eo tantũ modo, quo dicimus penes hæredẽ remanere poſt reſtitutã hereditatem ex cauſa fideicõmiſſi, vt ſcilicet directis quidẽ actionibus conueniri poſſit, ſed tamẽ poſſit fideicõmiſſarius conueniri vtilibus. Verùm ita vt non magis vtiles quàm directæ actiones in donatariũ exerceri poſſint, quippe qui nec ſit nec vllomodo eſſe poſſit iuris ſucceſſor, cùm titulus donationis ſit ſingularis, non vniuerſalis, quantumcunq. vniuerſitatis, donatio facta ſit, vt ſequenti capite dicemus. Dices parum eſſe ad conſeruandam donatori factionem teſtamenti quod penes eum remaneant iura omnia & actiua & paſſiua, quandoquidem non eo magis heredem aut ex teſtamento aut ab inteſtato habere poteſt, cùm non ſit credibile futurum quemquam adeo ſupinum & ſtultum, vt eam donatoris hereditatem adire velit, in qua nihil reperturus ſit niſi onus æris alieni & directas actiones ſine fructu. Verùm reſpondeo † longè aliud eſſe de iure, aliud de facto diſputare. Ad ius illa quæſtio pertinet, An donator heredem aliquem habere poſſit. Ad factum verò illa An heredem illum quem ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato habere poteſt, habiturus ſit necne. Improbanda eſſet donatio ſi faceret ne donator heredem habere iure poſſet. Sed non improbanda eſt, quod faciat ne tam facile ſit ille habiturus heredem metu æris alieni exterritum & nulla ſpe præmij inuitatum: Cùm præſertim fieri etiam poſſit vt onus illud æris alieni tam ſit leue, vti ne idcirco heres ſiue teſtamentarius ſiue legitimus hereditatem omiſſurus ſit & defuncti fortaſſe patris aut fratris, à quo etiam ille ipſe donationem acceperit, famam pudorémque oneraturus, quem potius ſuſcipere tuerique tanti habere malit. Alioqui paullatim dicendum erit nec ſingularum rerum donationes, adeóque venditiones aliáſue alienationis ſpecies multiplicatas valere poſſe, nullos denique contractus per quos pauperior quis fiat cùm ea ratione futurum ſit aliquando, vt tanto difficilius heredem habiturus ſit, tanquam multo minorem hereditatem relicturus. Quo tamen abſurdius dici nihil poteſt. Nam & ante legem falcidiam latam & ante inductam ex ſenatuſconſulto Pegaſiano quartæ ex fideicommiſſis vniuerſalibus retentionem, quamuis plerumque cõtingeret vt deſtituerentur teſtamenta, atque ita ipſa quoque legata & fideicommiſſa interciderent nolentibus ſcriptis heredibus adire hereditatem etiam non ſuſpectam ſi nullo lucro & commodo inuitarentur (quæ res & legi falcidiæ & ſenatuſconſulto Pegaſiano cauſam dedit) non eo minus tamen valebant teſtamenta, etiam quibus teſtator vniuerſam hereditatem ſiue legando ſiue fideicommittendo exhauſiſſet, ita vt heres non quidem adire cogeretur, ſed ſi adiret obligaretur creditoribus omnibus in ſolidum, legatariis verò ad cõcurrentem vſq. patrimonij quantitatem, fideicommiſſario autem vniuerſali ad transferendas in eum ex Trebelliano omnes actiones, quorum omnium nihil erat, quod dici deberet, ſi ratio iuris obſtabat, quominus valere poſſent eæ diſpoſitiones, per quas habendi heredis ſpes imminueretur. Sed & hodie poſtquam placuit Iuſtiniano, vt teſtatori liceat quod olim non licebat falcidiæ & Trebellianicæ detractionẽ heredi prohibere *Nouell. 1. de hered. & falcid.* quis non videt idem incommodum poſſe accidere, quod olim ante legis falcidiæ & ſenatuſconſulti Pegaſiani tempora accidebat, vt heres prohibitus nolit hereditatem adire quam videat legatis & fideicommiſſis exhauſtam, ex qua plurimum damni timere debeat, lucri verò ſperare prorſus nihil? Et tamen nemo dubitat quin valeant huiuſmodi teſtamenta quamuis facilè in irritum caſura ſi heres deſtituat ſupremam defuncti voluntatem, Nempe quia ſufficit vt aliquo caſu poſſit ea voluntas effectum habere, quod contingit herede inſtituto plus pudori teſtatoris ſui quàm commodis ſuis tribuente. Et cum deſtituitur teſtamentum propter heredis repudiationem qui non tanti habeat ſuſcipere pudorem defuncti vt oneribus hereditariis mergi velit, nihil in eo abſurdi aut iniqui eſſe creditur, quia procedit incommodum hoc ex facto teſtatoris, cui proinde poteſt imputari, cur tam pauperem ſe fecerit donando. Cæterùm non eo minus poſſe fieri vt heredem hic donator habeat, ex eo intelligimus, quòd ſi heres ab ipſo inſtitutus hereditatem adire vellet, ſiue adfectione motus ſiue imprudentia, proculdubio poſt additionem teneretur creditoribus omnibus hereditariis, nec alio tamen iure quam quaſi heres, quia hereditas nomen iuris eſt, nec in corpore conſiſtit, ſed in iure. *l. hereditas* 50. *D. de hered. petit.*

ERROR VII.

De donatario vniuerſorum bonorum an donatoris creditoribus teneatur, Et quid ſi donatio facta ſit in fraudem creditorum.

SVMMARIA.

1 *Donatarius vniuerſorum bonorum ex ſententia interpretum eſt loco heredis, ideóque dantur in eum creditoribus hereditariis actiones ſaltem vtiles.*
2 *Diſtinctio quam nonnulli interpretes in propoſita quæſtione adhibent.*
3 *De propoſitis interpretum dogmatibus auctoris ſententia.*
4 *Donatarius quantumlibet vniuerſalis eſt ſucceſſor ſingularis, ideóque ad onus aris alieni non tenetur.*
5 *Bonorum poſſeſſor & fideicommiſſarius creditoribus hereditariis cur teneantur.*
6 *In donatarium vniuerſorum bonorum vt dentur actiones vtiles nulla iuris ratio efficit.*
7 *Impugnatur diſtinctio interpretum propoſita ſub nu. 2. ſupra.*
8 *De deductione aris alieni quando vniuerſa bona donata ſunt.*

1 DOCTITANT noſtri pragmatici Donatarium † vniuerſorum bonorum eſſe loco heredis, ob idque volunt dandas eſſe in eum creditorib. hereditariis ſaltem vtiles actiones. Sic enim Guid. Pap. quæ. 105. ſcilicet in ſubſidium nemine alio donatori herede exiſtente, quomodo dantur in fideicommiſſarium vniuerſalem & in bonorum poſſeſſorem quòd hi licèt heredes verè non ſint, heredum tamen loco habeantur. Idem tamen ſolent diſtinguere †, an donatione iura quoque & actiones comprehendantur, an mobilia tantùm & immobilia bona: vt priore demum caſu donatarius vniuerſalis teneatur creditoribus, non etiam poſteriore. Quaſi donatione iurium & actionum iura non tantum actiua ſed etiam paſſiua in donatarium transferantur. Et traditio † & diſtinctio falſa eſt: Donatarius enim quantumlibet † vniuerſa-

2

3

4

5

lis

lis nullo caſu heres eſt, neque heredis loco, ſed ſucceſſor ſingularis, qui proinde ad onus æris alieni teneri nunquam poteſt, ſiquidem æs alienum onus eſt totius hereditariæ ſucceſſionis, vt ſcriptum eſt in *l. æris alieni. 15. C. de don.* ſoluſq. heres huic oneri obnoxius ſit per legem duodecim tabularum *l. vlt. C. de bered. actio. l. 1. & 2. C. ſi vnus ex plurib. her. credi. l. 2. C. ſi cert. peta.* Nec quod in donationem veniat vniuerſitas bonorum facere poteſt, vt donationis titulus debeat videri vniuerſalis, ſicut & cùm hereditas venditur licet tota vendatur, nemo tamen dixerit emptorem ſuccedere in ius defuncti vel heredis titulo vniuerſali. Succedit enim titulo ſingulari ob idque nec hereditariis creditoribus tenetur, quamuis ea lege contraxiſſe videatur, vt iis ſatisfaciat *l. ſecunda. Codic. ſi certum petatur.* In eo namque ſimiles ſunt tituli emptionis & donationis, quòd vterque eſt ſingularis, licet vterque cadere poſſit etiam in hereditatem, aut potius hereditas in vtrumque *l. hereditatē 28. D. de don.* Nempe quoniam quæ hereditas venditur aut donatur eam neceſſe eſt iam aditam & acquiſitam eſſe à venditore, ac proinde deſiiſſe eſſe hereditatem, conuersámq. in patrimonium venditoris vel donatoris. Quæ res facit vt æris alieni onus quod hereditas ab initio admixtum habuit deſinat habere cùm deſinit eſſe hereditas, quia lex duodecim tabularum non aliam hereditatem æri alieno obſtringit, quàm quæ ſit verè hereditas, nec ſufficit vt fuerit aliquando, quia non quemadmodum in hereditate ita & in bonis æs alienum eſſe poteſt, cùm ideo alienum dicatur quòd ſit in bonis eius cui, non à quo debetur *l. cedere diem 213. §. 1. D. de verborum ſignific.* Porrò quæ deſinit eſſe hereditas non aliud nomen habere poteſt quàm bonorum. Bona verò non dicuntur niſi deducto ære alieno, tantum abeſt vt æris alieni onus bona ſequatur *l. mulier 72. ff. de iur. dot. l. non poſſunt 11. ff. de iur. fiſc.* Neque contrarium
5 eſt quod de bonorum poſſeſſore † ac fideicommiſſario diximus teneri eos creditoribus hereditariis. Habet enim id ſpecialem rationem quia vtrique ſunt iuris ſucceſſores, quanquam diuerſa ratione ſcilicet bonorum poſſeſſor iure prætorio *l. 2. & 3. §. 1. ff. de bonor. poſſ.* fideicommiſſarius verò etiam ex iure ciuili hoc eſt ex ſenatuſconſulti Trebelliani autoritate *l. 1. & toti tit. ff. ad SC. Treb.* Quæ ſenatuſconſulti autoritas non aliam ob cauſam fuit quàm quod hereditatis reſtitutio fieri nequeat niſi poſt aditionem, & conſequenter eo tempore non tam ſit, quàm fuerit hereditas. Id enim eſt quod Vlpianus ſcribit in *l. in fideicommiſſaria 18. ff. e.* quoties quis hereditatem reſtituere rogatus eſt, videri eum rogatum id reddere quod fuit hereditatis. Ideóque comparandus eſſet fideicõmiſſarius emptori hereditatis & donatario quod ad hoc ne creditorib. teneretur niſi poteſtate ſenatuſconſulti tranſirent in eum vtiles actiones & actiuæ & paſſiuæ, quia is qui hereditatem fideicommiſſariam reſtituit, ſicuti neceſſariò priùs heres ſit per aditionem, ita non minùs heres manet etiam poſt reſtitutionem, quàm qui hereditatem vel vendidit vel donauit *§. reſtituta, Inſt. de fideic. hered.* & ob id nimirum neceſſaria eſt ei & in eum exceptio reſtitutæ hereditatis, ſi vel debitores hereditarios conueniat, vel à creditoribus hereditariis conueniatur *l. ita tamē 27. §. qui ex Trebelliano D. ad SC. Trebel.* Vt vero in fideicõmiſſario id conſtitueretur quod neque in emptore neque in donatario hereditatis cõſtitutũ fuit, fauor effecit fideicommiſſorum, quæ alioqui intercidebant nolente herede ſe implicare negotiis hereditariis in fideicommiſſarij vtilitatem, præſertim cùm nondum eſſet inductum Senatuſconſulto Pegaſiano quod poſterius fuit Trebelliano, vt ſuſpectam dicens heres cogi poſſet ad adeũndum *l. quia pater 4. e.* At neque hæc neque alia vlla ratio locum habere poteſt in donatario † vniuerſorum bonorum vt dandæ ſint 6
vtiles in eum actiones non magis quam ſi fundus tantùm ei donatus eſſet, quo caſu fatentur omnes futurum vt ad æs alienum minimè teneretur, quia perſonalis obligatio non ſequitur ſingularem ſucceſſorem *l. 1. § ſi heres e. l. vlt. §. 1. D. de cont. empt.* Nullum enim periculum eſt ne donatio corruat, quæ non niſi ex voluntate ac liberalitate illius qui obligatus manet, proficiſcitur. Item quia nec aliud in donationem venire intelligitur, niſi quod ſupereſt deducto ære alieno *d. l. mulier. & d. l. non poſſunt*, vt proinde parũm aut nihil interſit donatoris an teneatur ipſe creditorib, an donatarius, cùm ex rebus ipſis donatis omnino deducendum ſit quantum neceſſe eſt vt æs alienum exſoluatur. Quomodo & in *l. ſi non verum 15. C. de don. int. vir. & vx.* indemnitati fiſcali ſatisfit ob primipilum etiam ex re ſingulari donata ad ſupplendam pecuniam quæ ex aliis bonis à donatore relictis colligi nequiuerit, vt ea lex ait, Non quaſi ex priuilegio fiſci & primipilatis debiti onus hoc debeat ſequi ſingularem ſucceſſorem, quomodo male videtur ſenſiſſe Accurſius ad *d. l. æris alieni*, ſed quia tacitam hypothecam fiſcus habet ex iure communi in bonis omnib. ſuorum debitorum, cuius tamen ea conditio eſt, vt contra tertios poſſeſſores & ſingulares ſucceſſores non aliter exerceri poſſit, quàm ſi debitor eiúſve heres non ſit ſoluẽdo *l. Moſchis 47. D. de iu. fiſc.* In eoque fiſci priuilegium eſt quod ex ſingulari re donata deducit quod ſibi debetur, cùm tamen æs alienum deduci ſolcat non ex reb. ſingulis, ſed ex ipſa tantum vniuerſitate bonorum *l. ſi fideicommiſſum 50. §. tractatu. D. de indic.* Quãquam priuilegium illud pendeat ex alio illo priuilegio tacitæ hypothecæ quod fiſcus habet clausũ in corpore iuris, vt diximus. Iam vero quod pragmatici diſtinguunt † an iura & actiones donatione con- 7
tineantur, abſurdum eſt, quia poteſt quidem ea adiectio facere vt ea iura & actiones quæ donatori competierunt tranſeant in donatarium, tanquam quæ in bonis fuerint donatoris, cui proinde liberum fuit de iis diſponere quomodo vellet, quod ſecus eſt in iurib. & actionib. paſſiuis quæ non ſunt in iure ac dominio debitoris, eiuſdemque donatoris. Itaque non eſt bona conſecutio à iurib. actiuis ad paſſiua, cum diſpar & diſſimilis eorum ratio ſit, neque voluntas etiam expreſſa & concurrens donatoris, & donatarij facere poteſt vt donator id quod non habet transferre in donatarium poſſit *l. ſi filius 14. C. de don.* Fateor poſſe donatarium obligari non quidem creditorib. donatoris ipſo iure, ſed donatori, vt æs alienum donatoris ſoluere compellatur, nec tantum expreſſum pactum de ea re initum ſit, verũ etiam ſi fortè hereditas donata proponatur, quia nomen ipſum hereditatis, tum quoque cum aptatur ad hereditatem, non quæ eſt ſed quæ fuit, æris alieni obligationem includit *d. l. hereditatem 28. D. de don.* Sed cùm donantur iura & actiones ſimpliciter, nulla ratio eſt vt donatarius ob id ſolum quod iura actiua ſibi acquiſiit, paſſiuorum quoque de quibus nihil dictum eſt ſuſcepiſſe onus intelligatur. Vnus tantùm ſcrupulus † tollendus ſupereſt circa id quod di- 8
ximus, Bonis omnibus donatis deducendum eſſe æs alienũ, vt nihil in donatione eſſe videatur niſi quod ſupereſt deducto ære alieno. Obſtare namque videri poſſit quod bonis omnib. donatis volunt noſtri poſſe agi reuócatio ex edicto quæ in fraud. credit. quaſi facta donatione in fraudem quæ ex bonorum omnium alienatione induci ſolet. Sic etiam vulgo noſtri poſt Accurſ. *ad. d. l. æris alie.* Quid enim dici

poteſt factum in fraudem creditorum per donationem bonorum omnium ſi æs alienum ante omnia deducendum eſt & à donatione excipiendum? Alioqui ſimiliter dicendum erit datis in dotem bonis omnib.ab ea muliere quæ multo ære alieno laborabat reuocandam à creditoribus dotis donationem quaſi factam in fraudem creditorum vt in *l. vlt. §. 1. D.qua in fraud.cred.* quod tamen falſum eſt cùm non plus eſſe in promiſſione dotis intelligatur quàm quod ſupereſt deducto ære alieno *d. l. mulier 72. de iur.dot.* Et tamen hoc etiam caſu locum eſſe reuocatoriæ actioni contra donatarium probant noſtri ex *l.omnes 17.§.Lucius D.qua in fraud. cred.* vbi tractans Iulianus de illo qui cùm ſciret ſe habere creditores vniuerſas res ſuas libertis ſuis iiſdemque filiis naturalib. tradiderat, Ait intelligendum eum in dubio habuiſſe conſilium fraudandorum creditorum, ideoque etſi filij eius ignorauerint hanc mentem patris fuiſſe eos tamen actione iſta teneri. Sed reſpondendum eſt vt puto, quod neſcio an adhuc quiſquam dixerit, aliam fuiſſe olim hac parte rationem donationis, aliam venditionis aut alterius alienationis omnium bonorum, quod donatio vniuerſitatis bonorum fieri non poterat, venditio autem vel in dotem datio aliáve quælibet alienatio poterat. Nimirum quia donatio neque contractus erat, neque conuentio quoties ſtipulatio nulla interueniſſet, at exigebat neceſſariò traditionem quam & actio reuocatoria ſemper præſupponit, quippe quæ in id datur vt traditio reſcindatur §. *item ſi quis in fraud. Inſt. de actio.* Traditio autem vniuerſitatis fieri non poteſt, ſed tantum rerum ſingularum, quia vniuerſitas eſt nomen iuris ſignificans quid incorporale, quod neque tradi neque tangi poteſt. Cùm autem traditio ſit per res ſingulas licèt vniuerſæ res tradantur, perinde tamen eſt acſi non vniuerſæ ſed ex iis quædam tantùm traderentur, quia non vna vniuerſarum rerum ſed multiplex ſingularum traditio facta eſſe intelligitur, ideoque nihil eſt vnde æs alienum deduci poſſit, quod ſcilicet non ſingulas res afficit ſed vniuerſitatem ipſam patrimonij, & conſequenter ex vniuerſitate ipſa non rebus ſingulis deducendum eſſet *d.l.ſi fideicõmiſſum 50.§.tractatum D.de ind.* At cùm vniuerſitas bonorum vendita eſt vel in dotem data, quamuis neceſſe ſit traditionem ſequi quæ ſimiliter ſingularum duntaxat rerum, non vniuerſitatis fieri poteſt, quia tamen incipit contractus à conuentione, quæ de vniuerſitate non de reb. ſingulis facta fuit, nec niſi in conſequentiã iuſtæ licitæque conuentionis traditio fieri creditur, dicimus exceptum intelligi à venditione dotiſve datione quantumlibet vniuerſali omne id quod neceſſarium eſt ad dimittẽdos venditoris vel mulieris dotem dantis creditores. Nec proinde vlla opus eſt reuocatoria vt creditorib. conſulatur: quæ tamen neceſſaria eſt cùm facta fuit ex donatione traditio vniuerſarum rerum ne alioqui fraudentur creditores, quib.aliter proſpectum eſſe non poteſt. Idemque erit in venditione & dotis datione quod in donatione ſi ponas ita fuiſſe venditas vel in dotem datas res vniuerſas debitoris, vt cæptum ſit à traditione, non à conuentione, quoniã eo caſu eadem ratio quam in donatione vſurpauimus in cæteris quoque locum habebit. Quibus cõſequens eſt vt hodie idem iuris obtineat in donatione, quod iam olim in vẽditione dotiſque datione aliáve ſimili alienatione obtinuiſſe diximus, vt ſi quis bonorum ſuorum vniuerſitatem donauerit quantumuis conſilium inierit fraudandorum creditorum, nihilo magis tamen teneatur edicto illo, Quæ in fraudem creditorum: quoniam ea bonorum vniuerſitas, quæ in donationem deducta eſt ſic intelligi debet vt æs alienum ante omnia excipiatur. Poſtquàm placuit Iuſtiniano vt donatio tum quoque cùm ſtipulatio nulla interpoſita eſt poſſit incipere à conuentione, ex qua poſt modum traditionem ſequi oporteat *l.ſi quis arg. 33.§.ſed etſi quis vniuerſitatis C. de don.* vbi quod illa conſtituit valere donationem vniuerſitatis bonorum citra vllam vel traditionem vel ſtipulationem tradit, oſtendit ſatis aliud iure vetere obtinuiſſe cùm neceſſe eſſet à traditione incipere donationem deficiente ſtipulatione, tradi autem vniuerſitas vt diximus non poſſet. Quod à noſtris non fuit obſeruatum ad *d.l. aris alieni 15.C.eo.tit.De don.*

ERROR VIII.

De hereditate donata mortis cauſa.

SVMMARIA.

1 *Hereditas per pactum dari non poteſt.*
2 *Donatione inter vinos hereditatem donari non poſſe cur cenſeant interpretes.*
3 *Dubitatio interpretum de quæſtione an hereditas poſſit donari cauſa mortis.*
4 *Valere cauſa mortis donationẽ bonorum præſentium & futurorum autumant communiter interpretes.*
5 *Cur hereditas per pactum dari non poſſit.*
6 *Quæſtionem an mortis cauſa hereditas donari poſſit ridiculam eſſe.*
7 *In quæſtione de donatione hereditatis malè diſtinguitur donatio inter vinos à donatione cauſa mortis.*
8 *Ratio cur velint interpretes donationem hereditatis non valere, reiicitur.*
9 *Exponitur l.licet.19.D.de pact.*
10 *Donatio cauſa mortis à milite facta valere olim non poterat, ſi neque traditio, neque ſtipulatio interueniſſet.*
11 *Donationem cauſa mortis vniuerſitatis bonorum præſentium & futurorum inutilem eſſe aduerſus interpretes.*

HEREDITATEM † per pactum dari non poſſe conſtat etiam inter imperitiores iuris interpretes. Nam vt ſcriptum eſt in *l.hereditas 5.C.de pact.conuent.tam ſup. dot.* non niſi teſtamento hereditas extraneis datur, id eſt iis, qui ab inteſtato heredes eſſe non poſſunt, ad differentiam ſcilicet agnatorum proximorũ quibus etiam citra teſtamentum hereditas datur tacito iudicio patrisfamilias qui alios heredes teſtamento inſtituere poſſet, niſi mallet legitimis ſucceſſoribus legitimã ſuam relinquere hereditatem *l. 3. in princ.l. conficiuntur* 8.§.1.*D.de iur.cod.* Sed tamen non eo minùs dubitant interpretes etiam nobiliores, An hereditas poſſit donari cauſa mortis. De donatione † inter viuos non dubitant quin hereditas in eam cadere non poſſit, quia inquiunt affertet donatori liberam teſtandi facultatem, ſiquidem comprehenderet vniuerſa donatoris bona præſentia & futura, & in ſumma quidquid donator mortis ſuæ tempore in bonis ſuis reliquiſſet. Habent verò illi pro certo donationem bonorum omnium præſentium & futurorum non valere ſola ratione illa quod auferat ſpem habendi heredis. Itaque ſi perſuaſum iis eſſet quod nos in præcedentibus veriſſimum eſſe probauimus, donationem valere etiam inter viuos factam bonorum omnium præſentium & futurorum, conſequens eſſet ipſorum ratiocinationi dicere, hanc quoque valituram hereditatis donationem, tametſi inter viuos facta eſſet. At de donatione † cauſa mortis, ideo dubitant, quod cùm ſit

1

1

reuocabilis

reuocabilis ad nutum & arbitriũ donatoris non poteſt metui ne auferat liberam teſtandi facultatẽ. Item quia vident hanc ſpeciem donationis proximè accedere ad vltimas volũtates. Quaſi verò idcirco accedat proximè ad teſtamentum, vt quicquid poſſet fieri per teſtamentũ, poſſit etiam fieri per donationem cauſa mortis. Ac quanquã non deſunt ex iis, qui fateantur, & defendãt hereditatẽ non magis cauſa mortis quã inter viuos dari poſſe, adeò vt receptiorem hanc ſententiam eſſe teſtetur Mich. Graſſ. *in libr. ſentent. in §. donatio cauſa mortis quæſt. 14.* multorum tamen & nobiliorum interpretum antiquorum opinio fuit, Immò verò mortis cauſa donari hereditatem poſſe quod in ſpecie tradidit Bald. in *cap. in pr. col. 2. de feud. dat. leg. commiſſ.* & ante eum Albert. & Bart. ad *l. ſtipulatio hoc modo concepta. 61. n. 5 ff. de verb. oblig.* quos refert ac ſequitur Decius ad *l. licet n. 10. C. de pact.* Etſi Bar. ad eam legem contrà ſenſiſſe videtur, vnde magna inter noſtros contentio, magis in eo laborantes vt inuelligent quid Bartolus in tam difficili ſi Diis placet quæſtione ſenſerit, quàm qui ſentire debuerit: quaſi poſitæ in hoc vno ſint totius Græciæ,
4 aut Galliæ facultates. In eo planè conueniunt † valere cauſa mortis donationem bonorum omnium & præſentium & futurorum, vt ex Bartolo & aliis ſcribit Caguol. in *l. ſi. n. 278. de pact.* Socin. 252. *lib. 2.* Graſſ. *dict. quæſt. 14.* quia huic donationi neque obſtet regula illa iuris, quæ vult hereditatem per pactum dari non poſſe, neque ratio illa, quòd per eam teſtandi facultas donatori auferatur. Semper mihi viſa eſt ridicula hæc quæſtio, & nimis ſupinam præſe ferens apertiſſimi iuris ignorationem. Nam ſi ſciſſent interpretes cur hereditas per pactum contractúmque dari non poſſit (pactum enim hic generaliter & promiſcuè etiam pro contractu accipimus vt in *l. 1 ff. de pact. l. traditionibus 20. C. eod.*) nunquam dubitaſſent an hereditas per pactum dari poſſit. Ratio † alia non eſt, quàm quia viuentis hominis hereditas nulla eſt. *l. 1. ff. de hered. vel action. vend. l. 1. D. pro hære.* Hereditas enim nomen iuris eſt ſignificans fictam illam perſonam, quam induxit lex duodecim tabularum ad repræſentandam defuncti perſonam veram, quouſque heredis perſona etiam dura induceretur. Priùs ergo defunctum quem eſſe neceſſe eſt, quàm vt hereditatem habere poſſit, quàm ſcilicet nec poteſt ille ſibi fingere tametſi maximè velit. Ita-
6 que qui quærunt † An mortis cauſa poſſit quis donare hereditatem ſuam perinde ridiculi ſunt acſi quærerent, An poſſit quis donare id quod non eſt, aut ſi mauis, id quod nihil eſt. At, inquies, etiamſi nunc non ſit, aliquando tamẽ futura eſt. Quidni ergo donari poteſt exemplo cæterorum bonorum, futurorũ, quæ donari poſſunt? Et ita ſanè interpretes ratiocinantur, ſed vt magis ridiculos ſe præbeant. Etſi. n. aliquando futura eſt ea hereditas quæ donatur, tamẽ eo tempore futura eſt quo donator amplius non erit I. poſt eius mortem. Proinde non poteſt cenſeri iure futurorum donatoris bonorum, cùm eam donator nunquam habeat quandiu viuit neque habere poſſit. Et ſicuti eſſet ridiculus donatarius, qui ex donatione bonorum omnium præſentium & futurorum vellet ſperare alia bona quàm quæ donator mortis ſuæ tempore reliquiſſet, cùm bona futura dici non non poſſint, quæ nunquam erunt illius, qui non niſi futura ſua donauit. Ita æquè ridiculus ille eſt qui donationem hereditatis eo colore tueri velit quaſi ſit donatio bonorum futurorum. Tantùm enim abeſt vt hereditas in bonis futuris numerari poſſit ob id ſolum quod futura eſt, vt illa etiam bona quæ fuerunt viui donatoris deſinant ipſius eſſe per mortem fiantque hereditatis per legem 12. tabularum vt ad heredem tranſmitti poſſint. Siquidem eum qui homo eſſe deſinit neceſſe eſt etiam deſinere dominum eſſe. Hæc igitur quæſtio An poſſit quis mortis cauſa donare hereditatem ſuam recidit in illam non minùs ridiculam, An poſſit aliquis donare id quod neque habeat neque habiturus vnquã ſit. Nã quemadmodum quãdiu ille viuit non poteſt habere hereditatem quæ nulla eſt: Ita neque eo tempore quo erit aliqua hereditas, quia tunc ipſe nullus erit, neque poſſunt concurrere tempora, quibus & donator & donata hereditas ſimul ſit. Quod cum ita ſit, apparet eos, qui putant poſſe mortis cauſa donari † he- 7
reditatem malè diſtinguere hac in re donationẽ inter viuos à donatione cauſa mortis, cùm eadẽ vtiuſq. ratio ſit, cum de hereditate donanda agitur. Malè rurſus † omnes qui volunt quod & nos fatemur, do- 8
nationẽ hereditatis non valere, eam rationẽ afferre, quod æquipolleat donationi bonorum omniũ præſentium & futurorum quæ inter viuos non valeret. Non. n. bonorum omnium & præſentium & futurorum donationem valere contendimus, neq. tamen eo magis admittimus poſſe valere donationem hereditatis ſiue inter viuos fiat ſiue mortis cauſa. Et verò ſi nihil intereſſet an donatio hereditatis fieret an bonorum omnium præſentium & futurorum, ſequeretur valituram hereditatis donationem cauſa mortis, quia volunt omnes poſſe mortis cauſa donari bona omnia præſentia & futura, vt iam diximus. Videtur autem mihi noſtra hæc ſententia probari non inele- 9
ganter † ex *d. l. licet 19. de pact.* vbi dicitur inter paganos huiuſmodi ſcripturam, qua comprehenditur vt is qui ſuperuixerit alterius reb. potiatur, ne quidem donationis mortis cauſa geſtæ efficaciter ſpeciem oſtendere. Iis. n. verbis oſtendunt Imperatores dubitandi rationem in ea ſpecie aliquam eſſe eſſe potuiſſe, vt mortis cauſa donatio inita videretur. Nempè quia pactum illud reciprocũ, non de hereditate initum fuerat, ſed de reb. & bonis contrahentium. Nam ſi de hereditate conceptum fuiſſet, nulla poterat dubitandi ratio excogitari quo iure aut colore valere inter paganos poſſet. At cum de bonis & reb. vtriuſq. tractatum proponeretur, probabilius videri poterat facta mutua donatio cauſa mortis. Quandoquidem ſimplex mortis cauſa donatio eſſe creditur cum: dono tibi & trado, vel promitto bona mea vt poſt mortem meam tua fiant. Sed negant tamen Impp. talem ſcripturam donationis cauſa mortis ſpeciem oſtendere. Non iis, vt puto, rationibus quas vulgo interpretes adferre ſolẽt, puta quod hereditas per pactum dari non poſſit, neque per donationem cauſa mortis (cùm in hoc pacto nullum de hereditate verbum fuerit) neq; quod non adfuiſſent quinque teſtes vt Petr. Cin. Alex. & alij nonnulli tradunt (nondum enim eo tempore conſtitutum erat vt quinq. teſtes aut in vltima voluntate aut in donatione cauſa mortis legitimam ſummam excedente nec inſinnata requirerentur, quorum alterum longo poſt tempore conſtitutum eſt à Theodoſio in *l. vlt. C. eod.* alterum à Iuſtiniano in *l. vlt. C. de don. cauſ. mort.* neq. quod perſona heredis nulla relinqueretur ad cuius comparationem mortis cauſa donatarius dici poſſet vt vult Accurſ. Siquidẽ nihil repugnat quominus eadẽ ſit perſona heredis, & donatarij cauſa mortis vt aduerſus Accurſium diſputat Decius ad *d. l. licet nu. 9. ad fi.* nec denique quod cogitaſſent contrahentes de faciendo teſtaméto potiùs quàm de donatione cauſa mortis vt idem Decius ad *d. l. licet n. 2. in fi.* (Eſt enim non ſolùm cõmentitia, ſed etiam prorſus improbabilis hæc interpretatio, cùm nulla hic verba ſint ex iis quæ ad faciendũ teſtamentũ neceſſaria erant temporib. illius legis, & ante cõſtitutionẽ illam Cõſtantini

quæ verborum ſcrupuloſitatem ſuſtulit in *l. quoniam indignum.15.C. de teſt.*) Sed quia voluntas nuda erat contrahentium quæ ea ſcriptura continebatur, nec vllius traditionis aut ſtipulationis adminiculo ſuſtinebatur, cùm tamen nulla fieri poſſet mortis cauſa donatio niſi quæ vel traditionem comitem haberet vel ſtipulationem, vt ſæpius inculcauimus, & inculcare neceſſe eſt. Eſtque adeo vera & potens hæc ratio, vt etiam inter milites inter quos eiuſmodi voluntatem valere eadem lex ait, non putem tamen poſſe illam defendi iure donationis cauſa mortis, quamuis videam contra ſenſiſſe Decium ad *d. l. licet in fi.* Nullo.n.iuris loco priuilegium hoc militib. datum fuiſſe reperio vt valeat donatio † cauſa mortis ab iis facta, ſi neq.traditio neq. ſtipulatio interueniſſe probetur. Fateor eſſe hoc militis priuilegium vt ſuprema illius voluntas quælibet etiam minus ſolennis ſeruanda ſit. Sed dico ſeruandam eſſe iure teſtamenti militaris non iure donationis cauſa mortis aut codicillorum aut legati aut fideicommiſſi, aut vt Baldus aliiq. nonnulli dixerunt, iure voluntatis innominatæ, quia nimirum voluntas quæque militis teſtamentum eſt vt ſcriptum aut ſaltem ſcribendum eſt in *l.eius militis 34. §. vlt. D. de teſt. mil.* Nec proinde fauor militum facere debet vt hæc voluntas defendatur iure donationis cauſa mortis, in eúque violentur iuris communis regulæ quæ ad mortis cauſa donationes pertinent, cùm ſit fauorabilius militi & honorificentius vt defendatur iure teſtaméti, quæ potiſſima & digniſſima ſpecies eſt omnium vltimarum voluntatum. Et huic noſtræ interpretationi bene conuenit antitheſis illa quæ ponitur in *d. l. licet inter milites & paganos.* Nam cùm inter paganos nullomodo eſſet valitura ea voluntas tanquam vltima voluntas, , ne quidem iure donationis cauſa mortis, inter milites tamen ex eorum priuilegio valet, non ſolùm iure mortis cauſa donationis vt voluit Decius, quod certè parum eſſet, ſed quod multo plus eſt iure teſtamenti. Sed videamus ne illud etiam falſum ſit, quod interpretes habent pro tam certo & explorato, donari † vtiliter poſſe cauſa mortis vniuerſitatem bonorum præſentium & futurorum. Etenim ſi verum eſt quod ad finem ſuperioris capitis diſputauimus, non valuiſſe olim donationem vniuerſitatis nulla ſtipulatione intercedente (hic enim caſus eſt quem nos tractamus) hodie verò valere donationem talem, ſi facta ſit inter viuos, propter Iuſtiniani conſtitutionem, quæ induxit vt donatio poſſit incipere à conuentione, conſequens eſt, vt nec hodie valeat donatio vniuerſitatis ſi facta ſit cauſa mortis, quandoquidem noua illa Iuſtiniani conſtitutio ad mortis cauſa donationes non pertinet, vt ſuo loco probauimus. Manetque illud ex iure vetere, vt non poſſit fieri donatio cauſa mortis niſi traditione, vèl ſtipulatione interueniente. Certum autem eſt tradi vniuerſitatem non poſſe ne quidem bonorum præſentium, multò minùs futurorum, quæ ſicuti nondum poſſidentur à donatore, ita neque tradi poſſunt, neque per clauſulam conſtituti, quæ nihil operatur niſi facto priùs poſſeſſore eo, qui conſtituit alieno nomine poſſidere, vt in priore huius Chiliadis parte à nobis probatum eſt, itéque illud tractatum de quo nunc plura dicere nihil attinet, An clauſula conſtituti effectum aliquem habere poſſit quod ad bona futura. Illa autem ratio qua interpretes mouentur, quòd parui momenti ſit dicere donationé cauſa mortis valere, quòd reuocari facile poſſit mihi prorſus ridicula videtur. Non ſolùm quod ea inſpectio. An donatio reuocabilis ſit necne ſupponit valere donationé, nec proinde facit vt eo magis valere debeat ſi quid deſiit ex iis quæ ex ratione iuris neceſſaria ſunt ad perficiendam donationem, Verùm etiam quia facilè poteſt fieri vt mortis cauſa donatio non poſſit reuocari ad nutum & arbitrium donatoris, puta ſi ita facta ſit vt mortuo donatore ex ea infirmitate omninodo res non reddatur, quomodo mortis cauſa donationem fieri poſſe conſtat *l. ſi alienam 13.§.1.D.de mort cauſ don.* quoniam etſi eſt ſubſtantia donationis cauſa mortis vt aliquo caſu reuocari poſſit, non tamen vt vel hoc vel illo præciſè caſu, multo minùs vt omni caſu ſit reuocabilis, quemadmodùm probauimus in præcedentibus Decadibus, in quibus quoniam ea quoque quæſtio à nobis tractata eſt, Si donatio ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa fuerit collata in tempus quo erit mortuus donator, eandem nunc hic retractare ſuperuacuum foret.

ERROR IX.

De actione hypothecaria quæ pro legatis cõpetit an competat etiam pro donatione cauſa mortis.

SVMMARIA.

1 *An actio hypothecaria quæ pro legatis competit, competat etiam pro donationibus cauſa mortis.*
2 *Qui affirmatiuam defendant.*
3 *Qui negatiuam.*
4 *Negantium ſententia præfertur eorundem reiecta ratione.*
5 *Et alia de nouo ab autore allata.*
6 *Nulla actio ex ſtipulatu habet priuilegium tacita hypotheca, excepta actione de dote.*
7 *Actio hypothecaria quæ pro legatis competit eſt natura à cæteris hypothecariis differentiis.*
8 *Triplex actio pro legatis & fideicommiſſis datur ſed diuerſis reſpectibus, & in diuerſas res diuerſáſque perſonas.*
9 *Hypothecariam non dari à Iuſtiniano contra tertios poſſeſſores, ſed contra heredem ſolum.*
10 *Hypothecariam non poſſe competere pro donationibus cauſa mortis per traditionem factis.*
11 *Omnes donationes cauſa mortis quæ fiunt per traditionem non ſunt comparandæ legatis, ſed eæ tantùm quæ ſic fiunt vt dominij tranſlatio poſt mortem conferatur.*
12 *Hypothecaria pro donatione cauſa mortis donatario cur non competat.*

DE hoc etiam quæſitum fuit inter iuris noſtri interpretes, An pro donationibus † cauſa mortis competat hypothecaria, ſicut & pro legatis. 1
Nam quin pro legatis competat dubitari nó poteſt, cùm in eam rem expreſſa ſit conſtitutio Iuſtiniani quæ pro legatis & fideicommiſſis omnibus dat tres actiones, perſonalem, hypothecariã & vindicationem in *l.1.C.commun. legat.* Etſi autem nullum ea lege verbũ ſit de donationibus cauſa mortis, dubitandi tamen cauſam magnam noſtris præbuit, quod vident tam ab antiquis prudentibus quàm à Iuſtiniano eandem paſſim & in omnibus conſtitui rationem legatorum & donationum cauſa mortis, quippe quæ ad inſtar legatorum capiantur *l. Marcellus 15. leg. etſi 17. leg. illud 37. D. de mort. cauſa donatio* ſed præſertim ab eodem Iuſtiniano in *leg. vltimo Cod. eodem* vbi conſtituit vt donatio cauſa mortis nulla ex parte vltimis voluntatibus abſimilis eſſe intelligatur. Et hac ratione moti nonnulli † auſi ſunt affirmare etiam pro donationi- 2

bus

bus cauſa mortis non minùs comperere hypothecariam, quàm pro legatis. Inter quos Ruin. ad *leg.* 2. *De legat.* 1. cuius ſententiam in puncto iuris veriorem eſſe defendit Hippol. Riminald. *princip. De donat. n.* 683. & 690. Communis tamen † opinio eſt 3 in contrarium poſt Bal. Caſtr. Alex. Rip. & alios ad *d. l.* 2. *de leg.* 1. cuius & ratio illa vnica adferri ſolet quod huiuſmodi actio hypothecaria ſpecialitet & ex priuilegio inducta ſit pro legatis & fideicommiſſis, nec proinde ad alios caſus porrigi debeat, in quibus 4 nihil tale expreſſum reperitur. Ego non dubito, †, quin verior ſit hæc ſententia, quam & communem eſſe teſtatur Sucinus Iun. ad *d. l.* 2. *numer.* 90. & 99. & poſt eum Mich. Graſ. lib. ſentent. §. *donatio cauſa mortis, quæſt.* 19. ſed longè alia ratione quàm quæ à cæteris adfertur. Adeò rarum eſt vt interpretes noſtri vel vera dicant, vel tum etiam cùm vera dicunt, vitis tamen & genuinis rationibus moueantur. Nam licet de mortis cauſa donationibus nihil expreſſim Iuſtinianus conſtituerit, quid tamen eſſet abſurdi legem de legatis & fideicommiſſis locutam ad donationes quoque iſtas extendere autoritate alterius illius conſtitutionis quæ vult in omnibus eandam eſſe rationem donationum cauſa mortis & legatorum? Præſertim verò cum ratio qua motus fuit Iuſtinianus, vt actionem hanc hypothecariam pro legatis & fideicommiſſis ferret, nimirum ad conſeruandam defuncti voluntatem, etiam ad donationes cauſa mortis accommodari poſſe videatur, quæ ſcilicet non minùs quàm legata & fideicommiſſa ex donatoris voluntate ac libertate proficiſcuntur. Nec ſane tam id egiſſe videtur Iuſtinianus, vt certo generi vltimæ voluntatis quàm vt generaliter vltimis omnibus voluntatibus faueret ac priuilegium daret, confuſa hac in re natura non modo legatorum omnium inter ſe, ſed etiam legatorum & fideicommiſſorum ſimul, cùm antea eſſet inauditum vt pro fideicommiſſis vllo caſu vindicatio nedum hypothecaria daretur. Sed & cùm Marcellus in *d. l. Marcellus*, ſic argumentetur vt probet filiosfamilias milites poſſe donare cauſa mortis res caſtrenſis peculij, ex eo quod priuilegium iis datum ſit relinquendi per teſtamentum bona ſua cui velint, quàuis priuilegium iis conceſſum non niſi de teſtamento loquutum eſſet, quidni liceat nobis eodem ratiocinationis genere priuilegium hypothecariæ actionis conceſſum legatis & fideicommiſſis protrahere ad mortis cauſa donationes ſi aliud nihil obſtet? Nec enim extenſio illa eſt, ſed iuſta interpretatio, vt etiam legati appellatione non minus donatio cauſa mortis quàm fideicommiſſum contineatur. Quæ interpretatio cum à prudentibus ipſis facta ſit circa legem Iuliam Papiam de caducis quæ tam opere odioſa erat, vt conſtat ex *l. & fideicommiſſum* 87. *de legat.* 3. quidni etiam à nobis fiet ad eam conſtitutionem ampliandam, quæ omnium fauoratiſſima eſſe exiſtimatur? Alia igitur & melior † ratio quærenda eſt propter quam non de- 5 beat hoc nobis licere vt hypothecariam legatis & fideicommiſſis indultam ad mortis cauſa donationes non producamus. Illa autem iudicio meo eſt optima, quod mortis cauſa donatio nulla eſt, niſi quæ vel per ſtipulationem fiat, vel per traditionem. Quæ per ſtipulationem fit, contractus eſt & quidem ſtipulationis, non donationis, ob idque nulla ex eo poteſt naſci actio, niſi quatenus in ſtipulationem deductum eſt, cùm ſtipulatio ſit iuris ſtricti & ſtrictiſſimè interpretanda *l. quicquid adſtringendæ* 99. *De verb. obl.* & conſequenter cũ nulla in ſtipulatione facta mentio eſt pignoris & hypothecæ, abſurdum ſit putare hypothecariam naſci ex tali ſtipulatione, & illud rurſum abſurdius, ſi quis dicat hypothecariam hanc eſſe tacitam & ſola legis poteſtate inducta, quæ proinde verborum adminiculo non egeat. Inauditum enim eſt & ſine exemplo vt actio ex ſtipulatu † habeat priui- 6
legium tacitæ hypothecæ. Si excipias eam ex ſtipulatu actionem fictitiam, quam fauore dotium induxit Iuſtinianus in *l. vnic. C. de rei vxor. actio.* quæ ſicut à cæteris omnibus actionibus ex ſtipulatu diuerſa in eo eſt quod bonæ fidei eſt, ita & in eo quod tacitam hypothecam habet, quoniam & ipſa tacita eſt. Omnia hæc contra iuris rationem, & ſola poteſtate conſtitutionis ad exemplum tamen actionis rei vxoriæ ex parte, in cuius locum voluit Iuſtinianus eam eſſe ſubſtitutam. Etſi nec illa quoque rei vxoriæ actio tacitam olim habeat vllam hypothecam. Quæ verò mortis cauſa donatio ſit per traditionem nullam obligationem parit, cum neque contractus vllus ſit, neque negotium vllum geratur inter donantem & accipientem. Et conſequenter fieri nequit, vt vlla eo nomine hypotheca contrahatur ne quidem tacita & ex legis poteſtate, quia hypothecæ cuilibet ſiue expreſſa ſiue tacita ſit commune illud eſt, vt ſit acceſſoria ad perſonalem obligationem, nec proinde ſine illa eſſe poſſit. Idque in ea potiſſimum hypotheca quam Iuſtinia. pro legatis induxit adeò verum eſt, vt quãuis illud etiam ſit ex natura actionis hypothecariæ vt ſit indiuiſibilis *l. 1. & 2. C. ſi vnus ex plurib. hered. debi. l. rem hereditariam* 65. *D. de euict.* hanc tamen Iuſtinianus voluerit diuidi inter heredes ad exemplum actionis perſonalis quæ & contrà heredes competit & inter eos diuidetur per legem 12. tabularum pro hereditariis portionibus *d. l.* 1. §. *vlt. C. commun. de leg.* vbi quod ſcriptum eſt *in tantum & hypothecario vnũquemque conueniri voluimus in quantum perſonalis actio aduerſus eum competit* argumentum præbet meo iudicio non leue hypothecariam † illam eius eſſe naturæ 7
à cæteris hypothecariis omnibus differentiis, vt non contra tertium poſſeſſorem quemlibet detur, ſed contra heredes ſolos & ita demum ſi poſſideant, nec tamen quatenus poſſident, ſed quatenus ſunt heredes. Quod neſcio an quiſquã dixerit ante hunc diem. Nam ſi ea Iuſtiniani mens eſſet, vt dari vellet hanc actionẽ hypothecariam contra quemliber poſſeſſorem, quonam obſecro prætextu diſtingueremus pro qua parte ſit heres is qui in ſolidum poſſidet? Aut quænam ratio eſſe poteſt cur debeamus heredi fauere ne hypothecaria conueniatur ſupra eam hereditatis portionẽ, pro qua heres eſt magis quàm in totum ei qui nulla ex parte eſt heres? Nec dicendum eſt voluiſſe Iuſtinianum hypothecam contrahi ſtatim ab adita hereditate, bona autem quæ ſemel obligata fuerunt ſiue expreſſe ſiue tacitè alienari poſtea non poſſe niſi cum ſua cauſa. Id enim obtineret ſi non aliam huic actioni naturam Iuſtinianus indidiſſet. Sed quemadmodũ fecit ille vt hypothecaria hæc eſſet diuiſibilis contra naturam hypothecariæ, ita & fecit nec fuit ei difficilius facere, vt non aduerſus alium daretur, quam aduerſus eum qui & ipſe perſonali actione conueniri poſſet. Quod apertiùs expreſſum videtur in illo verſic. *Nihil in graue etiam aduerſus eum non tantùm perſonalem, etiam in rem & hypothecariam extendere actionem in rebus quas à teſtatore conſecuturus eſt.* Et ſanè ridiculus ſit qui in iis quæ contra rationem iuris conſtituta ſunt à Iuſtiniano velit ſequi regulam iuris. *l. iis his quæ contra.* 15. *ff. de leg.* Solãque ipſius voluntas inquirenda eſt quæ haud dubiè in propoſito caſu illa fuit, quod & conſtitutio ipſa teſtatur, vt omnibus modis voluntari teſtatoris ſatisfieret, per eum ſcilicet per quem ſatisfieri teſtator voluiſſet, ſiue heres ille eſſet, ſiue legatarius ſiue fideicommiſſarius. Neque ad rem pertinet quod hypothecarium coniungit Iuſtinianus cum directa rei vindicatione, quam certum eſt dari etiam contra tertium poſſeſſorem, ex alia eiuſ-

dem Iustiniani constitutione in *l.vlt.§. sin autem sub conditione eod.tit.* Eodem n.argumento si bonum esset probare posses personalem quoque actionem dandam esse contra tertium possessorem contra quem vindicatio datur,quod tamen nisi stultè nemo dixerit. Sic ergo necessario intelligenda constitutio est vt triplex
8 †quidem ista actio pro legatis & fideicommissis detur, sed diuersis respectib.& in diuersas res, diuersasque personas. Personalis in eum solum qui fuit oneratus. Vindicatio autem in solum possessorem siue ille ipse sit qui obligatus est, siue alius, sed eius tantum rei quæ per legatum aut fideicommissum relicta fuit, non etiá cæterarũ rerum quæ legatæ vel fideicommissæ non sint,quãuis in dominio fuerint testatoris: Hypothecaria deniq; non contra tertiũ possessorem, sed contra heredem solũ quatenus heres est:nec rursus in tẽ ipsam quæ legata vel per fideicómissum relicta est (quia grauius esset vt tẽ sibi relictã legatarius vel fideicommissarius diceret sibi obligatam cuius dominiũ haberet, cùm nemini possit res sua esse obligata *l.neq; pignus 41. de regul.iur.*) sed tantùm in cæteras res testatoris ad eũ deuolutas qui grauatus fuit. Hoc.n. significant verba illa *& insuper vtilem Seruianã id est hypothecariam super his quæ fuerint derelicta in res mortui præstare.* Neq; verò si Iustinianus legatariis & fideicõmissariis omnib.fauere voluit data iis actione in tẽ contra possessorẽ.quemliber, i. vindicatione ipsius rei per legatum,aut fideic.relictæ, ita & iisdem fauere debuit data hypothecaria similiter aduersus tertios pos-
9 sessores,Nec enim posterius †hoc potuisset constitui sine summa iniuria, maximóque incommodo heredis, qui non tam facilè poterit reperire, qui cum eo velit contrahere metu pignoris istius taciti, si quod à Iustiniano inductum esse intelligatur contra tertios possessores. Et tamen non vsque legatariis & fideicommissariis fauere Iustinianus voluit, vt non etiam voluerit haberi rationem aliquam commodorum heredis, vt ille ipse profiteatur in *d.l vlt.§.* in postremis illis verbis,*ne dum legatarium satis fouendum esse existimamus, heredis commodo defraudentur*, sed & bonæ fidei emptoribus qui rem quam emerent venditoris sui esse scirent, legata verò, vel fideicommissa pro quib. tacitè obligata esset, ignorarent, facilè fraudi esse posset ea constitutio, siquidem certum est, nihil ei prodesse qui per hypothecariam conuenitur quod bonæ fidei possessor, at neque quod dominus sit, ne perinde conueniri possit acsi malæ fidei possessor esset, quia intentio pignoris nihil commune habet cum causa dominij vel probæ & iustæ possessionis, *lib.1.§. cùm prædium pign. D. de pign.* Atqui Iustiniani mens illa non fuit vt quicquam constitueret in præiudicium emptorum præsertim bonæ fidei, nisi eo casu quo illa ipsa res esset vendita, alitérue alienata, quæ expressim legata,vel per fideicommissum proponeretur:quo demum casu placuit Iustiniano vt eiusmodi alienatio pro non facta haberetur, *d.l.vlt.§ penult. C.commun.de legat.* etiamsi legatum vel fideicommissum sub conditione relictum fuerit, & interim pendente adhuc conditione alienatio facta sit,dummodo postea conditio existeret. Existens enim quandocumque conditio legati vel fideicommissi facit vt habendum sit legatum vel fideicommissum pro puro relicto. Rei autem, cuius alius dominus vel iam sit,vel aliquando retro fingatur fuisse, alienatio sine domini iniuria permitti saltem irreuocabiliter non posset. Quod nemo non videt diuersum esse in aliis rebus, quæ legatæ, vel per fideicommissum relictæ non fuerunt. Quid enim prohibere potuit, ne alienarentur, cùm earum dominium semper fuerit heredis eiusdémque venditoris? Non igitur dat Iustinianus tacitam hypothecam legatariis & fideicommissariis contra tertios possessores, sed tantùm aduersus eos qui actione personali possunt conueniri, quod eorum parum interfit quæ actione conueniantur, vt id præstent quod ex testatoris voluntate omnimodo præstare compelluntur:qua ratione iam olim ita ius erat vt pro legatis saltem per vindicationem relictis variæ actiones competerent legatario,non vt plures exerceret, sed vt eligendi haberet facultatem, *l.cùm filius 76.§.variis de leg.2.l.huiusmodi 84.§.vlt.de leg.1.* Proinde multo magis dicendum est non posse hypothecariam † competere pro 10
donationibus causa mortis per traditionem factis, cùm nulla sit personalis obligatio neque in persona, neque in persona heredum ipsius, nedum in persona tertij possessoris, cui personali obligationi possit hypotheca accidere. Nam vt sæpius in hoc toto tractatu inculcauimus, qui rem aliquam tradit ex donatione causa mortis, sicuti se non obligat, ita neque de herede suo obligando cogitat, quamuis de ipso cogitet hactenus quod donatarium mauult rem illam habere quàm heredem suum, *l.1.l.Senatus 35.§.1.D.de mort. caus.don.* Itaque in eo deterior est donationum causa mortis conditio quàm legatorum, quod pro legatis & fideicommissis competit hypothecaria saltem aduersus heredem in alias res non legatas vel fideicommissas, quæ fuerunt testatoris. At pro donationib. causa mortis ne quidem contra heredem donatoris, non magis quàm aduersus alium extraneum quemliber, quia neque personali vlla actione donatoris heres magis quam donator ipse tenetur. Ad quid enim teneri potest donator qui rem donatam iam tradidit,heréue donatoris? Sicut autem in alias res quæ donatæ non fuerunt nullam hypothecariam habere donatarius potest aut debet, ita neque vlla indiget quod ad eam rem consequendam quæ donata est,cuius scilicet dominiũ nanciscitur statim & ipso iure post mortem donatoris,perinde ac legatarius dominium legati post mortem testatoris, vt consequenter habeat paratam vindicationem aduersus quemlibet possessorem siue donatoris heres ille sit, siue extraneus. Hæ namque sunt donationes causa mortis quæ ad instar legatorum capi dicuntur, non etiam illæ quæ per stipulationem fiunt vt suo loco monuimus: Quanquam nec omnes
†quæ per traditionem fiunt comparandæ sunt legatis, 11
sed eæ tantùm quæ sic fiunt vt dominij translatio post mortem conferatur. Nam quæ sic fiunt vt dominium reuocabiliter quidem, sed tamen statim transferatur, ex viuo donatore non solum perficiuntur, sed implentur,ita vt nihil agendum supersit post obitum donatoris. Nec eo minùs tamen in iis locum habebit quod modò diximus dandã donatario vindicationem Immo tanto magis quanto citiùs dominium nanciscitur,id est viuo adhuc donatore. Sed hoc casu dabo ei vindicationem iure communi, hoc est,ea sola ratione qua dominus omnibus datur iure domini non ad exemplum legatorum. Alioquin si adeò generaliter & indistinctè hoc legatorum exemplo abuti volumus, æquè dicendum erit facta iam per traditionem donatione competituram donatario personalem actionem in heredem donatoris, quomodo competeret pro legato in hæredem testatoris, quod tamen absurdum fore iam supra diximus. Siquidem illo etiam casu quo personalem actionem ex donatione nasci Iusti. voluit, id est donatione facta & inter viuos & citra vllam vel traditionem, vel stipulationem, non ad aliud tamen inducere eam voluit, aut potuit, quàm vt vel donator ipse, vel eius heres rem tradere compellatur, quæ porrò vbi semel tradita est, tradi amplius non potest, & quamuis posset, tamen actum agere frustra esset. Dicamus igitur cum receptiore interpretum sententia, pro donationibus causa mortis nullam hypothecariam competere: sed addamus,

quod

quod nemo dixit, ipſam legatorum & donationum cauſa mortis æquiparationem hanc iuris diuerſitatem inducere, vt ſicuti noluit Iuſtinianus hypothecariam dari legatario aut fideicommiſſario niſi contra
1 2 eum qui perſonali poſſit actione conueniri, ita nec nos hypothecariam † donatario cauſa mortis in quenquam date debeamus, cùm nemo ſit in quem poſſit ille actionem vllam perſonalem exercere.

ERROR X.

De iure adcreſcendi in donationibus cauſa mortis.

SVMMARIA.

1 *Virum in mortis cauſa donationibus ſit locus iuri adcreſcendi.*
2 *Cauſa dubitandi de propoſita quæſtione.*
3 *In donationibus cauſa mortis locum eſſe iuri adcreſcendi ex ſententia Bartoli & aliorum.*
4 *Etiam admiſſa comparatione donationum cauſa mortis & legatorum, non eſt tamen conſequens vt in donationibus cauſa mortis indiſtinctè locum habeat ius adcreſcendi.*
5 *Nullum eſſe caſum in quo donatio cauſa mortis admittere poſſit ius adcreſcendi.*
6 *In legatis & fideicommiſſis nunquam eſt locus adcreſcendi iuri inter eos qui verbis tantùm coniuncti ſunt, & cur.*
7 *Quid iuris ſit vbi vnius ex donatariis portio defecit.*
8 *Vnde colligant interpretes in donationibus mortis cauſa locum eſſe iuri adcreſcendi.*
9 *Reſponſio ad l. vnic. C. de Cad. toll. qua mouentur interpretes.*
10 *Donatarij cauſa mortis quamuismis coniuncti ſint facta per traditionem donatione, non aliis legatariis aſſimilari poſſunt, quàm qui ſint coniunctis verbis tantùm.*
11 *Vnde manaris error interpretum volentium in donationibus cauſa mortis locum eſſe iuri adcreſcendi.*

HÆC vltima quæſtio ex iis quas tractandas ſuſcepimus, De donationibus cauſa mortis, quam in poſtremâ huius Decadis partem conferre voluimus, vt ſequenti Decadi viam aperiret quæ tota erit de iure adcreſcendi. Quæſtio igitur
1 eſt à noſtris quoque interpretibus tractata, vtrum † in mortis cauſa donationibus ſit locus iuri adcreſcendi: Quærendi † cauſa eadem quæ in cæteris quæ-
2 ſtionibus ſuprà diſputatis, Quòd donatio cauſa mortis nonnunquam & in quibuſdam dicatur ſimilis eſſe contractui, nonnunquam verò ac ferè in omnibus accedere propiùs ad naturam legatorum & vltimarum voluntatum. Nam ſi contractibus æquipararetur, non erit in ea ius adcreſcendi, cui, nullum in contractibus locum eſſe interpretes volunt, *ex l. ſi mihi & Titio* 110. *D. de verb. oblig.* ſi verò vltimis voluntatibus comparetur, contrà dicendum erit in ea fore locum iuri adcreſcendi, cui in legatis & vltimis voluntatibus ſemper locum eſſe iidem interpretes volunt poſt Bart. *ad l. re coniuncti* 89. *de legat.* 3. Et in hanc † po-
3 ſteriorem partem procliniores ſunt noſtrorum opiniones, vt in donationibus cauſa mortis perinde ac in alia qualibet vltimæ voluntatis ſpecie locum habeat ius adcreſcendi. Sic enim Bart. *ad d. l. re coniunct. ad fin.* cuius ſententiam frequentiore calculo receptam eſſe refert *Mich. Graff. lib. ſentent. §. donatio cauſa mortis, quæſt.* 16. Nos an in contractibus & in legatis locus ſit iuri adcreſcendi necne ſequenti Decade diffuſiùs & accuratiùs diſſeremus. Nunc tamen, vt ad propoſitam quæſtionem reſpondeamus, cogimur monere: Admiſſa quoque comparatione † illa donationum cauſa mortis & legatorum quam interpretes noſtri perpetuam eſſe volunt, non ideo tamen conſequens eſſe quod iidem tam generaliter & indiſtinctè tradunt, In donationibus cauſa mortis locum eſſe iuri adcreſcendi quia nec in legatis id generaliter & indiſtinctè verum eſt, ſed cum multis diſtinctionibus: An ſcilicet coniunctio aliqua ſit inter legatarios necne? & rurſum, cùm aliqua coniunctio eſt, qualis ſit, an realis tantùm, an verbalis tantùm, an realis & verbalis ſimul vt ex iis quæ proxima Decade dicturi ſumus, apparebit. Cur non igitur eaſdem quoque diſtinctiones in mortis cauſa donationib. adhibemus? Sed dico ampliùs, nullum me † caſum reperire in quo
5 poſſit donatio cauſa mortis admittere ius adcreſcendi, niſi ſi quis talis ſit, in quo poſſet etiam in contractibus locum habere ius adcreſcendi, quod tamen vix eſt vt euenire vnquam poſſit. Nam vel ponimus in donatione cauſa mortis ineunda ſtipulationem interueniſſe vel traditionem, cùm alterutro ex his duobus modis donationem cauſa mortis etiam hodie fieri oportere certum ſit, vt probauimus in præcedentibus. Si per ſtipulationem facta donatio eſt, iam ſæpius diximus, non tam donationem eſſe, quàm contractum ſtipulationis, cui donatio cauſam dederit, vt in *l. cùm enim* 6. *D. de nouat.* Proinde vel ex ipſa interpretum traditione, quæ in ſtipulationibus cæteriſque contractibus iuri adcreſcendi locum eſſe negat, dicendum erit in huiuſmodi donatione ius adcreſcendi locum habere non poſſe. Si autem traditio interue-
nit, puta ſi quis Titio & Sempronio fundum Cornelianum mortis cauſa donandi animo tradiderit, ſicuti neque ſingulis in ſolidum traditus fundus videri poteſt (quia traditio nihil aliud eſt quàm donatio poſſeſſionis: duo autem ſimul in ſolidum eandem rem poſſidere non poſſunt, *l. 3. §. ex contrario. D. de acquir. poſſ.*) neque plus videri ſingulis donatum quàm traditum, alioqui non poſſet dici per traditionem facta donatio, quæ traditionis limites excederet: ita fatendum eſt in ſingulos videri collatam donationem parte fundi tantùm, non in ſolidum, id eſt, iam inde ab initio partes factas eſſe à donatore, quo liberalior ſanè futurus ſit, qui cum interpretibus velit per ius adcreſcendi dare totum ei cui donator non niſi partem dedit? Igitur quemadmodum in † legatis & fideicommiſſis dicimus nunquam eſſe locum iuri adcreſcendi
6 inter eos qui verbis tantùm coniuncti ſunt, propterea quòd ſemper, & ab initio partes habeant iam à teſtatore ipſo factas. *d. l. re coniuncti. & l. ſi duobus* 19. *in princ. l. planè* 34. §. *ſi coniunctim. de legat.* 1. Ita & inter donatarios cauſa mortis quibus ab initio donator per traditionem partes fecerit negandum eſt iuri adcreſcendi locum eſſe vnquam poſſe. Quid ergo fiet, † ſi vnius ex donatariis portio defecerit, puta præ-
7 mortuo illo ante donatorem? Redibit donatio ad donatorem à quo fuerat profecta, nec acquireretur condonatario niſi vel fuerit ſubſtitutus in caſum vulgarem, quod fieri poteſt *l. vt heredibus* 50. *de leg.* 2. vel ex noua donatoris voluntate, ſi fortè rem donatam etiam poſt vnius ex donatoribus mortem ab altero in ſolidum retineri patiatur, quia nuda voluntas ſufficit, neque noua traditione opus eſt ad perficiendam donationem eius rei quæ iam penes donatarium conſtituta reperiatur, *l. abſenti* 16. *D. de don.* Putet aliquis fortaſſe illum etiam caſum excipiendum, quo id expreſſim actum ſit per donatorem, vt ſinguli donatarij eſſent in ſolidum donatarij. Exemplo eius quod euenit in pluribus legatariis 19 & verbo coniunctis,

puta

puta ſi quis fundum Cornelianum Titio & Sempronio legauerit, *d.l. re coniuncti. & l. coniunctim.* 80. *eod. tit. de legat.* 3. itemq; exemplo eius, quod ſcribit Papinianus in *l. eandem* 9. *de duobus reis*, poſſe fieri duos correos debendi etiam etiam ex cauſa depoſiti & commodati, quamuis hi contractus non niſi re ac traditione perficiantur: ſed non ſunt iſta ſimilia. Nam quod ad legatum attinet quod pluribus coniunctim relictum ſit, cùm pendeat ex ſola voluntate teſtatoris, nihil vetat illud ita relinqui, vt legatarij ſinguli in ſolidum vocentur ad legatum, nec partes priùs fiant quàm cœperint concurrere legatarij in legati petitione. Ob idque nimirum locus inter eos eſt iuri adcreſcendi vt ſi alter non concurrat, ſolidum alter habeat, cui verum eſt ſolidum à teſtatore datum fuiſſe. *d.l. coniunctim.* Rurſus in contractibus depoſiti, commodati, & ſimilibus, quamuis re ac traditione contrahantur, nec ſit in poteſtate deponentis & commodantis facere vt eadem res pluribus in ſolidum tradatur, nihil tamen prohibet ita eam pluribus ſimul tradere, & cõſequenter non niſi partis poſſeſſionem in ſingulos transferre, vt tamen ſingulorum fidem in ſolidum ſequatur, quomodo loquitur Papinianus in *d.l. eandem.* Hoc ipſum autem vnum ſufficit ad plures correos debendi conſtituendos, vt ſcilicet ſingulorum fidem in ſolidum creditor ſequatur, ſi quidem ex eo debitorem æſtimare ſolemus quod ipſius fidem ſecuti ſimus, *l. cùm amplius* 84. *§. is natura debet. de regul. iur.* At in donatione quæ per traditionem fit, nihil tale eſt, quia neque donator ſequitur fidem donatarij, neque donatarius fidem donatoris, neque fit aut hic debitor aut ille creditor, cum donatio non ſit contractus, ſed potiùs acquiſitio, vt Iacobus Cuiacius, quem ſuo loco retulimus, dicebat. Quanquam in donatione cauſa mortis verum eſt negotium quoddam geri inter donantem & accipientem, & obligari donatarium vt condictione teneatur, ſi caſus contigerit in quem donatio reuocetur, ſiue ex ſola iuris communis diſpoſitione, ſiue ex pactione aliqua expreſſa, *d.l. ſenatus* 35. *§.* 1. *D. de mort. cauſ. donat.* Qua ratione poſſit quis non malè dicere. Etiam ex donatione cauſa mortis per traditionem facta poſſe fieri duos correos debendi ſi fortè fundum Cornelianum egò tibi & Titio mortis cauſa tradidero, ea lege vt ſi ex hac infirmitate conualuero, mihi reddatur, & ego in eo vtriuſque veſtrum fidem in ſolidum ſim ſecutus. Sed non poteſt ea res facere vt inter te ac Titium debeat eſſe locus iuri adcreſcendi, ſi tu ante me deceſſeris, mox ego ex eadem infirmitate. Aliud enim eſt, fieri nos inſolidum donatarios, aliud verò fieri in ſolidum debitores: Donatarios facit ſola traditio, quæ tamẽ plurib⁹ in ſolidũ fieri nõ poteſt, ne quidẽ volente donatore, quia facti extrinſeci & reali eſt, non ſolius animi, ſiue inter viuos, ſiue cauſa mortis facta donatio proponatur. Debitores verò facit ſolus conſenſus, cùm ex vtraq; parte id agitur, vt vtriuſq; donatarij fidem donator in ſolidũ ſequatur, quod procul dubio agi poteſt, quia in animo conſiſtit, etiamſi traditio nec facta ſit, nec potuerit fieri ſingulis, niſi pro parte tantùm. Denique in tradendo partes fiunt inter donatarios, ſed in donatariis donatori obligandis, in caſum reuocatæ donationis partes fieri non eſt neceſſe, ſi conuenerit vt in ſolidũ obligentur, quia traditio facti eſt, obligatio iuris, *l. conſilio.* 7. *§. vlt. D. de cura. furioſ. l.* 1. *§. vlt. D. de rer. diuiſ.* De his quæ iuris ſunt diſponit ius ipſum pro arbitrio: de his quæ ſunt facti, non item, vulg. *l. denique* 13. *D. ex quib. cauſ. maior.* Mouentur † interpretes noſtri errandiq; occaſionem ſumunt ex eo quod Iuſtin. in *l. vnic. C. de cadue. tollend.* vbi tractat de legatariis & fideicommiſſariis coniunctis, déque iure adcreſcendi inter eos inducendo, idem ius conſtituit in donationib. cauſa mortis, quod in legatis & fideicommiſſis. Primùm in *§. ſin autem aliquid ſub conditione*, in poſtremis illis verbis *cùm certissimis ſit & in inſtitutionibus & in legatis fideicommiſſis & mortis cauſa donationibus poſſe ſubſtitui.* Denique in §. penul. vbi generaliùs ſcribit in hæc verba. *Hæc autem omnia locum habere cenſemus tam in teſtamentis ſiue in ſcriptis ſiue ſine ſcriptis, quam in codicillis & omni vltimo elogio, vel ſi quid ab inteſtato fuerit derelictum, necnon in mortis cauſa donationib.* Sed ad priorem locum † facilis reſponſio eſt, donationes cauſa mortis non comparari inſtitutionibus, legatis & fideicommiſſis, quantum ad ius adcreſcendi, ſed quantum ad hoc tantùm vt donatario cauſa mortis perinde ac heredi & legatario & fideicommiſſario ſubſtitui vulgariter poſſit, quod & ſcriptum eſt in *d.l. vt heredibus* 59. *de legat.* 2. Nam per fideicõmiſſum ſubſtitui poſſet, *l.* 1. *C. de donat. cauſ. mort.* Ad poſteriorem vero etſi difficilior reſponſio videtur, reſponderi tamen commodiſſimè poteſt Iuſtiniani ſententiam non illam eſſe vt eadem in omnibus ratio conſtituenda ſit legatorum & donationum cauſa mortis, ſed hanc potiùs, vt quæ de legatis & fideicommiſſis conſtituerat ne fierent caduca vel in cauſa caduci ſublata in hanc rem lege Papia, eadem locum habere debeat in donationibus cauſa mortis, ſicut è cõtrario ante Iuſtinianum ita ius erat, vt lex Papia de caducis, tametſi de hereditatibus tantùm & de legatis locuta fuiſſet, tamen non ad fideicommiſſa ſolùm, ſed etiam ad mortis cauſa donationes protraheretur, *leg. & fideicommiſſum* 87 *de lega.* 3. Idque Iuſtinianus ipſe non obſcurè exprimit cùm poſt ſupradicta verba ſubiicit, *Tantùm enim nobis ſupereſt clementia quòd ſcientes etiam fiſcum noſtrum vltimum ad caducorum vindicationem vocari.* Nec quicquam apertius eſt quàm Iuſtinianum ea conſtitutione id potiſſimùm agere, vt caducorum ius & legem Iuliam de caducis tollat, cætera verò quæ interſerit ille de adcreſcendi iure, magisper occaſionem quàm ex profeſſo tractari. Sed etſi admitterem hanc Iuſtiniani mentem fuiſſe vt eandem faceret in omnibus rationem donationum cauſa mortis & vltimarum voluntatum, quod tamen nõ prius ab eo inductum eſt, quàm tulerit legem vlt. *Cod. de donat. cauſ. mort.* nihilomagis ex eo probares in donationib. cauſa mortis locum eſſe iuri adcreſcendi, quia neque ex ea conſtitutione probare poſſis inter legatarios quoſlibet id ius obtinere, ſed inter eos tantùm qui ſunt coniuncti, ſcilicet vel re, & verbis ſimul, vel re tantùm. Nam qui verbis tantùm coniuncti ſunt, ij cùm ab initio partes habeant, non poſſunt videri coniuncti quod attinet ad ius ad creſcendi. Atquin donatarij † cauſa mortis quantumcumque coniuncti ſint facta per traditionem donatione, non aliis tamen legatariis aſſimilari poſſunt, quàm qui ſint cõiuncti verbis tantùm, quia, vt iam dixi, perinde ab initio partes habent. Non poteſt igitur ſola iſta donationum cauſa mortis & legatorum comparatio facere vt in donationibus cauſa mortis admittendum ſit eſſe locum iuri adcreſcendi. Et hæc ſanè potiſſima † errãdi cauſa interpretibus noſtris fuit, quod putarunt ius hoc adcreſcendi in legatis & fideicommiſſis omnibus locum habere, ſed illa præterea, quod de donatione cauſa mortis ſic loquuntur, quaſi poſſit fieri nudo pacto, nec ſi voluntatem nudam requirat donatoris, poſt Iuſtiniani conſtitutionem in *l. ſi quis arg.* 35. *§. pen. C. de don.* Cùm tamen illud ex iure vetere omnino ſuperſit vt niſi traditione vel ſtipulatione interueniente donatio cauſa mortis fieri nullomodò poſſit, quemadmodum à nobis ſæpius diſputatum, probatumque eſt, De mortis cauſa capionibus, an in iis locus ſit iuri adcreſcendi, quoniam alia quæſtio eſt, ſequenti Decade tractabimus.

ANTO

ANTONII FABRI I C.

Decas Quadrageſima nona.

ERROR PRIMVS.

SVMMARIA.

1 *Quænam ſit cauſa iuris adcreſcendi tam in hereditatibus, quàm in legatis & fideicommiſſis.*

2 *Inter coheredes etiam inuitos locus eſt iuri adcreſcendi ex ſententia interpretum, ne alioquì fiat vt quis pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus deceda t.*

3 *D. interpretum rationem mancam & inſufficientem eſſe, quòd locum non habeat cùm quis moritur ab inteſtato.*

4 *Facilius eſt vt quis poſſit decedere pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus, quàm vt ab inteſtato heredem pro parte habere poſſit.*

5 *Vera ratio cur in hereditatibus iuri adcreſcendi locus ſit, quòd hereditas vtpote individuam defuncti perſonam repreſentans ſit individua.*

6 *D. rationi non officere quod aliquando permittatur vt decedat quis pro parte teſtatus pro parte inteſtatus ex poſtfacto.*

7 *Quo ſenſu dicatur, quem non poſſe pro parte teſtatum pro parte inteſtatum decedere.*

8 *In legatis & fideicommiſſis cur locum habeat ius adcreſcendi.*

9 *Ius adcreſcendi teſtator inter heredes prohibere non poteſt.*

10 *Ius adcreſcendi quomodo ſit ex lege xij. ta.*

11 *Inter heredes non tantùm inuitos, ſed etiam inuito teſtatore iuri adcreſcendi locus eſt: Inter legatarios verò, vel fideicommiſſarios inuitos nunquam, nec vnquam inuito teſtatore.*

12 *Ius adcreſcendi quomodo dicatur deſcendere ex voluntate teſtatoris.*

DE iure adcreſcendi tractaturos nos tota hac Decade auſpicati conuenit ab
1 hac quæſtione, Quænam ſit cauſa † iuris adcreſcendi tam in hereditatibus quàm in legatis & fideicommiſſis. Inde namque fluxerunt errores illi omnes de quibus poſtea dicemus, quòd cauſam & originem iuris adcreſcendi non intellexerunt. Atque vt de hereditatibus primùm tractemus ſi noſtros interroges, Cur inter coheredes etiã inuitos locus ſit adcreſcendi) eſſe enim neq; quiſquã dubitat, neq; dubitari poteſt, *l. ſi quis heres 31. l. qui*
2 *ex duabus §3. in prin. & §.1. D. de acquir. hered.*) ſtatim † adferent rationem hanc, & quidem vnicã, quæ in omnium ore eſt, quod alioqui fieret, vt quis pro parte teſtatus decederet, pro parte inteſtatus, contra iuris regulam, de qua in *l. ius noſtrum 7. de regul. iur.* Sic enim ex communi antiquorum & recentiorum ſententia ſcribit Mich. Graſſ. in §. *ius adcreſcendi queſt. 3.* Quam
3 rationem † licèt vera ſit, cùm factum fuit teſtamentum, germanam tamen, & propoſitæ quæſtioni aptam non eſſe ex eo apertiſſimè intelligitur, quòd nullo facto per patrem familias teſtamento habere locum non poteſt, quia etiamſi negaremus eſſe hoc caſu locum iuri adcreſcendi, non ideo tamen conſequens fieret, vt pro parte teſtatus deceſſiſſe viderentur is qui teſtamentum nullum feciſſet. Atqui non minùs ab inteſtato, quàm teſtamento facto verum eſt deficientem coheredis portionem hereditariam coheredi etiam inuito adcreſcere, adeóque, quod magis mirum eſt, etiam ad ipſius heredem tranſmitti, *l. ſi ex pluribus 9. Digeſt. de ſuis & legit.* Quinimò multo facilius eſt † vt poſſit quis decedere pro parte teſtatus, pro 4
parte inteſtatus, quàm vt ab inteſtato heredem pro parte hereditatis habere poſſit. Prius enim aliquando permittitur etiam in pagani hominis hereditate, nimirum eſt poſtfacto, id eſt poſt aditam in ſolidum ex teſtamento hereditatem, puta ſi contingat moueri querelam inofficioſi teſtamenti, vel ab vno ex fratribus exheredatis, vel contra vnum ex heredibus inſtitutis, vt in *l. nam etſi 15 §. vltim. & l. circa 24. Digeſt. de inoffic. teſtamen.* Poſterius verò nunquam, neque ab initio, neque ex poſtfacto. Vera igitur ratio † illa eſt 5
quam in prima Chiliadis noſtræ parte quodam loco attulimus, quòd heres ad hoc fiat per legem duodecim tabularum, itémque hereditas vt repreſentet perſonam defuncti quæ individua eſt, nec repræſentari pro parte poteſt. Nam & inde eſt quòd hereditas individua eſſe dicitur, *l. Pomponius 8. in fin. D. de rei vindica.* heres autem & hereditas eodem modo ſe habent ad perſonam defuncti repræſentandam, *l. heres & hereditas 21. D. de vſucap.* Nec eſt contrarium † quòd 6
aliquando permittitur vt decedat quis pro parte teſtatus ex poſtfacto, *d. l. nam etſi. §. vlt. & d. l. circa* Eo namque caſu ſatisfactum eſt legi & rationi iuris ſtatim atque hereditas patris ſemel adita in ſolidum fuit ex teſtamento: & quod poſtea hereditas deſinit eſſe adita ex teſtamento pro ea parte pro qua teſtamentum per querelam inofficioſi ruptum fuit, non facit vt perſona defuncti non repræſentatur ab herede teſtamentario niſi pro parte, ſed potiùs vt duæ huius hominis hereditates fuiſſe intelligantur, vna teſtamentaria, alia legitima, quarum vnaquæque perſonam defuncti repræſentet, illa ex teſtamento, iſta ab inteſtato. Quod etſi nouum quoque videtur, vt eſt, & à iuris ratione ſatis alienum, eo tamen colore defenditur, quod hereditas quæ adita fuit, deſiit eſſe hereditas, factáque eſt patrimonium heredis, & in eo ſtatu manet, quandiu teſtamentum ſubſiſtit, vt proinde nulla iam pro ea parte teſtamentaria hereditas dici poſſit. Pro qua verò parte ruptum fuit teſtamentum, ſicuti non poteſt videri quiſquam heres eſſe ex eo teſtamento quod ruptum fuerit, ita & hereditas quæ pro illa etiam parte videbatur conuerſa in patrimonium heredis, nec amplius eſſe hereditas, reperitur, perinde eſſe hereditas acſi nunquam adita fuiſſet, at non eiuſdem ſpeciei, quoniam quæ ante aditionem fuerat hereditas teſtamentaria, quippe quæ ex teſtamento & delata erat, & acquiri poterat, adeóque re vera fuit acquiſita, poſtea rupto tandem teſtamento reperitur hereditas legitima, & inteſtati, ſed eo tempore quo non eſt hoc abſurdum, cùm hereditas nulla ſit teſtamentaria. Nam quod dicimus, non poſſe † 7
quem

Digitized by Google

quem decedere pro parte testatum, pro parte intestatum, non alium sensum habet quàm hunc, Eiusdem hominis non posse eodem tempore duas esse hereditates, quarum vna sit testamentaria, alia legitima, nec vnàm hereditatem, quæ sit duplicis huius conditionis, id est pro parte testamentaria, pro parte legitima. At eius hominis cuius nulla amplius hereditas ex testamento est, quia iam habet testamentarium heredem, aliquam reperiri ex postfacto legitimam hereditatem, nouum & rarum magis quàm absurdum est, quoniam vtraque hereditas in idem tempus non concurrit. Et hæc quidem de causa iuris adcrescendi in
8 hereditatibus. In legatis † verò, & in fideicommissis, si quæratur quare ius adcrescendi locum habeat, non eadem ratio adferri potest, sed tota petenda est ex testatoris voluntate, vt inter quos testator voluit iuri adcrescendi locum esse, inter eos solos sit, inter alios non item. Nulla enim necessitatis ratio excogitari potest, quæ nos cogat ius adcrescendi in legatis & fideicommissis inducere, siue præter, siue contra voluntatem testatoris, cùm deficiens portio cómode possit remanere penes heredẽ oneratũ, nec in eo absurdi quicquã futurum sit. Quomodo è contrario perabsurdum esset dari totum legatũ vel fideicommissum prætextu iuris adcrescendi ei cui testator nõ nisi partẽ dedisset, vt postea dicemus, quod tamen eueniret, si præter, nedum contra voluntatem testatoris ius adcrescendi in legatis & fideicommissis inducerentur. At rursum voluntas illa testatoris in iure adcrescendi inter legatarios ac fideicommissarios inducendo, non ex sola & qualibet coniunctione colligenda est, vt volunt pragmatici & interpretes nostri, vt post alios tractat idem Michaël Grass. quæst. 4. sed ex ea tantùm coniunctione quæ sit realis, quæ tum facta intelligitur, cũ ad eandem rem plures sine partib. vocati sint, ita vt singulis tota res relicta sit, nec nisi per concursum partes fiãt, vt proinde inter legatarios & fideicõmissarios huiusmodi ius adcrescendi potiùs dicendum videatur ius non decrescendi, si quis propriè ac partitè loqui velit. Numquã enim ad hoc cõpetit, vt plus habeat legatarius aut fideicõmissarius quam ei testator dederit, sed tantùm vt illud ipsum habeat quod testator dedit nullius socij cõcursu demi nutũ, quod habere tũ non potuisset, si socius per concursum partẽ fecisset. Quod inter heredes dissimile est, quia etiamsi testator ita scripserit, *Titius ex semisse*
10 *heres esto, Sempronius ex alio semisse heres esto*, Titio semissem suum repudiante, Sempronius quamuis non nisi ex alio semisse scriptus, totam nihilominùs hereditatẽ habebit, eo iure quod verè adcrescendi appellatur, cuius scilicet potestate fit, vt propter adcrescentẽ portioni portionem habeat tatam hereditatem is cui testator non dederat nisi partem: adeò vt nec sit in testatoris potestate ius † adcrescendi prohibere inter heredes, non magis quàm facere ne leges in suo testamento locum habeant *l. nemo potest 55. D. leg. 1.* cùm
9 ius † adcrescendi sit ex lege XII. tabul. sic à prudentibus interpretata, vt ne quidem per testamentũ posset quis facere vt decederet pro parte testatus, & pro parte intestatus: multo magis vt nõ posset quis heredẽ ab intestato pro parte habere, & pro parte non habere. In quo ridere soleo subtilitatem illorum quos refert *Grass. in §. ius adcrescendi q. 1.* existimantium verbis illis legis duodecim tabularum, *Paterfamilias vti super rei legassit, ita ius esto*, datam cuilibet testatori tam plenam disponendi facultatem, vt posset, si vellet decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus: quasi verò potuerit quis ex ea lege facere testamentum sine vllius heredis institutione, aut heredem habere sine hereditate, aut eam hereditatem sibi effingere, quæ individua non esset: quorum omnium nihil certè est quod nisi perabsurde dici possit. Nam ab ipso initio eius tẽporis quo leges duodecim tabul. in vsu esse cœperũt, dubitandũ non est iusta interpretatione coangustatam fuisse nimiam illam & effrænatam testandi licentiam autoritate siue prudentum siue magistratuum iura in ciuitate constituentium, vt scriptum est in *l. verbis legis* 120. *D. de verb. sign.* solorumque militum priuilegium illud est, vt possint decedere pro parte testati, pro parte intestati, non quia per legem aliquam, nedum per statutum id fieri possit, vt vulgò creditum est, sed quoniam ea propria & vnica lex est testamentorum militarium, vt omnib. legibus & solennitatibus sint soluta. Inde igitur est quòd inter heredes † non tantum inuitos sed etiam inuito re- 11
testatore iuri adcrescendi locus est: inter legatarios verò, vel fideicommissarios inuitos nunquam, nec rursus inuito testatore. Quanquam non eo minus appellatur inter istos quoque ius adcrescendi, retento eodem nomine, licet non eadem nominis potestate, *l. 2. & tot. tit. D. de vsuf. adcresc. l. ex Proculo* 20. *de leg. 2. & alibi passim.* Esset enim duriusculum vocare ius non decrescendi, quamuis ita penè locutus videatur Iustinianus in *l. vni. §. vbi autem. C. de caduc. toll.* Obiiciat aliquis fortasse, Inter heredes quoque ius adcrescendi ex tacita testatoris voluntate descendere, ob idque tãcitam substitutionem dici in *l. si Titio & Mœuio* 61. *§. Iul. de leg. 2.* quæ ideirco excluditur per expressam siquidem substitutus præfertur coniuncto, *l. vnic. §. pro secundo. & §. sin autem aliquid. C. de caduc. tollend.* Sed respon-
deo † tunc ius adcrescendi ex voluntate testatoris 12
descendere cùm testator vel idipsum expressit, vel de eo nihil cauit, quia in dubio non aliud testator velle creditur quam quod lex præcipit. Cæterùm etiamsi à testatore ius adcrescendi prohibitum sit, non eo minùs habebit locum inter heredes. Ex quo apparet non descendere ius hoc ex testatoris voluntate siue expressa siue tacita, siue immediatè, siue mediatè, vt vult *Crass. post alios, q. 2.* sed ex lege sola.

ERROR II.

De heredibus & legatariis ex parte, & ex partibus.

SVMMARIA.

1 *Refertur erronea doctrina interpretum de heredibus & legatariis ex parte & ex partibus: tum sine parte, & sine partibus.*
2 *Aliud est heredes institutos esse ex parte, aliud ex partibus: sicut aliud institutos esse sine parte, aliud sine partibus.*
3 *Quando dicantur heredes institui ex parte.*
4 *Quando sine parte.*
5 *Quando ex partibus.*
6 *Possunt aliqui heredes institui esse ex parte & tamen sine partibus: & contrà ex partibus sine parte, contra interpretes.*
7 *In iure adcrescendi inter coheredes coniuncti sunt præferendi disiunctis.*
8 *Quando heredes pro coniunctis habeantur quod ad ius prælationis attinet.*
9 *Legatarij, & fideicommissarij licèt aliquando possint esse vocati ex parte, nunquam tamen possunt esse sine parte, at sine partibus esse possunt & quomodo in eo differant ab heredibus.*
10 *Cùm testator aliquibus legare se dixit, inutile legatũ est, nisi expressum sit quid & quantum legauerit.*
11 *Conciliatur l. scripsi. 142. D. de verb. sign. cum l. item quod Sabinus. 17. §. vnde idem. D. de hered. inst.*

12 *Non ſicut hereditas differt à reb. hereditariis, ita & legatum à re legata.*

1 ONFVNDVNT † paſſim noſtri hoc in tractatu inſtitutionem heredum, quæ facta ſit ex parte, & eam quæ facta ſit ex partibus, vt è contrario, quod conſequens eſt inſtitutionem quæ fit ſine parte, & eam quæ ſine partibus. Neque contenti hoc errore, confundunt etiam inſtitutiones & legata, vocántque legatarios ex parte & ex partibus, quibus teſtator partes adſcripſit, ſine parte autem & ſine partibus, quibus teſtator rem aliquam legauit nullis partibus adſcriptis. Vt ex iis videre eſt quæ tractat Bartolus ad *l. re coniuncti* 89. *numero* 8. *de legat.* 3. & ex communi noſtrorum ſententia *Mich. Graſſ. in §. ius adcreſcendi. queſt.* 5. *n.* 4. Duplex hic error eſt, & grauiſſimus vterque. Aliud enim eſt eſſe inſtitu-
2 tos † heredes ex parte, aliud ex partib. aliud inſtitutos eſſe ſine parte, aliud ſine partibus, quod & ante nos ingenioſiſſimè obſeruauit Anton. Goueanus in ſuo illo pereleganti tractatu *de adcreſcendi iure*. Cùm verò de legatariis agitur, poſſunt quidem illi etiam
3 ex partibus aut ſine partibus vocati eſſe, itémque interdum ex parte, ſed numquam ſine parte. Dicuntur heredes inſtituti ex parte, quibus teſtator certam partem hereditatis dedit ex iis ſcilicet partib. quæ in iure conſiſtunt, puta vnciam, ſextantem, quadrantem, trientem, & hoc modo, *Titius heres eſto ex ſemiſſe, Sempronius & Mæuius ex alio ſemiſſe heredes ſunto*. Inſtituti ſunt hoc caſu omnes ex parte, ſed cum hac differentia, quòd Titius in parte ſua ſolus eſt, Sempronius verò & Mæuius ad eandem partem con-
4 iunctim vocati. Sine † parte inſtituti ſunt quos teſtator ita inſtituit vt nullam partis fecerit mentionem, puta ſi ſic ſcripſerit, *Titius heres eſto, Sempronius & Mæuius heredes ſunto*. Hic.n. neque ſemiſſem, neque aliam vllam hereditatis partem teſtator expreſ-
5 ſit. At ex partibus † inſtituti ſunt illi, quibus teſtator non partem, ſed partes adſcripſit: quod contingit, cùm eos, quos ſiue ex parte, ſiue ſine parte heredes ſcripſit, admitti vult ex æquis, aut etiam ex diſpartibus portionibus in hunc modum: *Titius heres eſto ex ſemiſſe, Sempronius & Mæuius ex alio ſemiſſe pro æquis partibus heredes ſunto*. Sunt inſtituti Sempronius & Mæuius non tantùm ex parte, ſed etiam ex partibus quemadmodum & ſi teſtator ita ſcripſiſſet, *Titius heres eſto ex ſemiſſe, Sempronius & Mæuius ex alio ſemiſſe. Sempronius quidem pro ſemiſſis illius trita, Mæuius pro reliquo heredes ſunto*. Niſi quòd hoc caſu inſtituti ſunt Sempronius & Mæuius, non tantùm ex partibus, ſed etiam ex inæqualibus, qui tamen inſtituti eſſent ſine partibus, quamuis ex parte, ſi ſubſtitutio ita ſimpliciter concepta proponeretur: *Titius heres eſto ex ſemiſſe, Sempronius & Mæuius ex alio ſemiſſe heredes ſunto*. Ita fit, quod interpretibus paradoxum eſt, vt
6 poſſint aliqui heredes † inſtituti eſſe ex parte, & tamen ſine partibus: & contrà, quod magis mirum videatur, ex partibus ſine parte, hoc modo, *Titius heres eſto, Sempronius & Mæuius ex æquis partibus heredes ſunto*. Nec enim negari poteſt, quin hac in ſpecie Sempronius & Mæuius inſtituti ſint ex partibus cùm inſtituti ſint ex æquis, neque tamen poſſunt dici ex parte aliqua inſtituti, cùm nullam hereditatis partem teſtator iis adſcripſerit, ſed potiùs in ſecundum aſſem eos vocauerit dato primo toto aſſe ſoli Titio, ſed & ſi ita ſcripſiſſet, *Titius heres eſto ex ſemiſſe, Sempronius & Mæuius heredes ſunto*. quamuis dubitari nequeat quin ad reliquum primi aſſis ſemiſſem coniunctim vocati ſint Sempronius & Mæuius, perinde acſi ſimiſſis illius mentio facta eſſet, non ideo tamen poſſent dici ex parte inſtituti quia partem illam facit ſola iuris interpretatio, non expreſſa conceptio verborum teſtatoris, quem verum eſt non coniunxiſſe iſtos in vlla hereditatis parte. Et ideo repudiante portionem ſuam Sempronio non debet illa adcreſcere Mæuio ſoli, ſed Titio & Mæuio ſimul pro hereditariis portionibus, quia quod ad ius adcreſcendi attinet, non ſunt coniuncti qui ſine parte heredes inſtituuntur, vt ait Vlpianus in *l. item quod Sabinus* 17. *§. vnde idem tractat D. de hered. inſtit.* Adcreſceret ſoli Mæuio, ſi teſtator ita ſcripſiſſet, *Titius heres eſto ex ſemiſſe, Sempronius & Mæuius ex alio ſemiſſe heredes ſunto*, quia hoc caſu inſtituti ſunt Sempronius & Mæuius ex certa parte, id eſt ex ſemiſſe, & ad vnum ſemiſſem coniunctim vocati, vt proinde ex volũtate teſtatoris deficiens portio Sempronij adcreſcere debeat ſoli Mæuio qui ſolus coniunctus fuit, non etiam Titio qui & re & verbis diſiunctus eſt, in alio ſcilicet ſemiſſe inſtitutus. Etſi enim verum eſt quod ſuperiore capite diximus locum eſſe iuri adcreſcendi inter coheredes quantumuis diſiunctos, facit tamen ius † coniunctionis vt 7
in eo iure adcreſcendi, coniuncti ſint præferendi diſiunctis. Idque eſt quod ſupradicto loco Vlp. ait non eſſe coniunctos, quod ad ius adcreſcendi attinet, eos qui ſine parte inſtituuntur, non habere ſcilicet ius prælationis quod haberent ſi eſſent coniuncti. Numquam enim dubitatur inter heredes quin portio vnius deficiens adcreſcere debeat cæteris, etiamſi coniunctio nulla ſit, ſed de illo tantũ cui ex cæteris, hoc eſt, de iure prælationis, non de iure adcreſcendi. Sicque intelligi debent prudentes noſtri, quoties de adcreſcendi iure inter heredes tractant. Et ob id ſemper poſuimus tres heredes ſcriptos eſſe, quia ſi duo tantùm eſſent, quorum alter repudiaret, 8
non eo minùs quidem ius adcreſcendi locum haberet, ſed nullus tamen quæſtioni de iure prælationis locus relinqueretur, cui nimirum niſi inter duos pluréſue inuicem contendentes locus eſſe non poteſt. Quod in legatis & fideicommiſſis ſecus eſt, in quibus coniunctio ſola & neceſſaria eſt, & attenditur, quoties non tantùm de prælatione, ſed etiam de ipſo adcreſcendi iure diſputatur, quia vt in præcedentibus diximus, deficiens portio legati vel fideicommiſſi neque adcreſcit inuito, neque etiam volenti, ſi non ſit coniunctus. At rurſum vt heredes pro † con- 8
iunctis habeantur, quod ad ius adcreſcendi, hoc eſt prælationis attinet, non ſufficit quòd ex parte inſtituti ſint, ſed illud etiam requiritur vt ſint inſtituti ſine partibus, eo quo ſuprà diximus modo, *Titius heres eſto ex ſemiſſe, Sempronius. & Mæuius ex alio ſemiſſe heredes ſunto*. Nam ſi eſſent inſtituti Sempronius & Mæuius non ſolùm ex parte, verùm etiam ex partibus, puta ſi inſtitutio ſic concepta proponeretur, *Titius ex ſemiſſe heres eſto, Sempronius & Mæuius ex alio ſemiſſe pro æquis partibus heredes ſunto*. non haberet Mæuius ius prælationis in deficiente portione Sempronij, quoniam adiecta partium mentio facit, vt quamuis ſyllaba & coniunctionẽ faciat, teſtator tamẽ qui ita ſcripſit, non tã Sempronĩũ & Mæuium cõiunxiſſe, quàm celeriùs dixiſſe videatur, vt loquitur Pomponius in *l. ſi ita quis* 66. *ff. de hered. inſtit.* Celeriùs enim dixit qui ita locutus eſt, quàm ſcripſiſſet, *Titius heres eſto ex ſemiſſe, Sempronius ex quadante, Mæuius ex alio quadrante heres eſto*. qui tamen proprius ſenſum eſt eorum verborum, *pro æquis partibus*. Nam cùm teſtator partes fecit, ſiue æquales, ſiue inæquales, parum aut nihil intereſt, an voluntatẽ ſuam pluribus verbis expreſſerit, an paucioribus, ſufficitq; partes ab eo factas eſſe vt appareat voluiſſe illum vt ſeparatim quiſq; portionẽ ſuã haberet, nec in vnã eandémq; cõcurrerent.

currerent. *l. penult. ff. de vſufr. adcreſc. d. leg. re coniuncti* 89. *de leg.* 3. Legatarij † verò & fideicommiſſarij, quæ
9 ſecunda diſputationis noſtræ pars eſt, licèt aliquando poſſint eſſe vocati ex parte, numquam tamen poſſunt eſſe ſine parte, at ſine partibus eſſe poſſunt: in eòque differunt euidenter ab heredibus, quia heredes hoc ipſo quòd inſtituuntur etiam nulla expreſſa parte, vtiliter tamen inſtituti intelliguntur, vel in reliqua parte aſſis, vel in ſecundo aſſe, quia nomen ipſum heredum hoc ſonat vt in hereditate ſcripti videantur, quæ ſemper & aliqua, & vna eſt.
10 Cùm autem teſtator † aliquibus legare ſe dixit, inutile legatum eſt, niſi expreſſum etiam ſit quid & quãtum legauerit, quòd ipſum ſciri non poteſt, quin illi ad aliquam partem ſiue eandem, ſiue diuerſam ſint vocati. Finge ita ſcripſiſſe teſtatorem, *Lego Titio fundum Cornelianum Sempronio & Mæuio lego.* Annon inutile erit legatum relictum Sempronio & Mæuio niſi addantur ea verba, *eundem fundum* aut ſi malis *eiuſdem fundi partem dimidiam:* vtrouis autem modo ſcriptum ſit, an non expreſſa eſt certa res ad quam Sempronius & Mæuius ſint vocati, ſiue cum partibus, ſiue etiam ſine partibus? Ita ſanè eſt. Et idcirco numquam ratio poteſt impedire ius adcreſcendi inter legatarios iſtos quod ſint legatarij ſine parte, ſed ſola illa quod ſint inſtituti ex partibus, ſi fortè teſtator adiecerit *pro æquis partibus*, vt fit cùm quidam verbis tantùm coniunguntur. Nam ſi teſtator partes nullas, neque æquales, neque inæquales fecerit, fieri nequit vt non reperiantur Sempronius & Mæuius coniuncti, ſi non re & verbis ſimul, ſaltem re tantùm: quæ tamen coniunctio nulla eſſe poteſt niſi inter eos qui ad eandem rem vocantur ſiue coniunctim, ſiue ſeparatim. Porrò non alia ratione dicuntur non eſſe coniuncti illi qui ſine parte inſtituũtur heredes, quàm quod ad eandem partem non fuerint vocati, vt intelligamus eſſe iſta in heredibus ſynonyma, quod inſtituantur ex parte, & quod ad eandẽ rem vocentur: Et è contrario, quod inſtituantur ſine parte, & quod ad diuerſam partem hereditatis admittantur. Conſequens igitur eſt vt ſimiliter in legatis & fideicommiſſis non poſſunt dici ad nullam partem vocati legatarij, qui ad eandem rem vocati ſunt nullis partibus à teſtatore factis. Et huius quam inter heredes & legatarios conſtituimus differentiæ ratio illa meo iudicio eſt, quod hereditas ex qua heredes æſtimantur, innumeras partes habet in iure conſiſtentes, & ſola iuris poteſtate ſubſiſtentes, quæ per iuris interpretationem adſcriptæ intelliguntur ſingulis, & ſeparatim, vt proinde qui ſunt inſtituti ſine parte, hoc ipſo ex partibus ſcripti exiſtimentur. Quid enim refert an teſtator ita ſcripſerit, *Titius heres eſto ex ſemiſſe, Sempronius & Mæuius heredes ſunto.* An verò in hunc modum, *Titius heres eſto ex ſemiſſe, Sempronius ex quadrante, Mæuius ex alio quadrante heres eſto.* Nempè quia æquè facilè, immo expeditius eſt poteſtati iuris, facere vt videantur Sempronius & Mæuius inſtituti ſinguli ex quadrantibus, quàm vt habeantur pro inſtitutis ex vno eodémque ſemiſſe qui poſtea diuidatur in quadrantes: Nimirum quod attinet ad ius adcreſcendi & prælationis, quoniam alioqui certum eſt in hac quoque ſpecie hactenus coniunctos, eſſe Sempronium & Mæuium vt ad eundem ſemiſſem vocentur, quomodo ſcriptũ eſt in *l. triplici* 142. *verſ. videamus. de verb. ſign.* qui locus † ita conciliandus eſt cum *d.* §. *vnde*
11 *idem tractat. diſt. l. item quod Sabinus* 17. *de heredi. inſtitut.* vbi ob hanc cauſam non ita loquitur Vlpian. vt ſimpliciter & abſolutè dicat eos qui ſine parte inſtituuntur, coniunctos non eſſe, ſed cum hac adiectione, *quantum ad ius adcreſcendi.* Sed cùm teſtator certam partem expreſſit, ex quo Sempronium & Mæuium inſtituit, licèt pars illa per legem ſubdiuidatur in quadrantes, quia tamen verum eſt fuiſſe illos cõiunctim ad ſemiſſem vocatos à teſtatore, non poſſunt perinde haberi acſi ſeparatim ſcripti fuiſſent ex quadrantibus, quoniam diuiſio illa quæ per legem fit ſemiſſis in quadrantes, non fit ad tollendam eam coniunctionem quam teſtator induxit, ſed tantum hereditatis inter heredes diſtribuendæ gratia ob idque nec impedit quominùs in deficiente portione Sempronij Mæuius debeat præferri Titio tanquam coniunctus. Legatum verò fundi Corneliani relictum Titio primùm ex ſemiſſe, deinde Sempronio & Mæuio ſimpliciter non poteſt ſic accipi, quaſi relictum ſit Sempronio & Mæuio ex quadrantibus, quia fundus cùm in corpore non in iure conſiſtat, nullas habet iuris partes, ſed eas tantùm quæ ſint & corporales & æquales, & quas nec fieri neceſſe eſſet, niſi commodioris diuiſionis cauſa: vt ex eo apparet, quod ſi malint Sempronius & Mæuius hoc caſu manere in communione, nec alter alterum ad diuiſionem prouocet, erunt in communione fundi legati, qui tamen non eſſent in communione hereditatis etiam ante acceptum iudicium familiæ erciſcundæ, tanquam habente vnoquoque propriam & ſeparatam portionem hereditariam, ipſis etiam corporibus hereditariis manentibus indiuiſis. Differt enim toto genere † hereditas à rebus hereditariis, non etiam legatum à re legata, cùm legatum, licèt iuris ciuilis nomen ſit, in iure tamen non vſque adeò conſiſtat vt poſſit eſſe ſine aliqua re, non magis quàm vt legatarius ſit ſucceſſor iuris. *l. quædam* 9. §. *nihil intereſt. ff. de eden.* §. *legatarios. Inſt. de teſt. ord.* Igitur cum quis legauit Titio fundi Corneliani dimidiam, Sempronio verò & Mæuio eiuſdem fundi dimidiam alteram, dicendum eſt, vocatos eſſe Sempronium & Mæuium ad eandem rem, ac proinde ad eandem fundi Corneliani partem, id eſt ad dimidiã, hoc ipſo quod ſine partibus vocati fuerunt, (ſicut è contrario ſupra diximus, heredes inſtitutos ſine parte, hoc ipſo ex partibus ſcriptos intelligi) & conſequenter deficientem Sempronij portionem ſoli Mæuio, non etiam Titio adcreſcere debere, quod tamen ſecus eſſet, ſi fuiſſent honorati ex æquis partibus, quoniam hæc adiectio ſeparationem partium induxiſſet, feciſſétque vt verbo tantùm coniuncti dicendi eſſent, quomodo qui coniuncti ſunt numquam habent ius adcreſcendi, vt poſtea dicemus.

ERROR III.

De coniunctione verbis tantùm.

SVMMARIA.

1 *Quotuplex ſit coniunctio.*
2 *Re tantùm coniuncti qui.*
3 *Verbis tantùm coniuncti qui.*
4 *Qui ſint re & verbis coniuncti.*
5 *Qui ad eundem fundum vocati ſunt pro inæqualibus portionibus verbis tantùm coniuncti dici non poſſunt, contra interpretes.*
6 *Verbalis coniunctio per diſiunctionem aduerſatiuam* autem *vel* verò *fieri non poteſt, aduerſus Bart. & alios.*
7 *Vnde ſit vt ex alternatiua fiat coniunctio.*
8 *Verbis tantùm coniuncti ij cenſeri non poſſunt, quibus teſtator inæquales partes adſcripſit.*
9 *Cuiacii lapſus.*

TRIPLICI

RIPLICI † modo coniunctio intelligitur, inquit Paulus in *l. triplici. 142. de verb. signific.* Aut enim re tantùm & per se coniunctio contingit, aut re & verbis, aut verbis tantùm, Re tantum coniuncti † dicuntur, qui diuersis orationibus ad eandem rem vocantur, vt si testator dixerit, *Lego Titio fundum Cornelianum, eundē fundum lego Sempronio* (ponimus exemplum in legatis, quia in hereditatibus nihil refert an coniuncti sint heredes, an disiuncti, nisi cùm de iure prælationis magis quàm de iure adcrescendi disputatur, vt diximus in præcedentibus) sunt enim hic duæ orationes. & tamen vnus tantùm fundus, ad quem Titius & Sempronius simul vocantur, cùm singuli fuerit in solidum legatus. Verbis tantùm cōiuncti † dicuntur è contrario, quia vna eadémque oratione vocantur ad res diuersas, quod euenit si testator ita scripserit, *Lego Titio & Sempronio fundum Cornelianum pro æquis partibus*, Hic enim vna tantùm oratio est per quam Titius Sempronius vocantur, & tamen diuersæ sunt res ad quas vocantur, Data siquidem est vnicuique pars fundi, nec pars vni data eadem est quæ alteri data fuit, licèt partes indiuisæ sint, *l. Mœuius 66 §. duorum de legat. 2.* Denique re † & verbis cōiuncti sunt qui eadem oratione ad eandē rē vocantur, puta legato pluribus relicto, ita *Lego Titio & Sempronio fundū Cornelianum.* Vna nāque hic oratio est, & vna eadémq; res ad quā vocantur ambo fundus scilicet Cornelianus vnicuique ipsorum in solidum legatus. Et in hoc nobis cōuenit cum pragmaticis & interpretibus iuris omnibus. At non etiam in eo quod nostri volunt posse verbis † tantùm cōiunctos dici etiā illos qui ad eundem fundū vocati sint pro inæqualibus portionibus puta hoc modo. *Sempronio lego fundum Cornelianū pro octo vnciis, Titio autem pro quatuor.* Quo exemplo vtitur Mich. Graff. in *§ ius adcrescendi, quæst. 4. num. 3. post Bart. ad l. re coniuncti. nu. 14. de leg. 3.* & alios multos ibidem relatos. Nec enim dubito quin ita concepto legato, Titius & Sempronius non tantùm re, sed etiam verbis disiuncti sint, vel ex ipsa Bartoli traditione quæ vult coniunctionem istam verbalem, quòd sanè verum est, non pendere nisi ab vnitate sermonis. Nam in proposita specie licèt semel tantùm expressum sit verbum *lego*, quæ vna res Bartolo cæterisque interpretibus imposuit, fatendum tamen est duas esse orationes quia idem verbum subintelligi necessariò debet, tacitéque repeti vt constrtui oratio possit. Quid autem refert an bis, an verò semel exprimatur & semel subintelligatur? Sunt igitur duæ orationes, non minùs quàm si ita scriptum esset, *Sempronio fundum Cornelianum lego pro octo vnciis, Eundem fundum Titio pro quatuor vnciis lego*, quo casu nemo dubitaret quin essent Sempronius & Titius tam verbis quam re disiuncti. Ideóque fatendum est errasse Bartolum & cæteros à Graffo vbi suprà relatos, in eo quòd scripserunt verbalem † coniunctionem perinde fieri posse per dictionem aduersatiuam, *autem*, vel *verò*, atque per copulatiuam. Id enim falsum est cùm aduersatiuæ dictionis vsus nullus esse possit, quin oratio duplex fiat: quod etsi tam naturalem intellectum habet, vt probatione non egeat, probatur tamen non malè ex *l. Lucius 78. §. quæ habebat. D. ad SC. Treb.* in cuius loci specie quod pro responsione ait Bartolus duplicem fuisse sermonem & orationem testatricis, verum quidem est, sed tamen aliam iudicio meo rationem non habet, quàm quòd licèt vnico tantùm verbo vsa testatrix fuisset, non tamen poterat verbum illud nisi tacitè repetitum vtrique parti orationis subseruire, propter aduersatiuam, cuius ea natura est, vt omnimodo semper diuersam faciat orationem. Itaque quamuis testatrix ita scripsisse proponeretur, *ita tamen vt decem vncias Caius habeat, duas autem Seius nepos habeat*, bis repetito verbo illo *habeat* (ad quod videtur respexisse Bartolus, cùm dixit duas eo loco proponi orationes) nihilominùs idem proculdubio dicendum fuisset, etiamsi in altera tantùm, siue priore, siue posteriore parte clausulæ verbum illud *habeat* expressum fuisset, in altera verò prætermissum, quod & elegantius videri debuisset. Nemo enim non videt eius verbi *habeat* non tantùm superuacuam, sed etiā insulsam esse eo loco repetitionem. Indeque est quod videmus Paulum in *d. l. triplici.* tam diligenter & anxiè inquirere, an verbalis coniunctio possit fieri per articulum *cum* hoc modo, *Titio cum Sempronio fundum Cornelianum lego*, an verò necessarius sit vsus syllabæ *&* cuius proprium est vt faciat coniunctionem *d. l. si ita quis 66. ff. de hered. inst.* Ac quamuis respondeat nihil interesse vtro modo testator locutus sit, an ita, *Titio & Sempronio*, an ita potiùs, *Titio cum Sempronio*, quoniam vtraq; coniunctio est *l. Titia textores 36. §. pen. l. si quis inquilinos. 112. §. si ita de leg. 1.* ex eo tamen intelligimus non idem responsurum eum fuisse de dictione aduersatiua, quæ scilicet nihil commune aut simile habet cum dictione copulatiua Sanè quòd de alternatiua † scribit Bart. eumque post alios secutus Grassus *dict. quæst. 4. n. 5.* ad ea quoque fieri coniunctionē, verum quidem est propter Iustiniani constitutionem in *l. cùm quidam 4. C. de verb. sign.* quæ induxit vt nihil referat an testator sic dixerit, *Titio & Sempronio fundum Cornelianum lego*, an ita. *Titio aut Sempronio*, sed tamen abhorret omnino à ratione iuris, secundùm quam fieri nequit vt coniuncta pro disiunctis accipiantur, aut contrà, qūin omnes siue defunctorum, siue contrahentium voluntates & dispositiones perturbentur, nisi cùm alioqui futurum esset vt absurdum aliquod sequeretur, quod tamen in proposito nullum posset emergere, quoniam cùm Titio, aut Sempronio fundus Cornelianus legatus est, optimum facilemque exitum habere defuncti voluntas potest, illum videlicet vt ei qui prior legatum petet, deque eo litem contestabitur soli totum debeatur, arg. *l. si pluribus 33. ad fin. de leg. 1. iunct. l. si Titius 9. D. de verb. oblig. l. pluribus 32. D. de procurat. l. ex duobus 16. D. de duobus reis.* Nisi maluerit heres ante legati petitionem eligere cui daret, *l. si Titio aut Seio 16. de leg. 2.* Et ridiculum est argumentum quo vtitur Iustin. ex interdicto *Quod vi aut clam*, quasi in iis edicti verbis sumatur disiunctio pro coniunctione. Nam si ita esset, sequeretur non fore locum edicto, nisi cùm opus & vi & clam simul factum probaretur, quod falsum est, quamuis possit nonnunquam, sed perraro contingere, vt idem opus & vi & clam factum probetur, vt in specie *l. is qui in puteum 11. §. interdictum. D. quod vi aut clam.* de quo plura scripsi ad *l. Lucius 85. D. de hered. instit. lib. 8. Coniect.* Sed ea disputatione in præsens omissa, dico etiamsi fecerit Iustinianus, vt legato ita relicto, *Titio aut Sempronio fundum lego*, disiunctio pro coniunctione accipiatur, non ideo tamen fecisse illum vt per eiusmodi formulam possint videri Titius & Sempronius verbis tantùm coniuncti Nam etsi testator expressim eos cōiunxisset hoc modo, *Titio & Sempronio fundum Cornelianum lego*, non verbis tantùm, sed etiam re coniuncti essent, nisi poneres subiectam adiectionem illam *pro æquis partibus*, quam tamen adiectionem apertum est non nisi ridiculè subiici posse legato alternatiuè relicto in hunc modū, *Titio aut Sempronio fundum Cornelianū æquis partib. lego.* Nā qui disiūctiuè loquitur alterutrū duntaxat vult, *d. l. si Titio 16. de legat. 3.* qui verò dicit

pro æquis partibus, vtrique dat partem, & ita secum pugnaret qui ita loqueretur. Nisi huius absurdi euitandi gratia disiunctionem pro coniunctione acciperemus, quod in proposita specie fieret sanè ex aperta testatoris voluntate. Ex his apparet fieri non
8 posse vt verbis † tantùm coniuncti sint ij quibus testator inæquales partes adscripserit, quia non possunt inæquales partes adscribi nisi diuersis orationibus. Ob idque solent prudentes nostri, cum tractant de verbo tantum coniunctis, exempla ita concipere vt addant verba illa, *pro æquis partibus*, vt in *d.l.re coniuncti.de lega.3.d.l.si ita quis 66. de hered. instit.l.pen.D. de vsufr. adcresc.* Quod ab ingeniosissimo I.C.Antonio Goueano feliciter obseruatum, fecit vt ille scripserit, non posse fieri vt verbis tantum coniuncti sint, nisi qui pro æquis partibus admittuntur:
9 sed tamen in hoc quoque videtur ille lapsus † contrario errore. Casum enim reperio in quo euenit vt quidam verbis tantum coniuncti sint, qui tamen ex partibus inæqualibus & disparibus admittantur. Is est in *l.& Proculo 20. de leg.* 2. vbi Celsus ex Proculi sententia scribit, si Sticho seruo communi Titij & Sempronij aliquid legatum sit, & maiorem Titius, minorem Sempronius in eo seruo dominij partem habuerit, & alteruter portionem suam omiserit, alteri eam non adcrescere: non enim coniunctim, sed partes legatas. Nam & ambo, si legatum vindicarent inquit lex, eam quisque legati partem habiturus esset, quàm dominij haberet in seruo, cùm per seruum sicuti non quæritur dominus nisi ex causa dominij ita neque aliter quàm ex dominicis portionibus, & consequenter ex inæqualibus, cùm nihil vetet eas partes esse inæquales. Hoc igitur casu reperiuntur Titius & Sempronius coniuncti in legato, & quidem verbis tantùm, quia si verba inspicias vnica oratio est quæ nec breuior, nec simplicior esse potest quam hæc, *Sticho seruo Titij & Sempronij fundum Cornelianum do, lego.* Si verò rem ipsam quæ legatur, diuersæ partes sunt quæ legantur Titio, sicut & dominij partes, quas in eodem Sticho habent, sunt distinctæ saltem iuris intellectu, *d.l. Mæuius.66 §.duorum.de lega.*2. Et ob id nimirum negat Celsus esse inter eos locum iuri adcrescendi, non quòd sint coniuncti legali coniunctione tantùm, vt vult Bartolus ad *d.l.& Proculo.& ad l.si duobus.*16. §. *vlt.de legat.* 1. sed quia, numquam ei locus est inter eos, qui verbis tantùm sunt coniuncti, vt in sequentibus dicemus. Nec quòd suprà citatis locis vocantur pro æquis partibus illi qui verbis tantùm coniuncti sunt, nostram sententiam impugnat etsi hoc verum esse videtur quod Goueanum fefellit. Sunt enim illa exempla, ex quibus propositio generalis nisi periculosè confici numquam potest. Erit igitur vera Goueani obseruatio, quoties testator ipse legati partes specialiter expresserit, quia, vt iam diximus, non possunt exprimi specialiter partes inæquales, quin orationum pluralitas inducatur: sed tamen falsa quoties eas partes legati non testator, sed sola iuris potestas facit, siue nullam omnino partium mentionem testator fecerit, vt in proposito illo exemplo, *Sticho seruo Titij & Sempronij fundum Cornelianum lego*, siue partes quidem expresserit, sed generaliter, & facta earum relatione ad potestatem iuris, puta si in suprascripta specie testator adiecisset *pro dominicis partibus*. Nec enim ea adiectio verbalem coniunctionem tolleret, quæ ex orationis vnitate, & vt Bart. loquitur, semper æstimanda est, nec minorem tamen vim haberet ad inæquales quoque partes constituendas, cùm partes dominij sint dispares, quàm si portiones ipsæ dominij ac inæquales specialiter expressæ essent, cùm per æquipollens, & verbis, quamquam generalibus tamen aptissimis expressæ reperiantur.

ERROR IV.

De iure adcrescendi inter verbis tantùm coniunctos.

SVMMARIA.

1 *Differentia quam constituunt interpretes inter verbis tantùm coniunctos, & eos qui vel re tantùm, vel etiam re & verbis coniuncti sunt.*
2 *Differentiæ ratio.*
3 *Qui vel re tantùm vel re & verbis coniuncti sunt, non habent partes nisi per concursum, ideóque inter eos non tam adcrescendi, quàm non decrescendi ius est.*
4 *Inter verbis tantùm coniunctos legatarios locum non esse iuri adcrescendi, aduersus interpretes.*
5 *Vera sententia l.pen. D. de vsufr. adcrescend. aduersus Bart. defenditur.*
6 *Explicatur l.planè.34.§.si coniunctim, D. de legat. 1. reiectis Bart.& Accurs. glossis.*
7 *Inducitur sententia l.si duobus.19.in princ.D. de legat.1.ad probandam assertionem.num.4.propositam.*
8 *Error Duareni & Fachinei dicentium d.l.si duobus. abrogatam.*
9 *Responsio Bartoli ad d.l.si duobus refellitur.*

VLLAM † agnoscunt nostri differentiam † inter eos qui verbis tantùm, & 1
eos qui vel re tantùm, vel etiam re & verbis coniuncti sunt, nisi quòd inter eos qui verbis duntaxat coniuncti sunt volunt esse proprie ac verè ius adcrescendi, inter cæteros verò ius non decrescendi potiús quàm adcrescendi, vt tractat *Bartol.ad l. re coniuncti: 89. de legat.* 3. & post eum cæteri communiter, teste Mich.Grass. *in §.ius adcrescendi.quæst.8.num 4 quæst.9. in princip. & quæst.* 10. Mouentur † ex eo, quod qui vel re tantùm 2
vel re & verbis coniuncti sunt, non habent partes nisi per concursum: singulis enim siue vnica oratione, siue pluribus tota res à testatore data fuit, *l. planè §4.§.si coniunctim.de legat.1 l.coniunctim.80.de lega. 3 l.prima.§.vltim.l.tertia.in princip. Digest. de vsufruct. adcrescend.* Ideóque cùm nolente concurrere altero ex legatariis aut non valente concurrere, quia fortè decesserit ante testatorem, vel incapax factus sit, totum legatum ad collegatarium pertinet, non plus ille consequitur, quàm testator ei dederit, vt aliquid ipsi adcrescere videatur: sed illud ipsum habet quod testator ei dederit, vt aliquid ipsi adcrescere videatur: sed illud ipsum habet quod testator ei dedit, non diminutum per concursum collegatarij, qui si concurreret, faceret vt decresceret legatum alij relictum, id est, vt partem duntaxat habere posset is cui testator totum dedisset. Qui verò verbis tantùm coniuncti sunt, partes ab initio habent, alioqui si partes non haberent, re quoque coniuncti essent, *d.l.re coniuncti. d.l.planè §4.§.si coniuncti & de lega.* 1. Proinde si alteruter ex legatariis vel nolit non possit ad legatum admitti, atque ita legatum totum ad alterum perueniat, qui legatum consequi & velit & possit, iure adcrescendi id fieri dicendum est, non iure non decrescendi. Quod aiunt, eos qui vel † re tantùm, 3
vel re & verbis coniuncti sunt, non habere partes nisi per concursum, ideóque inter illos non tam adcrescendi quàm non decrescendi ius dicendum esse,

nos

by Google

hos verum esse admittimus, nisi quod prudentes nostros nunquam sic locutos legimus, vt dixerint *ius non decrescendi*, vt monuimus in Erro. 1. Decadis huius. Sed quod volunt inter verbis † tantùm coniunctos locum esse iuri adcrescendi, falsissimum est, nullóque iuris loco comprobatum. Nam cum negari non possit quod Paulus scribit in *d. l. re coniuncti.* legatarios qui verbis tantum coniuncti sunt, semper habere partes, id est iam inde ab initio, vt explicat *Vlp. in d. l. planè §. si coniunctim*, proculdubio voluntas testatoris quæ sola inter legatarios ius adcrescendi inducit, non patitur vt in ea re, quæ ex testatoris liberalitate proficiscitur simus liberaliores testatore, quod tamen contingeret, si totum daremus ei cui testator non nisi partem dedisset. Ac quemadmodum idem Paulus in ea specie quam tractat in *l. debitor 59. in fine princip. D. ad SC. Treb.* pro absurdo habet cui testator alterum dedit, nos vtrumque præstemus (sic enim locus ille interpretandus est, vt in nostris coniecturis explicauimus) & rursum Caius in *l. facta 63. §. si sub conditione eo tit.* apertè scribit absurdum esse vt prætor fideicommissarius plus iuris tribuat ei, qui fideicommissum petit, quàm testator voluerit: Ita & in proposita quæstione fatendum est absurdum esse vt totum fundum habeat nunc ex collegatariis, cui testator partem duntaxat dedit. Eum porro qui verbis tantùm coniunctus sit, non nisi partem ab initio habere constat non solùm ex Pauli & Vlpiani autoritate, in *d. l. re coniuncti. & d. §. si coniunctim.* sed etiam ex eo quod præcedenti capite monuimus, verbis tantùm coniungi non posse, nisi eos quibus testator partes & quidem æquales adscripserit, adiectis scilicet iis verbis *pro æquis partib.* extra casum *l. & Proculo 20. de leg. 3.* Nec quod eiusmodi adiectio non impediret ius adcrescendi inter heredes, ad rem facit. Nam vt in superiorib. ostendimus differentia illa euidens est hac parte inter heredes & legatarios, quod deficiens portio coheredis adcrescit coheredi, non tam ex voluntate testatoris, quàm ex necessitate iuris inuito etiam testatore, adeóq. ipso coherede, ne alioqui eueniret vt persona testatoris pro parte tantùm repræsentari videretur. At inter legatarios pendet hoc ius adcrescendi ex sola testantis voluntate, quia non potest aliqua subesse necessitas quæ cogat nos dare totum ei, cui testator partem duntaxat datam voluit, siue quòd legatarij non sicut heredes iuris successores sint siue quòd deficiens legati portio, licet ad collegatarium transitura non sit commodè, tamen dominum sit habitura heredem, scilicet apud quem remanere debet, vel sine onere, si penes legatarium sine onere futura erat, vel cum onere, si fortè legatarius eandem rem tibi legatam alteri restituere debuerat. *l. vnic. §. pro secundo & §. sin autem aliquid Cod. de caduc. tollend.* Atque ita esse vt inter verbis tantùm coniunctos non sit locus iuri adcrescendi præter rationem illam ex iure & ex testatoris voluntate petitam, quam attulimus, probatur apertissimè ex *d. l. & Proculo*, vbi negat Celsus locum esse iuri adcrescendi inter eos quorum seruo communi aliquid legatum sit, quos tamen negari nõ potest, & verbis cõiunctos esse, & verbis tantùm. Nã quod respõdet Bart. *ad §. vlt. l. si duobus 16. de l. 1.* esse quidẽ dillos cõiunctos, sed cõiunctione legis tantùm, non hominis, ridiculũ e, stcùm quisquis legat seruo, quem scit esse incapacẽ vllius legati ex propria persona consequendi, eum necesse sit intueri personam domini, ac proinde id agere cùm legat seruo communi duorum vt ambos dominos in eo legato coniungat pro dominicis portionibus. Nihilque hac parte interesse potest an legem fundum Cornelianum Sticho communi seruo Titij & Sempronij, an ipsis Titio & Sempronio: nisi quòd vno casu legatũ ipsi Sticho, non autem eius dominis delatum esse intelligitur, altero verò casu ipsis dominis defertur. Cæterùm illo etiam casu quo legatum ipsi seruo delatum est à domino, tamen repudiari potest vt intelligamus ipsi quoque domino delatum videri per mediam serui personam, *l. legatum seruo 7. de leg. 1.* Probatur etiam sententia nostra manifestiùs ex *l. penult. D. de vsufr. adcresc.* vbi Papinianus † scribit, si duobus eadem res aut eiusdem rei vsusfructus pro æquis portionibus legetur, esse illos separatos, indéque fieri vt inter eos non sit ius adcrescendi. Et tamen adhuc nugatur Bartolus, respondétque agi eo loco de vsufructu legato à diuersis heredibus, & consequenter separatim: quod verum quidem est, si solam eius legis primam partem inspicias, de qua sic Papin. scribit, *Cùm singulis ab heredibus singulis eiusdem rei fructus legatur, fructuarij separati videntur*: sed quod sequitur, *non minus quàm si aquis portionib. duobus eiusdem rei fructus legatus fuisset*, eandẽ interpretationem recipere non potest. Tractat.n. his verbis Papinianus nouum casum priori dissimilem, in eo quod non à singulis heredibus fuerit pluribus legatus vsusfructus, vt in priore, sed ab vno tantùm herede, cum illa tamen adiectione quæ in priore casu expressa non fuerat, *pro aquis partibus* similem verò in eo quòd in vtraque specie separati sunt legatarij, quanquam diuersa ratione. In priore quidem propterea quòd à singulis heredibus separatim vsusfructus relictus esset, tametsi non adiecto eo, *pro aquis partib.* In posteriore verò, propterea quod pluribus relictus esset vsusfructus cum hac adiectione, *pro aquis partibus*, quamuis non à singulis heredibus separatim, sed vel ab vno tantùm, vel à pluribus simul & coniunctim. Porro siue hac siue illa ratione separati sunt, nihil refert, sufficitque quod sint separati, vt non sit inter eos ius adcrescendi. Generaliter enim verum est quod ex Celso Vlpianus velut pro regula, aut potius pro certissimo iuris principio scribit *in l. 3. in prin. e.* Toties ius adcrescendi esse, quoties in duobus pluribúsue, qui rem aliquam in solidum habuerunt, concursu partes fiunt. Nec quod ibi Vlpianus de vsufructu loquitur facere potest, vt in proprietate aliter ab eo, vel à Celso constitutum putare debeamus. Nihil.n. hac in re speciale habet vsusfructus nisi quod facilius adcrescit quàm proprietas cum accrescere possit etiam posteaquam fuit acquisitus, quia nimirum quotidie constitui, & quotidie legati intelligitur, quod in proprietate diuersum est, vt eleganter idem *Vlp. scribit in l. 1. §. interdum. e. tit.* Itaque si quo casu ius adcrescendi in vsufructu locum non habet multo minus potest habere in proprietate. In eóque parum subtiles sunt vulgares interpretes qui cum non dubitent quin ius adcrescendi sit inter verbis tantum coniunctos, disputant tamen quasi nescio quid diuersum ac longè obscurius, An inter eos locus sit iuri adcrescendi in vsufructu. Quãquam in eo sunt constantes, quòd tuentur in vsufructu eum ipsum errorem quem in proprietate inuexerunt, vt testatur Mich. Graff. *dict. quæst. 9. in fin. post Crott. ad l. re coniuncti. numer. 44.* Sed addamus eundem Vlpianum † nostrum in *d. l. planè 34. §. si coniunctim. de leg. 1.* vbi posteaquàm scripsit partes ab initio fieri, si qua res coniunctim legetur coniunctione, scilicet verbali tantùm (nam in ea quæ vel realis tãtùm esset, vel mixta, id est, & realis simul, & verbalis falsum esset nimis euidenter quod Vlp. pro vero constare ait ab initio fieri partes, præsertim cùm ea quæ apud Vlpianum sequũtur, ostendãt partes quæ ab initio fiunt, opponi ab eo partibus quæ fiant per cõcursum) subiicit in ea hæc verba, *Nec so-*

lum bi partem faciunt, in quorum persona legatum constitit. verùm bi quoque, in quorum persona non constitit legatum, vt puta si Titio & seruo proprio sine libertate legetur. Quibus verbis quid apertius scribi potuit ad excludendum ius adcrescendi inter eos qui verbis tantum sint coniuncti. Nam si vllo casu posset locus esse iuri adcrescendi inter coniunctos verbis solùm, quando posset, obsecro, ius illud magis locum habere, quàm cùm alterutet ex collegatariis talis est, vt in eius persona legatum ab initio non consistat? siquidem is neque admittitur, neque admitti vnquã speratur ad partem: Ob idque succedit traditio eiusdem Bartoli, negantis partem vnquam facere illum, qui ad partem neque admitti vnquam speretur. Sic enim ille ad *d. § si coniunctim & ad d. §. vlt. l. si duobus. & ad l. huiusmodi* 84. *§ si Titio eod. ex d. §. vlt. & l. si duobus. dict. l. planè.* Quod namque idem Bart. ad *d. §. si coniunctim*, Accursium secutus, ait seruum testatoris proprium, cui sine libertate legatum est, ideo facere partem, quia licet non valeat legatum ex rigore iuris vt actio detur, valet tamen secundùm æquitatem, quæ facit vt heres debeat legatum illud præstare seruo, ex *l. penult. § illo videlicet l. de necess. here. instit.* nullomodo potest adaptari Vlpiano. Non ob id solùm quòd supradictis verbis generaliter complexus est omnes casus, quibus fieri possit vt in alterutrius persona legatum non consistat, de legato autem quod proprio seruo relictum fuerit sine libertate, non fuit locutus nisi exempli gratia, verùm etiam quia Vlpiani temporibus ita ius fuisse certum est, vt legatum quod quis proprio seruo sine libertate reliquisset, omnimodo esset inutile, nec magis æquitatis specie, quam mero iuris rigore defenderetur, *l. seruus vxori* 76 *D. de hered. instit.* Primus Iustinianus fuit, qui in *d. § videlicet* constituit, vt non debeant heredes testatoris esse tam impij, vt miseros seruos fraudent domini sui liberalitate: quibus tamen verbis videtur Iustinianus voluisse heredes hortari potiùs, ne se in ea re impios præstent, quàm seruis consulere velle, siue data iis ex æquitate actione aliqua quæ proculdubio inter dominum & seruum nulla esse potest *l. iis nulla* 4. *D. de indic.* siue data iis licentia implorandi officij prætoris, vel alterius magistratus. Id enim tùm fit vt per se habeat seruus aditum ad prætorem cùm debetur ei libertas nec suo tempore præstatur, *l. mulier* 12. *§ non est dubitatum D. ad SC. Treb.* Id enim fit propter solam spem & prærogatiuam libertatis, cuius fauor alia etiam pleraque pro seruis contra iuris rationem extorsit, *l. si statu liber.* 14. *D. de quæst. l. mortis* 9. *§. vlt. D. de pœn.* Quamquam de tota quæstione illa, Vtrum is qui ad partem non admittitur, partem nihilominùs faciat, postea exactius & separatim tractandum erit. Postremò contra interpretes pro nobis accersendus
7 est Pomponius † in *d. l. si duobus* 16. *in princ. de leg.* 1. vbi disertè scribit, Si duobus res aliqua coniunctim legata sit, quamuis alter in rerum natura non fuerit alteri tamen solam partem deberi. Apparet nõ posse id accommodari ad eum casum quo testator plures in legato coniunxerit, siue re tantùm, siue re & verbis simul, cùm inter legatarios siue re & verbis coniunctos ius adcrescendi locum habere certissimum sit, & nemo vnquam negauerit: vt proinde non de aliis legatariis quàm de iis qui tantùm verbis coniuncti fuerint, ea lex intelligi possit. Etsi enim dictio illa *coniunctim* habet sensum æquiuocum magisque propriè iis conuenit qui re coniuncti sunt, vt constat ex *d. l. & Proculo.* 20. *de legat.* 2. in illis verbis, *non enim coniunctim, sed partes datæ*, & ex *l. coniunctim* 80. *de leg.* 3. quia scilicet testator, qui aliquos verbis tantùm coniungere quàm celeriùs loqui vel scribere videtur, vt eleganter ait Pomponius in *l. si ita quis* 66. *ff. de hered. instit.* interdum tamen ex necessitate subiectæ materiæ ad eos etiam aptatur, qui verbis tantùm cõiuncti sunt, nimirum quoties alioqui falsum aut absurdum quidpiam sequeretur, vt in *d. l. si duobus. & d. l. planè § si coniunctim. l.* 3. *§ sed etsi cõiunctim. de leg. præst.* Neque in eo violatur proprietas sermonis, quando quidem verum est etiam eos qui verbis tantùm coniuncti sunt, esse coniunctos, sed verbis tantùm *dict. l. re coniuncti. & l. triplici* 142. *de verborum significatione.* Nunquam tamen ita, vt iure nostro habeantur pro coniunctis quod attinet ad ius adcrescendi: ob idque si quando scriptum legitimus indistinctè ius adcrescendi esse inter eos qui coniuncti sunt de iis solis intelligere debemus qui vel re, & verbis simul, vel saltem re tantùm sint coniuncti, nõ etiam de iis qui verbis tantùm, vt in *dict. l. vnic. §. pro secundo. § sin autem aliquid & vbi autem C. de cad. tollend.* ita dictante regula ipsa iuris quæ vult, in ambigua voce legis, eam potius accipiendam esse significationem quæ vitio caret, præsertim cum etiã voluntas legis ex ea significatione colligi potest, *l.* 8 *in ambigua* 16 *D. de legib.* In quo videntur mihi † valdè errasse Duarenus *lib. 2. de iur. adcresc.* 18. & cum secutus Fachineus lib. 4. controuers. iur. cap 97. existimantes hodie abrogatum esse quod scriptum est in *d. l. si duobus in princip.* & in *d. l. planè. §. si coniunctim*, propter Iustiniani constitutionem in 6. *§. vbi autem C. de cad. tollen.* quæ induxit vt pars legati quoquomodo deficiens adcrescat cõiuncto, iis exceptis quæ vt indignis aufferuntur, & fisco applicantur. Nec enim aut eo loco, aut alio vllo id egit Iustinianus, vt ius adcrescendi induceret inter coniunctos verbis tantum, aut vt hac parte ius vetus abrogaret. Scio
9 Bartolum respondere † locum illum Pomponij accipiendum esse de eo collegatario qui in rerum natura nondum quidem sit, sed tamen esse speretur, quem facere partes æquum est, & ipsi etiam iuris rationi consentaneum cum possit aliquando admitti licèt nondum admittatur, quasi dixerit Pomponius *non pro nondum*, vt Africanus in *l. si filius heres* 16. *D. de liber. & posthu.* quem errorem nos quoque iuniores nimis bona fide secuti sumus lib. 1. Coniect. cap. 10. Sed præter id quod verba illa Pomponij sunt generalia, & contrariam potius interpretationem præ se ferentia *quamuis aliter in rerum natura non fuerit*, video etiam obstare huic interpretationi quod sequitur apud Pomponium *alteri solam partem deberi.* Erat enim addenda dictio *interim*, vt in *d. l. si filius. & in l. sub conditione.* 10. *ff. de assign. libert. & in l. sed si* 5 *a' fin. ff. de bon. damna.* si de illo Pomponius sensisset, qui in rerum natura nondum quidem esset, at futurus aliquando speratur, Bartolum verò ne hanc, quam dicimus, veram illius loci sententiam assequi potuerit, duo impedierunt, illud primum quod non poterat distinguere inter coniunctionis species, cum pro certo haberet inter coniunctos quoslibet etiam verbis tantum esse locum iuri adcrescendi, alterum, quòd non aliter sibi videbatur posse conciliare primum illud legis responsum cum *§ vlt* eiusdem legis, vbi idem Põponius scribit, Si Titio & posthumis legatum sit, nullo nato posthumo Titium vindicare totum posse, sed & si testator Titio & posthumis viriles partes dari voluisset, vel etiam id expressisset, totum nihilominùs legatum Titio deberi non nato posthumo. Ex quo etiam loco putauit Bartolus probari apertissime inter eos quoque quibus ab initio testator partes dedit ius adcrescendi esse posse: quod tamẽ, quoniam ab iis quæ dicimus non minùs quàm à iuris ratione abhorret, de illius loci sententia noui aliquid, sed breuiter despiciendum est.

ERROR

ERROR V.

De legato, relicto Titio & posthumis pro æquis & virilibus portionibus.

SVMMARIA.

1 *Vulgaris interpretum traditio, inter legatarios verbis tantùm coniunctos adcrescendi ius esse ex cuius legis textu maxime probari videatur.*

2 *Casum l. si duobus. §. vlt. D. de legat. 1. ex qua probatur superior traditio specialem esse: & qua sit ratio specialitatis.*

3 *Omnes qui ex æquis partibus vocantur coniuncti verbis censeri non debent, nisi una eademque oratione vocentur.*

4 *Pleraque quæ sunt sub tit. de reb. dub. sapiunt Tribonianum.*

5 *Virilis appellatione quid contineatur & viridem portionem qui faciant.*

1 IN toto iure nostro alius textus † non est, ex quo tam apertè videatur probari posse vulgaris illa falsaque interpretum nostrorum traditio, quæ habet, Inter legatarios verbis tantùm coniunctos adcrescendi ius esse, quam ex Pomponij responso quod proximè retulimus in *l. si duob.* 16. §. *vl. de leg.* 1. vbi ait ille, si Titio & posthumis legatum sit, non nato posthumo, Titium vindicare totum posse: sed & si testator Titio & posthumo viriles partes dare voluisset vel etiam id expressisset, totū nihilominùs legatum Titio deberi, posthumo non dato. Id enim si verum est, omnino corruit ratio illa præcipua & perpetua, qua diximus nos moueri, vt inter legatarios verbis tantùm coniunctos ius adcrescendi non esse existimemus: nempe quòd qui verbis tantùm cōiuncti sunt, semper habeant partes, absurdum autem sit cui testator nonnisi partem dederit, ei nos totum dare. Ponit enim Pomponius ita relictum esse legatum Titio & posthumis, vt viriles partes expressæ sint, neque tamen dubitat quin non nato posthumo legatum totum ad Titium solum debeat pertinere. Nec vllus relinquitur locus ei interpretationi, vt de iis legatariis Pomponius senserit, qui coniuncti sint vel re & verbis simul, vel saltem re tātum: quia nullomodo, nullóque casu possunt dici re coniuncti illi, quibus testator partes præsertim æquas & viriles adscripsit. Ac rursus pugnabit secum Pomponius, si cum Bartolo sic eum intelligas, vt etiam inter eos qui verbis tantum coniuncti sunt, locus sit iuri adcrescendi, cum in eiusdem legis principio scriptum sit, si duob. res aliqua coniunctim legata sit, quamuis alter in rerum natura non fuerit, alteri solā partem deberi. Nam quemadmodum de aliis quàm de verbo tantùm coniunctis id intelligi non potest, ita neque interpretationem illam recipere, quam somniant Bartolus, vt de illo Pomponius sentiat, qui in rerum natura nondum sit, sed esse speretur, sicuti ad finem superioris capitis à nobis probatum est. Illud
2 ergo vnum dicendum supereſt, specialem † esse casum illum quem Pomponius tractat in *dict. §. vlt.* Si Titio & posthumis legatum sit, neq. facilè ad alios casus protrahendū, quod libenter sanè admittit quisquis rationem specialitatis intelliget. Sed in ea explorāda non parum subesse videtur difficultatis. Existimo posse non improbabiliter dici, eum qui legat Titio & posthumis licèt viriles partes expresserit, ea tamen esse voluntate vti ne aliter velit posthumis facere partem quàm si nascantur. Quicquid enim relinquitur posthumo eam habet tacitam conditionem, si posthumus nascetur, non solùm quòd alioqui, nec priùs videri possit homo, quàm sit editus, *l. in falcidia* 9. *D. ad leg. falc.* nec is qui nunquam natus est, nasciue amplius non potest, in vtero vnquam fuisse credatur, *l. is cui* 18. *D. quand. dies leg. ced.* sed etiam quia incertum est, quænam possit esse portio posthumi, antequàm sit natus, propterea quòd plures nasci possunt, *l. sed etsi* 28. §. *vlt. ff. de inf. l.* 3. *D. si pars her. pet. l. si pater* 76. *D. de sol.* Idque est quod apertè Caius scribit in *l. vtrum* 7. *D. de reb. dub.* ita demum partem facere posthumum si natus sit, si verò minimè natus sit, partem eum non facere, sed totum ad collegatarium pertinere, *quasi ab initio solido ei relicto*: Sin autem natus fuerit, vtrosque accipere quantum cuiq. relictum est, vt vno nato pars tibi dimidia debeatur, duobus natis tertia tibi debeatur, Tribus natis, quia trigemini quoque nascuntur, quarta tibi debeatur. Quibus verbis duo illa quæ diximus insinuat Iurisconsultus: Vnum est, expressionem virilium portionum, non impedire quominùs in proposita specie videatur totum relictum Titio, si posthumus nullus nasceturr quia sicuti non potest negari quin solus posthumorum fauor fecerit ne totum Titio reliquerit testator, vt posthumus si quis nasceretur partem habere posset, ita nullo deinde nato posthumo facit eadem ratio vt virilium portionum expressio debeat haberi pro non facta quippe quam certum sit non fuisse facturum testatorem, nisi posthumum nasciturum speraſſet. Quod in cæteris coniunctis diuersum est. qui siue partem facere possint, siue non possint, semper tamen faciunt ex voluntate testatoris qui partes adscripsit, quia non potest videri partes illas adscripsisse sub tacita illa conditione, Si omnes legatarij ad legatum admittentur, cùm potuerit testator scire, & debuerit inquirere an essent omnes capaces accipiendi legati, quod diuersum est, cum legatur posthumis, quia natiuitas posthumorū sperari potest, an verò nasciturі sint, certò sciri non potest. Alterum est, in legato posthumis relicto specialem illam subesse rationem propter quā expressio virilium portionum ius adcrescendi impedire non debeat, quòd quandiu natus non est posthumus, nō solùm nescitur an sit nasciturus, sed neq. quòd nasciturі sint. Inde namq. fit vt nec sciri possit quænam sit virilis portio Titij quandiu posthumi natiuitas est in incerto cùm ea virilis portio Titij necessariò constituenda sit ex comparatione portionum quæ posthumis natis debebuntur. Quid n. aliud est *virilis portio*, quàm quæ viritim & in singula capita cor stituitur? *l. virilis* 8. *De leg. præst.* Cùm ergo non possit dici quid, & quantum testator dederit Titio, quousq. nascantur posthumi vnus pluréve, illud etiam consequens fit vt in id vsq. tempus nulla possit haberi ratio expressæ virilis portionis, tanquam quæ nulla sit. Quo admisso, id quoq. admitti necesse est, vt si postea nullū posthumorū nasci contingat, totum habere Titius debeat, quippe cuius portio virilis adhuc nulla fuerit vnquam in id vsq. tempus. Nam cuius nulla est, quandiu posthumus speratur, eius verū est dicere nullā vnquā fuisse, cum posthumi spes defecit. Quid ergo impedire potest quominùs hoc casu totū habeat Titius acsi de virilibus portionibus nihil testator dixisset? In cæteris quibus viriles partes adscriptæ sunt, siue ad partē admitti aliquando possint, siue non possint, non idē tractari potest. Nam si legauerim fundū Cornelianū *Titio & seruo meo sine libertate* hoc adiecto *pro virilibus partibus*, iam inde ab initio perinde est acsi legassem Titio dimidiā partē fundi, & aliam dimidiā seruo meo, quia nihil potest accidere,

cidere, quòd faciat vt virilis portio Titij non sit omni modo dimidia, siue legatum seruo meo relictum valeat, aut conualescere aliquando possit, siue non: ideóque nihil vnquam ex hoc legato sperare Titius potest supra dimidiam: cùm nihil prorsus interfit an Titio virilis data sit, an dimidia: dimidia verò pars certa sit, semperque eadem quæ nec augmentum recipere potest, nec diminutionem. Vnde si poneres posse Titium in legato ita coniugi verbis tantùm cum posthumis, vt vocaretur ad dimidiam partem fundi Corneliani, posthumi verò ad reliquam dimidiam in virtiles, concepto in hunc modum legato, *Lego fundum Cornelianum Titio pro dimidia, & posthumis qui nascẽtur in viriles.* non dubitarem quin dicẽdum esset nullo nato posthumo solam dimidiã Titium habere debere: quoniam eo casu constituta esset Titio certa pars, cuius modum si egrederemur vt daremus ei totum, essemus liberaliores testatore. Sed ne hoc dici possit illud facit, quod in supradicta specie non essent Titius & posthumi verbis tantùm coniuncti, sed omnino separati. Quamuis enim dixerimus in præcedentibus non posse verbis tantùm coniungi; nisi eos qui ex æquis partibus vocentur extra casum, *l. & Proculo* 20. *de leg.* 2. non tamen similiter possis dicere omnes † qui ex æquis partibus vocantur coniunctos esse verbis, quia illud etiam requiritur, vt vocati sint vna eademque oratione: quod non euenit cùm vocatus est Titius pro dimidia, & posthumi in viriles. Duplicem namq. hic orationem esse necesse est; siue verbum *lego* bis exprimatur, siue semel tantum exprimatur, tacitè vero repetitum intelligatur. Quid ergo? Si quis Titio & posthumo non posthumis leget pro virilibus partibus, an dicemus, nullo casu debere Titium habere totum, nec si posthumus nullus nascatur; Ita videtur quoniam hoc casu virilis appellatione, quod ad personam Titij videtur testator de dimidia sensisse, ad aliam verò dimidiã posthumos omnes quotquot nascerentur vocasse, cósque in ipsa coniunxisse propter factam posthumi in singulari tantùm numero expressionem. Quomodo enim potuit meliùs declarare testator, quod posthumos omnes vnius loco haberi vellet, tantumque solùm Titium habere, quantum posthumos omnes simul? Et ob id nimirum fortasse tractat Pomponius eum casum quo fuerit legatum Titio & posthumis, non autem Titio & posthumo, sed tamen video apud Caium in *l. quidam* 5. *§. vlt. cum l. seq. & in d. l. virum.* 7. *de reb. dub.* tractari de legato quod fuerit relictum Titio & posthumo in numero singulari, nec eo minùs Titij portionem minui pro numero natorum posthumorum & è contrario totum habere Titium si posthumus nullus nascatur. Itaq licèt mihi valdè suspecta sint, & Tribon. † manum sapiant pleraque quæ sunt sub eo tit. *de re du.* non tamen ausim differentiam hanc omnino adfirmare inter eum casum quo legatum sit Titio & posthumis, & illum quo legatum fuerit Titio & posthumo, præsertim cùm hoc etiam casu locum habeat ratio illa, quod virilis portio in persona vnius non nisi ex comparatione portionis in persona alterius constitui potest. Illud tantum affirmo nullum aliud commodius exemplum afferri posse in quo possit esse ius adcrescendi inter legatarios & virilibus partibus vocatos nisi si qui sunt casus similes, quibus eadem ratio accommodari possit, neque aliam rationem meliorem adferri posse quàm quæ à nobis allata fuit, cur in legato quod Titio & posthumis, seu posthumo relictum est, aliud receptum sit quàm in cæteris. Potest autem similis esse casus ille, Si fortè legauerim fundum Cornelianum tibi & eis ex fratribus meis qui Capitolium ascenderint singulis viriles. Nam & hoc casu si nemo ex fratribus meis Capitolium ascendat, totus fundus Cornelianus ad te pertinebit, quasi qui partem nunquã habueris, quamdiu neque partem certam tibi dedi, neq; alius quisquam tibi fecit. Idemque tentari potest etiamsi legauerim fundum Cornelianum pro virilibus tibi & ei qui primus ex fratribus meis in Capitolium ascenderit, in numero singulari. Etsi.n. potest videri quod modò circa legatum Titio & posthumo relictum dicebamus, duas dimidias ab initio factas esse, quia tamen non dimidias dixi, sed viriles portiones: & virilis portionis significatio nulla est quæ in portione vnica verificari possit, sed tantum ex comparatione alterius portionis, quæ pro numero capitum concurrentium maior minórve constituatur, necesse est huic euenire vt virilis appellatione totum contineatur, ne alioqui fieret vt nihil contineretur. Vnde petenda est ratio & dubitandi & decidendi ad *l. illud* 5. *in fi. ff. si pars hered. petat.* Et hæc vera sententia & ratio est eius, quod Vlpianus scribit *in l. virilis* 145 *ff. de verb. signific.* virilis † appellatione interdum etiam totam hereditatem contineri, tunc scilicet cùm ea pars quæ virilis fuisset alio concurrente, partis nomen retinere non potest, ideò quod nemo sit qui concurrat, & partem faciat. Virilem namque portionem neque testatores ipsi vnquam faciunt, neque contrahentes, tametsi de virili portione locuti sint, sed ij soli, qui concurrere, & concurrendo partem facere possunt. In eóque refert, An de virili, an verò de dimidia portione, vel de tertia aut quarta, siue in testamento, siue in contractu actum sit, quia dimidiam aliámve certam portionem facit is qui ipsam adscribit. Virilem verò faciunt ij soli qui cõcurrunt. Ideóq; nemine concurrente dimidia quidem, vel tertia, aut quarta semper eadem manet, neque vel augmentum recipit, vel diminutionem, aut virilis nulla supereſt, sed fit totum. Denique virilis portio, vel dimidia est, vel tertia, vel quarta aliáve portio certa, si qui sint qui concurrant, vel totum, si nemo concurrat. Dimidium verò, vel tertiam, vel quartam portionem qui dicit, non idcirco dicit virile sed certam portionem quæ semper eadem est, siue aliquis sit qui concurrat, siue nemo. Virilis.n. ab initio incerta est, & constituenda ex numero capitum concurrentium, aliæ autem portiones iam inde à principio certæ constituũtur, nec pendent ex euentu. Vnde est quod nusquam scriptum videas appellatione dimidiæ portionis totum contineri. Denique viriles partes non fiunt nisi per concursum, æquales verò fiunt sine concursu, & idcirco expressa virilium mentio non impedit ius adcrescendi, cui locus esse nunquam potest æquis partibus expressis. Sed quia ex eo quoque quod nunc diximus virilis appellatione interdum etiam totum contineri, magnam errandi occasionem sumunt interpretes, vt ex iis quæ sequenti capite dicemus apparebit, hunc etiam errorẽ detegamus & depellamus.

4

5

ERROR VI.

De sententia & ratione responsi Scævolæ in l. pater filium 38. §. filiam de legat. 3.

SVMMARIA.

1 *Responsum Scævolæ in l. pater filium. 38. §. filiam. D. de legat. 3.*

2 *D. responsi interpretatio Accursiana à Bartolo & aliis probata refertur.*

3 *Quæ sit ratio D. responsi, sententia Cuiacij refertur & refellitur.*

4 *Differentia inter legatum vindicationis & legatum damnationis*

5 *Interpretatio Accursiana d. responsi refellitur, & vera ratio responsi additur.*

EST hoc responsum ex eorum numero quorum rationem assequi non valentes interpretes, nec sententiam alioqui per se facilimam percipere voluerunt. Nos de vtraque nunc dicemus, quoniã & ad tractatum nostrum, De iure adcrescendi, locus ille maximè pertinet, & ad ea quoque explicanda proximo capite diximus, De virilis portione appellatione: Testator filia † sua herede instituta ita cauerat, *Veto autem ædificium de nomine meo exire, sed ad vernas meos quos hoc testamento nominauì pertinere volo.* Decesserat post patrẽ filia, eademq; heres: Decesserãt etiã vernæ, iidemque legatarij hoc est, quibus eodem testamento legata fuerat libertas. Vnus tantùm libertus remanserat, qui solum fideicommissum petebat. Respondet Scæuola, ad hunc qui ex vernis solus supersset, virilem partem pertinere. Quod post Accursium † Bartolus cæteriq; omnes interpretes nostri sic intelligunt vt debeat ille habere totum: Ratione illa quòd huiusmodi fideicommissum conditionale sit, hoc est, sub ea tacita conditione relictum, Si alienabitur ædificium extra nomen & familiam testatori, ideóq; non ad alios pertinere possit, quàm qui supersint tẽpore alienationis, & existentis conditionis & consequenter totum ad illum vnum qui supersit, si sit solus. Ex illa nimirum iuris regula, quæ vult in dispositionibus omnibus conditionalibus præsertim testamentariis inspiciendum esse tempus euenientis conditionis, *l. cùm pater 77 §. hereditatem filius, de legat. 2. l. intercidit 59. l. eum qui post apertum 104. De condict. & demonstr.* Ac quoniam huic interpretationi quæ totum fideicommissum dat vernæ superstiti, repugnant euidenter verba Scæuolæ, quibus continetur virilem partem ad eum pertinere: Respondent illi non esse nouum vt virilis appellatione interdum etiam totum contineatur, in eámque rem abutuntur ea Vlpiani sententia, de qua supra dicebamus, quæ extat in *l. virilis 145. de verb. signif.* Hæc verò omnia ideo tantùm, quia rationem percipere non potuerunt, propter quam non debeat totum habere is qui solus ex fideicommissariis supersit, & cui eo tempore quo fideicõmissum deberi incipit, nemo partem facit. Nec sanè dissimulandum est, rationem quæ mouerit Scæuolam vt ita responderet, valdè in obscuro positam esse, dignámque cuius explicandæ gratia noui aliquid afferatur, quod nemo adhuc forsasse ex interpretibus nostris dixerit. Nam & Iacobus Cuiacius, † quem video ingenij & diligentiæ laude non minùs præstare cæteris recentioribus, quàm recentiores in vera iuris ratione indaganda præstant, meo iudicio, antiquioribus, etsi laborauit non parum vt huius responsi & nouam & veram rationem assequeretur, nouam quidem attulit, sed nisi ego fallor, non solùm minùs veram, sed neque probabilem. Is *l. 5. Obseruat. c. 4.* responsi rationem sumendam esse ait ex illis testamenti verbis, *quos hoc testamento nominauì*, quæ ille sic accipit, vt testator vernas suos omnes quibus libertatem dedit nominauerit dando ipsam libertatem, quæ scilicet ex lege Caninia data erat nominatim: vt perinde sit, acsi scriptum esset, *Quos hoc testamento manumisi.* vt *in l. Lucius 88. §. Lucius de leg. 2.* Itaque retulit se testator, inquit Cuiacius, ad nomina propria vernarum testamento expressa, atque ita omnibus nominatim legasse videtur. Nominum autem nuncupatio viriles partes facit ab initio, maximè in fideicommissis, & in legatis per damnationem, & ideo singulis ab initio quasi diuisim partes adscriptæ fuisse videntur, *l. si Titio & ei 7. exit. de leg. 2. l. vxorem 41. §. agri palam. de legat. 3.* & consequenter inter eos non est ius adcrescendi, nisi adiecerit testator, *Donec ædificium ad vnum peruenerit*, vt in *d. §. Lucius. & in l. codicillis 34. in princip. D. de vsufr. legat.* Fatetur enim nobiscum vir doctissimus, inter eos, qui partes ab initio vel habent vel habere intelliguntur, nunquam esse ius adcrescendi, sed inter illos tantùm qui habent partes per concursum, *l. 3. D. de vsufr. adcresc.* quamquã citat in eam rem Pomponium in *l. si duobus 16. §. vlt. de legat. 1.* quod miror, cùm locus ille sit, qui omnium maximè sententiam hanc impugnare videtur, nisi quomodo superiore capite diximus, intelligatur, & explicetur. Voluit, vt puto citare *d. l. si duobus in prin.* quo etiam loco vsi sumus ad probandum inter coniunctos verbis tantum non esse ius adcrescendi. Sed quemadmodum cum ipso ego in hoc consentio, ita rationem quam ille adfert, cur in specie quam tractamus iuri adcrescendi locus non sit, prorsus improbabilem esse puto. Nullo enim iuris loco, aut colore probare possis nominum nuncupationem facere viriles partes ab initio. Alioqui dicendum erit, si quis Titio & Sempronio fundum Cornelianum legauerit, non fore illos nisi verbis tantùm coniunctos, nec ius adcrescendi habituros, quod falsissimum est, cùm non solùm re, sed quod magis est, & re & verbis coniuncti sint. Idq; nimirum præsentiens Cuiacius adiecit, *maximè in fideicommissis & legatis per damnationem*, vt effugeret eam obiectionem quam videbat fieri posse ex legatis per vindicationem. Neque tamen possit quis pro Cuiacio rationem reddere, cur eam vim habere debeat nominum nuncupatio, vt partes ab initio faciat in vno potiùs quàm in alio genere legatorum, cùm legatis omnibus commune illud sit, vt legem sumere debeant ex voluntate testatoris. Quod verò addit de fideicommissis & de legatis per damnationem, magis miror cùm tam in his quàm in illis ita comparatum esset iure vetere, vt etiamsi nulla nominũ facta esset nũcupatio, ius tamen adcrescẽdi inter legatarios & fideicõmissarios esse nõ posset, sicut in sequẽtibus dicemus. Et hoc certè vnũ est, quod dicere Cuiacius debuit in specie de qua respondet Scæuola, ideirco præmortuorũ portiones deficiẽtes superstiti non adcrescere, non quia nuncupata fuissent nomina vernarum, sed quia fideicõmissum vernis relictũ proponebatur: inter fideicõmissarios autem nunquam est ius adcrescendi, nisi cùm à testatore ita expressim constitutum est. Fideicommissum enim hoc fuisse, non legatum, aperte scribit Scæuola illis verbis, *an ad vnum libertum qui remansit, totum fideicommissum pertineret*, & constat etiam ex verbis testamẽti, *ad vernas meos pertinere volo*, quę fideicommissi verba sunt, non legati, nec magis per damnationẽ quàm per vindicationem relicti, *§. vltim. Institut. de singul. per fideicom. relict.* vnde & illud quoque miror, quod idem Cuiacius legatum hoc vocat, cùm ita scribit *atqui ita omnibus nominatim legasse videtur*: quasi verò nihil hac parte distet legatum à fideicommisso, nisi fortè virum doctissimum illud fefellit quòd eosdem vernas legatarios vocat Scæuola illo loco *& legatarios vernis.* Sed iam explicauimus ita id intelligi debere, vt fuerit ipsis legata libertas verbis directis, non vt ædificium quoque ipsis legatum dici possit. Fero autem hunc viri doctissimi errorem multo impatientiùs quàm vulgarium interpretum. Illi enim sicut cæteras differentias, quæ olim erant inter vindicationis & damnationis legata, ignoratione iuris veteris non percepe-
runt, ita neque hanc quæ erat ex præcipuis, quòd in legato † vindicationis locum habebat ius adcrescendi, in legato damnationis non item: quam tamen differentiam Cuiacius non ignorauit, scilicet non tan-
tum

tum ex fragmentis Vlpiani, Caij & Pauli, ſed etiam ex ipſis prudentum reſponſis, quæ Triboniani manum, caſu, vt puto, magis quàm ex propoſito effugerunt. Illud planè ferre non poſſum quòd poſt Accurſium † illi volunt totum fideicommiſſum pertinere ad vernam hunc ſolum ſuperſtitem, cui Scæuola non dat niſi virilem. Nam quod adferunt ex *d.l. virilis*, appellatione virilis interdum etiam totum cõtineri, ad hunc ſenſum nullomodo pertinet, vt cui lex aliqua dat virilem, ei totum dandum eſſe interpretemur. Sed ita potiùs accipiendum eſt, vt virilis portio, ſiue in teſtamento, ſiue in contractu data nõnunquam euadat in totam hereditatem, vel in totum legatum, ſcilicet tunc cùm nulla perſona eſt, ex cuius comparatione poſſit conſtitui quænam debeat eſſe portio virilis minor toto, vt explicauimus capite præcedenti. Itaque portio quæ deſtinata eſt vt virilis eſſet, poteſt facilè fieri totum, ſed ea quæ ſemel virilis dicta, & conſtituta fuit, totum eſſe nunquam poteſt. Multo minùs poſſum videre cur Bartolus tam improbabilis interpretationis rationem ex eo ſumere velit, quòd in diſpoſitionibus conditionalibus ſpectandum ſit tempus euenientis conditionis. Etſi enim propoſitio illa vera eſt, ad propoſitum tamen non pertinet, in quo non agitur de fideicommiſſo conditionali, ſaltem cuius conditio per vendicationem & alienationé extiterit, vt ipſe perperam & commentitiè ratiocinatur, ſed de fideicommiſſo ita relicto, vt nulla etiam facta alienatione debuerit reſtitui libertis omnibus, qui ſupereſſent. Non enim teſtator ſimpliciter ita ſcripſerat, *vetо ædificium de nomine meo exire*, ex qua ſola prohibitione alienationis fideicommiſſum vtique nonniſi conditionale, ac in caſum ſecutæ alienationis induceretur, *l.cùm pater 77. §. libertis l.peto* 69.§. *fratre de leg.*2. ſed adiecit quod præcipuè inſpiciendũ eſt, *ſed ad vernas meos pertinere volo*, quibus verbis apertiſſimum & fideicommiſſum purũ dari, niſi quod in diem incertum mortis heredis datum intelligitur, atque ita ſub conditione, quia dies incertus in teſtamentis pro conditione habetur, *l.dies incertus 75. de cond. & demonſt.* at non ſub conditione alienationis, quomodo Bartolus intelligit. Eſt enim longè maior voluntas relinquendi fideicommiſſi in eo qui vult bona ſua ad vernas ſuos pertinere, quàm in eo qui prohibet duntaxat, ne de familia exeant: & qui prohibitus eſt alienare, non ideo prohibetur heredem extraneum in iis bonis habere, præſertim ab inteſtato, niſi etiam ea relinquere in familia iuſſus ſit, vt diſputauimus l.4. Coniecturarum. Proinde non illa ratio pro verna ſolo ſuperſtite faciebat quòd teſtator ædificium de nomine ſuo exire vetuiſſet, ſiue libertorum duntaxat, vt vult Cuiacius, ſiue totius familiæ gratia: ſed hæc vna potiſſimum, quod ædificium iſtud ad vernas ſuos pertinere voluiſſet, hic autem ſolus ex vernis omnibus ſupereſſet. Verùm ad hanc rationem reſpondendum eſt, fideicommiſſum hoc eſſe quod vernis quidem omnibus relictum at non omnibus tamen coniunctim, ſed ſingulis ſeparatim, & pro virili cuiuſque portione datum eſſe intelligitur: ac proinde in quo non poteſt inter eos eſſe ius adcreſcendi, tanquam pro iis habendis, qui verbis tantùm ſint coniuncti: Nam quibus per fideicommiſſum aliquid coniunctim relinquitur, etiamſi adiecta non ſunt verba illa *pro æquis partibus*, ij verbis tantùm, nunquam verò etiam re coniuncti intelliguntur, vt poſteà dicemus. Aliam Accurſij lectionem & interpretationem, nec referre lubet, adeò improbabilis eſt, & ab omnibus quoque interpretibus improbata.

ERROR VII.

De ſententia & ratione l. re coniuncti 89. de leg. 3.

SVMMARIA.

1 *Sententia l.re coniuncti.89.Digeſt.de legat.3.*
2 *Cur de re coniunctis re & verbis non agat Paulus in d.l.89.*
3 *De iure probationis inter legatarios agere Paulum in d.l.*
4 *Quàm variè interpretes concipiant quæſtionem verſic. d.l.quòd ſi re tantùm coniunctus, &c.*
5 *Quid ſibi velit Paulus in d.verſ.*
6 *Quæ ſit ratio cur is qui re tantùm coniunctus eſt non ſit præferendus ei qui nullo modo coniunctus fuit.*
7 *Quomodo accipiant interpretes verſiculum d.l. ſi verò verbis quidem coniunctus ſit, &c. & quàm à vero ſenſu aberrent.*
8 *Quæ ſit vera mens Pauli in d.l. ex ſententia Goueani & autoris.*
9 *Verbalis coniunctio cùm ſola eſt nullas vires habet ad inducendum ius adcreſcendi, accedente tamen coniunctione reali, facit vt qui verbis tantùm coniunctus fuerat, non tantùm adcreſcendi, ſed etiam prælationis ius habere debeat.*
10 *Conuenientia verbalis coniunctionis cum reali: & differentia inter eaſdem notanda.*

NON mirabitur, toties ac tantopere hallucinatum eſſe Bartolum eóque duce ac anteſignano cæteros iuris ciuilis interpretes in tractatu iſto *de iure adcreſcendi*, quiſquis nobiſcum fatebitur nihil eos vidiſſe in explicanda ſententia & interpretatione *l.re coniuncti.*89.*de leg.*3.cùm hæc lex præcipuas quæſtiones contineat, quæ pertinent ad tractationem illam quam & ſolent noſtri poſt Bart.vulgò ad hunc locum referre. Principio legis † monet Paulus, re coniunctos eſſe, non etiam verbis eos quibus eadem res ſeparatim legatur: Verbis verò non etiam re, illos quibus aliquid legatur pro æquis portionibus, quoniam inquit, ſemper partes habent iſti legatarij, qui ſcilicet verbis tantùm ſunt coniuncti. *Semper*, inquam, id eſt iam inde ac initio, non autem per concurſum, vt non malè interpretatur Accurſ.ſi priores duas ipſius interpretationes iungas, ad differentiam ſcilicet eorum qui re tantùm vel etiam re & verbis coniuncti ſunt, qui partes quidem habent, ſed non ſemper, & ab initio, at per concurſum duntaxat, de quibus in *l. planè* 34. *§. ſi coniunctim. verſ. ſed ſi alij de leg.*1. *& in l. coniunctim.*80.*de legat.*3. De coniunctis † verò re & verbis quinam illi ſint, Paulus non explicat neque definitione, neque exemplo: ratione illa, vt puto; quod ei qui ſcit quosnam vel re tantùm, vel verbis tantùm coniunctos dicere debeamus, non eſt difficile intelligere quid ſit, Eſſe re & verbis coniunctos. Nempe qui & ad eandem rem & eadem oratione vocantur, hoc modo, *Lego Titio & Sempronio fundum Cornelianum.* His verò præmiſſis incipit Paulus in *d.l.re coniun.* tractare non de iure adcreſcendi inter legatarios, ſed quod præcipuè obſeruandum eſt de iure † prælationis, qui longè diuerſus tractatus eſt. Etſi n. de iure prælationis diſputari non poteſt, ſiue inter heredes, ſiue inter legatarios, niſi præſuppoſito iure adcreſcendi, non tamẽ omnia quæ de iure adcreſcendi diſſeruntur poſſunt accommodari ad ius prælationis, aut contra, de iure adcreſcendi

cteſcendi vix vlla potuit occurrere dubitatio apud veteres illos prudentes, apud quos tam certa erant omnia iuris principia & indubitata, quàm apud interpretes noſtros ſunt vel incognita, vel perperam explicata. Sed de iure prælationis longè ſubtilior inquiſitio eſt, & dignior quã Iureconſulti non prætermitterent, vt conſtabit ex iis quæ mox dicemus, & quæ ſequuntur in *d.l. re coniuncti*. Solet quæri de iure adcreſcendi, tùm etiam cùm duo tantùm ſunt, quorum alter ſuam portionem repudiat, vel alio modo amittit. Statim enim locus fit quæſtioni, an deficiens illa vnius pars adcreſcat alteri. At de iure prælationis diſputari non poteſt quin tres vel heredes, vel legatarij proponantur. Vnum enim eſſe neceſſe eſt, cuius pars deficiat, de qua dubitari poſſit cui adcreſcat, duos verò ſupereſſe inter quos contendatur vtri eorum adcreſcat. Inde fit vt cùm nemo vnquam ex iuris autoribus dubitauerit, quin ius adcreſcendi locum haberet inter legatarios, etiam qui re tantùm coniuncti ſunt, dubitet tamen Paulus in *dict.l. re coniuncti*, an hic qui re tantùm coniunctus eſt, debeat eſſe potior cæteris non coniunctis, in quæſtione *de iure prælationis*. E contrariò quamuis inter prudentes omnes ſemper conſtiterit, verbis tantùm coniunctos ius adcreſcendi inuicem non habere, dubitat tamen Paulus in eadem *l. re coniuncti*, an habeat ius prælationis, & quod magis eſt, concludit habere: nimirum his quæſtionib. locum facit concurſus tertij, quæ diximus interuenire neceſſariò debere, vt de iure prælationis tractari poſſit, non etiam cùm ſimpliciter agitur de iure adcreſcendi, vt mox explicabimus. De iis ſolis qui & re & verbis ſimul coniuncti ſunt non dubitat Paulus, an præferri debeant cæteris qui vel re tantùm, vel verbis tantùm coniuncti ſunt, multo magis iis qui neutro ex his modis, quia cùm nitantur duplici coniunctionis vinculo vtroque facto per teſtatorem, ex cuius ſolius voluntate ius prælationis inducitur, non tantum inter legatarios, ſed etiam inter heredes, nulla ratio eſt cur non debeant cæteris omnib. præferri, tanquam qui ſunt coniunctiores. Idque eſt, quod Paulus ait iis verbis, *præfertur igitur omnimodo cæteris, qui re & verbis coniunctus eſt*, nec habet hoc apud ipſos etiam interpretes dubitationem, ſed quod ſequitur, *Quòd ſi re tantùm coniunctus ſit, conſtat non eſſe potiorem*, hoc verò primum explicatu difficillimum eſt. Nam † ſi quæſtionem ſic concipias, Vtrum is qui 4
re tantum coniunctus eſt, præferatur ei qui neq; re neque verbis coniunctus ſit, nõ modò falſum videbitur quod lex ait, non eſſe illum potiorem, ſed etiam abſurda & ridicula quæſtio, cum dubitandi ratio nulla occurrat, cur is qui re coniunctus eſt, licet re tantum, præferri non debeat ei, qui nullo modo coniunctus fuit. Itaq; ob hanc cauſam putarunt Ioannes & Azo, quos refert & probat Accurſ. quæſtionem eo pertinere, An is qui re tantùm coniunctus ſit præferatur ei qui vel re & verbis coniunctus eſt, vel verbis tantum: volúntque ad quæſtionem hanc reſponderi à Paulo, non eſſe præferendum. Alij, inter quos Rogerius, volunt ei quidem qui re & verbis coniunctus ſit, præferri non debere illum, qui re tantũ coniunctus eſt, ſed præferendũ tamẽ ei qui verbis tantũ coniunctus proponatur: & hoc eſſe quod ſequitur in verſic. *ſi verò verbis*, de cuius etiã interpretatione poſtmodũ ſubiiciemus. Sunt deniq; qui putent verbis duntaxat coniunctũ, præferendum ei qui re tantũ coniunctus eſt: quam ſententiam, itemque contrariã præcedentem quã retulimus, refellit Accurſ. concludens, ambos ſimul admitti: eum ſcilicet qui verbis tantum, & eum qui ſolũmodo re coniunctus ſit, ex *l. ita ſi quis. 66. de her. inſti. & l. Mœuio 41. in prin. de leg. 2.* Nemo iſtorum dixit quod 5
dici debuit, Paulum † in hoc verſu id omnino ſibi velle, vt qui re tantũ coniunctus eſt, potior non ſit eo, qui neq; re neq; verbis coniunctus ſit. Quod quamquã paradoxũ videtur, vt nõ ſit potior is qui aliquomodo, quàm qui nullo modo coniunctus eſt, veriſſimũ tamẽ eſt, probaturq; apertiſſimè ex ea ipſa *l. Mœuio*, qua Accurſ. abutitur in contrariam partem. Ibi n. proponebatur ita ſcriptũ eſſe, *Mœuio fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam lego: eundem fundum Titio lego*, quib. verbis coniunctus erat Titius re tantum cum Mœuio & Seio, Mœuius verò & Seius inter ſe neq; re neque verbis, vt ſeq. capite dicemus. Et tamen ſi Seius deceſſerit, aut repudiauerit, Iauolenus eo loco ſcribit partem eius vtriq; adcreſcere & Mœuio & Titio: atq; ita negat Titium eſſe potiorẽ, quia, inquit, cum ſeparatim & partes fundi, & totus fundus legatus ſit, neceſſe eſt vt ea pars, quæ ceſſat, pro portione legati cuique eorum, quib. ſeparatim fundus legatus eſt, adcreſcat. Et verò alius non eſt ad quem poſſit aptari quæſtio de iure prælationis, præter eum qui nullomodo ſit coniunctus. Si n. velis conferre eum qui re tantũ coniunctus eſt cum eo, qui ſimiliter re tantũ coniunctus ſit, facies ridiculã dubitationẽ vter debeat vincere ex iis qui eodem iure ſunt, & in quib. omnia ſunt paria. Rurſus ſi eum conferre velis cum eo qui & re & verbis coniunctus eſt, iam ex Paulo ipſo diximus, omnimodo præferri eum qui coniunctus ſit & re & verbis. Solum igitur illud ſupereſt, vt hunc, qui re tantùm coniunctus eſt, conferat quis cum eo qui non niſi verbis coniunctus reperitur. Neque ſanè quicquam eſt quod impediat ne comparatio hæc fiat. Sed tamen non hanc fuiſſe Pauli ſententiam ex eo intelligimus, quòd ſtatim aliam ſubiiciens quæſtionem de illo qui verbis tantùm coniunctus fuit, ait eſſe illum præferendum, quod vtique non alium ſenſum habere poteſt, quàm vt præferendus ſit ei, qui re tantùm coniunctus eſt, vt mox explicabimus. Quid ergo attinuiſſet ſcribere coniunctum re tantùm non eſſe præferendum ei cui ſit poſtponendus? Nam qui dicit præferendum quem non eſſe, non ſtatim dicit eſſe eundem poſtponendum, immò potiùs ſignificat vtrumque concurrere, quod medium eſt inter præponi: ſed qui è contrario dicit eſſe quem poſtponendum, hoc ipſo multo magis ſignificat non eſſe igitur præponendum, cui nec permittitur quod medium eſt, vt concurrat. Ratio † tantùm 6
quærenda eſt, quam vulgares interpretes reperire nõ potuerunt, Cur is qui re tantùm coniunctus eſt non ſit præferendus ei qui nullomodo coniunctus fuit. Ea verò petẽda eſt ex eo quod iã diximus, non poſſe quæſtionem incidere de iure prælationis, quin tres legatarij ſint, quorum vnus portionem ſuam amittat vel repudiet, alij autem de habenda ea contendant. Hinc namque fiet, vt is qui à teſtatore nullomodo, id eſt, neque re, neque verbis coniunctus eſt, propter concurſum tamen eius qui re tantum vtique coniunctus inuenitur, reperiatur, etiam ipſe re coniunctus, ac proinde tantundem iuris habere ratione iſtiuſmodi coniunctionis realis, quantum ſi à teſtatore ipſo re tantùm coniunctus fuiſſet. Quod tamen quoniam pertinet ad explicationem *d.l. Mœuio*, de qua ſequenti capite dicemus, de hoc quoque plura nunc dicere nolumus. Sequitur † apud Paulum, *Si verò verbis quidem coniunctus ſit, re autem non, quæſtionis eſt an coniunctus potior ſit, & magis eſt vt & ipſe præferatur*. Hic 7
verò verſiculus eſt qui interpretum omnium, & veterum & recentiorum ingenia mirabiliter torſit, vteresque omnes in duplicem errorem inuexit, quorum primus ille fuit, quòd putarunt ex eo probari apertiſſimè, Etiam inter verbis tantùm coniunctos locum eſſe iuri adcreſcendi: quaſi ſtultum alioquin eſſet quærere: An ius prælationis eſſet inter eos, inter quos non eſſet ius adcreſcendi, cùm ius prælationis ſupponat

illud

illud in neceſſarium antecedens, vt ſuprà monuimus. Alter error fuit, quòd cùm non poſſent intelligere aut concoquere, quod Paulus non obſcurè ſcribit, coniunctum verbis tantùm præferendum eſſe ei qui re tantùm ſit coniunctus, ſic Paulum præpoſterè interpretati ſunt, vt velit coniuncto verbis tantùm, præferri eum qui ſit coniunctus vel re & verbis ſecundùm Ioannis & Azonis explicationem: quam Bartolus & probat, & à Citramontanis omnibus probatam eſſe ait, vel etiam re tantùm ſecundùm Rogerium. Ita fit, vt poſtponat eum quem Paulus anteponit, & quod eſt conſequens, anteponant illum quem Paulus proponit. Priorem errorem iam refutauimus: ſed quomodo ad hunc locum reſponderi poſſit, cuius potiſſimùm autoritate tantus error nititur, nondum docuimus. Id nunc ita faciemus, vt pariter ſecundum quoq; errorẽ tollamus, nec minùs apertam quàm veram totius le-
8 gis ſententiam demonſtremus. In quo † vt minùs laborandum nobis ſit, effecit mirabile felixq; ingenium magni illius Iurecõſulti Antonij Goueani, qui etſi in eleganti ſuo libello, *De iure adcreſcendi* nondum potuerat aſſequi mentem Pauli, vt fatetur ille in libris variarum lectionum, poſtea tamen & mentem & rationem aſſecutus eſt optimè, & explanauit non minùs diſertè quàm breuiter ſuo more, ſed tamen ſubobſcurè libris Var. lect. Ait igitur, quod certè ſi quid aliud in toto iure noſtro veriſſimũ eſt, loqui Paulum de eo legatario, qui ſit quidem coniunctus verbis tantùm à teſtatore, ſed qui tamen ex poſt facto reperiatur etiã re coniunctus propter concurſum Titij quem teſtator re tantùm coniunxit, vt proinde, hic de quo agimus, quem teſtator verbis tantum coniunxerat, ex poſtfacto reperiatur coniunctus & re, & verbis eo tempore quo de iure prælationis diſputatur. Quid ergo mirum eſt ſi præferatur ei qui re tantum coniunctus fuit, cùm ſit ipſe coniunctus & re & verbis? Hoc enim cõſequens eſt ei quod iam ex Paulo præmiſimus, eum qui & re & verbis coniunctus ſit, omnimodo eſſe præferendum. Et verò quid refert vtrum ab initio & ex verbis ipſis teſtamenti, an ex poſtfacto duntaxat & propter concurſum tertij reperiatur quis re & verbis coniunctus? Sed exemplo facili opus eſt vt res alioquin perobſcura oculis ſubiiciatur. Finge teſtatorem ita ſcripſiſſe, *Lego Mæuio & Seio fundum Cornelianum pro æquis partibus, eundem fundum lego Titio.* In hac ſpecie ſi verba teſtamenti & rei veritatem, qualis ab initio eſt, inſpicias, Mæuius & Seius verbis tantùm coniuncti ſunt, quia eadem vnaque oratione vocati, ſed re nullomodo quia licèt vocati ſint ad eundẽ fundum, vocati tamen ſunt cum illa adiectione *pro æquis partibus*, quæ adiectio ſicuti verbis eos coniungit ita re ſeparat quãdoquidem adſcribit ſingulis partes vnicuique ſuam à ſocij ſui & collegatarij parte ſeparatam. Titius verò vtrique, id eſt tam Seio quàm Mæuio coniunctus eſt, ſed re tantùm, non etiam verbis. Re coniunctus eſt, quia teſtator dando ei fundum integrum quem pro æquis partibus dederat Mæuio & Seio, vocat illum ad eandem rem, id eſt, non tantum ad eundem fundum, ſed quod magis eſt, quodque vnum realem coniunctionem inducit, ad eaſdem partes quas dederat Seio & Mæuio. Reipſa. n. nihil aliud ſunt partes illæ quàm fundus diuiſus, quem & totum & indiuiſum Titio legauit. At verbis coniunctus non eſt Titius cum cæteris, quia ſeparatim, hoc eſt, diuerſa oratione vocatus fuit. Ideoque nec tantum iuris eum habere æquum eſt quantum ſi & re & verbis cõiunctus eſſet, vt repudiante Seio ipſe in Seij portione Mæuio præferatur omnimodo. Neque verò fieri poteſt vt cui teſtator totum fundum legauit, eum re & verbis coniunxerit cum iis quib. viriles portiones adſcripſit. Diuerſitas enim illa & diſparitas vocationis neceſſariò diuerſitatẽ quoque orationum & formularum requirit. Nam etiamſi poneres ita ſcripſiſſe teſtatorẽ, *Mæuio & Seio fundum Cornelianum pro æquis partibus, eundem Titio in ſolidum lego*, eſſent quidem Mæuius & Seius coniuncti verbis inter ſe, ſed non cum Titio, qui è contrario re quidẽ cum iis coniunctus reperiretur, ſed verbis tamẽ ſeparatus. Non. n. quod ſemel tãtum expreſſum eſſet verbũ *lego*, facere poſſet vt vna tãtũ oratio videri deberet, vt pleriq; exiſtimant, quia idẽ verbum neceſſariò ſubintelligendum eſſet ad conſtituendã priorẽ partem clauſulæ. Parum autẽ refert an expreſſum ſit, an tacitè ſub intelligendũ, vt oratio vel vna vel multiplex exiſtimetur. Porrò cum Titius iure ſuo vtitur & totũ fundum ex legato ſuo petit, facit neceſſariò vt Mæuius & Seius qui ab initio verbis tantũ coniuncti fuerãt à teſtatore & poſtfacto & per concurſum illum Titij etiã re cõiuncti reperiantur: ſiquidẽ fieri nequit vt & Mæuius dimidiã partẽ fundi Corneliani, & Seius aliã dimidiã, & præterea Titius totum eundẽ fundum conſequatur, nõ magis quàm vt in vno fundo ſint duo fundi eiuſdem quantitatis, vel vt duo eiuſdẽ fundi in ſolidum domini eſſe intelligantur quorum vtrumq; nõ tantum à iuris noſtri, ſed ad ipſius etiã naturæ ratione abhorret. Itaq; fieri hoc caſu neceſſe eſt propter concurſum Titij qui ſolus tantum habere debet, quantũ Mæuius & Seius ſimul, vt ſemiſſes qui Mæuio & Seio legati fuerunt reduci debeant ad quadrantes, hoc eſt reuocari ad ſemiſſem vnicum qui poſtea in quadrantes diuidatur, vt alium ſemiſſem conſequi Titius poſſit. Sic enim fiet vt quamuis minùs cõſequantur ſinguli, quàm teſtator ſingulis dederit, ita nimirum faciente ipſa rei neceſſitate, eadem tamen proportio ſeruetur in diuidendo inter eos omnes fundo Corneliano, quæ ſeruaretur, ſi voluntas teſtatoris eum ipſum effectum quæ verba præ ſe ferebant, ſortiri potuiſſet. Nam quæ proportio eſt totius fundi ad alium totum fundum qui ſit eiuſdem omnino qualitatis, & quantitatis, eadem eſt ſemiſſis Corneliani ad alium ſemiſſem eiuſdem fundi, & ſimiliter quæ proportio eſt ſemiſſis fundi Corneliani ad totum fundũ Cornelianum, eadem omnino eſt quadrantis fundi Corneliani ad ſemiſſem eiuſdem fundi. Denique per hanc reductionem quæ neceſſariò ex iuris poteſtate inducitur, quantitas quidem & vtilitas legatorum minuitur, ſed proportio non immutatur. Cùm ergo Mæuius & Seius, quibus ſingulis teſtator dimidiam partẽ fundi Corneliani dederat, reuocentur ad dimidiam vnicam propter concurſum Titij, quem neceſſe eſt tantum habere ſolum, quantum Mæuius & Seius habeant: ac proinde ad eum ſolum totam aliã fundi Corneliani dimidiam pertinere, negari non poteſt, quin ex poſtfacto Mæuius & Seius, quos teſtator verbis teſtamenti re diſiunxerat, fiant tamen re coniuncti: non aliter quàm ſi teſtator ita ſcripſiſſet *Mæuio & Seio fundi Corneliani dimidiam, Eiuſdem fundi aliam dimidiã Titio lego*: qua formula proculdubio Mæuius & Seius & re & verbis coniuncti reperirentur, Titius verò è cõtrario & re & verbis ab vtroq; ſeparatus. Quemadmodũ igitur ita locuto teſtatore, ſi Seius portionem ſuam legati vel amitteret, vel omitteret, ſolius Mæuij portioni illa adcreſceret ſecundũ illam propoſitionem qua iã diximus eum qui re & verbis cõiunctus ſit alij cuilibet non ſimiliter re & verbis coniunctum ſemper & omnimodo eſſe præferendũ: Ita & cum teſtator ſic ſcripſit *Lego Mæuio & Seio fundum Cornelianum pro æquis partibus: eundem fundum Cornelianum. lego Titio*, partem Seij quam is vel amiſerit vel omiſerit ſoli Mæuio adcreſcere neceſſe, eſt tanquam ei qui ſolus re & verbis coniunctus reperiatur eo tempore quo incipit locus eſſe quæſtioni *De iure adcreſcendi*, non etiam Titio qui eodem tempore ſaltem verbis

diſiun

facit vt Mæuius & Seius, quos teſtator diſiunxerat, coniuncti re ac verbis reperiantur, eadem in neceſſarium conſequens efficiat, vt Titius quem teſtator vtrique re coniunxerat, ab vtroque diſiunctus inueniatur? Sic exiſtimare quis fortaſſe poſſit: quia ſicut per Titij concurſum diminuitur legatum quod Mæuio & Seio relictum fuerat, vt qui ſinguli dimidiam fundi Corneliani, atque ita ambo ſimul totum fundum habere debuerant, non niſi quartam partem ſinguli, & ita ſimul iuncti ambo non niſi dimidiam vnam conſequantur: Ita per Mæuij, & Seij concurſum neceſſe eſt minui legatum Titij, vt qui ex verbis teſtam. fundum totum habere debuerat, non niſi dimidiam conſequatur, quam dimidiam nemo non videt ab alia dimidia, quæ ad Mæuium, & Seium peruenire debet, eſſe omnino ſeparatam: ſed non ita eſt: Non.n. ſicut coniunctio realis, quæ à teſtatore inducta non fuit, ex poſtfacto induci poteſt per alterius collegatarij concurſum, ita ex aduerſo fieri ex vllo euentu poteſt, vt coniunctio realis à teſtatore inducta tollatur. In hac igitur ſpecie dicendum eſt, præferri Mæuium Titio non tanquam re coniunctum ei qui non ſit re coniunctus, ſed tanquam coniunctum re & verbis ei qui re tantum coniunctus ſit. Neque tamen ex eo quod volumus ſoli Mæuio, non etiam Titio adreſcere Seij portionem voluntas teſtatoris vlla in re violatur, vt neque ratio illa iuris quæ prohibet ne inter verbis tantum coniunctos ius adreſcendi locum habere poſſit: ne ſcilicet eueniat vt ſimus liberaliores teſtatore ſi totum demus ei cui teſtator partem tantũ dedit. Quantumuis enim ſoli Mæuio des portionẽ Seij deficientem: non tamen plus habebit, quam teſtator ei dederit, ſed illud ipſum quod ei teſtator dederat, ſc. dimidiam partem fundi, vt proinde nulla ex eo conquerendi occaſio ſupereſt Titio, cui nihil dominuitur ex eo ſemiſſe, ad quem neceſſe fuit redigi legatum quod ei factum fuerat totius fundi. Dicat aliquis Immo fuiſſe totum fundum Titio legatum perinde atque Mæuio dimidia eiuſdem fundi pars legata fuerat, & conſequenter voluntatem teſtatoris non minùs facere pro Titio vt ex deficiente Seij portione aliquid poſſit conſequi ſupra ſuam dimidiam, quàm pro Mæuio vt ex eadem portione aliquid poſſit conſequi ſupra ſuam quartam ad quam ſimiliter neceſſe fuit redigi legatum, quod ei factum fuerat dimidiæ partis. Verùm reſpondeo, in hoc & ob hoc plus iuris habere Mæuium quàm Titium in deficiẽte Seij portione, quod Mæuium & Seium teſtator verbis coniunxerat, Titium verò ab vtroque verbis
9 ſeparauerat. Etſi enim verbalis ea coniunctio † cùm ſola eſt nullas vires habet ad inducendum ius adreſcendi, accedente tamen coniunctione reali facit vt qui verbis tantùm coniunctus fuerat, non tantùm adreſcendi, ſed etiam prælationis ius habere debeat, non tanquam verbis tantùm coniunctus (perpetua enim eſt nec vllam exceptionem admittens ea propoſitio, Verbis tantummodo coniunctum quatenus verbis tantum coniunctus eſt numquam ius adreſcendi habere poſſe) ſed tamquam is qui & re & verbis coniunctus ex poſtfacto reperia-
10 tur. Verbalis † namq. coniunctio & hoc commune habet cum reali quod ſemel à teſtatore ſemper durat, nec vnquam ex poſtfacto tollitur, & hoc amplius quàm realis, quod nunquam ex poſtfacto inducitur, id eſt neque ex alterius legatarij concurſu neq. ex alio vllo euentu. Nam cum æſtimetur tota ex verbis à teſtatore prolatis, ea verò verba non poſſint ex euentu vllo immutari, quia teſtator ſemel tantum loquitur, & quandiu viuit, non cum iam mortuus eſt fieri certè, nequit, vt qui à teſtatore verbis coniuncti reperiantur, quamuis in re diſiunctis aliud ſit vt qui à teſtatore diſiuncti re fuerunt poſtea tamen coniuncti fiant, quia realem coniunctionem non tam verba teſtatoris faciunt, quàm res ipſa, rei autem ſtatus & cõditio poſt teſtatoris mortem immutari poteſt, prout euenit vel non euenit vt ex plurib. legatariis vnus cum aliis cõcurrat. Itaq. in propoſita ſpecie Mæuius & Seius qui ab initio fuerant verbis tantum coniuncti re autem diſiuncti, reperiuntur ex poſtfacto & re & verbis coniuncti: Titius verò qui vtriq. coniunctus fuerat re tantum, verbis autem ſeparatus, re quidem coniunctus manet tum etiam cum concurrit, ſed verbis ſemper diſiunctus manet, atq. ob id vincitur à Mæuio in quæſtione de iure prælationis, non tanquam is qui nullomodo coniunctus ſit ab eo qui ſaltem re coniunctus ſit, ſed tanquam re tantum coniunctus ab eo qui coniunctus ſit & re & verbis. Ille tantùm ſcrupulus tollendus ſupereſt, quod etiam poſt reductos Mæuij & Seij ſemiſſes ad quadrantes propter concurſum Titij qui ſolus alium ſemiſſem fundi Corneliani totum habere debet, ea tamen reductio non neceſſariò realem inter eos coniunctionem inducere debere videatur, propter verba illa in ipſorum legato adiecta *pro æquis partibus* & quæ adiici neceſſe fuerat vt verbis ſaltem coniungerentur, quos teſtator re diſiungebat. Quid enim vetat legatum totius fundi quod Mæuio & Seio relictũ fuerat, pro æquis partibus ita reuocari ad ſemiſſem propter cõcurſum Titij, vt tamen ſemis ille perinde pro æquis portionib. Mæuio & Seio relictus eſſe intelligatur? Nam & hæc interpretatio videretur cõuenientior voluntati teſtatoris vt quos teſtator verbis quidem coniunxiſſet, re autem diſiunxiſſet, iis ſemper & verbis coniuncti & re diſiuncti manerent. Facilis tamen reſponſio eſt reductionem illam quæ fit totius fundi, duorumque ſemiſſium ad vnum ſemiſſem, & ſemiſſis ad quadrãtem, ſicuti à teſtatore non fit, ſed à lege adiuuante voluntatem teſtatoris contra ipſam, vt ita dixerim, voluntatem, vt habeat effectum eo ſaltem modo, quo poteſt ne alioqui per impoſſibilitatem vitietur, ſi hoc vnum remedium & temperamentũ non adhibeatur. Ita fieri ſine repetitione illius adiectionis *pro æquis partib.* quam nec repeti neceſſe eſt, cum lex eos quos ſimul vocat ſemper pro æquis partib. vocet, vbi alia partium ratio conſtituta nulla eſt. Nec aliud ſuadet volũtas teſtatoris, quippe qui partes quidem legatariis fecit adiiciendo verba illa *pro æquis partibus*, ſed legando iis totum fundum, non autem legando dimidiam. Verum igitur eſt in ea dimidia ad quam ambo redeũtur, nullas eſſe factas partes à teſtatore, nec æquales nec inæquales, fieri tamen à lege & quidem æquales, ſed non eo minus Mæuium & Seium re coniunctos eſſe quia non quæ à lege, ſed quæ tantùm à teſtatore fiunt impediunt realem coniunctionem. Nec putandum eſt adiectionem illam *pro æquis partibus* neceſſariò repetendam eſſe aut potius à lege habendam pro repetita, vt verbalis coniunctio retineatur, quemadmodum fuit neceſſaria ab initio vt Mæuius & Seius verbis tantùm cõiungerentur. Nam fuit quidem neceſſaria vt verbis tantùm cõiungerentur, ſed non etiam vt verbis ſimpliciter cõiungerẽtur, quia poterãt cõiũgi verbis ſine illa adiectione ſi modo re quoq; illos cõiungere voluiſſet. Multo minùs igitur neceſſaria erit ad retinendã verbalẽ illã cõiunctionẽ, inter eos qui propter cõcurſũ Titij ſicut legati diminutionẽ patiũtur, ita hoc plus iuris nãciſcũtur, quod ſiũt re & verbis coniuncti cùm ab initio verbis tãtùm cõiuncti eſſent. Sed melius intelligentur hæc omnia quæ toto hoc capite diſputauimus, ſi iũgãtur ea quæ tractabimus ſequẽti.

ERROR VIII.

De sententia & ratione *l. Manio* 41. *in princi. De legat.* 2.

SVMMARIA.

1 *Proponitur expendendum responsum Iauoleni in sententia l. Manio. 41. in pr. D. leg. 2.*
2 *Ratio dubitandi.*
3 *Inter legatarios nullomodo coniunctos non potest habere locum ius adcrescendi.*
4 *Inter heredes ius adcrescendi ex necessitate inducitur, inter legatarios non item: & qua sit ratio differentia.*
5 *Refertur prima Accursij interpretatio Bartolo probata de genere coniunctionis qua coniunctos fuisse putat Mauium & Seium in d l. Manio.*
6 *Falsò adstruit in superiori interpretatione Manij & Seium fuisse verbis coniunctos, re verò disiunctos.*
7 *Secũda Accursij interpretatio fuisse Mauium & Seium re coniunctos, Titium verò coniunctum verbis.*
8 *Dicitur interpretatio vt inepta planè explodituꝛ & refellitur.*
9 *Interpretes ex Iauoleni responso perperam intellecto malè inferre coniunctum verbis tantùm concurrere cum eo qui sit coniunctus re tantùm.*
10 *Tertia Accursij interpretatio refertur & refellitur.*
11 *Inter legatarios quibus ipse testator partes dedit, nunquam est ius accrescendi, semper verò est inter eos qui partes habent per concursum.*
12 *In specie quam Iauolenus tractat fuere Mauius & Seius distincti & re & verbis, cum Titio verò coniuncti re tantùm, verbis verò separati.*
13 *Qua sit ratio cur in d. l. Manio, ius adcrescendi sit inter eos qui neque re, neq. verbis coniuncti sunt.*

SPECIEM & sententiam & rationem huius legis superiore capite adumbrauimus tantùm, non expressimus quod nunc faciendum nobis erit accuratè. Locus enim perelegans est, & ab omnibus nostris interpretibus vulgaribus non minus malè acceptus, quàm qui proximè à nobis explicatus fuit. Testator
1 † ita scripserat *Mauio fundi partem dimidiã, Seio partem dimidiam lego: Eundẽ fundũ Titio lego.* Si Seius decesserit, inquit Iauolenus, pars eius vtrique adcrescit, quia cùm separatim & partes fundi & totus fundus legatus sit, necesse est vt ea pars quæ cessat pro portione legati cuique eorum quibus separatim fundus est, adcrescat. Non est obscurum quid ad propositam quæstionem Iauolenus respondeat. Sed quam rationem illud habeat quod respondet, adeò obscurum est vt credatur prorsus aliud respondisse.
2 Nam cùm † Mæuius & Seius omnino disiuncti proponerentur id est & re, & verbis, solus verò Titius vtrique re coniunctus, quid necesse est deficientem Seij portionẽ adcrescere Mæuio pro parte qui nullomodo coniunctus est, ac non potius totã Titio qui etsi ipse quoque verbis disiunctus, re tamen coniunctus fuit? Est enim certi & indubitati iuris inter legatarios † nullomodo coniunctos non posse locum
3 habere ius adcrescendi, in eoque omnes & boni & mali interpretes consentiunt, etsi solent veram istam propositionem falsò probare ex *l. & Proculo* 20. *de legat.* 2. in cuius specie negari certè non potest, quin testator qui communi plurium seruo legauit, in eo legato dominos serui coniunxerit, non quidem re, cùm ipsi ad legatum admittantur pro dominicis portionibus, quæ sunt separatæ, sed verbis tantùm, quasi facta dominorum mentione hoc ipso quod serui communis nomen expressum fuit vt suo loco explicauimus. Augent dubitationem verba illa Iauoleni *necesse est vt ea pars &c.* quasi verò inter legatarios perinde atque inter heredes ius adcrescendi ex necessitate inducatur, quod sanè non ita est.
4 Inter heredes † nãque ideo ex necessitate inducitur, quia pars deficiens coheredis si non adcresceret coheredi qui suam agnouit, vacaret, defunctique persona, quæ indiuidua est, non nisi pro parte repræsentaretur per heredem, qui hereditatis partem duntaxat agnouisset. Ob idque nimirum constitui necesse fuit inter heredes quantumuis & re & verbis disiunctos adeoque etiam inuitos locus esset iuri adcrescendi, & quod magis est inuito quoque testatore. At in legatariis nulla talis vrget necessitas, quia deficiens vnius ex legatariis portio etiamsi collegatario non adcrescat, siue quod nolit ille sibi eam adcrescere, siue quod adcrescendi ius non habeat tanquam disiunctus, non idcirco tamen vacat, cùm remaneat in hereditate atque ita penes heredem vt pluribus etiam à nobis in præcedentibus expositum est. His rationibus coacti interpretes, Iauolenum sic intelligendum esse volunt, vt Mæuius & Seius, inter quos vult ille ius esse adcrescendi, fuerint coniuncti à testatore, atque in hoc etiam omnes consentiunt. Sed quonam † coniunctionis genere con-
5 iuncti fuerint, hoc verò est de quo disputant, nec possunt inuicem conuenire. Bonus Accursius ex cuius vnius glossis omnes omnium aliorum commentarij prodierunt, tres adfert interpretationes. Prima est quam & Bartolus probat, fuisse Mæuium & Seium verbis tantùm coniunctos, re vero disiunctos, hoc modo *Mauio & Seio lego fundum pro aquis portionibus & Titio eundem fundum.* Et quia videt huic interpretationi apertè repugnare quod scribit Iauolenus partes fundi separatim legatas esse, respondet intelligi debere dictionem illam *Separatim* quod ad rem, sed non quod ad verba. Alias, inquit, si etiam quod ad verba nullomodo essent coniuncti nec esset locus iuri adcrescendi, vt *supr. eod. l. & Proculo*, sed cum verbis tantum, sic vt *infr. sit. l. re coniunct.* Verum
6 † non potest Accursius effugere quin abhorreat hæc intepretatio à verbis Iauoleni. Non enim ponit ille sic dixisse testatorem *Mauio & Seio lego fundum pro aquis portionibus*, quomodo vult Accursius, sed quod longè diuersum est in hunc modum, *Mæuio fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam lego.* quibus verbis apertum est disiunctos eos esse & re & verbis. Re quidem, quoniam ad diuersas partes vocantur, Mæuius ad vnam dimidiam, Seius ad aliam. Verbis autem, quia separatim & diuersis orationibis. Nam licet vnicum fuerit verbum *lego*, quo vsus est testator, vnde proculdubio errandi occasionem interpretes sumpserunt, necessariò tamen subintelligendũ & pro tacitè repetito habendum est, vt vtraque pars formulæ constitui & explicari possit. Nihilque prorsus interest siue Iurecõsultos, siue Grammaticos consulas, an testator ita scripserit vt scripserat apud Iauolenum *Mauio fundi partem dimidiã, Seio partem dimidiã lego*, an verò in hunc modum *Mauio fundi partem dimidiam lego, Eiusdem fundi partem aliam dimidiam Seio*: quo tamen poesteriore casu nemo dubitaret, quin Mæuius & Seius dicendi essent & re & verbis disiuncti. Rursus si poneres Mæuium & Seium verbis tantùm coniunctos fuisse à testatore secundum hanc interpretationem Accursij, non posset verum esse quod Iauolenus respondet deficientem Seij portionem & Mæuio & Titio adcrescere pro cuiusque eorũ legati portione. Nam immo verò adcresceret soli Mæuio in totum, nulla verò

ex

ex parte Titio, quia per cõcursum Titij fieret, vt Mæuius quem testator verbis tantùm coniunxisset, ex post facto tamen & re & verbis coniunctus reperiretur, atque ita Titium vincere deberet eo iure, quo quisquis re & verbis coniunctus est præfertur ei qui re tantùm coniunctus est: Quam Pauli sententiam esse in *d.l.re coniuncti in fi.* docuimus capite superiore. Alioqui si quis plus interpretibus quàm Paulo tribuens pertinacius fieri velit Mæuium quem testator verbis tantùm coniunxerat, nunquam habendum pro eo qui etiam re coniunctus sit, illud è contrario fiet vt non possit habere ius adcrescendi, tanquam quod numquam locum habeat inter legatarios verbis tantùm coniunctos vt probauimus in præcedentibus. Atque ita æque falsum erit quod vult Iauolenus portionem Seij & Titio & Mæuio adcrescere, cùm eo casu esset, vt solum Titium tanquam solum re coniunctum tota deberet peruenire, Secunda
7 Accursij † interpretatio est, quã tamen aliorum fuisse ait Mæuium & Seium in specie fuisse coniunctos re id est ad eandem partem dimidiam vocatos, Titium verò fuisse coniunctum verbis vt Iauolemi sensus sit, coniunctum re tantùm admitti cum coniuncto verbis tantùm: licèt videatur, inquit Accursius quòd coniunctus re tantùm præferatur vt *infr. tit. l. l.re coniuncti*, quod non est verum vt hîc. Sunt.n. hæc
8 ipsa verba Accursij. Sed hac interpretatione † nihil potest dici improbabilius nihil insulsius, siue Iauoleni verba siue iuris rationem consideremus. Volunt enim isti vocatos esse Mæuium & Seium ad vnam eandemque partem dimidiã fundi Corneliani, Iauolenus verò apertè scribit fuisse iis separatim légatas partes fundi. Et quamuis Accursius in eorum verborum explicatione dicat plurale vsurpatũ esse pro singulari quàm tamen id ridiculum sit iudicium esto cuiuslibet. Numerum enim singularem pro plurali poni nouum non est, sed pluralem pro singulari, & partes plures pro vna eadémque parte, mihi certè nouum est, ac inauditũ. At illud quàm stultius, fuisse Titium verbis coniunctum Seio, adeoque coniunctum verbis tantùm: cùm apertè ponat Iauolenus eundem ipsum fundum qui Mæuio & Seio per partes legatus fuerat, legatum fuisse Titio & totum & separatim. Quomodo enim potuit Titius non esse re coniunctus si totus fundus ei legatus fuit? Contra verò, quomodo potuit esse coniunctus verbis si fuit ei separatim legatus? Aut quis vnquam verbis disiunctus dici poterit, Si Titius hic verbis disiunctus non fuit, cùm legati verba in hunc modum concepta proponerentur, *Mæuio fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam lego: Eundem fundum Titio lego.* An non prorsus separata oratione legatum Titio datum est addito etiam verbo *lego* quod in legato relicto Mæuio & Seio non nisi semel expressum fuerat? Si ergo Mæuius & Seius nihilominus verbis quoque disiuncti fuerunt vt probauimus, quanto magis dicendũ est Titium ab vtroq. fuisse verbis disiunctum?
9 Quod verò iidem inferunt † ex hoc Iauoleni responso perperam intellecto, coniunctum verbis tantùm, concurrere cum eo qui sit coniunctus re tantum, ex *d.l.re coniuncti*, iam diximus falsum esse. Nunquam enim fieri potest vt concurrant, sed alterutrum euenire necesse est, vt vel coniunctus verbis tantùm prorsus excludatur, scilicet si remaneat verbis tantum coniunctus, vel ei qui re tantùm coniunctus fuit, præferatur, euadendo ex postfacto in eum, qui & re & verbis coniunctus reperiatur, vt in specie *d.*
10 *l.re coniuncti*. Tertia † itaque ac postrema Accursij interpretatio est fuisse omnes istos legatarios re tantùm coniunctos quod quantum ad Titij cum Seio & Mæuio coniunctionẽ verum quidem est, sed non quantum ad Mænium & Seium inter se, vt ostendimus in proximæ interpretationis confutatione. Eodem namq. vitio hæc quoque interpretatio laborat iisdemque proinde argumentis refellitur. Præsertim verò ex eo, quod Iauolenus ait Mæuio & Seio partes fundi separatim legatas esse: Quod etiamsi minus apertè expressisset, poterat tamen sufficere quod legati verba sic proposita fuissent, *Mæuio fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam lego*, ne quis dubitare posset, quin dimidia vna Mæuio, alia Seio legata esset. Cùm. n. cuiusq. rei duplex dimidia sit, cur duplex legatum, in quo bis facta sit mentio partis dimidiæ, de eadem parte dimidia duobus data intelligi vellemus? Nec possis quod Iauolenus de partib. in plurali numero scribit de iis partib. accipere quæ fiunt per concursum, quæ alia eiusdem Accursij explicatio est. Loquitur enim Iauolenus de partibus separatim legatis ac proinde ab ipso testatore factis, non à lege: At ea quæ per concursum fiunt, non per testatorem ipsum factæ dici possunt, sed sola iuris potestate constituuntur, nec ab initio vt quæ á testatore sed tum demum cum legatarij concurrunt. Vn-
11 de illa fluxit differentia, quod † inter legatarios quibus testator ipse partes dedit, numquam est ius adcrescendi, semper verò est inter eos qui partes habent per concursum *l. 3. D. de vsufr. adcres.* Neq. sanè potuit Iauolenus exprimere apertiùs quod Mæuius & Seius re & verbis disiuncti fuissent, quam cum dixit fuisse iis separatim partes legatas. Et quemadmodum adscriptæ partes excludunt coniunctionem realem, ita & dictio illa *separatim* verbalem, quamuis prima interpretatio Accursij separationem istam intelligi velit, quod ad rẽ tantùm non quod ad verba. Nam imò verò intelligi necessariò debet quod ad verba, non quod ad rem vt ex eo constat, quod refert eam Iauolenus non modò ad partes fundi legatas Mæuio, & Seio, sed etiam ad legatum eiusdem totius fundi Titio relictum, quod tamen relictũ fuit, coniunctim, non separatim, si de reali, non de verbali aut coniunctione aut separatione Iauolenus intelligatur. Dicendum igitur est, in ea specie Iauolenus
12 † tractat, fuisse Mæuium & Seium disiunctos & re & verbis inter se, cum Titio verò coniunctos fuisse re tantum, verbis autem separatos. De quo nec quisquam ex interpretib. dubitasset, adeò aperta sunt legis verba, si potuissent illi rationem inuenire, propter quam ius adcrescendi esset inter eos qui nullo modo id est, neq. re, neque verbis coniuncti essent.
13 Ratio † autem quam illi assequi non potuerunt, illa est quam superiore capite tractauimus in explicanda sententia *l.re coniuncti.* quod quotiescunq. duob. re disiunctis coniungitur tertius ea coniunctione, quæ realis tantum sit, non verbalis, & is tertius cõcurrit, facit concursus ille vt qui ab initio erant omnino & re & verbis disiuncti, reperiantur ex postfacto re coniuncti, per reductionem quam fieri necesse est ambarum portionum, quæ singulis fuerant legatæ, ad eam portionem solam quæ vnicuique eorum data erat. Vt ecce in casu nostro, cùm propter concursum Titij, qui solus tantũ habere debet quantum Mæuius & Seius simul, nó possit fieri vt Mæuius habeat dimidiam partem fundi, quæ ei legata fuit & Seius aliam dimidiam, necesse est dimidiam datam Mæuio reduci ad quadrantem, & dimidiam datam Seio ad alium quadrantem, atque ita duas illas dimidias ad vnius dimidiæ rationem reuocari: quo facto Mæuius & Seius inueniuntur re coniuncti, tanquam ad vnam eandemque dimidiã vocati. Similiter & Titius qui ab initio fuerat vtriq. re tantùm cõiunctus, etiam re cõiunctus manet, quia ipsius cõcursus, qui Mæuiũ & Seiũ prorsus antea disiũctos

ctos re coniungit, multò magis coniunctum retinet Titium, qui ab initio coniunctus fuit. Sic fit vt cùm eo tempore quo de adcreſcendi & prælationis iure quæritur, omnes re coniuncti repertiantur, & quidē re tantùm (quia verbalis coniunctio quæ ab initio nulla fuit, neque per concurſum neq. alio vllo modo induci poteſt ex poſtfacto) neceſſe ſit eos concurrere, quippe qui eodem coniunctionis genere, & conſequenter pari iuris & voluntatis ratione nitantur. Non eſt quidem neceſſe deficientē legatarij portionem cuiquam ex collegatariis adcreſcere (vt huic quoq. dubitationi ab initio propoſitæ ſatisfaciamus) quia poſſet illa remanere penes heredem, quemadmodum ſupra diximus, ſed cum adcreſcit, & quidem plurib. collegatariis ad legatum concurrentib. & æquè coniunctis, neceſſe eſt omnib. eam adcreſcere non vni potius quàm alteri, quoniam in plurium legatariorum concurſu, ſi omnia ſint paria, id eſt ſi par ſit omnium cauſa, neuter poteſt vincere, neuter vinci. Et inde illud quoque eſt quod Iauoleno placet Seij portionem adcreſcere Mæuio & Titio non pro virilibus, vt malè habet vna ex eiuſdem Accurſij noſtri interpretationibus, ſed pro portione legati cuiuſque eorum, id eſt vt eius partis deficientis tres fiant partes, quarum duas ferat Titius, vnam duntaxat Mæuius, quia cùm ius illud adcreſcendi non naſcatur niſi ex coniunctione, eáq; reali, conſequens eſt vt eatenus prodeſſe collegatariis debeat quatenus re coniuncti ſunt. Eatenus autem re coniuncti ſunt, quatenus ad legatum vocati. Præter id quod in legatis quoque non minus quàm in hereditatibus. verum eſt deficientem portionem non perſonæ adcreſcere, ſed portioni, exemplo alluuionis, vt eleganter ait Papinianus noſter in *l. ſi Titio fructus 35. §. 1. D. de vſufr.*

ERROR IX.

De partibus quæ per concurſum fiunt.

SVMMARIA.

1 *Quæ partes per concurſum dicantur fieri.*
2 *Qui partes ab initio habeant, qui verò per cōcurſum.*
3 *Error interpretum exiſtimantium quoties nonniſi concurſu partes fiunt permittendum eſſe vnicuique ex legatariis, vt interim petat totum legatum quandiu collegatarius non concurrit*
4 *Expenditur & explicatur vera ſententia l. planè §. ſi coniunctim. D. de legat. 1.*
5 *Coniunctionis nomen quam ſit aquiuocum apud Iſtos cùm coniunctim legari aut inſtitui dicunt.*

VONIAM in hoc tractatu de iure adcreſcendi frequens mentio habetur partium quæ inter coheredes aut collegatarios per concurſum fiunt, operæpretium eſt de iis aliquid etiam dicere, quandoquidem in hoc quoque video errari à pleriſque. Opponuntur huiuſmodi partes quæ per concurſum fiunt, iis partib. quæ iam ab initio factæ
1 ſint à teſtatore, ideòque non aliter dicuntur † per concurſum fieri quàm ſi ab initio totum datum ſit vnicuique illorum qui ex poſtfacto partes concurſu factas habere inueniatur, vt conſtat ex *l. planè 34. §. ſi coniunctim de leg. 1. l. coniunctim 82. de leg. 3. l. 3. D.*
2 *de vſufr. adcreſc.* Itaque partes † ab initio habent illi ſolùm legatarij quos teſtator vel omnino diſiunxit, vel verbis tantùm coniunxit. Per concurſum verò illi, quos teſtator re coniunxit, ſiue verbis eos diſiunxerit, ſiue etiam verbis coniunxerit. Vnde fieri ſuprà diximus vt inter verbis tantùm coniunctos quandiu tales manent, ius adcreſcendi eſſe numquam poſſit, ſed inter eos duntaxat qui re coniuncti ſunt, ne liberaliores ſimus teſtatore, ſi totum demus ei cui teſtator partem ſolùm dedit, vt diſputauimus ad *l. re coniuncti 89. de leg. 3.* Neque verò ipſi etiam vulgares interpretes videntur hoc ignoraſſe, quid nimirum ſit partes ab initio fieri, & quid per concurſum, vt proinde tanto magis mirandum ſit in quæſtione illa de iure adcreſcendi inter coniunctos verbis tantùm, hallucinatos eos omnes fuiſſe tam turpiter. Etſi minus hoc mirabitur quiſquis nobiſcum obſeruabit eſſe hoc ipſis familiare, vt non ex iuris ratione, quod facere deberent, legum interpretationem eliciant, ſed contrà æſtiment rationem iuris ex legibus perperam intellectis. Ac quod attinet ad partes quæ per concurſum fiunt illud etiam malè vulgo acceptum eſt, quòd putant † plerique quoties non niſi concurſu partes fiunt permittendum eſſe vnicuique ex legatariis, vt interim petat totum legatum quandiu collegatarius non concurrit. Quem errorem nos quoque aliquando tanquam probabilem ſecuti ſumus, moti ea ratione, quòd cùm partes fiunt per concurſum, eæ prorſus nullæ ſint antequàm concurratur, alioqui non poſſent videri per concurſum factæ quæ ante cōcurſum fuiſſent. Interim igitur, ſicuti tota res in cuiuſque legato eſt, ita conſequens videtur, vt tota peti poſſit ab eo qui prior ex legatariis venit ad legatum. Quam ob cauſam mirabat † quod ſcriptum eſt in *dict. l. planè §. ſi coniunctim. verſicul. ſed ſi in pupillari.* Si pater in pupillari teſtamento alij eandem rem legauerit, quam mihi in ſuo teſtamento legauerat, non poſſe me interim niſi partem habere quia concurſu partes habeamus. Sic enim ex Iuliano Vlpianus, *Iulianus ſcribit concurſu partes nos habere, Interim igitur partem habebis is cui in ſuo teſtamento legauit.* Quæ conſecutio abſurda videtur, cùm ex eo quod Iulianus ſcripſerat & verum eſt in ea ſpecie concurſu partes nos habere, potius inferre Vlpianus debuiſſet. Interim igitur totum habere illum debere cui in paterno teſtamento legatum fuit. Nec ſuſpicione carebat apud me is verſiculus, vt ab imperito aliquo interprete additus videretur, præſertim cùm præcedentibus Vlpiani verbis conſentaneum eſſet, vt ſcriberetur non quomodo in tertia perſona ſcriptum eſt *partem habebit is cui &c.* ſed potiùs in prima perſona in hunc modum, *Interim igitur partem habebo.* Sic enim ſcripſerat Vlpianus in præcedentibus *Sed ſi in pupillari teſtamento alij eandem rem legauerit, quam mihi in ſuo teſtamento legauerat*, & paullo poſt *Concurſu partes nos habere.* Quæ ratio etiamnum me mouet vt hac parte retineam priorem coniecturam. Eſt enim iuditio meo probabiliſſima, & adiuuatur innumeris aliis obſeruationibus ſimilium additionum, quæ ex gloſſis interpretum irrepſerunt in textum per medium illationis, cùm putarent illi ex textu inferri poſſe aliquid, de quo tamen fortaſſis nunquam Iureconſultus ne per ſomnium quidem cogitaſſet. Sed quanquam hoc ita eſt, mihi tamen nunc dubium non eſt, quin illatio vera ſit ſiue Vlpiano eam adſcribere libeat, ſiue interpreti, neque poſſe defendi eorum interpretationem, qui verba illa *interim igitur partem habebit* de collegatarij parte deficiente intelligunt vt totum dent mihi, cui lex non dat niſi partem. Verius enim eſt non niſi partem interim habere me debere quādiu collegatarius meus cui pater in teſtamento pupillari legauit eandem rem quam in ſuo mihi legauerat, in eo eſt vt poſſit concurrere, quamuis nondum concurrat, quod iam olim Bartolus pro Ioanne contra Hugolinum & Azonem diſputauit,

uit, Ex *l.ſi domino 99.e.tit.De leg.1.* vbi ex eodem Iuliano ſcribitur, ſi domino Stichus legatus eſſet, & ſeruo eiuſdē domini cùm eſſet manumiſſus, optio ſeruorum data, non niſi partem dimidiā Stichi ad dominū interim pertinere, quod poſſit ſeruus manumiſſus eundem Stichū optare & ex *l.quid ergo 53. §.1.eo.tit.* Ratio autē, quam Bartolus non adducit, quamq; nec percepiſſe videtur, ſed quæ tamen in hanc ſententiam me ſola trahit, illa eſt, quod legatum non ex ſola teſtatoris voluntate, neque ex teſtamenti tantùm verbis acquiritur legatario, ſed potiſſimum ex legis duodecim tabularum autoritate, quæ vti quiſque ſuæ rei legaſſit, ita ius eſſe ſanxit. *l. verbis legis 120.de verb ſignif.* Legis autem poteſtas tota in eo eſt non vt legatario acquirat ipſa legatum, ſed tantùm vt deferat, acquirendum poſtea ſi volet. Delatio enim neceſſe eſt vt præcedat acquiſitionem, cùm in nullius poteſtate ſit quicquam ſibi acquirere ex vltima voluntate quod non priùs delatum fuerit ſiue hereditas ſit ſiue legatum *l.delata 151.e.l. eiqui 13. D.de condic. inſtit.* Delatio fit à lege, acquiſitio ab homine extra cauſam ſuorum & neceſſariorum heredum: Porrò lex non defert niſi ſemel, quia, vt alibi monuimus tota legis poteſtas vnica delatione conſumitur. Vnde eſt quod olim neque in ſuis agnatis erat ſucceſſio *l.1.§. ſciendum D. de ſuis & legit. §. placebat Inſtit.de legit.agnat.ſucceſſ.* Ex hoc igitur fieri neceſſe eſt, vt tum quoque cùm partes per concurſum fiunt lex non deferat totum ei qui diligentior eſt in occupando legato quamuis collegatarius nondum concurrat, ſi modo adhuc ille ſit in eo vt poſſit quandoque concurrere, quia ſi interim totum huic deferret, non poſſet eadem lex poſtea eiuſdem rei partem deferre alteri collegatario concurrere volenti, nec rurſus ille ſibi acquirere partem quam lex alij iam delatam ipſi nunquam detuliſſet. Ita fieret vt lex cuius non aliud propoſitum eſt quàm vt teſtatoris voluntatem conſeruet, faceret contra voluntatem, legatique commodum eriperet ei cui tantum quantum alij teſtator dediſſet. Ne id eueniat, remedium illud vnicum ſupereſt, vt pro parte quam habiturus eſt collegatarius ſi quandoque concurret, delatio remaneat in ſuſpenſo quouſque vel concurrat ille, vel certum eſſe incipiat amplius eum concurrere non poſſe. Sic enim fit vt neque is qui prior ad legatum venit, partem illam poſſit acquirere, quippe nunquam ſibi delatam, neque collegatarius quādocunque concurrere volens eam partem ſibi acquirere impediatur, quæ ſcilicet nunc primum ipſi defertur, nec alij vnquam vlli fuit delata nedum acquiſita. Bona ergo eſt illa conſecutio de qua in *d. §. ſi coniunctim*, vt quo caſu partes per concurſum fiunt, interim igitur partem ſolum habeat is, qui diligentior eſt in petendo legato. At ſi ita eſt, dicat aliquis, quid intererit an partes ab initio fiant an per concurſum? Nam & cum ab initio fiunt, partem ſuam habet is, qui prior venit ad legatum. Et tamen apertè ſignificat Vlp. aliud iuris eſſe ſi partes ab initio fiant, aliud ſi per concurſum. Atque hoc vnum ſanè eſt, quod & me aliquando fallebat, & omnes qui hac in re decepti ſunt hucuſque fefellit. Adeo vt non habuerit Bartolus quid diceret, niſi quod in illis verbis *Sed ſi in pupillari* maluit legere *Sed & ſi* vt diuerſitas vtriuſq. caſus in facto tantum, in iure autem identitas, vt ipſe ait, demonſtraretur, quaſi vero idem ius hac in re ſit ſiue ab initio ſiue per cōcurſum partes fiant. Verum non ita ſcripſit Vlpianus, ſed meritā aduerſationem illam *Sed ſi* quæ oſtendit diuerſitatē non minus iuris quàm facti. Dicendū igitur eſt, hoc quoque admiſſo, vt qui per concurſum duntaxat partem habet, interim nihil niſi partem poſſit petere, illam nihilominus differentiā ſupereſſe inter eum caſum, quo partes ab initio fiant, & illum quo per concurſum, quòd qui ab initio partem ſuam habuit hoc eſt factam ſibi ab ipſo teſtatore, nunquam niſi partem habet, id eſt neque interim neque ex poſtfacto, quāuis collegatarius neque concurrat, neque poſſit vnquam concurrere. Id enim eſt quod ait Paulus in *d. l.coniuncti* cùm loquitur de verbo tantùm cōiunctis, eos habere partes ſemper, id eſt omni tempore ſicut & omni caſu, & ab initio & ex poſtfacto, neque vnquam totum conſequi poſſe. Qui verò non habet partem niſi per concurſum is ſi currat non concurrat id eſt ſi prior ad legatum veniat habet quidem ſimiliter partem duntaxat ſed interim, quandiu ſcilicet collegatarius, qui nondum concurrit, concurrere adhuc poteſt. Ex poſtfacto autem habet totum, ſi deſinat poſſe aut velle concurrere is qui antea in eo fuit vt partem facere per concurſum poſſet. Illud quoque obſeruandum † eſt apud Vlpianum in *d. §. ſi coniunctim*, dici ab eo coniunctim legatum fuiſſe iis, qui verbis tantùm coniuncti fuerunt, ſicut è contrario in *l.Mæuio 41.in prin.de leg.2.* ſeparatim legatum fuiſſe dicitur Titio quem teſtator cum Mæuio & Seio re cōiunxerat vt & in *l.ſi ſeparatim 30.D.de cond. & dem.* Cùm tamen coniunctim heredes inſtitui aut coniunctim legari Celſus definiat in *l. coniunctim 80. de lega.3.* nihil aliud eſſe quàm hereditatem totam & tota legata ſingulis data eſſe, partes autem concurſu fieri, quod ſupra diximus non euenire niſi inter re coniunctos. Quo etiam ſenſu paſſim Iuſtinianus in *l.vnic.C.de caduc.tollend.* cōiunctos vocat quod ad ius adcreſcendi eos tantū qui non verbis ſolummodo ſed vel etiam re, vel ſaltem re tantùm fuerint coniuncti, coniunctim tamen diſiunctimve legatum ait provt verbis coniuncti fuerunt legatarij vel diſiuncti, quia aduerbia iſta non tam rem ipſam in qua ſit coniunctio quam coniunctionis modum exprimunt, quod idem Iuſtinianus in §. *hic ita definitis eiuſd. leg.* ſic exprimit. *Non enim tantum coniunctiue*, inquit, *modo quedam relinquuntur ſed etiam diſiunctiue.* Nimirum vt ſunt diuerſa coniunctionis genera, ita coniunctionis nomen æquiuocum nihil vetat nunc ad hoc, nunc ad illud accommodari. Sed quo ſenſu accipiatur facile eſt bono Iureconſulto ex iis quæ vel præcedunt, vel ſequuntur, ſi iuris rationem coniungas, vt ſuo loco monuimus, diiudicare. Et hæc quidem ex iuris ciuilis ratione veriſſimè dicuntur. Sed non ex mente Iuſtiniani. Is namque in *d. l. vnic. §. vbi autem verſ. ſin verò.* conſtituit expreſſis verbis, vt cùm partes per concurſum fiunt inter vetbis diſiunctos, interim totam habeat is qui prior ad legatum vel fideicommiſſum venit ſed poſtea collegatarij pars abſtrahatur ſi collegatarius concurrat. Quod neque Bartolo neque ab aliis animaduerſum fuiſſe miror. Sanè in heredibus nihil fuit hac parte innouatum, vt ſequenti capite dicemus.

ERROR X.

De pluribus heredibus inſtitutis vno purè, alio ſub conditione, an purè inſtitutus totum interim habeat, an partem. Et ad l. 3. 4. & 5. D. ſi pars hered. petat.

SVMMARIA.

1 *Quæſtio inter veteres iuris interpretes agitata de pluribus heredibus inſtitutis vno purè, alio ſub conditione, an purè inſtitutus debeat interim partem duntaxat habere, an totam.*

2 *Sententia Ioannis.*

3 *Sententia Pilei & Azonis.*
4 *Distinctio Hugolini Accursio probata.*
5 *Distinctiones Bartoli in decidenda quaestione proposita adhibita.*
6 *Vsufructu uni legato purè, alteri sub conditione, purè legatarius interim habebit totum, vt rectè Bart. statuit.*
7 *Si uni legatus sit fundus purè, alteri sub conditione eiusdem fundi vsusfructus, legatarius fundi habebit interim totum fundum.*
8 *Cum plures heredes instituuntur, alius purè, alius sub conditione, institutus purè totam hereditatem interim habere non debet, aduersus Bart.*
9 *Hugolini & Accursij distinctio subuertitur.*
10 *Non fuit olim bona instituendi heredis formula, Titium heredem facio, aut instituo, & cur.*
11 *Verbum* lego *habet vim imperandi.*
12 *Institutus cum posthumo, ante quàm hic nascatur potest hereditatem adire pro quarta parte, & adeundo heres fieri pro ea parte.*
13 *Quomodo instituto cum posthumo residuum hereditatis quandoque adcrescat, & de quarta parte ex qua heres fuerat quandoque decrescat.*
14 *Emendatio & explicatio l. illud §. 1. D. si pars hered. pet.*
15 *Differentia inter aditionem & gestionem pro herede.*
16 *Quando locum habeat quod dictum de quarta parte interim danda ei qui heres est cum posthumo nascituro.*
17 *Explicatur l. cum quidam trigesima, §. suum heredem. D. de acquir. hered.*

1 HABVIT hæc quæstio † iam olim dissentientes veteres illos nostri iuris interpretes, vt refert Accursius noster ad *l. 2. D. si pars hered. pet.* vbi & proponit quæstionem & dissentientes Ioannis & Pilei Azonisque
2 cum Pileo sentientes opiniones. Ioannes enim † dicebat eum qui purè institutus esset debere interim partem duntaxat habere ex *d. l. 2. & l. hac scriptura 26. §. 1. l. si separatim 30. D. de cond. & dem. l. plane 34. §. si coniunctim de l. 1. l. ex parte 25. D. de solut. l. vnic. §.*
3 *vbi autem C. de caduc. tollend.* Pileus † autem & Azo contrà esse illum interim solum & in solidum heredem ex *l. sub conditione 10. D. de assign. libert. l. idem esti 6. §. si mihi D. de vsufr. adcresc. l. 1. §. sed & quoties D. ad*
4 *SC. Trebell.* Hugolinus verò egregius † si Diis placet, erciscundus distinguebat an testator ita scripsisset, *Titium heredem instituo, & si venerit nauis ex Asia tunc etiam Seium cum eo instituo, an verò ita Titium ex dimidia parte heredem instituo, & si nauis ex Asia venerit Seium instituo in aliam dimidiam* vt priore casu solus Titius in totum admitteretur ex *l. si solus 80. De acquir. hered.* posteriore verò non nisi pro dimidia ex *d. l. vnic. §. vbi autem C. de caduc. tollend.* Eamque Hugolini distinctionem Accursius quoque probat itémque Bartolus ad *d. l. plane §. si coniunctim de legat. 1.* sed more suo vt subtiliorem agat, cum noua distinctione
5 & subdistinctionibus. Primùm enim † distinguit ille an de hereditate tractemus an de legato, an de fideicommisso, Et rursus an de fideicommisso vniuersali an de singulari (hanc enim subdistinctionem etsi Bartol. non exprimit, adhibuit tamen hoc ipso, quòd subinde distinguit, an heres adierit sponte, an coactus, cùm distinctio illa non cadat in heredem qui fideicommissis tantùm singularibus fuerit oneratus) Itemque si de vniuersali an compulsus fuerit necne heres vt adiret, Denique an de proprietate per legatum aut fideicommissum relicta, aut verò de vsufructu. In hereditate directo data, admittit Hugolini & Accursij distinctionem, cum hoc tamen temperamento vt heres purè institutus, totam quidem hereditatem interim habeat pendente conditione, quæ fuit adscripta coheredi, at non eo iure quasi reuera in solidum heres sit, quia semel heres in solidum non posset ex postfacto fieri aut desinere esse heres pro parte, sed ita vt totam hereditatem possideat incerto quodam iure, cuius certitudo tota pendeat ex euentu, hactenus vt si postea conditio deficiat, tum demum ipse in solidum heres fuisse retrofingatur, Si verò exiitat & coheres institutionem suam velit agnoscere, tùm verò pro parte tantùm is qui purè institutus fuerat heres fuisse intelligatur. Adfertque in hanc rem exemplum Bartolus de illo qui heres est cum posthumo. Nam cùm nesciri possit quot posthumos mulier, quæ ventre pleno est paritura sit, nec illud quoque sciri potest ex qua parte possit aut debeat heres esse is qui iam est in rerum natura, quandoquidem possunt nasci plures paucioresve, lex autem vtique pro numero liberorum qui nati erunt viriles partes cóstitutura est *l. antiqui 3. cum duab. sequentib. D. si pars here. peta. l. cum quidam 30. §. suum heredem D. de acquir. here.* Et tamen placuit prudentib. interim pro quarta parte heredem esse illum qui ad hereditatem cum posthumo vocatur. *d. l. antiqui in fin. l. sed etsi 28. §. vlt. D. de iudic.* Similiter ergo vult Bartolus instituto herede vno purè alio sub conditione pendente ex euentu an pro parte an in solidum heres retrofingi debeat, is qui purè institutus fuit, interim tamen totam hereditatem habere illum debere. At in fideicommisso si sit vniuersale distinguit Bartolus an heres adierit sponte an coactus, Si coactus transire actiones omnes ipso iure in fideicommissarium cui pars hereditatis purè restitui debuit, sed ita tamen sit si postea alterius partis conditio existat transeant pro illa parte in fideicommissarium conditionalē ex *d. l. 1. §. sed & quoties D. ad SC. Treb.* Si verò sponte adeatur hereditas tunc idē iuris esse in fideicōmissario vniuersali quod in singulari & in vtroq; idem quod in legato. In legato autē ita ius esse vt subdistingui oporteat an agatur de proprietate an de vsufructu. Si de proprietate, tunc ea obtinere quæ superiore capite disputauimus, id est partē duntaxat ei qui purè legatarius est interim deberi ex *d. l. planè 34. §. si coniūctim l. quid ergo 13. §. 1. l. si domino 99. de leg. 1.* Si verò de vsufructu, totum interim ad eum pertinere ex *d. l. idem 7. §. si mihi D. de vsufr. adcresc.* Rationem diuersitatis inter hereditatem & legatum hanc adducit Bartolus quia in hereditate non est alius qui interim teneat, & ad quē pertineat, ideo heres cui relictum est totum, interim retinet totum, Sed in legato est qui interim retineat vt heres. Eius autem differentię quam ponit inter proprietatem & vsumfructum adfert eam rationem, quòd res legata eiusque proprietas eadem modò sit quæ erit tempore existentis vel deficientis conditionis, & ideò cùm ea sit spes, quòd alius admittetur, interim partē facit. Sed vsusfructus, qui in illo, inquit, medio est, donec conditio pendet, non est idem cum eo qui erit post conditionem existentem vel defectam, quia vsusfructus, quotidie constituitur & finitur *l. 1. §. interdum D. de vsufr. adcresc. l. si fructus mihi 6. D. de vsufr. leg.* Meritò cùm ad illum vsumfructum non speretur quod alius admittatur, interim vsufructuarius habet totum. Idemq; est inquit, si vni sit legatus fundus purè, alij vsusfructus sub conditione vel è conuerso, quia ille cui legatus est purè totum habebit, interim eadem ratione ex *l. 1. §. si decem D. vt le. nom. caueat.* Ita Bartolus, & quidem quantum ad id quod ait de vsufructu † non malè intsubtiliter. 6
Nā procul dubio alius vsusfructus est vnius diei, alius vsusfructus alterius temporis, & vsusfructus semel legatus quotidie legari intelligitur, vt eleganter scriptum

ptum eſt in *d.§.interdum.*quia conſiſtit ex vtendo fruendo *l.vnic.D.quand.dies vſufr.leg.ced.*alia autem eſt fruitio hodierna, alia erit craſtina, quãuis ea res cuius vſusfructus conſtitutus eſt eadem ſemper maneat. Vnde aliæ pleręq; differentię fluũt inter proprietatem & vſumfructũ,præſertim quod attinet ad ius adcreſcẽdi, de quo agitur in *d. §. interdum.* Quamquam quod
7 ſubiicit Bartolus de alio illo caſu quo vni † legatus ſit fundus purè, alij eiuſdem fundi vſusfructus ſub conditione, valde diſſimile eſt. Habet enim hoc caſu legatarius fundi, non totum vſumfructum, ſed totum fundum,qui ei legatus fuit, tanquam cuius appellatione plena proprietas ſignificetur, id eſt non ea quæ vt noſtri loqui ſolent, coniuncta ſit cum vſufructu, qualis nulla eſt,ſed à qua vſusfructus nullus ſit ſeparatus, qui porro non aliter quam per ſeparationem conſtitui poteſt, vt à nobis alio loco probatũ eſt aduerſus vulgatem illam noſtrorum traditionem,quæ duplicem facit vſumfructum cauſalem & formalem. Sed quam
8 idem Bartolus † hac parte differentiam ponit inter hereditatem & legatum ea mihi probari non poteſt,vt nec illa diſſimilitudinis ratio quam adfert. Non probatur differentia ,quoniam video eandem conſtitui rationem hereditatis & legati in *d.l.hac ſcriptura 16. § 1.De cond.& dem.*ad quem locum licet Bart. in *d. §.ſi coniunctim.* dicat ſe reſponſurum in *d §.1.* nihil tamẽ reſpondet.Rurſum video in *d.l.2.D.ſi pars hered. pet.*apertè ſcriptum eſſe, Si ex pluribus ad quos eadẽ hereditas pertinet, quidam adierint, quidam adhuc deliberent, eos qui iam adierint ſi petant hereditatem non maiorem partem petere debere, quàm habituri eſſent cæteris adeuntibus. Nec eis proderit ſi cæteri nondum adierint. Sic enim accipienda eſt particula *non* pro *nondum* in illis verbis *ſi cæteri non adierint* vt ex eo apperet quod ſtatim ſequitur. *Non adeuntibus autem cæteris poterunt tunc partes eorum petere ſi modo ad eos pertinerent.* Quid verò intereſt,an coheres partem ſuam nondum adierit, quia deliberet, de illa vel adeunda vel repudianda. An quia nondum poſſit eam agnoſcere tametſi maximè vellet, vt contingit in eo qui fuit inſtitutus ſub conditione quæ nondum extitit? Sed me omnium maximè mouet ratio illa ſuperiore capite à nobis diſputata per quam fieri diximus vt eo quoque caſu quo legati partes per concurſum fiunt,tamen non niſi partem interim habere debeat is qui prior ad legatum venit. Nempe quod non poſſit legatum acquirere niſi quatenus ei per legem delegatum fuerit, non autem deferatur per legem niſi pro parte, ne alioqui eripiatur ſpes alteri collegatario qui ex voluntate teſtatoris admitti quandoque poteſt, vt admitti nunquam poſſit. Eadem enim ratio in hereditate quoque locum habet, quia cùm plures heredes inſtituuntur,vnus purè, alius ſub conditione, non defert lex hereditatem totam ei qui pure inſtitutus fuit ſed pro parte duntaxat, ne alioquin eueniat vt exiſtente poſtea conditione non poſſit lex amplius aliam partem illam hereditatis deferre ei qui ſub illa conditione inſtitutus fuerat, quippe quam alteri iam detulilet, quandoquidem portio ſemel per legem vni delata alteri poſtea deferri nunquam poteſt: Adeo vnica delatione tota legis poteſtas conſumitur. Non ergo fieri poteſt vt qui pro parte fuit purè inſtitutus interim totam hereditatem habeat. Niſi fortè volumus acquiſitionem hereditatis, priorem eſſe delatione, quòd ſanè ſicuti præpoſterum, ita & abſurdum eſſet *l.delata 151.De verb.ſign.l.1.§.decretalis D.de ſuc-ceſſ.edict.* Contra verò, non eſt bona ratio illa quam adfert Bart. commentitiæ huius differentiæ inter hereditatem & legatum. Nam quod ait in hereditate non eſſe alium qui interim retineat partem coheredis ſub conditione inſtituti, quomodo in legato eſt heres qui poſſit retinere legatum, cuius conditio nondum extitit, verum quidem eſt, ſed ad rem noſtram nullomodo pertinens. Vt.n.pars illa coheredis ſub conditione inſtituti poſſit ad coheredem purè inſtitutum pertinere, adeoque penes eum remanere vel vno temporis momento non illud ſufficit, vt nemo alius ſit ad quem ea pertineat, ſed illud quoq; requiritur, vt huic coheredi purè inſtituto ex parte, fuerit etiam delata, quod tamen eſſe nemo dixerit, quamdiu in eo eſt portio illa vt ei ipſi deferri poſſit cui teſtamento relicta fuit. Deferri autem poteſt quandiu conditio non defecit, quamuis necdum exiterit. Nec quicquam abſurdi eſt quod interim neutri ex heredib. deferatur. Neq; ei cui fuit relicta ſub conditione,quia conditio nondum exiterit, neque ei qui ex alia parte pure ſcriptus eſt, quoniam alij adhuc deferri poſſit. Interim namque portio illa non tam eſt vacans, quàm iacens, & ſatis eſt quod iaceat ne heredi purè ſcripto deferatur, quia ratio illa neceſſitatis quæ inter coheredes etiam inuitos, & inuito teſtatore ius adcreſcendi inducit, non incipit habere locum ex eo tempore quo hereditatis pars iacere incipit, ſed ex eo tantùm die quo incipit vacare, id eſt nullam habere perſonam cui ex voluntate teſtatoris acquiri poſſit. Vacare quidem poteſt ea portio quæ nunquam iacuerit, ſed eam portionem quæ & iacuerit & vacauerit, iacuiſſe prius quàm vacaſſe neceſſe eſt. De iure autem adcreſcendi quærere antequàm vacet portio & cùm adhuc iacet, præmaturum vtique eſt & abſurdum. Et verò quàm futilis ſit hæc ratio Bartoli ex eo etiam apparet, quod idem Bartolus fateri cogitur hunc coheredem purè inſtitutum, quem ille vult habere interim totam hereditatem, non eſſe tamen interim verè heredem in ſolidum, ſed tantum ex poſtfacto apparere an talis fuerit nécne, cùm alterius partis conditio vel extitit vel defecit. Nam ſi adcreſcendi iure totam hereditatem interim habere deberet ob id ſolùm quod alius nemo ſit, ad quem ea portio pertinere aut apud quem remanere poſſit, ſequeretur eſſe illum interim verè heredem in ſolidum, quoniam portio quæ non habet perſonam,ad quam currat, currit ad portionem aliã, eique adcreſcit tanqam alluuio *l.ſi Titio fructus 33. §.1. D.de vſufr.*eiuſq.naturam induit, ita vt incipiat penes eum eſſe, penes quem erat prior portio, eodem prorſus iure: Ex quo autem inſtanti portiones iunctæ eſſe cœpiſſent, fieri poſtea non poſſet vt ſeparentur,nec ſi conditio exiſteret, quia eiuſmodi ſeparatio numquam fit legis poteſtate, ſed facto aliquo opus eſt *l.ſed ſi plures 10.§.filio impuberi l ſi filius 12. D.de vulg.& pup. ſubſti.* Vt ergo portio quæ vni ex heredib. ſub conditione inſtituto data fuit, eidem deferri poſſit exiſtente quandocunque conditione, fatendum eſt ita ius eſſe debere, vt & delatio & conſequenter acquiſitio,ſiue temporaria, ſiue perpetua illius portionis in ſuſpenſo retineatur, quandiu conditio ipſa pender. Ac quemadmodum in legato concedit Bartolus eam partem quæ vni ex collegatariis ſub conditione data fuit non poſſe interim ad collegatarium pertinere, quia nil neceſſe eſt hoc dicere, cum alia ſit perſona ad quam ea pertinere poſſit quamuis nondum pertineat,ſcilicet heredis. Ita & in ea hereditatis parte de qua tractamus, concedendum eſſe dico, vt pendente conditione non poſſit interim ad coheredem purè inſtitutum pertinere, quia neque neceſſe eſt vt pertineat, cùm alia ſit perſona ad quam poſſit aliquando pertinere, quamuis nondum pertineat ſcilicet ad heredem ſub conditione inſtitutum, ſi quando conditio exiſtet. In hoc ſolo differentia aliqua inter has hereditatis & legati partes adferri poteſt, quod legati partem conditionalem interim & pendente conditione heres poſſidere poteſt, vt Proinde nil neceſſe

sit possideri eam ab alterius partis collegatario : At partem hereditatis datam ei qui sub conditione scriptus fuit, nemo est qui possidere queat præter coheredem purè institutum. Et ita ni fallor, sensit Bartolus, tanto magis in eo culpandus, quod de hereditate tã impropriè loquitur, vt eam accipiat pro hereditariarum rerum possessione. Sed tamen neque hac ratione poteris assequi vt admittam differre hac in re legatum ab hereditate, quia pars illa iacens hereditatis licèt à nemine possideatur, potest tamen commodè, immò debet possideri ab alio, quàm à coherede purè instituto ex alia portione : Nimirum à curatore qui hoc casu dandus est non hereditati, vt vulgo ptagmatici nostri sentiunt, sed bonis hereditariis, quemadmodũ fieret si vnus tantùm esset heres institutus sub conditione, & creditores vrgerent solutionem eius, quod sibi deberetur *l. 1. D. de curat. bon. dand.* Cur non enim seruetur in parte hereditatis quod in tota hereditate seruandum esset? *l. qua de tota 79. D. de rei vind. l. si duo 51. D. de admin. & peric. tuto.* Cùm igitur pars ista hereditatis nondum cuiquam delatæ possit regi & administrari commodè per curatorem bonis dandum quid necesse est siue proprietatis siue possessionis causam intueare, vt interim eam dicas adcrescere debere coheredi ex alia parte instituto? His autem argumentis nostris sicut Bartoli subdistinctio, ita Hugolini & Accursij † distinctio quàm & Bartolus probat, manifestè conuincitur. Etenim quamuis testator ita scripserit, *Titium heredem instituo, & si nauis ex Asia venerit tunc etiam Seium cum eo instituo*, quod exemplũ est ab Accursio allatum, tamen certum est non nisi partem hereditatis Titio deferri per legem, acti scriptũ ita esset *Titius ex semisse heres esto*, & *si nauis ex Asia venerit, Seius ex alio semisse heres esto*, Siquidé nihil refert an testator in scribendis heredibus vnum duntaxat assem fecerit, & inter eos diuiserit, vt in posteriore exemplo, an verò transierit ad secundum assem, primumque Titio dederit totum purè, & Seio secundum sub conditione, vt in priore. Nam duo illi asses à testatore facti statim & iam inde ab initio sola iuris potestate ad vnius assis intellectum reuocantur, ideoque perinde vtroque casu sibi lex temperat, ne ei qui purè scriptus fuit totam hereditatem interim deferat, vt partem illam, quæ alteri sub conditione data fuit, deferre ipsi possit existente demum conditione. Sed & in eo labitur Accursius quod in vtroque exemplo ponit ita concepras institutiones heredum, *Titium heredem instituo Seium cum eo instituo.* Constat. n. non
10 fuisse olim bonam † & receptam huiusmodi formulã instituẽdi heredis, vt nec si testator dixisset, *Titiũ heredẽ facio* quemadmodũ Vlpianus in Titulis scribit *tit. 21. quemadm. her. instit. deb.* Non quod legis sit, non testatoris heredem instituere, vt ad eũ locũ notat Cuiacius (nam legis quidem est heredem facere, sed solius testatoris eum instituere) at quia non alia heredis institutio testatori permissa erat per legem duodecim tabularum, quàm quæ fieret per modum legis, hoc est verbis imperatiuis qualia solent & debent esse legum omnium verba, & cuiusmodi tamen non sunt illa *heredem instituo*, aut *facio*, quæ sunt indicatiui modi non imperatiui, quamuis nec idcirco sint precaria. Non enim sufficiebat vt precaria non essent, nisi illud quoque accederet vt essent imperatiua. Nec simile est quod valebat legatum ita relictum *Titio fundum Cornelianum do, lego*, cùm tamen legatum ab eodem Vlpiano definiatur in *ti. de leg.* quod legis modo imperatiuè relinquitur. Nam verbum † illud *lego* licet in-
11 dicatiui modi sit, non imperatiui, habet tamen vim imperandi hoc ipso, quòd legare nihil aliud est quàm legis modo ac proinde imperatiuè disponere. Quanquam non ignoro has verborum differentias sublatas fuisse à Constantino in *l. quoniam indignum 15. C. de testam.* & valere hodie institutionem heredis etiam quæ concepta sit iis verbis quæ Accursius vsurpat. Quod verò Bartolus in suæ sententiæ confirmationẽ adducit de posthumis tanquam simile, magis dissimile est. Nam cùm hereditas † aliqua pertinet ad eum qui iam natus sit & ad posthumos nascituros, quorum numerus adhuc sit incertus, verum est enim qui iam natus est interim heredem esse pro quarta parte inspecto scilicet eo quod euenire facile potest vt tres nascantur, quomodo scriptum est in *d. l. antiqui.* Adeo vt si pauciores quàm tres posthumos nasci contingat, residuum ei pro rata adcrescat. Et è contrario si plures quàm tres, decrescat etiam pro rata de ea portione ex qua heres factus est, quomodo loquitur Vlp. in *l. 4. e. tit. si pars hereditis petat.* quibus posterioribus verbis apertè significat factum esse hunc re vera heredem pro quarta parte. Ex quo si esset accommodatum exemplum vt vult Bartolus illa ipsa Bartoli sententia manifestissimè refelleretur. Vult enim eum qui purè fuit institutus, non esse interim vetè heredem quandiu pendet conditio adscripta coheredi, sed tantùm habere totam hereditatem perinde acsi in totum heres esset. At is qui heres est cum posthumo nondum nato, is interim re vera heres est pro quartà parte. Ergo vel falsa est Bartoli traditio vel minus bona cõparatio huius casus cum illo, quo fuerit quis ex parte institutus purè cum alio scripto ex alia parte sub conditione. Ac sanè ita est. Habet specialem rationem is casus quo hereditas pro parte spectet ad ventrem plenum, quia cum nesciri possit quot nascituri sint posthumi, nec illud sciri potest pro qua parte spectatura sit hereditas ad ventris coheredem, quem tamen certum est partem aliquam hereditatis habiturum siue plures siue pauciores posthumi nascentur, ideóque nec prohibendum esse ne adire possit vt si forte moriatur ante natos posthumos habeat quod transmittat ad heredem, ad quem nihil posset transmittere si non adita hereditate moreretur. Itaque ne absurdum illud eueniret quod non purum haberet iniquitatis, placuit prudentibus permittendum esse huic coheredi vt incerto eo quod posthumi nascituri sint, possit nihilominus adire hereditatem pro quarta parte & adeundo heres fieri pro ea portione. Quo inducto † illud etiam deduci necesse
13 fuit vt si plures quàm tres posthumos nasci contingeret, de ipsius parte illa quarta ex qua heres fuisset tantum decresceret pro rata quantum necesse esset ad virilem quarti posthumi portionem constituendam: sicut è contrario si pauciores quàm tres nati essent, futurum erat vt ei pro rata residuum hereditatis adcresceret. Inter quos tamen casus differentia illa est, quod in hoc posteriore cum residuum adcrescit non violantur regulæ iuris quia portionem vacantem necesse est adcrescere pro rata iis qui reliquas portiones habent, neque in eo aut alius quisquam aut ipsa etiã iuris ratio offenditur. At in priore, cum pluribus quàm tribus natis posthumis oportet pro rata decrescere ex quarta illa parte ex qua coheres ventris heres fuit, violatur quandammodo ea iuris regula quæ facit vt qui semel heres fuit nunquam heres esse desinat. Etsi. n. remanet hic heres, pro minore licet portione, tamen illud semper verum est desinere ipsum esse heredem ex ea parte, ex qua aliquando fuit : tam autem difficile videtur vt desinat quis heres esse pro parte, quam vt in totum. Neque certè habeo quod respondere possim. Nisi liceat mihi dicere in iis quæ contra rationem iuris ex hominum vtilitate à prudentibus constituta sunt, posse nos sequi regulam iuris *l. in his 15. ff. de leg.* Nã & similiter receptum video vt si fortè sic facta institutio *quotcunque mihi nati erunt & Lu-*

cius

cius & Titius pro virilibus portionibus heredes mihi sunto, possit Titius interim hereditatem adire, quamuis nesciat partem ex qua fuit institutus, cum virilis portio non nisi ex numero capitum succedentium constitui possit: Et tamen ratio iuris facit vt heres institutus ex parte si eam partem nesciat adire nequeat,
14 quod vtrumque Paulus † apertè scribit in *d.l.illud* 1.§. *si pars her.pet.* vbi quod addit, *Sed vtilius est posse eum adire* ostendit satis, non tam ex iuris ratione, quàm ex vtilitate ita fuisse constitutum, & consequenter irreprtitia esse verba illa quæ sequuntur, *qui nescit portionem*. Non enim iis verbis loquitur Paulus de illo generaliter qui nesciat portionem, ex qua scriptus fuit, quem paulo ante certò ac præcisè dixerat adire non posse, sed ne Titio qui ex virili portione cum posthumis nascituris fuerat institutus: In cuius persona occurrebat illa dubitãdi ratio, ne videretur adire posse, quod portionẽ ex qua scriptus esset ignoraret, neq; posset locus esse remedio à prudentibus introducto, vt adiret pro quarta parte, cum testator expressisset partem ex qua heredem illum esse voluerat; scilicet virilem, quæ porro quota & quanta esset nesciri poterat, antè quam posthumi nascerentur. Fuit enim facilius prudentibus interpretari pro qua parte coheres ventris admitti deberet, cùm ea pars nulla expressa erat à testatore quam cùm expressa fuit, quia voluntas testatoris omnimodo seruanda est. Vtroquè tamen casu aliquid constituendum fuit contra regulas iuris, sed aliud alio casu. Cum pars expressa non est, non violatur ea regula quæ vult heredem ex parte institutum debere certum esse de sua parte vt possit adire, quia facit eum certum interpretatio prudentũ quæ interim quartam partem ei assignat sed si plures quam tres posthumi nascantur, violatur ea iuris regula, vt diximus quæ vult, Ex qua parte quis heres semel fuerit, ex ea semper heredem manere: quoniam qui erat ante posthumorum natiuitatẽ heres ex quarta, nãtis quinque posthumis fiet heres ex quinta. Sed hoc tolerabilius visum est quàm vt ei permitteretur, adire portionem quam ignoraret, quia & in aliis nonnullis casibus eadem iuris regula vitiatur, vt cum heres post aditam hereditatem fit seruus vt in *l.ex facto* 43. §. *vlt. D. de vulg. & pupill. substit.* aut cùm testamentum rescinditur per querelam inofficiosi *l. nã etsi* 15. §. *vlt. l. circa* 14. *D. de inoff. test.* Cùm verò pars aliqua expressa est à testatore, si quidem certa; vt puta *Titius heres esto ex semisse, Posthumi quotquot nascentur ex reliquo* nõ habet res dubitationem quin possit Titius quatumlibet extraneus heres esse ex semisse, si plenus venter fuit, adeóque ex toto asse si venter fuit vacuus, quamuis vacuum esse Titius ignorauerit, non minùs quam si solus ex semisse fuisset institutus nullo adiecto coherede, qui sensus est Pauli in *d.l.illud* in iis verbis, *Idem est in extraneo si ex certa portione institutus sit ex reliqua posthumi*. Si autem expressa quidem pars est, sed incerta, quod contingit institutis posthumis cum Titio in vtriles, tunc quia non potest prudentum interpretatio facere vt pars vlla contra constituatur, quã adire Titius possit, ne testatoris voluntas offendatur, quam si modò non sit contra leges ante omnia seruari vult ipsa quoque ratio iuris, nihil aliud est quod possint prudentes facere, nisi vt ex vtilitate & æquitate patiantur eũ adire prius etiã quam sciat partem, suã, & in hoc vitiari regulã iuris, Præsertim cũ nec nouum sit vt is quoq; heres qui partẽ ex qua scriptus fuit ignorat, interim tamen possit partẽ suam acquirere, nimirũ pro herede gerendo, vt Vlp. ex Iuliano & Cassio scribit in *l. si quis extraneus* 21. §. *vlt. ff. de acq. her.* Fuit,
15 n. hæc differentia, † vt & aliæ olim pleræq; inter aditionem & gestionẽ pro herede, quod qui partẽ suam nesciebat illam sibi acquirere per aditionẽ non poterat, vt constat ex *d.l. illud* & ex *l. ex semisse* 75 *ff. de acquir. her.* poterat tamen acquirere per gestionem pro herede *d.l. si quis* §. *vlt.* Et ratio differentiæ erat, quia hereditatis aditio actus solẽnis est, & legitimus *l. actus legitimi* 77. *de reg. iur.* habebátque olim verba illa sollennia. *Hanc hereditatẽ adeo cernóque*, si heres aliquis ex toto asse & solus scriptus erat: si verò ex parte, ipsam quoq; partẽ demonstrari necesse erat quã porro demóstrare nõ poterat is qui eã ignorabat. Gestio autẽ pro herede nullã verborũ sollennitatẽ exigebat, sed nudã voluntatẽ heredis, quod heres esse vellet vel in solidum vel ex parte §. *vlt. Inst de hered. qualit. & differ.* Nihil autẽ erat illum etiã qui nesciat quota pars sibi delata sit, velle tamen pro herede se gerere, & heredem fieri pro ea parte quantacunque illa sit: quod proinde sufficit vt pro ea parte quæ re vera delata est heres fiat. Et ita leges illæ quæ alioquin pugnare videntur conciliandæ sunt, nõ quomodo frustra licèt varie tentarum est ab Accursio & aliis interpretibus qui hanc aditionis & gestionis differentiam ex antiquæ iurisprudentiæ monumentis eruendam non perceperunt, sicut nec ille quisquis fuit, qui verba illa quæ nos tollimus addidit ad Paulũ in *d.l. illud in fin.* deceptus omnino vt credibile est ex illo Vlpiani loco qui de gestione pro herede loquitur in *d.l. si quis* §. *vlt. de acq. hered.* Sed & quod attinet † ad ea quæ diximus 16
de quarta parte interim danda ei qui heres est cũ posthumo nascituro dignũ obseruatione est non habere id locum nisi in casu intestati. Facto siquidem testamento siue posthumum siue posthumos testator instituerit, & siue hoc modo concepta sit institutio *Titius & posthumus* aut *posthumi heredes sunto*, siue ita *Titius heres esto, posthumus heres esto*. Titius interim ex semisse heres est perinde acsi ex certa illa parte esset institutus, quia quotquot nascantur posthumi, certũ est nõ nisi ad vnã portionẽ cõiunctim vocatos eos videri, cùm sub vno posthumi, aut posthumorũ nomine eóq; collectiuo fuerint vocati *l. si quis Attio.* 7. *l. si proprietas* 9. *D. vsufr. adcresc. l. vlt. C. de impub. & aliis substit.* Nullo autem nato posthumo heres ex toto asse fuisse intelligitur etiamsi priùs decessetit, quàm aut ventrem vacuum aut nullum posthumum nasciturum esse scitetur *d.l. illud* 5. §. 1. *D. si pars her. pet.* Nec alius casus in quo propter institutionem posthumorum impediatur Titius heres esse ex semisse, quã qui sequitur apud Paulum in *d.l. illud*, quo Titius & quotquot nascentur posthumi omnes pro virilibus portionibus fuerint instituti. Et ratio diuersitatis inter causam testati & intestati hac parte illa est, quod condito testamento non alias partes facit lex quàm quas fecerit testator, cuius ipsa subsequitur voluntatem. Testator autẽ qui Titium & posthumos instituit siue vnica, siue duplici oratione vtramque institutionem concluserit semisses feciſſe intelligitur, vel in primo asse si Titium & posthumos in eodẽ asse coniunxerint, vel reuocatis duobus assibus ad assem vnum, & consequenter singulis assibus ad semisses, si testator transierit ad dupondium quotmodo transit quisquis ita scribit *Titius heres esto, Posthumus heres esto*, Titius enim solus ex toto primo asse scriptus creditur, Posthumos verò ex secundo. At cùm testamentum nullum factum est, lex nunquam transit ad dupondium, quia nec nisi vnum totius hereditatis assem cognoscit eumque assem diuidit in tot partes, quot ipsa eadem vel iam defert vel aliquando deferri potest. Cúmque non aliis deferat, quàm qui vel in eodem gradu sint, vel saltẽ eam personam quæ in eodem gradu sit repræsentent (quibus scilicet casibus locus est repræsentationi) inde fit vt partes semper faciat æquales, nec vnquã pluribus coniunctim deferat vnam portionem, nisi quando succeditur in stirpes, pluribus vnam eandémq; personam

repræ

repræſentantibus, nec proprio ſed alieno ac repræſentato iure ſuccedentibus, vt in §.*cum filius Inſt.de hered. quæ ab inteſt.defer.* Neque huic noſtræ ſententiæ con-
17 trarium eſt quod ſcribit † Vlp. in *d.l.cum quidã* 30.§. *ſuum heredẽ ff.de acq.hered.* ſuum heredem ſi heres eſt cum poſthumo qui in vtero vnus tantùm ſit, ex parte dimidia heredem eſſe non ex quarta ſiue inſtitutum poſthumum proponas ſiue inteſtatum patrem deceſſiſſe. Non. n.id ita debet accipi quaſi in agnato qui non ſit ſuus heres contra reſpondendum ſit interim eſſe illum heredẽ pro quarta tantũ parte ſiue teſtatus deceſſerit paterfamilias ſiue inteſtatus. Sed ita potiùs, vt cum in agnato qui cum poſthumis ad hereditatẽ vocaretur ea diſtinctio neceſſaria foret, quia inſtitutus quidem ſemiſſem habiturus eſſet,ab inteſtato verò quartã duntaxat partẽ, in ſuo tamen herede qui etiã ignorãs heres eſt huiuſmodi diſtinctio nõ adhibeatur ſed dicendũ ſit fuiſſe illũ heredẽ ex ſemiſſe ſi vnus tantùm poſthumus in vtero fuit,ex triente verò ſi duo ex quadrante ſi tres,& ſic deinceps,quia cum ſit heres ſola legis poteſtate,lex autẽ ſciat ea omnia quę ſcit natura, ſufficit per retũ naturã certum eſſe vnum duntaxat vel duos plureſve fuiſſe poſthumos in vtero ex portione ſibi cõpetente heres fuiſſe intelligatur frater qui fuit ſuus heres, quemadmodum ſi ventre re vera vacuo mulier fuiſſet non eo minùs ex toto aſſe filius ſũ natus idémque ſuus intelligeretur heres fuiſſe quod ventrem vacuum eſſe ignoraſſet *d.§.ſuum heredẽ*. Niſi quòd cùm vacuus venter fuit,non diſtinguimus an deceſſerit ſuus heres certo iam vel adhuc incerto eo an vacuus eſſet venter an plenus nec ſi præteritus fuerit poſthumus,quæ tamen diſtinctio neceſſaria eſt cũ plenus venter & præteritus fuit vt explicauimus *l.1.Conſtit.cap.* 10.*ex l.ventre* 48.*eo tit.& l.ſi filius heres* 16.*De lib. & poſth.* In filio tamen ſuo herede illud etiam obſeruandum eſt licet ipſo iure ſit heres patris ex ſemiſſe cùm vnus tantùm poſthumus in vtero fuit ſi tam debitores hereditarios velit conuenire non pro dimidia id facere illum debere ſed pro quarta tantùm parte ſcriptum eſt in *d.l.ſed etſi* 28.§.*alt.D.de ind.* vbi dicitur hac in re non rerum naturam intuendam in qua eſſent certa omnia, ſed noſtram potiùs inſcientiam, ſecundum quam cùm neſciamus quot ſint naſcituri, & facile fieri poſſit vt tres naſcantur, debemus filium hunc heredem habere pro quarta potiùs, quàm pro dimidia portione. Et huius quoque inter ſucceſſionis & iudicij cauſam diſſimilitudinis ſi quis rationem quærat, illa meo iudicio adferri poteſt, quod in iudicio ei qui agit,res eſt cum homine qui neſcire poteſt an in vtero vnus tantùm ſit poſthumus an plures. In ſucceſſione verò res agitur inter hominem & legem, quæ ſola & ſucceſſionem defero & acquirit ſuo heredi, & certa eſt non minùs quam natura an venter vacuus ſit an plenus, & cùm plenus eſt an vnus duntaxat ſi poſthumus, an duo pluréſve. Mirum igitur non eſt plus iuris habere ſuum heredem ad ſuccedendum ante poſthumorum natiuitatem, quàm ad agendum,licèt ſi rationem iuris inſpicias negari non poſſit quin pro qua parte heres eſt, pro eadem habeat actionem in hereditarios debitores. Nimirum ſucceſſio tota iuris eſt, actio autem licèt iuris quoque ſit, tamen plurimum facti admixti habet, quia & impetranda & exercenda eſt, quod vtrumque in facto, non in iure verſatur. De reliqua parte diſtinctionis Bartoli quæ pertinet ad fideicommiſſarios dicendum erit Decade ſequenti. Iam enim fuimus hic longiores.

ANTONII FABRI IC.

Decas Quinquageſima.

ERROR PRIMVS.

De iure adcreſcendi inter fideicommiſſarios particulares.

SVMMARIA.

1 *Fideicommiſſarij particulares qui dicantur.*
2 *Qui ſingulares.*
3 *Qui vniuerſales. & num.4.*
5 *Anius adcreſcendi inter fideicommiſſarios particulares locum habeat.*
6 *Ratio pro affirmatiua.*
7 *Ratio pro negatiua.*
8 *Bartoli diſtinctio in propoſita quæſtione.*
9 *In legatis per damnationem iuri adcreſcendi quando locus eſſet, quando item in legatis per vindicationem.*
10 *In fideicommiſſis ſiue ſingularibus ſiue particularibus etiamſi pluribus ſimul fideicommiſſum relictum proponatur nunquam tamen fieri poteſt vt re coniuncti reperiantur.*
11 *Inter fideicommiſſarios particulares ius adcreſcendi locum non habet.*
12 *In legatis per damnationem cur olim ius adcreſcendi locum non haberet.*
13. *Error Bartoli & ſequacium.*

FIDEICOMMISSARIOS † particulares hic appello, non cum interpretibus noſtris eos quos Iureconſulti vocant ſingulares, ſed quibus, vt verbum ipſum præ ſe fert,pars hereditatis ex fideicommiſſo reſtituenda eſt. Nam quibus † fundus relictus eſt, ſiue totus ſiue pro parte, ij ſingulares, non particulares fideicommiſſarij appellantur, ad differentiam vniuerſalium †, quia non ſunt iuris & vniuerſitatis ſucceſſores §. *legatarios. inſtit. de teſt.ordin.* Qua ratione illi etiam vniuerſales fideicommiſſarij dici poſſunt, quos particulares nunc appellamus, quia cùm partes hereditatis ſint homogeneæ, tam ſuccedit in vniuerſitate iuris pro parte hereditaria is qui ex parte heres eſt, quàm ſi heres eſſet ex toto aſſe. Nec quicquam plus habet qui ex aſſe heres eſt, niſi quod ſuccedit in vniuerſitatem, non modò iuris, ſed etiam aſſis, ideoque magis † propriè ac minùs æquiuocè vniuerſalis aut heres, aut fideicommiſſarius appellatur qui ex aſſe, quàm qui ex parte tantùm vel heres, vel fideicommiſſarius eſt. De quo ſcripſimus in *Err.8. Decad.*15. Quæritur † igitur de iure adcre

ſcendi inter fideicommiſſarios particulares, puta ſi quis hereditatem pluribus aut coniunctim aut diuiſim reſtituere rogatus ſit, quorum vnus fideicommiſſum repudiet, an portio quæ ad eum peruentura fuerat ſi fideicommiſſum agnouiſſet adcreſcat alteri, quomodo adcreſceret coheredi, an verò non adcreſcat, niſi cum iis diſtinctionibus quæ in legatario ſeruarentur, in quo vtique diſtinguendum eſſet vt diximus in præcedentibus. An verbis tantum coniunctus eſſet, an
6 etiam re, aut re & verbis ſimul. Dubitationem † facit, quod ex vno latere fideicommiſſarius particularis maximam habet cum herede particulari ſimilitudinẽ, in eo quod vterque iuris ſucceſſor eſt, & fideicommiſſarius ſiue vniuerſalis ſiue particularis ſit loco heredis eſſe dicitur. Inter coheredes autem particulares non ſolùm diſiunctos, ſed etiam inuitos ius adcreſcendi eſſe conſtat *l. qui ex duobus 53. in prin. & §. 1. D. de acqu. hered. l. ſi ex pluribus 9. de ſuis & legitim.* Ex alio autem
7 latere diſſimilitudo, & diſſimilitudinis † ratio inter heredes & fideicommiſſarios pereuidens illa eſt, quod non quemadmodum ex neceſſitate ius adcreſcendi locum habet inter coheredes, ne alioquin eueniret vt vacaret portio ſi coheredi non adcreſceret, atque ita fieret vt defuncti perſona quæ indiuidua eſt, pro parte repræſentaretur, ſimiliter dici poteſt inter confideicommiſſarios aliquam ſubeſſe neceſſitatem, quæ nos cogat ius adcreſcendi inducere, ſiquidem fideicommiſſum ſiue vniuerſale ſiue particulare ſiue ſingulare ſit, non aliter præſtari deberive poteſt, quam ſi adita ſit hereditas ab heredẽ qui rogatus fuit *l. quia poterat 4. & tot. tit. D. ad SC. Treb.* Adita verò hereditate ſi fideicommiſſum pro parte vnius ex fideicommiſſariis deficiat, tam commodè, ac multo æquius poteſt remanere penes heredem grauatum, quam ad confideicommiſſarium peruenire non minus quàm ſi de fideicommiſſo ſingulari, vel de legato ageretur, Idcoque videtur longè rectior futura hac in re, comparatio fideicommiſſarij particularis cum fideicommiſſario ſingulari & cum legatario quam cum herede particulari, hactenus ſaltem vt neque inuitus neque diſiunctus habeat ius adcreſcendi *l. vnic. §. vbi autem legatarij C. de caduc. tollen.* qui locus cum de fideicommiſſariis generaliter loquatur, non minus ad particulares aptatur à noſtris quam ad ſingulares. Et ita Bartolus concludit in *l. planè 34. §. ſi coniunctim de legat. 1.* nihil hac parte diſtare fideicommiſſum à legato, licèt huius ſententiæ rationem nullam adferat, quam nec eum ſoluiſſe veriſimile eſt, vt ex iis quæ contra ipſius traditiones ſuperiore Decade diſputauimus, colligi
8 facilè poteſt. Diſtinguit tamen Bartolus † & bene an heres, cuius fideicommiſſum eſt, hereditatem adierit ſponte an coactus, vt ſi ſponte, tum demum procedat quod modo diximus. Si verò coactus, aliud iuris ſit, & vno ex fideicommiſſariis partem ſuam repudiante, tota hereditas ad alium pertineat qui heredem adire coegit ex *l. 1. §. ſed & quoties D. ad SC. Trebel.* vbi ſcribit Vlpianus, ſi quis rogatus duobus hereditatem reſtituere alteri purè vel in diem, alteri ſub conditione, ſuſpectam dicat, ei cui purè rogatus erat partem hereditatis reſtituere interim totam reſtitui oportere, idque Senatum cenſuiſſe: Cùm autem extiterit conditio ſi velit alius fideicommiſſarius partem ſuam ſuſcipere tranſire ad eum ipſo iure actiones. Cuius Senatuſconſulti quod ad primam ipſius partem attinet ratio illa eſt, quia licèt heres qui adit coactus poſtulante fideicommiſſario perinde fiat heres acſi ſponte adiiſſet, non magis tamen retinere quicquam poteſt ex ea hereditate, immo neque ex iudicio teſtatoris, quàm ſi heres non eſſet, cùm id egerit quantum potuit vt teſtamentum ſupremaque defuncti voluntas deſtitueretur *l. ita tamen 27. §. qui ſiſpectam l. ſi patroni 55. §. qui fideicommiſſam iunct. l. ſi cogi 16. §. idem Macianus D. eodem.* atque ita ceſſat hoc caſu ea ipſa ratio propter quam proximè diximus, inter fideicommiſſarios ſiue inuitos ſiue diſiunctos, ius adcreſcendi eſſe non poſſe. Sed videamus ne tum quoque cùm heres oneratus adiit ſponte, aliud tamen iuris ſit in fideicommiſſis vniuerſalibus & particularibus, non dicam quàm in ſingularibus, de quibus poſtea tractandum erit, ſed quam in legatis per vindicationem relictis. De his enim loquuntur omnes Pandectarum leges quæ de iure adcreſcendi in legatis tractant, quandoquidem in † legatis per damnationem nullo caſu erat ius adcreſcendi niſi cùm id à teſtatore expreſſum erat vt ſequenti capite dicemus. In legatis per vindicationem relictis, quæ etiam vindicationis legata dicebantur, ita demum ius adcreſcendi locum habebat, ſi legatarij vel re & verbis ſimul, vel ſaltem re tantùm coniuncti reperirentur, quòd iſti partes non haberent niſi per concurſum, vt proinde altero non concurrente totum legatum pro ſuo iure poſſet vindicare is qui ſolus ad legatum venitet: inter eos verò tantùm ius adcreſcendi non eſſet, qui vel verbis tantùm coniuncti eſſent, quod iſti ab initio partes haberent, vel certè nunquam idem totum. At in fideicommiſſ. † ſiue particularib. ſiue vniuerſalib. etiamſi pluribus ſimul & coniunctim fideic. relictum proponatur, nunquam tamen fieri poteſt vt re coniuncti reperiantur, quia hoc ipſo quòd teſtator heredem grauat, vt pluribus eandem rem reſtituat, ſiue vna eademque oratione in hunc modum *Rogo te Titi vt hereditatem meam Sempronio & Manio reſtituas*, ſiue diuerſis orationibus vt puta *Rogo te Titi vt hereditatẽ meam Sempronio reſtituas, Eandem hereditatem Manio reſtituito*, intelligitur partes facere inter fideicommiſſarios iam inde ab initio, & ſingulis partes tantùm dare, quoniam cùm velit & neceſſe ſit reſtitui fideicómiſſum per manus heredis, nec fieri poſſit vt heres eandem rem ſiue in iure conſiſtat, ſiue in corpore, vtrique fideicommiſſario in ſolidum reſtituat perinde neceſſario accipi hoc fideicommiſſum debet, acſi heres vni partem vnam, alij aliam reſtituere rogatus eſſet: neque ad partes faciendas expectandus eſt concurſus fideicommiſſariorum: ſufficiente ſcilicet interpretatione iuris, quæ niſi faceret vt teſtator ipſe ab initio partes conſtituiſſe crederetur, obligaret heredem ad impoſſibile, id eſt ad eandem rem pluribus in ſolidum præſtandam. Obligatio namque heredis ad legatum præſtandum, ſicuti præcedit ipſam præſtationem, ita & neceſſe eſt vt certa conſtituatur, antequàm fiat cõcurſus, quippe qui non ſit niſi præſtatione interueniẽte: Non poteſt autem certa & vtilis obligatio conſtitui niſi de re poſſibili, cùm impoſſibilium nulla obligatio ſit, vt eſt in regula iuris. Ob idque neceſſe eſt vt ab initio partes factæ intelligantur poteſtate iuris, quãuis non ſint factæ à teſtatore. Et conſequenter impeditur † ius adcreſcendi ne inter eos locum habere poſſit, quia vt non ſit ei locus non requiritur neceſſario vt partes factæ ſint à teſtatore, ſed ſufficit quòd non fiãt per concurſum. Siquidem toties duntaxat ius adcreſcendi eſt inter legatarios & fideicommiſſarios quoties non niſi per concurſum partes fiunt *l. 3. D. de vſufr. adcreſc.* Indeque nimirum erat olim quod non habebat locum ius adcreſcendi † in legatis per damnationem ne quidem inter legatarios coniunctim vocatos *l. ſi Titio & ei 7. De lega. 2.* quia legata damnationis perinde ac fideicommiſſa per manus heredis præſtanda erant vt dicemus capite ſequenti. Et ideo ſi quando volebant teſtatores ius adcreſcendi eſſe inter fideicommiſſarios aut legatarios per damnationem ſolebãt id ipſum expreſſim cauere, hac clauſula adiecta *donec totum ad vltimum perueniat* vt in *l. Lucius 88. §. Lucius Titius*

9 10 11 12

Titius teſtamento de leg. 2. l. codicillis 34. in pr. De vſufr. le. de quo iam attigi in Err. 6. Decadis præcedentis.
23 Falſa igitur Bartoli † traditio eſt, cæterorúmque vulgarium interpretum, qui poſt Bartolum volunt eaſdem diſtinctiones adhibendas eſſe in fideicommiſſis, quæ adhibentur in legatis per vindicationem, nec ſeparant hac parte ius vetus à nouo, nec legata per vindicationem à legatis per damnationem, nec denique vident fideicommiſſa ſiue vniuerſalia ſiue ſingularia exæquanda eſſe hac in re, vt in aliis pleriſque, ei generi legatorum quæ per damnationem, non iis quæ per vindicationem relicta eſſent. Planè inter fideicómiſſarios etiam vniuerſales qui ab initio partes habuerint non eſſe ius adcreſcendi conſtat ex Scævola in *l. Lucius* 88. §. *qua habebat D. ad SC. Trebell.* quamuis in ea ſpecie hoc amplius eſſet, quod prioribus teſtamenti verbis totum fideicommiſſum vni tantùm fideicommiſſario relictum proponebatur, vnde ratio dubitandi ſumebatur propter quam videretur ille alio repudiante ad totum fideicommiſſum eſſe admittendus. Quid tamen hodie ac iure nouo obtineat, tertio capite dicemus.

ERROR II.

De iure adcreſcendi inter fideicommiſſarios ſingulares, & inter legatarios per damnationem ex veteris iuris ratione.

SVMMARIA.

1 *Fideicommiſſarius ſingularis ius cogendi heredis non habet, & cur.*
2 *Diſcrimen inter fideicommiſſa vniuerſalia & legata per vindicationem ratione iuris adcreſcendi.*
3 *Differentia inter fideicommiſſa ſingularia & legata per vindicationem.*
4 *Conuenientia fideicommiſſorum omnium & legatorum per damnationem ratione iuris adcreſcendi.*
5 *Inter legatarios per damnationem cur olim ius adcreſcendi locum non haberet.*
6 *Cur legatarij per damnationem ſine verbis coniuncti, ſine diſiuncti eſſent, vel partes ab initio habere non viderentur, vel vni tota res, alteri rei æſtimatio relicta intelligeretur.*
7 *Cur in legatis per vindicationem alter legatarius rem, alter æſtimationem non habeat.*
8 *Vnde promanet obligatio qua obligatur heres in legato vindicationis.*
9 *Res aliena per vindicationem legari non poteſt, & cur.*
10 *Diſcrimina inter legatum per vindicationem, & legatum per damnationem.*

DISTINCTIO illa, quam ſuperiore capite adhibuimus cùm de iure adcreſcendi inter fideicommiſſarios particulares tractaremus, An heres grauatus adierit ſponte an coactus, locum habere non poterit ſi de eodem adcreſcendi iure quæratur inter fideicommiſſarios ſingulares. Non ob id ſolum quod † fideicommiſſarius ſingularis ius cogendi he-
1 redis non habet, tanquam qui non ſit iuris ſucceſſor §. *legatarios Inſtit. de teſtam. ordi. leg. nam quod* 14. §. *non omnis l. cogi* 16. §. *generaliter l. non eſt cogendus* 53. *Digeſt. ad SC. Trebell.* ſed etiam quoniam quoque cùm aliquis eſſet fideicommiſſarius vniuerſalis per quem coactus eſſet heres adire, quamuis eo caſu pars fideicommiſſi ſingularis deficiens apud heredem remanere nec poſſet nec deberet, nulla tamẽ ſubeſſet neceſſitas, quæ ius adcreſcendi deberet inducere inter fideicommiſſarios ſingulares, quandoquidem portio illa deficiens, quam diximus non poſſe remanere penes heredem, qui adiit compulſus, æquè facilè & commodè poſſet remanere penes fideicommiſſarium vniuerſalem, ad quem pertinet vt legata & fideicommiſſa ſingularia, quæ ad heredis onus fuerunt præſtare teneatur ex quo tempore per hereditatis reſtitutionem conſtitutus fuit loco heredis, præterquam ſi heres rogatus ſit hereditatem reſtituere reductis legatis *leg. 2. & 3. eod. tit.* Et in hoc agnoſco eſſe differentiam inter fideicommiſſarios particulares & ſingulares. Sed ſi tractemus de herede qui ſponte adierit, ac proinde qui capax ſit eius portionis retinendæ, quæ defecerit ex fideicommiſſo ſiue vniuerſali ſiue ſingulari, nullam prorſus hac in re differentiam agnoſco inter fideicommiſſa vniuerſalia & ſingularia in eóque cum Bartolo ſentio. At non in eo ſimiliter quod eandem rationem ille conſtituit ad *dict. leg. planè* 34. §. *ſi coniunctim. de legat.* 1. fideicommiſſorum omnium inter ſe & legatorum. Nam quemadmodum ſuperiore capite oſtendimus fuiſſe olim hac parte differentiam inter fideicommiſſa † 2
vniuerſalia & legata per vindicationem, vt in fideicommiſſis vniuerſalibus nullo caſu eſſet ius adcreſcendi, inter legatarios verò per vindicationem eſſet, niſi verbis tantùm coniunctis proponerentur: Ita & fideicommiſſorum † ſingularium aliam ratio- 3
nem conſtituimus quàm legatorum per vindicationem, eadem ipſa ratione quam in fideicommiſſis vniuerſalibus vſurpauimus, quòd fideicommiſſorum ſingularium quantumuis coniunctim relictorum partes ab initio fiant, non quomodo in legatis vindicationis per concurſum. Ab initio, inquam, non quidem à teſtatore diſertis verbis, ſed iuris poteſtate, cùm fieri nequeat vt rogetur vtiliter heres eandem rem duobus præſtare in ſolidum, quod per rerum naturam impoſſibile eſt. Maximè ſi agatur de corpore non de iure vt ſolent fideicommiſſa ſingularia, itémque legata eſſe corporum, in quibus iuris fictio multo minùs locum habere poteſt, quàm in hereditate, quæ ipſa iuris eſt & intellectum iuris habet etiam ſine corpore, *leg. hereditas* 50. *Digeſt. de hereditat. petit.* Neque tamen adeò diſſentire à Bartolo volumus vt cauſam fideicommiſſorum ſiue vniuerſalium ſiue ſingularium à legatis omnibus & omnino ſeparemus, ne dum Bartolum reprehendimus, in contrarium errorem incidamus. Diſtinguimus enim, quod ille facere neſciit legata vindicationis à legatis per damnationem relictis, & hoc ipſo quod aliam conſtituimus rationem fideicommiſſorum, ſiue vniuerſalium ſiue ſingularium & legatorum per vindicationem. Ita eandem † eſſe volumus fideicommiſ- 4
ſorum omnium & legatorum per damnationem: Vt ſcilicet neque in his neque in illis vnquam ſit ius adcreſcendi, niſi cùm nominatim expreſſum eſt à teſtatore, quod olim plerumque fiebat, ineptè profectò & ridiculè, ſi ita ius erat vt inter iſtos ius adcreſcendi etiam quod expreſſum non fuiſſet locum habere potuiſſet. Idque iam ante nos bene obſeruatum fuit à recentioribus, præſertim à Iacobo Cuiacio *lib. 15. Obſeruat. cap. quarto. ex l. ſi Titio & ei 7. De legat. 2. l. pater* 38. §. *filiam l. uxorem* 41. *paragraph. agri plagam de legat. tertio. inuct. l. Lucius* 88. §. *Lucius Titius teſtamento de legat. 2. l. codicillis* 34. *in princip. Digeſt de vſufruct. legat.* Sunt enim hac parte legata per damnationem ſimilia fideicommiſſis, tam ſingularibus quàm vniuerſalibus, in eo quod præſtanda ſunt per manus heredis, nec priùs poſſunt ſiue per legara-

cium

rium ſiue per fideicommiſſarium res ita relictæ vindicari, quàm dominium earum tranſlatum fuerit per traditionem factam ab herede, qui porrò non magis damnari quàm rogari poteſt vt eandē rem duobus in ſolidum præſtet. Niſi eo ſenſu vt vni præſtet rem, alteri æſtimationem, quod olim obſeruabatur, quoties plurib.eadem res legata per damnationem orationibus tamen ſeparatis, hoc modo, *Heres meus fundum Cornelianum Titio dare damnas eſto, Eundem fundum Sempronio dato.* In tali nāque caſu qui prior ex legatariis ad legatum veniebat, ipſum fundū conſequebatur, qui verò poſterior, fundi æſtimationē, vterque in ſolidum, vt conſtat ex *leg. ſi plurib. 33. de leg. 1. & ex leg. vnic. §. vbi autem legatarij C. de caduc. toll.* Vnde fieri neceſſe erat vt inter legatarios † per damnationē ius adcreſcendi eſſe nunquam poſſet. Nam vel erant omnino diſiuncti & re & verbis, & eo caſu nulla ratio erat propter quam deberent habere ius adcreſcendi, quod inter legatarios non niſi ex cōiunctione naſcitur. Vel cōiuncti quidem re ſed diſiunctis verbis, vt in ſupraſcripto exemplo. Et tunc ne poſſet inter eos ius eſſe adcreſcendi illud faciebat, quòd cùm vnuſquiſque legatariorum etiam omnib. cōcurrentibus legatum ſibi relictum conſecutus eſſet in ſolidum, neceſſe erat alterutrū euenire vt vel nihil amplius eſſet quod poſſet adcreſcere, vel vt ius illud adcreſcendi ad hoc induceretur, vt is cui ſemel tantùm Cornelianus fundus legatus fuiſſet, duplex tamen legatū cōſequeretur, & vno totum fundum, ex altero totius fundi totam æſtimationē: quod ſanè ridiculum eſſet ac iniquum. Quid.n. aliud velit aut poſſit petere, is cui fundus Cornelianus in ſolidū legatus fuit, quàm vt totum ipſum fundum habeat ſiue in corpore ſiue in æſtimatione? Aut cur ei cui teſtator non niſi alterutrū dederit nos volumus dare vtrumque? Quomodo tanquam ex abſurdo argumentatur Paulus in *l. debitor. 59. in fi. prin. D. ad SC. Treb.* Vel deniq; cōiuncti erant verbis legatarij per damnationem puta in hunc modum, *Heres meus fundum Cornelianum Titio & Sempronio dare damnas eſto.* Et eo caſu idcirco ius adcreſcendi eſſe inter eos non poterat, quia vt diximus partes ab initio inter eos factæ intelligebantur, non expectato eo vt concurrerent. Ius verò adcreſcendi non eſt niſi inter eos qui per cōcurſum duntaxat partes habent. Quòd ſi quis rationem quærat, Cur non vtroq; caſu idem ius eſſet, vt ſiue verbis cōiuncti ſiue diſiuncti eſſent, vel partes ab initio habere viderentur, vel vni tota res, alteri totius rei tota æſtimatio relicta intelligeretur. Itémque cur in legatis per vindicationem non eadem diſtinctio adhiberetur, vt aliquo ſaltem caſu alter ex legatariis totam rem, alter totius rei æſtimationē cōſequi poſſet (quibus duabus quæſtionibus tota ferè iſta tractatio cōtinetur) Reſpondebo † ad priorem interrogationē plus iuris habere legatarios per dānationē, quibus diſiunctim quàm quibus cōiunctim legatum eſt, quoniam legato cōiunctim ita relicto vt heres duob. eandem rem in ſolidū dare damnatus ſit, non poteſt ea capi interpretatio, quaſi videatur teſtator voluiſſe vni rem dari in ſolidum, alteri æſtimationem, cùm eadem oratio in qua ſemel tantū facta ſit mentio fundi, non poſſit recipere diuerſitatē illam interpretationis, vt alio ſenſu fundi nomē ſumatur, quod ad Titiū, aliud quod ad Sempronium. Atqui nec illud fieri poteſt, vt heres vtiliter damnatus ſit eodē ſenſu eundem fundū dare in ſolidum vtriq. legatario, vt iam diximus. Illud igitur neceſſariò relinquitur, vt perinde legatum hoc accipi debeat iuſta & ciuili interpretatione, acſi heres eum fundum Titio & Sempronio pro æquis partib. dare damnatus eſſet: ne alioqui de re impoſſibili faciēda rogatus videatur. Porro inter eos qui ab initio teſtator æquas partes vel legauit vel legaſſe intelligitur ius adcreſcēdi nō eſſe & diximus & probauimus iam ſæpe. Cur verò plurib. eadē res per dānationē legata eſt diſiunctim hoc eſt ſeparata oratione, nō ſimiliter dici poteſt partes vllas intelligi ab initio factas eſſe. Quid enim obſtat quominus ex illis verbis *Heres meus fundū Cornelianū Titio dare dānas eſto*, fūdus totus ſoli Titio & in ſolidum relictus eſſe dicēdus ſit? Neq; enim adhuc debet collegatariū Semproniū, qui licèt accedat poſtea ſubiiciēte te ſtatore *Eundē fundū Sēpronio dare dānas eſto*, nulla tamē inducitur neceſſitas cōminiſcendatū per interpretationē partiū, quas reuera teſtator nullas fecit, quia cùm hæc poſterior oratio profertur aut ſcribitur, iā poſſibile eſt vtrique legatario ſatisfieri in ſolidū, ſaltē quantū per rerū naturā fieri poteſt iuxta teſtatoris volūtatē dato vni fūdo, alteri æſtimatione. Quā fuiſſe teſtatoris voluntatem ex eo credibile ſit quod poſt damnatū heredē vt vni ex legatariis totū fundū daret, eundē heredē dānauit, vt alteri eundē fundū totum daret, cū tamen ſciret ſi nō penitus deſipiebat, idem corpus fūdi duob. in ſolidū præſtari nō poſſe. Itaq; quod aliis pleriſq; caſib. cōtingit vt quamuis multū diſtet res à rei æſtimatione *l. ſi aliy 42. §. 1. ff. de vſufr.* re tamē aliqua legata debeatur eius æſtimatio, vt puta ſi à ſciente legata ſit res aliena quam dominus nolit vendere iuſto pretio *l. non dubium 14. §. vlt. de legat. 3. l. alienus 61. ad leg. falc.* idem hoc caſu euenit ex neceſſitate: vt qui fundus vtrique legatus eſt, nec vtriq; in corpore præſtari poteſt, vni res, alteri æſtimatio præſtetur. Sed illud magis mirum videri poteſt, cur in legato † per vindicationem relicto, quæ 7
ſecunda quæſtio eſt, non idem obſeruetur. Cùm. n. plurib. eadem res per vindicationem legatur ſiue vna eadémq; oratione ſiue diuerſa, nunquā fit vt vni res, alteri æſtimatio debeatur, ſed vtroq. ad legatum ſiue ſimul, ſiue ſeparatim veniente, tum demum partes fiunt per concurſum, altero tantùm veniente totum legatum is conſequitur, quia totum ei relictum fuit. Ratio tamen quæ ex diuerſis formulis legatorū peti debet, illa non obſcura eſt, quod verba legati per vindicationem non diriguntur ad heredem, ſed ad legatarium. Et quamuis non eo minus heres perſonali actione teneatur ad præſtandum legatum *l. huiuſmodi 84. §. vlt. & l. ſeq. iunct. d. l. ſi plurib. in prin. de le. 1.*, nihil tamē eſt propter quod cogamur dicere partes ab initio factas videri à teſtatore, quia cū teſtator ita ſcripſit *Lego Titio fundū Cornelianū, Eundē fundū lego Sēpronio*, quod perinde eſt acſi directis ad legatariū verbis ſcriptū eſſet *Titi fundū Cornelianum habeo, Eundē fundū Sēproni habeto* (neutro.n, caſu loquitur teſtator cū herede) aut etiā ita *Titio & Sēpronio fundum Cornelianū lego*, aut ita *Titi & Sempronī fundum Cornelianum vindicanto* nihil eſt quod ab initio impoſſibile videri debeat, nec proinde quod impediat quominus ſingulis legatariis totus fundus vtiliter legatus intelligatur, ſed incipit emergere impoſſibilitas, cùm ambo legatarij cōcurrunt, quia fieri nequit vt cōcurrētes ambo legatū in ſolidū cōſequātur, & vindicēt, nō magis quàm vt duo ſint eiuſdem rei domini in ſolidū *l. ſi vt certo 5. § vlt. D. cōmod.* cùm ei tātùm qui dominus eſt & quatenus dominus eſt liceat vindicare. *l. in rē 23. & paſ. D. de rei vindic.* Cumq; ſupradicta verba legati & ad legatarios pertineāt, & vindicādi ius iis tribuāt, nec ab initio initio ſciri poſſit vtrū ambo legatū agnituruſ ſint, & vindicaturi, apparet nil eſſe neceſſe fieri partes antè quàm cōcurtāt. Iis verò cōcurrētibus partes ſēper fiūt nec vnquā præſtatur vni tota res, alteri tota æſtimatio, quia poteſt heres dicere nihil ſed are iuſſū, & hactenus tantū poteſtate iuris tāquā heredē obligatū eſſe vt ré lega-
6
tarios per dānationē, quibus diſiunctim quàm quibus cōiunctim legatum eſt, quoniam legato cōiunctim ita relicto vt heres duob. eandem rem in ſolidū dare damnatus ſit, non poteſt ea capi interpretatio, quaſi videatur teſtator voluiſſe vni rem dari in ſolidum, alteri æſtimationem, cùm eadem oratio in qua ſemel tantū facta ſit mentio fundi, non poſſit recipere diuerſitatē illam interpretationis, vt alio ſenſu fundi nomē ſumatur, quod ad Titiū, aliud quod ad Sempronium. Atqui nec illud fieri poteſt, vt heres vtiliter damnatus ſit eodē ſenſu eundem fundū dare in ſolidum vtriq. legatario, vt iam diximus. Illud igitur neceſſariò relinquitur, vt perinde legatum hoc accipi debeat iuſta & ciuili interpretatione, acſi heres eum fundum Titio & Sempronio pro æquis partib. dare damnatus eſſet: ne alioqui de re impoſſibili faciēda rogatus videatur. Porro inter eos qui ab

tam ex hereditate delibari, & ad legatarios peruenire patiatur, non etiam vt eius rei æſtimationem cuiquã ipſorũ præſtet. Quod diuerſum eſt in legato dãnationis, cuius verba ſicuti ad heredẽ dirigũtur, ita & eo pertinent, vt heres ad legati præſtationẽ obligetur & quidẽ ex inſtanti mortis teſtatoris, non expectata legatariorũ voluntate, an ad legatũ omnes venturi ſint, necne, quia prius eſt vt heres obligatus ſit præſtationi legatorũ, quàm vt de illo quæri oporteat, An ad legatũ veniat vter que legatarius, an alter tãtùm. Fruſtra ſiquidẽ foret legatarium venire ad petitionẽ legati, cuius præſtationi nõ eſſet heres obligatus, aut vltrà quã eſſet. Inde igitur fit vt priùs etiam quàm concurſus legatariorũ nat, partes fieri neceſſe ſit ad conſtituendã eam obligationẽ heredis, quæ ſit poſſibilis, vt ſit iuſta, quoties vna eademq; oratione heres eandẽ rẽ duob. pluribúſve legatariis dare dãnatus eſt. Si verò ſeparatis orationib. dãnatus ſit, dicimus eum poſt quàm vni rẽ dedit, alij eiuſdẽ rei æſtimationẽ dare cogendum eſſe, quia vt rẽ daret expreſſim obligatus fuit, & à teſtatore ipſo dãnatus: Cui voluntati etiã ſatisfacere non poteſt rẽ ipſam dando, quã alteri iã dedit, poteſt tamen dãdo æſtimationẽ, tanquã ſi alieno rem quamlibet dare dãnatus eſſet. Quid enim refert an teſtator ab initio alienã rem leget per dãnationem, an verò ſuam quidẽ inſpecto teſtamenti & mortis tempore, ſed tamen in id tẽpus quo erit aliena id eſt iã tranſlata in eum ex legatariis qui prior venerit ad legatũ? *ar. l. Stichus 59. D. de manu. teſt l. quod ſponſæ 4. C. de don. ant. nupt.* Sed hoc ita in fideicõmiſſis quoq; obtinet, quorũ eandem quã legatorũ damnationis rationẽ eſſe diximus, ſi res aliqua ſingularis, non etiã hereditas per fideicommiſſum data proponatur, quia cùm hereditas cõſiſtat in iure & hereditatis fideicõmiſſarius iuris ſucceſſor ſit, fieri nequit vt qui hereditatẽ reſtituere rogatus e■, videatur rogatus de præſtãda hereditatis æſtimatione, quæ non perinde iuris eſſet. In eoque fatendũ eſt differre fideicommiſſum vniuerſale à ſingulari & in vniuerſali etiã diſiunctim relicto vtrumq; fideicommiſſariũ concurrere, vt habeat vnuſquiſq; partẽ dimidiã hereditatis, quãuis ſingulis tota hereditas per fideicõmiſſum fuerit relicta. Itaq; nihil refert an tale fideicõmiſſum cõiunctim relictũ ſit, an diſiunctim. Neq; ſupradictis cõtrarium eſt, quod admiſimus in legato † quoq; vindicationis obligari heredẽ, ideoq; perſonali etiam actione conueniri poſſe. Obligatio enim illa non ex teſtatoris verbis inducitur, quæ vt diximus, non ſunt ad heredem directa ſed ex ſola poteſtate iuris, quæ obligat heredẽ ad onera hereditaria omnia, in quorũ numero cenſentur etiã legata, quãuis ab herede incipiant. *l. hereditariarũ 40. D. de oblig. & actio.* Iuris autẽ poteſtas nõ obligat heredẽ, niſi quatenus neceſſe eſt vt defũcti voluntas exitũ ſortiatur. Nec rurſus neceſſe eſt ad cõſeruandã defuncti voluntatẽ, vt ad aliud obligetur heres ex cauſa legati per vindicationẽ relicti, quã vt rẽ illã quæ plurib. ſiue cõiunctim ſiue diſiunctim legata fuit ab iis vindicari patiatur, aut quod effectu idem eſt, ipſis præſtet ſi malint illi perſonalem actionẽ exercere quàm vindicationem: quia teſtatoris verba in rẽ ipſam legatã concepta fuerunt, non ad heredis perſonam relata, quomodo referri debuerant ad onerandum heredem: Onerator autem ſi non tantùm re legata careret, ſed ipſius quoque æſtimationem præſtare cogeretur. Nec tam facilè credendus eſt teſtator qui vnum voluit aliud etiam voluiſſe, cùm faciliores ſint teſtantium voluntates in ſuis reb. legandis, quàm in onerandis heredib. vt vel alienas res comparet, vel earum æſtimationem præſtent vt Papinianus elegantèr ratiocinatur in *l. vnum ex familia 67. §. ſi rem tuam de leg. 2.* Accommodatè ad propoſitum noſtrum. Quid enim aliud eſſet heredem obligare vt eadem re duob. per vindicationem legata vni rem præſtaret alteri æſtimationem, quam eum onerare vt alienam rem compararet? Etſi namque quoties de vindicationis legato agimus ponendum eſt fuiſſe rem teſtatoris, ſiquidem res aliena per vindicationem † legari non poteſt, cùm abſurdum ſit vindicandæ alicuius rei poteſtatem alij facere illum qui vindicare ipſe non poſſit, ex quo tamen vnus ex legatariis legatum agnouit, cuius dominus ex die mortis fuiſſe intelligitur, non poteſt de ea re tractari niſi tanquam de aliena, quippe quæ iam legatarij ſit non amplius hereditaria vel heredis: Nec fieri poteſt vt ei ex legatariis qui ad legatum poſterior venit heres ipſum præſtet, niſi vel eandẽ rem comparando à priore legatario, vel ſi nollet ille vendere aut non niſi immodico pretio vendere, præſtando æſtimationẽ iuſtam, vt fieret aliena re legata. Quamquam illa etiam ratio facit pro herede cùm per vindicationem legatũ fuit, quod cùm ex hac cauſa dominium legati recta via tranſeat à teſtatore in legatarium *l. à Titio 64. in fin. D. de furt. l. legatum 80. de leg. 2.* conſequens eſt vt eadem re plurib. hoc legati genere relicta æquè dominium tranſeat in vtrumque & eodem inſtanti ac proinde pro parte tantùm, quando quidem iuris ratio nunquam facit duos eiuſdem rei dominos in ſolidum, quod nec patitur natura ipſa. Eadem igitur iuris ratio quæ ipſa quoque ſola heredẽ obligat, vt perſonali actione ad legati præſtationem teneatur, non niſi pro parte ipſum obligare poteſt, pro ea ſcilicet parte pro qua vult ad vnumquemque ex legatariis legati dominium peruenire: quod in legatis per damnationem non ſimiliter dici poteſt, ex quibus dominium nõ ipſo iure transfertur in legatarios, ſed ex eo tantùm tẽpore quo traditio facta ſit per heredem. Id enim faciunt verba ipſa legati cùm heres qui dare iuſſus & damnatus eſt hoc ipſo damnatus ſit dominium trãsferre ſiquidem dandi appellatione dominij tranſlatio ſignificatur *l. vbi autem 75. §. vlt. D. de verb. oblig.* Quomodo autem poſſet ille transferre dominium quod non haberet adeoque in legatarium qui iam dominus per legem factus eſſet, quique magis dominus fieri non poſſet? Dices ſecundum hanc rationem futurum vt in legato quoque vindicationis partes ab initio à lege fieri neceſſe ſit, nec expectati concurſum legatariorum, vt & in legatis per damnationem, cùm tam ſit ab initio impoſſibile, vt dominiũ eiuſdem rei legatæ plurib. acquiratur in ſolidum, quàm vt heres eandem rem plurib. in ſolidum dare eiuſq; dominium transferre obligetur. Porrò ſi quis hoc diceret, In legatis quoque per vindicationem partes ab initio fieri non per concurſum, ſtatim conſequens fieret in illis igitur non magis adcreſcendi ius eſſe poſſe quam in legatis per dãnationem, quod tamen euidenter falſum eſſet. Verùm reſpondendum eſt, inter hos caſus differẽtiã illã eſſe, quòd dominium † rei per vindicationem legatæ quamuis recta via tranſeat à teſtatore in legatarium quaſi nunquam factum heredis, toties tamen tranſit, aut vt melius dicam apparet ex poſtfacto quod tranſierit, quoties legatum agnoſcit legatarius, quia repudiatum legatum, neque eſt neque vnquã intelligitur fuiſſe legatarij *l. ſi tibi homo 85. §. cũ ſeruus de legat. 1. l. quædam ſunt 15. De reb. dubiis.* Semper igitur expectãdus eſt concurſus legatariorũ priuſquàm neceſſitas vlla ſubſit partium faciendarum ad impediendum ne inuicem ſe legatarij impediant, ſiue vindicatio exercetur, ſiue actio perſonalis, quæ in conſequentiam duntaxat vindicationis à iure datur: quamuis interim non niſi partem legati ſiue per actionem perſonalem ſiue per vindicationem petere poſſit is qui prior ad legatum venit, quoniam ſufficit vt alius collegatarius qui nondum concurrit, adhuc poſſit quandoque concurrere vt interea faciat

ciat partem *d.l.planè* 34.§. *si coniunctim.l.duobus* 85. *l. si domino* 99. *De lega.*1. Non idem est in legatis per damnationem, in quibus scilicet obligatur heres ex verbis testatoris, & ex iuris potestate testatoris voluntatem subsequente, nec vllum concursum voluntatis legatarij requirente. Nec enim pendet ex voluntate legatarij an heres ei sit obligatus, quamuis ex eiusdem veluntate pendeat an legatum sibi vtiliter relictum consequi velit, necne: quia non quemadmodum obligatio tota iuris est, ita & acquisitio irreuocabilis ac cum effectu esse potest ex sola iuris potestate nisi concurrat etiam voluntas eius cui acquirendum est legatum, ne alioqui contra iuris regulam beneficium in inuitum conferatur. *l. ei qui* 13. *D. de cond. instit.* Itaque quoties duobus eandem rem vnica oratione heres dare damnatus est, sicuti obligatio heredis contrahitur antequam legatarij voluntatem suam declarent vtrum agnoscant legatū necne. Ita & partes ab initio fieri necesse est non expectato concursu, quæ res impedit ne postea ius adcrescendi inter legatarios esse possit, etiamsi non concurrant, altero duntaxat legatum agnoscente, altero repudiante.

ERROR III.

De natura quam omnibus legatis & fideicommissis Iustinianus dedit quod ad ius adcrescendi.

SVMMARIA.

1 *Differentia inter legata per vindicationem & legata per damnationem ratione iuris adcrescendi.*
2 *Quæstio de natura quam omnibus legatis Iustinianus dedit.*
3 *Sententia autoris de proposita quæstione, vbi exponitur mens Iustiniani in l. vnica. §. vbi autem. C. de caduc. toll.*
4 *Quæ sit ratio constitutionis Iustin. in d. l. vnic. vbi Triboniani incogitantia notatur: & absurda ex d. constitutione emanantia ostenduntur.*
5 *Iustinianus hoc exiure veteri retinuit, vt inter verbis tantùm cõiunctos nunquã iuri adcrescẽdi locus esset.*
6 *Iam olim erant verbis coniuncti ij quibus eadem res coniunctim per damnationem relicta erat.*
7 *De vi coniunctionis verbalis & realis.*
8 *Iustinianus absonè fecit vt in legatarios omnes dominium legati recta via & sine traditione trãferatur.*
9 *Quid ex superiori sanctione sequatur.*
10 *Examinatur ratio propter quam vult Iustinianus disiuncto adcrescere deficientem portionem sine onere, coniuncto verò cum onere.*
11 *Error Facchinei.*
12 *Interpolatam fuisse à Triboniano l. si pluribus. 33. ff. de lega.*
13 *Fideicommissa tantùm singularia exequata sunt legatis, non etiam vniuersalia aut particularia.*
14 *Quid iuris hodie sit in fideicõmissis tum vniuersalib. tum particularibus quod attinet ad ius adcrescẽdi.*

SIcuti vulgares interpretes ignoratunt differentias illas, quæ olim tam multæ fuerunt inter legata vindicationis & damnationis, quas potissimũ debemus fragmentis illis, quæ nobis supersunt ex Vlpiani & Caij Institutionibus, & de quibus nobis copiosè scriptum est lib. 6. Coniect. cap. 1. Ita & qui ex recentioribus minùs vulgares videntur errant pleriq. in ea legatorum natura explicanda quam omnib. communem esse Iustinianus voluit in *l. 1. C. comm. de legat.* Sciunt quidem omnes hodie vnam eandémq. naturam esse omnium legatorum sed quænam illa sit aut non explicant, aut malè explicant. Nos ea tantum adferemus quæ pertinent ad institutam disputationem De iure adcrescendi. Cætera peti poterunt ex Coniecturis. Iam ostendimus in præcedentibus quàm differens fuerit ratio legatorum per vindicationem & per damnationem, cum de iure adcrescẽdi tractabatur, & vnde differentia proficisceretur. In summa † ius adcrescendi fuisse inter legatarios per vindicationem siue re & verbis coniuncti essent siue re tantũ dummodo non essent vel re ac verbis disiuncti vel verbis tantum coniuncti. Inter legatarios verò per damnationẽ nunquam, quippe qui vel iam inde ab initio partes habuissent intelligerentur, si ad eandem rem vna eadémq. oratione vocati fuissent, vel in solidum singuli ad legatum admitti deberent, si diuersis orationib. solidum singulis datum esset, tanquam ei qui prior veniret data re ipsa alteri æstimatione. Nisi si de hereditatis fideicommisso ageretur, quod nimirum in æstimatione præstari nũquam potest. Quæstio † igitur est, cùm hodie vna legatorum omnium natura sit, vtrum eam esse voluerit Iustianus quæ olim erat legatorũ per vindicationem, an potius quæ erat legatorum per dãnationem. De quo etsi Iustinianus ex professo tractat in *le. vnic. §. vbi autem legatary C. de cad. toll.* subobscurum tamẽ videtur quid ille senserit, & quænam illa concordia sit in quam traxerit ipse, vt loquitur, antiquam dissonantiam. Mihi videtur, † quod hæc ipsa verba præ se ferunt, legatis omnib. hodie quod ad ius adcrescendi attinet, mixtam naturã datam esse, quæ participet ex vtroq. illo genere legatorum. Distinguit n. Iustinianus an eadem res plurib. relicta fuerit coniunctim, an disiunctim, hoc est an vna an verò diuersa oratione. Si coniunctim, vult omnes ad legatum venire pro virili portione: nam nec partes inæquales habere possunt ij qui nominatim fuerunt verbis coniuncti, vt docuimus in Er. 3. & 4. Decad. præced. quod neque Paulus Castr. ad eum locum intellexit, neque ex recentioribus Duarenus & Cuiac. qui virilem portionẽ explicant cuiusq. portionẽ etiam quæ sit inæqualis, quod iam olim legatis omnib. tam per vindicationem quàm per damnationem relictis commune erat, sed vno ex iis legatum repudiante partem ipsis deficientẽ alteri cum suo onere adcrescere, ita demum vero penes heredem à quo relictum esset remanere, si nemo ex legatariis agnoscere legatum vellet: quod olim obtinebat in iis tantùm legatis quæ per vindicationẽ relicta essent, non item in iis quæ per damnationem, quantum attinet ad ius adcrescendi, hoc est hactenus vt deficiens vnius legatariorum portio alteri adcresceret. At vt adcresceret cum onere non obtinebat, quia is cui coniunctim legata res erat per vindicationem ius habebat in solidũ ipsius vindicandæ ex propria persona & proprio iure, non ex persona collegatarij repudiantis, vt proinde causa nulla esset cur onus collegatario iniunctum non sibi suscipere cogeretur. Si vero disiunctim legatum sit, vult Iustinianus, omnes quoque & singulos in virilem portionem vocatos intelligi, nec vnquã vni rem deberi, alteri æstimationẽ, in quo haud dubiè naturam quæ erat legatorum per damnationem sustulit: Nisi inquit, testator apertissimè & expressim disposuerit vt vni quidem res solida, aliis autem æstimatio rei singulis in solidum præstetur. Vno autem ipsorum legatum repudiante, portionem deficientem aliis suas agnoscentib. adcrescere, sed sine onere, quasi hoc casu legatum nõ tam augeri per non concursum legatarij, quàm non imminui videatur, Hæc enim quam tum ad rem istã summa est constitutionis Iustiniani, cuius rationem

† ſi quis velit quærere cùm à iure vetere tantopere abhorreat is profecto nullam reperiet. Nam qua ratione mouetur Iuſtinianus vt velit hoc poſteriore caſu deficientem portionem adcreſcere ſine onere, cùm eadem res pluribus diſiunctim legata fuit, eadem moueri debuit vt id ipſum conſtitueret legato coniunctim pluribus relicto præſertim per vindicationem. Siquidem illo etiam caſu verum eſt partes non fieri inter legatarios niſi per concurſum, atque ita non tam creſcere videri, quàm non decreſcere legatum illius qui conſequitur totum: Alioqui nec inter eos eſſet ius adcreſcendi ſi partes haberent aliter quàm per concurſum ex reg. *l. 7. D. de vſufr. adcreſc.* cùm lex nunquam inducat aut patiatur ius adcreſcendi inter legatarios aut fideicommiſſarios vt quis ipſorum plus habeat quàm teſtator iis dederit, ſed tantùm vt id ipſum ſolidum habeat, quod ei teſtator in ſolidum dedit & *imminutum* vt æquiuocè loquitur Iuſtinianus pro eo nimirum quod dicere voluit & debuit *non minutum*. In eoque parum cautus ille eſt, quod non animaduertit meliorem ſe facere conditionem legatariorum, quibus eadem res diſiunctim etiam per vindicationem legata fuit, quàm eorum quibus coniunctim: quo tamen dici abſurdius nihil poteſt. Quidni enim ſi non melioris ſaltem æquè bonæ conditionis eſſe debeat is qui & re & verbis coniunctus fuit, quam qui re tantùm, vt non magis ille, quam deficientis portionis onus ſuſcipere compellatur? Fefellit Tribonianum quod videbat iam olim ita ius fuiſſe vt melior eſſet conditio legatariorum per damnationem diſiunctim, quàm coniunctim vocatorum, cum ij qui diſiunctim vocati eſſent ſinguli ſolidum conſequerentur, vnus ſolidam rem, alius ſolidam æſtimationem, qui verò coniunctim ad viriles tantum portiones admitterentur. Sed animaduertere debebat eius iuris rationem illam fuiſſe quam præcedenti capite attulimus, quod cum ex legato per damnationem relicto non tantum res alienaretur, ſed etiam heres ipſe diſertis teſtamenti verbis obligaretur, eóq. genere legati etiam res aliena relinqui poſſet, conſequens erat vt multiplicatis legati clauſulis in gratiam plurium legatariorum, legatum quoq. & heredis onus multiplicatum eſſe crederetur: quod non poterat dici eadem re plurib. per eandem damnationis clauſulam legata. Nec enim ſola perſonarum quib. legatum ſit multiplicatio poteſt multiplicare legatum, quod & vnius tantum rei, & vnica oratione coniunctim pluribus datum proponitur. Debebat rurſum animaduertere Tribonianus, etiamſi melior olim eſſet conditio legatariorum per damnationem diſiunctim, quàm coniunctim vocatorum, nunquam tamen meliorem fuiſſe illorum quib. diſiunctim legatum fuiſſet per damnationem, quàm quib. coniunctim per vindicationem ſi collegatarius non concurreret, quoniam concurrentib. quidem collegatariis omnib. quibus per damnationem legatum erat diſiunctim, vnuſquiſq. ipſorum legatum ſolidum conſequebatur, vt diximus vnus in corpore, alius in æſtimatione. Concurrentib. vero illis quib cõiunctim per vindicationem legatum fuiſſet, non niſi partem vnuſquiſq. conſequebatur partib. in eam rem per concurſum factis. At vno tantùm ex legatariis per vindicationem coniunctis ad legatum veniente, nec alio concurrente tantum conſequebatur, qui veniebat ad legatum plurib. coniunctim per vindicationem relictum, quantum ſi veniſſet ad legatum plurib. diſiunctim per damnationem. Quid enim aut hic aut ille amplius conſequi poterat, quàm vt totam rem ſibi in ſolidum legatam in ſolidum quoq. haberet, nec tam adcreſcendi quàm non decreſcendi iure, ſi cum Iuſtiniano loqui malumus, quàm cum prudentib. qui hoc quoq. adcreſcendi ius appellarunt. Eſt igitur ſine exemplo non minùs quàm ſine ratione quod Iuſtinianus conſtituit in *d. §. vbi autem.* vt melior ſit conditio eius cui diſiunctim quàm cui coniunctim ſolidum legatum fuit collegatario non concurrente, ſiue legata per damnationem diſiunctim data compares cum legatis per vindicationem relictis, ſiue proponas in vtroq. caſu id eſt quo legatum fuerit aut coniunctim aut diſiunctim legatum fuiſſe per vindicationem. Sed etſi proponas fieri comparationem inter legatarios quibus diſiunctim, & eos quibus coniunctim legatum fuerit per damnationem, dico præſuppoſita priore parte conſtitutionis Iuſtiniani, quæ legati multiplicandi interpretationem ſuſtulit eo quoque caſu quo diſiunctim legatum pluribus per damnationem datum proponeretur, abſurdum eſſe vt melior ſit vllo caſu conditio legatariorum per damnationem diſiunctim quàm coniunctim vocatorum ſed maximè, quod ad hoc, vt ei qui coniunctim vocatus fuit, portio deficiens adcreſcat cum onere, ei verò qui diſiunctim adcreſcat ſine onere, quomodo vult conſtitutio Iuſtiniani. Olim namq. vnus erat ille caſus, quo plenius eſſet legatum diſiunctim quam coniunctim per damnationem relictum, ſi vterq. legatarius concurreret, non etiamſi alter legatum repudiaret, quia concurrente vtroque legatario multiplicatur legatum propter multiplicitatem & perſonarum, orationum quibus & per quas legatum fuiſſet, cuius multiplicationis inducendæ ratio nulla ſuberat vno tantùm legatario ad legatum veniente. Atqui hodie ne quidem illo caſu patitur Iuſtinianus meliorem eſſe conditionem diſiunctionis quàm coniunctionis: Multo igitur abſurdius eſt meliorem eſſe in alio caſu quo nullus ſit concurſus legatariorum altero legatum ſuum repudiante. Quo caſu ita olim ius fuiſſe iam diximus vt inter huiuſmodi legatarios per damnationem ius adcreſcendi non eſſet, etiamſi coniunctim iis legatũ fuiſſet, vt in *l. ſi Titio, & ei 7. De leg. 2 1. l. pater* 38. *§. filiam. l. vxor.* 41. *§. agri plagã de legat.* 3. Nam ſi non erat ius adcreſcendi inter eos etiam verbis coniunctos propterea quod ad initio re diſiuncti viderentur partibus per iuris interpretationem factis, quanto minus eſſe poterat inter eos qui verbis quoque diſiuncti eſſent? Denique erant quidem ij quos teſtator verbis diſiunxerat melioris cõditionis, quàm qui eadẽ oratione cõiuncti fuerant, ſed non quod ad ius adcreſcendi, at in eo tantùm vt etiamſi omnes concurrerent ſinguli tamen ſolidum cõſequerentur. Quæ res faciebat vt neque de iure adcreſcendi inter eos illo caſu tractari poſſet, cùm neque locus ei ſit inter legatarios concurrentes, neque adcreſcendi iure ad habendum totum non concurrente collegatario indigeret ille, qui etiam cõcurrente ipſo nihilominus erat totum habiturus. At Iuſtinianus ſublato iure vetere ex ea parte ex qua faciebat ſumma ratio, vt melior eſſe deberet cõditio legatariorum diſiunctim per damnationem quàm cõiunctim vocatorũ hoc eſt quod ad inducendã legati multiplicationẽ vt vni res, alteri æſtimatio deberetur, illud tamẽ ex eodẽ iure vetere voluit retinere, vt eſſent illi etiã hodie melioris conditionis, & quidẽ in iure adcreſcendi. Non in eo vt inter diſiunctos aut magis aut faciliùs adcreſcendi ius ſit quàm inter cõiunctos (voluit enim eſſe peræquè inter omnes) ſed in eo vt inter legatarios verbis diſiunctos ſit ſine onere, inter eos verò qui & re & verbis coniuncti fuerint, ſit cum onere. Hoc verò eſt quod ego concoquere non poſſum. Nam vt ſit ius adcreſcendi etiam inter eos quos verbis teſtator diſiunxit minùs miror, cùm hoc ipſo

quod

quod Iustinianus fecit vt non debeatur vni res alteri æstimatio, fecerit etiam vt habendi sint re coniuncti hoc est ad eandem ipsam rem vocati quos vetus iurisprudentia habebat pro disiunctis non minus re quã verbis, tanquã legata ei qui prior ad legatum veniret re propria testatoris, ei verò qui posterior, re aliena id est iam facta eius legatarij qui prior legatum fuisset cõsecutus: In eóque Tribonianum minùs accuso, quòd ratione iuris veteris immutata, ipsius quoque effectum quod consequens esse debuerat, immutauerit, etsi mallem nihil prorsus de iure vetere immutatum fuisse. Sed vt legatarij verbis disiuncti fauorabiliore adcrescendi iure fruantur, quàm qui & re & verbis coniuncti fuerunt, hoc certè ferri nullomodo potest, cùm ius adcrescendi totum pendeat & æstimandum sit ex coniunctione, vt quo quis magis minúsve coniunctus est eo plus minúsue iuris habere debeat in adcrescente portione *l. re coniuncti 89. de legat. 3. l. si ita quis 66. D. de hered. instit.* Maximè verò cùm post hanc Iustiniani constitutionem negari non possit quin ij quibus eadem res coniunctim etiam per damnationem legata fuit perinde intelligi debeant re coniuncti atque si per vindicationem iis legatum esset. Sic enim Iustinianum sensisse ex eo intelligimus, quòd inter istos quoque vult esse ius adcrescendi sublatámque differentiam formularum legati per vindicationem, & per damnationem, cùm olim non esset inter eos ius adcrescendi, tanquam qui ab initio partes non quidem à testatore sed à iure vt supra explicauimus factas habere intelligerentur: ob idque non nisi verbis coniuncti reperirentur. Nam si quid ex iure vetere supereſt quod à Iustiniano immutatum
5 non fuerit circa † ius adcrescendi, vel hoc vnum maximè est vt inter verbis tantùm coniunctos nunquam iuri adcrescendi locus sit. Atqui iam olim erant ver-
6 bis † coniuncti illi quibus eadem res coniunctim per damnationem relicta esset, quia partium distributio siue quam testator siue quam lex fecisset, non tollebat sed potius inducebat eam coniunctionem quæ verbalis tantùm esset *d. l. re coniuncti. l. triplici 142. De verb. sign.* Ergo non potuit Iustinianus facere legatarios istos re coniunctos quj olim verbis tantùm coniuncti erant, quin hodie dicendi sint & re & verbis coniuncti. Cur ergo deterioris erunt conditionis in iure adcrescendi quod non habent nisi cum onere, quàm qui re tantùm coniuncti reperiuntur, quibus dedit Tribonianus jus adcrescendi sine onere? Coniunctio quidem verbalis
7 † tantùm vbi sola est tam parum potest, vt interdum sit futurum vtilius etiam verbis disiunctum esse, vt olim vsueniebat in legatariis istis per damnationem, qui siue coniunctim siue disiunctim legatum iis fuisset nunquam re coniuncti videbantur, & ex iis tamen plus iuris habebant quibus disiunctim legatum erat, quàm quibus coniunctim. Sed vbi adest coniunctio realis, cum verbali, facit adiectio verbalis coniunctionis vt potentior sit huiusmodi realis, quàm ea quæ realis tantùm sit nec comitem habeat verbalem *d. l. re coniuncti.* Proinde non est bona ratiocinatio qua videtur vsus Tribonianus vt legatarios disiunctim vocatos vellet habere ius adcrescendi sine onere, coniunctim verò vocatos cum onere. Nempe quod iam olim essent illi melioris conditionis, quàm isti. Olim quippe omnibus commune hoc erat vt essent re disiuncti. Hodie verò sunt omnes è contrario re coniuncti, sed cum hac tamen differentia, quòd quibus coniunctim legatum est ij sunt & re & verbis coniuncti, quibus verò disiunctim ij re tantùm non etiam verbis. Vt autem pro coniunctis re habendi sint hodie illi quibus coniuctim legatum sit per damnationem atque si per vindicationem legatum esset, non ex eo fit quod inter eos ius adcrescendi esse Iustinianus voluerit (esset enim ratio illa præpostera cùm è diuerso non alia ratione possit inter eos esse ius adcrescendi quàm quòd sint re coniuncti) sed quia voluit ille ex huiusmodi quoque legatis per damnationem æquè recta via transire dominium à testatore in legatarium atque ex legatis per vindicationem vt constat ex *d. l. 1. C. commun. de legat.* in qua dans omnibus legatis eandem naturam dat pro omnibus vindicationem non minùs quàm personalem actionem. Vindicationem porrò certum est non nisi domino competere. Fecit ergo Iustinianus † in ne- 8
cessarium antecedens, vt in legatarios omnes dominium legati recta via & sine traditione transferatur. In quo vim proculdubio fecit, non tantùm voluntati testatorum per damnationem legantium sed etiam proprietati verborum quæ in eo legatorum genere vsurpantur. Nam vt in præcedentibus disputauimus, cùm *dare* nihil aliud sit quàm dominium transferre *l. vbi autem 95. §. vlt. De verb. oblig.* quomodo fieri potest vt heres rem aliquam Titio dare damnatus dominium transferat in Titium, si iam Titius ipso iure dominus est & consequenter iam ab herede ipso dominium abscessisse intelligitur? Aut quomodo posset apertius declarare testator quod nolit dominium à se transire in legatarium recta via nunquam factum heredis, quam heredem damnando vt ipse transferat? Cæterùm ita constituto † iure vt dominium transeat 9
recta via etiam in legatarios damnationis, illud vtique necessariò admittendum est, Eadem re pluribus siue coniunctim siue disiunctim per damnationem relicta, esse illos re coniunctos ratione dominij qui non æquè dici possent re coniuncti ratione obligationis personalis dandi qua heres erga ipsos teneretur. Neo minus in illis, quàm in legatariis per vindicationem verum est nullas eos habere partes nisi per concursum, quia sicuti non transit in eos dominium nisi ad exemplũ legatariorum per vindicationem, ita, neque nisi sub ea veluti ac saltem tacita conditione si legatarij velint agnoscere legata. Vnde fit, vt concursum fieri necesse sit priusquam ipsi partes habere dici possint. Quo admisso nec illud mirum est inter eos esse ius adcrescendi. Ratio autem illa diuersitatis quam Iustinianus adfert † cur disiuncto adcrescat deficiens 10
portio sine onere, coniuncto vero cum onere nec subtilis est nec probabilis: Ait enim videri testatorem ideo disiunctim legasse vt vnusquisque legatariorum suum onus non alienum agnosceret, cùm si contrarium voluisset, inquit, coniunctim poterat iis legare. Quasi verò fieri etiam non possit vt coniunctim legetur plutibus quorum alteruutri soli onus imponatur. Quid enim vetat ita quem scribere, *Titio si Capitolium ascenderit aut heredi meo decem dederit, & Sempronio fundum Cornelianum lego*, aut ita *Heres meus Titio si tibi decem dederit, & Sempronio fundum Cornelianum dato* aut *dare damnas esto.* Quo formula relictis legatis nemo negauerit Titium & Sempronium re coniunctos esse in legato, nec ideo tamen possit quis bene dicere coniunctos illos esse in onere legati. Denique ratio Iustiniani probat optimè legatarium qui re tantùm sit coniunctus, non debere onus sentire, quod alij collegatario iniunctum fuerit separatim in quo probando quod per se clarum erat, non fuit tantopere laborandum: Sed non probat legatarium, qui & re & verbis coniunctus sit, debere onus sentire, quod iniunctum sit non ipsi, non vtrique sed soli collegatario legatum suum repudianti (si poneres fuisse iniunctum onus vtrique faceres ridiculam Iustiniani sententiam & omni prorsus carentem dubitatione) quod vnum tamen maximè probandum erat, cum pro eo ne collegatarij onus personale suscipere cogerentur, faceret illa ratio quod solidum legatum

gatum conſequitur ſuo iure, tamquam quod ſingulis ſolidum relictum fuiſſe intelligatur. Nec. n. hoc negare quiſquam poſſit quin neget inter eos ius adcreſcendi eſſe debere, aut quin præcipua iuris noſtri circa hunc tractatum De iure adcreſcendi principia ſubuertat. In eoque quantopere erratum ſit non tantum à veterib. interpretibus, ex iis videri poteſt quæ tractat
11 *And. Fachineus lib. 4. Contro. iur. c. 94.* vbi † nec meliùs ipſe ſentit quàm cæteri, cùm Iuſtiniani conſtitutionem in *d. §. vbi autem* intelligendam eſſe vult de iis qui coniuncti ſint verbis tantum. Verum iam ſufficiat tam multa contra Iuſtinianum aut potiùs contra Tribonianum diſputaſſe. Dummodo addere nobis liceat, quod omnium minime prætermittendum eſt, ab eodem Triboniano ad ſupradictam Iuſtiniani conſtitutionem reſpiciente corruptum fuiſſe Paulum † in *d. l.*
12 *ſi pluribus 33. de leg. 1.* cuius legis ſiue verba ſiue ſenſum totque diſtinctiones reſpicias, nihil omnino eſt quod non ſapiat Tribonianum, quodque non pugnet cum eo iure, quod obtinebat Pauli temporibus, & quod obtinuit in id vſque tempus, quo priſcas omnes illas legatorum differẽtias ſuſtulit Iuſtinianus in *d. l. 1. C. de legat. & in d. l. vnic. §. vbi autem, C. de caduc. tollend.* Igitur in fideicommiſſis quoque idem erit hodie quod de legatis diximus, cùm non modò legata omnia inter ſe, ſed etiam fideicommiſſa legatis exæquauerint eædem Iuſtiniani conſtitutiones, data etiam fideicommiſſario vindicatione, atque ita inducto eo vt dominium recta via in ipſum transferatur, etiam citra vllam traditionem, quod olim ne quidem per traditionem tanquam legitima cauſa deſtitutam transferri potuiſſet *l. 3. D ſi vſusfru. pet. l. ſi quis vſumfructum 26. D. de vſufr. legat.* Verum obſeruandum eſt de fideiconmiſſis † ſingularib. tantum non etiam de vniuerſalibus aut particularib. id accipi oportere. Nam conſtitutiones illas Iuſtiniani non pertinere ad fideicommiſſa ſiue vniuerſalia ſiue particularia ex eo intelligimus, quod ipſi quoque interpretes fatentes fideicommiſſario cui vel tota hereditas vel hereditatis pars reſtituenda ſit nullam competere vindicationem antequam fideicommiſſi reſtitutio facta ſit, quia non magis hodie quàm olim dominium rerum hereditariarum in eum tranſeat niſi facta reſtitutione, *leg. facta 67 in princip. D. ad SC. Treb.* Niſi quod putant nonnulli ex æquitate canonica vt loquuntur, fideicommiſſum etiam vniuerſale habendum eſſe pro reſtituto ipſo iure. Cuius ſententiæ autor fuit ni fallor Baldus ad *ca. in præſentia. Extr. de probat.* de qua tamen an vera ſit, quod nõ puto, dicendum nobis erit alio loco Accedit, quod Iuſti. in *d. §. vbi autem*, licet de legatariis & fideicommiſſariis promiſcuè loquatur, oſtendit tamen ſe caſus illos tractare in quibus antea ius ita erat vt aliquo caſu poſſet vni ex legatariis aut fideicommiſſariis res deberi, alij autem æſtimatio. At de fideicommiſſo ſiue vniuerſali ſiue particulari certum eſt nunquam id dici potuiſſe. Non quod hereditas æſtimationem recipere non poſſit perinde ac res ſingulæ. Sed quia fideicommiſſarius cui præſtita eſſet hereditatis æſtimatio non poſſet videri iuris ſucceſſor *l. Paulus reſpondit 61. D. ad Treb.* qualem tamen & teſtator & prætor fideicommiſſarius vult eſſe illum cui hereditas fideicommiſſaria relicta eſt ſiue tota ſiue pro parte, vt attigimus capite præcedenti. Quid
14 ergo † iuris erit hodie in fideicommiſſis aut vniuerſalib. aut particularibus quod attinet ad ius adcreſcendi. Nimirum illud ipſum quod olim obtinebat: Vt non ſit inter eos ius adcreſcendi ſiue coniunctim ſiue diſiunctim vocati proponantur, id eſt ſiue teſtator ita dixerit, *Rogo te mi heres vt hereditatem meam & Titio & Sempronio reſtituas:* ſiue ita *Rogo te vt hereditatem meam Titio reſtituas, Eandem hereditatem Sempronio reſtitui velo* ſiue ita *Rogo te vt hereditatem meam Titio & Sempronio pro æquis partibus reſtituas* qui vltimus caſus ideo minorem dubitationem habet quàm cæteri, quod in ea ſpecie Titius & Sempronius apertiſſimè verbis tantùm coniuncti proponuntur. Et ſi autem in priorib. duob. caſibus videntur re coniuncti & ad eandem hereditatem vocati vt proinde ius adcreſcendi inter eos eſſe videatur tamquam qui partes non habeant niſi per concurſum, tamen non ita eſt. Cùm enim teſtator ita vt diximus locutus, id egerit vt heredem ſuum expreſſim obligaret ad hereditatis fideicommiſſum Titio & Sempronio præſtandum, fieri autem non potuerit vt obligaretur ille ad præſtandũ vtrique in ſolidum hereditatem ipſam (nam de hereditaris æſtimatione iam diximus nihil hic eſſe quod tractari poſſit) neceſſe eſt ab initio partes inter eos per iuris interpretationem factas intelligi ne per impoſſibilitatem præſtationis fideicommiſſum alioqui intercidat, fideicommiſſariis mutuo ſe impedientibus, quemadmodum à nobis ſupra diſputatum eſt cùm de legatis per donationem relictis ageremus, quibus ſimillima fuerunt fideicommiſſa. Itaque cùm ab initio partes habeant iſti fideicommiſſarij non per concurſum, ſequitur non poſſe inter eos eſſe ius adcreſcendi: nec magis hodie quam olim, quia quæ ratio fecit vt hoc ius tam in fideicommiſſis ſingularib. quàm in legatis per damnationem relictis Iuſtinianus correxerit, ea in fideicommiſſis vniuerſalib. locum non habet, in illis adeò correctũ fuit ius antiquum, quia induxit Iuſtinianus vt in eos perinde ac in legatarios per vindicationem dominium rei legatæ aut per fideicommiſſum relictæ tranſeat recta via nullóq. in eam rem interueniente facto heredis, ita vt ſtatim competat iis vindicatio, & tam citò quàm actio perſonalis. Inde namq; illud etiam factum eſt, vt videri debeant reconiuncti, & ad idem dominium vocati, in quo tamen non faciant ſibi partem niſi per concurſum, quæ res inducit ius adcreſcendi. At in fideicommiſſariis vniuerſalib. nihil tale conſtitutũ eſt, ſolámq; habent illi actionem perſonalem, quam neceſſe eſt ipſo iure diuidi inter ipſos, ſicut & diuiditur heredis obligatio de præſtando fideicommiſſo. Nihil igitur eſt quod faciat vt in ſuprafcriptis caſibus ij quib. hereditas per fideicommiſſum relicta eſt, videri debeant re coniuncti nec proinde vt poſſit inter eos eſſe ius adcreſcendi niſi in caſu *l. 1. §. ſed & quoties D. ad SC. Trebell.* hoc eſt herede ad poſtulationem vnius ex fideicommiſſariis coacto adire. Eſt itaque neceſſarium hodie perinde ac olim vt inuicem ſubſtituantur ſi teſtator velit deficientem vnius portionem ad alium peruenire, non apud heredem qui ſponte adierit remanere vt in *l. cùm proponebatur 64. l. Titia Seio 87. §. Seia libertis de leg. 2. l. Scaeuola 76. D. ad SC. Trebell.*

ERROR IV.

De portione hereditatis adcreſcente heredi grauato an tranſeat in fideicommiſſarium.

SVMMARIA.

1 *An adcreſcendi ius in fideicommiſſarium tranſeat.*
2 *Sententia interpretum affirmans.*
3 *Contraria Iacobi Cuiacij opinio vt verior probatur.*
4 *Per fideicommiſſum ſucceditur teſtatori, non heredi.*
5 *Proponitur ratio pro fideicommiſſario ex eo petita quod portio adcreſcit portioni.*
6 *Expenditur ratio à Cuiacio allata cur in fideicommiſſarium non tranſeat ius adcreſcendi.*

8 Cur

7 *Cur fideicommissarius non fiat heres per hereditatis fideicommissariæ restitutionem.*
8 *Solutio rationis obiectæ supra numero 5*
9 *Vera sententia l. Papinianus 34. D. ad Treb. aduersus interpretes asserta.*
10 *Emendatio dict. l. Papinianus & nume. 13*
11 *Dubitãdi ratio apud Papinianum in d. l. quæsierit.*
12 *Ratio decidendi Pap. & Vlp. in d. l. & nu. 14.*

VIDIMVS de iure accrescendi inter 1
fideicommissarios & legatarios. Alia nunc quæstio est†De iure adcrescendi quod inter heredes locum habet an trãseat in fideicommissarium. Eam tractat Vlpianus ex Papiniano in *l. Papinianus 43. D. ad SC. Trebell.* cuius sententiam illam esse vulgo nostri † pu- 2
rant vt neque Vlpianus neque Papinianus dubitauerint adcrescendi ius in fideicommissarium transire. Illa ratione quod fideicommissarius hereditatis sit successor iuris, in eumque proinde transeant iura omnia quæ transeunt in heredem cuius etiam loco est. Itaque si quis heres institutus ex semisse rogatus sit hereditatem id est portionem suam hereditariam restituere, deinde facta iam restitutione portio coheredis adcreuerit, volunt illi adcrescentem quoque portionem acquiri fidei commissario. In quo sanè errant. 3
Est enim verius † quod Iacobus Cuiacius docuit *lib. 11. Obseruat. cap. 12* non transire ius adcrescendi in fideicommissarium quamuis sit successor iuris. Dicitur ille enim successor iuris & heredis loco esse, respectu testatoris, quod ad exemplum heredis succedat in omnia iura defuncti, non autem respectu ipsius heredis, quasi succedat in omnia iura quæ habuit heres, aut quæ haberet si hereditatem non restituisset. Ius autẽ adcrescendi non est ex numero eorum iurium quæ fuerunt defuncti, cum incipiat ab herede eique acquiratur ex beneficio legis potiùs quàm ex voluntate testatoris, quo etiam inuito esset ille ius hoc habiturus. Porro nemo dixerit fideicommissarium succedere in iura heredis grauati, nisi quæ à defuncto fuerant trãslata in heredem, quia tritum est & ipsis quoque vulgaribus interpretibus & pragmaticis cognitum, Per fideicommissum † succedi testatori, non heredi *l. coheredi 41. §. cum filia. De vulg. & pupill substi. l. sequens quæstio 68. de leg. 2.* Inepta igitur est illa ratio, vt ideo transire debeat ius adcrescendi in fideicommissarium, quòd ille iuris successor sit, Vt & illa quod ipse sit heredis loco. Huius enim propositionis idem qui illius sensus est, vt exemplo heredis & acsi heres ipse esset, succedat in iura defuncti omnia, non autem vt succedat in iura ipsius heredis quod demum esset heredis heredem esse, non heredis loco. Possit quis pro 4
fideicommissario moueri probabiliùs ex eo † quòd portio adcrescit portioni velut alluuio, vt ex eodem. Papiniano scriptum est in *leg. si Titio fructus 33. §. 1. ff de vsufr.* Atqui negari non potest, quin saltem post fideicommissi restitutionem factam fideicommissarius habeat portionem sibi restitutam. Quidni ergo adcrescentem quoque habebit? Neque verò ad rationem hanc quicquam respondet Cuiacius, ad quam tamen potissimum respondẽdum erat. Sed & vt bene sentiat, 5
mouetur † mala ratione. Ait enim ius adcrescendi non facere, vt plus habeat quis quam testator dari voluit, sed ne minus habeat, cùm nihil aliud sit, inquit, quã ius hereditatis vel legati integrum vel diminutum per concursum socij. Quod etsi verissimum est quantum ad legata & fideicommissa, in hereditatib. tamen falsissimum est, in quibus nimirum potestas legis inducit ius adcrescendi etiam inuito testatore, vt & inter inuitos heredes, quod neque Cuiacius ipse negauerit. Na meum testator ita scripsit *Titius heres esto ex semisse tantum, Sempronius ex alio semisse heres esto* quis vnquam dubitauit quin vno ex istis repudiãte deficiẽs ipsius portio adcrescat coheredi, vt habeat ille totam hereditatem, quamuis testator nõ nisi semissem hereditatis adeum peruenire voluisset? Cum igitur tractemus de fideicommisso hereditatis, alia ratio afferenda est, cur non etiam inuito testatore portio hereditatis deficiens adcrescat portioni restituæ, nec debuit vir doctissimus eandem hac in re constituere rationem hereditatis & legati. Debuit sanè eandem constituere legati & fideicommissi etiam de hereditate facti, quoniam quæ ratio facit vt inter legatarios ius adcrescendi non ex necessitate inducatur, sed ex sola voluntate testatoris, vt suo loco disputauimus, eadem in fideicommissis quoque particularibus locum habet quod portio deficiens etiamsi non adcrescat legatario vel fideicommissario, non idcirco tamen vacatura sit sed penes heredem qui vel legato vel fideicommisso grauatus fuerit remansura. Nec quod in fideicommissum pars hereditatis deducta sit facere potest vt eodem iure censeri hac parte debeat fideicommissarius quo heres. Etsi enim pars hereditatis verè est hereditas *l. si Titius 96. de leg. 3.* non tamen hereditas illa vel pars hereditatis quæ ex fideicommisso restituta fuit quia cum non possit deberi nedum præstari fideicommissum nisi post aditam hereditatem. *l. 4. l. ille à quo 13. §. 1. versi. quid ergo l. si patroni 55. §. qui fideicõmissam & pass. D. ad SC. Trebell.* hereditas autem ex quo instãti adita est desinat esse hereditas fiatque patrimonium heredis, *l. 1. & tot. tit. D. de separat.* consequens est vt ea hereditatis portio, quæ fideicommissario restituta est, non iam dicenda sit esse hereditas, sed fuisse, quod appositè & eleganter more suo Vlpianus noster expressit in *l. in fideicommissaria 18. D. ad S C. Trebell.* cùm scripsit eum qui rogatus est hereditatem restituere id videri rogatum reddere quod fuit hereditatis. Indéque nimirum est quod fideicommissarius † non 7
fit heres per fideicommissariæ hereditatis restitutionem, sed tantùm heredis loco, quia nec quod ei restituitur, hereditas est. Alioqui cùm hereditas illa sit quæ immediatè heredem facit (lex. n. facit quidem & hereditatem & heredem *l. filiusf. 18. ff. ad leg. falc.* sed hereditatem immediate, heredem verò mediatè per causam hereditatis) proculdubio tam fieret heres verè is, qui ex fideicommisso acquireret sibi veram hereditatem quàm qui per adition em ex institutione. Ac quamuis fideicommissarias quoq. hereditates dicere solemus abusiuè tamen & impropriè, ita dicimus, quoniam aliquando & ante restitutionem hereditates verè fuerunt, quomodo etiam mortuum hominem dicimus, non quod iam homo sit cùm mortuus est, sed quia homo fuit prius quàm moreretur, neque fieri potest vt alia locutione vel breuiùs vel meliùs exprimamus vtrumque id est quid fuerit aliquando id de quo agimus & quid nunc sit, quàm cùm & mortuum hominem dicemus & fideicommissariam hereditatem. Et hinc quoque petenda responsio † est ad obiectionẽ 8
quam pro fideicommissariis fieri posse diximus, quod portio adcrescat portioni, portionem verò habeat non heres, qui iam restituit, sed fideicommissarius cui fuit restituta. Nam immo verò negandum est eam habere fideicommissarium ne quidem post restitutionem, cum portio illa quam habet nec hereditas amplius sit nec hereditaria, qualis tamen verè est alia portio, quæ adcrescit, quippe quam ponendum est nondum fuisse acquisitam, cùm ius adcrescendi numquam locum habeat in portionibus agnitis & acquisitis *l. vnic. §. his ita definitis Codice de caduc. tollend.* nisi cum agitur de vsufructu, quia vsufructus quotidie nouus constitui intelligitur ac proinde talis qui nunquam fuerit acquisitus *l. 1. §. interdum. D. de vsufru. ad-*

ereſc. Cùm igitur portio, quæ adcreſcit verè ſit hereditaria, fideicommiſſarius autem neque heres ſit neque hereditariam portionem habeat, conſequens omnino eſt vt nulla ratio ſit. Propter quam ius adcreſcendi fideicommiſſario competere debeat, ac nõ potiùs heredi, qui licet per additionem fecerit, vt portio quam ſibi acquiſiit, & hereditas & hereditaria eſſe diſierit, non ob id tamen minus iuris habere debet quàm ſi portio hereditaria remaneret, cùm per eius acquiſitionem factus ipſe ſit heres, hereditas autem & heres eodem iure cenſeantur quia & eandem perſonã repræſentant licèt diuerſas habeant appellationes *l. heres & hereditas* 22. *D. de vſucap.* Atqui, inquies, non poteſt dici partem vllam habere heredem qui eam quam habeat iam reſtituit. Immo, inquam, partem habeat adeóque illam ipſam quam reſtituit, quia cùm heres poſt reſtitutam quoque hereditatem nihilominus heres maneat §. *reſtituta Inſtit. de fideic. her.* ſicut is qui totam reſtituit hereditatem cùm eſſet ex aſſe ſcriptus remanet heres ex toto aſſe: ita & qui ex ſemiſſe inſtitutus ſemiſſem reſtituit, remanet heres ex eo ipſo ſemiſſe, nec tam portionem ipſam quam bona portionis reſtituere intelligitur, quando nec ſi voluiſſet heredis nomen exuere & illam portionem iure hereditatis reſtituere, ramen id facere potuiſſet, ſiquidem & hereditas & portio hereditaria eſſe iam deſierat vt diximus. Quomodo autem reſtituere potuiſſet quod neque ipſe amplius haberet, neque in rerum natura amplius eſſet: Nomẽ enim heredis quod ſolum habet ne portionem hereditariam niſi nomine tenus amiſſiſſe dici poſſit, ideo transferre in fideicommiſſarium non poteſt quia nec de eo rogatus fuit à teſtatore, nec Senatuſconſulti Trebelliani autoritas quæ ad transferendas actiones neceſſaria fuit ad transferendum heredis nomen quod multo eſſet difficilius & de quo nihil ſenatuſcõſulti verba dixerunt, accommodari vllomodo poteſt. Neque mirũ aut abſurdum videri debet heredem ex parte qui portionis ſuæ hereditariæ bona iam reſtituerit partem nihilominus adhuc habere dici, quia pars hereditatis, ſicut hereditas eſt, vt modo dicebamus, ita & hereditatis exemplo iuris intellectum habet etiam ſine vllo corpore *l. hereditas ſo. ff. de petit. hered.* Concludamus igitur in propoſita ſpecie & quæſtione portionem deficientem adcreſcere non fideicommiſſario poſſe, ſed heredi debere. Nec pro interpretũ errore quicquam facit quod ex Papi-
9 niano ſcribit Vlpianus † in *d. l. Papinianus* portionem deficientem ad fideicommiſſarium pertinere. Nam vt ſupradicto loco bene Iacobus Cuiacius obſeruauit, tractauit Papinianus eam facti ſpeciem in qua heres ex parte inſtitutus, déque ea parte reſtituenda rogatus ſuſpectam hereditatem dixerat & adierat compulſus per prætorem fideicommiſſario poſtulante. In qua ſpecie non poterat dubitari, quin portio deficiens non poſſet remanere penes heredẽ, quippe cui propter iniuriam quam fecit defuncto cuius ſupremas preces deſtituere voluit, ac re vera deſtituiſſet niſi inuitus adire coactus fuiſſet, omne lucrum aufferendum eſt quod vel habuerit vel habere potuerit, non tantum ex teſtamento ſed etiam occaſione teſtamenti, denique quicquid non habuiſſet ſi heres non fuiſſet *l. ita tamen* 27. §. *ſuſpectam & §. ſi præceptis & d. l. ſi patroni* 55. §. *qui fideicommiſſam & §. adeo e. tit. ad S C. Trebell. l. is cui hereditas* 34. *D. de cond. indeb.* quia licèt is qui adit coactus non minùs heres fiat per additionem taliſque manet etiam poſt reſtitutionem quàm qui vltro & ſponte adit, in iis tamen quæ ad ipſius commodum ſpectant perinde habendus eſt ac ſi nõ eſſet heres, cùm id egerit quantum potuit ne eſſet, nec coactus fuerit eſſe niſi periculo incommodi & conſequenter etiam commodi alieni *l. 1. & 4. ad Treb.* Sed ſi hic idem heres ex parte ſcriptus de quo Papinianus tractat ſponte non coactus adijſſet, aliud haud dubiè Papinianus reſpondiſſet, neque dignam rem putaſſet de qua dubitari debuiſſet, An fideicommiſſario adcreſceret ea portio quæ nihil prohibebat remanere penes heredem. Idque ita eſſe ex eo quoque intelligimus, quod illo etiam caſu quo heres compulſus adiit non tamen dubitat Papinianus, quin deficiens portio adcreſcat heredi cũ ob eam cauſam diſputet an fideicommiſſario ſit opus noua coactione aut ſaltem noua reſtitutione, quibus tamen quæſtionib. nullus locus relinqueretur ſi fideicommiſſarius intelligitur habere portionem aliquam cui ea portio quæ deficit adcreſcere poſſet recta via non per mediam perſonam heredis. Non igitur quæſtio illa tractatur à Papiniano, An portio deficiens adcreſcat coheredi, an fideicommiſſario, nec ſi adcreuerit poſt reſtitutionem ab herede factam & heres compulſus adierit (certum enim erat hoc etiam caſu, quonam ergo non) adcreſcere heredi quod & Pap. apertè exprimit ijs verbis *adcreuiſſe ſcripto her.* nec rurſus. An ea portio quæ ſoli heredi adcreuerat penes eum remanere deberet (nam & hoc quoque certum erat non debere cùm is compulſus adiiſſet.) Sed tantum de illo quæritur apud Papinianum, An fideicommiſſarius egeat noua coactione. Sic enim lego, † non vt vulgo 10
actione cùm vt diſputat Cuiacius nulla ſit actio prodita fideicommiſſario ad compellendum heredem adire, ſed extra ordinem à prætore decretum poſtuletur *l. recuſare 6. l. ſi poſtulante* 67. *l. ſeruo inuito* 65. §. *cum prætor D. e. tit.* quamuis Bart. vt obiectionem effugiat, actionis nomen largè poni dicat pro officio iudicis, quaſi verò Papiniani temporibus idem fuerit, fieri quid officio iudicis, & decreto prætoris, neque rurſum *additione* quomodo legẽdum putat idem Cuiacius. Etſi etiam idem videtur effectus quæſtionis huius, Vtrum noua additione opus ſit, & illius Vtrum noua coactione, quia fit non coactio niſi ad adeundum, plus tamen eſt quærere, An ſit opus noua coactione, quam vtrum ſit opus noua additione, ſiquidem fieri poſſet vt noua additione opus eſſet, nec tamen nouam coactionem prætor fideicommiſſarius adhiberet cùm nullum ſit edictum de eodem herede qui iam ſemel coactus eſſet iterum cogendo, verbaque edictorum, legum & ſtipulationum vt plurimum ſic accipienda ſint, vt eorum poteſtas primo actu concludatur, vulg. *l. hones* 49. §. *hoc ſermone De verb. & rer. ſignific. l. eum qui Calendis* 41. *De verb. obl. l. dotis* 68. *D de iur. dot. l. inter ſocerum* 26. §. *vltim. De pact. dot. leg. cùm plures* 15. §. *vlt. ff. de reb. auctor. iudic. poſſid. leg. vlt.* §. *& hæc quidem in fi. C. de iur. delib.* Itaque qui quærit an ſit opus noua additione non ideo quærit an ſit locus nouæ coactioni, quomodo è contrario qui an noua coactione opus ſit quærit, de illo etiam quærit An ſit opus noua additione. Taceo quod probabilior eſt emendatio vt pro *actione* legamus *coactione* quàm vt *additione.* Et huic emendationi noſtræ conuenientior etiam eſt reſponſio Papin. aut Vlpiani. Sequitur enim *& ait ſecurum eſſe eum poſſe.* Non.n. ſecurum fideicommiſſarium quicquam magis facere poteſt quàm ſi nõ egeat noua coactione quia cùm coactione opus eſt, periculum ſubeſt ne ante coactionem moriens heres fideicommiſſarium dicipiat vt ſcriptum eſt in *diſt. l. ille à quo* §. 1. Etſi illud quoque verum eſt non poſſe nouam coactionem eſſe neceſſariam, niſi cùm opus eſt noua additione. In propoſito autem caſu additione nulla opus eſſe cùm prior ſufficat quoties ab vna eadémque perſona adeundum eſt *leg. ſi quis heres* 35. § *ſi ſolus* 80. *in fin. D. de acquirend. hered.* Dubitandi tamen ratio † apud Papinianum erat quoniam quiſquis adit coactus quamuis heres fiat non tamen videtur habuiſſe voluntatem acquirendæ hereditatis, nec proinde heres 11
factus

factus esse nisi quatenus coactus fuit. Non fuit autem coactus adire nisi pro ea parte quam restituere debuit. Ergo nec nisi pro ea parte videtur heres factus esse, nec bene comparari posse ei qui sponte adiit partem hereditatis: Hic enim scit aut scire debet fieri posse vt alia portio deficiat, futurumque eo casu vt portio illa deficiens sibi adcrescat, & idcirco ea conditione adire intelligitur *leg si duo* 38. *eod. leg. si quis ita* 33. *D. de hered. instituend.* quod non similiter dici potest de illo qui adit coactus, qui sicut nullam habet acquirendæ hereditatis voluntatem nisi coactam, ita nec nisi quatenus coacta est: Cúmque adeat alieno periculo nec tã vt ipse fiat heres, quamquam in necessarium antecedens hoc quoque consequitur, quam vt eum cui hereditariam portionem restituere rogatus est, faciat effectu fideicommissarium, videtur rectius posse comparari ei qui adit vt alium faciat heredem. De quo scriptum est in *dict. leg. si solus. § vlt.* si noua portio ei deferatur noua opus esse aditione. Sed tamen aliud
12 Papiniani † iudicium est neque actionem neque aditionem nouam esse necessariam, quoniã quod ad causam hereditatis acquirendæ attinet, nihil distat inter coactam & voluntariam aditionem sed tantùm quòd ad causam commodi ex hereditate adita retinendi, quia is qui adit sponte retinet omnia quæ vel testatoris voluntas vel Pegasiani senatusconsulti autoritas ei dedit. Qui verò adit coactus nihil prorsus tetinet nisi quod haberet etiamsi heres scriptus non fuisset. Sempérque vetum est hunc qui partem hereditatis coactus adit, perinde atque si sponte adiisset, videri ea conditione adisse vt si quando alia portio deficeret eam quoque sibi acquireret sed eodem modo quo priorem, id est inuitus, ac proinde periculo similiter commodóque & incommodo fidecommissarij: qui si vellet dicere non fuisse coactum à se heredem vt adiret nisi pro parte, alteriusque portionis adcrescentis onera detrectaret, multo minus esset audiendus. Nam & ipse sciuit aut scire debuit fieri posse vt huic heredi ex parte instituto quem adire cogebat, alia portio inuito quoque adcresceret, eòque casu futurum vt proprio ipsius fideicommissarij periculo & lucro cederet jus illud adcrescendi. Quemadmodum si heres ex asse institutus rogatus esset tibi partem hereditatis purè aliam alij sub conditione restituere, túq, hereditatem suspectam dicentem adire coegisses, totam hereditatem interim suscipere cogeteris, ne maneret in periculo vel damno heres deficiente fortassis fideicommissi altetius partis conditione *l. 1 §. sed & quoties l. seq. 6. §. idem Macianus D. ad S C. Treb.* Sequitur in *d. l. Papin. De illo plane solo quærendum sit, an ei opus sit noua restitutione postea quam portio adcreuit* ponimus. n. adcreuisse portionem facta iam restitutione vt probant precedentia illa verba *deinde fideicõmissarius gnarus sit* (rectè † namq. Cuiacius sic legédum ait, non vt vulgo *ignarus*) *adcreuisse portionem hereditatis post restitutionem scripto heredi.* Indèque ratio dubitandi sumebatur propter quam noua restitutione opus esse videretur, cùm per priorem restitutionem non posset dici restituta portio quæ nondum fuerat acquisita. Ex altera † verò parte pro fideicommissario ne noua restitutione indigeret illud vrgebat quod omnia quæ heres perdit qui compulsus adiit tacito iure fideicommissarium sequantur, vt Cuiacius ratiocinatur supradicto loco vbi hac ratione motus concludit, quanquam dubitanter, non magis restitutione quàm aditione noua opus esse. Mihi tamen Papinianus videtur in contrariam sententiam procliuior fuisse, cùm significet non obscure aliam hac in re causam esse coactionis, aliam restitutionis. Et certè ita est. Nam vt pars deficiens adcrescat portioni iam aditæ fit ex sola iuris potestate, & ideo quamuis aditio sit facta
13 14 vna tamen adeoque vnius partis aditio sufficit ad totam hereditatem acquirendam. At restitutio hereditatis facti est non iuris, ideòque nullum effectum habere potest nisi quatenus facta est. Et quod ait Cuiacius omnia quæ heres perdit, sequi fideicommissarium ipso iure, non pertinet ad illa quæ post restitutionem accedunt & pro quibus in fideicommissarium transferendis restitutione aliqua opus est. Et consequenter fieri nequit vt qui partem duntaxat hereditatis restituit, totam hereditatem restituisse intelligatur. Nisi hactenus vt si fideicommissarius ante adcrescentis portionis restitutionem decederet sine herede, ea quoque portio pro restituta haberetur, quemadmodum haberetur tota hereditas, si nihil adhuc ex ea restitutum esset *l. apud Iulianum* 11. *§. vlt. l. postulante* 44. *in prin. eod. tit. ad S C. Treb.* Dixi *si fideicommissarius antè restitutionem decederet sine herede*, quia si heredem haberet aut aliquem successorem qui heredis loco esset puta bonorum possessorem, non posset successor ille recusare, quominus eam quoque portionem susciperet, quam defunctus ipse si viueret suscipere cogeretur *d. l. postulante.* Loquor autem de fideicommissario non de herede, quia etiamsi heres moretetur ante restitutionem, siquidem aliquo successore relicto posset & deberet successor ille hereditatem restituere perindéque transferret actiones quamuis verba senatusconsulti Trebelliani non nisi personam ipsam heredis demonstrent *l. quamuis* 40. *§. eo. tit.* Si verò absque successore, adhuc tamen actiones ipso iure in fideicommissarium translatæ intelligerentur, saltem ex Iustiniani constitutione in *l. pe. C. eod.* Papinianus verò & Vlpianus ideo tractant de portione quæ adcreuerit scripto heredi post factam restitutionem, quoniam in ea quæ ante restitutionem, aditionem que adcreuisset dubi andi ratio nulla occurreret, quia priore & aditione & restitutione contineretur, tanquam quæ cum altera portione quam vtique & adire & restituere heres cogeretur, iam esset iuncta, eodémque protsus iure censenda. Cùm autem illo etiam casu quo heres ex pa te scriptus coactus adiit non dubitet Papinianus quin deficiens portio ipsi adcrescat post factam quoque restitutionem, intelligimus de eo dubitari multo minus posse si heres adierit sponte quia nemo dixerit minùs iuris heredem habere ad acquirendam hereditatem cùm sponte adiit quam cùm coactus, qui & plus habeat in eo quod illa etiam retinet quæ heredi coactè adeunti eripiuntur. Cur ergo portio hereditatis quæ ipsi siue sponte siue coactè adeunti adcrescit, ei eripietur cùm sponte adiit? quandoquidem habeat illam suo iure, nec de ea restituenda rogatus fuit.

ERROR V.

De iure adcrescendi in hereditate vendita an transeat in emptorem.

SVMMARIA.

1 *Ius adcrescendi an transeat in emptorem hereditatis*
2 *Sententia interpretum affirmans.*
3 *Contraria Cuiacij sententia, & quibus rationibus ab eodem stabiuitur.*
4 *Probatur sententia Cuiacij, eiusdem reprobatis rationibus.*
5 *Quæ sit vera ratio cur in emptorem hereditatis non transeat ius adcrescendi.*
6 *Obiectio Bartoli & aliorum petita ex l. si totam. 83. de acquir. hered. à Cuiacio prætorita refertur & refellitur, notatis pluribus Cuiacij erroribus, & vera sententia d. l. expósita.*

IN hac etiam quæſtione † habebimus virum clariſſimum Iacobum Cuiacium ſententiæ noſtræ contra pragmaticos & vulgares interpretes ſtrenuum aſſertorem, ſed ita tamen vt ſimus oſtenſuri egere quoque ipſum aſſertore. Conſentiens ferè vox
2 eſt omnium interpretum, Ius adcreſcendi † tranſire in emptorem hereditatis, Puta ſi quis ex ſemiſſe inſtitutus accepto coherede adhúcque deliberante illo adierit partem ſuam deinde vendiderit, mox coheredis portio defecerit & quod conſequens eſt portioni iam aditæ adcreuerit, non ipſius venditoris commodo ius hoc cedere ſed emptoris: vt concludit Bart. ad *l. re coniuncti. num. 26. de leg. 3.* nullam hac in re differentiam ponendam exiſtimans inter hereditatem & legatum, nec inter ſucceſſorem vniuerſalem & ſingularem. idq. tam ex Vlpiani reſponſo in *l. totam 83. D. de acquir. hered.* vbi ſcriptum eſt ſi totam eam partem ex qua quis hæres inſtitutus eſt tacitè rogatus ſit reſtituere, nihil ei debere adcreſcere, quia rem non videtur habere, quàm ex ratione illa, quod portio adcreſcat portioni non perſonæ *l. ſi Titio fructus 33. §. 1. D. de vſuf. l. hac ſcriptura 26. §. 1. D. de cond. & demonſtr.* præterquàm cùm agitur de vſufructu *l. interdum 10. D. de*
3 *vſuf. adcreſc.* Cuiacius † verò lib. 12. Obſeru. cap. 13. contra putat, remanere ius adcreſcendi penes venditorem ſiue hereditatis ſiue rei legatæ. Primùm quia ſi ius adcreſcendi non plus tribuit quàm dari voluerit teſtator, ne faciat contra voluntatem quod ex voluntate ducitur, vtique non alii, inquit, hereditatem vel legatum tribuere poteſt quàm cui dari teſtator voluit, vel ei qui propius ad eius perſonam accedit, id eſt ſucceſſori directo vniuerſi iuris. Secundò quia vendita hereditate aut legato id plerunque agitur, vt veneat quod ad venditorem peruenit iam tempore venditionis *l. 2. §. 1. ff. de hered. vel action. vend.* Non igitur quod poſtea adcreuit, non etiam quod acceſſit ex ſubſtitutione vulgari aut pupillari. Nam & fideicommiſſarium hæc non ſequuntur ſi ſponte adierit heres, quamuis ſit ille ſucceſſor iuris, quæ tertia viri doctiſſimi ratio eſt, vt non plus iuris habeat qui ſingularis tantum eſt ſucceſſor, quàm qui vniuerſalis. Certum enim eſt emptorem hereditatis quamuis emerit vniuerſitatem bonorum, ſingularem nihilominus ſucceſſorem eſſe, non vniuerſalem. Nos Cuiacij † quidem ſententiam in hereditatis venditore probamus. Sed ra-
4 tiones quibus mouetur probare non poſſumus, vt neque illud quod hereditatis eandem rationem conſtituit, & legati. Nam quod primum ait de teſtatoris voluntate prorſus leue eſt. Nec enim quiſquam eſt tam ſtupidus ex iis qui dant emptori ius adcreſcendi, vt putet fieri hoc ex voluntate teſtatoris, quem certum eſt de futuro hereditatis ſuæ emptore non cogitaſſe, ſed omnes emptoris ius æſtimant ex poteſtate venditionis, quaſi venditor cum re ipſa vendita ius quoque adcreſcendi quandocunque ſibi competiturum vendidiſſe exiſtimetur. Itaque vt pro emptore reſpondeant ſatis habent quod ex voluntate teſtatoris potuerit & debuerit venditor habere ius adcreſcendi: cùm illud ipſum ius putent tranſlatum eſſe in emptorem per venditionem. At neque de teſtatoris voluntate quærendum aut curandum eſt cùm agitur de iure adcreſcendi in hereditate, ſed tantùm in legatis, quoniam in hereditatib. lex inducit ius adcreſcendi inuito etiam teſtatore, nec voluntatem defuncti ſpectat niſi cum tractatur de iure prælationis vt in *l. item quod Sabinus. 17. §. 1. l. ſi ita quis 66. ff. de her. inſtit.* In legatis autem etſi verum eſt à nobis in præcedentib. dictum ſæpius, quod vult Cuiacius adcreſcendi ius nunquam plus tribuere quàm teſtator voluerit, ea tamen res non facit quin emptor legati debeat habere ius adcreſcendi ex perſona, non quidem propria ſed venditoris ſui, qui ius illud hodie haberet ex voluntate ſui teſtatoris, ſi portionem ſuam cui deficiens adcreſcit, non vendidiſſet. Quod verò ſecundo loco obiicit, venditorem ſiue legati ſiue hereditatis id tantùm vendere intelligi quod iam ipſo venditionis tempore ad eum peruenit ex *d. l. 2. §. 1. de her. vend.* vereor ne non ſatis bona fide obiiciatur. Eſt enim ea propoſitio apud Vlpianum ſupradicto loco ſic concepta vt quod ex hereditate peruenit in id tempus quo venditio fit, id veniſſe videatur; Nempe vt intelligamus non eſſe audiendum venditorem ſi ex poſtfacto dicat non aliud ſe vendidiſſe quàm quod in hereditate fuit vel mortis tempore vel aditionis, ſi modo ex hereditate aut per occaſionem hereditatis aliquid amplius conſecutus ſit ab adita hereditate quamuis hereditas per aditionem deſierit eſſe hereditas, factàq. ſit proprium ipſius heredis patrimonium. Cum itaque propoſitio iſta ſecundum Vlpiani ſenſum ita fuerit concepta vt venditoris hereditatis quàm duriſſima conditio ſtatueretur, ea ſanè abutitur, quiſquis vtitur in fauorem venditoris. Præſertim cùm ius adcreſcendi licet naſci videatur poſt diem venditionis ſi exinde coheredis portio deficiat, quæ non fuit vendita, cauſam tamen habeat venditione antiquiorem, ſcilicet acquiſitionẽ portionis venditæ quam aditam & acquiſitam fuiſſe neceſſe eſt priuſquàm vendi potuerit. Hoc ipſo enim quod quis partem hereditatis adit quamuis alia portio nondum defecerit, nec proinde ipſi delata fuerit, vtramq. tamen in eum caſum quo etiam alia quandoque deferatur, ex tunc adire intelligitur ita vt poſtea non ſit ei opus aditione noua quomodo ſuperiore capite diſputauimus ex *l. ſi quis heres 35. l. ſi duo 38. l. ſi ſolus 80. §. vl. ff. de acq. her.* Cur non igitur vtramque portionem vendidiſſe credendus eſt, vel ex ea ipſa propoſitione quæ habet videri eum vendidiſſe id omne ius quod habuit tempore venditionis? Nam & inde eſt quod quamuis hereditas non adita non tranſmittatur ad heredis ſucceſſorem *l. vnic. §. in nouiſſimo. C. de cad. toll.* tranſmittitur tamen ea portio quæ adcreſcit portioni aditæ licet adcreſcat poſt mortem heredis *l. ſi ex pluribus 9. D. de ſuis & leg.* quaſi iam quæſita ex eo tempore quo per alterius partis aditionem ius heredi quæſitum fuit vt quandocunque iſta deficeret, etiam inuito ipſi eam adcreſcere neceſſe eſſet. Planè ſi neque acquiſitio neque acquiſitionis cauſa eſſet antiquior venditione, non poſſet dubitari quin nullum eſſet ius emptoris in ea re quæ poſt venditionem accreſciſſet venditori aut ſi tale id eſſet quod hereditatis venditæ appellatione cõtineri non poſſet. Prioris exceptionis exemplum eſt in vulgari ſubſtitutione, quæ cum ſemper conditionalis ſit, nullum ius tribuit ſubſtituto, quamuis idem ſit coheres niſi ex tempore conditionis exiſtentis, ob idq. nec interim tranſmittitur ad heredem *d. l. ſi ex pluribus*, Poſterioris verò in pupillari ſubſtitutione ſi fortè is qui à parte ex ſemiſſe fuerat inſtitutus idémq. impuberi ſubſtitutur. partem quam ex paterna hereditate habuit, vendiderit. Nec, n. ideirco pupillarem quoque hereditatem vendidiſſe videri poteſt, nec ſi iam tum fuerat ei delata, quoniam alia hereditas eſt quæ nec paternæ quæ ſola fuit vendita appellatione contineri nunquam poteſt *d. l. 2. §. illud De her. vel act. vendit.* Sed iuris adcreſcendi cuius eandem quam vulgaris & pupillaris ſubſtitutionis cauſam Cuiacius conſtituit, longé alia ratio eſt, quoniam portio deficiens & adcreſcens, non ſolùm ex ea ipſa hereditate eſt quæ fuit vendita, ſed etiam adcreſcit ex iure iam quæſito ante venditionem, ſi cauſam iuris inſpicias magis quàm effectum. Poſtremò quod argumentatur Cuiacius à fideicommiſſario ad emptorem facilè dilui poteſt. Etſi enim

ex

ex vna parte videtur meliorem esse debere conditionem fideicommissarij quàm emptoris, propterea quod vniuersalis ille successor sit, hic verò singularis: Tamẽ ex alia parte facit pro emptore, quod habet ius & causam ab herede eodémque venditore non à testatore: fideicommissarius autem non nisi à testatore licet per manus heredis. Hinc namque fit, vt plus iuris videatur dandum emptori qui in omne ius venditoris sui successerit ex ipsius venditoris voluntate, quàm fideicommissario, in quem nec transferre quicquam voluerit heres, nec transferri testator, nisi quod esset in fideicommisso. porrò in fideicommisso quod fuit vnius duntaxat partis alia pars quæ adcreuit non continetur. Facilius ergo est vt in emptorem transeat ius adcrescendi quam in fideicommissarium: Maximè cùm videatur posse imputari venditori cur non dixerit legem apertius, sibique nominatim ius illud adcrescendi non exceperit ex *reg. l. veteribus* 38. *D. de pact. l. Labeo scripsit* 21 *ff de contr. empt.* faciátq; pro emptore alia regula iuris quæ vult plerumque eandem causam esse emptoris quæ esset venditoris *l. inuitus* 156. §. *plerumque De reg. iu.* quod in hereditatis emptore potissimum obtinet, quem heredis vicem obtinere scribit Vlpianus in *l.* 2. §. *penul. de hered. vel act. vẽd.* Aliis ergo rationib. opus est vt probemus adcrescendi ius in emptore portionis hereditariæ non transire. Et aliam quidem addit Cuiacius sed obiter & quasi aliud agendo quæ tamen omnium optima videtur, quod is qui partem siue hereditatis siue legati vendidit, adhuc partem ipsam habere videatur, cuius scilicet pretium habet quod sit loco rei ex *l.* 4. §. *vl. ff. si quis omiss. caus. test. l. quia qui pretio.* 39. *ff. de vsufr.* Sed tamen hæc quoque ratio manca est. Quid enim si pars illa siue hereditatis siue legati non fuerit vendita sed donata? Nihil habebit donator propter quod videri debeat adhuc ipsam rem habere *l. quod si donatore.* 40. *c.* Et tamen non eo minus verum est meo iudicio habere illum ius adcrescendi si post donationem alia portio deficiat & adcrescat. Ratio vera † qua moueri vir doctissimus debuit illa ipsa est quam supra vsurpauimus cum egimus de herede rogato partem hereditatis restituere quod heres ex parte scriptus qui partem illam siue vendidit siue donauit aut quoquo alio. titulo alienauit etiam post alienationem heres manet cùm semel heres fuerit, nec heredis ius & nomen alienare aut voluerit aut potuerit *l. ei qui soluendo* 88. *ff de hered. instit. l. ex facto* 43. §. *vlt. de vulg. & pupill. substit.* Non enim potest quis hereditatem vendere nisi quam adierit, quæ autem semel adita est desinit exinde esse hereditas fitque patrimonium heredis vt superiore capite disputauimus ex *l.* 1. *& tot. tit. De separat. l. pretia rerum* 63. *ff. ad l. falcid.* Proinde non potest videri nihil habere cui possit deficiens portio adcrescere quia ius & nomen heredis quod retinet ob acquisitam semel hereditariam portionem, portionis ipsius loco semper est: Præsertim quod nequeat alienatio illa facere, vt hereditariæ actiones & actiuæ & passiuæ non remaneant penes heredem qui solus & debitores hereditarios directis actionib. conuenire, & à creditoribus hereditariis conueniri potest *l.* 2. *C. de hered. vel act. vendit.* Ex eo namque apparet non tantùm nudo nomine heredem illum esse sed etiam vi & effectu, cùm & hereditatis & heredis nomina iuráque propter actiones hereditarias tam actiuas quàm passiuas præcipuè sint comparata *l.* 1. *C. si cer. pe. l. vlt. C. de hered. action.* eóque sanè emptorem aut donatarium hereditatis minùs iuris quàm fideicommissarium habere fatendum est cùm sint illi singulares successores, hic verò vniuersalis qui etiam iuris successor est, vtilibúsque actionib. & conuenire & conueniri potest *l.* 1. §. 1. *d. ita tamen* 27. §. *qui ex Treb. D. ad SC. Trebell.* Quamquam non ignoro etiam emptori hereditatis vtiles actiones hodie accommodari post reseriptum Diui Pij de quo in *l. si cũ. tore* 16. *D. de pact. l. empt.* 5. *C. de hered. vel act. vendit.* Sed tamen hæc semper manet differentia inter fideicommissarium & emptorem, quòd emptor hereditatis non quidem vtilib. actionib. conueniri potest, fideicommissarius verò potest *d. l.* 2. *iunct. d.* §. *qui ex Trebell.* Si ergo portionis hereditariæ restitutio facta ex causa fideicommissi non adimit heredi ius adcrescendi, quãto minus adimet eiusdem portionis facta vel venditio vel donatio? Nam quod supra diximus responderi posse, plus iuris videri habere emptorem debere aut etiam donatarium quàm fideicommissarium, quòd is in heredis ius & locum successerit ex ipsius heredis voluntate, tunc obtineret cùm heres omne ius suum in emptorem aut donatarium transtulisse proponeretur verbis & clausulis generalib. neque restrictis ad partem hereditaris, quo casu non dubitarem quin etiam ius adcrescendi quod iam natum & acquisitum esset quamuis nondum defecta portione, in singularẽ successorem cum iurib. cæteris omnib. translatum intelligeretur. At nos tractamus eum casum quo pars tantum hereditatis vendita fuerit aut donata, vt proinde non possit emptor aut donatarius colore vllo dicere quicquam iuris in se translatum fuisse pro ea parte quæ postea defecit & adcreuit. Emptor enim aut donatarius succedit quidem in ius omne & in locum sui autoris, sed in ea tantùm re quæ vendita vel donata fuit non vltrà. Quid igitur si heres hic ex parte institutus non partem hereditatis vendere se dixerit, sed hereditarem antè tamen quàm coheredis portio adcresceret? Voluntatis erit quæstio, Vtrum de parte duntaxat hereditatis contrahentes senserint an de omni iure hereditario, & ex comparatione pretij cũ iusta totius hereditatis æstimatione aliisque facti circumstantiis æstimare prudens iudex debebit quid verisimiliter actum sit, præsertim cùm nec verborum proprietas repugnet quominùs portio hereditaria hereditatis appellatione contineatur *d. l. si Titius.* 96. *de leg.* 3. In dubio tamen quia facienda est interpretatio contra venditorem aut donatorem in cuius arbitrio & potestate fuit legem apertius conscribere vt supra diximus, probabilius videtur de omni iure hereditario cogitatum fuisse. Sed ea res non faciet quin portio deficiens adcrescat ipso iure heredi, non emptori aut donatario (quid enim commune habet ius coheredis repudiantis cùm iure emptoris aut donatarij vt inter eos possit vel debeat esse aliquod ius adcrescẽdi, quod neque inter eos est qui ad eandem rem ex diuersis testamentis vocantur *l. si sub conditione* 16. *D. quib. mod vsusf. amit.*) at faciet tantùm vt heres adcrescentem illam portionem emptori vel donatori præstare cogendus sit actione personali competente ex venditione vel ex donatione. Quemadmodum & cùm heres ex parte instituus, eámque partem restituere rogatus suspectam dicit & compulsus adit ac restituit, deficit subinde portio licèt eidem fideicommissario restituenda sit, vt ei qui coactus adiit omne lucrum & commodum extorqueatur non eo minùs tamen heredi ipsi adcrescit vt superiore capite ostendimus ex *l. Papinianus* 43. *D. ad SC. Treb.* Aliud enim est de iure adcrescendi quærere quod sanè cùm de hereditate agitur, non potest locum habere nisi inter coheredes, aliud verò de iure venditionis aut donationis de quo non inter coheredes tractandum est sed inter emptorem & venditorem, inter donatarium & donatorem. At huic nostræ sententiæ † valde obstare videtur quod Bart. & alij obiiciunt ex *d. l. si totam* 83. *D. de acq. hered.* Si totam eam partem ex qua quis heres institutus est tacitè rogatus sit restituere, nisi ei debe-

e adcreſcere, quia rem non videtur habere. Nam ſi verum eſt heredem ob hoc ſolum quod heres manet videri habere & retinere partem ex qua ſemel heres fuit, conſtat hunc etiam cui tamquam indigno ablata hereditas fuit, nihilominus heredem remanere *l. ex facto 43.§. vlt. De vulg.& pupill.ſubſt.* vbi ex hoc Paulus infert, Si idem ille impuberi teſtatoris filio fuerit ſubſtitutus etiam per illa verba *quiſquis mihi heres erit* perinde tamen poſſe illum ex ſecundis tabulis heredē eſſe acſi hereditas ei ablata non eſſet. Quomodo igitur fieri poteſt vt partem non habere videatur? Cuiacius non diluit hanc dubitationem quamuis viderit, & pene diſſimulat fingitque ſe non videre. Ait enim hunc cui velut indigno erepta eſt hereditas, quod tacitè cauerit ſe incapaci reſtituturum hereditatem planè rem amittere ex *l.5.D.de his quæ vt indign.auffer.* Ergo & ius adcreſcendi. Nam & falcidiam ex ſenatuſconſulto Planciano amittit *l.beneficio 59.§.1.D.ad l.falcid.* & caducum vt Vlpianus ſcribit in *Tit de fideicom.* omne denique emolumentum vt Paulus loquitur in *l.cum quidam 17.§.in tacit.D.de vſur.* Non tamen, inquit, ſubſtitutionem vulgatem vel pupillarem nec ſi facta fuerit ſub ea conditione ſi patri heres erit *d. l.ex facto §. vlt. De vulg.ſubſt.* Sed hoc ipſum cur ita Cuiaci? Hic expectabam vt rationem redderes cur facilius iſti indigno auferas ius adcreſcendi quàm ſubſtitutionem pupillarem. At ille rationem reddit, Cur hac in re deterior ſit conditio eius, qui compulſus adiit, quem cōſtat amittere ſubſtitutionem pupillarem ſi fuerit ſubſtitutus iis verbis *quiſquis mihi heres erit, l.ita tamen 27. §.qui ſuſceperam. D.ad S C.Trebel.* Rationem verò hanc adfert iſtius diuerſitatis, quòd etiam ſi vterquē patri heres ſit ſine re, tamen maiore odio dignus & quodammodo indignior honore delato eſt is, qui quātum in ſe fuit, euertit & deſtituit primas ſecundaſque tabulas quam qui fidem tacitam dando fideicommiſſo inutili accommodauit in fraudem legum caducarum. Quæ tamen ratio totaque ipſa ratiocinatio mala eſt. Primùm quia is qui compulſus adiit, neque ius adcreſcendi amittit neque ius pupillaris ſubſtitutionis, ſed vtrumq; retinet, ſucceditque ipſe & ex iure adcreſcendi & ex pupillari ſubſtitutione, tametſi poſtea quicquid conſecutus eſt fideicommiſſario reſtituere teneatur *d.§.qui ſuſpectam & d.l.Papinianus.* Quod diuerſum eſt in eo cui tanquam indigno ablata eſt tota pars hereditatis in qua tacitam fidem accommodauerat, quantum ſcilicet ad ius adcreſcendi, quia non adcreſcit tanquam rem habenti. Hæc.n. Vlpiani ſententia eſt in *d.l ſi totam.* Itaque debuerat potius dicere Cuiacius deteriorem eſſe conditionem illius qui in fraudem legum caducarum tacitam fidem accommodauit, quam eius qui adit compulſus, ſaltem quod pertinet ad ius adcreſcendi, & deinde rationem huius rei quærere, quam vix certè reperiſſet, qui è contrario putauit rationem ſe reperiſſe cur deterioris conditionis eſſe debeat is qui compulſus adiit cùm ſit melioris. Fateor equidem eum qui compulſus adiit, deterioris eſſe conditionis in eo, quod pupillarem ſubſtitutionem quam ſibi acquirit, ſibi tamen non retinet ſed fideicommiſſario reſtituit, cùm is qui tacitam fidem accommodauit ſibi retineat non tantùm ius ſed etiam commodum pupillaris ſubſtitutionis: Sed cùm de iure adcreſcendi ex profeſſo tractaret Cuiacius, cur non potius ad id reſpexit quod obtinebat circa ius adcreſcendi, quàm ad id quod circa pupillarem ſubſtitutionem? Nimirum quia credidit heredem qui compulſus adiit amittere ius adcreſcendi, quaſi deficiēs portio in hoc caſu adcreſcat fideicōmiſſario nō heredi, quia ius illud adcreſcē.li ꝫ iuris cōmodo nō ſeparauit. In quo apertè errauit, Niſi apertiùs erraruut Vlpianus & Papin. in *d.l. Papin.* vbi volunt portionē hereditatis deficientem poſſe reſtitutionem adcreſcere quidem heredi ſcripto, ſed tamen ab eo poſtea reſtituendam eſſe fideicommiſſario. Deinde ſi verum eſt vt eſt meliorem eſſe conditionē eius qui tacitam fidē accōmodauit quantum ad ius & cōmodum pupillaris ſubſtitutionis, deteriorem verò quàm eius qui compulſus adiit quod ad ius ipſum adcreſcendi: An non ratio aliqua diuerſitatis omnimodo quærenda eſt & à Cuiacio quæri debuit non ſolùm inter hunc & illum, ſed etiam inter ius adcreſcēdi & pupillarem ſubſtitutionē At neq; verum eſt quod ille ait odioſiorem & honore ſibi delato indigniorem eſſe illum qui quantum in ſe eſt deſtituit euertitq; primas & ſecundas tabulas quā qui tacitam fidem accōmodat in fraudem legum. Cùm enim is etiam qui ex teſtamento ſuccedit magis ſuccedat aut certè non minus ex beneficio legis quàm ex beneficio teſtatoris quia ſine lege teſtari nemo poſſet, nec minùs lege obuenire dicatur hereditas quæ ex teſtamento, quàm quæ ab inteſtato defertur *l.lege obuenire 130.De verb.ſign.* an non maiore odio dignus eſt qui legibus iniuriam facere vult, quàm qui teſtatori? Dicamus ergo vt omnibus iſtis dubitationibus ſatisfaciamus, Aliam eſſe cauſam eius, qui adit compulſus, aliam illius qui fidem tacitam accommodauit vt non capienti partem hereditatis reſtitueret. Rurſum aliam cauſam eſſe iuris adcreſcendi, aliā pupillaris ſubſtitutionis ſed hoc in perſona eius qui tacitum fideicōmiſſum ſuſcepit non etiā in perſona illius qui adiit cōpulſus. Vtrique quidē commune illud eſt quod & adeundo heredes fiunt, & ſemper heredes manent, ſed nō ob id vtrumq; ius æquè retinēt & adcreſcendi & pupillaris ſubſtitutionis. Qui adiit coactus vtrumq; ius retinet, ſed neutrius iuris effectum ſi ſolus heres ſcriptus proponatur: Non tam quod aliquo odio dignus ſit vt vult Cuiacius, quàm quia cùm heres eſſe noluerit nec niſi inuitus heres factus ſit, habēdus eſt pro non herede in iis omnibus quæ ad ipſius cōmodum vel incōmodum ſpectant ſi ſint illa eiuſmodi quæ ipſe habiturus non fuerat ſi adire coactus non fuiſſet. Hoc enim addendū eſt, quoniā ſi haberet iſte coheredem qui pro parte ſua adiiſſet atque ita non tantùm paternas, ſed etiam in conſequentiam pupillares quoq; tabulas confirmaſſet, non auferretur ei commodum pupillaris ſubſtitutionis *d.§.qui ſuſpectā & à patre verſ.quod ſi duo d.l.ita tamen. l.apud Iulianum 11. §.idem Iulianus e.tit.ad SC.Trebel.* Ex quo manifeſtius intelligitur vt hoc etiā addamus non eſſe bonam ratione Cuiacij ſumptā ex odio heredis coactè adeuntis. Nā & is qui habet coheredē adhuc deliberantē ſi interim portionē ſibi delatam repudiet nonne id agit quantū in ſe eſt vt & primas & ſecundas tabulas euertat perinde ac ſi non haberet coheredem? Nam quod adeunte poſtea coherede vtræque confirmantur non fit beneficio aut conſilio iſtius qui repudiauit, ſed alterius qui æquè poterat repudiare ſi vel tam timidus fuiſſet, vel tam parum ſtudioſus tuendæ exiſtimationis defuncti. Æquè igitur pupillaris ſubſtitutionis commodum amittere hic deberet ac ſi ſolus heres ſcriptus eſſet ſi nihil niſi odium quo dignus eſt inſpiceremus. Neque tamen hæc diſtinctio ſimilitet cadere poteſt in quæſtionem, De iure adcreſcendi, qui tametſi heres qui compulſus adiit habeat coheredem, ſiue vnicus ille eſt, nullius de iure adcreſcendi quæſtioni locus ſupereſſe poteſt, cùm adeunte quidem coherede portio ipſius deficere amplius non poſſit, eo autem repudiante non poſſit hic qui compulſus adiit dicere habiturum ſe fuiſſe ius adcreſcendi, quamuis omiſiſſet hereditatem, ſi quidem deſtitutum fuiſſe eo caſu teſtamentum, ſiue plures ſint coheredes quorum vnus adeat, alius repudiet, ſemper verum eſt hunc qui coactus adiit nullam fuiſſe habiturum partem cui alia deficiens potuiſſet adcreſcere, ſi non coactus

fuiſſet

fuiſſet adire, & idcireo nulla ei fit iniuria ſi deficientem portionem quæ ipſi adcreuit cogatur fideicommiſſario reſtituere, quia nec adcreuit niſi inuito. Cur. n. non aufferatur etiam inuito quod inuito acquiſitum fuit? At is qui in fraudem legum tacitam fidem accommodauit, pupillaris quidem ſubſtitutionis & ius & effectum retinet, ſed adcreſcendi ne ius quidem: quoniam cùm ius adcreſcendi totum ſit ex lege inter coheredes, adeò vt neque teſtatoris neque coheredis cui deficiens portio adcreſcit voluntas exigatur, non poteſt ſanè lex pro herede hunc habere qui legibus maximè fraudem facere voluit, maximè verò in eo ipſo in quo fraudem fecit. Atqui in eo ipſo haberet illum pro herede ſi ius adcreſcẽdi ſaluum ei relinqueret, quia ius adcreſcendi ſupponit in neceſſarium antecedens illum habere partem aliquam hereditatis cui hæc quæ poſtea deficit poſſit adcreſcere: Aliam porrò nullam habere aut habuiſſe dici poteſt præter hanc ipſam quam propter fraudem amiſit. Ergo quamuis in adcreſcente portione nullam fraudem fecerit, alterutrum tamẽ euenire neceſſe eſt vt vel nullam partem habere exiſtimetur atque ita ab adcreſcendi iure excludatur, vel vt in ea ipſa parte in qua fraudem legibus fecit pro herede à lege habeatur. Hoc verò poſterius abſurdum vtique foret, ſecumque pugnarent leges ſi circa eandem rem ei fauerent quem punirent. Prius igitur dicendum eſt, Ob idque nimirum Vlpianus in *d.l. ſi totam* loquitur de illo qui totam portionẽ amiſit. Vt intelligamus in eo qui partis ſuæ partem tantum quamuis maximam amiſiſſet aliud eum reſponſurum fuiſſe, quia ſi ſufficeret vel minimam particulam ſuæ portionis eum habere vt pleno iure adcreſcendi frueretur, ſiquidem non punitur per leges niſi quatenus contra leges fecit *d.l. ex facto §. vlt.* nihil fecit contra leges in ea portione quæ poſt pœnam adcreſcit. Quemadmodum igitur ex illa ipſa portione in qua fraudem fecit retinet tamen eam partem in qua fraudem nullam fecit, ita & multo magis totam eam portionem quæ adcreſcit retinere debet impunè, vt delicti finibus pœna concludatur. Sed & illud obſeruari volo apud Vlpianũ quod ſic loquitur *apparet nihil ei debere adcreſcere quia rem non videtur habere.* Non ait nihil poſſe adcreſcere quia rem non habeat, ſed nihil adcreſcere debere, obſtante ſcilicet non tam ratione iuris communis quæ ius adcreſcendi tribuit hetedi cuilibet portionem ſuam vtiliter adeunti ſibique acquirenti, quam poteſtate legum caducarum quæ nullo legum beneficio gaudere hunc patiuntur qui leges neglexerit. Rurſus ait *non videri hunc rem habere* vt ſignificet re vera quidem habere etiam poſtquam ei tanquam indigno ablata portio eſt à fiſco non alia vtique ratione quam quia heres manet ſed tamen non videri habere, quia licet re vera heres maneat in iis tamen quæ ex mero legum auxilio & beneficio proficiſcuntur, cuiuſmodi eſt ius adcreſcendi, non poteſt haberi pro herede. Quomodo tamen habetur ſemper quantum ad pupillarem ſubſtitutionem, quoniam pendet illa non tam ex legibus quàm ex voluntate teſtatoris, & ex iure quod morib. oppuli Romani non lege aliqua certa fuit conſtitutum *l.2. D. de vulgar.* nec tantum ad ſubſtituti vtilitatem pertinet ſed etiam ad fauorem pupilli cuius intereſt habere teſtamentarium heredẽ potiùs quàm legitimum *l. ſi pupillus 42 alias l. Iulianus D. de acq. hered.* & quem propter delictum ſubſtituti carere teſtamentario herede quem pater ei dederit abſurdum ac iniquum eſſet. Idque adeò verum eſt vt quamuis hic pupillaris ſubſtitutus, qui patris heres aliquando fuit, ſubſtitutus fuerit ſub ea conditione ſi patri heres eſſet, & heres eſſe diſierit, puta quòd in ſeruitutem ſit redactus, non eo minùs tamen admittendus ſit ex pupillari ſubſtitutione, vt Paulus tractat in *d.l. ex facto §. vlt.* quia ſufficit quod aliquãdo heres fuerit ad confirmandum paternum & pupillare teſtamentum, itemque ad implendam ſubſtitutionis pupillaris conditionem, quæ ſemel impleta deficere poſtea non poteſt, nec ſi is, qui ſemel heres fuit poſtea deſinat heres eſſe. Atque ita totam quæſtionem hanc ſatis alioqui perplexam vt ex ſupradictis apparet explidandam eſſe arbitramur. Videamus iam de iure adcreſcendi in legatis an tranſeat in emptorem, quæ alia propoſitæ diſputationis pars eſt, & in qua nec omnino conuenit nobis cum Cuiacio, multò minùs cum Bartolo.

ERROR VI.

De iure adcreſcendi in legatis an tranſeat in emptorem.

SVMMARIA.

1 *Bartolus & alij exiſtimant ius adcreſcendi tranſire in emptorem legati.*
2 *Contraria Cuiatij ſententia.*
3 *Eiuſdem confirmatio.*
4 *Ratio ſententiæ Bartoli exploditur.*
5 *Diſcrimen inter legatum & rem legatã & num. 13.*
6 *Quo ſenſu dicatur portio hereditatis ſiue legati deficiens ei adcreſcere qui aliam partem habet.*
7 *L. ſi Titio. 33. §. 1. D. de vſufru Bartolo nõ fauere. 7.*
8 *Neque l. hac ſcriptura 26 §. 1. D. de condit. & demonſtr.*
9 *Nequidem l. interdum. 10. D. de vſufru. adcreſc.*
10 *Licet ius adcreſcendi non tranſeat in emptorem legatarei, tranſit tamen commodum & effectum iuris adcreſcendi.*
11 *Etiam virilis partis appellatione quandoque totum continetur.*
12 *Non etiam partis appellatione.*
14 *Inter legatum & hereditatem notabilis differentia.*
15 *Abſurda conſtitutionis Inſt. in l. vnic. §. vbi autem legatary. C. de cad. toll.*

APite ſuperiore diximus Bartoli, noſtrorumque interpretum ſententiam illam eſſe, vt adcreſcendi † ius tranſeat 1
in emptorem legati, quia portio adcreſcat portioni non perſonæ: Cuiacij verò † contrà, non adcreſcere, ob eas rationes quas 2
ſuprà iam & retulimus, & refutauimus. Bartoli opinio apertè falſa eſt: Namque ratio à nobis allata & probata eſt ne ius adcreſcendi tranſire poſſit in emptorẽ herediratis, eadẽ prorſus facit ne poſſit etiam trãſire in emptorẽ legati. Nempe † quia ſicuti heres 3
qui hereditariam portionẽ ſuam vendidit, non ideò heres eſſe deſinit, od idque ſolùm ſi vendiderit, quo caſu habet pretiũ, ſed etſi eam donauerit, nihilominus partẽ habere intelligitur, cui alia deficiens portio poſſit adcreſcere. Ita & legatarius qui rei ſibi legatæ partem vendidit aut donauit, non eò minùs remanet legatarius, & quidem eius ipſius partis quam alienauit. Nemo enim dexerit deſinere illum eſſe legatarium ob id tantùm, quòd deſinat habere rem legatã, nec rurſus eum qui à legatario accipit rẽ legatam ſiue ex venditione ſiue ex donatione ſiue alio quocunque titulo fieri hoc modo legatarium. Facit enim legatarium vt & heredem ſola voluntas teſtatoris eaque teſtamenti verbis idoneis declarata, non autem alienatio legati. Proinde ridicula eſt

ratio † illa qua in toto hoc tractatu passim abutitur Bartolus,& post eũ cæteri non meliores Bartolo, quod portio adcrescat portioni, non personæ. Nec enim sic accipienda est vt quisquis rem habet, ius quoque adcrescendi habere debeat etiamsi sit extraneus, quomodo Bartolus intelligit ad *d.l.re coniuncti. num.*45. si non cætera quoque concurrant quæ sunt necessaria ad inducendum ius adcrescendi, inter quæ præcipuum ac potissimũ est vt adsit ius coniunctionis, cùm agitur de legatis *l.re coniuncti.*89.*de legat.*3. *l. triplici.* 142. *de verb. sign.l. si sub conditione.* 16. *D. quib. mod. vsusfr. amitt.* adeoque etiam de bonorum possessionibus *l.sed cùm patrono.* 6. *D. de bonor.possess.* sed negatiuè vt qui non habet portionem is etiamsi à testatore coniunctus fuerit non tamen habeat ius adcrescendi. Porrò legati portionem hoc sensu is tantùm habere dicitur qui legatarius est & legatarius is esse qui habet legatum
5 non qui habet rem legatam. Hic enim † nostrorum interpretum & maximè pragmaticorum error est, quòd confundunt, *legatum & rem legatam*, nec obseruant, *legatum*, esse nomen iuris, quo significatur non res ipsa quæ legatur, sed titulus habilis per se ad transferendum sola iuris potestate dominium in legatarium, quemadmodum hereditas facit heredis res singulas *l.legatum.*80.*d. leg.*2. Rem verò legatam nihil aliud esse, quam corpus quod legatum est, nec quatenus legatum est, sed quatenus vel hoc vel illud corpus est. In summa legati appellatio habet sensum formalem, rei verò legatæ, sensum materialem. Itaque cùm dicimus quod verissimum est siue hereditatis, †
6 siue legati portionem deficientem ei adcrescere qui aliam partem hereditatis aut legati habeat, non illud significamus parte bonorum siue hereditariorum siue legatorum ei adcrescere debere qui aliam partem eorundem bonorum habeat, sed hoc potiùs, Portionem hereditatis aut legati deficientem ei adcrescere qui pro alia parte iam heres aut legatarius est, siue bona quæ ad partem illam pertinent, & quæ iam partis illius iure consecutus est, adhuc habeat siue desierit habere. Illum namque heredem & legatarium appello, non quem testator heredem aut legatarium scripsit, sed qui hereditatem adeundo heres factus est, & legatum consequendo legatarius. Ex eo namque tempore quo siue hereditatis siue legati partem suam consecutus est, quantumuis postea id omne quod cõsecutus fuerat alienet, partem nihilominus semper habere ac retinere intelligitur, quam semel consecutus fuit. Cùm igitur certissimum sit emptorem rei legatæ non idcirco fieri legatarium, vt neque emptor bonorum quę fuerunt aliquando hereditaria fit heres, consequens est vt quamuis possideat partem corporũ siue hereditariorum siue legatorum, non eo magis tamẽ videatur partem illam habere, cui alia quæ deficit possit adcrescere, quia neque hereditatis neque legati partem vllã habet. Alioqui heres esset ex parte si partem hereditatis haberet, & legatarius pro parte si haberet partem legati. Et sanè quid absurdius dici potest quàm esse ius adcrescendi inter vnum ex heredibus & emptorem alterius portionis hereditariæ? Aut inter vnum ex legatariis & emptorem partis rei legatæ. Quid enim habent illi commune: aut quænam inter eos coniunctio esse potest, quorum vnus admittitur ex testamento vnius, Alter ex contractu alterius? si ne quidem ex tastamentis diuersis ius coniunctionis potest contingere vt scriptum est in *d.l. si conditione.* 16. *D. quib. mod. vsusfr. amitt.* Neque verò vllus iuris locus est quo Bartoli sententiam tueri quis possit. Nam
7 † in *l. si Titio fructus.* 33. §. 1. *D. de vsufr.* nihil aliud scriptum est quod ad rem nostram pertineat, nisi quod proprietatis portio adcrescit portioni velut alluuio: quos nos equidem non negamus, sed aliter intelligendum esse dicimus quàm quomodo à nostris vulgo intelligatur. At † in *l. hac scriptura* 26. §. 1. *D. de condic.* 8
& demonstr. quem etiam textum adducit Bart. in *d.l. re coniuncti. n.*16. non de illo agitur qui rerũ hereditariarum aut legatarum partem habeat titulo singulari puta venditionis, vel donationis, sed de heredis vel legatarij herede, qui cũ sit iuris successor, licèt neq; heres ipse neq; legatarius propriè intelligatur, quia non venit ex iudicio testatoris *l. qui liberis.*8. *ad si. de vulg. & pupill. substl.* 5. §. *qui accusauit l. qui Titij.*7. *D. de his quæ vt indig.* hereditatis tamen & legati partẽ habere intelligitur, adeóque eã ipsam quã habuit defũctus cuius heres est. Nec aliud responditset Iulianus in *dict. l. hac scriptura* §. 1. quãuis ille qui pro parte heres vel legatarius fuerat eius partis bona vel vẽdidisset vel donasset, quia non eo minùs mansisset ille heres aut legatarius & consequenter ius adcrescendi sibi cõpetens ad heredẽ suum æquè transmisisset etiã pendente alterius partis postea deficientis conditione. Igitur habet quidẽ heres in illa specie ius adcrescendi, quia partem hereditatis & legati habet, sed si pergas vlterius, habet partem hereditatis aut legati, non quia vel hereditariarum vel legatarum rerum partẽ possideat, sed quia heredis vel legatarij heres & vniuersalis successor est, quod non similiter de emptore aut donatario dici potest. Postremò quod † adducit Bart. ex *l. interdum.*10. 9
D. de vsufr. adcresc. nil nos mouet. Admittimus enim speciale esse in vsufructu, vt non portioni adcrescat, quomodo proprietas, sed personæ etiam quæ partem suã vsusfructus amiserit, vt eo loco scriptũ est. Sed negamus amissam esse portionem ab eo qui vendiderit eam aut donauerit, cùm remaneat heres & legatarius, postquam semel partem suã hereditatis vel legati cõsecutus fuit: Amittit enim is demũ qui heres aut legatarius esse desinit, vt qui redactus est in seruitutẽ *l. ex facto.*43. §. *vlt.* quia seruus neq; heres neq; legatarius manere potest, cùm nomina ista sint ex iure ciuili, cuius omnino incapaces sunt serui. Qui verò tacitam fidem in fraudẽ legum accomodauit, amittit quidẽ cõmodum hereditatis & legati quod ipsi eripitur & applicatur fisco *d.l.* 5. §. *amittere. & pass. D. de his quæ vt indign.* sed tamen ius ipsum non amittit, cùm heres & legatarius maneat *d.* §. *vlt.* ob idque haberet etiam ius adcrescendi, nisi esset illud ex legibus quæ non patiuntur vt hic rẽ habere videatur, quomodo præcedente capite disputauimus ex *l. si totam.*83. *D. de acq. hered.* Denique proprietas siue hereditatis siue legati semel acquisita non facilè amittitur. Vsusfructus autem ideo facilè amittitur quia non semel vt proprietas, sed quotidie constituitur & legari intelligitur vt eleganter à Celso & Iuliano scriptum esse ait Vlp. in *l.* 1, *de vsufr. adcresc.* quare nec vsusfructus ille amitti intelligendus est qui iam acquisitus fuit, sed ille qui ex eo tempore quo amittitur constitueretur, si non amitteretur. Ex his igitur Bartoli sententia satis supérque confutata relinquitur. Dicendúmne itaque erit cum Cuiacio, generaliter & indistinctè, in emptorem rei legatæ non transire ius adcrescendi? Vtique † si de iure ipso adcrescendi tractemus, sed non 10
æquè si de commodo & effectu iuris adcrescendi intelligamus, quomodo intellexisse Cuiacius videtur. Nam si tibi & Mæuio coniunctim fuerit legatus totus fundus Cornelianus, ita vt fueritis coniuncti re & verbis aut separatim, vt fueritis coniuncti re tantùm, túque mihi legatum tuum iam à te agnitum vendideris deliberante adhuc Mæuio, qui postea partem suam repudiauerit. Dico totum fundum deberi mihi non iure adcrescendi, sed iure venditionis, siue dixeris te mihi vendere legatum tuum, siue quod idem est ius tui legati, siue denique quod magis mirum videatur partem vilem tui legati, quia

hoc

hoc etiam vltimo casu licèt virilis portionis mentio
11 facta sit, nouum tamen non est † virilis partis appellatione totum contineri, cùm nemo est qui concurrat partémque faciat *l. si duobus 16. §. vltim. de legat. 1. l. virilis. 145. de verbor. significa.* Verum autem est non concurrente Mæuio totum fundum Cornelianum tuum fuisse iam ipso tempore venditionis, cùm tibi perinde totus & insolidum atque ipsi Mæuio legatus esset. Quidni igitur mihi totus venditus esse intelligatur? Alioqui non possis dicere quid videri debeas mihi vendidisse, cùm ex postfacto apparet nunquam partem fundi fuisse in legato, sed totum fundum, ideoque vel totum ad te pertinuisse, vel nulla ex parte. Nam etsi velles partem fundi agnoscere, partem repudiare, atque ita legatum scindere, non posses, *l. legatarius. 38. de leg. 1. l. 4. de lega. 2.* quia non debet induci diuisio voluntatis *l. cum qui. 18. §. vltim. D. de his qua vt indig. l. nam absurdum. 7. D. de bon. liber.* Cùm itaque vel ex hoc maximè appareat totũ fundum & legato contineri & ad te pertinere, sequitur vt ad me quoque totus pertineat, cui tu siue legatum tuum, siue ius legati, siue partem tuam virilem vendidisti. Non idem esset si mihi fundi Cornelia-
ni partem vendidisses, quomodo loqui debueras, vt cautiùs negotiaretis, si id agebas vt eius fundi partem duntaxat mihi venderes. Nec enim quemadmodum virilis portio facilè potest in totum euadere
12 nemine concurrente, ita & pars, † cuius appellatione in dubio dimidia significatur, potest continere totum si non sit adiecta mentio, *virilis*, vt diximus in *Err. 5. Decadis precedentis.* Et in hoc manifestiùs
13 apparet differentia illa † quam supra diximus esse inter legatum & rem legatam: Legatum enim scindi non potest, licèt res, quæ legata est, diuidua esse proponatur. At res legata facilè scinditur si diuidua sit, nec quicquam vetat legatum acquiri totum legatario, rei verò legatæ partem ad eum qui à legatario ius habeat transire, aliam verò partem penes legatarium remanere. In eóque notabilis differentia est, quam nec Cuiacius nec alius quisquam (vt arbitror) obseruauit inter hereditatem † & legatum. Nam li-
14 cèt ius hereditatis perinde ac legati indiuiduum sit *leg. Pomponius 8. in fin. D. de rei vindicat. leg. 1. D. de acquir. hered.* res autem hereditariæ nisi natura indiuiduæ sint commodam diuisionem recipiant, *leg. 1. & tot. ti. D. fa. mil. ercisc.* qui tamen heres ex semisse tantùm institutus fuit accepto coherede Mæuio, si deliberante Mæuio partem suam hereditatis mihi vendiderit, non nisi dimidiam mihi vendidisse dici potest, cùm ipsius pars & portio fuerit dimidia duntaxat. Quod enim alia pars quæ Mæuio data fuerat ei adcrescit inuito per repudiationem Mæuij, nón ideo facit, vt venditionis tempore videatur habuisse totam hereditatem, quasi totam hereditatem testator ei dederit, siquidem ponimus non fuisse datum ei nisi semissem, ac proinde alium semissem, ei adcrescere, non tam iure coniunctionis & ex verbis testamenti aut ex voluntate testatoris, quàm ex mera ratione ac necessitate iuris. Consequenter nulla ratio est vt semis ille qui ipsi adcrescit, videatur venditus mihi, qui emi partem tantùm hereditatis ei delatam. At si vendidisset mihi partem sibi legatam fundi Corneliani, quem ei & Mæuio siue coniunctim siue disiunctim verbis totum testator reliquisset, totum fundum vendidisse dicendus esset, non dimidiam eius partem, quia verum esset nullá fundi partem legatam ei fuisse, sed totum fundum. Alioqui nec ipse adcrescendi ius haberet Mæuio repudiante, si partem aliquam habere intelligeretur citra concursum. Hinc namq. differentia ista nascitur, quod inter heredes ius adcrescendi est, quamuis ab initio partes habeant à testatore factas quantumlibet disiunctas. Inter legatarios verò non aliter quàm si per concursum partes fiant, vt toties inculcauimus. Sed quod diximus de legato quod venditori meo & Mæuio relictum fuerit cóiunctim re & verbis, sciendum est ex iuris veteris ratione intelligi debere, non ex Iustiniani constitutione in *d. l. vnic. §. vbi autem leg. C. de cad. toll.* Tribonianus enim, † cui 15
nihil tam curæ fuit, quàm vt veterem iurisprudentiam totam peruerteret, constituit eo loco, vt si pluribus eadem res coniunctim legata fuerit, vt proinde & re & verbis coniuncti sint, partes ab initio habere intelligantur, quocunque tandem modo legatum sit etiamsi per vindicationem cùm olim ita non esset nisi relicto legato per donationem: Et tamen placuit eidem Triboniano esse inter eos ius adcrescendi vt olim, sed contra regulam iuris veteris quæ non patiebatur ius adcrescendi esse inter eos qui ab initio partes haberent, sed inter eos tantum quibus solidum ab initio legatum fuisset, & qui facerent partes per concursum. Ex his verò duobus absurdis illud etiam tertium conflauit Tribonanus, vt quamuis inter istos re & verbis coniunctos ius adcrescendi saluum esse voluerit, acsi partes ab initio non haberent, quas nec certè habent, nolit tamen inuitis quicquam adcrescere, sed volentibus duntaxat. Itaque si testator ita scripserit. *Lego Titio & Sempronio fundum Cornelianum.* Et Sempronius legatum repudiet, potest hodie Titius partem fundi agnoscere & aliam partem ex Sempronij repudiatione sibi adcrescentem respuere, quod olim proculdubio non licuisset, quia cum totus fundus singulis legatus intelligeretur, ideoque inter eos adcrescendi ius esset, non magis potuisset Titius legatum scindere quàm si ei soli fundus legatus fuisset totus non adiecta Sempronij mentione. *l. legatarius. 79. de leg. 1. iunct. l. coniunctim. 80. de leg. 3. l. 4. & 5. de leg. 2.* Atque in hoc certè magnam plagam iuri veteri intulerit Iustinianus, contra quem de hac ipsa re iam alia pleraque à nobis supra disputata sunt in *Error. 5. Decadis huius.* Fecit enim Iustinianus vt nulli hodie dici possint re & verbis coniuncti, cùm fieri nequeat vt re coniuncti sint qui ab initio partes habent. Nec eo minis tamen ex iure vetere retinuit, vt perinde habeant ius adcrescendi acsi essent re & verbis coniuncti, sed ita vt deficiens portio non adcrescat inuitis quomodo adcrescebat olim quia neque tam adcrescere quàm non decrescere videbatur. Igitur cùm olim ius adcrescendi propriè esset inter heredes tantùm, inter legatarios verò non esset nisi ius non decrescendi, fecit Iustinianus vt hodie sit etiam inter legatarios verè ac propriè ius adcrescendi, non tamé, quod magis mirum est inter verbis tantùm coniunctos (de his enim nihil noui Iustinianus constituit) sed inter eos tantùm quos testator & re & verbis cõiunxerit, licèt secundùm nouam Triboniani prudentiam pro iis habendi sint qui verbo tantùm sint coniuncti. Qui enim re & verbis coniuncti non sunt multo minùs re tantùm eos necesse omnino est vel verbis tantùm vel nullo modo coniunctos esse. Atqui nemo dixerit voluisse Iustinianum nullomodo coniunctos esse illos inter quos ius adcrescendi saluum esse voluerit. Relinquitur ergo vt habuerit istos pro coniunctis verbo tantùm, quamuis nusquam sustulerit rationem illam iuris veteris quæ inter verbis tantùm coniunctos ius adcrescendi esse non permittebat. Cúmque ista omnia manifestam implicent contradictionem, mirum non est Bartolum nostrum Triboniani errores pro certissima iuris ratione secutum ineptas quoque circa hunc articulũ distinctiones tradidisse ad *d. l. re coniuncti n. 51.*

ERROR VII.

De iure adcreſcendi inter vocatos ex diuerſo iure, ad l. ſed cum patrono. 6. de bonor. poſſ.

SVMMARIA.

1 *Inter eos qui vocati ſunt ex diuerſo iure non eſt locus iuri adcreſcendi.*
2 *Vnde ſuperius pronuntiatum probetur ab interpretibus.*
3 *Quando ſeu in quibus caſibus verum ſit ſuperius effatum.*
4 *In quibus non obtineat.*
5 *Ratio interpretum petita ex l. ſed cum patrono. 6. de bon. poſſ.*
6 *Eiuſdem rationis impugnatio, & d. l. explicatio 6. D.*
7 *Obiectio & dubitatio petita ex d. l. ſed cum patrono & quomodo eidem Accurſius & Bart. occurrant.*
8 *Aliter dubitationi occurrendum fuiſſe.*
9 *Accurſij & Bartoli commenta expenduntur & refelluntur.*

1 DIci ſolet inter eos † qui vocati ſunt ex diuerſo iure non eſſe locum iuri adcreſcendi, in eamque rem adferunt
2 noſtri reſponſum † Pauli in *l. ſed cum patrono. 6. D. de bonor. poſſeſſ.* vbi ſcribit ille, cùm patrono polliceatur prætor contra tabulas bonorum poſſeſſionem certæ partis, ſcripto autem heredi ſecundùm tabulas alterius partis, non eſſe inter eos ius adcreſcendi. Ideoque non petente ſcripto ſecundùm tabulas alterius quoque partis nominatim prætorem polliceri patrono poſſeſſionem, cùm cæteri quibus adcreſcendi ius eſt ſemel tantùm debeant agnoſcere bonorum poſſeſſionem. Concluſio & traditio iſta regulariter quidem vera eſt, ſed
3 non ſemper. Vera † eſt in illis caſibus in quibus ius adcreſcendi naſcitur ex coniunctione vt inter legatarios & fideicommiſſarios, quia non poſſunt videri coniuncti qui ex diuerſo iure vocantur, vt neque illi qui ex diuerſis teſtamentis *l. ſi ſub conditione 16. D. quib. mod. vſusfr. amit.* At cùm ius adcreſcendi † non
4 ex coniunctione naſcitur ſed ex neceſſitate vt in hereditatibus & bonorum poſſeſſionibus parũ refert, an ex diuerſo iure an ex eodem vocentur illi ex quibus alij velint ſuccedere, alij nolint. Finge teſtamẽtum ruptum eſſe per querelam inofficioſi, ſed pro parte tantùm, atque ita teſtatorem pró parte teſtatum pro parte inteſtatum deciſſiſſe. (hoc enim ex poſtfacto fieri poſſe conſtat, *l. nam etſi. 15. §. filius. l. circa. 24. D. de inoff. teſtam.*) eum verò qui ab inteſtato poſſet ſuccedere & vellet nolle ſuccedere. Nam & hoc fieri poteſt, ſiue ille ipſe ſit qui de inofficioſo egerit (nemo enim agendo de inofficioſo ideo ſuccedit, ſed tantùm parat ſibi viam ad ſucceſſionem ſi ſit ex his perſonis quæ ſuccedere poſſint) ſiue ignorante aut inuito etiam eo alius egerit qui ſuccedere ipſe non poſſit (quia cùm hæc ſit publica accuſatio nemo agentem repellit *l. 1. l. poſthumus 6. §. ſi quis ex his eo. tit.*) Non eſt dubitandum quin hoc caſu vocetur ex diuerſo iure is, qui ad vnam partem hereditatis ex teſtamento vocatur, & alius qui ad aliam partem vocatur ab inteſtato. Et tamen quis neget alterutro repudiante portionem deficientem alteri adcreſcere? Siquidem hoc etiam caſu locum habet ratio illa iuris quæ ex neceſſitate inducit ius adcreſcendi inter heredes quantumlibet diſiunctos. Ne ſcilicet defuncti perſona, quæ indiuidua eſt repræſentetur pro parte quod eſſet abſurdum. Portio enim illa deficiens ſi non adcreſceret, ad quem iret? Vtique vacaret atque ita ad fiſcum deuolueretur, at non iure portionis hereditariæ, ſed iure bonorum vacantium. Atqui bona ſiue vacantia ſint ſiue non vacantia nunquam repræſentant perſonam defuncti, in quo differunt ab hereditate, quia non, ſicut hereditas, perſonæ vicem ſuſtinent, ob idq. nec dicuntur niſi deducto ære alieno *l. 1. §. an bona. l. non poſſunt. 11. D. de iur. fiſc. l. mulier bona. 72. D. de iur. dot.* Porrò non poſſunt dici vacare bona, niſi quæ dominum nullum habent nec habere poſſunt, immo nec ad fiſcum ipſum pertinent tanquam vacantia, ſi non ſint ſoluendo *d. §. an bona.* Quidni ergo adcreſcent ei qui aliam hereditatis partem habet, ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato? Eſt autem hoc apertius, ſi ponas non eum qui ab inteſtato ſuccedere poteſt pro qua parte teſtamentum ruptum fuit repudiare, ſed eum qui poterat ſi voluiſſet ſuccedere ex teſtamento reſciſſum non fuit. Cùm enim hoc caſu pars vtraque hereditatis deuoluatur ad cauſam inteſtati, nec minus pro qua parte deſtituitur teſtamentùm per heredis ſcripti repudiationem, quàm pro qua parte reſciſſum eſt per querelam, quid (obſecro) impedire poteſt quominùs ab inteſtato ſuccedat in tota hereditate is, qui in parte hereditatis poteſt ſuccedere? Nam cùm is, qui ab inteſtato ſuccedere poſſet ſi vellet, mauult repudiare, non ſimiliter pars illa quæ delata ei fuerat ab inteſtato, poteſt confluere in cauſam ſucceſſionis teſtamentariæ, vt ei qui ex teſtamento ſuccedit iure teſtamenti tam facilè acquiratur: quoniam à cauſa teſtati ad cauſam inteſtati facilior eſt progreſſus, quàm ſit regreſſus à cauſa inteſtati ad cauſam teſtati. Quamuis verum ſit vtroque caſu neceſſitatem facere, vt ei partem hereditatis ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato iam habet, aliam deficientem adcreſcere oporteat vt diximus. Et tamen ſiue ponamus, cum ſolum qui ex teſtamẽto, ſiue eum qui ab inteſtato ſuccedere potuit, portionem ſuam repudiare, illámque alij portionem ſuam agnoſcenti adcreſcere, ſemper verum erit ius adcreſcendi eſſe inter eos quoque qui ſuccedant ex diuerſo iure. Quid enim magis diuerſum quàm ſi vnus ſuccedat ex teſtamento, alius ab inteſtato. Præſertim cùm velint interpretes in ſpecie *d. l. ſed cùm patrono*, ſuccedi ex diuerſo iure ob id quod vnus ſuccedat per contra tabulas, alius qui per ſecundùm tabulas, qui tamen ambo ſuccedunt ex teſtamento. Nam & bonorum poſſeſſio contra tabulas ex teſtamento eſt, perinde atque ſecundùm tabulas. *§. ſunt autem Inſtit. de bono. poſſ.* Quomodo autem de iis loquimur qui ex diuerſo iure ſuccedunt, ſuccedẽtes eos intelligimus non qui omnes reuera ſuccedant, ſed qui tantum habeant ius ſuccedendi. Alioqui ſuccedente vtroque alia ratio impedit ius adcreſcendi quod ei locus nullus ſit in portionibus agnitis nec ſi ex eodem iure ſuccedatur *l. vnic. §. his ita definitis. Cod. de cadue. tollend. leg. 1. §. interdum. D. de vſufr. adcreſc.*
5 Verùm huic noſtræ † opinioni obſtat valdè quod noſtri adferunt ex *d. l. ſed cùm patrono*, vbi agitur de bonorum poſſeſſionibus quæ cùm ſint ſimiles hereditatibus, quia bonorum poſſeſſor heredis loco eſt apud prætorem *l. 1. 2. & 3. eo.* proculdubio admittunt ius adcreſcendi etiam nulla interueniente ſiue reali ſiue verbali coniunctione. Vt puta ſi teſtator ita ſcripſerit, *Titius heres eſto, ex ſemiſſe, Sempronius ex alio ſemiſſe heres eſto*, quo caſu Titium & Sempronium verbis & re diſiunctos eſſe certum eſt tanquam orationibus diuerſis ad diuerſas partes vocatos, neque tamen eo minus verum eſt inter eos adcreſcendi ius eſſe, vt vno repudiante alij

alij adcreſcat portio deficiens, licèt ille non niſi pro parte ſua petierit ſecũdùm tabulas bonorum poſſeſſionem. Hoc enim eſt quod ait Paulus in *dict. l. ſed cum patrono*, in illis verbis, *cum cæteri quibus adcreſcendi ius eſt ſemel debeant agnoſcere bonorum poſſeſſionem.* Et tamen ſi vnus vocetur ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas, alius ad ſecundùm tabulas, negat Paulus eſſe inter eos ius adcreſcendi. Ergo ob id videtur ſentire Paulus, quod ſentiũt interpretes, non eſſe ius adcreſcendi inter eos qui ex diuerſo iure ſuccedunt, quamuis adcreſcendi ius illud ſit ex neceſſitate vt in bonorum poſſeſſionibus, in quibus toties ius adcreſcendi eſt quoties ex eodem iure ſucceditur ſiue ſecundum tabulas ſiue contra tabulas ſuccedatur. *l. ſi duobus. 12. in princip. D. de bono. poſſeſſ. contr. tabul. l. 1. §. ſi quis ex nepotibus. D. de coniung. cum emancip. li. eius.* Atque ita interpretes noſtri omnes ratiocinantur. Sed parum † ſubtiliter qui non animaduertunt Paulum non ea ratione moueri quòd in ea ſpecie quam tractat, patronus & ſcriptus heres ex diuerſo iure ſuccedant, ſed illa potiùs, quod patronum vocat prætor ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas liberti non ſimpliciter & indefinitè, ſed cum adiectione ac limitatione certæ partis ſcilicet dimidiæ, ſicut & eo caſu quo patronus eam poſſeſſionem, dimidiæ partis bonorum petierit, non niſi alterius dimidiæ partis bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas heredi ſcripto defert, vt apertè Paulus ait. Inde namque fit vt inter eos ius adcreſcendi eſſe non poſſit, quia cùm ius omne bonorum poſſeſſionum ſit ex edicto prætoris, non alia forma in iis ſeruari poteſt, quàm quæ verbis edicti præſcripta fuit, quæ tamen non ſeruaretur ſi cui prætor non niſi partem certam & limitatam dedit, nos totum daremus, quoniam ita fieret vt eſſemus liberaliores prætore, prætoriámque iuriſdictionem nobis adrogaremus id faciendo quod ſolus prætor facere potuiſſet, nec voluiſſet: quemadmodum nec prætor ipſe ius adcreſcendi inducit inter eos quib. teſtator certas partes nominatim dedit licèt ipſos verbis coniunxerit. *l. 3 § ſed coniunctim. le. filium. 5. §. penulti D. de legat præſt.* Ne videlicet in re teſtatoris præbeat ſe liberaliorem teſtatore, quod abſurdum eſſet. *leg. falta. 63. §. ſi ſub conditione. D. ad SC. Trebellian.* Et hanc Pauli rationem eſſe ex eo intelligimus quòd ſi in propoſita ſpecie patronus repudiaret bonorum poſſeſſionem illam contra tabulas, quam pro dimidia parte prætor ei defert, non eſſet dubitandum quin ea portio heredi ſcripto adcreſceret qui pro alia parte bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas accepiſſet. Alioqui debuerat prætor in hoc caſu quo patronus repudiaret polliceri heredi ſcripto alterius dimidiæ partis nominatim bonorum poſſeſſionem, ſicut è conuerſo non petente ſcripto ſecundùm tabulas, alterius quoque partis nominatim poſſeſſionem patrono pollicetur, vt Paulus ait. Ratio autem diuerſitatis illa eſt, quòd tametſi prætor non minùs heredi ſcripto quàm patrono dimidiæ partis bonorum poſſeſſionem ab initio vnicuique deferat, defert tamen cum hac differentia, quod patrono primùm defert & in omnem caſum, id eſt ſiue ſcriptus heres petierit ſecundùm tabulas ſiue nõ petierit. Niſi quòd ſcripto herede petente ſecundùm tabulas defert patrono vnam duntaxat dimidiam vnica delatione. Eo autem non petente defert ei vtramque dimidiam duplici delatione. At heredi ſcripto non defert bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas dimidiæ partis in omnem caſum, ſed in illum duntaxat quo patronus iam partis ſuæ bonorũ poſſeſſionem contra tabulas petierit. Quod non obſcurè Paulus ſignificat cùm ita ſcribit, *ſcripto autem heredi ſecundùm tabulas alterius partis.* Alteram enim partem dixit pro reliqua, id eſt, quæ ſupereſt poſteaquàm patronus ſuam accepit. Vt ſignificaret, Si patronus ſuam agnoſcere coluerit, nullius partis poſſeſſionem ſcripto heredi deferri, quippe cui ſufficit ius commune edicti vt vel bonorum poſſeſſionem in ſolidum accipere nunc poſſit, vel ſi iam portionem ſuam agnouit, aliam quæ deficit conſequi iure adcreſcendi. At non ſufficeret ius illud commune patrono ſuam partem agnoſcente per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ſpecialique auxilio prætoris opus fuit vt eo caſu ſcriptus heres alterius partis bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas petere poſſet, quia per bonorum poſſeſſionem contra tabulas rumpitur teſtamentum iure prætorio & quidem totum. Ex teſtamento autem rupto præſertim iure prætorio nunquam poteſt prætor dare bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas, maximè quæ ſit cum re, ne ſecum pugnare videatur. Satisque ei eſt quod ex æquitate conſeruat legata, ſed ea tantùm quæ coniunctis & exceptis perſonis relicta ſunt, quorum etiam ſummo iure nulla ratio haberi deberet *l. 1. & tot. tit. de leg. præſt.* Quo legatatorum exemplo ſicut inſtitutiones quoque tuetur propterea quòd hereditates non tantùm honeſto titulo, ſed etiam pleniore quàm legata honore tribuantur *d. l. filium. 5. §. ſed niſi portio eo.* ita non alias quam quæ earundem perſonarum coniunctarum & exceptarum fauorem reſpiciant. Proinde ſcripto herede extraneo, de quo agitur in *d. l ſed cùm patrono*, nulla petendæ bonorum poſſeſſionis ſecundùm tabulas ei ratio ſupereſſet, poſtquàm per contra tabulas ruptum eſſet teſtamentum quamuis non niſi dimidiam partem conſequi patronus poſſet, ſi non fuiſſet prouiſum edicto, delata heredi ſcripto alterius partis ſecundum tabulas bonorum poſſeſſione. Quod ſi pergas quærere ne quis tibi ſcrupulus ſuperſit Cur non idé prætor obſeruauerit circa eam bonorum poſſeſſionẽ contra tabulas patrono deferendam. Vt nimirum defecerit ei bonorum poſſeſſionem dimidiæ partis ita demum ſi ſcriptus heres alterius partis peteret bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, eo verò non petente, deferret patrono ſoli vniuerſum ius bonorum poſſeſſionis: Reſpondebo rationem illam fuiſſe, quia non poterat aliter prætor conſtituere quin faceret iniuriam vel patrono vel heredi ſcripto cùm tamen & vellet vtrique proſpicere & deberet. Nam ſi patrono detuliſſet bonorum poſſeſſionem contra tabulas in ſolidum, reſtringendam poſtea ad dimidiam partem, eo caſu quo ſcriptus heres concurreret alterutrum euenire neceſſe erat, vt vel non debuiſſet admitti patronus niſi declarata priùs per heredem ſcriptum voluntate an admitti ipſe vellet, necne ad bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas, quæ res faceret vt interim decedens patronus amitteret commodum ſuæ bonorum poſſeſſionis, etiam pro qua parte admittit eum prætor. Vel ſtatim admittendus patronus fuiſſet, priùs etiam quàm ſcriptus heres voluntatem ſuam declaraſſet, quo tamen admiſſo, petiráque ſemel contra tabulas bonorum poſſeſſione ius ſcripti heredis extranei penitus intercidiſſet, vt neque partis dimidiæ bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas petere potuiſſet, quia bonorum poſſeſſio contra tabulas nunquam eſt ſine re & effectu. Adeò vt tum quoque cùm vnus ex liberis heres ſcriptus accepit bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, ſi alter filius præteritus poſtea petat contra tab. non aliter tueatur prætor filium quem admiſit ſecundum tabulas, quàm iure contra tabulas bonorũ poſſeſſionis *l. 2. § ſi ſub cõditione D. de bono. poſſ. ſecũd. tab.* quia ex iis perſonis eſt quæ contra tabulas

petere potuerunt. *l.ie qui in poteſtate.* 15.§. *ſed ſi nunc. in fin.D.de legat. præſt.* ſicut è diuerſo nunquam, ſed tarius bonorum poſſeſſio contra tabulas petita euadit in ſecundum tabulas vt in ſpecie, *l. nonnunquam.* 14.*eo.*proinde petita per patronum contra tabulas bonorum poſſeſſione in ſolidum, ſcriptus heres quẽ ponimus vel omnino extraneum eſſe vel ſaltem non ex iis perſonis,quæ contra tabulas petere potuerunt nihil omnino poſſet habere,atque ita afficeretur iniuria contra mentem prætoris qui ſcripto herede concurrente non niſi dimidiæ partis bonorum poſſeſſionem ad patronum cum effectu pertinere voluiſſet.At non idem incommodum emergit cum deliberante patrono ſcriptus heres quantumlibet extraneus admittit bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas inſolidum, quoniam ea res non extinguit ius patroni quominùs ille poſſit dimidiæ partis bonorum poſſeſſionem contra tabulas ſibi à prætore delatam agnoſcere, nimirum quia nihil prohibet bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas eſſe ſine, re, in quo differt à bonorum poſſeſſione contra tabulas. Nam & inde fit vt is quoque qui ſcriptus fuit ſub conditione, poſſit etiam nondum impleta conditione bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas agnoſcere. *d.l.2.§.ſi ſub conditione.D. de bonor. poſſ.ſecund.tab.l. Paulus notat.*8.*D.de prætor.ſtipulat.& apud Paul.lib.5.ſentent.tit.*9.§.1. quæ tamen bonorum poſſeſſio neceſſe eſt vt ſit ſine re ſi poſtea conditio deficere proponatur. |At ſuperioribus fortaſſe quis
7 obiiciat,† non eſſe abſurdum quod nos pro abſurdo poſuimus vt non prius admitti debeat patronus ad ſbonorum poſſeſſionem contra tabulas quàm heres criptus voluntatem ſuam declarauit.Quodquidem certi iuris eſt bonorum poſſeſſionem contra tabulas quæ patrono datur non aliter ei competere quàm ſi heres ſcriptus vel adierit hereditatem vel petierit bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas.*l.* 3.§. *vt patronus.D.de bon libert.* in eóque differre à bonorum poſſeſſione contra tabulas quæ liberis præteritis datur,quam ideo dicere ſolemus dari contra lignum & contra teſtamentum, quia non requirit aditionẽ hereditatis. *l.illud.*4.*l.quod vulgo.*19. *D. de bonor. poſſ contr.tab.* Quam ob cauſam illud quoque mirum videtur quod Paulus in *d.l. ſed cùm patrono.* ponit ſcriptum heredem repudiaſſe bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas. Nam vt Bartolus poſt Accurſiũ ratiocinatur. Aut heres ille ſcriptus nunquam adiuit, & eo caſu nunquam patrono poteſt competere contra tabulas, quod tamen lex negat.Aut adiuit aliquando, & tunc repudiare poſtea nunquam poteſt, quod rurſum non conuenit legi quæ ponit eum repudiaſſe. Tantique momenti viſa eſt hæc obiectio,vt non aliter eam effugere potuerint Accurſius, Bartolus, & cæteri, quàm diuinando & comminiſcendo, aditam quidem fuiſſe ab inſtituto hereditatem, ſed poſtea reſtitutum eum fuiſſe in integrum à prætore ad ſe abſtinendum fortè ex cauſa minoris ætatis vt in *l.neceſſarius.* 57.*& l. ſi minor.*61. *D. de acquir.hered.*Aut ſcriptum heredem fuiſſe filium liberti eundemque ſuum heredem, quaſi nuda ſui heredis exiſtentia operetur vt contra tabulas competat. *l.etſi ex modica.*5.§.*ſi filius. D. de bon.libert.* Aut denique vnum ex hereddibus ſcriptis adiiſſe, qui poſtea ſe abſtinuerit beneficio alterius ſe abſtinentis vt in *l.cum hereditate.*55.*D. de acquir. hered.* Quarum omnium interpretationum, licèt omnes probentur à Bartolo nihil habente melius quod dicat, nulla tamen eſt quæ probabilis videri poſſit vt ex iis quæ ſequenti capite dicemus, intelligitur. Reſpondendum
8 † igitur eſt vt vtramque dubitationem diluamus neceſſe quidem eſſe vt heres ſcriptus adierit hereditatem vel petierit bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas priùs quàm poſſit competere patrono bonorum poſſeſſio contra tabulas liberti, ſed tamen eam rem non facere quominus petente patrono contra tabulas perinde neceſſarium ſit heredi ſcripto auxilium bonorum poſſeſſionis ſecundùm tabulas pro dimidia parte bonorum retinenda, acti neque hereditatem is adiiſſet neque bonorum poſſeſſionem contra tabulas petiiſſet, quia cùm bonorum poſſeſſio contra tabulas reſcindat totum teſtamentum,nec poſſit vnquam eſſe ſine re,vt diximus, neceſſariò euenit vt in irritum deducat aditionem aut bonorum poſſeſſionis agnitionem præcedẽtem, cùm fieri nequeat vt ſiue hereditatis ſiue bonorum poſſeſſionis commodum retineatur ex eo teſtamento,quod ruptum fuit.Itaque poſt ruptum teſtamentum ex integro voluntatem ſuam declarare heres ſcriptus debet, non an heres eſſe velit qui nec ſi vellet eſſe tamen amplius poſſet, tantum abeſt vt egeat repudiatione ad omittendam hereditatem, ſed an velit agnoſcere dimidiæ partis bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas, quam ei nominatim prætor defert, vt ſi velit habeat beneficium prætoris, ſi nolit habeat patronus hanc quoque portionem, ſed non iure petitæ iam pro alia parte bonorum poſſeſſionis contra tabulas, verùm ex nouo & ſpeciali beneficio prætoris hanc etiam portionem ſeparatim & nominatim deferentis. Itaque non ſic ſuprà locuti ſumus vt dixerimus abſurdum fore, ſi non aliter patronus admitteretur quàm declarata per heredem ſcriptum voluntate an heres eſſe vellet necne, cùm ſciremus nunquam admitti patronum ad contra tabulas niſi agnita iam hereditate per aditionem ſiue per petitionem bonorum poſſeſſionis, ſed eſtipſimus *an admitti ipſe vellet necne ad bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas* de illa bonorum poſſeſſione intelligentes quæ heredi ſcripto neceſſaria eſt ad retinendam partem bonorum petita iam pro alia parte per patronum contra tabulas bonorum poſſeſſione, non de illa quæ neceſſariò præcedit petitionem bonorum poſſeſſionis contra tabulas eo caſu quo noluerit heres acquirere hereditatem iure ciuili hoc eſt per aditionem. Ex quo magis intelligimus quàm verum ſit quod diximus, abſurdum fore ſi nõ prius admitteretur patronus quàm heres ſcriptus voluntatẽ ſuam declarauerit an admitti velit necne ad eam bonorũ poſſeſſionem ſecundũ tabulas, quia hæc res implicaret contradictionẽ, cum non prius hæc bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas aut competere aut neceſſaria eſſe incipiat, quàm patronus fuerit admiſſus ad bonorum poſſeſſionẽ contra tabulas & reſciderit teſtamentum. At rurſus de illo dubitant noſtri nec poſſunt ſe extricare quænam illa ſit bonorũ poſſeſſio quam prætor nominatim pro alia dimidia bonorum pollicetur patrono ſi heres ſcriptus nolit pro ea parte ſecundum tabulas agnoſcere. Non enim poſſunt ſibi perſuadere eſſe bonorũ poſſeſſionem contra tabulas, cum ea non competat ex edicto prætoris niſi ad certam partem.Neque ſecundum tabulas cum ea non cõpetat niſi heredi ſcripto, patronus autem de quo agimus, præteritus fuerit non inſtitutus. Erſi non deſunt qui putent poſſe defendi, eſſe hanc bonorũ poſſeſſionẽ ſecundum tabulas, quaſi patronus in locum ſcripti heredis repudiantis ſucceſſerit,ob idque ſuccudere etiã debeat in ius petendæ eiuſdem bonorum poſſeſſionis:Quam ſententiã † rectè Bartolus reprehendit quia ſuccedit
9 in ius repudiãtis,nõ vt veniat iure illius,ſed vt veniat iure ſuo. Iure autẽ ſuo non poteſt habere ſecundum tabulas qui ſcriptus non fuit. Accurſius vult eſſe bonorum poſſeſſionem Vnde legitimi ex *l.*1.§.*vlt.*&

l. 3.

l.3. D. vnd. legit. Sed Bartolus etiam reprehendit, & benè, quia cum bonorum poſſeſſio contra tabulas ſit ex teſtamento, Vnde legitimi verò ab inteſtato, nó poſſunt concurrere *l.1.§.ita autem. D. ſi tabul. teſtam. null.extab.* vbi Vlpianus ſcribit ita demum ab inteſtato poſſe competere bonorum poſſeſſionem, ſi neque ſecundum tabulas, neque contra tabulas bonorum poſſeſſio agnita ſit. Et quamuis idem Bartolus pro Accurſio reſpondeat id ita intelligendum vt ab initio non poſſint iſtæ poſſeſſiones concurrere, poſſint tamen ex poſtfacto, quòd abſurdum non ſit ex poſtfacto decedere quem pro parte teſtatum & pro parte inteſtatum ex *leg.nam etſi 15.§. vltim. leg. circa.24. D. de inoffic. teſtament.* hoc ipſum tamen tunc obtinet cum diuerſæ perſonæ ſunt, quarum vna ex teſtamento ſuccedit alia ab inteſtato, non etiam cum vna eadémque perſona eſt quæ totum ius habeat ſiue hereditatis ſiue bonorum poſſeſſionis. Inauditum enim eſt, ac ſine exemplo vt partim ex teſtamento habeat, partim ab inteſtato. Quare nec Bartolus ipſe in hoc ſibi ſatisfacit, ſed concludit tandem hanc bonorum poſſeſſionem quæ patrono datur cùm ſcriptus heres non petit ſecundùm tabulas eſſe Vnde legitimi in totum ab inteſtato, in eamque conuertit ius bonorum poſſeſſionis contra tabulas à patrono priùs petitæ. *Ex l.ſi libertus preterito. 23.in pr. D.de bon. liber. & d.l.2. §. ſub conditione. D.de bon.poſſ.ſecund.tab.* Quo ſuppoſito illos etiam reprehendit qui patronum vocant per eam quidem bonorum poſſeſſionem quæ ſit Vnde legitimi, ſed per eam tamen quæ extraordinaria ſit non quæ ordinaria. Qui enim habet ordinariam, inquit, non debet venire per extraordinariam. ex *l. in prouincia l.3.verſ. quod ſi ſocius. ff. de ope. non. nunciat.* Sed hæc quoque Bartoli ſententia omnium ineptiſſima eſt. Nam licèt non ignorem quod iam ſupra dixi poſſe fieri vt bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas conuertatur in contra tabulas in *d.l.2. §. ſi ſub conditione. de bon. poſſ. ſecund. tab.* itemque bonorum poſſeſſio contra tabulas in bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas. *d.l. nonnunquam.14.de legat. preſt.* Nego tamen fieri vllo caſu poſſe vt bonorum poſſeſſio contra tabulas poſſit vnquam conuerti in bonorum poſſeſſionem Vnde legitimi, quoniam cùm ſit ex teſtamento, & ſemper cum re & effectu vt diximus, quomodo fieri poſſet vt qui ex teſtamento iam ſucceſſiſſet, amplius ſuccederet ab inteſtato. Nam & hoc proprium ius eſt bonorum poſſeſſionis contra tabulas vt qui eam petit & ſuccedendo rumpat teſtamentum, & rumpendo ſuccedat, quemadmodum dici ſolet de poſthumo præterito poſtea nato *l.5.De iniuſt.rupt.* Alioqui ſi ſuccederet rupto iam teſtamento, non autem in ipſo inſtanti & actu rumpendi, vtique ſuccederet ab inteſtato, quod falſum eſt. Neque Bartoli ſententiam tuetur quod ille adfert ex *d.l.ſi libertus.* vbi Iulianus ſcribit patronum præteritum inſtituto extraneo, poſſe totorum bonorum liberti poſſeſſionem petere vt legitimum. Id enim fit quoniam in ea ſpecie patronus non petierat bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ſed antequàm peteret, vt lex ait, dederat ſe in adoptionem, deinde is qui ſcriptus fuerat, omiſerat hereditatem: atque ita erat penitus deſtituta cauſa teſtati, factuſque locus ſucceſſioni inteſtati, Vt proinde nihil obſtaret quominus bonorum totorum poſſeſſionem Vnde legitimi accipere patronus poſſet. At nos eum caſum tractamus quo ſcriptus heres extraneus bonorum dimidiæ partis poſſeſſionem ſecundum tabulas omiſerit poſteaquàm patronus iam petierat ſuæ portionis contra tabulas bonorum poſſeſſionem, & conſequenter in quo non poſſit videri deſtituta cauſa teſtati, quæ per agnitionem bonorum poſſeſſionis contra tabulas habuit effectum. Et ob id nimirum ponit Iulianus & extraneum fuiſſe inſtitutum, & nunquam à patrono petitam contra tabulas bonorum poſſeſſionem, quia ſiue liberti idemque ſuus heres inſtitutus proponeretur, ſiue bonorum poſſeſſio contra tabulas petita per patronum, alterutrum interueniſſe ſufficeret vt cauſa teſtati ſuſtineretur, inteſtati verò impediretur, & quidem in totum, Adeò diſtat vt totorum bonorum poſſeſſionem contra tabulas, antequàm ſe in adoptionem daret agnouiſſet. Itaque vel vnus ille Iuliani locus ſi bene accipiatur, hanc Bartoli ſententiam, quam nos refellimus, manifeſtiſſimè conuincit. Ne dubitare quiſquam poſſit quin vnica litura deleri debeant quæcumque Accurſius, Bartolus aliique iſtis non meliores adnotarunt ad *d. l. ſed cùm patrono.* Sed peragamus, quæſo, quod ſequenti capite facturos non recepimus.

ERROR VIII.

De iure adcreſcendi in portione agnita ſi ea poſtmodum omiſſa ſit vel per abſtentionem, vel per in integrum reſtitutionem.

SVMMARIA.

1 *Exiſtentia ſui heredis non tollit ius adcreſcendi ex interpretum ſententia.*
2 *An portio ſui heredis volenti tantùm adcreſcat, an etiam inuito.*
3 *Bartoli ſententia.*
4 *Propoſitio quæ habet deficientem portionem hereditatis coheredi quantumuis inuito adcreſcere eſt vera indiſtinctè contra Bart.*
5 *Non deficit portio quam quis omittit ſiue per abſtentionẽ ſiue per in integrũ reſtitutionem, contra eund.*
6 *Abſtentio & in integrum reſtitutio qualibet in neceſſariũ antecedens ſupponit hereditatis acquiſitionẽ.*
7 *Ius adcreſcendi in portionibus agnitis locum non habet.*
8 *Non ſufficit portionem deficere ope exceptionis, vt locus ſit iuri adcreſcendi.*
9 *Qui ſe abſtinuit, manet iure ciuili heres, à prætore tamen non habetur pro herede, ad hoc ne à creditoribus hereditariis conueniri poſſit.*
10 *Actiones à prætore olim impetrabantur licet ipſo iure competerent.*
11 *Quomodo dentur actiones in coheredem eius qui ſe abſtinuit ſuo iure, aut per reſtitutionem in integrum. & num.13.*
12 *Suus heres habet beneficium abſtinendi ſuo iure non item extraneus.*
14 *Quatenus prætor det actiones in coheredem abſtenti ſolo Principis beneficio.*
15 *Interpretatio l. penult. Digeſt.de acquir.hered.*
16 *Expoſitio l. vlt.D. eodem.*
17 *Explicatio l. cùm hereditate. 53. & l. ſeq. D. eod*
18 *Abſtinere & repudiare qui differant.*

REQVENS in Bartoli ac cæterorum interpretum ore verbum eſt, Exiſtentiam † ſui heredis non tollere ius adcreſcendi. Sic enim omnes ad *leg.ex contractu.44. per illum textum D. de re iudi. & expreſſim. Bar. ad l. ſed cùm patronus 6. De bonor. poſſeſſ.* de cuius ſententia tam latè ſcripſimus capite præcedente. Itaq; ſi portio aliqua hereditaria inter ſui heredis acquiſita ſit vni ex filiis, eaque poſtmodum defecerit, non habet res apud noſtros dubitationem, quin alij coheredi ſiue ſuo ſiue extraneo adcreſcere debeat qui ſuam agnouit. Sed de hoc ſolo dubitant, vtrũ

2 volenti † tantum adcreſcat en etiam inuito. In qua dubitatione video vulgo probatam eſſe eiuſdem Bartoli † diſtinctionem ad *leg. reconiunct. n. 53. de legat.* vbi 3 ſcribit ille in hunc modum, *Aut adiuit*, quis poſt portionem defectam, puta repudiatione coheredis, & portio adcreſcit inuito *l. ſi duo. 38. de acquir. hered.* Aut primo adiuit, & poſtea portio deficit, Et tunc, Aut portio defecta erat ei definita expreſſa voluntate teſtatoris puta per ſubſtitutionem, & tunc adcreſcit inuito vt *l. ſi quis heres. 35. & l. ſi tu ex parte. 76. eod. tit.* Aut non erat expreſſe deſtinata. Et tunc, aut deficit per reſtitutionem in integrum & adcreſcit volenti tantùm *leg. ſi minor. 61. eod.* aut alio modo deficit, & tunc habet locum *leg. cùm hereditate. 55 eod.* vbi Marcianus ſcribit cùm hereditate patris neceſſarius heres ſe abſtinet, conditionem coheredi ſiue ſuo ſiue extraneo deferri vt aut totam agnoſcat aut à tota recedat, & ita ſe abſtinere poſſe propter alium, qui propter ſuam perſonam non poterat. Si tamen creditores, inquit Marcianus, dicant ſe contentos eſſe eius portione (quia non poteſt exonerari niſi deferatur conditio) alterius parte abſtinere ſe creditores debent, vt eius actiones ei qui conuenitur, dentur. Et ſecundùm hanc diſtinctionem vult Bartolus intelligi debere, quod generaliter & indiſtinctè Iuſtinianus conſtituit in *l vnic. §. his ita definitis. C. de caduc. tollend.* in hereditatibus deficientem portionem adcreſcere coheredibus inuitis. Omnino improbabiliter & falſo ſi 4 quid iudicij mei eſt. Nullam enim † diſtinctionem aut exceptionem recipere poteſt, ea propoſitio quæ habet deficientem portionem hereditatis coheredi quantumuis inuito adcreſcere, quia nec verum eſt quod 5 pro vero præſupponit Bartolus deficere † portionem quam quis omittit ſiue per abſtentionem ſiue per in integrũ reſtitutionem. Quandoquidem & abſtentio & 6 in integrum reſtitutio † qualibet in neceſſarium antecedens ſupponit hereditatis acquiſitionem, acquiſita verò ſiue in totum ſiue pro parte hereditas numquam poteſt deficere, vt non agnita dici poſſit. Hoc enim eſt quod vulgo iactari ſolet, eum qui ſemel heres fuit heredem ſemper manere *l. ei qui ſoluendo. 88. D. de hered. inſtit.* idque tam in eo qui ſe abſtinuit ſuo iure ex perpetuo edicto prætoris, quàm in eo qui in integrum reſtitutionem impetrauit apertè ſcriptum eſt in *l. neceſſariis. 7. D. de acqui. hered. l. ait prætor. 7. §. ſed quod Papinianus. D. de minor. iunct. l. 1. §. qui ſunt in poteſte. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. l. cùm quæſi. 30. §. ſed eſt ſuus. D. de fideicom. libert.* Proinde cùm portio illa ſemel agnita & acquiſita nec per abſtentionem nec per reſtitutionem in integrum poſſit deficere, mirum non eſt inuito coheredi eam non adcreſcere, cui, ſi deficeret, vtique adcreſceret ex neceſſitate. Neque contrarium eſt quod nihilominus adcreſcit ſaltem volenti: Nam hoc quoque tam falſum eſt, quàm generaliter illud verum quod Iuſtinianus in *d. l. vnic. §. his ita definitis. C. de caduc. tollend.* ius † ad- 7 creſcendi in portionib. agnitis locum non habere. Nec ſanè vllus iuris locus eſt, qui dicat quod volunt interpretes, huiuſmodi portionem ſemel acquiſitam, ſed poſtea beneficio vel abſtentionis vel in integrum reſtitutionis omiſſam adcreſcere portioni tanquam deficientem. At illud tantùm ait Scæuola in *d. l. ex contractu 44. de re iudic.* quo potiſſimum loco noſtri mouentur, abſtinente filio, qui paternæ ſe immiſcuerat hereditati, bona portionis quæ ad eum ſpectabant peruenire ad ſubſtitutum vulgararem vel ad coheredem, quod longè diuerſum. Bona ſiquidem deficiunt cùm omittuntur, & ideo poſſunt ad ſubſtitutum vel ad coheredem peruenire: Ipſa autem portio hereditaria deficere non poteſt, cùm fuerit vt dixi ſemel acquiſita, quemadmodum plurib. à nobis tractatum eſt Decade. 31. *Error. 7. & 9.* vbi docuimus reliqua omnia quæ huc tranſcribenda eſſent de poteſtatate exiſtentiæ ſui heredis. Nam nec ſufficeret portionem † deficere ope exceptionis, vt poſſet lo- 8 cus eſſe iuri adcreſcendi, ſed neceſſe eſt deficere ipſo iure, quia non omnino deficit portio quæ non deficit niſi ope exceptionis, quod & vulgo interpretes fatentur poſt *glo. & Bartol. ad l. ſi duo patroni. 13. D. de iureiur. per illum text. iunct. l. communi. 24. D. de bon. libert.* licet eo nomine reprehendantur & malè à Franciſco Duareno *lib. 2. de iur. adcreſc. cap. 19. & And. Fachin. lib. 4. Controuerſ. iur. cap. 96.* Nunc monuiſſe ac repetiiſſe ſufficiet, eum qui ſe abſtinuit † ſiue iure 9 ſuo, ſiue implorato auxilio in integrum reſtitutionis, manere quidem iure ciuili heredem, ſed tamen à prætore, ex cuius edicto vtrumque beneficium & abſtentionis & reſtitutionis eſt, pro herede non haberi, quod ad hoc tantùm vt creditoribus hereditariis non teneatur, aut, vt dicam melius, quod ad hoc ne à creditoribus hereditariis conueniri poſſit. Nam cùm prætor heredis ius & nomen, quod & ex lege duodecim tabularum, non magis adimere quàm dare queat §. *quos autem. Inſt. de bonor. poſſeſſ.* heres autem hoc ipſo quod heres eſt & quatenus heres eſt creditoribus hereditariis obligetur. *l. vltim. C. de heredit. action. l. 1. C. ſi cert. pet.* conſequens eſt vt nec facere poſſit prætor quominùs heres qui etiam poſt abſtentionem & reſtitutionem in integrum heres manet, creditoribus hereditariis etiam maneat obligatus. Sed quoniam actiones † quæ ex obligationibus naſcuntur li- 10 cèt ipſo iure competant, à prætore tamen impetrandæ olim fuerunt, cuius erat vel dare vel denegare, ante conſtitutiones de quib. in *tit. C. de formul. & impetr. action. ſublat.* poterat prætor facere & faciebat pro ſua iuriſdictione vt is qui quomodolibet ſe abſtinuiſſet neque conuenire poſſet debitores hereditarios, neque à creditoribus hereditariis conueniri, denegatis ei & in eum actionibus, quas vtique & ei & in eum dediſſet, quem in omnibus pro herede habuiſſet, vt Caius explicat in *d. l. neceſſariis.* Ita fit vt quia creditoribus neque mora neque iniuria fieri debet, neceſſe ſit actiones quæ contra reſtitutum vel abſtentum non dantur, dari in eum cuius lucro & commodo cedit abſtentio vel reſtitutio, vt quemadmodum bona portionis quæ per abſtentionem aut reſtitutionem omiſſa ſunt, ad coheredem perueniunt, ita & ille onera ſubire debeat quæ ſubire cogeretur ſi portio ipſa hereditaria ei adcreſceret cuius onera fuerunt: Sed hoc tamen cum diſtinctione. † Aliter enim prætor 11 agendum putat cum coherede illius qui ſe abſtinuit ſuo iure, aliter cum coherede illius qui ſe abſtinuit per in integrum reſtitutionem. In eo qui coheredem habet ſe abſtinentem ſeruatur quod ſupra diximus ex Marciano in *d. l. cùm hereditate*, id eſt conditio ei deferatur ſiue ſuus hères ille ſit, ſiue extraneus, vt vel totum agnoſcat vel à toto recedat, Niſi creditores dicant ſe contentos eſſe ipſius portione, quo caſu alterius parte abſtinere ſe creditores debent, vt eius actiones ei dentur qui à creditoribus pro parte ſua conuenitur. Itaque ſi, neque creditores hanc conditionem ei deferre vellent, neque ipſe mallet à totis bonis ſe abſtinere, vtique totius hereditatis onera ſubire cogeretur, nec liberaretur etiamſi creditoribus pro ſua parte ſatisfacere paratus eſſet. At in eo qui coheredem habet non ſe abſtinentem ſuo iure, ſed in integrum reſtitutum extraordinario auxilio prætoris ſeruatur, quod Macer Iuriſconſultus à Diuo Seuero conſtitutum fuiſſe refert in *d. l. ſi minor. 61. eod. tit. de acquir hered.* vt ſi minor annis poſteaquàm ex parte heres extitit in integrum reſtitutus ſit, eius partis onus coheres ſuſcipere non cogatur, ſed bonorum poſſeſſio creditoribus

ditoribus detur, id est mittantur creditores in possessionem bonorum pertinentium ad eam portionem, quæ fuit omissa per in integrũ restitutionẽ, nec ob id solùm possint agere in solidũ contra coheredẽ, qui vel adiit vel se immiscuit, quod nolit ille derelinquere totam hereditatẽ. Diuersitatis ratio est, quia quanto minus imputari potest ei quem creditores hereditarij ex persona coheredis conuenire volunt, tanto magis ei à prætore subueniri æquum est. Nam & hinc fit quod Vlpianus scribit in *dict. leg. si duo.* 78. *eod. titul.* vt si duo sint necessarij heredes quorum alter se abstinuerit, alter verò posteaquàm prior abstinuit immiscuit se, non possit recusare qui se immiscuit, quominùs tota hereditaria onera subeat, quia vt lex ait, cùm sciuerit aut scire potuerit, fore vt propter abstentionem coheredis maneret ipse implicitus oneribus hereditariis, videtur ea conditione se immiscuisse, ob idque potest ei imputari cur se immiscuerit, nec pariter se abstinuerit, si damnosam aut suspectam esse putabat hereditatem, & consequenter nihil causæ est cur ei per prætorem subueniatur. Nec aliud est in eo qui coheredẽ habens extraneum nondũ adeuntẽ neq; repudiantẽ, adit ipse & agnoscit suam portionem, quia coheredis postea repudiantis portionẽ deficientem ei quamuis inuito adcrescere non modò necesse, verùm etiam æquum est, cùm æquè sciuerit aut scire potuerit futurum vt coherede repudiante portionem ipsius adcrescendi iure suscipere cogeretur. Adeò vt neque interfit quicquam vtrum coheredi suo fuerit substitutus necne *d. l. si quis heres* 35. *d. l. si tu ex parte.* 76. *eo tit.* nec rursum an coheres ille qui nunc repudiauit institutus fuerit purè an sub conditione quæ subinde vel extiterit vel defecerit *l. si quis ita.* 35. *D. de hered. instit.* Omni namque casu totam hereditatem vnica aditione sibi acquisiuisse intelligitur is qui solam portionem suam agnouit omnibusque creditoribus hereditariis in solidum se obligasse, quamuis eo tempore alia portio nec dum defecisse nec delata fuisse proponeretur. At cùm is qui portionem suam hereditariam agnoscit siue adeundo siue se immiscendo habet eum coheredem qui iam pro sua parte sit heres, siue quia suus & necessarius est necdum se abstinuit, quamuis forte nec adhuc se immiscuerit, siue quia cùm esset extraneus factus est heres per spontaneam aditionem, si postea sequatur abstentio, siue ex edicto, siue potestate restitutionis, nihil est quod huic imputari possit propter quod debeat prætor cum eo tam inhumaniter agere, vt aduersus eum det in solidum creditoribus actionem. Nam prætet id quod habet pro se meram iuris rationem, cùm ex parte tantum heres sit, & reuera coheredem habeat in alia portione, nulla æquitas est quæ ipsum omissæ portionis oneribus præcisè obliget, cùm non possit dici, animum ei vnquam fuisse, vt se oneribus hereditariis in solidum obligaret, casusque ille postea superueniens vt coheres vel se abstineat suo iure vel per in integrum restitutionem improuisus est & inopinatus, quem iniquum esset ei nocere qui neque potuerit neque debuerit præuidere. Etsi autem neutro casu est, quod imputetur quicquam ei qui agnouit partem suam habens coheredem iam heredem neque dum se abstinentẽ, vt proinde nec egeat ipse vt ei succurratur per prætorẽ, multo minùs tamen est quod imputetur ei qui coheredem habet extraneum aditione voluntaria iam factum heredem, quàm ei qui coheredem habet illum quem sola iuris potestas ideo fecerit heredem etiam ignorantem, quod fuerit suus: quoniam longè
11 facilius euenire potest, vt suus heres † abstinendi beneficium habeat, quàm vt extraneus, siquidem habet illud suo iure, ita vt non sit ei necesse adire prætorem, si modò se non immiscuerit *l. ei qui* 12. *eod.* at neque si se immiscuit si modo pupillus fuit etiamsi se immiscuerit tutore autore *d. l. necessariis*, *d. l. ex contractu. l. pen. D. de auct. tutor.* Extraneus verò qui adiit, nunquã potest abstinere se suo iure, sed indiget speciali auxilio prætoris & beneficio restitutionis *dict. l. necessariis. l.* 1. *& tot. tit. C. si minor ab hered. se abstin.* porrò restitutionem in integrum non tam facile passimque concedit prætor, sed causa cognita *l.* 3. *D. de in integr. restit.* minoribus præsertim quos necesse est probare se & minores & læsos fuisse vt restitutionis auxilio mereãtur *l. verũ* 11. *§. sciendum est. l. quòd si minor.* 24. *§. non sæpe. D. de minor. l. nã posteaquàm.* 9. *§. si minor. D. iureiur.* Itaque quandiu † restitutio in integrũ neque petita, ne- 13
que præstita est, probabiliter ignorare potest is qui minori iam heredi coheres datus fuit, non solùm an futurum sit aliquando vt velit ille restitui, maximè cùm vix sit vt tã euidenter damnosa vel suspecta hereditas quæ pro alia etiam parte inuenit heredem. Sed etiam vtrum eo quoque casu quo minor velit restitui, futurũ tamen sit vt ei prætor indulgeat restitutionem. Hic igitur casus impetratæ restitutionis si postea superueniat multo magis improuisus & inopinatus est quàm abstentionis ex sola eius qui abstinet voluntate, contingentis. Et ideò minùs dignus est is qui coheredem habet se suo iure abstinentem, non dicam cui prætor subueniat cum prætoris auxilio non egeat, qui iure ipso tutus est, sed cum quo agat mitiùs non habendo illum pro herede in solidum, siquidem huius coheredem qui à portione sua se abstinuit, nullomodo habet heredis loco quantum ad onera hereditaria, vt iam diximus ex *d. l. necessariis & l. si filius.* 12. *D. de interrog. in iur. faci.* ob idque facilè in id procliuis est prætor vt quas actiones non vult dare in eum qui se abstinuit, det in solidum aduersus coheredem qui vltro partem suam agnouit, nisi quatenus æquitatis ratione aliqua retinetur ne contra eum qui pro se habet iuris rationem, tam durè agat. Illud verò temperamentum optimum visum est in eo qui coheredem habeat se abstinentem, vt in ipsius arbitrio relinquatur, non an velit conueniri à creditoribus hereditariis pro ea parte quam vltro agnouit, si modò creditores hereditarij dicant se contentos eius portione, sed an vniuersa onera hereditaria subire velit, bona omnia retinendo, an potiùs agnitam quoque portionem suam omittere vt ne pro ea quidem parte possit conueniri à creditoribus nolentib. sola eius portione contentis esse. Ita namque fit vt & ipsi & creditoribus subueniatur, improuisique casus ratio habeatur. In illo autem qui coheredem habet non nisi beneficio in integrum restitutionis se abstinentem, nullo tali temperamento esse opus visum est, sed perinde tractari omnia, acsi nihil prorsus commune haberet portio agnita cum portione per restitutionem omissa. Data scilicet creditoribus hereditariis bonorum possessione illius partis omissæ, non etiam actione vlla personali aduersus coheredem, nec ii portionem suam retinere malit, quàm derelinquere. Quid ergo si ad agnitam † portionem omittendam admittatur he- 14
res nõ suo iure, quia vel extraneus sit, vel suus quidem heres sed pubes, cui non dat prætor abstentionis beneficium post immixtionem. Nec rursus beneficio restitutionis in integrum, fortè iam maior annis viginti-quinque & cui nulla ex parte edicti prætor auxilium restitutionis polliceatur, sed beneficio Principis vt in *l. penul. ff. de acqu hered. iunct. l. cùm quidam.* 10. *in princip. & l. Pannonius.* 86. *eod.* In iis enim omnibus speciebus subuenitur vel à Principe vel eo mandante à consulibus, & citra restitutionem in integrum, non à prætore. Hoc casu multo fauorabilior causa est illius qui talem habet coheredem, cùm longè minùs possit ei imputari, cur non præuiderit fore vt posset cohe-

tes

res beneficio Principis abſtinere. Ergo non erit arctandus vt vel totum corpus patrimonij hereditarij agnoſcat vel à toto recedat, nec ad aliud obligandus per prætoré niſi vt pro parte illa ſua hereditaria actiones quoque hereditarias ſubire cõpellatur, quibus & ipſo iure inuenitur obſtrictus. Ex eóque intelligimus falſam eſſe aut mancam traditionem Bartoli diſtinguentis ſupradicto loco, An coheres qui ſe abſtinuit id faciat ſuo iure, an beneficio reſtitutionis in integrum, & concludentis, Omni caſu quo ſe abſtineat aliter quàm per in integrum reſtitutionem id ſeruandum eſſe quod ſcriptum eſt in *d.l.cum hereditate*. Cur enim deterior ſit conditio eius, cũius coheres ſe abſtineat non iure aliquo ſiue ordinario ſiue extraordinario, ſed ex mera Principis indulgentia quam nec ſagaciſſimus quiſque prævidere potuerit, & quæ inter caſus fortuitos omnino ſit adnumeranda? Illud planè non inficior, ſi alius coheres qui partem ſuam vltro agnouit paratus ſit nec recuſet vniuerſa onera hereditaria ſubire, vtrumque ipſi permittendum eſſe vt & totius hereditatis bona retineat, & ſolus creditoribus hereditariis reſpõdeat niſi ſolus heres eſſet: quomodo
15 Scæuola † reſpondet in *d.l.penult.* vbi ratio dubitandi illa erat propter quam videtur non eſſe dandas in ſolidum actiones aduerſus eum quamuis volentem, quod neque heres re vera eſſet niſi ex parte, neque pro herede in ſolidum haberi poſſet per prætorem qui coheredem non niſi beneficio Principis abſtentũ non eo minus haberet pro herede. Illos enim demum qui abſtinuerunt pro non heredibus prætor habet, qui ipſius prætoris beneficio abſtinuerunt ſiue ex illa edicti parte qua ſuis & neceſſariis heredibus omnibus abſtinendi beneficium citra vllam cauſæ cognitionem prætor dedit, ſiue ex illa quæ læſis minoribus auxiliũ reſtitutionis pollicetur. Eos verò qui beneficio Principis abſtinuerunt non eodem loco apud prætoré habendos eſſe videbatur. Et quemadmodũ non eſt in poteſtate illius qui re vera heres eſt quominus directis actionib. hereditariis teneatur quãtumuis ſe abſtineat. Ita nec è contrario in poteſtate illius eſt qui coheredem habet nõ ſolùm reipſa heredem, ſed quem etiam prætor heredis loco habeat, vt actionib. hereditariis ſiue directis ſiue vtilibus in ſolidum conueniatur, ſiquidẽ actionũ ſiue dandarum, ſiue denegandarum ratio non ex illius in quem dantur, voluntate pendet, ſed quantum ad actiones directas ex mera iuris poteſtate, quantũ verò ad vtiles, ex ſola prætoris iuriſdictione & æquitate. Porro non videntur ad prætoris iuriſdictionem aut æquitatem curámve pertinere illi qui aliunde quàm ex ipſa prætoris iuriſdictione abſtinendi conſilium ac beneficiũ ſumpſerunt. Cur non ergo directas quoque actiones in eos dare poſſit & debeat? Hoc verò ſi ita eſt, quonã obſecro colore dedit in ſolidum vtiles aduerſus eum quem non habet pro herede niſi ex parte quamuis paratus ſit ille pati vt in ſolidũ conueniatur? Aliud tamen Scæuolæ iudicium eſt in eum qui effectu ſolus heres remanſit, id eſt omnia vt ſolus heres egit, pro eorũ quoque portionibus qui beneficio principali hereditate abſtinuerint vtilem actionẽ dari debere aut potius ſolere. Nam cùm quæſtio ſic concepta eſſet an illa vtilis actio dati deberet, Reſpondet Scæuola mutato quæſtionis verbo *Solere pro parte eorum qui ſe abſtinuiſſent actiones in eum decernì qui adiiſſet & maluiſſet integra onera hereditaria ſubire*. Vt intelligamus id fieri non tam ex ratione aliqua iuris ſiue ciuilis ſiue prætorij, quam vt puto veneratione autoritatis Principis, ne durius tractentur qui ab ipſo Principe legum patre ac magiſtro, quàm qui à prætore iuris ciuilis miniſtro & cuſtode beneficium abſtentionis acceperunt. Diuerſa quæſtio eſt quam ex
16 Ariſtone Pomponius tractat † in *l.vlt.eod.tit.* Ibi enim agitur de abſtentione facta per filiam eandémque neceſſariam heredem non ex indulgentia principali, ſed ex edicto prætoris. Ideóque cùm altera filia ſe paterna hereditate abſtinuiſſet, altera verò paterna bona in ſolidum vindicaret totumque onus ſuſcipere parata eſſet rectè prætor cauſa cognita hereditarias actiones vtiles daturum ſe pollicitus erat ei quæ ad hereditatem patris accederet, denegaturumque illi quæ ſe abſtinuerat. Nempe quia eam quæ ſe ex edicto abſtinuerat non poterat habere heredis loco ſalua ipſius edicti autoritate. Rectè verò Põponius poſt Ariſtonem *altera bona paterna vindicaret*. vt & in *d. l. ex contractu. & ita bona defuncti ad ſubſtitutum vel ad coheredes peruenerunt* vſurpato *bonorum* nomine non *hereditatis* quia cùm adeſt neceſſarius heres etiam qui nunquam ſe immiſcuerit ſed ſe abſtinuerit, nulla amplius hereditas eſt, nulla portio hereditaria quæ poſſit adcreſcere aut deficere, ſed bona ſunt, quæ vel vacare neceſſe eſt & vindicari à fiſco, vel quod multo æquius eſt, ac tam prætoris quàm defuncti patris voluntati conuenientius, ad coheredem peruenire non tam adcreſcendi iure, quáve alia iuris ratione, quàm ex illa æquitate quod paratus ipſe ſit actiones hereditarias in ſolidum excipere acſi ſolus heres eſſet. Nam & id creditoribus hereditariis commodius eſt ne in plures aduerſarios diſtinguantur quod plerunque maximè incommodum eſt *l.& ancillarum* 27.§.*vlt. D.de pecul.* maximè cùm nouus aduerſarius obiicitur fiſcus, cuius conueniendi multo maior difficultas eſſe creditur, propter tam multa priuilegia quæ habet ſiue agat ſiue conueniatur. Ex eo autem verbo *maluiſſet* quo vtitur Scæuola in *d.l. penult. in fin.* intelligimus aliud eum fuiſſe reſponſurum ſi filia noluiſſet integra onera hereditaria ſubire, ſuáque portione contenta eſſe maluiſſet. Tunc enim proculdubio mittendi fuiſſent coheredes in poſſeſſionem partium coheredum *d.l.ſi minor.*61. *eod.* Cur verò non niſi vtilibus actionibus teneatur filia quæ parata eſt integra onera hereditaria ſubire, ratio non obſcura illa eſt quam nos iam attigimus, quod actiones directæ pendent ex mera iuris ratione, non autem ex illius in quem dantur, at ne quidem ex ipſius prætoris voluntate: verum autem eſt hanc filiam non eſſe heredem pro portionibus coheredum qui re vera heredes manent, directas porro actiones hereditarias non competere niſi contra heredes. *leg.*1. *C.ſi cert.pet.l.vl. C.de hered.act.l.* 2. *C.ſi vnus ex plurib.her. debit.* Augebatur tamen ratio dubitandi apud Scæuolam, quod Seia non tam ex contractu hereditario quàm ex coheredum promiſſione pro ipſorum portionibus conueniri videbatur. Sed promiſſioni cauſam dederat hereditas, ob idque negari non poterat quin eſſet id onus hereditarium vt ſcriptum eſt in fine legis. Quamuis & ea actio quæ contra defunctam competierat, per iudicatum nouata & perempta eſſet *l.delegare* 12. §.1. *l.alia* 29. *D.de nouat.l.vlt.verſ.ſi enim Co. de execut.rei iudic.* quæ tamen actio vt hoc obiter obſeruemus, non pro vſuris dotis ſed pro ſola ipſa dote competiiſſe videbatur. Nihil enim vſurarum nomine defuncta ſpoponderat, ſed tantum pro vſuris in exhibitionem, vt lex ait, certam ſummam præſtabat: ex qua præſtatione per eam continuata quandiu vixerat, nulla quidem contra eam nata erat obligatio vt in poſterum eaſdem continuare cogeretur. *l.ſi certis annis* 28. *Cod. de pact.* ſed tamen nata fuerat contra heredes, vt poſt ipſius mortem eaſdem vſuras præſtare cogerentur vt & in *l.cum de in rem verſo* 6. *ff.de vſur.* eſtque hic caſus ex iis in quib. plenior eſt obligatio heredis quam fuerit defuncta vt in *l.ſi per imprud.*31.§.*non mirum ff. de euic.* Et hæc quidem ad Scæuolam ſufficiant. Sed vt redeamus ad Marcianum † in *d.l.cum hered.* non tantùm illud in 17

eo

ea ſpecie dignum eſt obſeruatione quod lex ait licere vni ex coheredibus propter alium abſtinere, qui per ſuam perſonam non poſſet (nam & aliàs plerumque id euenit vt propter alium capax quis fiat qui per ſe non eſſet vt in *l.ſi is qui duos 29. D.de lib.legat.l. & per iuſiurandum 13. §. ſi fideiuſſori ff. de acceptil.l. decurio 4. ff.de decur.*) ſed illud etiam quod neſcio an alio vllo caſu contingat, vt is qui totam hereditatem poſſidet, actionéſque hereditarias in ſolidum habet non tamen teneatur creditoribus niſi pro parte, nec tantùm ex æquitate, ſed quod magis mirum eſt ipſo etiã iure : Scilicet quia nec niſi pro parte ipſo iure heres eſt, quod autem habet actiones in ſolidum, directas quidem pro parte ſua, vtiles verò pro portione coheredis qui ſe abſtinuit, non tam fit ex iuris ratione quàm propter conditionem ei delatam à creditoribus qui ſe ipſius portione contentos eſſe dixerunt. Sed & notandum eſt quod in *l. ſeq.* ſubiungitur ex Marcello & Vlpiano ſi ex pluribus illa coheredibus deceſſiſſet is qui ſe immiſcuerat hereditati, deinde alter ſe abſtinuiſſet, eandem conditionem deferendam eſſe heredi eius quæ & ipſi deferretur. Sic enim ea lex continuanda eſt cum præcedente, Habétque rationem manifeſtam, quia ſi nihil poteſt imputari ei qui poſterior ſuam portionem agnouit, multo minus heredi ipſius poteſt. Non eſt autem quod quemquam turbet verbum *abſtinendi* quo vtuntur Iureconſulti ſupradictis locis tum etiam cum agunt de extraneo herede, vel de ſuo pubere qui abſtentionis beneficium amiſerit per immixtionem. Etſi. n. abſtinere propriè dicuntur ſui heredes, non etiam extranei quorum eſt repudiare, & ex ſuis ij ſoli quib. prætor edicto dedit beneficium abſtentionis, hoc eſt qui vel nunquam, vel non niſi in pupillari ætate ſe immiſcuerunt. *d.l. neceſſariis.* Attamen iis quoque idem verbum conuenit qui hereditatem quam ſibi iam acquiſierunt omittere poſtea volunt ſiue emancipati ſint, ſiue quod parum hac in re diſtat omnino extranei vt in *l.1.§.ſi quis adita ff.ad SC. Tertyll. etſi ex modica 6. §.ſed etſi ff. de bon. libert.l.ſi mulier 21.§. vlt. ff. quod met. cauſ.* Abſtinere namque propriè dicimus ab iis quæ iam noſtra ſunt, repudiare verò illa, quæ nondum noſtra ſunt ſed nobis tantùm delata *l.1. §. decretalis ff.de ſucceſſ.edict. l. ſi ita ſit ſcriptum 45.§. ſi ſub conditione De leg.2.* Et ita accipio quod ſcriptum eſt in *d.l. neceſſariis ad fin.* prætorem in integrum reſtituere tam ſuos heredes quàm extraneos minores anni viginti quinque qui damnoſam hereditatem inconſultò adierunt, Vt nimirum eos reſtituat non ad repudiandam hereditatem, non enim repudiari poteſt quod iam ſemel acquiſitum fuit *dict.§. decretalis*, ſed vt poſſint ſe abſtinere. Quæ res facit, vt tum quoque cùm alius coheres qui portionem ſuam agnouit paratus eſt integra & vniuerſa onera hereditaria ſubire, non tamen directis actionibus teneatur pro parte illius qui ſe ſubſtinuit ſed vtilibus, ſiue Principis ſiue prætoris beneficio abſtentum proponatur. *d.l.pen. & vlt. ff.de acquir.hered.* quod tamen non ita eſſet in portione agnita & per abſtentionem omiſſa verè locum haberet ius adcreſcendi vt vult Bartolus, cuius ſententiam vel hac vna ratione manifeſtiſſimè conuinci arbitramur. Actiones enim hereditariæ proculdubio ſunt directæ quæ contra heredem competunt ex cauſa portionis adcreſcentis non minus quàm quæ ex cauſa portionis hereditariæ ab eo primùm agnitæ & acquiſitæ.

ERROR IX.

De beneficio vt vocant l.hereditate 55. D. de acquir. vel omitt.hered.

SVMMARIA.

1 *Varia Bartoli peccata in explicatione l. cùm hereditate. 55: Digeſt. de acquirend. hered. referuntur & refelluntur, & d.l. ſententia exponitur.*

2 *Differentia inter ſuum heredem qui ſe abſtinuit, & emancipatum qui non adiit.*

3 *An heres qui non confecit inuentarium ſolemne amittat beneficium l.cum hereditate.*

MVLTA alia peccat Bartolus in explicatione *d.l.cùm hereditate.* Inter cætera † verò cùm ad obiectionem quam facit ex *d.l. ſi minor.* vt probet huic heredi qui habet coheredem ſe abſtinentem non eſſe tribuendam electionem vt vel totam hereditatem agnoſcat, vel à tota recedat ; reſpondet ibi abſtentum fuiſſe coheredem per reſtitutionem in integrum cùm iam audiuiſſet : At in ſpecie *d.l.cùm hereditate.* nunquam adiiſſe. Nam prætet id quod poteſt dici ſuum neceſſarium heredem non minus heredem eſſe etiam citra immixtionem, quàm qui ſe immiſcuit, aut qui heres factus eſt per aditionem. *l.1.§. qui ſunt in poteſtate. D.ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.* Itémque, poſſe Marciani ſententiam in illo etiam procedere, qui ſe immiſcuerit, ſi fortè pupillus proponatur, cui permiſſum eſt vt ſe abſtineat citra reſtitutionem, tametſi ſe immiſcuerit tutore quoque ſi voles autore *l. neceſſariis §7. D.de acq.her.l.penul.D.de autor.tutor.* Illud etiam falſum eſt quod Bartolus pro vero habet, in ſpecie *d.l. ſi minor.* coheredem minoris in integrum reſtituti, non habere electionem quam dat Marcianus in *d.l. cum hereditate* vt totam hereditatem agnoſcere poſſit ſi integra onera hereditaria ſubire velit. Etenim ſi verũ eſt, vt eſt, quod in præcedentibus diſputauimus, fauorabilioré eum eſſe cuius coheres abſtinet per in integrum reſtitutionem, quã cuius coheres abſtinet ſuo iure, cur non ei demus electionem, quã alij qui minùs fauorabilis eſt damus ? Idque etiam apparet ex *d.l. pen. eo. tit. De acquir. hered.* vbi eadem electio datur etiam illi qui habeat coheredem beneficio Principis ſe abſtinentem poſt agnitam ab omnibus heredibus hereditatem. Bartolum fefellit quod vidit eo caſu, quo per in integrum reſtitutionem coheres abſtinuerit, non cogi alium coheredem totam hereditatem derelinquere, ſi in ſolidum creditoribus teneri nolit, ſed poſſe illum impunè dimidiam partem retinere, nec niſi pro ea parte cogendum ſatisfacere creditoribus, quib. pro reliquo hactenus conſulatur vt in bonorum alterius partis poſſeſſionẽ mittantur. In eo namq; fatendum eſt aliã eſſe rationẽ illius de quo agitur in *d.l. ſi minor*, aliam illius de quo in *d.l.cum hereditate.* Sed cùm hactenus diuerſa ſit vt in hoc ipſo ſit melior, cur volumus eſſe deteriorem in eo vt ob hoc ſolum quod totius hereditatis onera ſubire inuitus non cogitur, nec volenti vniuerſa ſubire concedatur ? In quo.n. habet eares iniuriam ? Aut cui poteſt nocere ac non potiùs prodeſſe, quod creditoribus in ſolidum venit ſatisfacere? An non etiã defuncti exiſtimationi ea ratione meliùs conſulitur, quã ſi creditores in poſſeſſionẽ partis bonorũ mitterentur, eaque pars ſubinde vrgentibus creditoribus publicè venderetur? Rurſum quod addit Bartolus conſtituendam eſſe hac in re differentiã inter fidei

fideic ommiſſarium & heredem ex *l.antep. D. ad SC. Trebell.* nõ eſt probabile. Ibi enim Scæuola nõ tantùm dat electionem fideicommiſſario cui pupillus partem hereditatis reſtituerat, vt eodẽ pupillo poſtea ſe abſtinente vel in totum agnoſcat hereditatem fideicommiſſarius vel à tota recedat, ne alioqui factum improuiſum pupilli noceat fideicõmiſſario cui nihil imputari poteſt, ſed etiã ſubiicit *vel potius omnimodo vẽdenda eſſe bona vt* creditoribus ſatisfiat & ſi quid reliquum erit dimiſſis creditoribus totum id pupillo ſeruetur. Quod quã rationẽ habeat ſcripſimus in *Err. vlt. Decad.* 30. Itaque quod de herede habente coheredẽ ſe abſtinentem vtroque caſu ſcriptum eſt in *d.l. cum hereditate* & in *d.l. ſi minor* ſiue abſtinuerit ſe coheres poſt aditionem aut immixtionem ſiue ante, id vtrumq; de fideicõmiſſario ſcribit Scæuola in *d.l. antepen.* vt & habeat electionẽ quã Marcianus dat in *d.l. cùm hereditate* vel totam hereditatem agnoſcendi vel totam derelinquẽdi & præterea priuilegium quod Macer dat ei qui coheredem habet in integrum reſtitutum in *d.l. ſi minor*, ex ea electione vt non cogatur fideicommiſſarius ſi malit partem ſuam fideicommiſſariam retinere ac pati vt alterius partis bona vendantur, quod & fauore pupilli omnimodo faciendum eſſe lex ait. Alius Bartoli error eſt quod electionem illam quam dat Marcianus in *d.l. cum hereditate*. vult præſtari heredi iure actionis, eamque actionem dicendam eſſe condictionem ex illa lege quod eſt ridiculum. Quis enim vnquam audiit dari actionem ei qui ſit ipſe obligatus & in eos quibus ſit obligatus? Aut quid eget actione is qui ſatis proſpicere ſibi poteſt per exceptionem cùm à creditoribus conuenietur? Nam nec Bartolus negat poſſe huic heredi ſufficere exceptionem ſi in ſolidum cõueniatur à creditoribus, nec deferant ei conditionem quod contenti ſint ipſius portione. At ille grauior eiuſdem Bartoli error eſt, quod vult in ſpecie *d.l. cùm hereditate*. non permitti heredi hanc electionem vt vel totam hereditatem agnoſcat vel à tota recedat, niſi propter creditores. Ex quo infert ille non ſolùm ſi nulli ſint creditores tali electione locum non eſſe ſed etiamſi ſint qui tamen heredem moleſtare, vt ipſe loquitur, nolint, licèt in hereditate ſint aliæ implicationes, quæ forte requirant laborem vt ipſe loquitur, animi & perſonæ. Nam immo verò nihil aliud Marcianus exigit niſi vt ab hereditate patris neceſſarius heres ſe abſtineat quod ad hoc vt coheredi ſiue ſuo ſiue extraneo deferri conditio debeat an totum agnoſcere an à toto recedere malit. Illud enim duntaxat lex intuetur, vt qui oneribus & negotiis hereditariis noluit implicari niſi pro parte hereditatis integra ea ſuſcipere nõ cogatur. Nemo autem neſcit poſſe multa eſſe onera & negotia hereditaria etiamſi nulli ſint creditores, cùm poſſit ſufficere ad multos iuſtè deterrẽdos metus ſolus æris alieni plerũque latentis diu, aut intricationis negotiorũ aut vexationis, aut quorundã offenſæ vel inuidiæ, vt ſcribit *Vlp in l. 4. D. ad SC. Trebell.* vbi elegãter ob hãc cauſam ait non debere præſcribi heredi inſtituto cur metuat hereditatẽ adire vel cur nolit, cùm variæ ſint hominũ volũtates: quod & Iulianus ſentit in *l. ſi in teſtamẽto 22. in fi. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Quo exemplo ſimiliter dico in ſpecie *d.l. cũ hereditate*, præſcribi nõ debere heredi ſiue ſuo ſiue extraneo qui partẽ ſuã agnouit, cũ pro alia parte haberet coheredẽ ■ hereditariis oneribus obſtrictũ, cur noli. totã hereditatem retinere malitque à tota diſcedere, cùm portio coheredis omiſſa fuit per abſtentionem. Sufficit enim quod dicat nolle ſe totius hereditatis onera ſuſcipere, licèt ſuæ voluntatis cauſam adferat nullam. Alioqui paulatim dicendum erit nec ſi multi ſint creditores qui hunc ex parte heredẽ inquietent, ei tamen dandã eſſe electionem ſi hereditas locuples eſſe videatur, & quouſque damnoſa probetur. Quid enim poteſt heredis intereſſe quod multi ſint creditores ſi locupletiſſima ſit hereditas? Niſi forte quod vexationẽ timere poteſt. Atqui vexationis materiam alia multa præbere poſſunt etiamſi nulli ſint creditores, & ſunt quidam adeo delicati vt vel ipſa negotia timent, etiam citra vexationem. Non ergo inſpiciendum eſt an aliqui creditores ſint, ſed illud tantùm an heres ex parte factus totam hereditatem retinere malit, an à tota recedere. Cur enim cogatur heres viuere in continuo & perpetuo metu à quo liberandi ſe & voluntatem & ius habeat? Aut cur ei adimatur hæc electio ob id ſolùm quòd à creditoribus hereditariis nondum inquietetur ſi in eo eſt vt ab iiſdem inquietari quandocunque poſſit? Deceperunt Bartolum verba illa Marciani *ſi tamen creditores dicant ſe contentos eſſe eius portione, quia non poteſt exonerare niſi deferatur conditio* quæ ille ſic accepit acſi ſcriptum eſſet non eſſe dandam heredi hanc electionem niſi à creditoribus ipſi deferatur: Quod falſum eſt & à Marciani ſenſu alienum. Vult enim Marcianus dicere heredem ex parte qui ſuam illam partem agnouit etiam poſt acquiſitionem alterius partis in perſona coheredis factam non poſſe exonerari quominus pro illa parte quam ſponte agnouit remaneat implicitus oneribus hereditariis niſi à creditoribus deferatur ei cõditio vt exoneretur. Sed non facit ea res quin creditoribus quoque inuitis electionem habeat totorum bonorum vel omittendorum ſi creditores contra eum agere in ſolidũ velint: Poſtquam nec aliter poteſt illo recuſare quominus tota hereditaria onera ſubeat quã ſi totã hereditatẽ derelinquere ſit paratus. Itaque ſi è cõtrario dicant creditores ſe cõtentos eſſe huius portione, non habebit heres electionẽ omittẽdæ totius hereditatis, Ne in ipſius poteſtate ſit exuere obligationẽ quã ipſe ſpõte adeũdo, contraxerit. Planè quod Bartolus refert ſe ex facto reſpõdiſſe, Cùm filia matris hereditatẽ ſibi pro parte delatã adiiſſet, atq; ita eius partis vſumfructũ patri ſuo quæſtuiſſet, poſtea ſuperſtite filio deceſſiſſet, qui deficientẽ ſubinde portionẽ coheredis nolens agnoſcere totã hereditatẽ repudiare malebat, vt tandẽ ex propria perſona ſuccedẽs nullã vſusfructus partem auo materno relinqueret: Nõ eſſe nepoti hãc electionem dandam, ego bene à Bartolo reſponſum fuiſſe arbitror, ſed non ratione illa qua ſe motum fuiſſe ait, quod auus ille maternus vſumfructum haberet, non tanquam creditor matris, ſed tanquam filiæ ſuæ pater. At potiùs quoniam apparebat captari ab iſto nepote beneficium iuris in fraudem duntaxat aui, cùm non tam hereditatem ipſam omittere nepos vellet, quàm hereditatis retinendæ titulum, ex quo vſusfructus auo materno acquiſitus fuiſſet. *arg. l. ſi is qui bonis 91. De acquir. here.* Deinde quia ponit Bartolus coheredis portionem poſt filiæ mortem defeciſſe, quod ille proculdubio intelligit per repudiationem: Quo caſu non eſt dubitandum quin ius adcreſcendi verè atque ex iuris ratione in ea portione locum habeat, ita vt vnica aditione illa per filiam facta licèt vnius tantùm portionis, tota nihilominùs hereditas adita eſſe, & conſequenter exinde totius hereditatis fructus patri quæſitus fuiſſe intelligatur. At diſſimilis omnino caſus quem tractat Marcianus in *d.l. cum hereditate*, in quod ſcilicet neceſſarius patris ex parte heres ſe abſtinuiſſe proponebatur, & ita acquiſitam non deficientem portionem miſiſſe: quæ res non cadit in quæſtionem à Bartolo propoſitam de hereditate matris, cùm fœminæ non habeãt filios neceſſarios heredes, quia nec ſuos heredes habent *l. illud 4. § ad teſtamẽta D. de bon. poſſ. contr. tabul.* Sed naſcitur hic error Bartoli ex alio eiuſdem

errore vt ſolet ille errores ex erroribus ferere. Putat enim Marcianũ hanc electionẽ de qua agimus coheredi ſiue ſuo ſiue extraneo dare, illo etiã caſu quo portio coheredis deficiat, dũmodo nõ defecerit antequàm is cui datur electio, fuerit factus heres. Hoc verò falsũ quoq; eſt. Nõ. n. tam ad id reſpicit Marcianus quod ſui aut extranei heredis coheres repudiauerit vt loquitur Bart poſt acquiſitã alij iã partẽ hereditatis, quàm ad id quod ea pars quæ per neceſſarij heredis abſtentionem omittitur fuiſſet ei ante abſtentionẽ acquiſita, & quidem ipſo iure tanquã neceſſario heredi. Vt proinde nihil poſſit imputari coheredi ſiue neceſſarius heres ille ſit qui tamen vltro ſe immiſceat, ſiue extraneus qui ſponte partem ſuam hereditatis adeat cui heres eſſe voluerit, niſi quod ad hoc, vt pro ea parte quam adiit obligetur, non etiam vt totius hereditatis onera ſubire compellatur, cùm poſſit cauſari rectè & probè ſi neceſſarius & ſuus heres eſt, æquè ſe abſtenturũ fuiſſe, aut ſi extraneus repudiaturũ niſi aliã partẽ iam ſuo coheredi acquiſitam vidiſſet. Neque ſanè ad obligandũ ex toto aſſe heredem etiam qui ex ſemiſſe tãtùm, hereditatem agnouerit, quicquam refert an partem illã agnouerit ante an poſt coheredis repudiationem, ſed tantum an poſt an ante coheredis agnitionem quoniam quiſquis partẽ hereditatis adit, alitérve agnoſcit, puta per immixtionem priuſquàm coheres aliam partem ſibi delatam adierit, is proculdubio intelligitur adire ea conditione vt periculum ſubeat totius hereditatis acquirẽdæ in eum ſcilicet casũ quo contingat alteram portionẽ repudiari *l. qui ex duabus* 53. §. 1. *de acq. her.* ſcit enim aut ſcire debet euenire poſſe vt repudietur, tũque per repudiationem verè deficiens, etiã verè adcreſcat non minùs quàm ſi eo tempore quo ipſe partem ſuam agnoſcit iam repudiata eſſet pars coheredis aut per abſtentionẽ omiſſa vt in *l. ſi duo.* 38. *eod.* Quod non idem dici poteſt de illo qui partem ſuam non prius agnoſcit, quam videat aliam partẽ iam coheredis acquiſitam eſſe ſiue ipſo iure tãquã ſuo & neceſſario, ſiue per aditionẽ tanquã extraneo, cum ex eo tempore quo fuit acquiſita certũ ſit numquã poſſe illã repudiari alitérve deficere nec proinde adcreſcere inuito vt diſputauimus capite præcedẽti. Nec mouere quẽ debet quod diſputat Bart. ſuum heredem tantùm conequi per beneficiũ abſtinẽdi quantũ ſi eſſet emancipatus ex *l. nam nec emanc.* 89. *de le.* 1. & *l. pro herede* 20. §. *Pap. de acq. her.* Id. n. ita debet accipi vt perinde habeatur pro nõ herede apud prætorẽ quantum ad hoc ne à creditoribus hereditariis conueniri poſſit acſi eſſet emancipatus nec adiiſſet. Cæterum illa ſemper differentia † eſt inter ſuũ heredẽ qui ſe abſtinuit & emancipatum qui non adiit, quòd hic nullomodo heres eſt, Ille verò etiã poſt abſtentionem non modo heres manet iure ciuili *d. l. cum quaſi* 30. §. *ſed etſi ſuus de fideic. libert.* ſed & apud prætorẽ habetur pro herede in omnibus extra cauſam ſupradictam æris alieni, vt contra eundem Bart. diſputauimus Decade 30. & 31. Proinde multo minus eſt quod imputetur adeunti vel ſe immiſcenti qui coheredem iã habeat ſuũ & neceſſarium heredem quamuis habentem ius abſtinẽdi dummodo ſe nondum abſtinuerit, quàm ei qui habet coheredem emancipatum aùt extraneum: cùm ius ſui heredis etiam ſe abſtinentis impediat ius adcreſcendi, cui locũ facit repudiatio ſiue extranei ſiue emancipati. Et in hoc rurſum errat Bart. quod electionem illam quam Marcianus dat heredi, qui coheredem habet iã factũ heredem vt vel totam hereditatem poſſit agnoſcere vel à tota recedere Bart. beneficium appellat. Nec. n. beneficiũ videri poteſt quod ex mera iuris ratione proficiſcitur: Mera autem iuris ratio facit pro iſto herede ne in ſolidũ teneatur quia ius adcreſcendi non poteſt locum habere in portione iam acquiſita. Immo dicenda potius eſſet iniuria illa quæ fit ei, quatenus cogitur vel partem ſuã bene agnitam omittere vel totam hereditatem agnoſcere. Poſſet enim ille pro ſuo iure petere vt ſibi portionem ſuam retinere liceret, alterius verò partis bonorũ poſſeſſio creditoribus daretur, vt & in *d. l. ſi minor.* 61. *D. eod.* ne captioſum ei eſſet beneficium abſtentionis quod prætor dat coheredi *l. Paulus notat.* 8. *de pact. ſtipul.* niſi contra eum faceret ratio illa æquitatis quod proſpicere potuit & debuit futurum vt coheres qui non niſi neceſſarius heres eſſet, necdum ſe immiſcuiſſet, abſtinẽdi ius haberet, & quidem ex propria voluntate, ita vt nec ei neceſſe eſſet adire prætorẽ *d. l. ei qui* 12. *eo.* vt proinde in effectu parum diſtaret ab eo qui repudiandi liberum ius haberet. Quæ ratio non ſimiliter ei obſtat cuius coheres iam adiit aut ſe vltro immiſcuit adeò vt hereditatẽ amittere amplius non poſſit niſi per auxilium reſtitutionis: Ideoque mitius cum illo agitur non vt maius beneficiũ ſentiat ſed vt minorẽ aut potius nullam iniuriam patiatur, In hoc nimirum quod etiamſi totius hereditatis onera ſubire nolit, non tamen cogitur portionem ſuã omittere ſed eius perinde retinendæ ius habet acſi coheres non fuiſſet reſtitutus, & hoc amplius quod ſi partem quoque reſtituti coheredis habere, integraque onera hereditaria ſuſcipere velit, poteſt. Ex quo apparet quid reſpondendũ ſit ad quæſtionem illam quam ſubinde Bart. tractat, Vtrũ † heres qui non confecit inuentarium ſolemne amittat beneficium *d. l. cum her.* Cur. n. amitteret ſi beneficium hoc dicendum non eſt, quippe quod habeat ex iure communi? Idque & Bart. ipſe reſpõder, ſed alia ratione. Quoniam, inquit, non alia pœna eſt heredis non confitentis inuentarium quàm vt creditoribus teneatur in ſolidum ſcilicet pro qua parte heres eſt, vt falcidiam ex legatis ac fideicom. deducere nullam poſſit. Quod etſi verum eſt in hoc tamen perpetuò errat Bart. quod de huiuſmodi electione ſemper ſic loquitur, quaſi beneficium aliquod ſit à Marciano datum & inductum, & quod non debeat heres habere niſi eo dignum ſe vel ſaltem non indignum oſtendat. Cùm è contrario pœna dicenda potiùs eſſet ſi huic heredi auxilium iuris communis denegaretur. Neque verò Marciani fuit vllum beneficium inducere aut concedere, ſed tantùm de eo quod in iure cõmuni poſitũ erat reſpondere. At non illud æquè verũ eſt, quod ſubdit Bart. Si hic heres non ære alieno defuncti, ſed tantũ legatis oneratus eſſet, non fore audiendum illũ ſi hanc ſibi electionẽ adrogare vellet hereditatis totius vel amplectendæ vel omittendæ. Nã quod ait legatorũ onus quãuis ſit æs alienum heredis non tamen eſſe æs alienũ defuncti, ob idque nec ad illud vnquã obligari heredẽ ſupra vires hereditarias ex *l. 1. §. pe. D. ad SC. Trebell.* & *l. ſi vniuerſa* 15. *D. de l.* ad rem omninò non pertinet. Sufficit enim eſſe onus hereditariũ, quod vtique negari non poteſt, cùm hereditariarũ actionum loco habeant legata quãuis ab herede incipiãt *l. her.* 44. *D. de obli. & act.* Prius autem eſt vt quæramus an onera hereditaria ſubire velit heres aut debeat, quàm vtrum habeat vnde ſubire poſſit. Atqui ratio iuris eũ de quo agimus nõ obligat vt cogatur ſubire niſi pro qua parte heres eſt, cum per legem ipſam duodecim tabularũ & ipſo iure onera omnia hereditaria diuidantur pro hereditariis portionibus inter coheredes *l. 1. C. ſi cer. pet.* Satisque durè cũ illo agitur in hoc quod non ei permittitur portionẽ ſuam hereditariam, quã ſolã adiit retinere, quin vniuerſa onera hereditaria ſuſcipiat coheredisque partẽ quæ dominũ iã habet nec adcreſcere amplius poteſt quaſi deficientẽ & adcreſcentẽ amplectatur. Cur ergo adhuc durius cum ipſo agatur, hactenus vt nec ei liceat totã hereditatem omittere, ſi id malit, quàm tota onera hereditaria ſubire? Nã ſi quis obiiciat rationẽ iuris contra eũ facere, quæ nõ patitur vt ſemel acquiſita portio poſtea omittatur, Reſpondebo rationẽ hanc bonã fore ſi vellet hic heres exonerari abſolutè ac ſpõte vt ne quidẽ pro ea parte quã vltro adiiſſet creditoribus hereditariis teneretur. Non. n. hoc onus ſemel ſuſceptũ exuere vnquã poteſt niſi conditio ei à creditoribus deferatur. *d. l. cùm her.* Sed cùm huic exonerationi cõtra iuris rationẽ petendæ occaſionẽ & causã præbeat iniuria, quæ primũ ei fit propter coheredis abſtẽtionẽ, cũ prætor vniuerſa onera hereditaria in eũ vult conijcere acſi heres in ſolidum eſſet, qui re vera nec poteſt eſſe heres niſi pro par-

tem rum non eſt indulgeri ei non beneficij loco ſed in remedium arcendæ iniuriæ,vt ſi nolit totius hereditatis onera ſuſcipere,liceat ei derelinquere totam hereditatẽ potius quàm dũtaxat dimidiã retinere, & alterius dimidiæ onera recuſare. Hoc enim vnicum temperamentum eſt,propter quod videri poſſit accipere à prætore leuioré iniuriam,quæ proculdubio eſſet multo grauior & iniquior ſi ablata ei hac electione propriæ quoque portionis mittendæ vniuerſa hereditatis onera inuitus quoque ſuſcipere cogeretur.

ERROR X.

*De iure adcreſcendi in perſona illius qui ex ſpeciali iure admittitur in d.l.*mulieri 74. D.de cond. & demonſtr.

SVMMARIA.

1 *Ex ſententia Bart.& Accurſ.qui admittitur ad legatum de iure ſpeciali contra voluntatem defuncti non habet ius adcreſcendi.*
2 *Subdiſtinctio Bart. in quæſtione de iure adcreſcendi in perſona illius qui ex ſpeciali iure admittitur.*
3 *Iudicium autoris de Bart.diſtinctione & ſubdiſtinct.*
4 *Explicatur ſententia l.mulieri 74.D.de cond.& dem. & aduerſus Acc. & Bart.commenta aſſeritur.*
5 *Notantur complures Duareni & Fachinei erroret.*
6 *In caſu d.l.mulieri,tractari de iure non decreſcendi.*
7 *Emendatio d.l.mulieri expoſita.*
8 *Bartoli poſitiones falſæ.*

INTER cæteras tã multas diſtinctiones,quas noſtri adhibent in hoc tractatu De iure adcreſcendi nõ vltima illa eſt,quæ traditur à Bart.ad *l.re coniuncti n.42.& ſeqq. Deleg.3.*an is qui deficientem portionẽ per ius adcreſcendi petit,admittatur ipſe ad partem ſuã de iure cõmuni,an de iure ſpeciali,vt priore tantum caſu locũ habeat ius adcreſcendi,nõ etiam poſteriore ex *l. mulieri & Titio 74. D.de cond.& demonſt.*vbi hoc ipſum idem Bart.
1 poſt Accurſium notat. Eum † qui admittitur ad legatũ de iure ſpeciali contra volũtatẽ defuncti non habere ius adcreſcendi:ſubiungẽs ſolemnem eſſe legẽ illam & ſingularem,nec diſſimulans magnũ vt ipſe loquitur,de illa feſtũ ſe facere ad *d.l.re coniunct.*Quo tamen loco monet de hoc ſemper ſe dubitaſſe, nec concedere poſſe quòd ſimpliciter ſit verum.Itaque nouã ille ac propriã ſubiicit ſubdiſtinctionem †
2 in hunc modũ, Aut quis admittitur,inquit,de iure ſpeciali contra voluntatem teſtatoris & nõ habet locum ius adcreſcendi vt *d.l.mulieri.*Aut admittitur ſecundum voluntatem teſtatoris,quamuis de iure ſpeciali.Et tunc aut ille à quo petitur legatum ſuccedit contra teſtatoris voluntatem iure permittente puta per contra tabulas,& tunc etiam ceſſat ius adcreſcẽdi ex *l.3.§.ſed etſi coniunct.& l.filium 5.§ ſi legata D.de leg. præſt.*Aut ille à quo petitur ſuccedit ſecundum voluntatẽ defuncti,Et tunc eſt locus iuri adcreſcendi,licet legatarius petat de iure ſpeciali *d.l.filium.§. fin.*Ibi enim petitur legitum ab eo qui habet portionem hereditatis ex diſpoſitione defuncti.Et idem dicerem,inquit,in minore in integrum reſtituto ad legatum repudiatum.Nam credo habere illũ ius adcreſcendi,quãuis veniat de iure ſpeciali,vt *l.1.§.1. De collat.bonor.*Quod etiam patet euidẽti ratione.Nã portioni etiãſi ſit penes, extraneum præter defuncti voluntatẽ.Multo magis quando eſt apud aliũ ex voluntate defuncti.Qua.n.ratione idem dicendũ eſſe vult Bart. in is qui petũt vigore edicti,*Si quis omiſſ. cauſ. teſt.*Habere ſcilicet eos ius adcreſcendi cùm perinde teneatur iis qui ab inteſtato hereditatẽ poſſidet acſi adiiſſet ex teſtamento *l.D.ſi quis omiſſ.cauſ.teſt.*quia licet ſuccedat contra defuncti voluntatẽ,hoc tamen facit iure permittente,& in defuncti voluntate conſeruata etiã de iure ſpeciali locũ habent omnes leges teſtamẽtariæ. *l.1.§.lex falc. D.ad leg.falc.*Ac quoniã vidit Bart.poſſe obiici,eos qui ſuccedunt per contra tabulas venire de iure ſpeciali contra ius commune ex *l.quod vulgo 19. D.de bonor.poſſ. contr.tab.*itémq;contra volũtatem defuncti iure permittente,& tamen inter eos eſſe ius adcreſcendi, *l.ſi duobus 12.in princ.D.de bon.poſſ.cõtr.tab.l.1.§.ſi quis ex nepotibus D.de coniung.cum emancip.liber.eius.*Reſpondet prædictã diſtinctionẽ habere locum inter legatarios,ſed inter heredes qualitercũque ſuccedãt eſſe locum adcreſcendi ne quis decedat pro parte teſtatus & pro parte inteſtatus. Fatetur tamen quod ſiquidã ſuccederent de iure cõmuni & ſecundũ voluntatẽ defuncti , quidã contrà,illi qui ſuccederent ſecundũ voluntatem eſſent potiores in iure adcreſcendi,& vltimò deueniretur ad eũ qui ſuccederet contra voluntatẽ defuncti ex *l.ſed cum patrono 6.in prin. in vlt.exẽplo gl. D.d.bon.poſſ.*Item prædicta vera , inquit, in iure adcreſcendi:Sed ius non decreſcendi indiſtinctè habet locũ licet quis veniat de iure ſpeciali,vt colligitur ex gl.in *d.l.3.§.ſed etſi coniunct.*& in *d.l.filium §. vlt. De leg.præſt.*In ſumma diſtinguit plenè vtiũ quæras de iure non decreſcendi,an de iure adcreſcendi & cũ de iure adcreſcendi an inter heredes an inter legatarios. Ergo diſtinctiones † & ſubdiſtinctiones iſtas omnes cõmẽtitias eſſe puto & à rẽcti iuris ratione penitus alienas.Quibus cauſam certè dedit primus ille error & omniũ maximus, quòd putauit.Bart.Accurſiũ ſecutus non poſſe ius adcreſcendi eſſe in fauorem eius,qui ad partem ſuam admittitur de iure ſpeciali. Quaſi ea ſit Pap. ſententia † in *d.l.* 4
*mulieri.*ex quo tamẽ loco quiſquis Pap.mentẽ bene percipiet,contrariã potius inferet propoſitionem. Tractat Pap.eum caſum quo mulieri & Titio coniunctim fuerit vſusfr.fundi Corneliani, ſed vtrique ſub vnica illa conditione *Si mulier non nupſerit.* Et ait , ſi mulier nupſerit quando Titius & viuit & in eod.ſtatu erit,partem duntaxat vſusfr.eam habere.Non dubitat an ſaltem ſuã partẽ habere mulier debeat (hoc enim certum erat , cùm illa conditio *ſi mulier non nupſerit* quatenus mulieri iniuncta eſt cui perpetuam indicit viduitatem à lege remittatur)ſed de illo ſolũ An non niſi partem ſuam habere debeat,an verò totum vſumfructum. Dubitationem faciebat pro muliere vt totum vſumfructum habere videretur,quod fuerat illa cum Titio coniuncta in legato iſto vſusfr. Coniuncta inquam , quod magis eſt & re & verbis.Non enim potuerant vtroque modo melius coniungi quàm ita concepto legato,*Titio & Sempronio ſi Sempronia non nupſerit vſumfr.fundi Corneliani do lego.* Conſtat autem inter eos qui vel re tantùm coniuncti ſunt multo magis ſi & re & verbis locum eſſe iuri adcreſcengi,quia non habent partes ab initio, ſed tantum per cõcurſũ *d.l.re coniuncti 89. iunct.l.cõiũct.80.de leg.3.*maximè verò in vſumfr.eoque nunquam acquiſito nec proinde amiſſo,cùm etiam hoc ſpeciale habeat vſusfructus legatus,vt quamuis & acquiſitus & amiſſus ſit,nihilominus admittat ius adcreſcendi *l.1. §. interdum cum legib. ſeq. D.de vſufr.adcreſc.*Sed tamen Pap. contra mulierem reſpondet non habere illam niſi partem vſusfructus legati,Ratione non illa quam adferunt Accurſius, Bart. & cæteri tanquam Pap.ipſo vel ſubtiliores vel prudentiores,quòd ex ſpeciali non ex cõmuni iure mulier ad ſuã portionem admittatur,ſed alia planè diuerſa multóque elegantiore,quòd lex quæ mulieri huius cõditionis implendæ neceſſitatem remittit ſic accipienda ſit , vt non plus mulieri ex legato retinere concedat , quàm quantũ eſſet illa habitura ſi conditioni paruiſſet. Quid enim aliud eſt remitti conditionem quàm haberi vel pro non ſcripta , vel , quod effectu parum diſtat, pro impleta ne vnquam ſit implenda ? Nam & quæ impleta eſt, cùm deſinat eſſe conditio , neceſſe eſt ob hoc ipſum vt habeatur pro non ſcripta. Atquin etiamſi mulier conditioni paruiſſet , eo ſcilicet modo quo conditionibus negatiuis pareri poteſt , præſtita cautione Muciana de non faciendo non habuiſſet illa niſi partem vſusfructus legati , quandiu Titius & vixiſſet & in eodem ſtatu manſiſſet, hoc eſt capite diminutus non fuiſſet : quia conditionis implementum non minùs Titio quàm mulieri

lieri profuiſſet,nihilque obſtitiſſet quominùs in ipſius quoque perſona legatum vſusfr. pro parte conſiſteret cùm ſola morte vel capitis diminutione vſusfr. acquiſitus extinguatur, quoties neq; muratio neque interitus rei in qua vſusfr.conſtitutus eſt,neque conſolidatio interuenit.Non plus ergo iuris habere debet Sempronia quæ non paruit conditioni. Quis enim ferat plus iuris eam nanciſci ob id ſolùm quòd conditionem non impleuerit,quàm ſi impleuiſſet? Idque adeo verum eſt vt etiam Titius legatum repudiaret, ea tamen res mulieri prodeſſe non deberet ad totum vſumfr.conſequendum, quia cùm ipſe conditione defectus ſit muliere nubente ac proinde verum ſit dicere legatum quod non niſi ſub ea conditione datum ipſi fuerat *ſi Sẽpronia non nuberet* nunquam ei delatum fuiſſe,(ſiquidem legati conditionalis ante conditionẽ exiſtentem nulla delatio,ideoque nec tranſmiſſio vlla eſt *l.5.& paſſ.D.quand. dies legat. ced.l.cedere diem* 213. *De verb.ſignif.*) conſequens eſt nullius momenti eſſe repudiationem quæ præceſſerit delationem quoniam ea tãtùm vel nobis acquirere vel repudiare poſſumus quæ iam ſint nobis delata *l.ſi ita ſit ſcriptum* 45.§ *ſi ſub conditione de lega.*2.Ex quo intelligimus verba illa Pap.*qui conditione defectus eſt* nõ ideo adiecta eſſe quaſi aliud reſponſurus fuerit Pap. ſi ante defectam conditionem eaque adhuc pendẽte Titius legatum repudiaſſet (æquè enim eſt inutilis repudiatio quæ vtroque caſu fit ante delationem, ſiue delationis aliqua ſpes ſuperſit ſiue null)ſed quia eũ caſum tractabat quo iam defecerat conditio cùm mulier nupta proponeretur.Atque hic procul dubio Pap. ſenſus nec dubius nec obſcurus eſt: Quo admiſſo,fatendum eſt verba illa *quãdiu Titius & vivit & in eodem ſtatu erit* quibus tota legis difficultas ſi qua eſt continetur, nihil aliud præſeferre,quàm vt ſiue mortuo ſiue capite minuto Titio totum legatum habere mulier debeat: Alioqui minùs plenũ eſſet beneficium legis quæ remittit conditionem minuſq; conſequeretur ex beneficio legis mulier quàm habitura eſſet ſi conditioni paruiſſet,Quandoquidẽ impleta per cautionis Mucianæ remediũ conditione dubitari non oporteret, quin ius adcreſcendi foret inter Titium & mulieré,tanquã inter eos qui nõ ſolùm re & verbis cõiuncti eſſent ſed etiam in vſufr.cuius propriũ hoc ius eſt,vt etiam acquiſitus & amiſſus, nihilominus admittat ius adcreſcendi , quia perſonæ adcreſcit non portioni,ſemélq; legatus & acquiſitus quotidie nouus legari & conſtitui & acquiri intelligitur, vt ſupra diximus ex *d.l.1.§.interdum* 10.*ff.de vſufr.adcreſc.* Idẽ ergo adcreſcendi ius quod haberet mulier ſi conditioni paruiſſet , habere etiam debet non impleta conditione & conſequenter in eundem ipſum caſum,qui porro alius eſſe nõ poteſt quàm quo Titius vel mortuus ſit vel capite diminutus. In eoque valde imprudenter † hallucinatus eſt Franciſc.Duarenus *lib.1.de iur.adcreſc.c.vlt.* quãquam in hoc probatus ab And.Fachineo *lib.4.Controu.iur.c.99.*exiſtimans Titij quantumlibet mortui vel capite minuti portionẽ mulieri adcreſcere non poſſe,Illa tantũ ratione quòd Pap.dicat mulierem plus cõſequi non poſſe nubendo,& ſic conditioni non parẽdo,quàm conſecuta eſſet ſi conditioni paruiſſet , nec nupſiſſet. Tunc.n.dimidiam tantùm vſusfr.habuiſſet , inquit Fachin,quia Titius ſuam quoq;legati partem obtinuiſſet. At ego hucuſque quidẽ virorum doctiſſimorum ratiocinationem probo,ſed mancam eſſe dico ſi non progrediatur vlterius,falsã verò ſi progrediatur. Quãuis enim verũ ſit impleta per mulierẽ conditione futurum vt legati vſusfr.partem Titius obtenturus fuerit,non poſſis tamen ex eo inferre Titio poſtea mortuo vel capite minuto non æquè futurũ vt eius portio mulieri adcreſcere non deberet.Nã immò verò adcreſceret vt probauimus, ſit igitur omnino conſequens ratiocinationi. Pap. vt defecta quoq;conditione idem ius adcreſcendi & in eũdem caſum ſit ſaluum mulieri vt pleni ſimo legis fauorabiliſſimæ ac vtiliſſimæ beneficio perfruatur. Nec probabile eſt quod Fachineus tentat ſupradicta Pap. verba eò ſpectare vt intelligamus viuente Titio in eodémque ſtatu manente rationem dubitandi fuiſſe propter quam videretur mulier debere totũ vſumfr. habere,quòd cùm Titius conditione defectus nihil poſſet petere,admittẽda eſſet mulier ſaltem quoad ipſe viueret vt idẽ ipſum ius haberet,quod habiturus erat Titius ſi conditione defectus non fuiſſet. Multo namque maiorem fuiſſe rationem dubitandi pro muliere poſt mortem Titij quàm eo adhuc viuente apparet ex eo quod diximus & probauimus viuo Titio & manente in eodem ſtatu,non poſſe niſi partem conſequi mulierẽ quæ tamen eo ſiue mortuo ſiue capite minuto integrũ vſumfr. conſequeretur. Nam quod idem Fachineus addit , ſi mortuus eſſet vel capite diminutus Titius non eandem rationẽ facturam pro muliere,quia vel capitis diminutione vſusfr.finiatur,redeatque ad proprietatem , tanti viri ſubtilitate ac ingenio certè indignũ eſt,quia tũc recurrit ad proprietatẽ finitus vſusfr.cùm perſona coniuncta nulla eſt cui poſſit adcreſcere, cùm nemo vnquam dubitauerit quin potior hac in re ſit cauſa cõiuncti ſi modo vel re & verbis vel ſaltem re tantũ coniunctus ſit quàm proprietarij *d.l.2.& 3.De vſufr.adcreſc.* Atqui in ea ſpecie quam Pap.tractat erant mulier & Titius coniuncti, & quidem omnũ optimo maximóque cõiunctionis genere id eſt & re & verbis.Quid igitur impedire potuiſſet inter eos ius adcreſcendi? At lõge grauior alius Duareni error eſt exiſtimantis in hac ipſa ſpecie Titium quoque ſuam legati partem obtinere.Pugnat enim id apertiſſimè , non ſolum cum Pap. qui Titium conditione defectum eſſe ſcribit , ſed etiam cum eo quod idem Pap. ſcribit in *l. quia* 77.§.*Titio.e.tit.* Titium cui legatum eſt ſub ea cõditione ſi non nupſerit mulier , neque habere exemplũ cautionis Mucianæ vt ante nuptias mulieris petere legatum poſſit,neque ad legatũ admitti ſi nubẽte muliere portio defecerit, niſi illud ipſum legatum eidẽ mulieri reſtituere ſit rogatus quo caſu admittitur ad legatum propter ſolam mulieris perſonam vt fideicom.ei præſtare poſſit ,quod al oqui præſtare non poſſet ſi legatum ipſe non haberet.Idque etiã eſt quod Imp. Gordianus reſcribit in *l.1.C.de indict. vidui. tollend.* legatum alij quàm ipſi mulieri relictum ſub ea conditione *ſi mulier non nupſerit* contractis poſtea per mulierem nuptiis cõditione deficere,ideóque peti legatũ nequaquam poſſe. Cuius iuris ratio manifeſta illa eſt, quia per huiuſmodi conditionẽ ita cõceptã neque mulieri neque legatario viduitas iniungitur,ideóq; hæc conditio ſicut alia quælibet conditio habetur.Niſi cũ adiecta eſt in fraudem legis,vt in exẽplis ab eodem Pap.poſitis in *l. heres meus.* 79.§.*vlt.eo.tit.de cond.& demonſtr.*Nam & valet conditio etiã in perſona illius cui coniungitur ſi non perpetuã viduitatem inducat,ſed ad tempus *l.ſed ſi hoc* 62.§. *vlt.l.cùm tale* 72.§.*Mevia e.tit.*aut ratione certæ perſonæ tantùm vt in *l.cùm ita* 63.*e.*aut certi loci *l.hoc modo* 64.*eod.*quemadmodum & hodie valet in perſona eius quæ iam vidua ſit non virgo ex Iuſtinian. conſtitutione Nouell.22. *De nupt.c.* 43. vnde ſumpta eſt auth.cui relictum *C. de indict. vidui. tollend.* Et verò quænam poſſet ratio eſſe dubitandi apud Pap. in *d. l.mulieri* , cũ mulier ad totũ legatum admittenda videretur,Titio collegatario partem ſuam legati obtinente ? Aut è contrario cur non deberet admitti ad totius legati petitionem eo ſaltem caſu quo Titius partem ſuam legari repudiaſſet ? Igitur vt explicato iam Papiniano ad diſputationem inſtitutã tedeamus cùm in propoſita ſpecie poſſit mulier habere ius adcreſcendi Titio mortuo vel capite minuto,apparẽt non eſſe verũ quod volũt interpretes,ius adcreſcendi impediri quoties ad partẽ ſuã quis admittitur ex iure ſpeciali. Nec.n.aut mors aut capitis diminutio Titij facere poteſt,vt eo minùs admittatur mulier ex iure ſpeciali contra ius cõmune cùm ad-

mittitur ad legatũ conditionale defecta;quoq;conditione,Sed neque poſſum illud concoquere quod Bart. & cæteri eo Pap.reſponſo abutantur cũ tractãt de iure adcreſcendi,nec tamen dubitantes quin aliud ſit ſi agatur
6 de iure non decreſcẽdi. Quiſnã enim caſus † expreſſior & accõmodatior dari poteſt in quo tractandum ſit de iure non decreſcẽdi,potiùs quã de iure adcreſcẽdi,ſi nõ ille eſt qui apud Pap proponitur in *d.l.mulieri*?Nã cùm mulieri & Titio vſusfructus coniunctim legatus eſſet ſub eadem conditione, ita vt & re & verbis coniuncti eſſent,nec vnquam partem Titius mulieri feciſſet neq; ab initio neque per cõcurſum(quomodo enim potuiſſet concurrere ante impletam cõditionem quæ non niſi vltimo vitæ mulieris momento impleri potuit?)nõ alia quæſtio tractari à Pap. poterat, quàm vtrũ eſſet mulieri ius non decreſcendi.Scio Iuriſconſultũ † quendam clariſſimum cui ego non modò multũ defero,ſed etiã plurimum debere me ſentio,pro ipſius erga me toramque iuriſprudentiam noſtram ſtudio ſingulari,Pap.ita emẽdare in illis verbis *quãdiu Titius & vivit & in eo ſtatu erit*,vt pro *Titius* reponat *mulier*,& quod lex de ſtatu ait intelligat de ſtatu matrimonij vt totius legis ſenſus fiat manifeſtior,cũ inquit,præcipua legis quæſtio ſit de muliere.Sed,quod cũ bona venia & pace tanti viri dictum cupio,quid neceſſe eſt emendare legẽ quæ tã elegantem certãque interpretationem recipit quam illa eſt, quæ à nobis allata fuit?At quænam erit legis elegantia ſecũdũ hanc emendationẽ?Certum enim eſt mortua vel capite diminuta muliere fructuaria vſumfructũ extingui & finiri §.*finitur Inſti.de vſufr.*]At non æquè certum eſt id, quod etiã hodie multi Pap. inuitõ negant,mortuo vel capite minuto Titio partẽ ipſius adcreſcere mulieri etiã quæ nupſerit:Dignúmq;ſanè fuit elegantia Pap.vt moneret meliorẽ eſſe debere conditionem mulieris in iure non decreſcẽdi,Titio mortuo vel capite minuto, quàm repudiante. Nam quemadmodum repudiatio facta per Titium qui nihil vnquam iuris habuit in legato cuius conditione defectus eſt , non poteſt mulieri prodeſſe vt ea de cauſa plus conſequi debeat,ſicuti Pap.fatetur : ita nõ improbabiliter poterat quis exiſtimare nihil debere mulieri prodeſſe mortem vel capitis diminutionem eius qui ad legatũ vſusfructus nec vnquam admiſſus fuiſſet, nec admitti potuiſſet.Aliter tamen Pap.videtur,ſubtiliter vt ſolet,animaduertenti plus poſſe in hac ſpecie mortẽ vel capitis diminutionem Titij quàm repudiationẽ, quia repudiatio præſupponit delationem quæ ſi nulla ſit nec vllius momẽti eſſe repudiatio poteſt.Mors verò vel capitis diminutio Titij non æquè præſupponit quòd fuerit vnquã ei delatus vſusfructus,& quãuis nõ potuerit ipſius morte vel capitis diminutione finiri vſusfructus quẽ ipſe nunquam habuerit,hoc tamen ad rẽ non pertinet,quia quòd Pap. vult mortuo Titio vel capite minuto vſumfructũ ſolũ ad mulierẽ ſpectare, nõ eã rationem habet quaſi finitus ſit vſusfructus qui Titio relictus fuerat cũ nec inceperit vt in *l. Titio vſufr. 96.e.tit.de condit.& demonſt.*ſed quia ſi mulier cõditioni paruiſſet atque ita Titius quoque ad partẽ ſuã legari & admitti potuiſſet & admiſſus fuiſſet, eo poſtea ſiue mortuo ſiue capite minuto ius adcreſcendi mulier habuiſſet. Habere igitur debet etiãſi condictione defectus fuerit Titius ne alioqui noceat mulieri quod ipſa nupſit.Dices,Eadem ratiocinatione probari poſſe ei prodeſſe debere Titij quoque repudiationẽ,quæ haud dubiè prodeſſet ſi mulier cõditioni paruiſſet, quandoquidem eo caſu non fuiſſet Titius defectus condicione. At iam reſpondi aliam eſſe rationem repudiationis quam prorſus neceſſe eſt nullius eſſe momẽti,cùm ab eo facta ſuit qui repudiationis tempore nullum ius vnquã habuit.Eſtq; multo facilius & fauorabilius vt habeat mulier ius adcreſcendi in parte Titij in eũ caſum quo erat habitura etiamſi Titio acquiſitus fuiſſet vſusfructus, quàm vt in eum caſum quo Titius repudiauerit,ne minus iuris habeat in portione non acquiſita Titio quàm haberet ſi acquiſita fuiſſet. Solet enim acquiſitio minuere potius quàm augere ius adcreſcendi quinimò penitus illud extinguere extra cauſam vſusfructus *d. l. 1. §.interdum de vſufr. adcreſ.l.vnic.§.his ita definitis C.de caduc.tollend.*Deniq; ius adcreſcendi quod Pap.dat mulieri in eum caſu quo vſusfructus ſi acquiſitus fuiſſet etiã amiſſus eſſet totum pendet ex beneficio iuris & ex mente teſtatoris,non etiã ex Titij ſiue mortui ſiue capite minuti voluntate,ob idq;mirũ non eſt faueri hoc caſu mulieri,cui etiam in hoc leges fauent vt pro eo habeatur ac ſi conditionem impleuiſſet. Habet enim hoc ius adcreſcendi ſuo iure non ex perſona Titij qui etiãſi vſumfructum aliquando ſibi quæſiuiſſet, deſiiſſet tamẽ habere finito vſufructu. At ius adcreſcendi ſi quod haberet mulier Titio repudiante , ex ſola Titij,voluntate proficiſceretur,quæ tamen nullomodo curanda eſt cùm in ipſius poteſtate non fuit vt legatum ſibi acquireret. Nam cum eius ſit nolle,cuius eſt velle vt habet regula iuris,quid intereſſe poteſt an legatum repudiet Titius, qui nec poſſet illud ſibi acquirere tametſi maximè vellet*l.4.l.in poteſt* 18.*l.ſi quis extraneus*.21.*D.de acq. her.* & rurſus cũ ex perſona & ex iure repudiantis admittatur quiſquis adcreſcendi iure admittitur ad repudiatam portionẽ , quis ferat mulierem quamtumuis ex propria perſona fauorabilẽ plus iuris ſibi acquirere ex perſona Titij,qui ius nunquam ſibi delatum repudiauit ? Atque hanc ego Pap.ſubtilitatis rationẽ adferri poſſe arbitror. De cæteris partib.ſupra relatæ diſtinctionis Bart. nihil addimus quia omnes † corruũt deſtructa ea prima propoſitione quæ habebat ius adcreſcendi non eſſe in fauorẽ illius qui admittitur ex iure ſpeciali. Quã etſi vult etiam probare Bart.ex *l.3.§.ſed etſi coniunctim & ex l. 5. §.ſi legata deleg.præſt.*nihil tamen agit.Nã in *d.§.ſed etſi.* cùm Vlp. ponit coniunctim legatũ fuiſſe vni qui ſit ex liberis vel parentib.& alteri qui non ſit ex perſonis exceptis,intelligit de iis qui coniuncti fuerint verbis tãtum ac proinde qui ab initio partes habuerũt,vt & in *l. planè* 34.*§.ſi coniunct.de l.1.& re coniunct.de leg.*3.quod & ſignificant verba illa *Sua tantũ portio ei conſeruabitur.* Inter quos ideo prætor nõ vult eſſe ius adcreſcendi ne ſit liberalior teſtatore ſi totũ det ei cui teſtator nonniſi partẽ dedit,Non autem,vt vult Bart. quòd is qui vellet habere ius adcreſcendi ex iure tantùm ſpeciali admittatur. *At in d.§.ſi leg* idẽ Vlp.cum ponit legata fuiſſe relicta liberis & extraneis,neq;præſtari quæ extraneis relicta ſunt,non tractat de legatis quæ & liberis & extraneis ſimul ac coniũctim relicta fuerint coniũctione aliqua reali,vt propterea mirũ nõ ſit legata ſolis extraneis relicta,in eo teſtamento quod ruptum fuit per bonorũ poſſeſſ.contra tabulas ſicut extraneis minimè præſtantur,ita neque liberis præſtari quibus relicta non fuerũt. Cæteri omnes loci à Bar.adducti probant eſſe ius adcreſcendi,quod ipſum tamen ſecundũ ea quæ in præcedẽtibus diximus,ſic accipi ſemper debet ſi adſit aliqua cõiunctio realis inter legatarios ſiue ex iure communi ſiue ex ſpeciali,venientes, aut ſi agatur inter heredes vel bonorum poſſeſſores , inter quos quantumuis diſiunctos ſemper eſt ius adcreſcendi.Non ratione illa Bar.ne quis decedat pro parte teſtatus & pro parte inteſtatus. Nec illa rurſus quod portio adcreſcat portioni etiã inter eos quorum alter nullomodo vocatus ſit à teſtatore (vtramq; enim nos ſuprà refutauimus)ſed ne perſona teſtatoris aut patrisf. inteſtatò defuncti quæ individua eſt repreſentetur pro parte per heredem aut per bonorũ poſſeſſorem qui heredis loco eſt.Semper tamen excipio ſpeciem *d.l.ſed cùm patrono 6. De bonor. poſſ.* de cuius ſententia & ratione iam ſcripſimus in Err. 7. Decadis huius,tam multa vt quicquam addere nunc non ſit neceſſe.

Laus Deo,Gloria tota Deo,qui hæc nobis ocia fecit.

INDEX

INDEX RERVM, ET VERBORVM MEMORABILIVM,

Quæ in hoc primo Tomo operis aduerſus errores Pragmaticorum proponuntur, & declarantur.

A.

Abſtinere, Abſtentio.

Beneficium ABSTENTIONIS à prætore datum eſt impuberibus etiamſi ſe immiſcuerint, & quidem citra opem reſtitutionis. p. 36. n. 2. puberibus verò ſi ſe non immiſcuerint, at poſt immixtionem indigent reſtitutione. ibid. 4

Cùm de ſui heredis Abſtentione quæritur impubes à pubere ſeparandus eſt, itémque minor à maiore. ibid. 1

Abſtentio ſui heredis quid ſit. ibid. 3

Abſtinere ab hereditate, Abſtentio. 561

Ius Abſtentionis eſt à prætoribus introductum. 561. 16

Abſtentio in neceſſarium antecedens ſupponit hereditatis acquiſitionem. 1050. 6

Abſtentionis effectum. 486. 15

Se Abſtinere & ſe non immiſcere differunt. 432. 14

Se non immiſcere & Abſtinere qui differant. 560. 9

Abſtinere & repudiare vt differant. 1053. 18

Iuris Abſtinendi & deliberandi diſcrimina. 636. 7

Abſtinere quorum heredum proprium ſit. 574. 3

Beneficium Abſtentionis pertinet tantùm ad ſuos. 635. 4

Ius Abſtinendi non tollit poteſtatem iuris ſuitatis præſertim ante Abſtentionem. 513. 17

An beneficium Abſtentionis eneruet exiſtentiam ſui heredis. 555. 1.

Sola ſpes Abſtentionis non impedit vim & poteſtatem ſuitatis. 561. 13.

Qui Abſtentionem ſui heredis allegat eam probare debet. 560. 7

Beneficium iuris recenſandi latiùs patet, quàm iuris Abſtinendi. 644. 5.

Vt videatur ſuus heres ſe Abſtinuiſſe non ſufficit quòd ſe non immiſcuerit. 560. 9

Qui aliquid ex bonis paternis amouet an beneficium Abſtentionis amittat. 562. 26

Qui ſe Abſtinuit, manet heres iure ciuili, à prætore tamen non habetur pro herede, ad hoc ne à creditoribus hereditariis conueniri poſſit. *Acceſſio.* 1050. 9

Acceſſiones frumenti, hordei & olei mutuo dati etiam ex nudo pacto præſtandæ ſunt. 5. 12

Acquiſitio.

Acquiſitio rei venditæ ſub pacto de retrouendendo an irreuocabilis. 297. 1. & ſeqq.

Vix caſus reperiri poteſt in quo ſine induſtria quicquam Acquiratur. 810. 10

Liberis ex contractu per patrem Acquiri non poteſt. 616. 8

Pater non magis poteſt Acquirere liberis in emphyteuſi quam in reliquis rebus. 619. 5

Cui Acquiratur ad quod filiusfamilias ex pecunia, patris ſua induſtria quæſiit. 806. 1. & ſeqq.

Pater ſtipulando filio perinde ſibi Acquirit, ac ſi ſibi ſtipularetur. 818. 9

Patri Acquiritur quod filiusfamilias ſibi ſtipulatur. ibid. 10

Ratione Acquiſitionis vt plus iuris habeat dominus quàm pater. 609. 7

Quatenus plus iuris habeat filiusfam. quàm ſeruus ratione Acquiſitionis. 610. 17

Homo liber non poteſt ab eo ſibi Acquirere cui bona fide ſeruit, ne quidem hoc volente. 827. 6

Acquirendæ hereditatis animus quibus modis declaretur. 399. 34.

Delatio & Acquiſitio hereditatis quomodo differant. 429. 7

Non lædit alium qui Acquirendi occaſionem omittit. 398 [illegible]

Acquiſitio hereditatis quæ ſit ipſo iure excludit omne beneficium iuris ciuilis. 453. 14

Actio.

Iure Pandectarum Actiones neque incipiunt ab heredibus, neque contra heredes. 917. 32

Vbi nulla eſt Actio, ibi officio iudicis nullus eſt locus. 408. 13

Actionis & compenſationis differentia. 400. 9

Poteſt ex æquitate retentio ei competere cui nonniſi iniquè dari poſſet Actio. 404. 8

Cur alicui per iudicij officium facilius ſuccurratur, quàm per Actionis inductionem ibid. 7

Lex 12. tabular tribuit tantùm Actiones directas. 413. 1

Actiones directæ penes duos in ſolidum eſſe non poſſunt. 584. 13.

Actionibus in rem ſiue directæ ſiue vtiles ſint quid communiter conueniat. 910. 9. diſcrimen inter directas in rem & vtiles actiones. ibid. n. 10

Differentia inter directam & vtilem in rem Actionem. 986. 4

Quæ Actio detur ei cui res donata reſtitui debuit per donatarium ex lege donationi inter viuos dicta: quæue competat ſi donatio fuerit cauſa mortis. 981. 1

Triplex Actio pro legatis & fideicommiſſis datur, ſed diuerſis reſpectibus, & in diuerſas res, diuerſaſque perſonas. 1002. 8

Actio quæ detur ad ſupplementum legitimæ cur dicatur actio ex teſtamento. 680. 5

Actio ex teſtamento contra quem detur. 982. 4

Nulla Actio ex ſtipulatu habet priuilegium tacitæ hypothecæ, excepta actione de dote. 1001. 6

An Actio hypothecaria quæ pro legatis competit, competat etiam pro donationibus cauſa mortis. 1000. 1. & ſeqq.

Quæ Actio detur ex donatione apud interpretes. 934. 1. & ſeq.

Quando detur Actio Publiciana donatario cauſa mortis qui poſſeſſionem rei donatæ amiſit. 900. 7

Non eſt perpetuum vt cui damus Actionem, debeamus etiam retentionem dari. 404. 11

Quomodo dentur Actiones in coheredem eius qui ſe abſtinuit ſuo iure, aut per reſtitutionem in integrum. 1050. & ſeq. 11 & 13.

Actiones quæ pro legatis & fideicommiſſis ſingularibus competunt ignorantibus quidem acquiruntur, ſed non inuitis. 965. 3.

Actiones à prætore olim impetrabantur, licet & ipſo iure competerent. 1050. 10

Quæ Actiones dentur ei qui alterius improbitate læſus eſt in eo quod hic coegerit teſtari defunctum qui alias legitimo heredi hereditatem erat relicturus 719. & ſeq. 18. 19

Actiones quædam cur temporales dictæ. 354. 9

Actio ad exhibendum eſt in perſonam, licet ſit in rem ſcripta & præparatoria vindicationis. 18. 11. ibid. 3.

Digitized by Google

Index Rerum,

Non datur niſi contra eum qui poſſidet, aut dolo deſiit poſſidere. pag.18. num.12
De viribus Actionis priùs quæri oportet, quàm de viribus exceptionis. 39.6
Actio præſcriptis verbis ex quibus conuentionibus competat. p.5. n. 13.
Actio interrogatoria in quem detur. 21. 12. vnde naſcatur. ibid 13.
In perſonalibus Actionibus actor forum rei ſequitur. 79 2
Quæ actiones cumulari queant. 74.8
Actio de eo quod vi metuve cauſſa geſtum eſt, qualis ſit & aduerſus quem detur. ibid.9
Actio reſtitutoria ex capite de dolo non admittit cumulationem iudicij reſciſſorij. ibid.10
Actiones non aliis dantur quàm quorum intereſt. ibid.11
Actio litigioſa nec vendi nec excuti poteſt. 59 12
Perſonales Actiones olim perpetuæ fuerunt, præterijs exceptis 40. 19. quæ actiones perpetuæ dicantur. ibid n.20
Diſcrimen inter hypothecariam Actionem & reuocatoriam. 61 9.
Actio nondum nata per præſcriptionem perimi non poteſt. 41. 3.
Actiones in perſonam cur condictiones dictæ. 218.5
Actio quam vocant pragmatici Galli de maintenue quando competat. 44 13
Actiones præſcriptis verbis ſunt ſtrictæ & cur. 316.5
Actio rerum amotarum. 223.2 & ſeq. vt differat à condictione furtiua. 224 12
Quando contingat vt celeritate coniungendarum inter ſe Actionum vna occultetur. 80.9
Actio de dolo omnibus bonæ fidei iudiciis ineſt. 106.1. an poſſit comperere quoties alia actio competit ibid. 3 & ſeqq.
In omnibus Actionibus directis in quibus agitur de fide rupta etiam in litem iuratur. 107. 10
Actio ex teſtamento per quam legata & fideicommiſſa ſingularia petuntur non eſt propriè bonæ fidei. 131. 1
In quo d. actio imitetur naturam actionum bonæ fidei. ibid. 2.
In ea actione vſuræ veniunt à die moræ: ibid. n. 3 quod ad fructus attinet differt à cæteris bonæ fidei iudiciis. ibid. 4
Quæ ſit vis & poteſtas Actionis quæ competit ex pacto de retrouendendo 291. 1. & ſeqq.
Actiones arbitrariæ hodie quatenus ſublatæ. 238.1
In Actionibus ſtricti iuris vſuræ non veniunt ne quidem à die litis conteſtatæ, fructus verò veniunt officio iudicis. 130.5
In actione de dolo an iuretur in litem. 239. 2. & ſeq. in actione quod metus cauſa an iuretur in litem. ibid.
Conuenientiæ & differentiæ inter Actionem de dolo, & actionem de eo quod metus cauſa. ibid. 4
Error pragmaticorum de duplici ſententia, quam in Actionibus arbitrarijs ferrè volunt. 137.1
Qui poteſt facere vt Actionem habeat pro eo habendus eſt qui eam iam habet. p. 59. n. 14

Actor.

Actori ſemper incumbit onus probandi id quod eſt fundamentum ſuæ intentionis etiamſi mera negatio ſit. 758.19
In quibus actionibus Actor forum rei ſequi debeat. 74 4
In perſonalibus actionibus Actor forum rei ſequitur. 79.2
Actore non probante abſolui debet reus, niſi præſumptio ſit pro actore, quo caſu reus iurare debet vt abſoluatur. 246.1

Actus.

Ex Actu etiam nullo animus declaratur. 975 10
Actus agentium non operantur vltra intentionem agentium. 403 1.

Adcreſcere, Adcreſcendi ius.

Quo ſenſu dicatur portio hereditaris ſiue legati deficiens ei Adcreſcere qui in aliam partem habet. 1044.6
Quæ ſit cauſa iuris Adcreſcendi tam in hereditatibus quàm in legatis & fideicommiſſis. 1005.1
Ius Adcreſcendi quomodo ſit ex l. xxi. tab. 1006. 10
Ius Adcreſcendi quomodo dicatur deſcendere ex voluntate teſtatoris ibid. 12
Exiſtentia ſui heredis an tollat ius Adcreſcendi. 1049 1
Inter heredes ius Adcreſcendi ex neceſſitate inducitur: inter legatarios non item: & quæ ſit differentiæ ratio. 1020.4
Ius Adcreſcendi nunquam in portionibus agnatis locum habet. 146. 7
Ius Adcreſcendi in portionibus agnitis locum non habet. 1050. 7.
An qui admittitur ex ſpeciali iure habeat ius Adcreſcendi. 1056. 1. & ſeq.
Inter heredes non tantùm inuitos, ſed etiam inuito teſtatore iuri Adcreſcendi locus eſt. 1006.11
Ius Adcreſcendi inter coheredes quando tacita ſubſtitutio habeatur. 605. 18
In iure Adcreſcendi inter coheredes coniuncti ſunt præferendi diſiunctis. 1007. 7
An portio ſui heredis volenti tantùm coheredi Adcreſcat, an etiam inuito. 1050.2
Ius Adcreſcendi teſtator inter coheredes prohibere non poteſt. 1006.9.
De iure Adcreſcendi inter verbis tantùm Coniunctos. 1010.1. & ſeqq.
In legatis & fideicommiſſis nunquam eſt locus Adcreſcendi inter eos qui verbis tantùm coniuncti ſunt, & cur. 1003.6
In legatis per damnationem iuri Adcreſcendi quando locus eſſet, quando item in legatis per vindicationem. 1019.9
Inter Legatarios per damnationem cur olim ius adcreſcendi locum non haberet. 1031.5
Ius Adcreſcendi non eſt inter eos qui ex diuerſo iure ſuccedunt, nec inter eas portiones quæ ex diuerſo iure vni & eidem perſonæ deferuntur. 547.5
An inter eos qui vocati ſunt ex diuerſo iure locum habeat ius Adcreſcendi. 1046.1. & ſeqq.
An ius Adcreſcendi inter fideicommiſſarios particulares locum habeat, 1029.5
Inter fideicommiſſarios particulares ius Adcreſcendi locum non habet. ibid. 12
Verum locus ſit iuri Adcreſcendi in donationibus cauſa mortis. 1003. 1
Ius Adcreſcendi an tranſeat in emptorem hereditatis. 1040.1 & ſeqq.
An ius Adcreſcendi tranſeat in emptorem Legati. 1043. 1. & ſeqq.
Ius Adcreſcendi nequidem fideicommiſſarium particularem vnquam ſequi poteſt. 548.5
An ius Adcreſcendi in fideicommiſſarium tranſeat. 1037. 1. & ſeqq.
Non tam heredi, quam hereditati Adcreſcit portio filiæ renuntiantis. 155.1
Ius Adcreſcendi in legitima an locum habeat. 195.6
An ius Adcreſcendi ei prohibere poſſit teſtator, quem ex certa re inſtituit, nullo adſcripto coherede. 199 1. & ſeqq.
Ius Adcreſcendi per clauſulam codicillarem in vim fideicommiſſi an defendatur, cùm poſthumus, aut alius ſuus heres eſt præteritus. 177.1. & ſeqq.

Addictio.

Addictio in diem, & venditio facta ſub pacto de retrouendendo vt differant & conueniant. 286.1. & ſeqq.

Adfectio.

Adfectionis ordo ex graduum & proximitatis ordine æſtimari ſolet. 454.2

Adire hereditatem, Aditio.

Aditio hereditatis eſt acquiſitio. 402. 32
Non quatenus Aditio hereditatis heredem facit. 425.13
Quæ voluntas requiratur in Aditione hereditatis. 396.9
Sine ſcientia nulla eſt Aditio. 599.39
Differentia inter Aditionem & geſtionem pro herede. 1017.15
Ius Adeundi eſt in bonis inſtituti 398.32
In alium transferri non poteſt ibid. nullius eſt vtilitatis niſi ſecuta demum aditione. ibid.
Per quam Aditionem hereditatis confirmetur teſtamentum. 796.7.
Eius eſt Adire teſtamentariam hereditatem cui ex teſtamento delata fuit hereditas per legem. 398.18
Filius qui poſt Asitionem abſtinuit per in integrum reſtitutionem nunquam videtur adiiſſe. 425 15. & cur ibid n.21
Vt filius adeundo heredem patrem faciat, requiritur vt iuſſum patris Aditionem præcedat. 609.5
Quibuſdam caſibus hereditatis legitimæ Aditio manet in ſuſpenſo. 419 1
Aditio hereditatis cur difficilis probationis. 30.1
Per Aditionem hereditatis ſolus heres obligatur creditoribus & legatarijs, non item bona heredis, 19.6
Vniuerſalia iura per Aditionem hereditatis an confundantur. 21. 1. & ſeq.

Adiudicatio.

An & quando Adiudicationibus prouiſionalibus locus ſit pendente diſcuſſionis generalis inſtantia. 42.1 & ſeq.
Adiudicatio erat olim modus acquirendi dominij Quiritium. 815.6. in quibus iudiciis locum haberet. ibid.

Adſignare libertum, Adſignatio.

Adſignare libertum quid. 891.18
Adſignatio liberti neque eſt legatum neque fideicommiſſum. ibid.

Adum

& Verborum.

Aduentitia bona.

De bonis Aduentitiis licet pleno iure sint filiifam. filiusfam. testari non potest aduersus nonnullos interpretes. p.846.n.4
Differentia inter Aduentitia & castrensia bona. 844.18
Filiusfam.an possit aduentitia patri donare. 840.5
Aduentitia non conferri à liberis qui remanserunt in potestate primus induxit Iustinianus. 818.2
An filiusfam aduentitia bona in quibus pater nihil iuris habet mortis causa donare possit extraneo sine consensu patris. 846.1.& 5
Bonorum aduentitiorum donatio à filiosam. facta patri neque valere,neque morte filij confirmari potest. 843.11
Aduentitia bona vt teneantur conferre emancipati fratribus in potestate retentis. 819.6
In aduentitiis pater filij administrator legitimus est. 276.5

Ædificare,ædificium.

In dolo est,nedum in culpa qui in solo quod alienum esse nouit temerè Ædificat. 400.4
Qui in alieno solo ex sua materia Ædificat,materiæ dominium amittit & vindicationem, quæ domino soli competere incipit. ibid.2
Possessori bonæ fidei quando & quatenus liceat tollere Ædificium quod in alieno solo extruxit. 401.12

Æquitas.

Æquitas cerebrina iurisprudentiæ noxia. 398.26

Æstimatio.

Vt inèatur Æstimatio cum species facta est vilior, non tamen deterior. 817.& seqq.
Æstimatio quanti plurimi. 108.3.& seq.
Sine delatione iuramenti fieri non potest vt Æstimetur res quæ non extat. 28.7
In iudiciis stricti iuris vt res debita Æstimãda sit.210.1.&seq.
Æstimatio rei dotalis an ex qualis venditio sit. 97.1. & seqq. quomodo succurratur læsæ coniugi in æstimatione rei dotalis ibid.
Quæ Æstimatio emptionem non faciat. 13.28
De Æstimatione rerum hereditariarum. 27.1.& seqq.
De iucunda Æstimatione rei debitæ ex iudicio bonæ fidei, aut stricto. 207.1 & seqq.
In iudiciis bonæ fidei vt res debita Æstimari debeat. 208. 1. & seqq.
Vt Æstimetur res in diem certum debita. 211.1.& seqq.
Si Æstimatio aucta sit post condemnationem, cuius temporis ratio habenda sit. 218.1.& seqq.
Res debita sub conditione vt Æstimetur. 123.1.& seqq.
De differentia mercis & speciei debitæ, eàm de æstimatione iucunda tractatur. 215.1.& seqq.
Quæ dicatur Æstimatio quanti plurimi 220.1.& seqq.
An Æstimationis quanti plurimi accessiones & vsuræ aliquo casu,& à quo tempore debeantur. 224.1.& seqq.
Vt Æstimetur res contra fideiussorem eius qui certa die dare debuit. 214.1 & seqq.
Vt fiat Æstimatio rerum amotarum. 223.1 & seqq.

Affirmatio.

Affirmationis & negationis differentia. 435.14

Agere.

Quisquis Agit tanquam talis ante omnia se debet probare talem. 39.8

Agnatio,agnatus.

Agnatio per filios masculos,non per filias conseruatur. 463.19
Agnati plurium graduum esse possunt. 412.35
Filius non est agnatus matri sed patri. 431.7
Agnatorum & suorum heredum differentia. 492.14
Discrimen inter suos heredes & agnatos ex iure prætorio. ibid.10
Inter suos & agnatos discrimen. 451.27
Suorum heredum & agnatorum conuenientia secundum ius 12. tab. 491.9
Lex 12.tab.nunquam putauit admittendum neporem ex filio vt agnatum 492.13.
Cur Iustinianus in agnatis successionem admiserit. 49.7
Iustinianus fecit vt in agnatis esset successio iure ciuili sicut iure prætorio successio priùs erat in cognatis 494.10
In agnatis quatenus sit hodie ex Iustiniani constitutione successio. 453.12
Interdum meliorem esse conditionem agnatorum, quàm liberorum qui non sunt sui heredes, aduersus ald. 401.8
Sui heredes quomodo obstent agnatis in bonorum possessionibus accipiendis. 453.18
Liberi etiam remotiorum graduum quando præferantur, aut non præferantur Agnatis. P452.n.10
Primo Agnato repudiante bonorum possessionem, sequentes Agnati admittuntur ante cognatos qui non sunt agnati. 489.6

Alienatio. Alienare.

Quo titulo alienata censeatur materia ex qua malæ fidei possessor in alieno solo ædificauit. 405.18
Alienatio vt fieri non possit nisi cum sua causa. 304.6
Ius pignoris ita rem afficere nequit, vt Alienationem impedire queat. 324.2
Quomodo Alienatio non possit fieri nisi cum sua causa 78.12
Qui alienare potest,multò magis & obligare poterit. 310.24

Anatocismus.

Anatocismus quid. 259. 1. prohibitus est à Iustiniano. ibid.2

Antichresis.

Antichreseos vocabulum veteribus interpretibus incognitum. 285.2
Ἀντίχρησις quid. 109.3
Cùm Antichresis est contracta in fraudem legitimarum vsurarum, quatenus à lege improbetur contractus, & ad quam vsque quantitatem fructus retinere possit creditor. 115.12
An sit aliqua Antichresis tacita. 110.17
Differentia Cuiaciana inter Antichresin tacitam & expressam. 109.7.8
An valeat Antichresis expressa quæ facta est in fraudem vsurarum. ibid.9
Antichresis facit vt neque gratuita, neque vsuraria pecunia dici queat: 110.15
Pactionis Antichreseos vt venditionis sub pacto de retrouendendo conuenientia. 114.1
Per Antichresin contracta locatio vt ab aliis differat. 110.14

Arbitrium.

Arbitrium iudicis quid. 257.9
Arbitrariæ actiones vnde dictæ. 210.10
Actiones Arbitrariæ hodie quatenus sublatæ. 238.1
In actionibus Arbitrariis vt procedat iudex. 257.1.& seqq.
Arbitrariæ actiones cur sic dictæ. 244.9

Argumentum.

Valet Argumentum à causa testati ad causam intestati,non contrà. 504.10
Argumentum à minori ad maius an valeat negatiuè. ibid.12
Argumentum à contrario sensu quando valeat. 515.7
Argumentum à contrario sensu non passim valet in statutis. 432.14
Argumentum à contrario sensu quomodo formari debeat. ibid.17

Arra.

Arræ possunt dari in argumentum perfectæ venditionis:imò & perficiendæ. 932.28

B

Baldus.

BAldus solet Bartolo in omnibus ferè contradicere. 463.20

Bartolus.

Bartoli distinctiones quales. 438.8
Quales sint distinctiones Bartoli. 818.12

Beneficium.

Inuito Beneficium non datur. 967.3
Beneficia legum & Principum perpetua esse conuenit. 410.13
Beneficium legis à me eripi nequit. 57.4

Brocardicum.

Vulgare Brocardicum, si vinco vincentem te multo magis te vinco quando locum habeat. 444.14

Bona. Bonorum possessio.

In Bonorũ possessionibus deferendis quid ferret prætor. 453.22

Prætoreã

Index Rerum,

Prætores in deferendis Bon. poſſeſſionibus eundem ſeruarunt ordinem, quem in deferendis hereditatibus ſeruauerat lex. 12. tab. pag.442.n.12
Caſus prætoribus incognitus quo Bonorum poſſeſſio ab inteſtato agnita poteſt eſſe ſine re. 453.17
Bonorum poſſeſſionis contra tabulas & bonorum poſſeſſionis ſecundum tabulas differentia. 700.10
Bonorum poſſeſſio contra tabulas datur ante aditam hereditatem, ideóque contra lignum. 682.6
Bonorum poſſeſſio contra tabulas nunquam eſt ſine re & ſine effectu. 703.5
Beneficium bonorum poſſeſſionis contra tabulas ad quem finem inductum ſit à prætore. 709.12
Quo caſu neceſſaria ſit Bon. poſſeſſio contra tab. ſuis heredibus præteritis. 506.24
Caſus quo etiam hodie Bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas eſt neceſſaria. 584.12
Caſus quo etiam hodie neceſſarium eſt auxilium Bonorum poſſeſſionis. 427.12
Bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas quando detur. 520.2.
Bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas quomodo à prætore detur. 704.11
Quando det prætor Bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas ex eo teſtamento in quo ſuus heres eſt præteritus. ibid.21
Secundum quas tabulas prætor det Bonorum poſſeſſionem, & quidnam ea danda inſpiciat. ibid.17
Ad Bonorum poſſeſſionem VNDE COGNATI quando aliquis admittatur. 451.3
De differentia Bon. poſſeſſionis vnde liberi, vnde legitimi, vnde cognati in cauſa ſucceſſorij edicti. 488.1 & ſeqq.
Nou.118. non ſubſtulit omnes Bon. poſſeſſiones vt quidam perperam autumant. 495.26
Quando verum ſit eum qui agnoſcit Bonorum poſſeſſionem hoc ipſo pro herede gerere videri. 417.12
Bonorum poſſeſſores vtiles habent actiones à prætore. 483.12.
Bonorum poſſeſſores ſunt loco heredum, non heredes. ibid.11.
Hereditatis nomen vt à Bonorum appellatione differat. 104.2
Inter Bona & hereditatem differentiæ plures. 35.7
Bonorum poſſeſſiones intra quod tempus agnoſcendæ. ibid.
Bonorum nomen denotat quid vniuerſale. 59.12
Valet iure ciuili obligatio omnium Bonorum debitoris & præſentium & futurorum 49.1
Bonis omnibus alienatis aut obligatis etiam iura comprehenduntur, ſecus ſi addatur mentio mobilium & immobilium. 51.8.
Obligatis indiſtinctè omnibus Bonis etiam futura obligata intelliguntur. 49.2

C.

Cancellatio.

CAncellatio teſtamenti quando teſtamentum non infirmare cenſeatur. 692.8

Caſtrenſia bona.

Differentia inter Caſtrenſia & aduentitia bona. 843.18

Cauere, cautio.

Futuro heredi legitimo Caueri prætor nunquam iubet. 524.8
Cautio non alienandi aut diſſipandi ſit ne per fratrem præſtanda ſorori ſtatuto excluſo quandiu maſculus aliquis ſuperexit. 526.1.& ſeqq.

Pia Cauſa.

An voluntas minùs ſolemnis in piam Cauſam collata valeat. 661.1.
Priuilegia piæ Cauſæ à Tiraquello congeſta vnde ducta. 662.5

Chirographus.

Chirographi agnitio non poteſt inducere pignus. 6.4
Qui ex Chirographo conuenitur quaſi ex ſtipulatione conuenitur. 45. & cur. 5.6
Inter Chirographarios creditores nullus eſt ordo. 8.15
Chirographarij creditores vt differant ab hypothecariis. 2.4
Chirographaria obligatio an vires habeat prius quam agnitum aut denegatum fuerit Chirographum. 6.3
Pignus conuentum in Chirographo diem vel annum expreſſum non habente valet ex eo die quo conuentum fuit, non quo probatum. ibid 6
Chirographarius creditor non poteſt debitoris ſui debitorem conuenire. pag.63.n.7
Ex Chirographo agnito & recognito an tacita hypotheca inducatur. p.2.n.17. & ſeqq.
Probatio quæ ſit per Chirographum laborat ſuſpicione fraudis, non ratione debitoris, ſed creditorum qui medio tempore ſuperuenerunt 6.8
Chirographaria pecunia quæ dicatur. 15.4
Negotio in Chirographum deducto per teſtes probato efficax eſt pignoris conuentio ex eo die quo chirographum conſcriptum. 6.9
Chirographi agnitio aut denegatio non inducit obligationem. 6.14
Debitoris Chirographarij bona creditori etiam poſt condemnationem non prius obligata ſunt, quàm iudicati executio per pignorum captionem facta ſit. 78.15
Chirographarius creditor non poteſt debitoris ſui debitorem conuenire. 63.7

Clauſula.

Clauſula conſtituti vbi omiſſa eſt pro adiecta non habetur. 2.6
Clauſula codicillaris ex eo quòd ſit frequentiſſima non habetur pro adiecta quando omiſſa eſt. 2.8
Clauſula per quam renuntiatur hdeiuſſores & correi ſolent exceptioni ordinis & diuiſionis exprimi debet vt creditori proſit. 2.7
Quæ ſit vis Clauſulæ, ex nunc prout ex tunc, & contrà. 176.2
Clauſula codicillaris quàm variè concipiatur. 264.1. quantum referre putent pragmatici an ſit concepta per verba præſentis, an per verba futuri temporis. ibid.1.3
Clauſula codicillaris an poſſit defendere teſtamentum nullum aut ruptum ſeu irritum. 263.1.& ſeqq.
Quæ Clauſulæ adhiberi ſoleant ad impediendam excuſſionis non factæ exceptionem. 57.1. & ſeqq.
Clauſula conſtituti an impediat exceptionem non factæ excuſſionis. 58.8
Clauſulæ codicillaris quæ ſit vis & effectus. 263.2.& 265.2
Clauſula codicillaris ex eo quòd ſit frequentiſſima non habetur pro adiecta quando omiſſa eſt. 2.8
Clauſulæ quæ pendent ex voluntate nullo caſu à lege ſubintelliguntur. 671.12
Inefficacem & prorſus inanem Clauſulam eſſe quæ ho die teſtamentis & Codicillis inſeri ſolet, vt ſi teſtamentum non valeat iure teſtamento, vel codicillorum valeat iure donationis cauſa mortis. 896.1.& ſeqq.
De vi Clauſulæ OMNI MELIORI MODO. 594.17
De vi Clauſulæ OMNI MELIORI MODO. 746.8
Clauſula OMNI MELIORI MODO non poteſt efficere vt ea voluntas quam teſtator nomine teſtamenti non donauit, fiat teſtamentum. 594.28
Vtrum Clauſulæ conſtituti tranſeat in heredem. 964.7
Clauſula codicillaris quid. 470.6
Clauſulæ codicillaris effectus. 671.6
An in omnibus teſtamentis ſubintelligenda Clauſula codicillaris ibid.4.& ſeq.
Clauſula codicillaris defectum ſolemnitatis ſupplet. 664.7
Clauſula codicillaris defectum voluntatis ſupplere nequit. ibid.
Clauſula codicillaris cur adhiberi ſoleat. 767.18
Cautela ad eludendam poteſtatem Clauſulæ codicillaris 512.17.
Clauſulæ derogatoriæ quam vim ineſſe velit Bartolus. 744.5
Vis Clauſulæ derogatoriæ præcipua in quo conſiſtat. 748.10
Clauſulam derogatoriam nullius eſſe momenti. 712.11.& 12
De Clauſula derogatoria iurata. 749.1.& ſeqq.
Clauſula derogatoria in quibus habeat vim ademptionis. 744.7.
Solum teſtamentum clauſulam derogatoriam continere poteſt. 691.4
De clauſula derogatoria in priori teſtamento ad poſterius impediendum appoſita variæ interpretum ſententiæ. 709.8 & ſeqq.
Clauſula derogatoria poſterioris teſtamenti vim & validitatem impediri eſt interpretum ſomnium. 685.12
Non poteſt fieri vt Clauſula derogatoria in primo teſtamento adſcripta deſtruat ſecundum, niſi per viam ademptionis hereditatis. 713.11
An Clauſula derogatoria in teſtamento inter liberos ſubintelligenda ſit. 683.1
Clauſulam derogatoriam cur ſubintelligi velint interpretes in teſtamentis parentum imperfectis. 686.16
Clauſulæ derogatoriæ in voluntate parentis imperfecta contentæ effectui quando locus ſit. 685.14
Quod iuris ſit vbi appoſita eſt Clauſula derogatoria in teſtamento minùs ſolemni, vel rupto ex cauſa præteritionis, vel exheredationis. 743.1.& ſeqq.
Clauſula derogatoria in principio teſtamenti appoſita non ſemper facit vt legatum poſteriore ſcriptura relictum non valeat, quaſi non datum. 713.6

Clauſula

Clauſula derogatoria in legatis appoſita non facit regulariter vt legatum poſterius habeatur pro non dato, ſed tantùm vt habeatur pro adempto. ibid.n.8
Qualem eſſe oporteat Clauſulæ derogatoriæ reuocationem, vt valida ſit & efficax. 722.2.& ſeqq.
Quando reuocatio ſpecialis Clauſulæ derogatoriæ non ſit neceſſaria ſecundum interpretes. 726.8
Lapſus decennij prodeſſe poteſt ad impediendum effectum Clauſulæ derogatoriæ in priori teſtamento adhibitæ. ibid 12
De reuocatione Clauſulæ derogatoriæ per hæc verba, NON OBSTANTE TALI TESTAMENTO TALIS TABELLIONIS RECEPTO, variæ interpretum ſententiæ. 725.1.& ſeq.
An iuramentum appoſitum in poſteriori teſtamento habeat vim reuocandi Clauſulam derogatoriam appoſitam in priori. 747.1.& ſeqq.
De Clauſula derogatoria circa leges & Principum conſtitutiones. 722.16

Coactio.

Quæ Coactio valeat ad impetrandam reſtitutionem contra venditionem in qua immodica læſio intercenit. 85.11

Codicilli, Codicillaris Clauſula.

Codicilli ab inteſtato etiam facti valent. 647.4
Qui Codicilli patrimi imperfecti inter liberos defendantur. 689.19
Quomodo intelligendum illud in Codicillis hereditatem neque dari, neque adimi poſſe. 744.8
Codicillorum & pupillarium tabular. comparatio. 588.22
Codicillaris clauſula quid 521.6. Conditio clauſulæ codicillaris defecit ſtatim atque teſtamentum valuit. ibid.8
Clauſulæ Codicillaris effectus. 671 6
Clauſula Codicillaris cur adhiberi ſoleat. 767 11
Codicillaris clauſula defectum ſolennitatis ſupplet. 664.7
Codicillaris clauſula defectum volũtatis ſupplere nequit. ibid.
An in omnibus teſtamentis ſubintelligenda ſit clauſula Codicillaris. 671.4. & ſeqq.

Cognatus.

Prætor ex edicto ſucceſſorio nunquam vocat Cognatos niſi poſt legitimos. 452.11
Inferior Cognatus non ſuccedit ex eo capite ex quo prior iam accepit bon. poſſ. 490.13

Collatio bonorum.

Ius Collationis vnde ſit. 792.4
Collationi inter quos ſit locus. 813.5
Collatio quorum bonorum ſit. 780.9
Collatio ad quæ pertineat & cur introducta. 771.15
De Collatione inter eos qui ex diuerſo iure ſuccedunt interpretum placita. 789.1
De Collationibus quàm multiplex ius inductum fuerit. 785.1 & ſeqq.
Cur inter emancipatos eſſet Collatio. 783.4
De Collatione peculij profectitij diſputatio cum Bart. 813.1.& ſeqq.
De Collatione profectitiorum ſententia Bartoli & eius confutatio. 808.1 & ſeqq.
De Collatione aduentitiorum. 818.1.& ſeqq.
Diſtinctiones adhibendæ in quæſtione de dotis Collatione. 781.1
De Collatione dotis aduentitiæ filiæ emancipatæ datæ diſputatio autoris cum Cuiacio & aliis. 819.8
Donationis ante nuptias Collationem Leonis conſtitutione primùm inductam eſſe. 786.1
An quod pater filio in ſua poteſtate conſtituto inter viuos donauit collationis oneri ſubiiciatur. 770.1.& ſeqq.
De Collatione ſimplicis donationis emancipato factæ ſententia Bartoli, & eius confutatio. 814.5.& ſeqq.
Quæſtio de collatione dignitatis à patre filio comparatæ. 809 6
De Collatione feudi & emphyteuſeos quæ quis comparauit ex pecunia ſua pro ſe & hliis ſuis ſententia Bartoli, 810.1. & eiuſdem examen. ibid.n.2.& ſeqq.
Quando conferenda ſit pecunia quam pater filiof. ſubminiſtrauit ſtudiorum cauſa 805.8.9 & ſeqq.
An ſit conferendum id quod filiusfamilias induſtria ſua quæſiit ex pecunia patris. 807.1

Compenſatio.

Actionis & Compenſationis differentia. 400 9
Compenſantur multa quæ peti non poſſunt. ibid.8

Condemnatio.

Condemnatio non facit vt condemnati bona obligata intel-

ligantur, priuſquàm in executione iudicati pignora capta ſint. P 3.n.19

Conditio.

In Conditione furtiua an litem iurari poſſit. 225.1.& ſeq.
Omnes Conditiones ſunt in perſonam, non in rem. 84.17
His ſolis Condicenda eſt pecunia quibus ſoluta eſt, non quibus ſolutio proficit. 16.19
Conditio triticaria quàm latè pateat 218.1.& ſeq an ſit actio bonæ fidei. ibid
Conditio ex l.1.C de reſcind. vend. ad quid præcisè detur 81.16
Si tibi decem credidero, vt vndecim debeas, non plus quàm decem condicere mihi licet. 5.12
Conditio nihil eſt. 141.9. conditionalis ſtipulatio eſt ante impletam conditionem. ibid.
Conditio cui detur. 979 5
Diſcrimen inter conditionem & vindicationem. 910.5
Quatenus incerti conditio detur ad condicendum fideicommiſſum. 407.11
Conditio ei qui mortis cauſa donauit cur & quando competat 781 15
Conditio indebiti eſt ex æquitate naturali. 403.3

Conditio.

Conditio nihil aliud eſt, quam priuatio puritatis, & ſuſpenſio actus. 379.2 nihil eſt. ibid.
Conditionum propria natura. 419.3
Conditionis natura. 435 23
Conditionum natura. 669.11
Conditio efficit, vt actus conditionalis, quandiu conditio pendet pro nullo ſit. 379 2
Conditione quandoque exiſtente pro eo habetur actus ac ſi ab initio purus fuiſſet. ibid.2
In Conditionibus non ius ſed factum verſatur. 414.12
Conditionum quæ in futurum concipiuntur triplex eſt natura. 394.27
Conditio in ſignificato proprio debet impleri. 417.3
Omnes Conditiones implendæ, in forma ſpecifica 387.4. ſemel deficta conditione diſpoſitio conditionalis corruit. 389.5
Plus poteſt conditionis figura expreſſa quam tacita. 689.6
Maior eſt poteſtate conditionis cuius figura expreſſa eſt, quàm quæ figuram conditionis non habet. 384.7
Conditio ad actum neceſſaria non poteſt per æquipollens adimpleri, contra pragmaticos. 619.12
Quædam ſunt conditiones quæ etiam cùm expreſſæ ſunt non faciunt actum conditionalem quia tacitè inſunt. 758.19
Conditio quæ ſemel extitit nunquam poteſt amplius deficere: nec quæ ſemel defecit poteſt vnquam exiſtere niſi, concepta ſit per verba extenſiua. 434.7
Conditio facilè retrotrahitur. 410.8
In conditionibus interpretandis mens eius qui conditionem adſcripſit eſt inſpicienda. 435.17
In conditionibus teſtatoris voluntas primum locum quomodo obtineat. 539 6
In conditionibus interpretandis voluntas teſtatoris primum locum obtinet. 581.3
Voluntas teſtatoris maximè ſequenda eſt in conditionibus interpretandis. 459.10
Nulla eſt conditio magis poteſtatiua quàm hæc, ſi voluerit. 579.13
Conditiones poteſtatiuæ faciunt ſuos heredes ex neceſſariis voluntarios. ibid.12
Conditio ſemper præcedit diſpoſitionem. 393.10
An liberi poſiti in conditione, ſint etiam in diſpoſitione. 379.1
A conditionis natura abhorret vt diſponat. 381.1.& 6
Ex conditione non debet induci diſpoſitio. 380.15
Conditionum verba quando diſponant ex ſententia Bartoli 381.16
Liberi poſſunt pluribus modis in conditione quàm in diſpoſitione. 456.16
Conditio vulgaris ſubſtitutionis ſi inſtitutus heres non erit, quando exiſtat. 399.36
Fideicommiſſorum frequentiſſima conditio ſi ſine liberis deceſſerit. 379.1
Quæ conditionis implendæ cauſa dantur in falcidiam cur non imputentur 381.5
Quod ſub conditione vni datur, vbi ademptum eſt ſub contraria alteri datum non neceſſario intelligitur. 394.25
tacita conditio in fideicommiſſis nunquam inducenda eſt. 393.13
Conditio ad extraneum ſubſtitutum pertinens non debet referri ad liberos inſtituti heredis 394.20
De poteſtate illius conditionis SI HERES NON ERIT nõ vulgari

Digitized by Google

Index Rerum

ſubſtitutione ſuo heredi facta. p.581.n.1
Verba conditionalia nihil diſponere in legibus maximè verum, iis præſertim per quas ſucceſſio defertur. 445.21
A filioſ. vel ſeruo impleta conditio non facit hoc ipſo heredem patrem ſeu dominum. 553.6
Poſitus in conditione quando plus habeat iuris quam poſitus in diſpoſitione. 456.19
A poſitis in conditione ad poſitos in diſpoſitione aut contrà quatenus ratiocinatio procedat. 459.9
Conditio NON SVCCEDENTIBVS MASCVLIS poteſt adhuc exiſtere, licet maſculi adierint, ſecus conditio NON EXTANTIB. 435.15
Conditionum naturæ quæ. 341.11
Diſcrimen inter Conditiones merè caſuales, mixtas & poteſtatiuas. 277.5
Conditionis & conuentionis differentia. 196.8
Error Pragmaticorum de Conditionibus retrotrahendis. 121.5

Conductio, Conductor.

Conductio non aufert dominium locatori. 3.35
Conductor fructus fundi locati qua ratione ſuos faciat. ibid.
An teneatur Conductor rem conductam reſtituere, quam poſt conductionem ſuam eſſe nouit. 68.1.& ſeqq.
Singularis ſucceſſor an poſſit expellere Conductorem. 334.1.& ſeqq.
Eadem re pluribus ſeparatim locata, cuius Conductoris potior cauſſa eſſe debeat. 355.1. & ſeqq.
An locator ante finitum locationis tempus poſſit expellere Conductorem. 353.1. & ſeqq.

Confeſſio.

Confeſſionem nunquam ſcindi poſſe, an ſit vniuerſalis propoſitio. 29.6

Coniectura.

Ex quibus coniecturis volunt Dd. tranſmitti fideicommiſſum conditionale. 541.1.& 544.1.& ſeqq.
Ex quibus coniecturis velint quidam colligi liberos in conditione poſitos, in diſpoſitione quoque poſitos eſſe. 581.20

Coniunctio, coniuncti-

Coniunctionis nomen quam ſit æquiuocum apud ICos, cùm coniunctim legari aut inſtitui dicunt. 1021.5
Quotuplex ſit coniunctio. 1009. 1. re tantùm coniuncti qui ibid.n.2. verbis tantùm coniuncti qui 3. qui ſint re & verbis coniuncti 4 qui ad eundem fundum vocati ſunt pro inæqualibus portionibus verbis tantùm coniuncti dici non poſſunt, contra interpretes. ibid. 5. verbalis coniunctio RERDICTIONEM aduerſatiuam autem vel vero fieri non poteſt contra Bart. & alios ibid. 6. vnde fit vt ex alternatiua fiat coniunctio. ibid.7
De vi coniunctionis verbalis & realis. 1035.7
Conuenientia verbalis coniunctionis cum reali, & inter eaſdem differentia. 1019.10
Omnes qui ex æquis partibus vocantur coniuncti verbis cenſeri non debent, niſi vna eademque oratione vocentur. 1014.3
In iure adereſcendi inter coheredes coniuncti ſunt præferendi diſiunctis. 1007 7
Quando heredes pro coniunctis habeantur quod ad ius prælationis attinet. ibid.8
De iure adereſcendi inter verbis tantum coniunctos. 1010. 1.& ſeqq.

Conſtituere, conſtitutum.

Duo facit qui conſtituit ſe alieno nomine poſſidere. 975.11
Verum clauſula conſtituti tranſeat in heredem. ibid 7
Error notariorum in clauſulæ Conſtituti conceptione. 51.1
Quatenus profit clauſula Conſtituti ad transferendam poſſeſſionem. 50.5
Clauſula Conſtituti vbi omiſſa eſt pro adiecta non habetur. 1.6
Conſtitutum non finitur morte conſtituentis, ſed tranſit in heredem. 55.7
Periode transfertur poſſeſſio per Conſtitutum atque per traditionem. 111.8
Clauſula Conſtituti non poteſt facere vt poſſeſſor quis maneat eius rei quam alius corporaliter ſibi poſſidet, contra pragmat. 67.3
An per Clauſulam conſtituti appoſitam in obligatione omnium bonorum acquiratur creditori etiam futurorum poſſeſſio. 495
Modus tranferendæ poſſeſſionis per clauſulam Conſtituti, licet fictitius veram & realem eámque naturalem poſſeſſionem transferr. 445

Conſtitutio.

Conſtitutiones Iuſtiniani à iuris ratione ſemper abhorrent quoties abhorrent à iure Pand. p. 849.n.22

Conſuetudo.

Conſuetudo eſt ius non ſcriptum, etiam quum ſcripta eſt. 57. 11.

Contractus.

Is demum dolus facit Contractum bonæ fidei ipſo iure nullum qui dedit cauſam cõtractui, non qui incidit in cõtractũ. 12.15
Contrahentibus licet naturali ratione, vt ſe in pretio decipiant ibid. 6.
Diſtinctio Contractuum in contractus bonæ fidei & ſtricti iuris vnde ſit. 210.9
Contractus nullus agendo reſcinditur, niſi per in integrum reſtitutionem. 84.18
Bonæ fidei an ſint Contractus omnes. 104.1. & ſeq.
Licet contrahentibus in emendo & vendendo ſe in pretio decipere, & quidem naturaliter. 88. 9
Ex Contractibus bonæ fidei quomodo fructus debeantur, quomodo & vſuræ. 130. 3
Contractus alioqui nullus iureiurando non confirmatur. 170. 5.
Contractum emptionis pro ſimulato quando habeant pragmatici. 231. 7
Quid iuris ſit quando Contractus eſt fœneratitius. 114.9
Conſtitutionem, l. 2. C. de rete. vend. ineptè produci ad omnes contractus. 105.10
In Contractibus illud eſt perpetuum propoſitum, in mente retentum nihil operatur. 2.11
Differentia inter Contractus bonæ fidei & ſtricti iuris ratione pactorum quæ ipſis in continenti adiiciuntur. 316.3
An omnes contractus ſint bonæ fidei, 104.1. & ſeqq.2
Differentia inter bonæ fidei contractus & ſtricti iuris. 105.n.3
Contractus vnde dicatur. 431.4
nullus Contractus eſſe poteſt ſine conſenſu altero tacito duorum. 892.21
Scriptura in Contractib. cur adhibeatur. 692.13
In contractibus bonæ fidei pleniores & fauorabiliores fiunt interpretationes. 459.6
In contractib. etiam ſtricti iuris locus eſt iuſtæ interpretationi. ibid.6
Ex contractu nominato condictio ob cauſam non datur contra Baldum. 932.18
Ex contractu nominato quænam actio competat. 931.13
In Contractibus nominatis locus non eſt pœnitentiæ. 1035. 10 21
In Cõtractibus innominatis pœnitentiæ locus eſt, & cur. 950 1
In cõtractibus innominatis quatenus ſit locus pœnitẽtiæ. 934.6
Contractus do vt des quando ſit. 991.8
Contractus dotis qualis. ibid 7
In Contractibus fieri poteſt ſubſtitutio conuentionalis. 417.12
An contractus in teſtamento fieri poſſit. 823.17.& ſeqq.
Contractuales heredes apud Gallos frequentes. 950 10
Contractus prohibitos iuſiurandum apud Gallos non validat. ibid 8

Contumax, Contumacia.

Contumax habetur pro confeſſo. 72. 5. & perinde ac confeſſus condemnari poteſt & debet. ibid.
Sententia per Contumaciam contra autorem abſentem reddita non nocet ſucceſſori. ibid. 4

Conuentio.

Generales Conuentiones vnde interpretandæ. 2.12

Creditor.

Creditor qui vniuerſa debitoris bona generaliter obligata habet, quædam verò ſpecialiter non poteſt generalem hypothecam priùs perſequi, quàm ſpecialis excuſſionem fecerit. 66 1.
Quæ ſolemnitas iuris ſeruanda ſit à Creditore diſtrahente pignus. 13.1
Creditor an teneatur de euictione pignoris. 16.9.10
Poſterior Creditor plus iuris habere nequit, quàm debitor à quo cauſam habet. 7.7
Non poteſt Creditor poſterior vendere pignus, licet debitor poſſit, & cur. ibid.8
Ex Iuſtiniani conſtitutionibus Creditoribus anterioribus etiam expreſſam hypothecam habentibus mulier præfertur. 8. 12.
Cùm debitor gratuita pecunia vtitur poteſt Creditor ex fructibus pignoris ſibi dati ad legitimum vſque modum vſuras retinere. 109. 1. quod dubium hîc occurrat. ibid n.2
Inter hypothecarios Creditores ordo tẽporis nõ cõtracti debiti, ſed

Digitized by Google

ſed conſtitutæ hypothecæ attenditur, p.19.n 7
Inter Creditores hypothecarios locum & ordinem quando obtineat chirographarij. 8 10
Creditor pignus poſſidens non aliter conueniri poteſt à poſter. creditoribus quàm ſi quicquid ei deberur, offerebatur. 7.1
Creditor hypothecarius quomodo agere poſſit aduerſus debitorem debitoris. 62.1
An Creditor qui pignoris poſſeſſionem nactus eſt pendente diſcuſſionis inſtantia poſſit pignus vendere. 55.1.& ſeqq.
De ordine creditorum tacitam duntaxat hypothecam habentium. 63.1.& ſeqq.
Nulla ratione cauere poteſt Creditor ne exceptione ordinis repelli poſſit. 58.5
Creditor hypothecarius pendente diſcuſſionis inſtantia poteſt poſſeſſionem propriam auocare ex clauſula conſtituti 52.1
Iurium excuſſionem Creditor facere an & quando compellatur. 58 7.& ſeqq.
Creditor hereditarius poteſt poſſeſſionem propriam auocare ex clauſula conſtituti pendente diſcuſſionis inſtantia. 52 1
Differentia inter Creditores chirographarios & hypothecarios. 2.4
Quàm parum cautè faciant ij Creditores qui ad generalem bonorum debitoris obligationem adiiciunt ſpecialem. 67.1
Creditor quando poſſit rem pignoratam emere 9.4
Creditor hypothecarius vt differat à pignoratitio. 111.5
Creditor hypothecarius quid in libello petere debeat. ibid.6
Inter chirographarios Creditores nullus eſt ordo, at inter hypothecarios ordo temporis ſeruatur. 8 15 16
Creditor anterior non cogitur pati diſtractionem pignoris, quamuis multo pluris ſit pignus quam quod debetur ibid.9. & ſeqq.
Quid iuris ſit vbi poſterior creditor adeò pauper eſt vt explicare pecuniam non poſſit ad offerendum anteriori. 7.5
Creditores nullam habent iuſtam cauſam conquerendi aduerſus debitorem qui delatam ſibi hereditatem, adire noluit. 199.15
Qui Creditores condemnati præferantur fiſco. 943.3
An Creditores agentes contra ſuum heredem tanquam patris heredem habeant fundatam intentionem niſi probet filius ſe abſtinuiſſe. 560.1
Creditor à debitore ſuo etiam cui nihil relinquat fideicommiſſum vtile relinquere poteſt. 390.18

Cuiac. in.

Cuiacij ſententia reiecta, quæ autori quondam probata fuerat. 33.12
Error Cuiacij omnia pacta nuda eſſe mordicus defendentis. 5.10

Curator.

Curator bonis quandoque datur. 22. 16. non tamen iis quæ dominum habeat præſentem. ibid.17
Curator cur detur. 35.5
Suo herede ſe abſtinente an Curator paternæ hereditati tanquam iacenti dandus ſit 34.1 & ſeqq.
Quandiu deliberat heres extraneus non datur Curator hereditati vt iacenti. ibid.5
Cur nullo iuris loco tractetur de Curatore hereditati tanquam iacenti dando ibid 1
An quilibet Curator confirmandus ſit 41.1 2
Curator furioſi poteſt delatam furioſo hereditatem adire. 36 9
An filiofam Curator quandoque dari poſſit 71 1.& ſeqq.
An Curator dari poſſit hereditati tanquam iacenti, quæ agnita eſt cum beneficio legis & inuentarij. 19.1 & ſeqq.
An quo caſu heres eſt defuncti creditor debeat dari Curator hereditati 20 8
Curator minorem obligare nequit 351.17
An poſſit prorogare tempus retrouenditionis. 30 1.& ſeqq.
Curator vt differat à tutore. 961.6
Sola adminiſtratio bonorum adulti curatori demandata intelligitur. ibid.5

D.

Debitum. Debere.

QVando quod in diem Debetur certum, ante diem ſolui non poſſit. 440.20
Differentia eius quod Deberur in diem certum ab eo quod in diem incertum vel ſub conditione. 4.9.19
An verum indiſtinctè illud, quod in diem Debetur, ante Diem ſolui poteſt. 161.6
Debiti remiſſio vnde præſumatur. 5.21
Differentia inter Debitum ex teſtamento & debitum ex contractu. 132.3

Debitor.

Debitor an teneatur de euictione pignoris. p.16.n.11.& ſeqq.
Valet iure ciuili obligatio omnium bonorum Debitoris, & præſentium & futurorum. 49.2
De excuſſione Debitoris vſque ad penam & ſacculum. 59 11. & ſeqq
Debitoris bona tacito pignoris iure creditori obligata vulgò cenſentur, etiam ſi de pignore non conuenerit. 2.1. ſed erroneè. ibid.n 5

Decennium.

Lapſus decennii prodeſſe poteſt ad impediendum effectum clauſulæ derogatoriæ in priori teſtamento adhibitæ. 727.12

Decretum.

Decretum nullum in eo verſatur vbi nulla cauſſæ cognitio eſt 124 12
Decretum & decernere quid Iſtis 123.1.
Decretum primum quodnam dicatur pragmaticis. ibid.1. quodnam ſecundum. ibid.n.2.& 124.7
Decreta quæ habent clauſulam inſtificatiuam, ſecuta interceſſione, ſeu oppoſitione reſoluuntur in ſimplicem orationem. 123.5
Duplicis Decreti quando meminerint Iſti. 124.8.& 125.13

Delatio hereditatis.

Delatio hereditatis præcedit acquiſitionem nec ab ea pendet. 431 9
Delatio & acquiſitio hereditatis quomodo differant. 429.7
Delatio hereditatis etiam in ſuis heredibus quandoque pendet. 429.4 delatio hereditatis teſtamentariæ pro arbitrio teſtatoris ſuſpendi poteſt. ibid.2
Ex quibus cauſis fiat vt Delatio hereditatis legitimæ aliquando maneat in ſuſpenſo. 420. 11
Delatio hereditatis per pactum impediri non poteſt, acquiſitio poteſt. 429.8

Ius Deliberandi.

Ius Deliberandi pertinet tantùm ad heredes extraneos. 635.4
Iuris Deliberandi & abſtinendi diſcrimina. ibid.7
Ius Deliberandi intra quod tempus & ad quod tranſmittatur. 399.40
Edictum de iure deliberandi cur introductum. 40. 23. vt differat ab edicto ſucceſſorio. ibid.24

Demonſtratio.

Falſa Demonſtratio in teſtamento vitiare non ſolet ea quibus adiungitur 668 3
Inter falſam Demonſtrationem & falſam conditionem multum intereſt. 669 12

Deportatus.

Deportatus nullo caſu ſuccedit niſi reſtituatur in integrum viuo patre. 506.21

Depoſitum.

Depoſitum re contrahitur. 5.11. eſt bonæ fidei. ibid.
Actio Depoſiti non habet priuilegium prælationis niſi poſt dotem. 17.7
Re Depoſita extante ſi agat dominus ad exhibendum an ſit ad inſtantiam diſcuſſionis remittendus. 18.10
An agens Depoſiti depoſitario defuncto, & relicto herede cum beneficio legis & inuentarij, ſit cogendus ire ad diſcuſſionis generalis inſtantiam. 17.1.& ſeqq.
Re Depoſita extante ſi agat dominus ad exhibendum, an ſit ad inſtantiam diſcuſſionis remittendus. 18.10

Derogatoria clauſula.

An Derogatoria clauſula in teſtamento inter liberos ſubintelligenda ſit. 681.2
Clauſula Derogatoria poſterioris teſtamenti vim & validitatem impediri eſt interpretum ſomnium. 685.12

Didacus Couarruuias.

Didacus Couarruuias Ictus pereruditus. 587.3. peroeram cenſet in directa inſtitutione verba conditionalia quandoque diſponere. ibid.

Dies.

Differentia eius quod debetur in Diem certum ab eo quod in diem in certum vel ſub conditione. 442.9
Quando quod in Diem certum debetur ante diem ſolui non poſſit,

Digitized by Google

Index Rerum

possit. ibid. 20
Dies incertus pro conditione habetur. 525. 20
Quæ debentur in Diem certum eorum dies statim cedit, secus si in diem incertum. 406.29
Dies quatenus pro reo, quatenus pro stipulatore adiecta censeatur. 212.5
Inter certam & incertam Diem quantum interfit ratione æstimationis rei debitæ. 213.1

Dignitas.

An Dignitas conferri debeat. 809.6.& seqq.

Discussio.

Discussionis instantia quibus communis sit,& ad quas actiones pertineat. 17.5
Pendente discussionis generalis instantia an & quando adiudicationibus prouisionalibus locus sit. 42.1.& seqq.

Dispositio.

Dispositio nunquam inducitur sine verbis dispositionis. 389.14
Licet per interpretationem verborum quandoque inducatur in alium casum aut sensum, quàm in quem dispositum fuit. ibid.
An Dispositio patris inter liberos quæ sit imperfecta ratione voluntatis seruanda sit. 646.8
Verba enuntiatiua an Disponant fauore liberorum. 389 11
An liberi positi in conditione sint etiam in Dispositione. 379.1
A positis in conditione ad positos in Dispositione, aut contrà quatenus ratiocinatio procedat. 460.9
Minus est positum esse in conditione quàm in Dispositione. 455.16
Dispositionem inter liberos in qua pater vni ex liberis legitimam reliquerit alio titulo quàm institutionis, non valere cur velint interpretes plerique. 474.1

Diuisio.

Diuisionis faciendæ modus quotuplex. 92.1.& seqq laesione interueniente in diuisione cum frater minor natu eligit an detur restitutio in integrum. ibid. num.3.& seqq.
Si Diuisio facta sit per sortem an succurratur læso 93.10
Impetrata restitutione aduersus diuisionem an suppletio fieri possit in pecunia. 95.1.& seqq.
Non eadem fuit olim Diuisionis & emptionis ratio. 91.13. Il vis vel dolus interuenerit in diuisione restitutio in integrum competet, sicut etiam ex capite minoris ætatis. ibid.14. nulla intercedente vi aut dolo ex causa solius læsionis iure Pandectarum non rescinditur diuisio. ibid.15
Minoribus aduersus Diuisionem nonnisi causa cognita datur restitutio. ibid.16
Diuisionis & venditionis conuenientia. 964
Diuisio & venditio vt differant in probanda læsione. ibid. 1.& seqq.
Diuisio emptionis & permutationis vicem obtinet. 89.1
Cur minoribus læsis in Diuisione succurratur auxilio restitutionis in integrum. 83.10
In contractu Diuisionis quando læsio per dolum interuenit, quomodo læso succurratur. 88 11
Facta Bonorum Diuisione nullum familiæ erciscundæ iudicium superest. 97.6

Doctor.

Doctores intelligendi secundum leges quas citant. 459.3

Dolus.

In Dolo est nedum in culpa, qui in solo quod alienum esse nouit temerè ædificat. 400.4
Exceptio Doli cur inducta. ibid.5
Doli exceptio vt & alia quælibet non alij accommodatur quàm possidenti. 389.16
Doli exceptio est subsidiaria exceptioni doli. 615.8
Exceptio Doli facilè inducitur ex quocumque indicio voluntatis. 389.15.& cur.
Doli exceptio quando detur heredi legitimo aduersus heredem testamentarium. 763 4
Exceptio Doli aduersus dominum soli ædificium vindicantem domino materiæ competit, si hic fuerit bonæ fidei possessor, nec ille impendia in ædificium facta offerat 400 3
Dolus qui in re ipsa, duntaxat est, non potest esse ex parte vtriusque. 14.4
Doli exceptio an faciat iudicium bonæ fidei, quod antea erat strictum. 106.1.& seqq.
Dolus emptoris ex qualitate facti, non ex quantitate pretij æstimatur 90.13
Dolus in re non det causam contractui, nec facere potest vt contractus ab initio non valeat. 12.16
Dolus qui in pretij & æstimationis modo interuenit incidere dicitur in contractum non dare causam contractui. 13.22
Dolo interueniente in emptione venditione, succurritur læso. 100.6.
Quis Dolus dicatur dare causam contractui, quis verò incidere in contractum, & inducere restitutionem. 12.16
Is demum Dolus facit contractum bonæ fidei ipso iure nullum qui dedit causam contractui, non qui incidit in contractum. ibid. 15
Læsio quantumuis immodica nihil commune habet cum causa Doli, aliisque remediis dolus aliis læsio vindicatur. ibid.5
Dolus emptoris qualitate facti, non quantitate pretij æstimatur. ibid.7
Dolus in re ipsa quando declinet in dolum ex proposito. 14.5
Doli distinctio in verum & præsumptum qualis. 13.18
Doli replicationes bonæ fidei iudiciis an insint. 106.1.& seqq.
Actio de Dolo omnibus bonæ fidei iudiciis inest. 106 1
Actio de Dolo in personam est & infamiam irrogat, ideóque nec inter quoslibet competit. 13.24
Actio de Dolo ab exceptione doli,& actione quod metus causa vt differat. 14 6

Dominus, Dominium.

Quo sensu dicatur consolidari Dominium vtile cum directo. 59 8.
Casus quo is qui non est dominus dominium nihilominus transferre potest. 9.2
Quæ traditio transferat Dominium. 198.3
Eiusdem rei plures in solidum Domini esse non possunt. 410 15
Eiusdem rei duo Domini esse possunt, vnus bonitarius, alius Quiritiarius at eodem dominij genere esse non possunt. 577 17.
Dominus iure veteri non poterat sine seruo hereditatem seruo delatam sibi acquirere. 398.25
Modi acquirendi Dominij iure Quiritium qui. 909.11
Vt Dominium acquiratur quid sit necessarium. 971.9
Quando Dominium non possit transferri nisi per traditionem. 980.11.
Dominij bonitarij & Quiritiarij differentia. 821. 11. 90910
Dominij distinctio in directum & vtile interpretum commentum. 413.10
Dominium eo casu quo ex donatione aut alio contractu transferretur, nonnisi per traditionem transfertur. 942 7
Dominium bonitarium acquiri potest etiam per traditionem legis authoritate destitutam. 821. 10
Dominium non magis per stipulationem acquiri potest, quàm per nudum pactum. 822. 14
Dominium rei donatæ filiofam. quomodo ad ipsum mortuo patre donatore transferatur. 815.6
Ex donatione inter virum & vxorem morte confirmata Dominium quomodo transferatur. ibid.7

Donare, Donatio

Donari id dicitur quod nullo iure cogente conceditur. 895 10
Donatio etiam de legato & fideicommisso dicitur. 891 15
Donationis nomen etiam dotem complectitur. 782.5
An & qualis contractus sit Donatio. 919. 1.& seqq.
Animus Donandi præsumitur in eo qui impendit in rem alienam quam non possidet. 405.15
Donationem non esse actum solemni aduersus interpretes. 840.8.
Sine verum illud Cuiacij. Donationem iure veteri conuentionem non fuisse, sed adquisitionem, iure verò nouo esse conuentionem, non adquisitionem. 898.15
Expenditur sententia Cuiacij dicentis Donationem olim fuisse acquisitionem, non conuentionem: hodie verò contrà. 931 8
Donatio non est appellanda nisi per quam dominium transferatur vel actu vel habitu. 833.10
Ex Donatione nec obligatio vlla nascitur, nec actio. 930 5
Omnis Donatio perficitur aut traditione aut stipulatione. 833. 6.
Differentia inter donationem & fideicommissum. 851. 9
Inter Donationem & legatum conuenientiæ quædam & differentiæ. 966 4
Donationes siue inter viuos, siue mortis causa si ab initio valuerint, nulla confirmatione indigent. 941.2
In Donatione quando necessaria non sit traditio. 837.4
Qui sciens in alienam rem impendit Donare dicitur. 401.15
Donatio rei alienæ non valet. 856.11
Donationum quæ per stipulationem fiunt proprium est vt ex iis præstatio in aliud tempus conferri possit. 479 7
Donatio hereditatis an valeat. 994.3
An hereditas possit Donari. 998.2.& seqq.
Donatio simplex an conferatur. 778.1 & seqq.
Donatio simplex cur non conferatur. 812.2

Digitized by Google

& Verborum.

Bartolus vult ſimplicem Donationem à patre filiofam. factam conferri cum pater inter donandum illud dicit. 823.1
Donationes in filiosfam à patribus collatæ eur olim non conferrentur. ibid.2. eas nec hodie conferri contra Fachineum. ibid.n.3
Quando valere Donationem in abſentem collatam, ſtatuunt interpretes. 971.1. & ſeqq.
Cùm Donatio per ſtipulationem fit, non ideo tamen res ad donatarium peruenit, ſed penes donantem remanet quo vſque ex ſtipulatione exigatur 943.8
Vbi Donatio fit per ſtipulationem contractus eſt ſtipulationis non donationis. 930 6
Qui ſupremum iudicium defuncti accuſat, non ideò omittit Donationes ſibi factas ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa. 834.16
An in continenti poſt perfectam Donationem conditionem inuito donatario poſſit donator apponere. 992. 1. & ſeqq.
Donatio quandiu perfecta non eſt poteſt conditiones recipere pro arbitrio donatoris. 982.3
Facta Donatione per traditionem ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa, nulla cauſa ſubeſt propter quam Donatario contra donantem actio competat. 930.7
Olim Donatio non aliter fieri poterat, quàm interueniente traditione vel ſtipulatione. 891.6
Donatio acceptata à donatario abſente valet quidem hodie, ſed inutilis eſt acceptatio. 989 3
Donatio omnium bonorum præſentium & futurorum inter viuos an valeat. 993.1. & ſeqq.
An Donatio peculij caſtrenſis valeat ſine conſenſu patris. 8, 1. 1. & ſeqq.
Diſcrimen inter Donationem aduentitiorum, & donationem caſtrenſium. 857.13
Donatio remuneratoria an ſit vera donatio. 805.10
An Donatio collata in abſentem donatarium qui poſtea deceſſerit viuo donatore ante ratihabitionem poſſit à donatarij herede per ratihabitionem acceptari. 9 4.1. & ſeqq.
Donatio propter nuptias eſt donatio ob cauſam. 796 1
Donationis propter nuptias & dotis diſcrimen. 808.3
Donatio filiofam. facta fauore matrimonij eſt inualida 799.9. de huiuſmodi donatione errores interpretum. ibidem num. 10
Donationes in filiosfam. collatæ fauore matrimonij an ſint validæ. 801.5
Donationis ante nuptias collationem Leonis conſtitutione primùm inductam eſſe. 786.1
Vera differentia inter Donationem propter nuptias & donationem fauore matrimonij filio factam. 797 7
Donatio facta per ſtipulationem inutilem eſt inutilis. 970.6
De validitate Donationis factæ filioſ. fauore matrimonij ſententia interpretum. 799.1
Donationis propter nuptias & dotis conuenientia & differentia. 748 6
Inter traditionem rei Donatæ & ſtipulationem differentia. 836.6
De Donatione quæ non valet ſruſtra quæritur an conferri debeat. 804.11
Quæ Donatio propter nuptias conferatur, aut non conferatur. 794.10.
Donationem factam fauore matrimonij filiis etiam in poteſtate retentis perperam confundi à pragmaticis cum donatione propter nuptias. ibid.1
Donationem factam filiofam. fauore matrimonij eſſe inualidam aduerſus pragmaticos 795.2. non confirmari morte patris. ibid.4
Differentia inter dotem & Donationem propter nuptias. 795.5
Donationem factam fauore matrimonij non eſſe ſimplicem, aduerſus interpretes. 796.2
Donatio à patre in filiumfamil. collata nullo caſu valet. 814.1
An quod pater filio in ſua poteſtate conſtituto inter viuos Donauit collationis oneri ſubiaciatur. 749.1. & ſeqq.
Donatio in filiumfamil. collata poteſt viuo adhuc patre confirmari, conferturque ad modum donationis emancipatis factæ 814.2
Donatio ante nuptias doti ſimilis eſt, & dotis exemplo conferenda. 791.2
Quibus caſibus dos conferenda eſt. Donatio quoque ante nuptias conferri debet. 787.6
Iure veteri Donatio ante nuptias non conferebatur, niſi pater id expreſſim iuſſiſſet. 794 8
Donationem propter nuptias cur conferri voluerint Imperat. Leo & Iuſtinianus. 793 6
Hodie ſi interpretibus fides, etiam nudo pacto poteſt fieri Donatio tam mortis cauſa, quàm inter viuos ex Iuſtiniani conſtitutione. 891.11
De iure inſinuationis Donationum 906.9
Donationum inſinuatio cur introducta. 858.5
Vtrum donator poſſit ante abſentis donatarij ratihabitionem donationem pro arbitrio reuocare. 969.1. & ſeqq.
Donatio ſimplex an conferatur. 772.1. & ſeqq.
Donatio ſimplex non eſt contractus, donatio verò facta ob cauſam eſt contractus, innominatus. 913.1
Donatio ſimplex & abſoluta illa eſt quæ mortis cauſa 915.8
Non magis ex cauſa dotis quàm alia poteſt conſiſtere donatio inter patrem & filiumfam. 770.7
An donatio facta filiofam. propter bene merita valeat. 802.1. & ſeqq.
Donatio facta filiofam. à patre fauore ſtudiorum ex interpretum ſententia valet, eaque nec eſt conferenda, nec eſt in quartam imputanda.
Donatio quam pater in filium confert propter bene merita eſt ſimplex non ob cauſam. 803 8
Donatio à patre collata in filiumfam propter bene merita ab initio non valet, ſed morte tantùm patris confirmatur ſi non fuerit reuocata. ibid.10
Cùm pater filio dignitatem comparat cur valeat huiuſmodi Donatio, 811 7
Licet donatio morte confirmata cenſeatur vltimæ voluntatis, non ideo tamen cenſetur iure legatorum. 814 4
Inutilis eſt ea donatio quam pater iuſſit conferri, vel in quartam imputari. 814 6
Deteriorís olim fuiſſe conditionis Donationem inter viuos factam filiæ ex cauſa dotis, quàm exteras. 787.1
Donatio filio ab alio quàm patre facta, valet quidem, non tamen cedit in commodum filij, ſed vtilitatem patris, cui per filiumfam. acquiritur. 772.5
An morte filiifam. confirmetur donatio in patrem per ipſum collata. 843 & ſeq. 6. 7.
Donationem inter patrem & filiam ex cauſa dotis olim non valuiſſe aduerſus interpretes. 789.4
Donatio à patre in filiumfa collata etiam hodie non tam eſt donatio, quàm donationis deſtinatio. 776.11
Licèt Donationes in filioſ. collatæ hodie retrotrahantur, non tamen videri debent inter viuos. ibid 7. 9. vtut ſint inſinuatæ. ibid.10
Donationes à patribus in filiosfam. collatæ nec capiuntur iure donationum inter viuos, nec iure legatorum. 817. 9. differunt & à donationibus inter viuos & ab vltimis voluntatibus & à donationibus inter virum & vxorem. ibidem num 10
Donationem ſimplicem morte patris confirmatam non quæri filiofam. niſi poſt mortem patris quomodo verum aduerſus Bart. 811.1
Quod pater filio Donat ea lege vt conferatur, vel in quartam imputetur, donatario vt præcipuum non eſt ab arbitro adiudicandum 823.3
Valet Donatio filij, ſi donationem factam patre ignorante ſequatur patris ratihabitio viuo adhuc filio. 841 11
Ex Donatione quæ patris morte confirmata eſt dominium filio non acquiritur, nedum vſucapienda occaſio. 817.8
Simplices donationes à parentibus in liberos collatæ quantumuis morte confirmatæ iure vltimarum voluntatum cenſeri non poſſunt. 814.2
Donatio facta filio à patre inter viuos nullius planè eſt momenti propter vinculum patriæ poteſtatis. 772.3
Cùm Donatio eſt inualida nullus eſt locus quæſtioni de collatione donationis. 780.10
Rem profecticij peculij filius fdonare non poteſt. 840. 2. exceptiones. ibid.
An donatio in Eccleſiam collata reuocari poſſit. 988.3
Donatio facta Eccleſiæ ſub modo nunquam poteſt reuocari ipſo iure ob non impletum modum. 980.6
Donatio facta patri per filium neque inter viuos, neque mortis cauſa valere poteſt, & cur. 841.13
Donatore ante abſentis donatarij ratihabitionem decedente, an poſſit nihilominus donatarius ratam habere donationem. 972.2. & ſeqq.
Cur non valeat hodie bonorum aduentitiorum à filiofa. facta mortis cauſa donatio. 856.9
Diſtinctiones adhibendæ in quæſtione de reuocatione donationis. 967.8
Aduerſus promittentem ſe donaturum an aliqua actio competat. 897. & ſeq. n 11. & 13
Quæſtioni de donatione à filiofam in patrem collata quando locus eſſe coeperit. 840 1
An filiusfamilias aduentitia bona in quibus pater nihil iuris habet mortis cauſa donare poſſit extraneo ſine conſenſu patris. 846. 1. & 3.
Donationes inter virum & vxorem quæ improbantur. 905.4
Quænam donationes inter coniuges valeant. 818.2
Donationes factæ inter virum & vxorem ſiue inter viuos ſiue mortis cauſa nonniſi ad inſtar vltimæ voluntatis capi videntur.

Digitized by Google

Index Rerum,

dentur. p.943.n.4
Donationes inter virum & vxorem per generalem bonorum dispositionem non reuocantur, per specialem duntaxat, sed de re donata dispositionem. 957.6
Donationes inter coniuges licet iure legatorum capiantur, ab intestato tamen valent. 821. 11. adeoque etiamsi donator decedat sine herede. 821.11
Ad extinguendam inter viuos coniuges factam donationem poterat olim sufficere, quod donator rem donatam pignori obligasset. 956.3.4
Donationes inter coniuges morte confirmatæ ex oratione Seueri vim habent legatorum magis quàm fideicommissorum. 811.9
Distinctio Papiniani in quæstione, quæ donatio inter coniuges morte confirmetur interpretibus probata. 810.1
An donatio inter coniuges mortis causa ita facta vt statim dominium transferatur, & excedens 500. solidos egeat insinuatione. 968.8.& 10
Res donata coniugi vbi donatio morte confirmata est quomodo donatario acquiratur. 8.98
Valet inter coniuges donatio quæ fit causa diuortij sub ipso diuortij tempore 939. 5. item quæ fit in casum exilij. ibid 6
Valet & donatio quæ fit manumissionis causa. ibid.7
Quæ donationes causa mortis legatis æquiparentur. 903.1
Discrimen inter donationem causa mortis per traditionem factam, & legatum ratione reuocationis. 954 17
Vt reuocetur donatio causa mortis per traditionem facta quid exigatur. ibid 19
Donatio mortis causa à coniuge facta ab aliis donat. mortis causa vt differat. 776.14
An vel minimo voluntatis indicio reuocentur donationes causa mortis inter coniuges factæ, vt statuunt interpretes. 955.1
Quæ concurrere debeant vt sit donatio causa mortis. 914.4
Differentia ratione reuocationis inter donationes inter viuos coniuges factas & donationes causa mortis. 957.10
Quo sensu donatio à moriente fieri dicatur. 919.5
Quæ donationes causa mortis comparandæ sint legatis. 1002.11
Donationem causa mortis vniuersitatis bonorum præsentium & futurorum inutilem esse aduersus interpretes. 1000.11.
Donatio mortis causa inter coniuges facta, morte secuta ad id tempus quo facta est reducitur. 948.1
Discrimen inter Donationes causa mortis & donationes inter viuos, quæ fiunt inter coniuges. 955.2
Donatio ita potest fieri vt post mortem donatarij vel post certum tempus id quod donatum est restituatur. 977 1
Vtrum in mortis causa Donationibus locus sit iuri adcrescendi. 1003.1.& seqq.
Donatio causa mortis à milite facta valere olim non poterat, si neque traditio, neque stipulatio interuenisset. 1000 10
An Donatio quæ mortis causa facta dicitur Titio & eius heredibus censenda sit mortis causa donatio, an verò inter viuos. 976.1. & seqq.
Donatarius causa mortis fideicommisso grauari potest: at donatarius inter viuos non potest. 982.2.& 983.n.11
Donatio causa mortis interdum reuocatur ex pœnitentia, interdum ex casu. 909.2
Quæ Donatio causa mortis sit delibatio hereditatis. 913.4
An Donatio causa mortis sic facta, vt nullo casu reuocetur nihilominus reuocabilis maneat, an verò transeat in naturam donationis inter viuos. 911.2.3.& seqq.
An actio hypothecaria quæ pro legatis competit, competat etiam pro Donationibus causa mortis. 1000.1. & seqq.
Filius qui patre consentiente mortis causa donauit, non potest Donationem sine patre reuocare. 850.5
Discrimen inter legata & mortis causa donationes. 918.22
In Donatione causa mortis aliquod negotium geri videtur, & quatenus. 931.10
Si quis sanus nulloque mortis periculo perterritus alij donet post mortem suam, vtrum Donatio censenda sit inter viuos facta, an causa mortis. 914.1.& seqq.
Legati & mortis causa donationis differentiæ nonnullæ. 940.13
Donatio quælibet causa mortis indistinctè imputanda est in legitimam portionem. 925.8
Potest esse donatio causa mortis etiamsi nulla facta sit mentio mortis, & contra potest esse donata inter viuos, etiamsi adiecta sit mentio mortis. 914 5
Donatio causa mortis an possit fieri in testamento. 891.14.& seqq.
Permultum refert an ab initio valeat donatio causa mortis, an non valeat, licet vtroque casu non priùs absolutè perfecta & confirmata videri possit, quàm donator decesserit. 835 28
Donationes mortis causa licet habeant aliquid ex iure contractuum, propius tamen accedunt naturam vltimarum voluntatum. p.776.n.16
Donatio causa mortis est species vltimæ voluntatis. 847.11
Reuocata est pœnitentia donatione causa mortis quæ actio donanti competat. 833.7
Donatio mortis causa minus pauperem donatorem facit, quàm donatio inter viuos. 836.8
Ad quas donationes pertineat illud, irritas fieri donationes causa mortis etiam quæ ab initio valuerunt, si donator decesserit absque herede. 911.5
Donatio causa mortis alterius quàm ipsius donatoris fieri potest: quo casu perficitur & fit irreuocabilis etiam viuo donatore. ibid 4
Donatio causa mortis ex pœnitentia sola quando reuocari possit. 912.7
Reticisso donatoris per querelam inofficiosi testamento an donationes causa mortis irritæ fiant. 913.1 & seqq.
An donatio causa mortis causa nudo pacto hodie fieri possit. 893.1 & seqq.
Insinuatio in donationibus causa mortis necessaria non est. 834.26
Donatio causa mortis in filiumfamilias collata licet non valeat, confirmatur tamen silentio & morte patris. ibid.25
Donatio mortis causa vt morte donatoris irreuocabiliter confirmetur: non exigit hereditatis additionem. 836.10. ob idque differt à legato. ibid.
Donatio causa mortis propriè non est donatio. 895.10
Condictio ei qui mortis causa donauit cur & quando competat 776.15
Quomodo intelligendum illud morte donatoris quamlibet mortis causa donationem perfici. 837.8
Donatio causa mortis non fit nisi inter præsentes idque per traditionem aut stipulationem. 858.3
Donator causa mortis nulla actione compelli potest vt donationem à se factam impleat, multo minus eius heres. 895.8
Ex donationibus causa mortis falcidia deducitur. 838.12
Differentia inter Donationem inter viuos & donationem causa mortis ratione filiifamil. donantis: & differentiæ ratio. 840.10
Omnibus mortis causa donationibus commune est vt reuocabiles sint cùm fiunt, & fiant irreuocabiles cum moritur donator. 904.12
Donationum mortis causa conditio communis. 776.18
Vt differant donationes causa mortis à fideicommissis. 896.4
Differentiæ inter donationem causa mortis & legatum. 455.10 & seqq.
Quæ donationes mortis causa capiantur ad instar legatorum. 898.3
Nomina donationis causa mortis legati & fideicommissi promiscuè nonnunquam accipiuntur. 821.10
Donationem causa mortis quam ignorante patre filiusfam. ex peculio castrensi fecit, si postea intestatus defunctus sit, etiam hodie non valere. 851.1.& seqq.
Donatio mortis causa ex alieno arbitrio pendere non debet. 848.14
Vsurarius manifestus an possit donare causa mortis 958. 1. & seqq.
Lex XII. tab. testamentaria ad donationes causa mortis cur pertinere non potuerit 904. 6. ad eas tamen validandas.
Cur placuerit rationes causa mortis capi ad instar legatorum potiùs quàm fideicommissorum. 904.8
Distinctio adhibenda in quæstione, an donatio causa mortis sit species vltimæ voluntatis. 905 13
Donationes causa mortis non possunt fieri absenti, sed præsenti tantùm 834.13 & 15. exceptiones. ibid.14
De qua donatione intelligendum illud, non videri perfectam mortis causa donationem priusquàm insecuta sit mors donatoris 905.12
Filiofam. donante mortis causa ex consensu patris valet Donatio siue castrense siue aduentitium fuerit quod donatum est & cur. 857 12
An mulier quæ ex iure municipali non potest contrahere sine consensu duorum propinquorum, possit liberè donare causa mortis. 961.1. & seqq.
Donatio causa mortis mortuo donatore retrotrahitur ad tempus quo facta est 853.13
Inter Donationes causa mortis & legata differentia præcipua. 833.11
Cur passim in iure indistinctè scriptum sit donationes causa mortis capi ad instar legatorum. 905.14
Inuicta ratio cur Donatio causa mortis in filiof. collata valere nequeat. 83 24
In qualibet mortis causa donatione duo sunt, donatio ex causa donationis id est mors. 849.6

Donatio

Donatio cauſa mortis quoties valet inducit aliquam obligationem ex parte donatoris. P.834 n.12
Inter donationes cauſa mortis & legata differentia. 896.3
Quæ legata donationibus mortis cauſa olim æquiparantur. 900. 8.
An Donatio cauſa mortis in abſentem conferri poſſit. 890. 1 & ſeqq.
Inutilis ſit Donatio cauſa mortis facta per ſtipulationem, ſi reuocet donator, etiamſi poſtea deceſſerit ſine herede. 919. 9.
Donatione cauſa mortis facta per traditionem quid de eius reuocatione ſentiendum ſit. 910.11
In quibus differant donationes cauſa mortis à legatis. 834.18 & ſeqq.
Donationis cauſa mortis quam filiusfam. facere velit non requiritur autoritas patris ad integrandam perſonam filij propter actus ſolemnitatem. 840.9
An ex donatione cauſa mortis transferatur ipſo iure dominium citra traditionem. 907.1.& ſeqq.
Donatio cauſa mortis quaſi ex fideicommiſſo defendi nequit, ſi nulla adſint verba fideicommiſſi. 853. 10
An Donationes cauſa mortis inter coniuges factæ exigunt traditionem, vt morte donatoris confirmentur, ſicut vult Cuiacianus. 941.1. & ſeqq.
Donationes cauſa mortis interdum valent etiam non adita hereditate. 8.3.12
Donatarius cauſa mortis quomodo ſit debitor donatoris. 937. 11.
Filiusfamil. mortis cauſa donare poteſt patre conſentiente. 814. 17.
Donatio cauſa mortis tum quoque cùm rei traditione perficitur quot modis fieri poſſit. 831 1
Donatio cauſa mortis facta inter coniuges valet, & cur. ibid.2
Cur Donationes cauſa mortis dicantur capi ad inſtar legatorum. 834. 11
Donatio cauſa mortis vtiliter fieri poteſt, tametſi ex ea dominium non transferatur niſi mortuo demum donatore. 833. inde tamen non ſequitur valere donationes cauſa mortis filiifam. factæ. ibid. num.9
An donatio cauſa mortis nullam hereditatis additionem requirat. 921.1 & ſeqq.
An donationes cauſa mortis inter coniuges generaliter ſunt permiſſæ, & cur. 905.1. & 3. illæ tamen quæ ſic fiunt, vt dominium protinus transferatur non aliter valent, quàm ſi inſecuta morte donatoris ea tranſlatio fiat. ibid n 2
Donationes cauſa mortis quibus ſtatim dominium transfertur nihil habent commune cum vltima voluntate propiuſque accedunt ad donationes inter viuos. 961 10
Inter donationem cauſa mortis & donationem inter viuos notabilis differentia. 896 3
Nudo pacto donatio cauſa mortis olim fieri non poterat. 857. 3.
Pater qui permiſit filio donare de mortis cauſa donatione non cenſetur cogitaſſe.& cur. 40.3
In donatione cauſa mortis quot teſtes requirantur. 858. 1.& ſeqq.
Quando infirmetur donatio cauſa mortis propter non aditam hereditatem. 982.6
Quænam donatio cauſa mortis viuo donatore fiat irreuocabilis. 850.4
Donationes cauſa mortis cùm à Iureconſultis ſimpliciter dicuntur, illæ intelliguntur ex quibus dominium poſt mortem donatoris transfertur. 909 13
Quando contingat donationem cauſa mortis eſſe irreuocabilem 987 9
An filiofam. pater mortis cauſa donare poſſit 833.3. & ſeqq.
Cùm de donationis cauſa mortis acquiſitione tractatur quodnam tempus ſit intuendum. 904.10
Inter donationes cauſa mortis & legata differentiæ plures. 898 2. & ſeqq
Donatio cauſa mortis de peculio caſtrenſi à filiof. facta quando valeat. 855.12
Differentia à pragmaticis iactata inter Donationem cauſa mortis & donationem inter viuos. 612.3
Donationi cauſa mortis contractus nomen quomodo hodie conueniat. 964 8.11
Donationes cauſa mortis inter coniuges an retrotrahantur quod ad fructus tantùm, an etiam quod ad dominij cauſam. 948. 5.
Differentia præcipua inter donationes cauſa mortis inter coniuges factas, & eas quæ inter viuos. ibid.4
Donatio facta per traditionem omnimodo cenſeri debet donatio cauſa mortis, ſi dominij tranſlatio collata ſit poſt mortem donatoris. 917.1
Quid iuris vbi donatio cauſa mortis à marito vxori facta, per eundem poſtea deportatum reuocata eſt. 945. 1.& ſeqq.
Donationes cauſa mortis inter coniuges factæ an valeant. 938 1.& ſeqq.
Oppignoratio quando non impediat quominus donatio perficiatur. P.900. n.6
Donatio cauſa mortis facta per ſtipulationem per ſubſecutam oppignorationem non reuocatur. 902.13 ſecus eſt ſi res donata voluntate à donatore alienetur. ibid. 14.15
Vt filiusfam. qui habet peculium caſtrenſe nſe vel quaſi poſſit ex eo donare mortis cauſa. 854. 1
De differentia legatorum & donationum cauſa mortis in interdicto QVOD LEGATORVM. 900.1. & ſeqq.
In Donationibus cauſa mortis nunquam locum eſſe interdicto QVOD LEGATORVM. 901.10
De eo quod dici ſolet donationes cauſa mortis capi ad inſtar legatorum. 898.1 & ſeqq.
Donatio cauſa mortis an reuocetur per ſubſecutam rei donatæ oppignorationem 953.11. & ſeqq.
Sine voluntate tam donatarij quàm donatoris non perficitur Donatio ſiue mortis cauſa, ſiue inter viuos. 891.9
Donationes cauſa mortis ſunt reuocabiles: donationes inter viuos irreuocabiles. 911.1
An minor poſſit mortis cauſa donare ſine autoritate curatoris. 960.1. & ſeqq.
Donatio inter viuos an valeat inter abſentes. 937.16
Donatio inter viuos quacumque voluntatis teſtificatione perfici poteſt modo adſit inſinuationis neceſſitas 896.6
Donationes inter viuos, exceptis iis ſolis quæ in contractu matrimonij fiunt, ſine diſtinctione quantitatis apud Gallos inſinuari debent. 890.12
Donatio inter viuos neque ex parte donatarij, neque ex parte donantis contractus cenſeri poteſt. 964 10
De quibus donationibus inter viuos intelligendum ſit eas iam olim conferri ſolitas rupto per querelam teſtamento. 779. 2.
Ex Iuſtiniani conſtitutione donatio inter viuos hodie neque ſtipulationem, neque pactum requirit, ſed ſola voluntatis donantis teſtificatione contenta eſt. 972.6
Ex pacto nudo donationis non poteſt agi contra heredem donatoris eo modo quo agitur ex ſtipulatione. 894. 7
An Donatarij præſentia in quacumque donatione neceſſaria ſit. 965.1.& ſeqq.
Quæ actio detur ex Donatione ex interpretum ſententia 934.1 & ſeqq.
Quando detur actio Publiciana Donatario cauſa mortis qui poſſeſſionem rei donatæ amiſit. 953.7
Donatarius vniuerſorum bonorum an teneatur ad onus æris alieni 996 1.& ſeqq. an ſit loco heredis. ibid.
Ex Notarij ſtipulatione abſentis donatarij nomine interpoſita, quænam actio donatario competat. 968.4.& ſeq.
Quando donator mortis cauſa ex pœnitentia habeat condictionem vel vtilem actionem 909 1
Donatio quælibet inter viuos hoc ipſo quod & vtilis & in ea viuos eſt irreuocabilis. 900 5
In Donatione inter viuos nullum negotium geritur, & cur. 931 11.
Donationes ſiue mortis cauſa, ſiue inter viuos collatæ in vxorem ante crimen admiſſum, morte ſiue deportatione mariti confirmentur in præiudicium fiſci. 941 1. & ſeqq.
Ex donatione facta certo pacto, vt quid viciſſim detur vel fiat, condictio donatori competit, & pœnitentiæ locus eſt, ſi donatarius non impleat quod promiſit 912 14. atque hoc caſu donatio non eſt propriè, ſed contractus innominatus do vt des, vel do vt facias. ibid.
Donatori donationem reuocanti quando ſit neceſſaria actio ad reperendam rem donatam. 913.9
Qua actione teneatur donatarius ſi non pareat legi donationis quam agnouit. P.977 2 3
Donatario cauſa mortis nulla datur actio poſt reuocatam donationem. 953.8
An liceat donatori reuocare pactum à ſe poſitum in donatione de re donata vni alteri reſtituenda. 986.1
Donatio inter patrem & filiumf. conſiſtere nequit. 163 8
Inter patrem & filiam in poteſtate Donatio conſiſtere nequit. 873 9
Reuocatio Donationis eſt noua dominij acquiſitio. 912. 7
Si donatarius rem donatam oppignorauerit, aut alienauerit. deinde Donatio ex cauſſa ingratitudinis reuocetur, reciuis datúrne hypotheca, aut alienatio. 911. & ſeqq.

Dos.

Dos vt ſit mariti, vtque mulieris. 319.9
Differentia inter Dotem & vſumfructum. 317.4
An Dos filiæ nubenti à patre data ſit loco legitimæ. 146.1
Quomodo ſit melior conditio Dotis quàm aliorum contractuum bonæ fidei. 9[illegible] 10
Dos eſt verè patrimonium filiæ, itaque in ea inſtitui non poteſt. 158.4. caſus quo non verè, ſed quaſi patrimonium filiæ habetur. ibid n.5. Dos eſt in bonis mariti ac mulieris quoque eſſe intelligitur. ibid 9 6

Index Rerum,

Olim potuit filia in Dote grauari. p 260. n.5
Filiafam. nupta viuo etiam patre ius habet congruæ Dotis petendæ. 172.12
Ex statuto Sabaudiæ etiam ex bonis feudalibus Dotes deducuntur. 161 10
Quomodo verum, Dotalium fructus diuidantur inter maritum & vxorem seu eorum heredes. 118. 5
Contractus doris qualis. 991.7
Donationis nomen etiam dotem complectitur. 786. 3
Dos non est donatio simplex, sed ob causam scilicet matrimonij. 792 1
Maritus est dominus bonitarius. 403. 35. Dos congrua quæ. 506. 25.
Dotis & donationis propter nuptias diferimen. 808.3
Distinctiones adhibendæ in quæstione de Dotis collatione. 781. 1.
An Dos aduentitia hodie conferatur à filia emancipata 819.8
Quæ Dos conferatur aut non conferatur. 793. 10
Filiafam. an teneatur conferre dotem aduentitiam fratribus potestate retentis. 783 14. & seqq.
Dotem à patre habere filia non potest, nisi sit nupta. 770.9
Dos à patre profecta quando remaneat viuo patre penes filiam emancipatam, & quando ad patrem reuertatur. 783.12
Dotis & donationis propter nuptias conuenientia & differentia. 797.6
Quid iuris habeat pater in dote, quam filiæfamil. dedit. 783. 13.
Differentia inter dotem & donationem propter nuptias. 793.7

E

Ecclesia.

AN donatio in Ecclesiam collata reuocari possit. 988.3

Edictum successorium.

Edictum successorium pertinet tantùm ad bonorum possessiones ab intestato. 475.5
Edictum successorium ordinem successionis intestati sequitur. 476. 42.
Edicti successorij proponendi ratio. 473.6
Prætor ex Edicto successorio nunquam vocat cognatos nisi post legitimos. 453.11
Edictum successorium nonnisi in successionibus intestati locum habet. 470.8
An Edictum successorium locum habeat in querela inofficiosi testamenti. 472.1
Edictum de iure deliberandi cur introductum. 40.13
Edictum successorium ad quid & quatenus à prætoribus introductum. 39. 4. an pertineat ad hereditates. ibid. 5. & seqq.
Edictum successorium à prætoribus introductum licet æquitate nitatur, tamen à iuris ciuilis ratione alienum est. ibid. 1

Emancipatus, emancipatio.

Ex Emancipatione filij quid commodi sentiat pater. 815. 8
Filio Emancipato iure Dig. & donare pater poterat & credere qualibet ex causa: secùs erat in filiofam. 804 4
Hodie emancipati succedunt ex iure ciuili. 831.14
Quomodo verum sit sublatam esse à Iustiniano differentiam suitatis & Emancipationis. 645.16
Quas differentias inter suum & Emancipatum sustulerit Iustinianus in Nou. 94. 24. Discrimen inter suum & emancipatum quod etiam hodie remanet. 495.25
Emancipati quando inter se non conferant. 775 15
Inter Emancipatos quando sit locus collationi. 782 19
Emancipatus emancipato olim quid conferret, quid item hodie. 787. 5
Cur inter Emancipatos cesset collatio. 781.4
Emancipati quatenus ad querelam inofficiosi admittantur. 781. 13.

Emphyteuta, Emphyteusis.

Emphyteuses cum largissimam recipiant interpretationem. 460. 14
Feudi & Emphyteuseos differentiæ. 620.15. & 622.15
Licet inter se feudum & Emphyteusim magna sit conuenientia tamen ius successionis liberorum in feudo ad emphyteusim non potest produci. 610.13
In Emphyteusi liberi succedunt vt heredes, non vt liberi. ibid. 12.
An Emphyteusis in filios quatenus filij transeat ex stipulatione patris pro se filiisque suis eam accipientis. 619.1
Sex propositiones interpretum de Emphyteusi, quam quis pro se & filiis suis acceperit, vt falsæ explodantur. 622. 24
De Emphyteuseos collatione. p.810.n.1.& seq'q
In Emphyteusi quàm quis pro se & filiis suis accipit nulla fit substitutio fideicommissaria. 621 16
Cur finiatur ius seruitutis seu pignoris ab Emphyteuta constituti, eo canonem non soluente. 308 9

Emptor.

Emptori qui immodicè læsus est an & quomodo succurratur 99.1.& seqq.
An & quando priori Emptori competat exceptio non factæ excussionis posterioris. 60.1. & seqq
Quidquid Emptionem venditionem recipit, recipere etiam potest oppignorationem. 307.12
Si læsio vltra bessem in contractu Emptionis intercenerit contractus habetur pro imperfecto. 88 12
Emptor qui non vult retrouendere ad quid teneatur. 292.3
Dolus Emptoris ex qualitate facti, non ex quantitate pretij æstimatur. 90.13
An ius adcrescendi transeat in Emptorem legati. 1043. 1. & seqq.
Ius adcrescendi an transeat in Emptorem hereditatis. 1040. 1 & seqq.

Error. Errare.

Periculosiores sunt Errores qui in foro, quàm qui in schola inualescunt. 400.2
Errare in nomine quando periculosum. 203.6

Euictio.

De Euictione qua actione agi possit. 16.5
Venditor de Euictione, tenetur etiamsi nihil dictum sit, dum ne in contrarium, conuenerit ne de euictione teneatur. ibid 8.
Facta per iudicem pignoris distractione, quis de Euictione teneatur. ibid.3
Actio de Euictione & rem reposcit & quidquid emptoris interest. ibid. 17

Exceptio.

Exceptio non factæ excussionis quatenus putetur à nonnullis odiosa. 58. 1. & quatenus ab aliis fauorabilis. ibid. num.2.& seqq.
Quando debitoris debitori competat Exceptio non factæ excussionis. 63.5
Exceptio non factæ discussionis aduersus quos inducta. 48. 5
Nulla ratione cautre potest creditor ne Exceptione ordinis repelli possit. 52.5
Quæ clausulæ adhiberi soleant ad impediendam excussionis non factæ Exceptionem. 57.1. & seqq.
Exceptio non factæ excussionis quando tertio eique bonæ fidei possessori accommodetur. 45.17
Exceptio doli an faciat iudicium bonæ fidei, quod antea erat strictum. 106.1. & seqq.
Ordinis Exceptio fauore tantum tertij possessoris inducta est. 48. 13.
Omnes exceptiones sunt facti. 759.6
Exceptio opponi & poni dicitur. ibid.5
Exceptiones omnes sunt ex iurisdictione prætoria, & ex æquitate proficiscuntur ex eaque æstimandæ sunt. 761.17
Exceptio doli cur inducta. 400.5
Bonæ fidei iudiciis quomodo ipso iure insint doli Exceptiones. 404. 4.
Exceptio doli vt & alia quælibet non alij accommodatur quàm possidenti. 390.16
Doli Exceptio est subsidiaria exceptioni pacti, sicut exceptio in factum est subsidiaria exceptioni doli. 614. 8
Exceptio doli facilè inducitur ex quocumque indicio voluntatis. 389.15. & cur.
Exceptio doli aduersus dominum soli ædificium vindicantem domino materiæ competit, si hic fuerit bonæ fidei possessor, nec ille impendia in ædificium facta offerat. 400.5
Doli Exceptio quando detur heredi legitimo aduersus heredem testamentarium. 764.4
Exceptio pacti quibus personis detur. 617.20

Exclusio, excludere.

Inclusio vnius est alterius Exclusio. 385 15
Plus est Excludi quàm non admitti aut non vocari. 466.16
Inter excludi & admitti ad hereditatem datur medium sc. nec excludi nec admitti. 432.16
Persona quæ à successione semel Exclusa fuit semper ac perpetuò manet exclusa. 728.7

Persona

Persona semel Exclusa quomodo remaneat in perpetuum excluſa. p.445.n.18
Persona quæ semel excluſa est postmodum admitti nequit. 436. 29.
Cùm de Exclusione personæ quæritur quid potissimum spectandum. 456. 13
Exclusiones sunt odiosæ. 504.12
Exclusio à iure succedendi triplex, per statutum, per iuratam renuntiationem, & per exheredationem. 428.1. quomodo inter se conueniant ex pragmaticorum sententia ibid. vt differant ex sententia autoris. ibid. n. 2. & seqq.
Differentia inter Exclusionem statutariam & conuentionem. 499. 2.
Exclusionem statutariam Bartolus perperam æquiparat exheredationi. 471.19
Exclusio fœminæ per statutum conditio duplex. 504.6
Exclusionis conuentionalis & statutariæ differentia. 521.11
Differentia inter Exclusionem statutariam & conuentionalem. 430. 1.
Exclusio quæ fit per statutum est potentior ea quæ fit per pactum. 429.10
Impleta semel conditione statutariæ Exclusionis nunquam potest amplius filia admitti. 434.6
Exclusionis per mortem, & eius quæ fit per statutum differentia. 504.4.
Conditio Exclusionis statutariæ extitit, licet masculi desierint velle succedere. 434.8
Quoties is qui Excludit excludentem me succedentem in locum excluſi necesse est me quoque excludi. 458.9
Exclusio non est temporalis, sed perpetua cùm statutum excludit fœminas quoad vsque masculi supersixerint. 499.12
Exclusio filiæ fauore masculorum facta per ablatiuos absolutos vt differat ab ea quæ fit per verba suspensiua, QVANDIV &c. ex sententia Bart. 497.1
Exclusionis quæ fit per pactum propria natura. 428.6
Exclusio filiæ statutaria non tollit vitium præteritionis filiæ. 505. 19.
Conditione Exclusionis statutariæ semel existente, exclusio habetur pro pura ac perpetua. 431.11
Exclusio matris filio quando noceat. 466.18
Statutum exclusiuum filiæ fœminæ extantibus masculis an excludat nepotem ex filia. 464.1
An statutum Exclusiuum filiæ fœminæ extantibus masculis excludat etiam nepotem ex filia. 446.1
Differentia inter Exclusionem ex renuntiatione, & exclusionem statutariam. 155.13

Excussio.

De Excussione specialis hypothecæ disputatio autoris aduersus pragmaticos. 66 1. & seqq.
De Excussione pignorum postremo loco alienatorum. 60. 2. & seqq.
Iutium Excussionem facere creditor an & quando compellatur. 58.7. & seqq.
De Excussione debitoris vsque ad perum & saeculum. 59. 1. & seqq.

Exheredare, Exheredatio.

Differentia inter Exheredationem & renuntiationem. 154.7
Quæ Exheredatio hodie requiratur ad testamenti solemnitatem. 183.10
Distinctio Exheredationis à Bart. propositа exploditur. 162.4
Vniuersali heredi prodesse solet Exheredatio, non singulari. 196. 17.
Aliquem Exheredari est desinere heredem esse. 418 20
In extranei persona Exheredatio inepta est. 479. 17
Ab intestato non fit Exheredatio. 680.8
Exheredatio non fit sine animo exheredandi licet possit fieri sine verbis. 471.18
Nemo post mortem suam Exheredari potest. 418. 20
Exheredatio non potest alibi fieri quàm in testamento & quidem valido, adcóque ex quo sit adita hereditas. 428. 3
Exheredatio non priùs vim habet, quàm adita fuerit hereditas. 603. 3.
Ex quo tempore confirmata est Exheredatio per aditionem exheredatus habetur pro mortuo. 442.18
Interdum Exheredatio fit bona mente. 480.29
Exheredatio ab intestato neque fit neque valere potest. 608.6
An iusta fuerit olim Exheredationis causa si filius nuptias contraheret sine consensu patris. 479.16
Iusta est Exheredatio filiifamilias qui citra consensum patris vxorem ignominiosam ducit. ibid.12
Ex alterius delicto vt alius exheredaretur, prudentibus nonnunquam probatur, vt in posthumis. 478.14
Ex Iustiniani constitutione nemo debet Exheredari ob alienum delictum. 480. 30
Ius suitatis non perimitur per exheredationem. 941.14
Exclusionem statutariam Bart. perperam æquiparat Exheredationi. 470. 9
Bartolus perperam statuit omnes personas in quas dominium defuncti non continuatur ipso iure, si præteritæ fuerint, habendas pro exheredatis. 480.28
Non est permittendum parenti inter liberos minùs solemniter testanti, vt quemquam ex liberis Exheredet. 679.8
Exheredatio nepotis filio superstite est inepta & illusoria. 475.39.

Expensa.

Victus victori in Expensas litis regulariter condemnandus est. 254. 3. exceptiones. ibid 2

Expressa.

Non semper par & æqua est vis taciti & Expressi. 384.7
Expressa multa prosunt & nocent, quæ si expressa non essent perinde quidem inessent, sed tamen non æquè vel prodessent vel nocerent. 751.8

Extensio.

Fit Extensio de casu ad casum vbi eadem ratio est iuris aut voluntatis. 386. 6

Extraneus.

Extraneus qui adit hereditatem sui heredis qui patri suo necessarius heres extitit, hereditates quas confusas reperit non potest separare. 645.18

F.

Factum.

COntra proprium Factum venire quando quis possit. 609.9
Facto opus est ad acquirendam hereditatem. 359 4
Quæ sunt Facti nec solent nec possunt in alium transire. 395. 30.
Quæ sunt Facti ea neque ad patrem neque ad dominum transeunt. 610.13
Vt viuus Factum alteri noceat quid requiratur. 450.18
Ex qua persona lucrum qui sentit eius factum præstare debet. ibid.
Ipso Facto quæ fieri dicantur. 57.10

Falcidia.

Disputatio autoris de duplicis Falcidiæ detractione. 138. 18 & seqq.
Falcidiæ nomine legitima cur olim appellata. 681.10
Lex Falcidia non patitur, vt legatarius priùs habere debeat dodrantem legati, quàm heres quadrantem. 901.8
Quæ conditionis implendæ causa dantur in Falcidiam cur non imputentur. 381.5
Ex donationibus causa mortis Falcidia deducitur. 838.11
Falcidia non habet locum in donationibus inter viuos. 913.13
An cessante Falcidia cesset interdictum, QVOD LEGATORVM. 900. 4.

Familiæ erciscundæ iudicium.

Iudicio familiæ erciscundæ inter quos sit locus. 814.5

Feudum.

Feudum est quædam seruitus. 465. 11. quæ sit feudi propria natura. ibid.13
Feuda cur largissimam recipiant interpretationem. 460.14
In Feudis non succeditur ex iure communi, sed ex feudali. 471. 13.
Masculi ex fœminis descendentes ad feudum regulare non admittuntur. 465. 13.4
Feudi & emphyteuseos differentiæ. 620.15. & 622.25
Licet inter Feudum & emphyteusim magna sit conuenientia, tamen ius successionis liberorum in feudo ad emphyteusim non potest produci. 620.13
De feudi collatione. 810.1. & seqq.
Finito feudo seu commisso, in totum resoluitur ius vasalli. 329 4.

Fictiones.

Fictiones, quando inducantur. 381.6.7
Duæ Fictiones an circa idem concurrere possint. ibid.7
Omnes Fictiones debent esse de possibili, licet sint de falso. 502. 16.
Fictio legis quæ induxit nomen & ius hereditatis, non nisi ex necessitate profecta est. 32.9
Fictiones legis quatenus & vbi admittendæ. ibid.

Digitized by Google

Index Rerum,

Fideicommiſſum.

De Fideicommiſſis conſeruandis cùm filius eſt præteritus. p. 168 n. 1. & ſeqq.

A legitimis heredibus pupilli Fideicommiſſa dari poſſunt. 142. 4.

Bona fideicommiſſo ſubiecta an poſſint ex cauſſa doris, aut donationis propter nuptias alienari. 159. 1. & ſeqq.

Fideicommiſſi actio ſi dies aut conditio nondum extiterit, ne centeſimo quidem anno excluditur. 41. 4

Fideicommiſſi diminutio quatenus permiſſa. 261. 6

An Fideicommiſſa conſeruentur ex teſtamento in quo præteritus eſt filius à patre. 262. 1 & ſeqq.

Quæ Fideicommiſſa hodie frequentiſſima. 262. 1 quæ alienari pro dote non poſſint. ibid. 2. & ſeq.

Fideicommiſſarius ſatisdare debet legatorum nomine. 144. 7

Ex cauſa Fideicommiſſi dominium olim non acquirebatur, etiamſi traditio interueniſſet. 198. 3

A quo tempore fructus hereditatis Fideicommiſſariæ debeantur fideicommiſſario. 133. 1 & ſeqq.

Fideicommiſſorum fructus & vſuræ vt debeantur. 132. 6. & ſeqq.

Differentia inter Fideicommiſſum vniuerſale & ſingulare. 133. 6.

Rei per Fideicommiſſum relictæ dominium in fideicommiſſarium per traditionem cur olim non transferretur. 271. 8

Pura Fideicommiſſa hodie perrara. 135. 4

Nomina Fideicommiſſi, legati, & donationis cauſa mortis promiſcuè nonnunquam accipiuntur. 821. 10

Fideicommiſſorum verba quædam fuerunt ſolemnia. 380. 8. quibus deficientibus ad inducendum fideicommiſſum quid requireretur. ibid

Quomodo intelligendum illud, in Fideicommiſſis ſolam teſtatoris voluntatem ſpectari. ibid. 9. item illud, etiam nutu fideicommiſſum relinqui poſſe. ibid n. 10

Fideicommiſſarij particulares qui dicuntur 1028. 1. qui ſingulares. ibid n. 2. qui vniuerſales. ibid. 5. 4

Nullum eſſe Fideicommiſſum conuentionale. 984. 7

Fideicommiſſa tantùm ſingularia exæquata ſunt Legatis. 1036. 13.

Fideicommiſſum à quocumque debitore relinqui poteſt. 936. 10

Per fideicommiſſum ſucceditur teſtatori, non heredi. 1037. 4

Vt à fideicommiſſis differant donationes cauſa mortis. 796. 4.

Differentia inter fideicommiſſum & ſubſtitutionem conuentionalem. 985. 8

Quando fideicommiſſum cenſeatur ademptum per ſubſecutam alienationem. 952. 2

In Fideicommiſſis nusquam eſt locus iuri adcreſcendi inter eos qui verbis tantùm coniuncti ſunt. 1003. 6

Quale ſit fideicommiſſum in quod ſubſtitutio pupillaris conuertitur. 549. 11

Cur Fideicommiſſarius non fiat heres per hereditatis fideicommiſſariæ reſtitutionem. 1037. 7

Quot teſtibus debeant probari fideicommiſſa extraneis relicta in teſtamento imperfecto inter liberos. 678. 11

Fideicommiſſa ad l. XII. tab. de teſtam. cur non pertinuerint. 904. 5.

Fideicommiſſum vniuerſale non tranſmittitur ad fideicommiſſarij heredem, ſi fideicommiſſarius ante reſtitutionem deceſſerit. 512. 19

Quæ Fideicommiſſa conditionalia tranſmittantur ad heredem. 532. 18

Differentia inter Fideicommiſſum & ſubſtitutionem conuentionalem 985. 8

Diſcrimina inter Fideicommiſſa & legata per vindicationem ratione iuris adcreſcendi. 1030. 2. 5

Fideicommiſſarij heredi reſtitutio fieri poteſt. 510. 8

Non alij poſſunt Fideicommiſſum relinquere, quam qui teſtari poſſunt. 844. 15

An ius adcreſcendi inter fideicommiſſarios vniuerſales locum habeat. 1029. 3

Fideicommiſſarius creditoribus hereditariis cur teneatur. 997. 5.

Fideicommiſſarius ſingularis ius cogendi heredis non habet & cur. 1010. 1

Fideicommiſſorum gradualium, quorum primum eſt conditionale, natura. 457. 21

Fideicommiſſum non aliter nec priùs valet quam adita ſit hereditas. 546. 5

Præter aditionem hereditatis quid requiratur vt fideicommiſſum valeat. ibid. 6

Fideicommiſſum illud habendum eſt pro puro, quod nulla conditione aut die ſuſpenditur. 394. 19

An Fideicommiſſum conditionale tranſmittatur ex aliqua voluntatis coniectura, ſi fideicommiſſarius ante cadentem diem deceſſerit. pag. 538. num. 1

Fideicommiſſum conditionale licet fuerit vnitum hereditati tranſmitti non poteſt 546. 3

Fideicommiſſum cum iure adcreſcendi vniri non poteſt. ibid. 4 & 8.

Fideicommiſſi vniuerſalis & ſingularis differentia. 537. 18

Fideicommiſſarius vniuerſalis, qui quatenus talis adit, ſi itidem fuerit vulgaris ſubſtitutus ad omnia ſubſtitutionis onera tenetur. 625. 14

Senatus fecit vt Fideicommiſſarius eſſet loco heredis atque in eum vtiles tantum actiones transferrentur. 421. 19

De præſenti Fideicommiſſo ſi non ſtatim præſtetur cauendum eſt. 393. 16

Verba illa ad Fideicommiſſorum reſtitutionem pertinentia CVM ILLI A TE PETIERINT, non ſunt conditionalia. 394. 18.

Fideicommiſſum conuentionale quodnam dicatur interpretibus. 984. 1

Fideicommiſſariis conditionalibus cur caueatur. 527. 7

Fideicommiſſum non facit vt qui heres fuit eſſe deſinat, nec vt fideicommiſſarius ſit heres. 418. 13

Fideicommiſſa fauorabilia 380. 6

Fideicommiſſa non ſunt facilè & temerè inducenda. ibid. 7

In hereditatibus quæ per leges deferuntur non aliud remedium comparatum eſt, quam fideicommiſſi, vt in alium quam heredem transferantur. 417. 16

Fideicommiſſarium non eſſe heredem, contra Bartolum. 423. 7

Valent fideicommiſſa ab inteſtato ita relicta, quiſquis mihi heres bonorumve poſſeſſor erit, eius fideicommitto. 590. 19

Fideicommiſſum eſt onus & grauamen 579. 3. ob idque nec in legitima imponi poteſt, nec in alio patrimonio, quam quod proprium fuerit ipſius fideicommittentis. ibi. & hoc ipſo eſt odioſum ibid. n. 4. non facilè præſumitur aduerſus heredem. ibid.

Tacita conditio in fideicommiſſis nunquam inducenda eſt. 393. 13.

Fideicommiſſorum, quæ in diem aut ſub conditione relicta ſunt, nomine cauendum eſt. ibid. 15

Bona quæ per fideicommiſſum fuerant relicta extraneo ſub conditione, non aliter ad liberos peruenire poſſunt, quam ſi ſint heredes patris. 387. 9

Fideicommiſſi etiam vniuerſalis dies ex quo tempore cedat. 531. 19.

Etiam in fideicommiſſo vulgaris ſubſtitutio fieri poteſt. 531. 16

Fideicommiſſa quando inducantur ex coniecturis, deficientibus verbis. 385. 17. & 19. & ſeq.

Ad Fideicommiſſum inducendum an ſufficiat ſola voluntas coniecturata. 384. 13

A debitore quolibet fideicommiſſum vtiliter relinqui poteſt poſt conſtitutionem Diui Pij. 389. 12

Lites, plurimæ de fideicommiſſis vnde. 385. 16

Differentia inter fideicommiſſum & pupillarem ſubſtitutionem 546. 9.

Abſurdum eſt vt directa inſtituta potiùs fideicommiſſum ex verbis conditionalibus inducatur. 390. 20

Fideicommiſſis interpretandis quid potiſſimum inſpiciatur. 444. 10.

Creditor à debitore ſuo etiam cui nihil relinquat, vtile fideicommiſſum relinquere poteſt. 390. 18

Fideicommiſſum an poſſit fieri in contractu. 984. 2

In fideicommiſſis ſiue ſingularibus ſiue particularibus, etiamſi pluribus ſimul fideicommiſſum relictum proponatur, nunquam poteſt tamen fieri vt ſe coniuncti reperiantur. 1029. 10.

Triplex actio pro fideicommiſſis competit. 1002. 8

Quid iuris hodie ſit in fideicommiſſis tum vniuerſalibus tum particularibus, quod attinet ad ius adcreſcendi. 1036. 14

An ius adcreſcendi tranſeat in fideicommiſſarium. 1037. 1 & ſeqq.

Fideicommiſſum neque inſtitutio, neque pars inſtitutionis dici poteſt 547. 2

An interruptio graduum vitiet Fideicommiſſariam ſubſtitutionem. 534. 5

Actiones quomodo transferantur à filio ſe abſtinente in fideicommiſſarium. 558. 10

Fideicommiſſum ſingulare eſt tranſmiſſibile & ceſſibile. 530. 2

Fideicommiſſum vniuerſale nec cedi, nec tranſmitti poteſt. ibid 3. & ſeqq.

Fideicommiſſarius puer quando tranſmittat fideicommiſſum. 579. 26.

Cur fideicomm. conditionale nullo caſu ad heredem tranſmittatur 544. 14 & 545. 21

Fideicommiſſum relinqui non poteſt ab eo qui teſtamenti faciendi ius non habet. 846. 10

Fideicommiſſum

Fideicommiſſum conditionale non admittit tranſmiſſionem, quam purum. p.540.n.14
Fideicommiſſorum frequentiſſima conditio SI SINE LIBERIS DECESSERIT. 541.21
Fideicommiſſarij vtiles habent actiones à prætore. p.413.n.12
Ex quibus coniecturis velint Dd. tranſmitti fideicommiſſum conditionale. 541.1.& ſeqq.
Fideicommiſſarius & vulgaris ſubſtitutus vt conueniant. 535
5 vt differant. ibid.6
Heres deducit impenſas ex fideicommiſſo. 406.29
Id quod ex cauſa fideicommiſſi indebitum datum eſt quando repeti poſſit. 665 12
Inter fideicommiſſarios particulares ius adcreſcendi locum non habet. 1029.12
Conuenientia Fideicommiſſorum & legatorum per damnationem ratione iuris adcreſcendi. 1030.4
Etiam tacita voluntate Fideicommiſſa reuocantur, 956. 1
De Fideicommiſſo tacito quod inducunt interpretes. 393. 9. & ſeqq.
Differentia inter fideicommiſſum & donationem. 853. 9
Diſcrimen inter fideicommiſſa & legata. 539 8
Fideicommiſſarij ſunt loco heredum, non heredes. 413.11

Fideiuſſor.

Fideiuſſor qui pignora debitoris emit à creditore etiam ad fructuum perceptorum reſtitutionem tenetur. 107.2

Fiducia.

Quodnam contractus genus eſſet Fiducia. 271 5. eius effectus primarius. ibid.7. transferebat proprietatem pignoris. 272.11
Fiducia cur abrogata. 278.5

Filius, Filia.

An Filiofam. tutor ſiue curator quandoque dari poſſit. 71. 1. & ſeqq.
Filius ex aſſe inſtitutus qui metu æris alieni hereditatem vult omittere retenta legitima non eſt audiendus,& cur. 139.10
Filius qui paternam hereditatem agnoſcit non dicitur adire ſed ſe immiſcere : ſi verò nolit agnoſcere, non repudiare, ſed abſtinere dicitur. 32.8
Filius qui ſuccedit patri cur heres ſuus appelletur. 33-11.16
Filio ex aſſe ſcripto heredi nulla legitima debetur. 142.26
Filia eſt ſua heres patri etiamſi renuntiauerit. 162.9
Filia quæ cum iureiurando renuntiauit, exheredatæ aut emancipatæ malè comparatur. 158 11 12
Filiæ viuo patre nulla legitima deberi darive poteſt. 146. 2
Præteritio Filiæ per renuntiationem excluſæ an vitiet teſtamentum. 157.1. & ſeqq.
An Filia excluſa & præterita ius petendæ legitimæ ad liberos tranſmittat. 524.63
Filia quæ renuntiauit an ſit habenda pro abſtinente an pro cedente. 553.19
Filia quæ ſtatuto prohibetur contra teſtamentum venire an præterita poſſit dicere teſtamentum nullum. 665. 10
Filia non poteſt ſuccedere in hereditate patris quæ maſculo iam acquiſita eſt. 524.10
Filia per ſtatutum excluſa poteſt petere bonorum poſſeſſionem contra tabulas. 506 22
An Filia excluſa per ſtatutum ſi ſit præterita rumpat teſtamentum. 500.1. & 501.21
An Filia quæ per ſtatutum excluſa eſt fauore maſculorum amiſerit ius ſuitatis. 503 1
Filia excluſa à ſucceſſione inteſtati non illico cenſetur excluſa à ſucceſſione teſtati, nec contrà. 521.12
Cur non liceat filiofam. de peculio profecticio teſtari ſi pater conſentiat. 850 7
Filia excluditur morte, repudiatione, delicto, fauore alterius ſecundùm Bart. 469 1
An Filia per ſtatutum excluſa ad heredem tranſmittat ius dicendi nullum teſtamentum patris in quo præterita eſt. 522. 1.
Filia quæ renuntiauit ſuperuiuente nepoti cur non noceat ipſum iatio. 451 25
Filia poteſt meritò exheredari ſi poſt 25. annum nupſerit homini ignominioſo. 479. 21
Licet filia excluſa per ſtatutum non ſuccedat, non eo minùs tamen eſt ſua heres. 503.3
Vt filia ſtatuto excluſa ſuccedat non ſufficit ſi maſculus renuntiet ſtatuto & fauori pro ſe introducto. 431. 10
Interdum melior eſt conditio Filiæ cui pater donauit, cùm donatio nunquam valuit, quam ſi ſemper & ab initio valuiſſet. 772. 19.
Dotem à patre habere Filia non poteſt niſi ſit nupta, ei tamen extra cauſam dotis à patre dati res aliquas nihil vetat. 770. 9.
Licet ſtatutum conceptum eſſet verbis extenſiuis, etiam abſtinentibus maſculis qui ſemel ſucceſſiſſent, tamen adhuc excluſa maneret filia. 431. 23
Non poteſt impunè à patre præteriri filia quæ nonniſi per renuntiationem excluſa eſt. 429 15
Filia quæ renuntiauit non prohibetur ſuccedere, ſi conſentiant ij quibus renuntiatio prodeſſe poterat. 430.2
An renuntiatio filiæ noceat nepoti. 4 9. 8
Ingratitudo filiæ nepoti nocet, ſi illa auo ſuperuixerit. 470.6
Filia per ſtatutum excluſa non poteſt ſuccedere, licet ij conſentiant quibus ſucceſſio defertur aduerſus Bart. & Bald. 431.4.
Cùm Filia vt filia excluditur, ea excluſio nocet nepoti : at cùm filia vt fœmina non nocet. 447. 6
Filia excluſa per renuntiationem malè æquiparatur incapaci à Bartolo. 429 16
Filia quæ renuntiauit cogitur abſtinere metu periurij, licet ipſo iure ſit heres. ibid.n.17
Filia excluſa per ſtatutum habetur pro mortua at impunè præteritur. ibid.n.14 & 18
Filia excluſa per ſtatutum fruſtra renuntiat per pactum. 430. 19.
Filia quæ renuntiauit per pactum non deſinit eſſe ſua heres. 429. 15.
Filius in poteſtate iſque ſuperſtes & abſtentus quibus obſtet in perit. bon. poſſeſſ. 488.2.4. & 490.14
An nomen filij ex proprietate ſermonis nepoti conueniat. 461.1, & ſeqq.
Patre & filio impubere in eodem naufragio abſumptis, præſumitur Filius ante patrem deceſſiſſe, ſecus ſi fuerit pubes 602. 8.
Filius qui eſt in poteſtate habens ſubſtitutum non poteſt omiſſo teſtamento ab inteſtato ſuccedere vel querelam mouere. 570. 7
Filium ex neceſſario herede non fieri voluntarium etiamſi ita ei ſubſtitutum ſit filius meus heres eſto, SI FILIVS MEVS HERES ESSE AVT NOLET AVT NON POTERIT. 578.8
Filius non poteſt fieri heres eo inſtanti quo moritur, ne quidem pro ſua parte. 511.4
Cur filius licèt ſuus vocetur à prætore ex capite vnde legitimi. 493. 16.
Ex Iuſtiniani conſtitutionibus nihil per filium acquiritur patri extra cauſam peculij profecticij, niſi quoad vſumfruct. 394. 11.
Filius non eſt agnatus matri, ſed patri. 431.7
Filius vnde dicatur. 461.5
Appellatione filiorum in contractibus continentur nepotes. 459. 4.
Filius quando non ſubintret locum matris. 470.11
Filius ex aſſe inſtitutus non poteſt omiſſa hereditate legitimam ſolam petere aut retinere. 425.14
Filius patri omnia debet naturaliter. 803.7
Rem alienam tibi à patre donatam Filius pro donato aut pro herede vſucapere non poteſt. 773.4
Non de inquit filius emancipatus qui ſine patris conſenſu vxorem ducit, niſi fuerit ignominioſa. 479. 18
Filius emancipatus qui vxorem ignominioſam ducit, poteſt ea de cauſa à patre exheredari : an & nepos ex ea ſuſceptus. ibid. 19 & 24.
Filius qui aliquo accepto renuntiauit paternæ ſucceſſioni quando faciat partem fratribus in computatione legitimæ. 442 16. & 22.
Etiam hodie Filiusfam. in bonis caſtrenſibus heredem ab inteſtato habere non poteſt. 856.7
Filiifam. nulla eſt hereditas. 843. 12
Filiosfam. non ſolùm natura, ſed etiam lex facit ſiue per adoptionem, ſiue per legitimationem. 659. 3
Filius am. quando legitimam hereditatem habere cenſeatur. 844. 20.
In eo filiofam qui patris ſui contemplatione inſtitutus eſt aihil à Iuſtiniano innominatum eſt. 397.12
Filiusfamilias ſtipulando acquirit patri, non ſibi. 610 7
Filiusfam. ſemper fuit capax acquiſitionis, inſpecto etiam iure veteri. 397.18
Filiusfam. an poſſit aduenticia patri donare. 840.5
An Filius am. pater mortis cauſa donare poſſit. 833.5. & ſeqq.
Filiusfamil. de quibus bonis teſtari poſſit aut non poſſit. 842 4.
Filiusfam. ab inteſtato heredem habere nequit, nequidem patrem ibid. 5
An vera erat propoſitio illa affirmatiua filiusfam. donare poteſt cauſa mortis patre conſentiente. 851. 10. hodie vera eſt contraria propoſitio negatiua, filiusfam mortis cauſa donare non poteſt nec ſi pater conſentiat. ibid 12
Cùm filiusfamilias aliquid ex bonis caſtrenſibus patri donauit alio herede inſtituto, valet huiuſmodi donatio. 842. 8
Filiusfamil. patre conſentiente mortis cauſa donare poteſt. 833 7.

Index Rerum,

Filiofam. ex bonis caſtrenſibus patri aliquid donante, deinde inteſtato moriente olim inutilis erat donatio, hodie verò eſt vtilis. p.844 n.16
Filiusfam. an faciat heredem patrem adeundo, an verò repudiando. 397.16
Filioſam. nolente adire, an pater præferendus ſit vulgari ſubſtituto, vt volunt Bartoli aſſeclæ. ibid.16
An Filiusfam. aduentitia bona in quibus pater nihil iuris habet mortis cauſa donare poſſit extraneo ſine conſenſu patris. 846.1. & 3.
Legata, fideicommiſſa, donationes in filiosfam. collatæ diuerſimodè coofirmantur. 815.5
An filiusfam. habens bona caſtrenſia poſſit illa cui velit donare etiamſi patris conſenſus non accedat. 851.1
Filiifam. primùm facti ſunt capaces bonorum maternorum à Conſtantino. 840. 1. deinde cæterorum aduentitiorum à Iuſtin. ibid. non poterant habere profectitia niſi in peculium. ibid.
Filiusfam. non poteſt rem ſibi à patre donatam vſucapere pro donato, aut pro herede 816.1
Filiusfam. poteſt de peculio caſtrenſe teſtari. 854
Quod filiusfam. ex laboribus ſuis acquirit, ſibi non patri acquirit ex Iuſtiniani conſtitutione. 807.14

Fiſcus.

Qui creditores condemnati præferantur fiſco. 941.3
Fiſco applicantur quæ indignis auferuntur. 728 6
Quæ actio competat fiſco aduerſus heredem indignum ad ei auferendam hereditatem. 768. 1.& ſeqq.
Fiſcus non ſemper ſuccedit, etiamſi nullus alius ſit ſucceſſor nec ſuccedit vt heres, aduerſus laſonem. 919.5

Fœmina.

Fœmina quælibet familiæ ſuæ & caput & finis eſt. 454.2
Fœmina non habent ſuos heredes. 455.18
Prima & germana ratio cur Fœminæ à feudis excludantur. 465.10.
Poſt abrogatum ius commune per ſtatutum fœminarum excluſorium, nequidem extra caſum ſtatuti ex iure communi fœmina ſuccedit. 432.21
Succedere nolentibus maſculis ex ſtatuto, fœminæ ſuccedere nequeunt, niſi reſtituatur ius commune. ibid.23
Vbi ſtatuta fœminas à patris ſucceſſione excludunt, ibi nulla attenditur quoad fœminas legitimæ hereditatis delatio. 431. 5.
Fœmina non excluditur per maſculum qui non explicat tempore mortis eius de cuius ſucceſſione agitur. 442.5
Non ſuccedentibus maſculis non continuò admittitur fœmina, de qua non eſt cautum vt ſuccedat. 432.20
Tota verè Italia Fœminæ ſuccedere prohibentur fauore maſculorum. 394. 8

Formula.

Formula Galli Aquilij tota ad inſtitutiones, non ad fideicommiſſa pertinet. 389.5
Eius conditio neceſſaria quæ ſit. ibid.n.6
In omnibus ſpeciebus ad formulam Galli pertinentibus ponendum filij inſtitutionem præceſſiſſe. ibid.10

Frater.

Frater conſanguineus ex Iuſtiniani conſtitutione nonniſi poſt ſororem vtrinque coniunctam ſuccedit. 440.3
Vt Frater conſanguineus ſorori vtrinque coniunctæ præferatur quàm multiplex iuris communis abrogatio requiratur. ibid. 4.
Frater conſanguineus cum matre defuncti concurrere non poteſt. ibid 5
Mater defuncti omnes fratres conſanguineos & vterinos excludit. ibid. 2
Si Frater fratrem teſtari aut teſtamentum mutare prohibuerit, an eius factum aliis fratribus noceat. 734.1. & ſeqq.
Quibus caſibus frater fratri ſuccedere poſſit ab inteſtato etiamſi defunctus liberos habeat. 496.35
Fratrum hereditas fratribus vt debeatur. 196.14

Fructus.

Fructus ex fundo percipiuntur non tam feminis, quàm ſoli & dominij iure 3.35
Fructus hereditatis fideicommiſſariæ imputantur in quartam. 134. 1. an veniant in reſtitutionem hereditatis. ibid. 2
Fructus vt differant ab vſuris. 130. 12.13
A quo tempore Fructus hereditatis fideicommiſſariæ debeantur fideicommiſſario. p.131.n.1.& ſeqq.
Qui Fructus ei adiudicandi ſint qui reſtituitur ex cauſa immodicæ læſionis. 82.1. & ſeqq.
Fructus pendentes qui. 133.6
Fructus quando augeant hereditatem. 134.9
In iudicio reſtitutionis in integrum qui Fructus reſtituendi ſint. 80.1.& ſeqq.
Fructus an augeant legitimam. 141.1.& ſeqq.
Fructus pendentes qui propriè dicantur. 120 15
Fructus ſunt naturales rei acceſſiones. 130 6
Qui Fructus cenſeantur obligati domino fundi. 3.36
An & quomodo Fructus pignorum redemptorum inter creditorem & debitorem diuidantur. 119 1.& ſeqq.
Quomodo fructus rerum dotalium diuidantur inter maritum & vxorem ſeu eorum heredes. 118.5
Fructuum dominium ante perceptionem non acquiritur emptori ibid 6
Fructuum venditio an diſſoluat locationem. ibid 1. & ſeqq.
Fructus legatorum & fideicommiſſorum vt debeantur. 132. 6. & ſeqq
Qui Fructus percepti à bonæ fidei poſſeſſore veniant in vindicationem. 400 7
Fructus ſunt acceſſiones naturales, vſuræ verò induſtriales. 472 10.

Frumentum.

Frumenti mutuo dati acceſſiones etiam ex nudo pacto præſtandæ ſunt. 5. 12

Fur, Furtum.

Fur tenetur præſtare æſtimationem quanti plurimi. 222. 1. & ſeqq.
Odio Furis receptum eſt vt pluribus actionibus teneatur. ibidem. 16.
In condictione Furtiua an in litem iuretur. 225. 1 & ſeqq.
Actio furti vt differat à condictione furtiua. ibid. 2. & ſeq.
Cuiuſnam rei hereditariæ Furtum fieri queat. 347
Rei hereditariæ furtum fieri poteſt. 26.20
Condictio furtiua actionem furti non perimit. 222. 17
Furis & prædonis differentia. 409.22
Furi an reſtituendæ neceſſariæ impenſæ. ibid 22

Furioſus.

Furioſi curator poteſt delatam furioſo hereditatem adire. 360

H.

Heres.

HEres ſit quiſquis ſe heredem profitetur dummodo heres eſſe poſſit. 36. 6
Suus Heres ſi nollet olim ſuccedere vt ſuus heres, iure ciuili non poterat admitti vt agnatus proximus. 39.3
Sola Heredis teſtificatio ſiue in iure, ſiue extra ius facta quod velit eſſe heres, obligat eum hereditariis creditoribus. 30. 8
Quid iuris ſit vbi Heres res hereditarias contrectauit ante imploratum beneficium inuentarij. 24.1. & ſeqq.
Cùm de ſui Heredis abſtentione quæritur, impubes à pubere ſeparandus eſt, itémque minor à maiore. 35 8
Pro heredе gerit qui ſe dicit heredem præſertim apud iudicem. 30. 7.
Culpam omnem tenetur præſtare Heres qui confecit inuentarium. 28.11
Eius qui Heredem ſuum reliquit, nulla omninò hereditas eſſe intelligitur, & cur 32.9. & conſequenter.
Filius patris Heres dici nequit. 33.10
An ex parte ſui Heredis requiratur immixtio, vt fiat heres. 36.2 & ſeqq.
Heres extraneus qui ante aditionem hereditarium aliquid ſubripit non propterea fit heres. 37.2
Heres ſuus qui hereditarium aliquid ſubripit, ſibi eripit beneficium abſtinendi. ibid. 3
Heres qui inuentarium allegat, ante omnia illud exhibere tenetur. 30 10
Suo Herede ſe abſtinente an curator paternæ hereditati tanquam iacenti dandus ſit. 34. 1. & ſeqq.
Sui Heredis abſtentio quid ſit. 35.3
Quandiu deliberat Heres extraneus non datur curator hereditati vt iacenti. 34.5
Ius ſui Heredis inducit continuationem dominij, non etiam poſſeſſionis 33.4
Qui ſe heredem dicit cum beneficio inuentarij ſi agens aut excipiens vrgeatur ab aduerſario vt inuentarium exhibeat an audiendus ſit inuentarium non exhibens. 37.1.& ſeq.
Heres ſuus etiam poſt abſtentionem eſt heres. 34.2

Digitized by Google

& Verborum.

Ad obligandum Heredem creditoribus quid requiratur. p 30.n 5
Nihil interest an suus Heres se immiscuerit tutore autore, an sine tutoris autoris autoritate. 55.4
Inuentario non facto Heres creditoribus & legatariis defuncti in solidum satisfacere an teneatur. 20 14.& seqq.& 22.5
Quandiu liberum sit suo Heredi vt se immisceat. 37.7 & seqq.
Quomodo frandibus Heredum in hereditate grassantium ante confectum inuentarium hodie occurrendum esset. 25.7
Ad obligandum Heredem creditoribus quid requiratur. 30.5
Heres deducit fideicommissum sibi debitum, licet nullus sit hereditati datus curator. 20 10
Suus Heres iure quidem ciuili est necessarius, datum tamen ei est à prætore beneficium abstentionis. 32.2
An conuentus à creditore tanquam Heres, & confessus se esse heredem cum beneficio inuentarij debeat condemnari in solidum, si non exhibeat inuentarium. 28.1. & seqq.
Suus Heres quis dicatur. 32. 4 an sit hodie voluntarius. ibid. n.2. & seqq.
Quid iuris sit vbi Heres scriptus aut legitimus, viuo adhuc testatore, expilauit bona quæ fuerunt defuncti. 8.18
Perinde Heres reuera est qui cum beneficio inuentarij heres est atque is qui purè. 25.12
Heredem veteres pro domino dixere. 32.5
Sui Heredes statim & ipso iure heredes existunt, id est, non fiunt, sed apparent ibid.8
Heres siue suus, siue extraneus qui respondit se heredem non esse, cur non satis aperte pragmaticis videatur respondisse. 35.1
An inuentarij beneficio priuandus sit heres qui dolo malo in hereditate versatus est. 23.5.& seqq.
Heres ex eo quòd imploranit beneficium inuentarij non minus verè est heres. 20.5
An sit differentia inter Heredem ex certa re institutum adscripto coherede ex parte aut sine parte: & eum qui ex aliqua aliis parte aut sine parte institutus, certis rebus pro sua institutione contentus esse iussus est 205.1. & seqq.
Singularis Heres quis 205.2
Ex sententia pragmaticorum suus Heres ipso iure possessor fit, extraneus verò per aditionem. 56.2
Heres ex re certa scriptus dato coherede, nullo casu heredis loco est. 205.3
Per aditionem hereditatis solus Heres obligatur creditoribus & legatariis non item bona heredis. 19.6
Heres cui propter imploratum inuentarij beneficium saluæ sunt actiones, non propterea est actor, contra pragmaticos. 209.3
Heres sub conditione scriptus non aliter heres esse potest, quàm si conditio impleta sit. 419.6
Institutis pluribus Heredibus, vno purè, alio sub conditione, an purè institutus debeat interim partem duntaxat habere, an totum. 1024.1 & seq.
Filia exclusa per statutum est sua Heres patri etiam inspecto tempore mortis, 442.13
Heres extraneus licet impleuerit conditionem sub quâ institutus est, non tamen fit heres sine aditione, secus in herede suo. 553.5
Suus Heres impubes non potest cogi vt adeat hereditatem, sed vt restituat hereditatem cui se immiscuit. 625.18
Si suus Heres habeat coheredem & abstineat à patris hereditate, portio eius ad coheredem eius adcrescendi cur spectet. 581.8
Datio coheredis non efficit vt suus Heres ex necessario fiat voluntarius. ibid.9
Filius licet patris heres potest ex propria persona controuersiam earum rerum facere, quas defunctus perperam alienauit. 392.5
Heres per alium factus quis dicatur. 639.11
Discrimen inter suos Heredes & agnatos ex iure prætorio. 492.10
Qui Heres institutus est non ideireo factus locupletior censetur prius quàm adierit 398 32
An Heres qui non confecit inuentarium solenne amittat beneficium l cùm hereditate 5.D.de acq her. 1055.5
Legitimi Heredes tacitè instituì quando videantur. 735.5
Heres suus iure ciuili nunquam succedit vt agnatus. 492 12
Suus Heres præteritus quibus modis rumpat testamentum. 521.6
An Heres indignus cui olim fiscus hereditatem auferebat, eam hodie retinere debeat an verò ad heredes legitimos deb. at pertinere. 743 12
Ius sui Heredis vnde proficiscatur. 501.15
Prætor non habet pro Herede eum qui se abstinet. 453.13
Suus Heres cur instituendus aut exheredandus. 504.7
Cur ab intestato suus Heres omnimodo succedat. ibid. 8
Ius sui Heredis non est æstimandum ex successione intestati ibid.n.9
Aditio siue immixtio non requiritur in persona sui Heredis vt fiat heres ex testamento. 552.12
In quo plus iuris habeant sui Heredes, quam alij liberi. 645 2
Suum Heredem testator etiamsi mentes non facit, sed leui 508.8
An creditores agentes contra suum Heredem tanquam patris heredem habeant fundatam intentionem nisi probet filius se abstinuisse. 559.1
Suus Heres definitur ex tempore mortis patrisfamilias. 659 6
Heres institutus transmittendo ius deliberandi alium heredem non facit, contra interpretes. 639.10
Qui sint Heredes ex parte, qui ex partibus: qui sine parte, quique sine partibus. 1007.1. & seq
Inter Heredes non tantùm inuitos, sed etiam inuito testatore iuri adcrescendi locus est. 1006.11
Suus Heres cur non dicatur repudiare, sed abstinere. 553.4
In suis Heredibus non est successio. 509.10
Heredi scripto quis controuersiam hereditatis facere possit, si mecum ius gentium attendamus. 674 14
Suus Heres habet beneficium abstinendi ipso iure, non item extraneus. 1051.12.
Quorum interfit vt testatoꝛ habeat heredem testamentarium 629 16
Sui Heredis ius & nomen cui conueniat. 508.7
Extraneus non priùs est Heres quàm voluntatem suam declarauerit 579 14
A suis Heredibus etiam ignorantibus transmittitur paterna hereditas ad quoscunque 452.15
Verba illa substitutionis vulgaris, SI FILIVS HERES NON ERIT ex necessario Herede voluntarium non efficiunt 578.10
Heres ex certa re institutus non habetur nisi loco legatarij, cùm alius adscriptus est heres vniuersalis 676.7
Heres ab initio voluntarius per aditionem fit necessarius. 546 11
Heres necessarius vt voluntarius fiat debet conditio in ipsa institutione, non in substitutione poni. 578.9
Ius sui Heredis etiam se abstinentis impedit ius fisci. 577.18
Suus Heres cui extraneus coheres adiunctus, non eò minus suus heres manet. 602.2
An beneficium abstentionis eneruet existentiam sui Heredis. 555.1
Ad quem Heredem rogatum pertineat SCti Trebelliani autoritas. 550.10
An sui Heredes dicantur repudiare hereditatem. 496.32
Esse Heredem iuris est. 598.29
Suus Heres etiam pupillus abstinendi beneficium amittit parendo conditioni. 5547
Suo Heredi instituto licet abstinendi bonorum possessio ab intestato deferri nequit 576.8
Disputatio de existentia sui Heredis. 553.1.& seqq.
Quisquis semel Heres esse voluit non potest postea heres esse nolle. 424.7
Sui Heredis agnatione rumpitur testamentum, sicut & per filij quoque abrogationem. 472 24
Non potest hodie cogi Heres institutus vt post repudiationem adeat fideicommissario postulante. 624.7
In suis Heredibus cur non sit successio. 451 26
Agnatorum & suorum Heredum differentia. 491.14
Suo Heredi instituto se abstinenti hereditatem ab intestato retinere non licet. 575.2
Existente aliquo suo Herede qui hereditatem ad se pertinere nolit, mater defuncti admittitur ad bona, non ad hereditatem. 439.9
Suus Heres non eo minùs statim heres est & ipso iure, quòd possit abstinere, imò nec ob id quod iam se abstinuerit. 477
Suum Heredem dicimus etiam ex testamento. 585.17
Quo ius Heres suus qui coheredem aut substituꝛum habuit, abstentus est bonis paternis, tum bona duntaxat perueniant ad coheredem seu substitutum, non verò hereditas. 426.4
Heredem facere prætor non potuit, Senatus potuit. 423. 13. & cur ibid.14
In suis Heredibus idem est instans & delationis & acquisitionis hereditatis. 385.15
Heres deducit impensas ex fideicommisso. 406.29
Eiusdem plures Heredes in solidum esse non possunt. 422.1
Heres qui restituit fideicommissum quando possit res hereditarias condicere. 407.3
In obscuro præsumendum est pro Herede contra fideicommissarium. 379.5
Heres qui restituit fideicommissum non deductis impensis potest

Index Rerum,

eſt creditoribus hereditarijs denunciare ac fideicommiſſario ſoluant. p.407.n.5
Heredes contractuales apud Gallos frequentes. 450.10
Viuentis quo ſenſu ſit ſuus Heres. ibid 17
Suorum Heredum & agnatorum conuenientia ſecundum ius 12. tab. 491 9
Suus Heres dominus quidem viuo patre eſſe intelligitur, at non poſſeſſor. 176.13
An exiſtentia ſui Heredis tollatur ſubſtituti datione. 577.1
Diſtinctio Heredis in directum & vtile Bartoli figmentum. 413.9
Nullus eſt omnino caſus quo poſſint vni homini duo in ſolidum eſſe Heredes. ibid.17
Heredes fieri poſſunt non tantum per legem ſed etiam per quamlibet legi ſimilem conſtitutionem. 411.18
In ſuis Heredibus iure ciuili non eſt ſucceſſio. 481.4
Heredis appellatione dominus ſignificatur. 410.15
Sui Heredes quomodo obſtent agnatis in bonorum poſſeſſionibus accipiendis. 453 16
Lex eſt quæ Heredem & hereditatem facit. 410.11
Statuto an fieri poſſit vt quis ſit Heres ad tempus aut ex tempore. ibid.1.& ſequentibus.
Heres qui reſtituit fideicommiſſum quarta non deducta non habet actionem ad eam conſequendam. 40 .6
Fieri poteſt vt quis vere & ipſo iure ſit Heres, & tamen hereditas ad ipſum non pertineat. 424.8.& 10
Nemo poſt mortem ſuam Heres inſtitui poteſt. 418.20
Ex teſtamento vel ab inteſtato exiſtente filio vel nepote herede ſuo, nemo poteſt ab inteſtato heres exiſtere. 426 2
Nudum nomen heredis habere qui dicantur. 443 6
Heres inſtitui, niſi ita vt certò demonſtretur, nemo poteſt. 391.19
Quibus caſibus iure ciuili fiat, vt qui ſemel fuit Heres deſinat eſſe heres. 413 1.& ſeqq.
An minor qui repudiarat fiat heres ſi reſtitutus fuerit poſtquam vulgaris ſubſtitutus adiit. 411.20
Fœminæ non habent ſuos Heredes. 453.18
Lex cur non poſſit Heredem facere ad tempus, neque ex tempore quo alius fuerit heres 410.14. & ſeqq.
An per legem fieri poſſit vt heres eſſe deſinat is qui ſemel heres fuit. ibid.5
Cur qui ſemel eſt heres nunquam deſinat eſſe heres. ibid.9
Ius ſui heredis vnde æſtimetur. 429.15

Hereditas.

Hereditas adimi non poteſt. 713.18
Cuius Hereditas aliqua eſt eius peculium aliquod eſſe impoſſibile eſt. 854.2
Quomodo intelligendum illud in codicillis Hereditatem neque dari, neque adimi poſſe. 744 8
Acquiſitio Hereditatis quæ fit ipſo iure excludit omne beneficium iuris ciuilis. 453.14
Adimi Hereditas directò, nec ue per codicillos poteſt, neque aliter quam per teſtamentum 751 1
Hereditas teſtamento non aliter adimi poteſt, quàm per . . uam & ſolennem inſtitutionem. ibid.16
Delatio Hereditatis eſt iuris, aquitio verò & acquiſitio facti. 704.10
Hereditas adimi non poteſt. 744.7
Petitio Hereditatis cui & aduerſus quem detur. 700 6
Inter Hereditatem & legatum notabilis differentia. 1045.14
Patris & filij cui ſubſtitutum eſt pupillariter duæ ſunt Hereditates, quæ vnius loco quandoque cenſentur. 546 12
Quilibet Heredis rogati ſucceſſor rectè ex Trebelliano Hereditatem reſtituit. 530.7
Ab inteſtato lex æqualiter diuidit inter liberos Hereditatem. 677.4
Animus acquirendæ Hereditatis quibus modis declaretur. 199 34
Hereditatis petitio eſt actio ciuilis. 741.18
An ius adcreſcendi tranſeat in emptorem Hereditatis 1040.1. & ſeqq.
Ad Heredis ſcripti ius euertendum non ſufficit, quòd non habeat defuncti voluntatem; & quæ præterea requirantur. 703.2
Actio Hypothecaria quæ pro legatis competit eſt naturæ à cæteris hypothecariis differentis. 1001.7
Nunquam eiuſdem hominis Hereditas ex diuerſis teſtamentis aditur. 704 14
Vbi patris Hereditas acquiſita eſt filio non poteſt alius habere hereditatem patris, quam qui habiturus eſt hereditatem filij. 498 3
Ex iure ciuili eſt non tantùm Hereditas, ſed etiam Hereditatis petitio, cæteræque actiones omnes. 673.15
Hereditas per pactum dari non poteſt. 998 1.& cur 999.1
Cur Hereditas non habeatur pro reſtituta quam heres adiit coactè vrgente procuratore. p.531.n.12
An Hereditas fiat caduca cùm quis alium teſtari coegit in fauorem tertij. 732 1 & ſeqq.
Qui teſtamentariam Hereditatem repudiauit ſi in fraudem legatariorum eandem ab inteſtato retineat in edictum prætoris incidit. 575 2
Conſuetudinis de Hereditatibus ex pacto deferendis inducendæ neceſſitas. 417.9
Delatio Hereditatis etiam in ſuis heredibus quandoque pendet. 419.4
Quomodo verum ſit illud, HEREDITATEM ADIMI NON POSSE. 768.5
Hereditas delata non acquiritur ſine aditione. 399 40
Regulariter quiſquis vult Hereditatem adire quam ſemel repudiauit eget beneficio reſtitutionis. 416.25
Extra dotales tabulas apud Gallos Hereditas pacto non datur. 401 12
Diſcrimen inter Hereditates & legatas ſeu fideicommiſſa 646 10
Acquirendæ Hereditatis impedimenta varia. 648.11
Quandiu Hereditas ex teſtamento adita non eſt tandiu durat ſyes ſucceſſionis ab inteſtato. 680.4
Diuidendæ inter liberos Hereditatis arbitrium parentibus quatenus conceſſum. 677.1
Non quæuis aditio hereditatis Heredem facit. 425 13
Hereditas non adita cur non tranſmittatur. 334.19
Hereditatis petitio eſt vindicatio. 525.15
Prætor poteſt ſe interponere tum ante reſtitutionem, tum poſt reſtitutam hereditatem. 558.21
Tranſmiſſio Hereditatis non ſemper vtilis eſt heredi, contra Fiſc. 536.9
Acquiſitio Hereditaris non obſtat quominus fideicommiſſario reſtituatur hereditas ſed potiùs neceſſaria eſt 525.11
Delatio Hereditatis eſt iuris, aditio facti, illa verò ſublata hæc ſimul corruit. 425.14
Fauorabilior eſt datio quàm adempcio Hereditatis, & quatenus Hereditas ſemel data adimi non poſſit. 690.18
In Hereditatibus quæ per leges deferuntur, non aliud remedium comparatum eſt quàm fideicommiſſi, vt in alium quam heredem transferantur. 417.11
Legitimæ & teſtam entariæ Hereditatis differentia. 420 9
Quibus caſibus Hereditas legitima maneat in ſuſpenſo. ibid. 10.& ſeqq
Caſus quo Hereditas teſtamentaria manet in ſuſpenſo propter legitimam, adeoque poſt legitimam defertur. ibid.6
Delatio Hereditatis teſtamentariæ pro arbitrio teſtatoris ſuſpendi poteſt. ibid 2
Inter excludi & admitti ad Hereditatem datur medium, ſúntque contraria, non contradictoria. 432.16
Nemo poteſt decedere cum duobus Hereditatibus ab inteſtato. 412.38
Hereditas, filio relicta contemplatione patris eſt peculij profectitij. 398 25
Cùm aliquis alicui ſuccedit hereditas defuncti ſit patrimonium heredis viuentis: 284 24
Reenfatio & repudiatio hereditaris quomodo differant. 633.13
An hereditas poſſit donari cauſa mortis. 908.3 & ſeq.
Hereditatis vocabulum quandoque ſignificat bonorum poſſeſſionem. 405 08
Quiſquis Hereditatem ſibi acquirere vult per aditionem cum neceſſe eſt de iure ſuo certum eſſe. 643.3
Plures eiuſdem hereditatis domini in ſolidum eſſe non poſſunt. 421.1
Patris & filij pupilli vnum eſt quidem teſtamentum, duæ tamen ſunt hereditates. 564.1
Eius eſt hereditatem teſtamentariam adire cui ex teſtamento delata ſunt hereditas ex legem. 398 18
Hereditas ex quo adita eſt deſinit eſſe hereditas & fit patrimonium heredis. 421.29
Hereditas eſt fictio legis 410 6.cur inducta. ibid.
Quando hereditas legitimis heredibus primùm deferatur, & poſt eos teſtamentariis. 449 18
Legitima hereditas cur non ſuſpendatur eo tempore quo per legem deferri poteſt. 420.10
Vna aditio ſufficit ad acquirendam tum paternam tum pupillarem hereditatem. 547.15
Valde intereſſe cui reſtituatur hereditas. 530 9
An hereditas delata monachio, ſine eius facto acquiratur monaſterio. 395.1
Hereditas neque ex die, neque ad diem dari poteſt. 420. 2. & cur ibid. 6.7
Hereditas quandocunque adita cur retrofingatur adita à die mortis ibid 10
Hereditas ab inteſtato per legem ſolam defertur eo ipſo inſtanti, quo verum eſt patremfamilias inteſtatum deceſſiſſe. 421.30

Soluendo

& Verborum.

Soluendo est hereditas quæcunque inuenit heredem. pag.411. num 16
Quibusdam casibus hereditatis legitimæ aditio manet in suspenso. 419.1
Per pactum fieri posse vt hereditas vni ad tempus detur, alteri verò ex tempore pragmaticorum est sententia. 416.2
Delatio & acquisitio hereditatis quomodo differant. 419.7
Hereditas quæ suo & necessario heredi defertur acquiritur sine aditione. 397.15
Iura hereditatum cur l.12.tabul.introducta. 435.20
Hereditas nulla est nisi hominis iam defuncti. 418.19
Per pactum quando detur hereditas ex sententia pragmaticorum. 416.1
Hereditatis nomen vt à bonorum appellatione differat. 204.1
Aditio hereditatis cur difficilis probationis. 30.1
Hereditas desinit esse hered.tas ex quo certum esse incipit neminem heredem fore. 35 8
Adire aut repudiare hereditatem extranei est heredis, immiscere vero vel abstinere sui. 32 8
Eius qui heredem suum reliquit nulla omnino hereditas esse intelligitur & cur. ibid.9
Pater ex Iustiniani constitutione infantis sui nomine delatam Hereditatem adire potest. 36.8
Cur delata hereditas per procuratorem acquiri non possit. ibid.9
In agnoscenda hereditate quæ sit differentia inter suum heredem & extraneum. 32.1.&seq.
Ex duplici iure potest nonnunquam hereditas deferri, vt tamen incertum sit ex quo deferatur. 261.& seqq.
Cur nullo iuris loco tractetur de curatore hereditati tanquam iacenti dando. 34.1
Vniuersalia iura per aditionem hereditatis an confundantur. 21.1.& seqq.
Per aditionem hereditatis solus heres obligatur creditoribus & legatariis, non item bona heredis. 29.6
Hereditatem extranei non aliter potest pupillus sibi acquirere quam si tutore autore vel adeat vel pro herede gerat. 36.5
Cuiusnam rei hereditariæ furtum fieri queat. 34.4
An quo casu heres est defuncti creditor debeat dari curator Hereditati. 20.8
Quid sit hereditati paternæ se immiscere. 36.4
Cur & quomodo Hereditatis nomen vsurpent veteres Ici, cum de suis heredibus loquuntur. 33.13
Per 30. annorum præscriptionem perimitur non tantum ius adeundi, sed etiam ius petendæ Hereditatis. 39.8
Ex statutaria rerum hereditariarum possessione an inducatur Hereditatis aditio & transmissio. 561.& seqq.
Hereditas personam defuncti repræsentat, non heredis. 34.2
Hereditati furtum fieri nequit. ibid.3
Ad acquirendam Hereditatem necessarium est, vt qui eam vult sibi acquirere & causam & ius acquirendæ intelligat. 26.3
Semel repudiata Hereditas non magis adiri potest, quàm adita repudiari. 36.6
Hereditas non adita dici nequit quæ heredem seu dominum habet, aut iacens, quæ adita est. 20.6
Hereditas iacens dici nequit quæ habet heredem. 34.3
Hereditaria actio non nascitur ex interrogatione, sed ex contractu cum defuncto. 31.15
Inter Hereditatem & bona differentiæ plures. 35.7
Fructus quando augeant Hereditatem. 134.9
Hereditatis incommoda 25 13
Actio Hereditaria non nascitur ex interrogatione, sed ex contractu cum defuncto. 31.15
A quo tempore fructus Hereditatis fideicommissariæ debeantur fideicommissario. 153.1. & seqq.
A fure non manifesto non valdè distat is qui Hereditatem expilauit. 26.19
Hereditatis delatio præcedit acquisitionem & exclusionem. 1586
Differentia inter delationem & acquisitionem. ibidem numer.7
Rei Hereditariæ furtum fieri potest. 26.20
Fratrum Hereditas fratribus debetur. 196 14
Hereditati furtum fieri nequit. 34.3
Veteres Ici nusquam scripsere Hereditatem patris filiofam. aut deferri aut acquiri: & cur. 33.14
An curator dari possit Hereditati tanquam iacenti quæ agnita est cum beneficio legis & inuentarij. 19.1.& seqq.
Facilius inducitur Hereditatis immixtio quàm aditio 37 5
Non adita ex testamento Hereditate, omnia corruunt quæ testamento continentur. p.159.n 5

Hypocha.

Hyperochæ nomen veteribus interpretibus incognitum. pag. 285.n.1. quid sit. ibid.3

Hypotheca, Hypothecarius.

Hypothecarius creditor quid in libello petere debeat. 111.6
Hypothecarij creditores vt differant à chirographariis. 2. 4
Inter Hypothecarios creditores sine hypotheca fuerit tacita, siue expressa, qui prior est tempore potior est iure. 13.1
Inter Hypothecarios creditores ordo temporis non contracti debiti, sed constitutæ hypothecæ attenditur. 19.7
Quæ sit vulgaris formula instituendæ actionis Hypothecariæ. 235.1
Actio Hypothecaria est arbitraria. ibid.n.4
Hypotheca nuda voluntate & solo consensu contrahitur. 65
Tacitas Hypothecas quis fauor extorserit. 3.31
Ad eas inducendas necessaria Sanctarum constitutionum auctoritas. ibid.
Tacita Hypotheca quæ moribus inducta sit. ibid.n 32
An Hypotheca ex chirographo in quo expressa est, non prius competat, quàm fuerit agnitum chirographum. 61 1. & seqq.
Scriptura non est necessaria ad constituendam hypothecam. 6. 5
Creditor Hypothecarius qui post intentatam hypothecariam implorat beneficium clausulæ constituti, quatenus audiendus. 46.2
Cum Hypothecaria exercetur quomodo sententia vulgo feratur pro creditore. 47. 2. & quid autor in ea desideret 7. num.3
Hypothecaria quandoque datur vero possessori contra non possidentem. 46.6
Quo casu specialis Hypothecæ vsus sit necessarius. 79 8
Hypotheca quibusdam casibus tacite contrahitur. 32.16
Quæ sint differentiæ inter pignus & Hypothecam 110. 1. & seqq.
Quo casu qui posterior contraxit præferatur anterioribus Hypothecam expressam habentibus. 65.4
De potestate generalis Hypothecæ iis casibus quibus specialis necessaria esse creditur. 67.1.& seqq.
Habens tacitam Hypothecam deinde sibi caueat, per expressam tacitæ priuilegium amittit. 64 6 exceptio.65.11
Specialis Hypotheca an possit impedire alienationem. 68. 5
Quæ sint partes iudicis cùm agitur Hypothecaria. 136.4
Conuenientiæ & differentiæ inter actionem hypothecariam & rei vindicationem. ibid.5. & seqq.
De Hypothecæ specialis excussione. 66.1. & seqq.
Differentia inter tacitam & expressam Hypothecam. 65.10
Quibus casibus qui tacitam duntaxat Hypothecam habet, licet sit posterior tempore præferatur ei qui expressam habet. 64.4
Tacitæ Hypothecæ quando minor sit vis quàm expressæ. ibid.3
Pactum de retrouendendo an inducat Hypothecam. 322. 1. & seqq.
Tacitam Hypothecam quando lex inducat. 65.10
An in Hypothecaria iuretur in litem. 233. 1. & seqq. & 234. 1. & seqq.
Specialis Hypothecæ excussionem mulier ante omnia facere tenetur. 65.11
Ex chirographo agnito an tacita Hypotheca inducatur. 2.17
Nulla actio ex stipulatu habet priuilegium tacitæ hypothecæ, excepta actione de dote 1001.6
An actio hypothecaria quæ pro legatis competit, competat etiam pro donationibus causa mortis. 1000.1.& seqq.
Hypothecaria non potest competere pro donationibus causa mortis per traditionem factis. 1002.10
Hypothecaria est ab initio & sui natura est arbitraria. 409 20

I

Immiscere se hereditati.

SE non immiscere & abstinere vt differant. 560.9
Pactum de succedendo iure Iustinianeo quando valeat. 147.2
Quid sit hereditati paternæ se immiscere. 37.4
Facilius inducitur hereditatis immixtio quàm aditio. ibid.5

Digitized by Google

Index Rerum,

Impedimentum.

Malus eſt impedimentum cui cauſam præbet repugnantia ex parte rei, quàm quod naſcitur ex defectu poteſtatis agentis. p.423 n.15

Impenſa.

Impenſarum neceſſariarum diſtinctio Accurſiana probata. 412. 24
In vtilibus impenſis bonæ fidei poſſeſſor habet exceptionem doli ad eas deducendas etiam in rei vindicatione. 402. 26
Voluptuariæ impenſæ faciunt rem pretioſiorem, non meliorem. 403.14
Heres deducitur impenſas ex fideicommiſſo. 406.19
Impenſarum in deductione differentia conſtituitur inter bonæ fidei poſſeſſorem & prædonem. 401.20
Malæ fidei poſſeſſor impenſas vtiles deducere non poteſt per exceptionem doli, ſed tantùm tollere ſine tamen rei detrimento. 402.27
Tum neceſſariæ tum vtiles impenſæ quomodo deducantur à prædone. ibid.13
Ei qui rem alienam reſtituit non deductis aut ablatis impenſis non amplius ſuccurritur. 404.12
Poſſeſſor quando tollere poſſit impenſas quas facit. 401.25
Iuri an reſtituendæ neceſſariæ impenſæ. 409.22

Imperator.

Imperatores nunquam reſcribunt de ſummo iure contra æquitatem. 401.22
Inter ius & æquitatem poſitam interpretationem ſoli Imperatori & licet & oportet inſpicere. 747.25
Imperatores ſunt ſupra leges, atque adeò facere poſſunt quod lex nulla poteſt. 411.23
Imperator non modo interpretari poteſt, ſed etiam ſupplere. 386. 29
Imperatoris eſt ſupplere, non Iuriſconſulti. 385.16. & ſeqq.

Incapax.

Datum incapacibus repeti poteſt. 532.20

Incluſio.

Incluſio vnius eſt alterius excluſio. 385.25

Indignus.

Etiam Indignus eſt heres ſcriptus, cùm alius pro eo ſiue ſciente ſiue ignorante vim fecit, aduerſus Iaſonem. 732.5
Quæ Indignis auferuntur ea omnia fiſco applicantur. 727.6
Indigni coguntur reſtituere omnes fructus etiam quos percæperunt ante litem motam. 741.3
An heres Indignus cui olim fiſcus hereditatem auferebat, eam hodie retinere debeat, an vero ad heredes legitimos debeat pertinere. 742.12

Inficiatio.

Inficiatio quandoque facit vt obligatio creſcat. 3.26
Propter Inficiationem obligatio pignoris non conſtituitur. ibid. nec vlla alia. ibid.n.27

Ingratitudo.

Ingratitudo filiæ nepoti nocet ſi illa auo ſuperuixerit. 470.6
Iniuria quæ ſit patri per ignominioſas nuptias filij ad quod caput cauſarum ingratitudinis referatur. 479.25

Inſinuatio.

De iure Inſinuationis donationum. 906.9
Donationum Inſinuatio cur introducta. 858.5
Inſinuatio in donationibus cauſa mortis neceſſaria non eſt. 854.26
Inſinuari debent apud Gallos omnes donationes inter viuos, iis exceptis quæ fiunt in contractu matrimonij. 890.11
Vltimæ voluntates Inſinuatione cur non indigeant. 859.6

Inſtituere, Inſtitutio heredis.

Verbum Inſtituo an directum. 617.11.15
Heredis Inſtitutio eſt facti. 198.33
Cur olim inutilis hæc Inſtitutio Titius heres erit. 629.4
Item hæc Titius hereditatem meam accipiat. 629.5.& 630.7.
eus hæc olim dubia, Titius hereditatis meæ dominus eſto. ibid. 6. Titius bona mea accipiat inutilis olim fuit inſtitutio. p.630.n.8
Non fuit olim bona Inſtituendi heredes formula, Titium heredem facio, aut inſtituo, & cur. 1016.10
Cur olim dubitatum an valere iſta Inſtitutio Titius heres ſit. 629.3
Quibus adiunctis verbis rectificetur illa formula Inſtitutionis, Titius hereditatem meam accipiat, aut bona. 630.12
Vnde dignoſcatur an Inſtitutio ſit pura vel conditionalis. 588 16
Qui ſint neceſſario inſtituendi aut exheredandi, & qui impunè præteriri queant ex Bart ſententia. 499.3
Titulus Inſtitutionis quatenus honorificus. 675.8
Parentes non coguntur præcisè liberos ſuos Inſtituere ſed ſub diſtinctione. ibid.9
Teſtamentariæ Inſtitutioni puræ conditio extra teſtamentum inijci non poteſt. 758 20
Legitimi heredes tacitè Inſtitui quando videantur. 734.5
Si quis Inſtituerit filium ſuum & ex eo nepotem, an hic cum illo ſimul admittatur, an verò ordine ſucceſſiuo. 611.1
Inſtituto filio non cenſetur pater Inſtitutus ita vt ex propria perſona adire poſſit. 610.12
Liberi qui ſunt in poteſtate non poſſunt ſub alia conditione Inſtitui poteſtatiua. 419.5
Directa Inſtitutio nonniſi directis & ciuilibus verbis fieri poteſt 390. 20. imò ex Conſtantini conſtitutione etiam inflexis & obliquis ibid.
Abſurdum eſt vt directa Inſtitutio potiùs quàm fideicommiſſum ex verbis conditionalib. inducatur ibid.
Qui ex re certa inſtitutus eſt nullo coherede dato, hereditatem obtinet. 1978
Non inſtitutio, ſed hereditas heredem facit. 182.7
Qui ex re certa inſtitutus eſt, alio ex aſſe herede ſcripto, legatarij non heredis loco eſt. 198.1.& 199.5
Particularis Inſtitutio quæ. 203.1
Inſtitutio ex re certa non eſt vtilior, quàm legatum, contra pragmaticos. 183.13
Ex certa re Inſtituto an teſtator poſſit ius adcreſcendi prohibere, vbi nullum coheredem adſcripſit. 199.1. & ſeqq.
Quæ Inſtitutio dicatur fieri partibus diſtributis. 203.3
Inſtitutus ex re certa, ſi poſſeſſionem eius propria autoritate occuparet, cur non teneretur interdicto, quod Legatorum. 198.4
Quando titulus Inſtitutionis ſit honorabilior quam legati. 183.12
Inſtitutus ex re certa, alio ex aſſe ſcripto herede, pro legatario tantum haberi poteſt. ibid.8
Inſtitutus ex re certa quàm multis modis differat ab herede vniuerſali. 197.4.& ſeqq.

Inſtrumentum.

Inſtrumenta guarentigiata vim habent ſententiæ & condemnationis. 11.11

Interdictum.

Interdicti, quod Legatorum, quæ fuerit ratio. 198.1.ad quæ legata pertinuerit. ibid.2
Cur ad fideicommiſſa non pertineret. ibid 3
In Interdictis an iuretur in litem. 241.3 & ſeq.
Interdictis recuperandæ poſſeſſionis quando non ſit locus. 47.4
Quæ ſit ratio Interdicti quod legatorum. 900.6
Interdicti quod legatorum ratio duplex, & quando legatarius eo teneatur 902.15 ad quæ poſſit extendi. ibid.18
An ceſſante Falcidia ceſſet Interdictum quod legatorum. 429.4

Interpretari.

Interpretari eſt Iuriſconſulti, non ſupplere. 386.29

Interrogatoria actio.

Interrogatoria actio in quem detur. 31. 22. vnde naſcatur. ibid.13

Inteſtatus.

Quinam Inteſtati dicantur tacitè videri legitimam hereditatem ab inteſtato ſucceſſoris relinquere, eoſque inſtituere. 646.3
Cur permiſſum ſit ei qui decedit Inteſtatus aut fideicommiſſa relinquere, aut aliam liberalitatem exercere in præiudicium legitimi heredis. 844.12

Inuentarium.

An heres qui non confecit Inuentarium ſolenne amittat beneficium l. cum hereditate 55. D. de acq. hered. 1055.8
An ſit audiendus qui ſe heredem dicit cum beneficio Inuentarij.

Digitized by Google

tarij, nec tamen inuentarium exhibet, p.37.n.1 & ſeqq.
Heres qui Inuentarium allegat ante omnia illud exhibere tenetur. 29.10
Quæ ſint partes Iudicis vbi heres inuentarium exhibere non vult. ibid.n.11
In confectione Inuentarij quas ſolennitates præſcripſerit Iuſtinianus. 22.1
An conuentus à creditore tanquam heres & confeſſus ſe eſſe heredem cum beneficio inuentarij debeat condemnari in ſolidum, ſi non exhibeat Inuentarium. 28.1.& ſeqq.
Tempus quod Inuentario conficiendo præfeciptum eſt non currit niſi ab adita hereditate. 25.3. intra quod tempus ab aditæ hereditatis die inuentarium oporteat inchoaſſe. ibid.6
Inuentarij quantumlibet vitioſi pœna non eſt grauior, quàm vt nullum eſſe exiſtimetur. 31.12
Inuentario non facto heres creditoribus & legatariis defuncti in ſolidum ſatisfacere an teneatur. 20.12.13.14.& 22.5
Beneficium legis Iuſtinianeæ & inuentarij quomodo conueniat cum edicto prætoris de ſeperationibus quomodo item differat. 28.3
Vt inuentarium valeat res hereditariæ quæ numero pondere aut menſura conſtant, ponderari, numerari, & metiri debent. 28.16.17
Beneficium Inuentarij vt differat à beneficio deliberandi. 25.4.& ſeqq.
Aditio hereditatis requiritur antequam ſolenne Inuentarium confici poſſit. 27.7
Quid iuris ſit vbi heres res hereditarias contrectauit ante imploratum beneficium Inuentarij. 25.1.& ſeqq.
Differentia inter Inuentarium ſolenne quod fit ab herede & ea quæ fiunt ad ſaluum ius habentis. 27.6
Beneficium Inuentarij quodnam hereditatis incommodum tollat. 25.14
An æſtimatio rerum hereditariarum per viros probos faciendа, ſit de ſolennitatibus Inuentarij. 27.1.& ſeqq.
Quo ſenſu dicatur beneficium Inuentarij inducere ſeparationem patrimoniorum defuncti & heredis. 24.18
Inuentarium ſolenne quod. 21.2
An Inuentarij beneficio priuandus ſit heres qui dolo malo verſatus eſt in hereditate. ibid.5.& ſeqq.
Inuentarij commoda. 20.4
An poſſit fieri Inuentarium eo adhuc tempore quo incertum ex quo iure deferatur hereditas. 27.4.& ſeqq.

Irnerius.

Irnerius Authenticarum compilator vt ab aliis notatus. 281.2

Iudex Iudicium.

Iudex requiſitus ſicut non poteſt cognoſcere de viribus aut iniquitate ſententiæ, ita nec recuſare poteſt petitam iudicati executionem. 80.7
Pœnæ legibus conſtitutæ etiamſi leuiores quàm par ſit, non poſſunt nec debent a Iudicibus exaſperari. 26.16
In omnibus bonæ fidei Iudiciis non iuratur in litem. 229.2
De differentia iudiciorum bonæ fidei & ſtricti iuris in re debita per iuſiurandum in litem æſtimandi. 229.1.& ſeqq.
In Iudiciis bonę fidei vt res debita æſtimari debeat. 208.1 &ſeq.
Omnia Iudicia non ſunt bonæ fidei. 151.14
Iudicium reſciſſorium non eſt principalius & dignius reſcindente 80.4
Quæ ſit differentia Iudiciorum bonę fidei & ſtricti Iuris quod ad fructus & vſuras attinet. 229.1.& ſeqq.
In ſtrictis Iudiciis, ſi neque dolus, neque metus interuenerit, etiamſi læſio in re ipſa ſit, nullus tamen iudicis officio locus relinquitur, dolo vero aut metu interueniente neceſſaria eſt reſtitutio. 90.11
Plus poteſt officium Iudicis in bonæ fidei Iudicis, quàm exceptio doli in ſtrictis. ibid.14
In Iudiciis bonæ fidei ſiue dolus ſiue vis aut metus interuenerit ſufficit æquitas iudicij pro reſtitutione ſi dolum paſſus conueniatur, at ſi agat opus eſt reſtitutione. ibid.12
Inter Iudiciat ſtricta & bonæ fidei quid interſit, quomodo etiam conueniant. 228 9.& ſeqq.
Iudicium reſcindens reſciſſorij eſt præparatorium 76.6
In Iudiciis bonæ fidei propter quid vſuræ debeantur. 289.8
In Iudiciis ſtricti iuris, vi res debita æſtimanda ſit, 210 1.& ſeq.
An reſcindentis & reſciſſorij iudicij cumulatio fieri poſſit. 74.1.& ſeqq.
Vbi nulla eſt actio ibi Iudicis officio nullus eſt locus 408.13
Cur alicui per Iudicis officium facilius ſuccurratur, quam per actionis inductionem. 404 7
Iudices illi qui non habent poteſtatem legis condendæ coguntur ſequi communes interpretum opiniones licèt erroneas. 517.6
Vtile Iudicium quid. p.403.n.5
Bonæ fidei Iudiciis quomodo ipſo iure inſint doli exceptiones. ibid.4.

Iuriſconſultus.

Iuriſconſultorum non eſt illud munus vt ſuppleant, ſed tantùm vt interpretentur. 385.16
De iure, non de facto reſpondere Iuriſconſulti ſolent & debent. 533.27

Iuriſprudentia.

Iuriſprudentiæ infœlicitas. 674.3
Iuriſprudentia res eſt religioſa. 399.35
Media Iuriſprudentia conſtat ex prudentum interpretatione, & ius ciuile per emphiteuſim appellatur. 412.34
Media Iuriſprudentia in cauſa ſucceſſionis meliorem faciebat maſculorum quam fœminarum conditionem. 446.5

Ius.

Ius ciuile per emphyteuſim dicitur media Iuriſprudentia ex prudentum interpretatione conſtans. 412.34
Ex Iure ciuili eſt, non tantùm hereditas, ſed etiam hereditatis petitio, exteræque actiones omnes. 673.15
Populi qui Iure ſcripto & Romanorum communi, vtuntur cur iis fœliciores qui iure conſuetudinario ſeu ſtatuario vtuntur. 462.21
De facili res redit ad Ius commune. ibid.12
Iura vigilantibus ſubueniunt, non dormientibus. 3 23
Vt reſoluto Iure datoris reſoluatur ius acceptoris. 57.14
Iurium excuſſionem facere creditor an & quando compellatur. 58.7.& ſeqq.
Ipſo Iure quæ fieri dicantur. 57.10
Bonis omnibus alienatis aut obligatis etiam Iura comprehenduntur, ſecus ſi addatur mentio mobilium & immobilium. 51.8

Iuſiurandum.

Iuſiurandum in litem cur inductum. 238. 3. ibid. 1.an interdictis iuretur in litem. 246.5
Iuſiurandum ſuppletiuum legibus incognitum eſſe. 246.5. & ſeqq.
Iuriſiurandi vis quanta in conuentionibus, iure ciuili & Pontificio. 280.8
Iuſiurandum eaſdem leges & conditiones recipit, quas ipſe contractus. 81.3
De taxatione Iuriſiurandi in litem. 243.1.& ſeqq.
Aduerſus Iuſiurandum quod purgationis vocant, ſalua eſt probandi facultas. 25.8
Sine delatione Iur. iurandi fieri non poteſt, vt æſtimetur res quæ non extat. 28.7
Regulare eſt vt tantùm ob dolum iuretur in litem. ibid.8
Caſibus Iuratur in litem quibus ob culpam. ibid.n.9 10
In qua actione prætoria 'uretur in litem. 226 5
Iuſiurandum quod à iudice defertur vni ex partibus referri poteſt. 248.6 differentia inter iuſiurandum delatum à parte, & id quod defertur à iudice. ibid 8
Inter Iuſtinianeum, & vulgare quod ſuppletiuum vocant iuſiurandum conuenientiæ & differentiæ. 249.1.& ſeqq.
Nunquam iuratur in litem quanti plurimi res fuerit. 226.7
An Iuretur in litem in conditione furtiua. 225.1 & ſeqq.
An in actione furti. ibid.
An qui aduerſario inficianti iurare permiſit, & eo iurante victus eſt, in expenſas debeat condemnari. 254.3.& ſeqq.
An ſumptus vlli debeantur victori litis per Iuſiurandum ſuppletiuum deciſæ. 255.1.& ſeqq.
De Iuriſiurandi delati relatione 236.1. & ſeqq. quibus caſibus non cogatur iurare is cui defertur iuſiurandum ibid. an iudiciale Iuſiurandum deferre is poſſit qui à probanda intentione ſua iam excluſus eſt. 257.1.& ſeqq. Iuramentum delatum an & quando habeatur pro præſtito, aut pro relato. 258.4. & ſeqq.
Iuriurandi diſtinctio in iuſiurandum affectionis & veritatis commentitia. 227.4
Iuſiurandum Iuſtinianeum quibus in caſibus deferri poſſit. 250.1. & ſeqq. Senatus Pariſienſis iuramento ſuppletiuo cur non vtatur. 151. 3. quando illud admittat Senatus Sabaudicus. ibid.8
Deciſa iureiurando controuerſia an retractare poſſit ſuo prætexto periurij, aut nouorum inſtrumentorum. 252. 1. & ſeq.
Iuſiurandum comparatur rei iudicatæ. ibid.
Iuſiurandum ex iurantis mente vires & interpretationem accipit. 179.12
An iuſiurandum veritatis in iudicis bonæ fidei locum habeat. 241.1.& ſeqq.
Iuſiurandum in litem eſt auxilium iuris ciuilis & ad quid comparatum. 240.6

Index Rerum,

Iuramentum quotuplex apud interpretes. 229 1. an sit vllum veritatis. ibid.
An Iurari possit in litem pro numis sua die non solutis. 231.2. &seq.
In interdictis an iuretur in litem. 441.1 & seqq.
An in actione ex empto iuretur in litem 228.1.& seqq.
Iusiurandum Zenonianum quoduam sit & quando & sit locus 241.1.& seqq vt differat à cæteris. 243.5.6
Iusiurandum vt sit obligatorium quos comites habere debeat. 161.6
Itali pragmatici absolutionem à iureiurando contractui adhibito difficilius concedunt, quàm Galli. 168.8
An Iuretur in litem in actionibus de dolo, & quod metus causa. 239.1.& seqq.
Iusiurandum remitti potest ab eo in cuius gratiam præstitum est. 179.10
Iuramentum non valet quod certo & deliberato iudicio caret. 747.5
In omni Iureiurando intelligitur excepta voluntas & autoritas superioris. 430 5
Omne Iusiurandum habet tacitam conditionem, si in eodem statu res manebunt. ibid.2
Discrimen iuris ciuilis & Pontificij ratione Iuramenti. 799.2
Iusiurandum in quocunque actu interpositum sequitur naturam illius actus, cui adhibetur. 748 11
An Iuramentum appositum in posteriori testamento habeat vim reuocandi clausulam derogatoriam appositam in priori. 747.1.& seqq.
Quatenus verum sit illud, autoritas Iurisiurandi confirmat eas quoque conuentiones quæ alioqui non valerent. 990.6
Iuramentum quo quis sibi legem dicit, ne à priori voluntate recedere possit non esse obligatorium. 745.2
Iusiurandum quo quis sibi conatur vim testandi eripere non potest habere vim & effectum clausulæ derogatoriæ. 746.7
An Iureiurando confirmentur pacta de succedendo aut non succedendo. 800.1.& seqq.
Iuramentum patris filiof. donantis non tollit vinculum patriæ potestatis, aduersus interpretes 799.3
Contractus prohibitos Iusiurandum apud Gallos non validat. 449. 8
Iusiurandum per vim aut metum, siue dolo malo extortum non est obligatorium. p.748.n.7

Iustinianus.

Iustinianus fœminis semper plus æquo fauit. 412 34
Iustinianus malus Latinitatis auror. 23.10

L

Læsio.

LÆsio quantumuis immodica nihil commune habet cum causa doli, aliisque remediis dolus, aliis læsio vindicatur 12.5
Etiam cum supra dimidiam Læsio interuenit, contractus nihilominus valet, imò nequidem ex ea causa rescindendus est. ibid.8
Distinctio pragmaticorum inter enormem & enormissimam Læsionem. 88.5
Enormissima Læsione interueniente an relinquatur emptori electio supplendi iusti pretij, vel rei restituendæ accepto pretio. ibid.7.
Ex causa immodicæ Læsionis succurritur læso in diuisione. 89. 2. quanta læsio requiratur vt condiuisori succurratur ibid n.3.& seqq.
Enormissima Læsione interueniente iubetur emptor condictione ex lege & officio iudicis vel fundum restituere pretio recepto, vel quod iusto pretio deest supplere. 12 9
Si quando per testes Læsio immodica probanda sit, quid à testibus æstimandum sit, quid deinde à iudice. 116.8
Differentiæ pragmatic. inter enormem & enormissimam Læsionem. 11.1.& seqq.
Enormissima Læsio an reddat venditionem ipso iure nullam. 127.1 & seqq.
Ex enormissima Læsione an contractus nullitas emanet 88 10

Laudemium.

In adiudicandis Laudemiis ex pignorum venditione debitis cuius temporis ratio habeatur. 71.1.& seqq.
Cum pignus venditum intra semestre redimitur nulla venditionis Laudemia debentur, secus si potest semestre. 120.9
Facta venditione sub pacto de retrouendendo iam tum Laudemia debentur directo domino: secuta vero retrouenditione alia etiam debentur, nisi consuetudo loci obstet. ibid.
Facta retrouenditione apud Sebusianos nulla debentur Laudemia: & apud Sabaudos debentur dimidiata. ibid.11

Legare, Legatum, Legatarius.

Legatorum fructus & vsuræ vt debeabtur. 131. 6. & seqq.
Pactio quæ fit inter heredem & Legatarios de falcidia non deducenda est contra legem Falcidiam, si fiat viuo testatore, secus si mortuo. 247.11
Legatorum onera an pertineant ad fideicommissarium, an ad heredem. 243.1. & seq.
Legata Trebellianicam non minuunt. ibid.6
Legatorum onera an pertineant ad fideicommissarium an ad heredem. ibid.1.& seqq.
Verbum Legasit in l 21 tab. quid significet. 903.4
Nomina Legati, fideicommissi, & donationis causa mortis promiscuè nonnunquam accipiuntur. 424. 10
Legatum quid 445.14
Non sicut hereditas differt à rebus hereditariis, ita & Legatum à re legata. 1008.11
Quæstio de natura quam omnibus Legatis Iustinianus dedit. 103.2
Legari & prælegati differentia. 6347
Non est de substantia Legati vt eius dominium in legatarium transeat 953.12
Cùm testator aliquibus legare se dixit, inutile Legatum est, nisi expressum sit quid, & quantum legauerit. 1008. 10
Legata ad pias causas non sunt cæteris fauorabiliora, cùm destituuntur testatoris voluntate. 7097
Quot testibus debeant probari Legata extraneis relicta in testamento imperfecto inter liberos. 678 11
Quando Legatum censeatur ademptum per subsecutam alienationem. 952.2
Legata in priori testamento relicta valent, si posterius fuit inualidum. 737.16.
Inter Legatum & donationem conuenientiæ quædam differentiæ 9654
Legatorum nomine cauendum est, quæ in diem aut sub conditione relicta sunt. 193.14
Differentia inter Legatum vindicationis & legatum damnationis. 1015.4
Triplex actio pro legatis competit. 1002.8
Legatum quo priuatur tutor qui se à tutela excusauit remanet penes pupillum non quà pupillus est, sed quà heres. 441.23
Inter Legatum & hereditatem notabilis differentia. 1041.14
Legatariis condit onalibus cur caueatur. 527.7
An Legata in piam causam reuocata censeantur reuocata inutiliter testamento. 768.2
Inter Legata & donationes causa mortis differentiæ variæ. 998. 2. & seqq
In quibus differant Legata à donationibus causa mortis. 834. 18. & seqq
Inter Legata & donationes causa mortis differentia. 896.3
Inter Legata & donationes causa mortis differentia præcipua. 833.11
Discrimen inter Legata & mortis causa donationes. 928.22
Differentiæ inter Legatum & donationem causa mortis. 953. 10.& seqq.
Legati & mortis causa donationis differentiæ nonnullæ. 940.13
De differentia Legatorum & donationum causa mortis in interdicto, quod legatorum. 900.1.& seq.
Discrimen inter donationem causa mortis per traditionem factam & Legatum ratione reuocationis. 954.17
Quæ Legata donationibus mortis causa olim æquiparantur. 900.8
Discrimen inter Legatum & rem legatam. 10445
Etiam tacita voluntate legata reuocantur. 952.1
Discrimen inter Legata & testamenta ratione constitutionis & euersionis. 710.8
Conuenientia Legatorum per damnationem & fideicommissorum ratione iuris adcrescendi. 1030.4
In Legatis per damnationem cur olim ius Adcrescendi locum non haberet. 1029.12
In Legatis per damnationem iuri adcrescendi quando locus esset, quando item in legatis per vindicationem. ibid.9
An valeant Legata in eo testamento relicta quod per vim dolúmve alterius factum est, aut mutari prohibitum. 730. 1.& seqq.

Legata possunt hodie relinqui ab intestato. 998.2
In legatis cur necessarium fuerit interdictum quod Legatorum. 501.11
An ius adcrescendi transeat in emptorem Legati. p.1044.n.1.& seqq.
In Legatis per damnationem cur olim ius adcrescendi locum non haberet. 1019.12
Differentia inter Legata per vindicationem & legata per damnationem ratione iuris adcrescendi. 1033.1
Res aliena per vindicationem Legari non potest, & cur. 1032.9
Qui Legata capere possunt, mortis etiam causa capere possunt. 904.9
Ademptio in Legatis quomodo præcedat aut sequatur dationem 713.10
Differentia inter Legatum & hereditatem. 714.13.& 715.19. inter eadem conuenientia. ibid.14
Discrimina inter Legata per vindicationem & fideicommissa ratione iuris adcrescendi. 1030.1.3
Inter verbis tantùm coniunctos Legatarios locum non esse iuri adcrescendi, contra interpretes. 1011.4
In Legatis nunquam est locus iuri adcrescendi inter eos qui verbis tantùm coniuncti sunt,& cur 1003.6
Potest coheres cui per præceptionem aliquid relictum est, repudiata portione sua hereditaria Legatum petere, aut omisso legato partem hereditariam retinere. 547.4
Legatum conditionale ad heredem non transmittitur. 559.5
Inter Legatarios quibus ipse testator partes dedit nunquam est ius adcrescendi : semper verò est inter eos qui partes habent per concursum. 1021.11
Cum filius se abstinuit Legata quidem valent, non tamen dicuntur deberi 558.19
Discrimen inter Legatum conditionale,& conditionalem stipulationem. 559.5
TITIVS FVNDVM CORNELIANVM ACCIPIAT inutile olim erat Legatum 630. 9. imò & hodie quoque. ibid.10
Discrimen inter Legata & fideicommissa. 539.8
Legatarius conditionalis pendente conditione creditor nullatenus dici potest. 538.5
Discrimina inter Legatum per vindicationem, & legatum per damnationem. 1031.10
Differentia inter Legata per vindicationem,& legata per damnationem ratione iuris adcrescendi. 1033.1
Ex Legato nominis actio directa non potest competere legatario ex persona propria. 995.7
Legatarij nunquam possunt esse sine parte : at sine partibus esse possunt: & quomodo in eo differant ab heredibus. 1008.9
Inter Legatarios nullo modo coniunctos non potest habere locum ius adcrescendi. 1010.1
Inter Legatarios per damnationem cur olim ius adcrescendi locum non haberet. 1031.5

Legitima, Legitimus.

Legitima quid,& in quibus bonis debeatur. 510.18
Legitima debetur ex legibus, ob idque legitima dicitur 816.7
Legitima non est pars hereditatis, sed bonorum. 412.18
Quæ Legitima dicatur æs alienum. 474.17
Legitima descendentibus debita titulo institutionis non est necessariò relinquenda, dummodo ex aliqua hereditatis particula filius sit institutus, aut etiam exheredatus. 674.5
Quibus Iustiniani constitutionibus consulatur filio in Legitima onerato. 678.11
Legitima non potest repræsentari nisi post mortem. 442.17
Testamento non facto non est quod de legitima tractetur. 678.13
Quid iuris vbi minus legitima vni ex liberis parens reliquit. 677.2
Quid iuris si pater bona sua inter liberos testamento imperfecto ita diuiserit, vt vni minus legitima reliquerit. 678.6
Legitima siue legitimæ supplementum petitur sola actione ex testamento 412.17
Æquitas non patitur vt legitima filij facto vllo siue testatoris siue arbitri minuatur. 816.7
Actionis ad supplementum legitimæ proprium est vt testamentum conseruet 781.17
Nulla lex patrem cogit vt inuitus filio legitimam relinquat. 415.16
Legitima capitur per manus heredis, non verò propria autoritate occupatur. 528.12
Filius institutus ex asse non potest omissa hereditate legitimam solam petere aut retinere. 415.14
Actio quæ datur ad supplementum legitimæ cur dicatur actio ex testamento. 677.5
Non tenetur filius qui integram legitimam non habet stare iudicio defuncti. p.678.n.7
Quo remedio filio grauato in legitima tempore Constantini & Theodosij prospectum esset. ibid.9
Legitima cur falcidiæ nomine olim appellata. ibid.10
Renuntiatio legitimæ habet eam conditionem tacitam,si legitimæ deferetur 442.12 quem effectum habeat. ibid.14
Suo herede repudiante vtrum ad bonorum possessionem vnde liberi,& vnde legitimi,cæteri legitimi non admittuntur nisi vtcognati. 488.4.& 489.7
Legitimatorum nomen æquinocum esse. 659.4
An legitimatus per rescriptum Principis præferatur fideicommissario, cui rogatus quis sit restituere hereditatem si sine liberis naturalibus & legitimis decedat. 660.9
De Legitimæ & Trebellianicæ computatione dissertatio autoris. 142.1.& seqq.
In Legitima liberi non possunt grauari. 163.3
Cur velint interpretes Legitimam institutionis titulo relinquendam esse. 197.1
Differentiæ inter Legitimam quæ descendentibus & eam quæ ascendentibus debetur. 180.1.& seqq.
Exclusio filiæ à Legitima statutaria quotuplex. 194.10
Legitima fratrum an sit aucta. 195.7
Qua ratione prætextu æris alieni nondum bene explorati Legitimæ soluendæ mora non fiat. 204.8
Ius adcrescendi in Legitima an locum habeat. 195.6
Ex comparatione legitimæ successionis hereditariæ poni debet ratio legitimæ. 204.6
Supplementum legitimæ condictione ex testamento petitur, licet testamento non sit relictum. 179.9
Actio qua petitur Legitima aut legitimæ supplementum est triennalis. 171.7 & 171.12
Legitima aduersus quem peti queat. 139.11
Cùm nulla renuntiatio interuenit, sed tantùm confessio solutæ dotis pro omni Legitimæ iure, an aliqua Legitimæ petitio supersit mortuo saltem patre. 153.1.& seqq.
Filia quæ paternæ successioni & petitioni Legitimæ renuntiauit, an partem faciat in legitimæ computatione. 154.3. & seqq.
Debitum Legitimæ est incertum. 163.7
An mater quæ propter non petitum filio impuberi tutorem ab eius successione exclusa est, amittat Legitimam. 152.4.& seqq.
Casus quo filio eripitur successio, & Legitima tamen salua relinquitur. 151.11
Actio ad supplementum legitimæ cur ex testamento competere videatur. 185.2. actionem quinquennio non finiri. ibid.3
Fructus an augeant Legitimam. 145.1.& seqq.
Casus quo quæri potest an filiæ quæ dotem pro legitima accepit,liceat ex bonis postea quæsitis supplementum Legitimæ petere. 165.1.& seqq.
Pater non potest facere vt liberorum primi gradus Legitima non debeatur. 137.8
Legitima debetur iure naturæ:nec successionis pars est,sed bonorum. 150.2
An Legitima per statutum tolli in totum possit. 193.1.& seqq.
Si Legitimam integram testator in pecunia dederit, non licet Legitimario repudiare legatum & pro pecunia petere corpora. 192.5
Nulla interuiente renuntiatione sola dotis perceptio non excludit filiam, quominus mortuo patre Legitimam petere queat, ita tamen vt dotem cogatur imputare. 188.4. idem iuris esse, si interuenerit filiæ non iurata renuntiatio. ibid.5.quid iuris sit, vbi interuenit renuntiatio iurata. ibid.6
Quo casu cogatur filia accipere Legitimæ supplementum in pecunia numerata. 190.7
Licet filia sit capax dotis,non est tamen capax Legitimæ viuo patre. 163.10
Casus duplex quo dubitari potest an filia quæ accepit dotem congruam,supplementum Legitimæ patre mortuo ex bonis postea quæsitis petere possit. 162.8
Testamentum in quo instituitur filius in certa re aut quantitate pro Legitima non valet. 152.5
Legitima debetur ex officio pietatis non minus ascendentibus, quàm descendentibus. 181.8
Quante sit Legitima matris cùm eius filius duobus fratribus superstitibus honestum extraneum heredem instituit. 194.1.& seqq.
Legitimam filius viuo patre habere nequit & cur. 161.5
Legitima quid. 146.5
Legitima portio non est quæ non est certa. 149.7.differentia inter dotem & legitimam. 147.9

Index Rerum,

Legitima filio grauato non debetur à die mortis teſtatoris. p.140.n.19
Male agit qui pro Legitima petit partem hereditatis. 104.3
Legitima portio nullum onus admittit. 156.4
Abſurdum quod ſequitur Iuſtiniani conſtitutionem de augmento Legitimæ 142.3.& ſeqq.
Non tantùm liberorum, ſed cæterorum quoque legitima à Iuſtiniano aucta eſt. 143.6
Si talliabilis ſine liberis decedat ſuperſtite matre an huic debeatur Legitima. 152.1.& ſeqq.
Caſus quo filiæ, non etiam filio ſalua eſt Legitima, reliqua verò ſucceſſio ſitco adducitur. 153.12
An filia quæ paternæ ſucceſſioni generaliter renuntiauit poſſit nihilominus Legitimam petere. 150.1.& ſeqq.
Filio ex aſſe inſtituto nulla Legitima debetur. 139.6
Filia quæ paternæ ſucceſſioni generaliter renuntiauit, an nihilominus petere poſſit Legitimam. 150.1.& ſeqq.
An dos filiæ nubenti data à patre ſit loco Legitimæ. 146 1
An filia quæ patri renuntiauit ſi ab eo inſtituta ſit in aliquo pro legitima, poſſit petere ſupplementum Legitimæ. 179. 3 & ſeqq.
Caſus quo filio eripitur ſucceſſio, & Legitima tamen ſalua relinquitur. 151 11
An poſſit petere Legitimæ ſupplementum, is cui minus Legitima datum eſt cum onere nihil amplius petendi, quique relictum agnouit. 187 1. & ſeqq.
Supplementum in Legitima quando petendum. 188. 1., & ſeqq.
An Legitima relinquenda ſit titulo inſtitutionis. 181. 1. & ſeqq.
Legitima portio eſt quota bonorum non hereditatis. 204 1
Filius ex aſſe inſtitutus quì metu æris alieni hereditatem vult omittere retenta Legitima cur non ſit audiendus. 139 10
Viuo patre nulla debetur Legitima. 188.3
Legitimæ petitio nulla mora ſuſpendi poteſt. 179.3
Legitima neque diem neque conditionem recipit. ibid.2
An is cui aliquid pro Legitima relictum eſt, ſiue in pecunia ſiue in certis bonorum corporibus cogatur iudicium teſtatoris agnoſcere, an contrà poſſit eo repudiato, legitimam petere & obtinere in bonorum corporibus. 192.1.& ſeqq.
Legitima in corporibus bonorum hodie danda eſt. 192. 7. 2a & olim. ibid.
Si certa pecuniæ quantitas in diem certum ſoluenda teſtamento data ſit pro Legitima an ante illum diem peti poſſit. 190.1
Supplementum Legitimæ cur detur in corporibus bonorum. 193.8

Lex.

Lex nihil vnquam facit niſi ex neceſſitate. 410.12
Lex nihil facit fruſtra. 534.29
Lex nihil facit ſub conditione. 603.8
Lex nihil vnquam agit ſub conditione. 704.16
Lex naturam imitatur, & naturæ imago quædam eſt 410.8
Lex nulla ſit verbis indicatiuis, ſed ſemper imperatiuis. 617 16
Lex cùm fingit, falſa quidem fingit, ſed tamen poſſibilia. 912.8
A ratione iuris debet incipere quiſquis veram legum ſententiam aſſequi vult. 718.18
Lex cur non poſſit heredem facere ad tempus, neque ex tempore quo alius fuerit heres. 410 14.& ſeqq.
Lex eſt modus transferendi iure Quiritium dominij. 819.9
Lex eſt quæ heredem & hereditatem facit. 410.13
Lex negatiuè concepta nihil noui & affirmatiui conſtituere poteſt. 432.15
Legis Ælix Sentiæ ſanctio non potuit ea lex efficere vt qui ſemel fuit heres deſinuerat eſſe heres. ibid.
Lex commiſſoria in venditionibus iam olim odioſa cur fuerit. 278.1.& ſeqq. & cur in pignoribus fauorabilis habita ſit. 279. 3. quæ lex commiſſoria abrogata ſit. ibid.4
An valeat lex commiſſoria in pignoribus ſi per tranſactionem facta proponatur. ibid.1.&ſeq.
An valeat pactum Legis commiſſoriæ in pignore factum in certij vtilitatem. 277 1 & ſeqq.
Leges iuris veteris correctoriæ non facilè extra ſuos fines ſunt trahendæ ne quidem ex identitate rationis. 100 4
Lex commiſſoria quid. 271. 1. in venditionibus olim vt adhiberetur. ibid.n.2, item in pignoribus. ibid 4
Pactum inutatum Legis commiſſoriæ in pignoribus vt valeat. 281.4
An valeat Lex commiſſoria in pignore ex interuallo adiecta. 273 1.& ſeqq.
Lex commiſſoria in pignoribus eſt fauorabilis debitori, damnoſa creditori. 278.4

Liberi.

In lege ſiue hominis voluntate interpretanda, cùm quæritur quinam liberorum appellatione contineantur, quid inſpiciendum. p.660 n.8
Naturalium Liberorum nomen eſt æquiuocum. 657 8
Parentum commune & naturale, votum eſt, vt liberis ſuis omnia parent. 580 18
Liberi remotiorum graduum quando præferantur aut non præferantur agnatis. 452.10
An liberi poſiti in conditione, ſint etiam in diſpoſitione. 379.1
Liberi in conditione poſiti, neque ex fideicommiſſo, neque alio vllo quàm hereditario iure ſuccedere poſſent in iis bonis quæ, ſi nulli fuiſſent ſuperſtites, ad ſubſtitutum peruenirent. 387 13
Liberi poſiti in conditione etiam ſub nomine & qualitate maſculorum non cenſentur vocati. 456.17
Qui liberos in conditione poſitos, in diſpoſitione quoque poni autumant, duplex fideicommiſſum conſtituunt, vnum tacitum, alterum expreſſum. 393.9
Si liberi poſiti in conditione ſint in diſpoſitione pater non poterit diſponere de bonis relictis in præiudicium liberorum. 392.3
Liberi qui ſunt in poteſtate non poſſunt ſub alia conditione inſtitui quàm poteſtatiua. 420.5
Liberorum ius ſingulare non eſt expreſſim eos inſtitui neceſſe ſit, aduerſus interpretes. 677.16
Diuidendæ inter liberos hereditatis arbitrium parentibus quatenus conceſſum. 677 8
Vxoris & liberorum quando par & æqualis conditio ſtatuatur. 661.7
Naturales liberi quatenus ſuccedunt ab inteſtato. 658.18
Liberis ex contractu per patrem acquiri non poteſt. 616.6
Quale ſit ius illud ſingulare quod in fauorem liberorum primi gradus introduxit Zeno inl. 6. C. ad Trebell. 115.8
Priuilegium Liberorum primi gradus 156.2.& ſeqq.
Liberi de reſtituenda hereditate rogati duas quartas hodie detrahunt. 153.2 an rectè ibid & ſeqq
Eandem vtrique parenti reuerentiam Liberi debent. 169 14
Pater non poteſt facere vt Liberis primi gradus Legitima non debeatur. 137.8

Liberalitas.

Liberalitas nolenti acquiri non poteſt. 391 16
Liberalitas nolenti non acquiritur. 965.3

Libertas.

Nullus eſt fauor Libertatis relictæ in teſtamento imperfecto. 662 8
Teſtator non poteſt dare libertatem ad tempus. 418.16
Libertatem ad tempus teſtator dare non poteſt. 497.2
Libertates directæ competunt ipſo iure: at fideicommiſſariæ indigent prætoris auxilio. 558.12

Libertus.

Adſignare libertum quid ſit. 892.18

Linea.

Linea nunquam incipit ab ea perſona cuius linea eſſe dicitur. 460.13
Lineæ maſculinæ & fœmininæ diſcrimen. ibid.15

Linum.

Lino quo ligatæ ſunt tabulæ à teſtatore inciſo, ex iis adiri non poteſt hereditas, aut bonorum poſſeſſio peti. 760.7

Litera.

Literæ moratoriæ, quas vulgo reſpirationis appellant, quæ de cauſa concedi ſoleant. 347.1. aut ſunt vnius anni, aut quinquennij. ibid.2. vnde probentur ab interpretibus. ibid.3

Lis, Litigioſus.

Per litis conteſtationem quaſi contrahitur. 130.8
An vitium Litigioſi contrahatur ob moram litem ex pacto de retrouendendo. 315.1.& ſeq.
Litigioſi vitium facit vt res ſit inalienabilis, quæ alioquin alienari poſſet. ibid.1.& ſeqq.
Quæ lis ſiue quæſtio Litigioſam rem faciat. ibid.4
Actiones Litigioſæ nec vendi, nec exerci poſſunt. 50.11. poſſunt vendi per vniuerſalem venditionem. ibid.13

Locator

& Verborum.

Locator, Locatio.

An Locator ante finitum locationis tempus possit expellere conductorem p.332. n.1.& seqq.
Eadem re pluribus separatim locata, cuius conductoris potior causa esse debeat. 335.1.& seqq.
Locatio prædij siue vrbani siue rustici non rescinditur ex causa immodicæ læsionis. 110. 18
Res locata quæ fuit obligata conductori,an retineri possit ab eo. 331. 1.& seqq.
Locationi à marito factæ an mulier soluto matrimonio stare teneatur. 326.1 & seqq.330 7
An Dominus stare teneatur Locationi rei quæ ad ipsum rediit factæ per vasallum aut emphyteutam. 328.1. & seqq.
Proprietarius non tenetur stare Locationi à fructuario initæ. 329.8.
An prælatus stare teneatur Locationi per decessorem initæ.330 1. & seqq.
Differentia inter Locationem & venditionem. 338.24
An Locatio dissoluatur venditione fructuum rei locatæ. 69. 1 & seqq.
Per antichresin contracta Locatio vt ab aliis differat. 110. 14
An post factam retrouenditionem teneatur venditor stare Locationi ,factæ per eum qui emerat sub pacto de retrouendendo. 325.1.& seq.
Locationi à marito factæ an mulier soluto matrimonio stare teneatur. 326.1. & seqq & 330.4
Locationis ius singulare. 332.7
An Locatori læso succurratur ex l.2. C. de resc. vendit. 110. 2 & seqq.
In quibus Locationibus mercedis remissio indulgeatur. 110 13
In Locatione quid respiciatur vt iusta merces seu pensio constitui queat. 100.5. differentia inter prædij rustici & vrbani locationem. 101. 15

Locuples.

Locupletior non censetur qui scientiam acquisiit. 805 13
Qui heres institutus est non idcirco factus censetur locupletior priùs quàm hereditatem adierit. 398 31

M.

Maior.

AN Maiori detur in integrum restitutio aduersus tertium possessorem ex causa immodicæ læsionis. 76.1. & seqq.

Mancipatio.

Mancipatio plus est quàm traditio. 272.19

Mandatum.

Mandatum ad pias causas an sit renocabile. 393. 4

Mantica.

Mantica refellitur. 381.6.& seqq.

Maritus.

Maritus est dominus bonitarius dotis. 403 35

Masculus.

Masculi sunt fœminis fauorabiliores : & cur. 412.34
Masculi ex fœminis descendentes ad feudum regulariter non admittuntur. 465.12.& 14
Masculi positi in conditione & dispositione statuti succedunt ex priuilegio statuti.463. 15 positi verò tantùm in conditione statuti succedunt ex iure communi. ibid.16
Masculorum conditio cur melior fœminarum conditione. 454. 2.

Mater.

Mater est principium cognationis. 437. 6
Matres vt sunt deterioris conditionis , quàm patris, vtque melioris. 800.7
Mater defuncti omnes fratres consanguineos & vterinos excludit. 440.2
Ius succedendi Matri competens quàm multiplex. 427.7
Mater præterita habetur pro exheredata éstque hodie nominatim exheredanda. 196 16
Mater quæ ad secundas conuolauit nuptias vni ex liberis postea defuncto vt succedat tum antiquo, tum Iustinianeo iure. 178. 10
Apud Gallos & Augustanos Matres vt succedant liberis. 194.7

Matrimonium.

Matrimoniorum fauor quantus apud Gallos. p.450 n.9
Matrimonium vbi contractum est nullas in Gallia recipit pactiones legibus prohibitas ibid.11

Mendacium.

Sua Mendacio in plerisque causis pœna est constituta. 3.24

Merx.

Merx vt differat à specie. 216.7 & seqq.

Militia, miles.

Militia vt conferri debeat. 811.4. & seqq.
Miles decedere potest cum duobus pluribúsve testamentis 411. 36. miles qui instituit heredem ad tempus & alium ex tempore videtur decessisse cum duobus testamentis. ibid 37
Præterirlo quælibet Militis habetur pro exheredatione. 471.16
Milites habere possunt heredem ex tempore & ad tempus 411 23. si minùs testari sint. ibid at ab intestato vnum heredem habere ad tempus , alium ex tempore non possunt. 412. n.24.
Militis qui partim testatus,partim intestatus decedit quotuplex & qualis sit hereditas. 4 4-7

Minor.

An Minor possit mortis causa donare sine curatoris autoritate. 960. 1. & seqq.
Si res non sit amplius integra restitutio non datur Minori ad hereditatem quam semel repudiauit postmodum adeundam. 411. 24.
An Minor qui repudiarat fiat heres si restitutus fuerit postquam vulgaris substitutus adiit. 411. 20
Minori curatorem non habenti rectè soluitur. 132.11
Minor in integrum aduersus emptorem facilius restituitur quàm maior. 84.12
Minor seipsum obligare potest siue curatorem habeat, siue non habeat. 132.11
In Minorum restitutione an possit cumulatio fieri rescindentis & rescissorij. 75.12
Restitutio Minorum quatenus sit plenior & fauorabilior restitutione maiorum. 86.2
Restitutio Minori non aliter competit quàm si & minor ætas & læsio aliqua probetur. ibid 1
Minori curatorem habenti difficiliùs permittitur vt contrahat sine curatore,quàm si nullum haberet. 71.1.potest tamen sine curatore stipulanti promittere, & à promittente stipulari. ibid. 2. prohibita minori alienatione prohibita quoque censetur obligatio qua ad alienationem peruenitri potest. ibid 3.
An Minori concedenda sit in integrum restitutio aduersus lapsum temporis ad redimendum parenti defuncto dati. 353 1. & seqq.
Cur Minoribus læsis in diuisione succurratur auxilio restitutionis in integrum. 83 10
Auxilium restitutionis Minoribus competens non potest concurrere cum ea actione quæ maioribus datur ex causa immodicæ læsionis. 87.1
An sit recta comparatio Minoris curatorem habentis & prodigi , cui bonis interdictum est. 72. 4. item minoris & pupilli. 71. 5.
Minoribus aduersus diuisionem non nisi causa cognita detur restitutio. 91. 26
Si dolus in venditione interuenerit , potest Minor etiam citra restitutionem se defendere. 84. 23
De alienatione rerum Minoris quæ fit sine decreto. 353.25

Monachus.

An hereditas delata Monacho sine eius facto acquiratur monasterio. 395.2
Monachus non habet velle aut nolle , non rerum dominium, aut administrationem , nec sibi sed monasterio acquirit 396. 6.
Monasterium Canonistæ volunt esse loco filij ad excludendum substitutum. 458.9
Monachus rectè compararur seruo quantum ad causam acquisitionis. 397.24
Monachus ratione acquisitionis non alij filiofam. comparari potest quàm ei qui patris contemplatione institutus est. ibid 21.
Monachus est omninò incapax acquisitionis. ibid.17.19. & 20. nihil proprium habere potest. ibid.
Monachus an sit potiùs æquiparandus filiofam. quàm seruo. 397 17 & seqq.
Monachus quam voluntatem habeat. 396.8. & 397. 9
Monachus sine additione hereditatem monasterio acquirere non

Digitized by Google

Index Rerum,

poteſt 397. 14. non poteſt adire hereditatem ſine autoritate ſuperioris. ibid n 11.
An Monachus ſuam voluntatem in monaſterium tranſtuliſſe cenſeatur. 398.27
Monachalis ſubiectio eſt filialis potiùs quàm ſeruilis. 397.17
Monachus quandiu adire poſſit. 399 37

Mora.

Mora quando contrahi intelligatur. 742 7
Moræ effectus. 212.7
Mora nulla intelligitur vbi nulla eſt petitio. ibid 10
Moræ effectus in iudiciis ſtrictis. 217.4
Moræ extraiudiciales in ſtrictis iudiciis ratio quatenus habeatur. 210. 7
Intereſt inter moram per interpellationem extraiudicialem contractam, & eam quæ per lapſum diei poſiti in obligatione contrahitur. 208.5 & 210.6
Moræ proprium eſt vt perpetuet obligationem 295. 3
An Mora noceat debitori apud quem ſpecies debita periit, quæ penes creditorem æquè fuerat peritura 244. 1. & ſeqq.
Mora emptoris qui retrouendere recuſauit quomodo puniatur. 296 10.

Mores.

Mores vel ſunt naturales vel ciuiles. 745.3

Mulier.

In quibuſdam locis Mulieres non poſſunt vllum iuſte contractum abſque conſenſu duorum propinquorum. 963. 1. an poſſint donare cauſa mortis ſine eadem ſolemnitate. ibid.
Ex Iuſtiniani Conſtitutionibus creditoribus anterioribus etiam expreſſam hypothecam habentibus Mulier præfertur. 8. 11
Mulier Pandectarum iure nullum pro dote priuilegium habebat niſi inter chirographarios creditores. 65. 1. at hodie habet duplex priuilegium tacitæ hypothecæ & prælationis. ibid. 7.
Caſus quo ex iure communi mulier præferenda eſt anterioribus creditoribus expreſſam hypothecam habentibus. ibid. 5.
Mulier dotem repetens excuſſa ſpeciali hypotheca poteſt ad generalem regredi. ibid. 11

Mutuo.

Mutuo cur non poſſit donare cauſa mortis. 846.13

Mutuum.

Mutuum eſt contractus ſtricti iuris. 5.11

N.

Naturales liberi.

Naturales liberi quatenus ſucceſſunt ab inteſtato. 658.11
Naturalium liberorum nomen eſt æquiuocum. 657.11

Negatio.

Affirmationis & Negationis differentia. 435 14

Negotij geſtio.

Negotij geſtio non inducit vllum ius in rem, ſed tantùm in perſonam. 404.10

Nepos.

An renuntiatio filiæ noceat Nepoti. 449.1
Nepos ex filia non illico ſuccedit ex propria perſona, vbi mater per mortem aut repudiationem, aut ingratitudinem excluſa eſt. 469.3
Etiam Nepos quem filius emancipatus ex ignominioſa vxore ſuſcepit citra voluntatem patris ad bonor. poſſeſſ. aui admittitur. 478.7
Nepoti ex filio qui teſtatori eidémque patri ſuo ſuperſtes fuit, querela inofficioſi non competit. 474 10
Statutum fœminarum excluſorium non obſtat Nepoti cuius mater obiit auo ſuperſtite. 466.12
Excluſa propter filios maſculos filia fœmina non idcirco excluſus cenſetur Nepos ex filia. 465.15
Nepos emancipatus heres eſſe patris ſui non poteſt niſi ab eo inſtituatur. 486.5
Iure ciuili Nepos non admittitur ad hereditatem aui, ſi recuſet hereditatem patris. 482.9. ſecùs iure prætorio. ibid.10
Filio omnem bonor. poſſeſſionem repudiante an admittatur Nepos. 489.8
Iure ciuili ſuperſtes filius in ſucceſſione aui obſtat Nepoti. 481. 5.
An aliquo caſu Nepos emancipatus ex filio ſuperſtite admitti poſſit ad ſucceſſionem aui per bon-poſſeſſ. vnde liberi etiamſi non ſit heres patris pag 486 num 12.
Ex iure communi Nepos ex filio aut filia concurrit cum patruis & auunculis in aui ſui ſucceſſione 466.23
Nepos non tam perſonam matris quàm gradum repræſentat. 450.16
Nepotem ex filia excluſa duobus caſibus excludi perperam autumat Baldus. 466.24
Nepos ex filia an contineatur in conditione ſubſtitutionis, ſi ſine liberis maſculis heres deceſſerit. 454.4
Num conditio ita concepta ſi ſine filiis ex ſuo corpore natis excludat Nepotem ex filio, aut filia. 457.2
An renuntiatio filiæ obſtet Nepoti ne ſuccedat auiæ. 451.18
Nepoti ex filia quæ renuntiauit an agnati aui materni præponantur. 451.7
Nepoti nocet ingratitudo filiæ ſi illa auo ſuperuixerit 470.6
Fruſtra quæritur an Nepoti ex filia noceat matris renuntiatio. 451. 30.
Nepos ex filia renuntiante omnis iuris ciuilis prætorij & auxilio deſtituitur, quo poſſit cum agnatis aui ſuccedere matre ſuperexiſtente. 453.15
Nepos ex filia renuntiante an ſuccedat auo materno cum nepotibus ex aliis filiabus. ibid.20
Appellatione filiorum per iuſtam interpretationem continentur Nepotes: ex proprietate verò ſermonis continentur, ſi liberos dixeris. 459 7
Nepos ex filia regulariter non ſuccedit in feudo. 471.14 & cur ibid.
De patris delicto in cauſa Neporis quando quæratur. 474 25
Nepos non poteſt ſuccedere ex propria perſona cum auunculo quin primum teneat locum. 470.4
Nepos quem pater anteuerterit cur non poſſit ex iure ciuili admitti tanquam agnatus. 493 15.& 17
Caſus quo filius non obſtat Nepoti quamuis emancipato, ne admittatur ad ſucceſſionem. 486.13
Omni caſu filius in poteſtate retentus & ſuperſtes mortis tempore aui inteſtati nocet Nepoti. ibid.14
Nepos emancipatus nec ſuus eſt, nec agnatus. 489. 9
Quo iure admittatur Nepos emancipatus ad bon. poſſ. aui patre repudiante ibid 10
Nepos ex filio ſuperſtite qui querelam propoſuit, ſuccumbit, ſi pater eius probetur ingratus. 474.26
Nepoti ex filio in poteſtate ſuperſtite nunquam defertur bon. poſſeſſio vnde liberi. 489.11
Nepotem ex vxore ignominioſa à filio ſuſceptum auus exheredare olim potuit, hodie non poteſt. 480.17
Nepos ex filio ſuperſtite licet exheredatus nullo caſu habet querelam ex propria perſona. 475. 36. & 40
Nepotem ex filia quæ renuntiauit non admitti ex edicti ſucceſſorij poteſtate 451.1. non ſuccedere cum matris fratribus. ibid. 2.
Nepos poteſt cenſeri maſculus etiamſi fungatur loco matris aduerſus Bald. 465.9
Nepos ex filia renuntiante non poteſt admitti cum aliis nepotibus aui materni. pag. 452. num 5. non poteſt admitti tanquam vnus ex deſcendentibus aui materni, aut agnatis. ibid. num. 4.
Nepos ex filio ſuperſtite ad bona aui non admittitur, ſiue filius fuerit inſtitutus, ſiue fuerit exheredatus. 480.32
Etiam cùm filius ſe abſtinuit, obſtat Nepoti ne poſſit petere bonor. poſſ. vnde liberi. 487.18
Nepos ex filio emancipato iure ciuili ſuccedit auo in cuius poteſtate retentus eſt: prætorio verò cum patre emancipato admittitur. ibid. 19
Nepos emancipatus vt ſuccedat auo inteſtato indiget prætoris auxilio. ibid. 10
Nepos ex filio ſuperſtite etiam hodie impunè præteriri poteſt. 475. 29. & 31. cùm eſt præteritus non habet querelam ex propria perſona tanquam exheredatus. ibid. 30
Non eſt abſurdum vt plus iuris habeat Nepos ex filia, quàm ipſa filia. 455. 8
An nomen filij ex proprietate ſermonis Nepoti conueniat 461 1. & ſeqq.
Nepos ex filia maſculorum appellatione quando veniat. 459. 1.
An Nepos innocens in quantum natus ex ignominioſa filij vxore poſſit ab auo exheredari. 478. 13. & 479. 17
Quatenus vtilis quæſtio, an Nepos ex filia ſit poſitus in conditione ſubſtitutionis. 456 20
Nomen debitoris pignori dari poteſt. 62. 1
Errare in Nomine quando periculoſum. 263.6

Notarius.

Notariorum inutilis diligentia. 51.7

Quæuis

Quæuis fermè Notariorum ſtipulatio heredum perſonas ex vtraque parte comprehendit. p.974.n 6
Notarius generali conſuetudine poteſt cuilibet etiam ſine mandato ſtipulari. pag.967. num.1. vnde iſtiuſmodi manarit conſuetudo. ibid.num.1
Ex Notarij ſtipulatione cui abſenti quæratur actio ſecundum generalem gentium conſuetudinem. 620.6
Inter Notarios & ſeruos publicos differentiæ. 968.15
Non adhibito Notario in teſtamento non deficit voluntas, aut iuris ſolemnitas, ſed probationis ſpecies, quam notarij interuentus attuliſſet. 968.15
Ex Notarij ſtipulatione abſentis donatarij nomine interpoſita, quænam actio donatario competat. 467.4.& ſeqq.
Notarij interuentus non eſt de teſtamentorum ſolemnitate, 695.6.
Notariorum vſus in Rep. quis eſſe deberet. 970.7
Quales cenſeantur Notarij ex veterum gloſſatorum errore. 967. 3.
Notarij cur adhibeantur ad inſtrumenta ſcribenda. 695.7

Nuptiæ.

Contractus Nuptiarum publicam magis quàm priuatam cauſam habere exiſtimatur. 478 6
Non valent Nuptiæ, quas ſine patris voluntate filius qui eſt in patris voluntate contrahit. ibid 4
Iniuſtarum Nuptiarum proprium eſt. ibid. 5 & 479.23

O.

Oblatio,

PEr nudam Oblationem factam à venditione ſub pacto de retrouendendo emptor in mora conſtituitur. 195.1
Nudæ Oblationis quæ ſit vis. 293.1.& ſeeq.

Obligatus, obligatio.

Obligatis generaliter bonis omnibus etiam futura comprehenduntur. a.12 ex Iuſtiniani conſtitutione. ibid. & qua motus ratione fuerit Imperator. ibid.
Obligatio chirographaria an vires habeat vllas priuſquam agnitum aut denegatum ſit chirographum. 6.3
Quod ad ius obligationis attinet nihil intereſt vtrum quis per publicam notarij manum ſe obliget an per priuatam. pag.5. num.7.
Valet iure ciuili Obligatio omnium bonorum debitoris & præſentium & futurorum. 49.1
Re contrahi Obligatio vltra quam reuera datum & numeratum ſit non poteſt. 5.11
Obligatis indiſtinctè omnibus bonis etiam futura obligata intelliguntur. 49.2
An Obligata ſint creditori bona debitoris etiamſi de pignore non conuenerit. 2.1. & ſeqq.
Ius poteſtatis patriæ inter patrem & liberos nullam obligationem ciuilem contrahi patitur. 770.8
Omnes Obligationes quæ vel ex contractu, vel quaſi contractu naſcuntur ad heredem tranſeunt. 552.9
Natura rei non patitur vt inter patrem & filium Obligatio ciuilis contrahatur. 800.4
Ex cauſa mutui inter filiumfam. & patrem quando naſcatur naturalis obligatio. 805.7
Impoſſibilium nulla eſt Obligatio. 800.5
Obligatio non poteſt diſſolui ſola voluntate eius qui eſt obligatus. 966 6
Sola Obligatio naturalis ſufficit ad impediendam conditionem ſoluti. 970.5

Obſignatio.

Nudæ Oblationis & Obſignationis quæ ſit vis. pag.293. n.1 & ſeqq.
Obſignationis rectè factæ eadem eſt vis quæ futura eſſet veræ ſolutionis. 190. 1. quæ ſit eius poteſtas, cum venditor ſub pacto de retrouendendo pretij reſtitutionem offert. ibid.n.2 & ſeqq.

Officium iudicis.

Officio iudicis locus non eſt eo caſu, quo exceptio aliqua locum habet. 408.18
Diſtinctio Officij iudicis in nobile & mercenarium ab interpretibus conficta. ibid. 14
Cur alicui per iudicis Officium faciliùs ſuccurritur, quàm per actionis inductionem. 404.7
Officium iudicis circa quid verſetur, & in quibus iudiciis locum habeat. 409. 19
Vbi nulla eſt actio. Ex Officio iudicis nullus eſt locus. 408. 13

Oldraldus.

Oldraldus vir magnus. p.387.n.10

Opera.

Operæ etiam non promiſſæ à liberto debentur patrono & eius libertis. 618.24

Oppignoratio.

Oppignoratio quando non impediat quominus donatio perficiatur. 953. 6
An valeat Oppignoratio rei quæ poſtmodum redit ad venditorem ex cauſſa petitæ propter immodicam læſionem reſtitutionis. 308.1.& ſeqq.

Ordo.

Ordo neceſſitatis apud Bart quis. 612.5
Ordo adfectionis apud eundem. ibid.6

Orphitianum SCtum.

Orphitiani SCti verbis reſtitutum eſt agnatis matris antiquum ius vt poſſent ſuccedere. 445. 16

P.

Pactum, pactio, paciſci.

MAtrimonium vbi contractum eſt, nullas in Gallia recipit Pactiones legibus prohibitas. 450.18
Ex Pacto nudo non datur actio. 895.8
Pactum patris qui paciſcitur ne à ſe filióque ſuo petatur, ſoli patri prodeſt. 617.12
Pactum vt differat à ſtipulatione. 967.8
Nudum pactum dicendum non eſt ex quo datur actio. 897. 8
Pacta de ſuccedendo aut non ſuccedendo an confirmentur iureiurando. 800 1. & ſeqq.
Pacta legitima quæ. 856.9. pactum legitimum quo ſenſu nudum dici queat. 897 10
Vt per pactum poſſet vnus fieri heres ad tempus, alius autem ex tempore nihil erat neceſſe induci, neque poſſibile. 417. 10.
In quibus caſibus velint interpretes ex Pacto inter alios inito fauore abſentis acquiri ius irreuocabile abſenti. 989.1
Hereditas per Pactum dari non poteſt. 998.1.& cur 999.5
Pacti & pollicitationis differentiæ. 931. 15
Pacti & pollicitationis differentia. 967.7
Nulla conſuetudine receptum eſt, vt per Pacta poſſint dari hereditates ex tempore aut ad tempus. 417.8
Valet argumentum a ſtatuto ad Pactum negatiuè, non affirmatiuè, a pacto autem ad ſtatutum affirmatiuè, non negatiuè. ibid. 6.
Alij Paciſci nemo poteſt. 615.15
Pacta de ſuccedendo aut non ſuccedendo quatenus hodie conſuetudine recepta ſint. 417.7
Per Pactum quando detur hereditas, ex ſententia pragmaticorum. 416.1
Extra dotales tabulas apud Gallos hereditas Pacto non datur. 1450.11.
Pacto non poteſt acquiri actio in rem. 621.17
Pactum poteſt fieri inter abſentes. 891.13
Pactum quid. ibid 12
Nulla conſuetudine receptum eſt, vt per pacta poſſint dari hereditates ex tempore aut ad tempus. 417. 8
Pactorum & ſtatutorum diſcrimen. ibid.4
Quæuis Pactio de ſuccedendo aut non ſuccedendo etiamſi facultatem teſtandi in totum tollat, in contractu matrimonij facta apud Gallos valida eſt. 450.9
Pactum quo renuntiatur hereditati nihil eſt quod confirmet præter iuriſiurandi religionem. 419.9
Per Pactum fieri poſſe vt hereditas vni ad tempus detur, alteri verò ex tempore pragmaticorum eſt ſententia. 416.2
Conſuetudinis de hereditatibus ex Pacto deferendis inducendæ neceſſitas. 417.9
Pacta in continenti poſt ſtipulationem facta ei creduntur ineſſe 5.11
Vt intelligendum illud, Pactum fieri contra legem. 148 2
Pactum dotale quo pater iuratus promittit ſe filium aut filiam ex æqua parte heredem habiturum iure ciuili non valet. 174 1. an valeat iure Pontificio, ibid. n.2
Variæ rationes cur Pactum de ſuccedendo aut non ſuccedendo non valeat 148 1.& ſeq.
Etiam ex nudo Pacto frumenti & hordei mutuò dati acceſſiones debentur, & cur. 101.12
Pactum de ſuccedendo iure Iuſtinianæo quando valeat. 147. 8.

Digitized by Google

Index Rerum,

Differentia inter Pactum de ſuccedendo, & pactum de non ſuccedendo. p.149.n.8
Pactum reciprocum de ſuccedendo inter commilitones valet. 175.7.
An Pactio valeat, ſi conuenerit, vt pignus in antichreſin datum diſtrahi nunquam poſſit. 112.1.& ſeqq.
Pactum de retrouendendo eſt pars pretij. 115.1. quota ſit pars pretij. ibid.n.2 & ſeqq.
Pactio quæ ſit inter heredem & legatarios de falcidia non deducenda eſt contra legem falcidiam, ſi fiat viuo teſtatore, ſecus ſi mortuo. 149.11
Pacta omnia nuda eſſe perperam ſtatuit Cuiacius. 5.10
Quæcumque Pactiones in traditionibus rerum apponuntur, eas ſeruari oportet. 114.6
Pactiones de futura viuentis ſucceſſione iure ciuili non valent, ſiue de ſuccedendo ſint, ſiue de non ſuccedendo. 547.1

Paganus.

An Paganus poſſit cum duobus teſtamentis decedere. 751.13
Etiam Paganus peculium caſtrenſe habere poteſt. 854.5

Papinianus.

Papiniani autoritas quanta. 665.7

Lex Papia.

Lex Papia nihil habet commune cum ſucceſſione inteſtati. 648.12.

Parens.

Diuidendæ inter liberos hereditatis arbitrium Parentibus quatenus conceſſum. 677.1
Parentum commune & naturale votum eſt, vt liberis ſuis omnia parent. 380.18

Pars.

Quæ partes per concurſum fieri dicantur. 1022.1. qui partes ab initio habeant, qui verò per concurſum. ibid.2
Qui faciant Partem in ſucceſſione inteſtati. 442.18

Pater.

Filius Patri ex Iuſtiniani conſtit. nihil acquirit extra cauſam peculij profectitij, niſi quod ad vſumfruct. 394.21
Pater iure veteri non poterat ſine filio hereditatem filio delatam ſibi acquirere. 398.25
Cur filio recuſante adire hereditatem contemplatione patris ſibi delatam, Patri non liceat adire. ibid.25.26
Patris appellatione auus non propriè ſignificatur. 462.5
Quomodo ad officium Patris pertineat vt pro filio nutrii donet. 802.4.
Pater ex Iuſtiniani conſtitutione infantis ſui nomine delatam hereditatem adire poteſt. 368

Paterfam.

Patrisfam. inteſtati voluntas tacita quomodo ſubſequatur legis voluntatem: teſtatoris verò voluntatem ſequatur legis voluntas. 420.7

Patronus.

Liberi Patroni non habent ius Patronatus viuo patre. 618.25. 27 patroni liberi vnde habeant ius patronatus. ibid n 26

Peculium.

Iuſtinianus nihil innouauit quod attinet Peculium caſtrenſe, quaſi caſtrenſe, & profectitium, ſed tantùm quod ad peculium aduentitium. 807.8
Etiam paganus Peculium caſtrenſe habere poteſt. 814.2
Peculium eſt nomen iuris. 856.11
In Peculio profectitio quænam eſſe cenſeantur. 397.23
Cuius hereditas aliqua eſt, eius Peculium aliquod eſſe impoſſibile eſt. 854.2
Peculium caſtrenſe non confertur. 829.9. pleno iure eſt filij. ibid. qui in eo habetur pro patre fam. ibid.
Quod Peculij profectitij eſt an ſit conferendum vt vult Bart. 813.1.& ſeqq.
Quaſi caſtrenſe Peculium eo vnum eſt qui milites neque ſunt, neque vnquam fuerunt. 85.6
Peculium profectitium licet ſit filij, magis tamen eſt patris. 840.1.
Rem profectitij peculij filiusfam. donare non poteſt. ibid.2. exceptio. ibid.
Non eſt periurus qui reuocat teſtamentum iuratum contra Ioann Andr. 746.14
Cur filiusfam. donare rem Peculij profectitij neceſſarius ſit conſenſus patris. p.848.n.16
In iis quæ ad profectitium peculium pertinent nihil innouatum eſt à Iuſtiniano. 397.22.& 398.25

Pecunia.

Pecunia chirographaria quæ dicatur. 15.4
Gratuita Pecunia quot modis dicatur. 109.6
Non omnis Pecunia eſt vſuraria, quæ non eſt gratuita. 115.11
Fœnebris Pecuniæ vſuræ non debentur niſi ex ſtipulatione. 101.17.
Pecunia perit confuſione. 18.9
Pecuniæ fœnebris vſuræ non niſi ex ſtipulatione debentur & peti poſſunt. 4.3
Pecunia ſui natura res ſterilis eſt. ibid.

Pegaſianum Senatuſconſultum.

SCtum Pegaſianum quo olim cogebantur heredes adire fideicommiſſario poſtulante, à Iuſtiniano penitus ſublatum eſt. 614.6.
Differentia inter coactionem quæ fiebat, olim ex Pegaſiano, & aditionem quæ hodie fit ex priuilegio Nouellæ. ibid.13
Cur odioſa à SCto Pegaſiano introducta coactio. 616.10
Scrum Pegaſianum non potuit efficere vt qui ſemel fuit heres deſineret eſſe heres. 411.17

Permutatio.

Permutationis & emptionis venditionis conuenientia. 102.1
An in permutatione locum habeat beneficium l.2. C. de reſc. vendit. 102.2.& ſeqq.
Permutatio eſt diuiſioni ſimilior quàm venditioni ibid. 5. vt differat à venditione ibid. 6. cur vicem emptionis obtineat, non venditionis. ibid 7

Pertinere.

Ad nos Pertinere aut nihil pertinere quæ dicantur. 424.9

Perſona.

Incertæ Perſonæ mortis cauſa capere poſſunt, an non iure teſtamenti. 544.17
Si quod incertis Perſonis relictum eſt, ſolutum ſit, eius repetitio non datur. ibid.19
Incertis Perſonis relinqui nihil poteſt. ibid 15.& cur. ibid.16
Ex qua Perſona lucrum quis ſentit, eius factum præſtare debet. 450.18

Pietas.

Pietas num violetur per litem inter patrem & filium de peculio caſtrenſi. 800.8
Pietas violatur vbi per iuſiurandum patria poteſtas eneruatur. ibid. 6.
In perſona patris iura pietatis ex poteſtate non æſtimari. ibid.7

Pignus.

Quodnam Pignus in teſtamento conſtitui queat. 615.16
Quo modo differat Pignoris venditio quæ fit à creditore iure creditoris ab ea quæ fit autoritate iudicis poſtulante creditore. 8.8
Qui Pignus emit à creditore vendente iure creditoris ſecurus eſt 9.1. exceptio. ibid.2
In re empta ſub pacto de retrouendendo poteſt conſtitui Pignus ab emptore 304.13
Iure Pignoris res quæ non eſt obligata retineri non poteſt, nec pignoris obligatio regulariter contrahitur circa conuentionem. 15.2
An valeat pactum legis commiſſoriæ in Pignore factum in tertij vtilitatem. 277.2.& ſeqq.
Pignus vel hypotheca quibuſdam caſibus tacitè contrahitur. 3.16.
An creditor qui pignoris poſſeſſionem nactus eſt pendente diſcuſſionis inſtantia poſſit pignus vendere. 55.2.& ſeq.
Dominij Pignoris impetrandi ius an hodie ſublatum. 113.1.& ſeqq. cur frequentior ſit Pignoris venditio quæ fit per iudicem. 114.5.6
Quæ ſolemnitas iuris ſeruanda ſit à creditore diſtrahente Pignus. 13.3
Inutile eſt Pignus quod diſtrahi non poteſt. 55.4
An pactio valeat, ſi conuenerit vt Pignus in antichreſin datum diſtrahi nunquam poſſit. 112.1.& ſeqq.
Nomen debitoris Pignori dari poteſt. 62.1
De excuſſione Pignorum poſtremo loco alienatorum. 60.1. & ſeqq.
An & quomodo fructus Pignorum redemptorum inter creditorem & debitorem diuidantur. 119.1.& ſeq.
Facta per iudicem Pignoris diſtractione, quis de euictione teneatur. 15.9

Pignoris datio vt differat à venditione. p.274.n.6
Propriæ rei Pignus consistere nequit. 3.35
Scriptura non est necessaria ad constituendum Pignus. 65
Tria sunt Pignorum genera, conuentionale, prætorium & iudiciale. 128.1. vt inter se differant. 129 n.3
Pignus conuentum in chirographo diem vel annum expressum non habente valet ex eo die quo conuentum fuit, non quo probatum. 66
Res duobus Pignori pariter data quatenus vtrique obligata censeatur. 282.1
Cùm pignus venditum intra semestre redimitur nulla venditionis laudemia debentur, secus si post semestre. 120. 9
An valeat lex commissoria in Pignore ex intervallo adiecta. 273. 1. & seqq.
Cur vendito Pignore autoritate iudicis ad postulatum creditoris, creditoribus posterioribus ius offerendi competat aduersus emptorem etiam extraneum. 9. 3. & 10.3
Creditor quando possit pignus emere. 94
Quam rem quis emere non potest, eam nec Pignori accipere potest. 0.11
An valeat pactio vt ob non solutam suo die pecuniam Pignus in solutum datum intelligatur. 275. 1.& seqq
De iure luendi Pignoris varij pragmaticorum errores. 126. 1 & seqq.
Ius luendi pignoris ex causa enormissimæ læsionis an perpetuetur. 126.3 & seqq.
Quid iuris vbi in venditione Pignoris per creditorem facta iure creditoris enormissima læsio intercesserit. 4 1.6 seqq.
Vendito Pignore à posteriore creditore hypothecæ persecutio priori salua manet. 11. 15. exceptio. ibid. 16
Ius Pignoris ita rem afficere nequit, vt alienationem impedire queat. 324 1
Quæ sint differentiæ inter Pignus & hypothecam. p.110. n 1. & seqq.

Plurisualentia.

Error interpretum de Plurisualentia. 288.6

Pœna.

Pœna stipulationi cur censeatur adiici. 5.19
Pœnæ legibus constitutæ etiam si leuiores quàm par sit non possunt nec debent à iudicibus exasperari. 26.16
Pœnæ dispensæ repeti non solent. 7.0.4

Pollicitatio.

Pollicitationis & pacti differentiæ. 911.15
Pollicitationis & pacti differentia. 967.7

Portio.

Portio virilis est quæ viritim & in singula capita constituitur. 1013. 2.

Possidere, possessor, possessio.

Retentio datur possidenti plerumque etiamsi nullum in re ius habeat. 763.5. at exceptio nunquam. ibid.
Amittitur possessio solo animo, licet nemo sit cui acquiratur: quod in dominio secus est. 975.9
Nemo possessionis causam sibi mutare potest. 818.4
Bonæ fidei possessor impensas deducit etiamsi res in quam factæ sunt, non extet, prædo non aliter quàm si res extet, & melior facta sit. 402 10
In sumptibus necessariis bonæ fidei possessor à prædone non est separandus, sed in vtilibus & voluptuariis. 401.25
Fieri non potest vt duo sint in solidum eiusdem rei possessores. 410. 9.
Possessor quando tollere possit impensas quas fecit 401 25
Possessori bonæ fidei quando & quatenus liceat tollere ædificium quod in alieno solo extruxit. ibid. 12
In vtilibus impensis bonæ fidei possessor habet exceptionem doli ad eas deducendas etiam in rei vindicatione. 402.26
Malæ fidei possessor non est iuuandus doli exceptione ad retinendas impensas in rem alienam factas. 401 14
An malæ fidei possessor habeat actionem ad impensas quascumque consequendas, vt voluit Martinus. 405 1
Malæ fidei possessor impensas vtiles deducere non potest per exceptionem doli, sed tantùm tollere sine tamen rei detrimento. 402.17
Sine voluntate donandi non censetur materiam donare malæ fidei possessor, qua in alieno solo ædificat 405. 19
Casus quo bonæ fidei possessor non potest deducere impensas in rem alienam factas. 401.13
Malæ fidei possessor quis. 404. 2
In quo sit deterior conditio malæ fidei possessoris quàm prædonis. p.405. n.25
Malæ fidei possessor quem constat habuisse animum donandi nullas impensas retinere aut tollere potest ibid. 22. si verò constet non habuisse animum donandi, dominus materiæ ex qua ædificauit in alieno solo remanet. ibid 23
Quod si nesciatur quem animum habuerit præsumitur habuisse animum donandi. ibid. 24
Malæ fidei possessor quomodo probare possit se donandi animum non habuisse. 406 26
Potest agi simul ad retinendam possessionem ciuilem, & adipiscendam naturalem. 48.9
Possessio etiam vitiosa prodest aduersus extraneos. 39 7
Si is per quem possidemus possessionem in alium transtulerit, possessio nobis est amissa. 43.5
Qui directam rei vindicationem exercet possessioni suæ renuntiasse non intelligitur. 48.18
Qui ab aduersario possidet nunquam potest aduersarium vincere ob id quod possideat. 68 5
Creditor hypothecarius potest possessionem propriam auocare ex clausula constituti pendente discussionis instantia. 52.1
Possessio corporalis vt differat à consuetudinaria. 58.7
Modus transferendæ possessionis quando quod meo nomine possideo, alieno nomine possidere incipio. 44.1
Modus transferendæ possessionis per clausulam constituti licet fictitius veram & realem eamque naturalem possessionem transfert. 44 3
Possessio translata quibus iuris remediis recuperetur. pag.45 num 14.
Possidere & alieno nomine possidere vt differant. 44.2
An iuris rationi conueniat consuetudo qua rerum hereditariarum possessio à defuncto in heredem continuatur. pa. 55.n.1 & seqq
Perinde transfertur possessio per constitutum atque per traditionem. 11.8
Possessio precaria vt differat ab ea quæ per clausulam constituti acquiritur. 50.1
Qui pignus accepit, si postea nouatione facta idem pignus accipiat priorem temporis ordinem retinet. 64.9
Non potest absolutè bonæ fidei possessor dici is qui rem possidet ex contractu per restitutionem rescindibili. 81 8
Per additionem hereditatis non amittitur possessio per constitutum quæsita. 546
Interdictis recuperandæ possessionis quando non sit locus. pag 47. n 4
Semper amittitur possessio quando ab alio occupatur. 43.8
Fieri non potest vt per precarium & constitutum simul possessio transferatur. 51.2
Ad tuendam propriam possessionem an possit implorari beneficium, l. vlt. C. de acquir. possess. aduersus heredem debitoris. 54. 1.
Possidere quid. 124.10
Post litem contestatam possessores omnes sunt pares, id est, malæ fidei. 86.15

Posthumus.

Posthumus non potest retrofingi natus eo tempore quo pater moriebatur. 500 10
Posthumus vnde suus dicatur. ibid.7
Quo pertineat illud posthumus qui est in vtero habetur pro iam nato in iis quæ ad ipsius commodum spectant. ibidem 11.
Posthumus præteritus viuo patre natus etiamsi eodem superstite moriatur rumpit testamentum patris. 524.9
Differentia inter posthumum præteritum & filium iam natum præteritum. 500 11.14
Posthumus suus quo sensu dicatur. 450.17
Suus posthumus non facit testamentum nullum ipso iure, nec retrò rumpit, sed ab eo tantùm tempore quo natus est. 500 6. & 12.
Expressa posthumi alieni institutio iure veteri cur prohibita 420. 8.
Hodie posthumus à patre exheredari non potest. 480.28
Posthumi olim exheredari poterant odio matrim. 478.14
Posthumi alieni institutio omni iure olim prohibita erat. 589. 8.
Posthumus præteritus an & quando fideicommisso obstrictus sit. 265.2.& seqq.
Nato Posthumo qui præteritus fuit rumpitur testamentum. ibid. 1.

Potestas patria.

Patriæ potestatis effectum. 574.6
Ius potestatis patriæ inter patrem & liberos contractum nullam obligationem ciuilem patitur. 770.8

Digitized by Google

Index Rerum,

Præſtica.

Vt Præſicandus ſit titulus D.& C. ſi quis aliq. teſt p.739.n.1. & ſeqq.

Prædium.

Inuecta in Prædium vrbanum cur tacitè obligata cenſeantur. 3.33. item & fructus prædiorum ruſticorum. ibid.34

Prædo.

quomodo à Prædone tum neceſſariæ tum vtiles impenſæ deducantur. 402 32
An Prædo habeat actionem ad impenſas quaſcunque conſequendas. 403 1
In ſumptibus neceſſariis bonæ fidei poſſeſſor à Prædone non eſt ſeparandus ſed in vtilibus & voluptuariis. 401.23
quomodo Prædo differat à bonæ fidei poſſeſſore ratione neceſſariarum impenſarum. 402 32
Prædoni neceſſariorum ſumptuum nomine etiam doli mali exceptio competit. 401.24
Furis & Prædonis differentia. 411.23
Prædo quis, & quomodo differat à malæ fidei poſſeſſore. 405.20

Prælatio.

Prælationis priuilegium quale. 65 3

Prælatus.

An Prælatus ſtare teneatur locationi per deceſſorem initæ. 350.1.& ſeqq.

Prælegatum.

Legati & Prælegati differentia. 683.7

Præſcriptio.

Contra abſentem Reip. cauſa currit Præſcriptio. 41 7
Præſcriptio non currit contra fil.umfam. viuo patre qui bona materna, filij alienauit. ibid.8
si actio competens propter abſentiam aut ignorantiam eius cui competit exerceri nequeat non ideo impeditur Præſcriptio ibid.5
Tricennariam Præſcriptionem Anaſtaſius Imp. induxit. 39 10
An indiſtinctè verum illud, non valenti agere non currit Præſcriptio. 41.1.& ſeqq.
Actio nondũ nata per Præſcriptionem perimi non poteſt ibid.3
Per 30.annorum Præſcriptionem perimitur non tantum ius adeundi,ſed etiam ius petendæ hereditatis. 39.6
Contra ignorantem quando currat Præſcriptio. 41.3
Præſcriptio quando impediatur,aut non impediatur. 39 11
Præſcriptionis ea eſt vis vt potiùs ſubſequentem impediat actionem,quàm vt pro ſit ad nouam producendam. ibid.12
Præſcriptio temporis non eſt modus tollendæ ipſo iure obligationis,multo minùs inducendæ. ibid.13
Actio Præſcriptis verbis ex quibus conuentionibus competat. 5.14

Præteritio, Præteritum.

Præteritum quem cenſeant iuris auctores. 182.6
An ſufficiat filiam quæ accepta dote renuntiauit futuræ patris ſucceſſioni,in ea dote inſtitutam eſſe,ne Præterita videatur. 160.1. & ſeqq.
Præteritio filiæ per renuntiationem excluſæ an vitiet teſtamentum 157 1. & ſeqq.
Præteritio fratri honeſto herede inſtituto non eſt habenda pro exheredatione. 196.11
Qui impunè Præteriri queant ex Bart ſententia. 499.3
Suus heres Præteritus quibus modis rumpat teſtamentum 523.6
Præteritio militis quatenus differat à præteritione matris. 508.9
Si filia ſit ſua heres, eius Præteritio facit teſtamentum nullum. 509 12
Præteritio quælibet militis habetur pro exheredatione. 471 16
Præteritio tui heredis non pertinet ad ſolennitates quas ius prætorium exigit. 703.9
An impunè Præteriri poſſint omnes qui ab inteſtato ſuccedere non poſſunt 504 5
Impunè Præteriri poteſt filia excluſa per ſtatutum ab omni ſucceſſione teſtari & inteſtari. 521.13
Filia excluſa per renuntiationem non poteſt impunè à patre Præteriri. 429.15

Prætor.

Actiones à Prætore olim impetrabantur,licet ipſo iure competerent. 1050.10
Prætor non poteſt facere heredem,ſed tantùm bonorum poſſeſſorem. P 485 n.6
Prætor cur heredem facere in vniuerſum nequeat. 413.14
Quas actiones Prætor concedat aut deneget. 728.5
Prætor quatenus reſtituere poſſit aduerſus lapſa conditionis tempora. 355.11
Prætoris quæ ſit poteſtas. 161.10

Pretium.

Non ſemper Pretium ſuccedit loco rei. 48.5

Primogenitus, Primogenium.

In Galliæ pleriſque regionibus ſoli Primogeniti ſuccedunt excluſis fratribus. 194.9
Primogenij priuilegium legitimè priori nato competens non amittitur per fratris naturalis & intelligitimi ante nati legitimationem. 662.11

Princeps.

Princeps inuitum & ignorantem ſubditum non poteſt obligare. 351.24
Quantus ſit hodie abuſus beneficij Inuentarij, & quomodo ei à Principe occurrendum. 24.19
Erronea Baldi ſententia de principis poteſtate. 349.24
An princeps ius alteri quæſitum auferre poſſit. 341.44.45

Priuatio.

Priuatio quælibet nihil eſt. 379.2

Prius.

Quod prius eſt ab eo quod eſt poſterius pendere non poteſt. 394 24

Priuilegium.

priuilegium conceſſum filio quando tranſeat ad nepotes ex Baldi placito. 463.18
Priuilegia perſonalia non tranſmittuntur. 552.10
De priuilegio piæ cauſæ. 769.7

Probare, Probatio.

Probationes omnes ſunt iuris ciuilis,nec vllus teſtium numerus ad rem quampiam probandam iure gentium eſt præſcriptus. 674.18
Minùs ſuſpecta eſt probatio quæ fit per ſcripturam,quàm quæ per teſtes. 411 18
Probatio per teſtes magis obnoxia eſt falſitati,quàm probatio per ſcripturam. 656.15
Probationes omnes ad tempus rei geſtæ retrotrahuntur. 7.7
Probatio quæ fit per chirographum laborat ſuſpitione fraudis non ratione debitoris,ſed creditorum qui medio tempore ſuperuenerunt. ibid.8
Probandi neceſſitas incumbit ei qui dolum obiicit. 25.10

Proculianus.

Proculianorum & ſabinianorum diſſenſio. 43.7
Proculianorum & ſabinianorum diſſenſus. 245.8
Proculianorum & ſabinianorum diſſenſio. 54.8

Procurator.

Procurator dominum an & quando obligare poſſit. 352.18
Cur delata hereditas per procuratorem acquiri non poſſit. 30.9

Prodigus.

De comparatione prodigi & minoris curatorem habentis 73. 4.item minoris & pupilli. ibid.5

Profectitia bona.

Quæ profectitia conferantur. 208.22

Promiſſio.

Promiſſione facta ſtipulandi animo, non debet in promiſſoris arbitrio eſſe an debeat necne. 921.6
Promiſſio de donando an valeat ex nudo pacto. 297.11
Promiſſum à pacto & dicto vt differat. 932.16

Proprietas.

Proprietatem ſimpliciter cùm dicimus plenam proprietatem intelligimus. 831.13
Proprietas aliena eſt plena,alia nuda. ibid.
Proprietarius inuito fructuario nihil poteſt facere quod vſusfructus cauſam faciat deteriorem. 807 19

Pubes.

Digitized by Google

& Verborum.

Pubes.

Puberes etiam curatorem habentes reſtè curatoribus obligantur. p. 961. n 5

Publiciana actio.

Quando detur actio Publiciana donatario cauſa mortis qui poſſeſſionem rei donatæ am.ſit. 953.7

Pupillus.

An heres legitimus qui Pupillo abſtinenti ſuccedit teneatur paternis creditoribus reſpondere. 566.13
Pupillaris ſubſtitutio an ex coniecturis inducatur. 384 14
Pupillus cur teneatur ſtare locationi quam tutor fecerit. 328.10
An Pupillus qui ſe immiſcuit paternæ hereditati tutore autore poſſit eodem autore ſe abſtinere. 36.10
An tutela Pupilli auum paternum habentis ad matrem defetenda ſit. 71.1.& ſeqq.
Hereditatem extranei non aliter poteſt Pupillus ſibi acquirere, quam ſi tutore auctore vel adeat vel pro herede gerat. 36.5
Pupillus ſine tutore ſtipulari poteſt, non etiam promittere. 75 5
An Pupillo concedenda ſit in integrum reſtitutio aduerſus lapſum temporis ad redimendum defuncto parenti dati. 333. 1. & ſeqq.

Q.

Quæſtus.

Quæſtus quid & vnde dictus. 807.11

Quarta.

Diſcrimen inter Quartam fideicommiſſo deducendam & quartam falcidiam. 407 7 8 9
Quarta falcidia vt differat à quarta Trebellianica. 136 4
Quarta quæ debetur filio adoptiuo in bonis adrogatoriis, vt differat à legitima quæ debetur liberis naturalibus. 153.13

Querela. inoff. teſtam.

Iuſtinianus Querelam inofficioſi teſtamenti vt coercuerit. 185.1
An & quo caſu hodie locus ſit Querelæ inofficioſi teſtamenti. 155.1.& ſeqq 186.5.187.3
Qui poſſint Queri de inofficioſo. 510 17
Commodius eſt venire ad Querelam ex propria perſona quam ex aliena. 474 24
Querelæ inoff. teſtamenti inducendæ cauſa. 478.11
Querela inofficioſi teſtamenti quibus competat. 474.19 & 27
Querelæ inofficioſi nec competit nec exercetur niſi poſt aditam hereditatem. 473.7
Querela inofficioſi non datur contra lignum, ſed contra heredem. 502.27
Querelæ inofficioſi proponendæ tempus. 473.11
Querela filio competens poſſit etiam non præparata tranſmitti ad nepotem à Iuſtiniano inductum eſt. 474 22
Fratri quando competat querela inofficioſi teſtam. ibid.18
Caſus quibus interpretes querelam non competere nepoti ex filio ſuperſtite aſſerunt& eorum impugnatio. 475.4
Diſcrimina inter querelam inofficioſi teſtamenti, & bonorum poſſeſſ.contra tabulas. 1030.5.& ſeqq.
Quomodo accipiendum illud, in Querela inofficioſi quæri de iure teſtamenti,non de iure actoris. ibid 4
Querelæ inofficioſi effectus. 703.10
Inutilis eſt Querela ei qui nullo caſu ſuccedere poſſit ab inteſtato. 475.17
Iniuria vni facta nunquam alteri Querelam præbere poteſt 471.21
Querela inofficioſi quæ teſtamentum rumpit non poteſt tamen rumpere legem donationis inter viuos. 780.6
Quæ ſit Querela Iuſtinianea, quæ non Iuſtinianea, in quibus conueniant, & in quibus differant. 758. 18. & 20.21
An in Querela inofficioſi teſtamenti locum habeat ſucceſſorium edictum. 472.1
Qui Querelam habet ex propria perſona vel vt præteritus vel vt exheredatus eam habet. 474.27
Querela non datur præterito niſi habeatur pro exheredato. 475. 11. ante aditam hereditatem repudiari non poteſt. ibid.53
Actionem ad ſupplementum Iuſtinianus ſubſtituit in locum Querelæ. ibid.55

Ad Querelam inoff. quo ordine admittantur pater, auus, & frater teſtatoris. 476. 43. & an concurrant pater & mater. ibid.44
Filius tempore excluſus à proponenda Querela non auditur poſtea eam propoſiturus vt agnatus aut cognatus. 474.17
Querela inofficioſi teſtamenti non competit niſi contra heredem teſtamentarium,& adita iam hereditate. 414.4
Cùm teſtamentum per Querelam inofficioſi impugnatum eſt, teſtator plerunque decedit pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus. ibid n. 5
Querelæ inofficioſi teſtamenti & bonorum poſſeſſionis contra tab. differentia. 702.3
Querela inofficioſi teſtamenti & bonorum poſſeſſio contra tabulas in eandem perſonam nunquam concurrunt. ibid.4
Querelç inofficioſi teſtamenti & bonorum poſſeſſionis contra tabulas differentia. ibid.3. in eandem perſonam concurrere non poſſunt. ibid.4
querela inofficioſi teſtamenti non priùs competit quam adita fuerit hereditas. 679.5
Emancipati quatenus ad querelam inofficioſi admittantur. 781 13
Per querelam inofficioſi teſtamentum non rumpitur ipſo iure. 502.30
Querela inofficioſi teſtamenti quatenus odioſa. ibid.28
Quatenus quis rumpat teſtamentum per inofficioſi querelam. 508.5
Diſtinctio Bartolina inter querelam inofficioſi teſt & bonor. poſſeſſionem contra tabulas. 454.1
querela iuris ciuilis eſt non prætorij. 476.47
Querela inofficioſi teſtamenti quando & contra quem competat. 732.6

R.

Ratio.

QVando eſt certa Ratio legis licèt tacita ſit tamen ex ea argui poteſt tanquam ex cauſa finali. 463.19. tunc certa eſt ratio legis, quando ſola reddi poteſt. ibid.
A Ratione iuris incipere debet quiquis veram legum ſententiam aſſequi vult. 728.11

Ius Recuſandi.

Beneficium iuris Recuſandi latiùs patet quàm iuris abſtinendi. 645.15

Relatum.

Relatum ineſt in referente cum omnibus ſuis qualitatibus. 750 4

Relatiuum.

Relatiui natura. 668.2

Religio.

Summa eſt illa ratio quæ Religioni fauet. 399.34

Remiſſio.

Remiſſio debiti vnde præſumatur. 5.11

Renuntiatio

Renuntiatio facta patri in fauorem aliorum ſiue liberorum, ſiue agnatorum euaneſcit patre ius ſibi quæſitum remittente. 175.1
Caſus quo Renuntiatio non poteſt iureiurando confirmari. 179.11
Mos frequens Renuntiandi futuris, cùm filiæ à patribus matrimonio collocantur,& dotes accipiunt. 174.1. huiuſmodi renuntiationis vis quanta ſit. ibid.2 & ſeqq.
Renuntiatio quæ ſit patri ratione paternæ ſucceſſionis longe diſtat ab ea quæ eidem ſit ratione fraternæ ſucceſſionis bid. 6.vis renũtiationis quæ ſit patri ratione paternæ ſucceſſionis a fratre ſubuerti poteſt.ibid. 7. confirmatur vero fratre renuntiationem ratam habente. ibid 8
Renuntiatio etiam iurata futuræ ſucceſſionis aut legitimæ ob immodicam læſionem vt reſcindatur. 118.1.& ſeqq.
Renuntiatio iurata filiæ fauore maſculorum,aut certæ alicuius perſonæ facta euaneſcit, ſi huiuſmodi perſona viuo patre deceſſerit. 172.8
Liberi qui renuntiarunt non prohibentur ea petere quæ parentes ob electas ſecundas nuptias amiſerunt. 179 11
quid iuris vbi filia minor accepta dote renuntiauit paternæ ſucceſſioni, & læſa per decennium tacuit. 174.1.& ſeq.
An valeat Renuntiatio filiæ quæ nulla dote à patre accepta renuntiauit paternæ ſucceſſioni cũ iureiurando.169.1.& ſeq.
Nulla eſt Renuntiatio illa,qua filia accepta à patre dote renũtiauit maternæ ſucceſſioni,ſi nihil à matre acceperit. 177.14

Digitized by Google

Index Rerum,

Filia quæ Renuntiauit, etiam ab inteſtato habere debet quæcunque pater ei reliquit in teſtamento minus ſolenni. p.179 n.11

per inſtitutionem filiæ extinguitur poteſtas Renuntiationis, quam pater extorſerat. 177 11. exceptio. ibid.n 13

Renuntiationes filiarum tacitam hanc habent conditionem ſi quandoque hereditas aut legitima deferetur. 158.5

Renuntiationes quantumlibet iuratæ non impediunt quominus is qui Renuntiauit poſſit inſtitui à ſtipulatore. 179.1

Generalis Renuntiatio non ſufficit ad excludendam legitimæ petitionem. 147.1

In ſuis heredibus Renuntiatio non impedit delationem, nec etiam acquiſitionem. 158.8

Quatenus noceat filiæ Renuntiatio iurata patre viuo facta. 162.10

Differentia inter Renuntiationem & exheredationem. 154.7

Generalis renuntiatio non ſufficit ad excludendam legitimæ petitionem. 147.5

Effectus Renuntiationis quâ filia ſucceſſioni aut legitimæ renuntiauit. ibid.6

Filia quæ renuntiauit an rectè à pragmaticis habeatur pro mortua, aut extranea. 148.7

Renuntiationes tacitam habent conditionem, ſi ſucceſſio vel legitima deferetur. ibid 8

Renuntiationes factæ per pacta de non ſuccedendo illam tacitam conditionem habent, ſi hereditas ab inteſtato deferetur. 442.7 & 22

Per huiuſmodi Renuntiationes non tollitur ius ſuitatis. ibid.8

Renuntians quatenus aliquid accipit in vicem portionis hereditariæ non eſt habendus pro ſuccedente. 441.4

Renuntiationes filiarum quæ vel incongrua dote accepta nubunt, in Gallia quàm validæ. 441.25

In praxi Renuntiationes propter iuſiurandum valere exiſtimantur, ita vt etiam heredes iurantis obligent. 449.6

Renuntiatio in tabulis dotalibus facta à filia dotata etiam ſine iureiurando apud Gallos valida eſt. ibid 7

An Renuntiatio filiæ noceat nepoti. ibid.1

Extra Galliam filia quæ parentum ſucceſſioni cum iureiurando Renuntiauit, licet non in ipſo matrimonij contractu, vtiliter cenſetur renuntiaſſe. 450.13

Renuntiatio legitimæ habet eam conditionem tacitam, ſi legitima deferetur. 442.22. quem habeat effectum. ibid.14

Filia quæ Renuntiauit ſuperuiuente, nepoti cur non noceat renuntiatio. 451.25

An Renuntiatio filiæ obſtet nepoti ne ſuccedat. 453.18

Extra Galliam filia quæ parentum ſucceſſioni cum iureiurando Renuntiauit, licet non in ipſo matrimonii contractu vtiliter cenſetur renuntiaſſe. 450.13

Renuntiationis non eſt alius effectus quam vt cogatur abſtinere qui renuntiauit ob metum periurii. 442.18

Filius qui aliquo accepto Renuntiauit paternæ ſucceſſioni, quando faciat partem fratribus in computatione legitimæ ibid. 16.& 22

Renuntiatio non obſtat liberis quominus debeant inſtitui aut exheredari. ibid.9

perſona quæ Renuntiauit ſi ſit ex liberis primi gradus obſtat nepoti ne ſuus heres dici poſſit. ibid.10

Renuntiationes iuratæ quæ fiunt per filias nubentes non excludunt filias à ſucceſſione teſtati. 422.25

Repetitio.

Repetitio nulla eſt ab eo qui ſuum accepit, licet alius ſoluerit, quam qui debuit. 26.18

Repræſentatio.

Repræſentationis in ſuccedendo vis & efficacia. 463.7

Repudiatio hereditatis.

per ſolam filij Repudiationem patrem heredem fieri & ridiculum & patri iniurioſum eſt. 609.10

Repudiare hereditatem an dicantur ſui heredes. 495.29. & 495.32

Qui repudiat hereditatem non poteſt alium heredem facere, ſed tantùm acquirendæ hereditatis occaſionem in alium transferre. 610.11

Abſtinere & Repudiare vt differant. 1053.18

Reſcindens iudicium.

An Reſcindentis & reſciſſorii iudicii cumulatio fieri poſſit. 74.1. & ſeqq & 75

Quæ ſententia dicatur Reſcindi. p.84 n.18

Qualia ſint plerumque Reſcripta pontificia. 283.6

Reſcripta inſinuatio.

Reſcripta Imperatorum & reſponſa prudentum vt differant. 485.3

In Reſcriptis Imperatorum exacta verborum proprietas ſæpe deſideratur. 496.32

Reſcripta omnia ſuis finibus coarctanda ſunt, nec niſi ad caſus ſuos, aut ſaltem ad perſimiles referenda. 385.20

Reſponſa prudentum.

Reſponſa prudentum vt differant à reſcriptis Imperatorum. 485.3

Vnde oriantur difficultates quæ occurrunt in interpretandis Iuriſconſultorum Reſponſis. 557.15

Reſtitutio in integrum.

Reſtitutio in integrum quid 408. 16. de reſtitutione in integrum actio interdum dabatur à prætore interdum verò ipſe cognoſcebat. ibid.

Si res non ſit amplius integra Reſtitutio non datur minori ad hereditatem quam ſemel repudiauit poſt modum acquirendam. 416.24

Ei qui rem alienam Reſtituit non deductis aut ablatis impenſis non amplius ſuccurritur. 404.12

Valde intereſſe cui Reſtituatur hereditas. 530.9

Reſtitutio præſupponit contractum tenere. 12.17

Reſtitutio minorum quatenus ſit plenior & fauorabilior reſtitutione maiorum. 86.2

Qui fructus ei adiudicandi ſint qui Reſtituitur ex cauſſa immodicæ læſionis. 82.1. & ſeqq.

Verbum Reſtituendi an ad fructus præcisè pertineat 291.7

Num Reſtitutio in integrum competat venditori læſo vltra dimidium iuſti pretij. 82 2.& ſeqq.

Reſtitutio in integrum datur à prætore, non à iudice. 83.6

In iudicio Reſtitutionis in integrum qui fructus reſtituendi ſint. 80.1. & ſeqq.

Reſtitutio in integrum datur ad diſtrahendum negotium iniquè contractum, eſtque actio perſonalis. 74.4

Reſtitutio ei non eſt danda per quem factum eſt quominus res ſit integra. 95.1

Reſtitutionis auxilium eſt extraordinarium 82. 3. ideóque tribui ei non debet qui communi iure munitus eſt. ibid.

Quid ſit in integrum Reſtitutio. 82.5.& 10

Si immodica læſio in tranſactione interuenerit, non datur Reſtitutio in integrum, ſecus vero ſi dolus, ex conſtitutione ducis Sabaudiæ. 12.13

Reſtitutio integrum quæ datur minori perſonalis eſt, & datur tantum contra eum qui cum minore contraxit. 75.2

Reſtitutiones pro minima cauſa non conceduntur. 13.17

Impetrata Reſtitutione fructus percepti à die contractus ſunt venditori reſtituendi. 12.18

Reſtitutiones quædam fauore ætatis, quædam odio eius qui conuenitur, conceduntur. 77.10

Reſtitutio ex capite de eo quod metus cauſſa cur aduerſus quemlibet poſſeſſorem detur. 78. 11

Verbum *Reſtituendi*, in ſententiis de in integrum reſtitutionibus quam ſignificationem habeat. 81.6

In minorum Reſtitutione in integrum an poſſit cumulatio fieri reſcindentis & reſciſſorij. 75.12

Reſtitutio minori non aliter competit, quàm ſi & minori ætas & læſio aliqua probetur. 86.1

Reſtitutio in integrum vbi agitari debeat. 80.5

Caſus quo aduerſus tertium poſſeſſorem dari volunt pragmatici Reſtitutionem in integrum, & quid de eo ſentiendum. 78.1.& ſeqq.

An maiori detur in integrum Reſtitutio aduerſus tertium poſſeſſorem ex cauſſa immodicæ læſionis. 76. 1. & ſeqq.

Reſtitutio in integrum non eſt neceſſaria ad reſcindendam venditionem ſi immodica læſio interuenerit, ſecus verò ſi dolus. 12.11

Auxilium Reſtitutionis minoribus competens non poteſt concurrere cum ea actione quæ maioribus datur ex cauſſa immodicæ læſionis. 38.1

Quæ coactio valeat ad impetrandam Reſtitutionem in integrum contra venditionem, in qua immodica læſio interuenit. 87.11

Retentio.

Poteſt ex æquitate Retentio ei competere cui non niſi iniquè dari poſſet actio. p.404 n 5
Non eſt perpetuum vt cui damus actionem debeamus etiam Retentionem dare ibid.10
Retentio datur poſſidenti plerumque etiamſi nullum in re ius habeat. 763 5

Retrofictio.

Retrofictionis natura. 501 15
Retrofictio teſtamenti rupti per agnationem poſthumi an recurrat ad diem mortis teſtatoris. ibid.17

Retrouenditio.

Emptor non poteſt cogi præcisè & abſolutè vt Retrouendat, ſed præſtatione eius quod intereſt liberatur 306 7
An qui promiſit facere pactum de Retrouendendo, nec fecit, poſſit præcisè cogi ad retrouendendum. 317. 1. & ſeqq.
An liceat tutori aut curatori aut procuratori, aliiue adminiſtratori prorogare tempus Retrouenditionis 350. 1. & ſeqq.
Acquiſitio rei venditæ ſub pacto de Retrouendendo an irrenocabilis. 297. 1. & ſeqq.
Quibus modis pactum de Retrouendendo adnihori poſſit. 316 1
Emptore ſub pacto de Retrouendendo ante retrouenditionem decedente relicto herede cum beneficio inuentarij, an poſſit cogi heres retrouendere. 246.1 & ſeqq.
Pactum de Retrouendendo parit obligationem perſonalem eámque conditionalem. 342.19
Retrouenditio eſt venditio ſecunda, non reſolutio prioris. 120.8
Secuta Retrouenditione ex pacto an & quomodo inter emptorem & venditorem fructus diuidantur. 118. 2. & ſeqq.
Pactum de retrouendendo an inducat hypothecam. 322. 1. & ſeqq.
Retrouenditio quæ ſit ex pacto de retrouendendo non ſit ex neceſſitate
An poſt factam Retrouenditionem teneatur venditor ſtare locationi factæ per eum qui emerat ſub pacto de retrouendendo. 303. 1. & ſeqq.
Ex pacto de retrouendendo quotuplex actio oriatur. 316 4
Retrouenditionis tempus non poteſt prorogari. 348.18
Quæ ſit vis & poteſtas actionis quæ competit ex pacto de Retrouendendo. 292. 1 & ſeq.
An emptor ſub pacto de Retrouendendo rem quæ retrouendi debet obligando vel alienando noceat venditori. 305. 1. & ſeqq. 306.6
In re empta ſub pacto de Retrouendendo poteſt conſtitui pignus. 307. 13
An cenſeatur in venditorem tranſlatum dominium, fructúſque ad eum pertineant, cum emptor ad Retrouendendum obligatus rem reſtituit venditori & retrotradidit, nec tamen retrouendidit. 319. 1
Retrouendere an præcisè teneatur emptor 295. 2. & ſeqq.
Pactum de Retrouendendo non valdè diſſimile eſt legi commiſſoriæ, quæ in pignoribus adhibebatur. 272.20
Mora emptoris qui Retrouendere recuſauit vt puniatur. 296. 10
Venditori ſub pacto de retrouendendo an detur actio non tantum aduerſus emptorem, ſed etiam tertium poſſeſſorem. 300. 1. & ſeqq & 303. 1. & ſeqq.
An per retrouenditionem reſoluatur ſeruitus prædio ab emptore acquiſita. 313. 1. & ſeqq.
An tempus Retrouenditionis à principe prorogari poſſit. 349. 1. & ſeqq.
Per ſolam oblationem factam à venditore ſub pacto de retrouendendo emptor in mora conſtituitur. 195. 1
Diſputatio de pacto de Retrouendendo ex interuallo adhibita. 316 7. & ſeqq.

Reus.

Reo non probante exceptiones ſuas, ſententia fertur pro actore qui ſuam probauit intentionem. 246. 2

Rumpere teſtamentum.

Liberi primi gradus iam nati & in poteſtate tempore mortis nunquam dicuntur Rumpere teſtamentum, licet præteriti id faciant nullum. 500. 5
Filius captus ab hoſtibus & præteritus à patre an retrò rumpat teſtamentum patris. F 501. n. 18
Suus heres præteritus quibus modis Rumpat teſtamentum. 525. 6

S

Sabinianus.

Sabinianorum & proculianorum diſſenſio. 437
Sabinianorum & proculianorum diſſenſus. 245. 2
Sabinianorum, & Proculianorum diſſentio. 54. 3

Scriptura.

Scriptura non eſt neceſſaria ad conſtituendum pignus ſeu hypothecam 6. 5
Scriptura in contractibus cur adhibeatur. 692. 23

Sebuſianus.

Sebuſianorum pragmaticorum error. 47. 1. & ſeqq.

Senatus.

Senatus quanta ſit poteſtas. 125. 7
Senatus fecit vt fideicommiſſarius eſſet loco heredis, atque in eum vtiles tantùm actiones transferrentur. 421. 19
Senatus propoſitum in nouo iure condendo de mutua matris & filij ſucceſſione 425. 16
Cur Senatus fideicommiſſarium heredem facere nequiuerit. 424. 14
Senatus poſitum in nouo iure condendo de mutua matris & filij Succeſſione. 425. 16

Senatuſconſultum.

Scta, Tertullianum & Orphitianum quando non impediant delationem 12. tab. 425. 19
Senatuſconſultum Tertyllianum non tam cogitauit de nomine heredis matri conferendo, quàm de ipſa ſucceſſione illi tribuenda 427. 6
Scta, Trebellianum & Pegaſianum non potuerunt efficere vt qui ſemel fuerat heres deſineret eſſe heres. 421. 17

Sententia.

Sententia nulla eſt quæ rata eſt à iudice euidenter incompetenti. 128 8
Sententia per contumaciam contra autorem abſentem reddita non nocet ſucceſſori. 78. 4
Sententia dici non poteſt, niſi quæ vel abſolutionem vel condemnationem continet. 237. 5
Sententia iudicis cur à pragmaticis ſtricti iuris dicatur. 81. 12
Quæ Sententia reſcindi dicatur. 84. 18
Edictum prætoris de Separationibus an hodie ſit ſupernacuum. 28. 1. & ſeqq.

Separatio.

Edictum prætoris de Separationibus quomodo conueniat cum beneficio legis Iuſtinianeæ & inuentarij, quomodo item differat. 198

Seruitus.

An per retrouenditionem reſoluatur ſeruitus prædio ab empore acquiſita. 313 1. & ſeqq.

Seruus.

Serui aditio neceſſaria eſt vt hereditas quæ ipſi inſtituto delata fuit domino acquiratur. 396. 6. & 397. 13
Seruus acquirit omnia domino etiam inuito. 396 7. neque voluntatem vllam habere intelligitur, niſi quæ ſit meri facti. ibid.
Excuſatur à pœna ſi quid improbum iuſſu domini admiſerit. ibid. n 8
Seruus nullam teſtamenti factionem habet ex propria perſona, ſed tantùm ex perſona illius cuius contemplatione inſtituitur. 397. 12
Seruus publicus ignoranti, & inuito domino non acquirit. 968. 9
Vbi Seruus inſtituitur, contemplatione domini inſtitui cenſetur. 397. 11

Digitized by Google

Index Rerum,

Seruus fructuarius fructuario acquirit, siue ex re fructuarij, siue ex operis suis acquirat. p 807.n 15
Seruus publicus cui acquirat. 968.13
Inter Seruos publicos & notarios differentia. ibid.15
Serui publici pro ignorante & citra mandatum stipulari non poterant. 967.7.exceptio. ibid.n.8

Sepulchra.

Sepulchra venali non possunt sine bonorum vniuersitate. 401.11

Sexus.

Sexus masculinus fœminimum concipit, non contra. 460. 16
Ex proprietate sermonis Sexus masculinus non concipit fœminimum, sed per interpretationem. 462.5

Simulatio.

Simulatio mendacium est 711.14. quando quæ simulatione gesta sunt pro infectis habeantur. ibid 16
Simulatio eius qui simulatè facit testamentum est improbior simulatione inter priuatos. ibid.19

Societas.

Inter patrem & filiumfam. nèc expressam nec tacitam Societatem contrahi posse, contra interpp. 807 16

Solemnitas.

Non est in testatoris potestate vt solemnitatem nouam inducat. 695.8

Soluere.

Solui ante diem, quando non possit id quod debetur in diem certum. 442.20
Quomodo qui soluit ante diem plus præstet quàm debeat. ibid 18 ibid 18

Sors.

Facta condemnatione sortis non potest amplius propter vsuras actio intendi. 408.17

Specialia.

Duo Specialia circa idem non possunt concurrere 381. 6.quod tamen est brocardicum falsum. 382.7

Species

Species vt differat à merce. 216.7.& seqq. & 217.3.6

Statutum.

Statuto fieri potest vt quis ab intestati successione prorsus excludatur. 195 6
Statutum est lex seu ius non tantùm municipale, sed etiam ciuile. 431.8
Statuti quæ vis & natura. 429.11
Statuta duo in Italia frequentissima. 436.1
Statutum masculis succedentibus fœminæ excludantur quando suum effectum habeat. ibid.28
Quando habeat locum vulgare brocardicum Statutum in casibus non expressis regulatur à iure communi. 433.1
Statutum quod excludit fœminas fauore masculorum in totum abrogat ius commune de intestatorum parentum hereditatibus, si non ipsius verbis aliquatenus retineatur, aut conseruetur ius commune ibid.2
Verba Statuti extantibus masculis fœminæ non succedant, ius commune ex parte conseruat. ibid 30
Statutum non tollit ius commune niſi in quantum vult tollere. 471.11
Statuto ita concepto extantibus filiis masculis filia fœmina non succedat sed dote contenta sit, masculos non succedere ex statuto, sed ex iure communi. 466.17
An Statuta ponentia filios aut filias in conditione extendantur ad nepotes. 461.1
Quomodo masculis & fœminis Statuto prospici possit in causa succedendi salua legum autoritate. 413.35
Statutum exclusiuum filiæ fœminæ extantibus masculis an excludat neptem ex filia. 464.1
Ex Statutis non potest in solidum deferri hereditas masculis quia fœminæ perpetuò excludantur. p 433 n.2
Variæ formulæ Statutorum fœminas excludentium & earum differentiæ. 434.10
Cùm Statutum est exclusiuum fœminarum extantibus aut succedentibus masculis existit conditio si vel vno instanti extent masculi, vel succedant. 434. 11. & 13. & 435. 24
Cùm Statutum est admissiuum fœminarum non extantibus masculis aut non succedentibus, successio masculorum non illico facit deficere conditionem. 434. 12. & 436. 26
Statutum admissiuum est fauorabilius exclusiuo. 436. 27
Cùm Statutum excludit sororem extantibus fratribus, sola fratris existentia arcet sororem à succedendo 438 28
Cùm Statuto cauetur vt extantibus masculis fœmina non succedat, extante vel vno masculo hereditas ei defertur in solidum, iure non decrescend. inducto ibid. 12
Cùm Statutum ita conceptum est succedentibus masculis fœmina non succedat sola existentia masculorum non facit existere conditionem exclusionis. ibid. 13
Populi qui iure scripto & Romanorum communi vtuntur, cur iis fœliciores qui iure Statutario vtuntur. 462.28
An Statutum exclusiuum filiæ fœminæ extantibus masculis excludat etiam neptem ex alia. 446.1
Statutorum & pactorum discrimen 427.4
Cùm Statutum ita conceptum est succedentibus masculis fœminæ excludantur, fœminarum exclusio vnde inducatur. 456.25
Cùm Statutum est admissiuum fœminarum non succedentibus masculis, quomodo conditio defecta videatur. 435.28.
Statuta nonnisi strictam interpretationem recipiunt. 433. 11
In Statutis non passim valet argumentum à contrario sensu 432.14
Statutum quid. 410 4
Statuta quatenus interpretationem extensiuam non admittant. 462.9.10
Statuta excludentia fœminas propter masculos pertinent ad causam intestati 412.25. quo casu pertineant ad causam testati. ibid.n.26
De Statutaria exclusione à iure succedendi. 428. 1. & seqq & 430. 1. & seqq.
Statuto an fieri possit vt quis heres sit ad tempus aut ex tempore. 410.1. & seqq.
Statutum fœminarum exclusorium non obstat nepoti cuius mater obiit auo superstite. 466.22
An Statutum exclusiuum matris extantibus agnatis vsque ad tertium gradum excludat etiam auum maternum. 443.1
Statutum exclusiuum fœminarum loquens tantùm de successione intestati non est protrahendum ad casum testati. 507.25
In Statutis verba cum effectu sunt accipienda. 434 12
An Statuto extantibus filiis masculis filia fœmina succedat, sed dote sit contenta continetur nepos ex filio præfuncto. ita vt filiam excludat. 462.6
Ex Statuto extantibus filiis masculis filia non succedat priuilegium aliquod masculis non dari. contra Bart. & Bald. ibid. 14
Statuto fœminarum exclusorio supposito nepos ex filio excludit neptem ex filia. 468.3.an neptis ex filio excludat neptem ex filia. ibid.5
Valet argumentum à statuto ad pactum negatiuè, non affirmatiuè: à pacto autem ad statutum affirmatiuè, non negatiuè. 417.6
Cùm Statuto excluditur soror à successione fratris alio fratre superstite: si extent frater consanguineus, soror vtrinque coniuncta & mater, hæc succedit, illis exclusis. 458.8
Statuta non recipiunt extensionem. 461.2
Statutum quo vocatur filia non extantibus masculis quomodo interpretandum. 512.10
Statutis hereditates deferri possunt. 429.12
Statutis & delatio & acquisitio hereditatis impediri possunt. ibid.13
Statutis hereditates deferri possunt. ibid.12

Stellionatus

In Stellionatum incidit qui rem iam vni obligatam alteri obligat. 33.6

Stipulatio.

Si Stipulationi inserta sit dies ac pœna subiecta, dies interpellat pro hoc nine ad pœnam committendam. 5.18

Pater

& Verborum.

Pater Filio ſtipulari poteſt. p.176.n 4
Mater filio ſtipulari nequit, nec poteſt ex æquitate huiuſmodi ſtipulatio defendi. ibid.11
Stipulatio eſt contractus ſtricti iuris. 5.11
Stipulatio inter abſentes contrahi non poteſt. 891.8
Ex Stipulatione filij collata in tempus mortis patris nulla datur actio filio. 620.8
Stipulatio à notario pro patre & filiis interpoſita actionem filiis non acquirit. ibid.9
Alij Stipulari nemo poteſt. 616.13
Cùm quis Stipulatur filio quem habet in poteſtate, ſtipulatio non valet in perſona filij ſed in perſona patris. 617.14
Stipulatio conditionalis ad heredem tranſmittitur. 559 5
Promiſſione facta ſtipulandi animo, non debet in promiſſoris arbitrio eße an debeat neene. 915.6
Deficiente conditione ſtipulatio conditionalis euaneſcit. 451.24
Cùm quis ſibi filiiſque ſuis ſtipulatur ſiue copulatiuè ſiue diſiunctiuè inutilis eſt in ſtipulatione liberorum expreſſio, aduerſus Bart 617 16
Cùm quis ſibi & heredi ſtipulatur inutilis eſt heredis expreſſio; & quæ ſit eius iuris ratio ibid.17
Si quis ſtipulatur ſibi & filiis ſuis heredibus ſtipulatio non proderit filiis ſi non ſint heredes, nec heredibus ſi non ſint filij teſtatoris. 617.18

Stultus.

Stulti ſunt qui in iure errant. 99.4

Subhaſtatio.

Subhaſtationes confirmatæ vt reſcindantur. 225. 1. & ſeqq.

Subintelligere.

Vnde æſtimari ſoleat quod ſubintelligitur. p.686.n.19

Subrogatum

Subrogatum ſapit naturam eius in cuius locum ſubrogatur 461.8

Subſcriptio.

Subſcriptio teſtatoris quando & quatenus neceſſaria in Teſtamento imperfecto inter liberos. 694.20
Subſcriptio teſtatoris quando & quatenus neceſſaria in teſtamento inter liberos. ibid.20

Subſtitutio, ſubſtitutus.

Subſtitutio quælibet diſpoſitio eſt. 607 16
Subſtitui ei nequit qui nullo modo inſtituitur. 677 15
Verbum Subſtituo an directum, an verò commune. 623 19
Verbum Subſtituo non æquè ſignificat fideicommiſſum ac vulgarem ſubſtitutionem. 627.10
Propriè nulla eſt ſubſtitutio niſi quæ eſt vulgaris. 607.13
Subſtitutionis nomine ſimpliciter prolato vulgaris ſubſtitutio ſignificatur. ibid.14
Vulgari Subſtitutione duplex caſus continetur, vnus voluntatis, alius impotentiæ. 578.7
Subſtitutio vulgaris, ſi heres non erit duos caſus continet, vnum voluntatis, alium impotentiæ 605.20
An Subſtitutio tacita vulgaris locum habeat cum mater eſt in medio. 602.1
Cur olim liceret vulgari Subſtituto eidémque fideicommiſſario vniuerſali omiſſa ſubſtitutione cogere heredem vt adiret. 624.10
Non magis hodie intereſt vulgaris Subſtituti, eiuſdemque fideicommiſſarij vt hereditatem adeat ex lege Iuſtiniani, quàm ex vulgari ſubſtitutione. ibid.12
Vulgaris Subſtitutio vnius eſt generis & ſpeciei quæ ſcilicet fit in caſum non acquiſitæ hereditatis. 608 19
Subſtitutus vulgaris idémque fideicommiſſarius quid iuris habeat in ſuccedendo. 624.8
Datio vulgaris Subſtituti ſui heredis exiſtentiam non tollit. 583.10
Subſtitutio quæ fit in vulgarem caſum frequentior eſt, vnde vulgaris dicta eſt. 599 5
Conditio vulgaris Subſtitutionis ſi inſtitutus heres non erit quando exiſtat. 399.36
Nulla eſt ſubſtitutio vulgaris ſine illa conditione, ſi heres non erit. 590.3
Qui omiſit vulgarem Subſtitutionem non poteſt adire hereditatem ex fideicommiſſo, alio herede ex teſtamento exiſtente p.625.n.15
An teſtamentum poſſit confirmari ex tacita vulgari Subſtitutione. 592.1
Vulgaris & pupillaris Subſtitutionis differentia. 587. 7
Subſtitutus vulgaris ſuccedit in locum, non in ius eius cui fuit ſubſtitutum 581.17
Dato Subſtituto ſuo heredi ſub ea conditione, ſi filius heres non eſſet, ſuo herede abſtinente admittitur ſubſtitutus ad bona defuncti, non tamen vt heres. 580.4
Subſtitutio vulgaris tacita ſi qua eſſet, etiam matrem excluderet 602.5
Verba illa Subſtitutionis vulgaris, ſi filius heres non erit, ex neceſſario herede voluntarium non efficiunt. 578 10
Verba illa, ſi heres non erit, in vulgari Subſtitutione quem ſenſum habeant. 608 1
Subſtitutionis vulgaris & fideicommiſſariæ differentia. 593.8
Vulgaris Subſtitutio ſuo heredi facta non ideò valet, quod per eam neceſſarius heres fiat voluntarius. 580.2
Prudentiùs facit pater qui filio impuberi ſubſtituit vulgariter, quam qui pupillariter. 594.16
Differentia inter vulgarem & pupillarem ſubſtitutionem. 445.16
Etiam in fideicommiſſo vulgaris ſubſtitutio fieri poteſt. 531 16
Goſiani ſententia de Subſtitutione vulgari tacita. 596. 23
Vulgaris Subſtitutio fieri poteſt in donationibus cauſa mortis, perinde atque in hereditatibus, legatis & fideicommiſſis. 923 4
A Bartolo profecta eſt diſtinctio Subſtitutionis vulgaris in expreſſam, tacitam & mixtam 606 1. expreſſa eidem triplex ibid.2 quæ ſit omnino tacita ibid 3 mixta duplex. ibid.4
Formula vulgaris Subſtitutionis vt differat à formula pupillaris. 593 9
Pupillaris Subſtitutio quæ in vulgari continetur malè dicitur tacita. ibid 7
Subſtitutio tacita pupillaris etiam contra matrem locum habet. 603.6
Pupillaris Subſtitutio nihil aliud requirit quàm vt alita ſit ex aliqua parte patris hereditas, vt paternum teſtamentum confirmetur. 546 10
Quæſtio de ſubſtitutione in caſum pupillarem facta impuberi qui deceſſerit viuo patre 596.2
Patre & filio ſimul mortuis Subſtitutum admitti ex pupillari ad bona pupilli, & ex vulgari ad bona patris, vt perperam cenſet Bart. 601.8
Quibus caſibus pupillaris Subſtitutio conuertatur in fideicommiſſariam, aliàve directa in precariam. 548 10
Subſtitutio tacita pupillaris quæ 588.14
Differentia inter formulas pupillaris & vulgaris Subſtitutionis. 589 25
Pater qui filio ſuo ſubſtituit pupillariter cogitat de herede dando filio, non ſibi. 587.10
Subſtitutio pupillaris pura eſt, non conditionalis. 599.11
Cur Subſtitutio pupillaris mortuo ante pupillum ſubſtituto non tranſmittatur. 548 7
Pupillaris ſubſtitutio duas continet conditiones. 5 7.13
Conditio ſubſtitutionis pupillatis qualis. 583.15
ſubſtitutio pupillaris eſt inſtitutio pura. ibid.17
ſubſtitutio pupillatis expreſſa & tacita vulgaris in eiuſdem ſubſtituti perſona locum habere non poſſunt 601 6
ſubſtitutus pupillaris quomodo differat ab herede legitimo pupilli quoad onera hereditaria ſubeunda. 566.14
Differentia inter fideicommiſſum & pupillarem ſubſtitutionem. 546 9
ſubſtitutio pupillaris tranſmittitur ad heredem ſubſtituti qui iam heres extitit ex inſtitutione ne inducatur diuiſio voluntatis. 551.6
Filio exheredato ſubſtitui poteſt pupillariter ibid.7
Pupillaris ſubſtitutio minus propriè ſubſtitutio dicitur quàm vulgaris. 599.6
ſubſtitutio pupillaris nunquam tranſmittitur ad heredem niſi ex neceſſitate 551.8
Eſt de neceſſitate ſubſtitutionis pupillaris vt filius ſit heres patris, cùm fuit ipſe inſtitutus, ſecus ſi exheredatus. 601.7
Pupillarem ſubſtitutionem tacitam ſola D. Marci conſtitutionis poteſtas inducit non refragante teſtatoris voluntate. 603 7
Pupillaris ſubſtitutio ex omnium confeſſione ſola graduum interruptione vitiatur. 540 19
ſubſtitutio pupillaris an ex coniecturis inducatur. 594.14
ſubſtitutus pupillaris neque patri neque filio ſuccedit, ſi filius viuo patre mortuus ſit. 547 & ſeqq.
ſubſtitutio quæuis impuberi facta etiam in caſum vulgarem trahitur

Index Rerum,

trahitur ad pupillarem post D. Marci constitutionem. p. 594. num. 15

Substituto reciproca expressa est, non tacita, aut mixta quoad verb. contra Bart. & alios. 607.12

Non quæuis substitutio facta pupillo censenda est facta in casum pupillarem aduersus Bart. 594.14

Substitutus vocatur per ordinariam prouisionem, transmissarius verò per subsidiariam. 638.7

Non quæuis Substitutio facta pupillo censeri debet formaliter facta in casum pupillarem aduersus Bart. & alios. 599.7

An substitutio pupillaris facta ventri posthumo euanescat eo non nato. 598.1

Apud interpretes tum vulgaris, tum pupillaris Substitutio est duplex, vna expressa altera tacita. 586.2

Nullam esse vulgarem tacitam Substitutionem aduersus interpretes. ibid.3

Substitutio expressa facta vni num casum non potest porrigi ad alterum circa legislatoris autoritatem. 612.5

Substitutio tacita in compendiosa nulla continetur. 608. 17

Reciproca Substitutio quid 607.15

De Substitutione facta per verba partim directa, partim obliqua, vel communia, traditio Bart & eius refutatio. 625.19

Differentia inter directas & precarias substitutiones. 590. 23

Quando in dubio Substitutio habenda sit potiùs directa quàm precaria. 611.23

Fideicommissaria Substitutio vulgarem nullam continere potest. 595.6

An interruptio graduum vitiet fideicommissariam Substitutionem. 534.2

In contractibus fieri potest Substitutio conuentionalis. 417.12

In conditionibus Substitutionum paria non sunt nolle & non posse. 607.7

Pupilli absenti mors expectanda est vt Substitutus pupillaris admitti possit 593.4

An transmissarius hereditatis vulgari Substituto præferatur. 634.1

Cur Substitutus qui vult ab intestato pupilli hereditatem retinere cogatur respondere creditoribus paternis. 568.9

Ius suitatis datione vulgaris Substituti non extinguitur. 635.6

An Substituti datione tollatur existentia sui heredis. 577.2

Mortuo pupillo Substitutus pupillaris succedit ex pupillari non tantum in bonis pupilli absenti sed etiam in bonis patris aduersus Bart. 600.5

An & quomodò succedat qui per imperitiam notarij Substitutus est vulgariter, pupillariter & per fideicommissum. 623.2

Repudiante filiofamilias quando admittatur Substitutus. 607.14

An Substitutus filio impuberi datus in expressum casum pupillarem patri succedat abstinente filio ex tacita vulgari, & deinde pupillo morienti ex pupillari expressa. 600.1

Substituris cur caueatur. 527.7

Succedere, successio.

In suis heredibus iure ciuili non est successio. 481.4

In suis heredibus cur non fit successio. 451.26

In suis non est Successio. 484.27

In suis & legitimis cur non esset olim successio. 425. 17

In agnatis cognatisve quæ sit ex iure prætorio & Iustinianæo successio. 508.11

In agnatis quatenus fit ex Iustiniani constitutione successio. 452.12

Succedit ex testamento qui succedit per contra tabulas. 580.3

An Successionis ordo inducatur cùm quis stipulatur sibi & filiis suis 616.1

Successio conuentionalis ad tempus & ex tempore induci potest. 418.22

Quæuis pactio de Succedendo aut non succedendo, etiamsi facultatem testandi in totum tollat, in contractu matrimonij facta apud Gallos valida est. 450.9

Pactà de Succedendo aut non Succedendo quatenus hodie consuetudine recepta sint. 417.7

In Successione intestati qui partem faciant. 442.22

Ius succedendi facilè admittit fictiones. 415.19

In suis & agnatis iure veteri quomodo esset Successio, nec sit hodie iure nouo. 412.32

Exclusio à iure Succedendi quotuplex. p.418.1

Ius succedendi matri competens quàm multiplex. 417.7

Pro Succedente haberi non potest is qui per pactum iuratum de non succedendo seipsum à succedendi iure exclusit. 407.12

Qui aliquando Successit, si postea se abstineat perinde habetur ac si nunquam successisset. 435.18.21

Ex voluntate testatoris in ordine succedendi causa intestati potest præcedere causam testati. 677.16

Cùm persona aliqua prioris gradus successit nunquam sequens gradus ex edicti successione admittitur. 466.27

Ex Statuto non alij succedunt quàm qui per statutum vocati sunt. 467.2

Fratrum filij cùm succedunt in hereditate patrui succedunt iure repræsentationis seu in stirpes. 461.6

Postquam Successum est ex testamento nunquam succedi potest ab intestato. 728.8

Non Succedere modò priuatiuè modò negatiuè sumitur 432. 18. sumptum negatiuè opponitur contradictoriè ei quod est succedere. ibid.19

In ius alterius succedere, & succedere in alterius gradum sine locum quatenus differant. 450.17

Succedere ex persona propria, & succedere ex gradu proprio differre aduersus Bart. 465.6

Varij casus quibus ab intestato succedentes ex tacita defuncti voluntate succedere non dicuntur. 734.6

Successio masculorum qui semel heredes extiterunt, habet tractum temporis. 435.16

Ex capite vnde cognati admittitur successio etiam post delationem ex eodem alij factam. 489.12

An edictum Successorium locum habeat in querela inofficiosi testamenti. 472.2

Edicti successorij proponendi ratio. 473.6

Edicti successorij proponendi causa. 487.17

Vbi acquisita fuit alicui bonorum possessio tota edicti successorij potestas perimitur. ibid.16

Nunquam diuersorum gradum personæ ex edicto successorio simul admitti possunt 667.27

Non omnis successio inducit successorium edictum. 473.9

Edicti successorij tempus. ibid.

Delatio quæ fit ex aliquo capite edicti successorij illius quidem capitis totam vim consumit, at sequentium nequiquam. 488.3

Nunquam ex successorio edicto sequens gradus cum priori admittitur. 470.5

Edictum successorium nonnisi in successionibus intestati locum habet. ibid.8

Successorium edictum interpretes à bonorum possess. ad hereditates perperam transtulerunt. 473.12

Edictum successorium ad quam successionem pertineat. ibid.5

Edictum successorium ordinem sequitur successionis intestati. 476.42

Pactum reciprocum de succedendo inter commilitones valet. 175.7

Pactiones de futura viuentis successione iure ciuili non valent, siue de succedendo, siue de non succedendo. 147.1

Variæ rationes cur pactum de succedendo aut non succedendo non valeat. 148.3. & seqq.

Differentia inter pactum de succedendo, & pactum de non succedendo. 149.8.10

Casus quo filio eripitur successio, & legitima tamen salua relinquitur. 111.12

In quo consistat vis legum, quæ circa successiones testamentarias aut legitimas versantur. 161.12

In suis non erat olim successio imò nequidem in agnatis. 35.9

Pactiones de futura successione, vt pote odiosæ strictissimè accipiendæ sunt. 177.2

Neque in suis, neque in agnatis olim iure ciuili erat successio. 38.2

Matres vt succedant liberis apud Gallos & Augustanos. 194.7

Vsu defenduntur pactiones de succedendo tabulis nuptialibus adiectæ & quidem matrimonij contemplatione. 175.8

singularis successor an possit expellere conductorem 334.2. & seqq.

successorium edictum à prætoribus introductum, licet æquitate nitatur, tamen à iuris ciuilis ratione alienum est. 39.2

Sumptus.

In sumptibus necessarijs bonæ fidei possessor à prædone non est separandus, sed in vtilibus & voluptuarijs. 401.28

Necessariorum

Neceſſariorum ſumptuum nomine etiam prædoni doli mali exceptio competit. ibid.n.24
Via ſeruandorum ſumptuum per exceptionem doli multò eſt commodior,quam per poteſtatem tollendorum ſumptuum. 402.29

Suppleri.

Supplere facti eſt.2.13. ſupplere iudex non debet. Ibid.

Surdus.

Surdus cur non poſſit donare cauſa mortis. 847.13

Suſpenſio.

De ſuſpenſione hereditatis legitimæ. 419. 1. & multis. ſeqq.

Suus hæres.

Suus quis dicatur. 412.33
Ordo ſtatutarius non tollit ius ſuitatis. 505.16
An ius ſuitatis amiſerit filia excluſa per ſtatutum fauore maſculorum. 503.1
Quomodo verum ſit ſublatam eſſe à Iuſtiniano differentiam ſuitatis & emancipationis. 645.16
Ius ſuitatis non peritur per exheredationem. 994.14
Inter ſuos & agnatos diſcrimen. 451.27

Symmachus.

Vt accipiendum illud Symmachi, iuris & legum vocem hanc eſſe,bonæ fidei contractum non reſcindi. 90.13

T.

Tabulæ.

Secundæ Tabulæ ſeparatim clauſæ apud veteres nonniſi poſt mortem impuberis aperiebantur. 597.8

Tacitum.

Tacitum quid dicatur 381.15
Non ſemper par & æqui eſt vis Taciti & expreſſi. 384.7
Expreſſo vitiato Tacitum quoque vitiatur. 596.22

Talliabilis.

Talliabilis ſine liberis decedat ſuperſtite matre,an huic debeatur legitima. 851.1 & ſeqq.

Taxatio.

De Taxatione iuriſiurandi in litem. 243.1.& ſeqq.

Tempus.

Tempus nunquam retrotrahitur.410.8. in quo differt à conditione. ibid.
Tempus delationis quando pendeat. 411.31

Tertyllianum Senatus.

Senatum Tertyllianum non tam cogitauit de nomine heredis matri tribuendo,quàm de ipſa ſucceſſione. 417.6
Senatus Tertylliani non ea mens fuit vt agnatos planè excluderet, ſed tantum matrem iis præferret, niſi tamen verbis extenſiuis vſus ſuiſſet ſenatus agnatos excludebat. 851.6

Teſtari

Cùm quis aliquem Teſtari prohibet qui volebat mutare teſtamentum, prohibitio illa ſcriptis heredibus quando noceat aut non noceat. 745.11
Teſtandi facultatem ſibi, aut alij qui præripit contra bonos mores facit. 746.5
Dolus prohibentis aliquem Teſtri legatariis & fideicommiſſarijs quando noceat. 735.14
Qui non poteſt Teſtari nec mortis cauſâ donare. 846. 5. & ſeqq
Vno contextu Teſtari quid ſit. 891.17
An hereditas ſit caduca cùm quis alium Teſtari coegit in fauorem tertij. 732.n.1.& ſeqq.
Quiſquis Teſtatur facit legem. 710.10
Si qui alterum Teſtari prohibuit vel coegit non ſit ſoluendo, an pars læſa poſſit agere contra fiſcum. 730.1
Si quis per blanditias citra vim & dolum id egerit vt Teſtaturi iudicium erga ſe pronocaret,an incidat in edictum, ſi quis aliquem teſtar prob. 731.1.& ſeq.
facultas Teſtandi eſt à lege, nec niſi per legem tolli poteſt 746.6
Si frater fratrem Teſtari aut teſtamentum mutare prohibuerit, an eius factum cæteris fratribus noceat. 734. 1. & ſeqq.
Quo ſenſu dicatur, quem non poſſe pro parte inteſtatum decedere. 1006.7
Cur non liceat filiofam. de peculio profectitio Teſtari patre conſentiente. 850.7
Eius qui Teſtatur certum debet eſſe iudicium eo tempore quo teſtatur. 391.30
Filiusfam poteſt de peculio caſtrenſi Teſtari 851.4
Quid nudæ teſtantis voluntati accedere debeat vt Teſtamentum infirmetur. 769.12
Tabularum & Teſtamenti differentia. 520.4
Quomodo accipienda regula, quæ vult non poſſe quem in paganis decedere pro parte teſtatum, pro parte inteſtatum. 414.6

Teſtamentum.

Definitio Teſtamenti à Modeſtino allata quibus teſtamentis conueniat. 686.3
Irritum non ſit Teſtamentum niſi quod aliquo caſu & tempore valuit. 756.9
Ex Teſtamento capere qui prohibiti. 544.18
Si primum Teſtamentum præceſſerit validum, ſecundum verò ſit inualidum ex cauſa præteritionis aut exheredationis quæritur quid iuris ſit tam circa inſtitutiones, quam circa legata & fideicommiſſa in vtroque relicta. 751. 1. & ſeqq.
Teſtamentum nuncupatiuum longè pauciores ſolemnitates requirit,quam Teſtamentum in ſcriptis. 615.2
In teſtamentis inter liberos aut ad pias cauſas factis, clauſulam codicillarem ſubintelligendam non eſſe. 671.8
Ne quidem militis Teſtamentum imperfectum ratione voluntatis valet. 664.6
Teſtamentum quod ipſo iure nullum eſt reſcindi ſeu rumpi non poteſt. 756.8
An aliqua ratio fieri poſſit, vt eam ſibi quis legem præciſe dicat, ne à priori Teſtamento recedere poſſit. 749. 1. & ſeqq
Inefficacem & prorſus inutilem eſſe clauſulam quæ hodie Teſtamentis & codicillis inſeri ſolet, vt ſi teſtamentum non valeat iure teſtamenti, vel codicill. valeat iure donationis cauſa mortis. 896.1.& ſeqq.
Per quam additionem hereditatis confirmetur Teſtamentum. 767
In ipſo iure an verò non niſi one exceptionis tollatur Teſtamentum, cuius linum aut ſignacula teſtator vtrò & ſciens incidit. 792. & ſeqq.
Per poſterius Teſtamentum quamuis imperfectum rumpitur prius, ſi in poſteriori inſtituti ſint venientes ab inteſtato. 765.4
Teſtamentorum ſolennitates cur introductæ. 656.14
De verbali ſolennis Teſtamenti reuocatione. 747. 1. & ſeqq.
Teſtamentum vi dolóve extortum valet ipſo iure dummodò inter ipſa teſtamenti ſolennia,neque vis, neque dolus interuenerit. 748.6
Teſtamentum iure factum non poteſt nullum eſſe defectu voluntatis,etiamſi id maxime velit teſtator. 712.1
Teſtamentum an prædicetur de omnibus contentis in teſtamento,vt vult Socinus. 723.9
Quid iuris ſit vbi appoſita eſt clauſula derogatoria in Teſtamento minus ſolenni, aut rupto ex cauſa præteritionis vel exheredationis. 743.1.& ſeqq.
Solennitates teſtamentorum à quo adhiberi & retineri, & quando interuenire debeant. 760.8
An Teſtamentum valeat quod factum eſt per vim dolúmve aut heredis inſtituti aut alterius cuiuſpiam. 717. 1. & ſeqq.
Teſtamentum non eſt ex earum rerum genere quæ nuda voluntate aut conſtitui poſſunt aut reuocari. 716.10
Quomodo Teſtamentum ſine voluntate eſſe non poſſit. 716.12
Cur neceſſaria fuerit lex 12. tabul. de teſtamentis. 901.
Ex Teſtamentorum ſolennitate vna hæc eſt,vt liberi in poteſtate

Digitized by Google

Index Rerum,

ſtare inſtituantur vel exheredentur. p.705.n.5
Diſcrimen inter Teſtamenta & legata ratione conſtitutionis & euerſionis. 710 8
Nuda voluntate impediri non poteſt Teſtamentum, ſi omnia illa concurrant quæ lex præſcribit ad teſtamentum ordinandum. ibid.9
An debeat maior eſſe fauor Teſtamenti ſecundi perfecti poſt lapſum decennium, quàm eius quod perfectum altero die poſt primum. 716 9
An teſtamentum iuratum mutari & reuocari poſſit. 745. 2. & ſeqq.
Teſtamentum illud eſt iniuſtum & nullius momenti in quo præteritus eſt ſuus heres. 707.4
Confirmari Teſtamentum à lege vel prætore quid ſit. 704. 19
Non eſt periurus qui reuocat Teſtamentum iuratum, contra Iohannem Andr. 746.11
Non aditio hereditatis non eſt modus rumpendi Teſtamentum 704. 11. quodnam teſtamentum dicatur deſtitui per non aditionem. ibid.13
Quodnam pignus in Teſtamento conſtitui queat. 891. 10
Lex duo eiuſdem hominis Teſtamenta nunquam confirmat, niſi fuerint militaria. 704.15
Iuris eſt explorati poſteriori Teſtamento rumpi prius, atque ideo euerti omnia quæ in priori continentur. 708.6
De clauſula derogatoria in priori Teſtamento ad poſterius impediendum appoſita variæ interpretum ſententiæ. 709.1. & ſeqq.
An ſit vllus fauor Teſtamentorum in quibus inſtituuntur venientes ab inteſtato. 705.6
Filij emancipati præteritione neque nullum neque iniuſtum fieri poteſt Teſtamentum. 702.7
Etiam eius qui per vim dolúmve alterius teſtatus eſt, Teſtamentum valet, hereditas tamen auferetur heredi tanquam indigno. 710.11
Secundum teſtamentum factum coram Principe vel iudice ex omnium ſententia primum tollit. 715.6
Error Bartoli putantis illud etiam Teſtamentum ſolenne eſſe in quo ſuus heres neque inſtitutus eſt neque exheredatus 707.3
Imperfectum Teſtamentum quot modis dicatur. pag. 698 num. 2.
Exemplum Teſtamenti præparatum quid ſignificet. pag. 663 num 4.
Ex Teſtamento in quo poſthumus ſuus præteritus eſt quandiu per agnationem poſthumi rumpi poteſt, nemo poteſt heres eſſe. 500.9
Quinam ipſo iure rumpant Teſtamentum. 508.4
Actio ex teſtamento contra quem detur. 982.4
Quatenus quis rumpat Teſtamentum per inofficioſi querelam. 508.5
Teſtamentum imperfectum ratione voluntatis an valeat. 663.1
Non valet Teſtamentum, quo non alius heres inſtitutus eſt, quam quiſquis ab inteſtato ſucceſſurus eſt. 391.19
Quo inſtanti teſtamentum per legem confirmetur. 505. 18
Teſtamentorum vſus inductus eſt propter hereditates & legata, Codicillorum verò propter fideicommiſſa. 892. 16
Sine perfectum eius teſtamentum qui omiſit conditionem quam inſtitutioni addere deſtinarat. 665.1
Cùm quæritur de iuribus teſtamenti in quo præteritus eſt filius quid inſpiciendum ſit. 505.14
Teſtamentum filiifamilias militis de caſtrenſi peculio, quo præteritus eſt teſtatoris filius an valeat. ibidem 15
Conſtitutio Iuſtiniani de teſtamentis imperfectis ad quas vltimas voluntates ſit reſtringenda. 689.18
In teſtamento imperfecto inter liberos clauſula derogatoria neque exprimi neque ſubintelligi poteſt. 687.5
Teſtamentum imperfectum inter liberos non ad aliud prodeſt, quàm vt defuncti voluntas ab inteſtato conſeruetur. 651.2
An in teſtamento parentis inter liberos adhiberi teſtes aliquos ſit neceſſe. 651.1
In imperfecto inter liberos teſtamento parentis literas neſcientis an ſufficiat alium pro eo ſcripſiſſe. 649.5
Nullum teſtamentum defendi poteſt iure teſtamenti ſine teſtibus, nec voluntas nuncupatiuo teſtamento declarata aliter probari poteſt quàm per teſtes. 612.7
De teſtamento militari agentes ICti nunquam meminerunt ſolenniratum iuris gentium 673 7. vt nec Impp. cùm tractant de teſtamento tempore peſtis condito. ibid. num.8
An in omnibus teſtamentis ſubintelligenda ſit clauſula codicillaris. 670 4 & ſeqq.
Teſtamentum patris nunc perfectum coram duobus teſtibus conditum an defendatur iure teſtamenti. pag 681. num.1
Interpretes docere non poſſunt quæ ſint in teſtamentis ſolennitates iuris gentium. 673.10
Duorum teſtium fortuitorum vtriuſve ſexus & cuiuſcunque nationis interuentus non eſt ſolennitas teſtamentorum ex iure gentium ducta. ibid.11
Teſtamentum ſolenne & perfectum per poſterius rumpi non poteſt, niſi hoc æque ſolenne & perfectum fuerit pag. 686. num.2.
Teſtamentum inter liberos imperfectum quomodo ab alia qualibet vltima inteſtati voluntate differat. pag. 689. num.17
Solum teſtamentum clauſulam derogatoriam continere poteſt. 687.4
Teſtamenta parentum imperfecta inter liberos defendi ex eo cenſent interpretes quòd in iis requirantur tantùm ſolennitates iuris gentium. 672.1
Teſtamentum cum codicillis ab inteſtato factis nihil habet commune. 671.7
Quibus rationibus probent interpretes teſtamentum imperfectum inter liberos valere iure teſtamenti. 670.1. & earum refutatio. ibid.12
Implicat contradictionem vt teſtamentum valeat iure teſtamenti, & vt defendatur per clauſulam codicillarem. 670.3
An teſtamentum rumpatur per præteritionem filiæ excluſæ per ſtatutum. 500.1. 502.15
Teſtamentum in quo ſuus heres præteritus eſt ita nullum eſt vt nunquam conualeſcere poſſit. 513.3
Teſtamenta parentum imperfecta non defendi ex conſtitutionibus niſi iure voluntatis inteſtati. pag. 680. nu. 10. 12
Quandiu rumpi teſtamentum poteſt, non defertur ex teſtamento hereditas. 583.5
Quò pertineat illud ex teſtamento non poteſt acquiri hereditas quandiu teſtamentum rumpi poteſt. pag. 502. num.19
Quî fiat vt hodie poſterius teſtamentum factum poſt decennium etiam minus ſolenniter tollat prius. pagina 716. num.11
Cur neceſſarium ſit teſtamentum ad patris voluntatem reuocandam in teſtamento imperfecto declaratam, nec ſufficiant codicilli. 690.20 & 22
Nullæ ſunt teſtamentorum ex iure gentium ſolennitates aduerſus interpretes. 671.2.673.6
Teſtamenti factio eſt iuris ciuilis, & ratione ſolennitatum, & ratione originis quoque, non verò iuris gentium. 672.3
Teſtamenti factio cur dicatur eſſe iuris publici. 673.4
Vſus teſtamentorum apud omnes gentes receptus non facit vt teſtamentum ſit iuris gentium, cùm nitatur ratione ciuili. ibid.5
Teſtamentum ex quo acquiſita eſt hereditas eo tantùm caſu rumpi poteſt quo proponitur querela inofficioſi teſtamenti. 451.16
Imperfectum teſtamentum quodnam dicatur. 681.5
Differentia inter teſtamentum inter liberos imperfectum & id in quo ſunt inſtituti ſucceſſores legitimi. 697.5
An valeat teſtamentum imperfectum in quo ſunt inſtituti venientes ab inteſtato, nullis exiſtentibus liberis, aut iis præteritis. 697.1
Cancellatio teſtamenti qua teſtamentum non infirmare cenſeatur. 687.8
Teſtamentum parentis imperfectum quod alterius manu ſcriptum eſt valere non poſſe, aduerſus interp. 693 15. vt parens ſcribat propria manu nomina liberorum, nempus teſtamenti, & modum vnciarum eſt ſolemnitas omnino neceſſaria. ibid. 16.
Teſtamenti militaris, & eius in quo fuerint ſcripti legitimi ſucceſſores conuenientia & differentia. 697.3
Cùm heres palam eſt nuncupatus coram 7. teſtibus teſtamentum cenſeri poteſt nuncupatiuum etiamſi ſubſcriptiones & ſignacula adſint. 692.13
Fieri non poteſt vt teſtamentum, quod quis fecit tanquam valiturum iure teſtamenti in ſcriptis euadat in nuncupatiuum. ibid. 5.
Differentia inter teſtamenta in ſcriptis & nuncupatiua. 695. 12.
Intereſt parentum & liberorum, ne ius ita conſtituatur vt in parentis teſtamento nuncupatiuo nullæ ſint neceſſariæ ſolemnitates. 666. 5
Vulgatum illud ex eo teſtamento quod rumpi quandoque poteſt

teſt, nemo poteſt heres exiſtere quatenus verum pag.507 num. 3.
Cuiacium perperam requirere teſtes in teſtamento inter liberos imperfecto p.698. n.6
Teſtamentum vnde æſtimetur nuncupatiuum. 691.n.6 errores interpretum de teſtamento nuncupatiuo ibidem. 7. 8. & 9.
An valeat Teſtamentum parentis inter liberos minùs ritè teſtati, quando notarium adhibere volens, deceſſit priùs quàm notarius accederet. 694.1
Imperfecta Teſtamenta parentum inter liberos non ſunt verè ac propriè teſtamenta. 683.2. an huiuſmodi teſtamenta ipſo iure tolli queant ibid 3
Clauſula derogatoria poſteriotis Teſtamenti vim & validitatem impedit eſt interpretum ſomnium. 684.11
Teſtamenta in ſcriptis hodie minùs frequentia, quàm nuncupatiua 655.1
An imperfectum patris Teſtamentum alterius manu, ſed ex patris mandato ſcriptum valeat. 691.1
Cur ſcriptura quam quis voluit valere iure Teſtamenti in ſcriptis, nunquam poſſit valere iure teſtam. nuncupatiuis. 692. 10.
Imperfectum inter liberos Teſtamentum reuocatur tantùm per poſterius perfectum ſiue in ſcriptis, ſiue nuncupatiuum. 690. 24.
Vnde & quomodo colligant interpretes in Teſtamento parentis imperfecto inter liberos clauſulam derogatoriam ſubintelligendam eſſe. 686.1
Notarij interuentus non eſt de Teſtamentorum ſolemnitate. 695. 6.
Imperfectum Teſtamentum parentis inter liberos defenditur iure inteſtati, non verò inter extraneos. 686.17
Per voluntatem inteſtati præcedentem abſurdum eſt vt impediatur validitas poſtea facti Teſtamenti. 685.12
Teſtamentum quod nullum eſt rumpi non dicitur. pag. 500 num. 8.
An patris Teſtamentum minùs ſolemne inter liberos illegitimos legitimatos valeat. 659.1
An Teſtamentum in quo filius eſt præteritus, ſi inſtituti ſint venientes ab inteſtato valeat interim de iure ciuili, donec filius dicat nullum. 705 1 & ſeqq.
Teſtamentorum ſolemnitates non aliunde pendent quàm à lege. ibid.
Teſtamentum quod ſemel effectum habuit rumpi non poteſt licèt quandoque reſcindatur. 514.5
Quodnam Teſtamentum rumpi dicatur, quodnam reſcindi. 585.15.
Teſtamentum imperfectum, vbi aliud perfectum poſtea ſit, non cuadit in codicillos teſtamentarios. 685 9
Teſtamentum imperfectum cenſetur reuocatum per poſterius etiamſi nulla in hoc illius facta ſit mentio. ibid.10
An Teſtamentum poſſit confirmari ex tacita vulgari ſubſtitutione. 591. 1
An in Teſtamento inter liberos ſubintelligenda ſit clauſula derogatoria 681.1
Teſtamenta parentum imperfecta vt valeant debent confirmari & adiuuari per officium arbitri familiæ erciſcundæ. 635. 13.
Cur in Teſtamentis parentum imperfectis ſubintelligi velint interpretes clauſulam derogatoriam. 686.16
Vt Teſtamento prætor confirmet. 704.18
Clauſulam derogatoriam in Teſtamentis parentum imperfectis ſubintelligi non poſſe. 686.18
Reuocato Teſtamento reuocata cenſetur clauſula derogatoria in eo adſcripta. 23.10
Teſtamento per querelam inofficioſi reciſſo duæ teſtatoris hereditates ex poſtfacto conſtituuntur. 414 8. an reſciſſo per querelam teſtamento duo ſimul heredes fuiſſe videantur ibid.
Quandiu ex teſtamento ſuccedi poteſt ab inteſtato non ſuccedatur. 583.6
Quamuis teſtamentum iure ciuili factum fiat irritum per adrogationem, prætor tamen ex eo bonor poſſeſſionem dare poteſt. 760.13
Teſtamentum nuncupatiuum habet ſolemnitates teſtibus potiùs quàm oculis fidelibus ſubiectas. 703.14
Facta primo teſtamento ſolemni, deinde alio inualido in quo adſcripta ſit clauſula codicillaris, poſtea verò adita hereditate à venientibus ab inteſtato, an primum teſtamentum reuocatum ſit per ſecundum. 765.1.& ſeqq.
Teſtamentum in quo filius præteritus eſt, etiam fatente Bartolo tale eſt vt nunquam ex eo poſſit aditi hereditas. 706 10. nec conualeſcit ex æquitate prætoria per filij approbationem. ibid. 11. quomodo defendatur ex æquo & bono filio ſe abſtinente. ibid. 12
Teſtamentum nullum eſſe poteſt ſine heredis inſtitutione. pag 690. num. 21.
Solemnitates Teſtamentorum à quo adhiberi & retineri, & quando interuenire debeant. 760.8
An in Teſtamento contractus fieri poſſit. pag.892. num.17. & ſeqq.
Suus heres præteritus quibus modis rumpat Teſtamentum. 52 .6.
Teſtamenti & tabularum differentia. 520.4
Ex pupillari teſtamento paterauum neque ex parte, neque in totum confirmari poteſt. 595.26
Quibus caſibus filia rumpat teſtamentum patris ex iure communi 515.8
Teſtamentum in quo præteritus eſt filius qui teſtamenti tempore fuit in poteſtate, iure ciuili nullius eſt momenti, nec conualeſcit etiamſi filius viuo patre moriatur p.161. n.8 an huiuſmodi teſtamentum defendatur iure prætorio. ibid. n 2. & ſeqq.
Teſtamentum etiam iuratum reuocari poteſt. 174.7
An teſtamentum alias nullum ieu ruptum defendatur per clauſulam codicillarem. 63.1. & ſeqq
Non adita ex teſtamento hereditate omnia communia quæ teſtamento continentur. 199.5
Teſtamentum a voluntate teſtatoris diſtinguendum eſſe. 161. 5.
Quæ exheredatio hodie requiratur ad teſtamenti ſolemnitatem. 18..10
Nato poſthumo qui præteritus fuit rumpitur teſtamentum. 245. 1.
Teſtamentum in quo inſtituitur filius in certa re aut quantitate pro legitima non vale.. 181.5
Teſtamentum in quo præterita eſt filia excluſa, non defenditur æquitate Canonica aut prætoria. 156.14
Debitum ex teſtamento vt differat ab eo quod ex contractu debetur. 131 9

Teſtator.

Teſtator non poteſt dare libertatem ad tempus. 418.16
Non eſt in teſtatoris poteſtate vt ſolemnitatem inducat nouam. 691.8
Teſtatoris voluntatem quomodo ſequatur legis voluntas: inteſtati verò hominis voluntas tacita legis voluntatem ſubſequatur. 419.7

Teſtis.

Quot teſtibus debeant probari legata aut fideicommiſſa extraneis relicta in teſtamento imperfecto inter liberos. pagina 675. num.11.
Quot teſtes requirantur in donatione cauſa mortis. 858.1 & ſeqq.
Cur plures teſtes requirantur in vltimis voluntatibus, quàm in contractibus ibid.4
Cur teſtes teſtamentarij durare debeant donec ſuprema conteſtatio peragatur. 726.7
Vnus teſtis quamuis non faciat plenam probationem, facit tamen iudicium. 656 17
Cur duo teſtes ſufficiant, vbi numerus non adiicitur. p.674. num. 13.

Titulus.

Titulus inſtitutionis quatenus honorificus. 675.8

Traditio.

Traditio quæ tunc cùm fit non valet ad dominium transferendum, nunquam dominium ex poſtfacto transfert. p.819. n. 7.
Traditio fieri poteſt per interpoſitam perſonam. 965. 5. & conſequenter donatio cùm ſit per traditionem. ibid.
Traditio nihil aliud eſt quàm datio poſſeſſionis. pagina 975 num. 11.
Traditio rei filiofam. à patre donatæ eſt inualida ad transferendum dominium. 815.8
Quando obtineat iactarum illud, traditio in dubio præſumitur facta animo transferendi dominij. 836.7
Quæ traditio transferat dominium. 198.3

Tranſactio.

Si immodica læſio in tranſactione interuenerit non datur reſtitutio in integrum, ſecùs verò ſi dolus, ex conſtitutione ducis Sabaudiæ 12.13
Ad tranſactionem an producatur benefic. l.1.C.de reſc. vendit. 103. 2. & ſeqq

Digitized by Google

Index Rerum,

Iure Pandectarum non potuit Transactio rescindi praetexru quantæuis læsionis. ibid.n.3
Bona fide factas transactiones quas dicamus. ibid.n.4
Non minor est autoritas transactionis quàm rerum iudicatarum. 104.8
Pœna eorum qui aduersus iuratam transactionem veniunt. ibid.9

Transmissio. transmissarius.

Ad Transmissionem hereditatis ascendentium in descendentes quid requiratur. 645.17
In Transmissione hereditatis ascendentium in descendentes quale sit discrimen inter liberos qui sunt sui heredes & eos qui non sunt sui. ibid.13
Ius Transmissionis cur inductum. 638.6
De Transmissione hereditatis 556.7.& seqq.
Non omni casu hereditas ascendentis Transmittitur à descendente in descendentes. 649.14
Ad transmissionis priuilegium inducendum quid requiratur. 648.13
Discrimen inter Transmissarium Theodosianum & Iustinianæum. 634.1
Transmissionis beneficium ad quos descendentes pertineat. 645.15
Theodosianus Transmissarius substituto præferendus est, Iustinianæus verò postponendus. 634.2.& 633.8
Transmissio quæ sit iure suitatis per vulgarem substitutionem non excluditur. 632.5.& 633.7
Transmissionis species ex sententia interpretum. 634.2
Sententia interpretum de Theodosiana Transmissione ad intestati successionem producenda 646.1
An Transmissarius hereditatis vulgari substituto præferatur. 614.1
Quæ legata & fideicommissa ab ignorante transmittantur. 646.11

Trebellianum Senatus.

Ad quem heredem rogatum pertineat Sctι Trebelliani authoritas. 510.10
In Trebellianicam imputanda sunt omnia quæcunque grauatus heres habuerit quoquo titulo ex bonis eius qui fideicommissum iniunxit. 680.12
Senatus Trebellianum non potuit efficere vt qui semel fuit heres desineret esse heres 411.17
De potestate SCti Trebelliani. 423.13.& seqq.
An heredibus liberorum primi gradus possit Trebellianicæ deductio prohiberi. 141.1.& seqq.
In Trebellianicam fructus imputantur. 135.3
De Trebellianicæ & legitimæ computatione dissertatio auctoris. 142.1.& seqq.
Varij casus quibus Trebellianica nulla debetur. 140.22
An ex portione legitima quæ per filiæ renuntiationem adcreuit hereditati heres Trebellianicam deducere possit. 156.1.& seqq.

Tribonianus.

Triboniani mos in iure constituendo. 591.11
Tribonianus Ictorum nomina & authoritates ementiri solet. 668.5
Tribonianus induxit vt testamentum in scriptis factum esse, & heredem palam esse nuncupatum simul stare possent. 692.11
Tribonianus legum corruptor. 572.7.& 8.& seqq.
Triboniani insciția. 666.13 669.9.& 15

Triticar. condictio.

Triticaria condictio quæ sit. 218.1.& seqq.

Tutor, tutela.

Casus quo potest Tutor prædium pupilli sine decreto alienare. 552.22
An tutela impuberis anum paternum habentis ad matrem deferenda sit. 71.1.& seqq.
Tutor pupillum quatenus obligare queat. 552.14. an possit prorogare tempus retrouenditionis. 550.1.& seqq.
An filiofamilias Tutor quandoque dari possit. 71.2.& seqq.
An Tutor quilibet confirmandus sit. 41.12
Tutor non potest pupilli nomine aut adire aut pro herede gerere. 36.7
Tutor vt differat à curatore. 961.6

V.

Venditor, Venditio.

NVm ex vendito actio nonnunquam datur ad resoluendam & distrahendam emptionem. P.954.17
Non eo minus valet Venditio etiamsi res non tradatur, quippe cum perficiatur consensu, sufficiatque obligatum. esse venditorem vt præstet quanti interest emptoris. ibid.17
Alienæ quoque rei venditio valet. ibid.17
Venditio propter immodicam læsionem non dicitur resolui, sed rescindi. 309.12
Resolutio Venditionis quæ fit ex lege commissoria, aut pacto addictionis in diem quatenus voluntaria, quatenus necessaria. ibid.14
Venditio facta sub pacto de retrouendendo quatenus similis sit fiduciæ quatenus dissimilis. 288.6
Ita contrahi potest venditio vt si venditor pretium quod accepit intra certum diem reddiderit res inempta fiat 191.1. dicta conuentio vt à lege commissoria differat, item à pacto de retrouendendo. ibid.2.& seqq.
Quando ex causa immodicæ læsionis rescindatur Venditio per in integrum restitutionem. 84.21
Venditio differt à promissione de vendendo 293.5. pactum de vendendo vt differat à pacto de retrouendendo. 293.7
Actio quæ datur venditori læso vltra dimidium iusti pretij non potest dari contra tertium possessorem. 84.26
Venditio facta sub pacto de retrouendendo vt affinis pactioni antichreseos. 113.1.& seqq.
Si in Venditione dolus interuenerit ex parte emptoris & emptor agat ad rem tradendam an venditor rem tradere teneatur. 90.15. quid vero si nullus dolus interuenerit. 91.20
Venditionis & diuisionis conuenientia. 96.4
Differentia inter Venditionem & locationem. 518.24
Locus singularis in iure de venditione sub pacto de retrouendendo 188.1
Qui directam rei Vindicationem exercet possessioni suæ renuntiasse non intelligitur. 48.11
Venditionis vniuersalis priuilegium. 59.13
Venditor vt sequatur forum & iudicem emptoris. 73.1
Venditor de euictione tenetur etiamsi nihil dictum sit, dum ne in contrarium conuenerit ne de euictione teneatur 168
Contracta venditione sub pacto addictionis in diem ei cui addicta res est non solùm vsucapere potest sed & fructus & accessiones omnes lucrari. 1198
Inter priuatas & publicas venditiones quid interfit. 10.6
Venditio rei litigiosæ quando valeat. 59.13
An venditione fructuum rei locatæ dissoluatur locatio. 69.1.& seqq.
Facta venditione sub pacto addictionis in diem non potest emptor pro eodem pretio quod alius offerat, eandem rem retinere. 311.1
Venditio facta sub pacto addictionis in diem quomodo differat à venditione facta sub pacto de retrouendendo. 305.4
Ex empto potest dari actio ad corrigendam venditionem, sicut & ad distrahendam. 12.10
Venditio, facta sub pacto de retrouendendo & addictio in diem vt differant & conueniant. 286.1.& seqq.
venditori læso vltra dimidium iusti pretij num competat restitutio in integrum 82.2.& seqq.
venditor qui negat se ad litem pro emptore suscipiendam teneri apud iudicem emptoris non cogitur litigare, sed apud suum conuenientius est. 74.6
Pignorum venditio quatenus sit similis venditioni quæ fit sub pacto addictionis in diem. 120.5
Facta venditione sub pacto addictionis in diem fructus interea percepti priorem emptorem sequuntur. ibid.6
venditio quæ fit sub pacto de retrouendendo vt differat à venditione pignorum: item ea quæ fit sub pacto addictionis in diem. ibid.7
Quatenus condemnandus sit venditor vt rem tradat. 230.6
venditio quæ fit sub pacto de retrouendendo nunquam resoluitur. 305.5
venditor qui rem vendidit, quam tradere potest, præcisè obligatus est vt tradat. 292.4
Quatenus eadem fuerit olim ratio venditionis & locationis. 100.1
Enormissima læsio an reddat venditionem ipso iure nullam. 127.1.& seqq.
Cùm in Venditione immodica læsio interuenit, rescinditur quodam

Digitized by Google

quodammodo venditio si emptor iustum pretium supplere nolit. p.83 n.14
Venditio & diuisio vt differant in probanda læsione. p.96. n.1 & seqq.
Beneficium, l.1.C.de rescind vend. ad publicas Venditiones non pertinere. 127.3
An sit audiendus Venditor qui vltra dimidium iusti pretij læsus, renuntiauit benefic. l 2.C.de rescind. vend. pag.84. n 1. & seqq.
Si nec vis, nec dolus, nec mala fides intercesserit, contractus Venditionis nullatenus rescindi potest. 84.14
Differentia inter Venditiones publicas & priuatas. 126.6
Si eadem res pluribus separatim Vendita sit, præfertur is cui priori res tradita est, licet posterior emerit. 335.3

Verba.

Verba enunciatiua an disponant fauore liberorum. 389. 11
Directorum Verborum vsus. 626.4
Verba imperatiua quæ. ibid 6
Verba conditionalia nihil disponere in legibus maximè verum, iis præsertim per quas successio defertur. 447.21
Verbi lego vis propria. 617.17
Verba precaria siue obliqua non semper accipiuntur pro precariis, & quonam sit inter hos discrimen. 628.1
Verba legis in successionum iure inducendo qualia esse debeant 51.7
Dispositiuis adeóque imperatiuis verbis opus est in constituendo iure directo hereditatum. 444.9
Verborum proprietas in posteriorum Imperatorum constitutionibus exactè vbi est requirenda. 635. 4
Verbum volet est extensiuum habetque tractum temporis. 424. 5.
De Verbis quæ communia dicuntur interpretibus. 631.15
Verba derogatoria vim habent cuiuscam ademptionis. 713.7
Verba conditionalia non disponunt. 498.10
Obliqua seu precaria Verba quæ. 626.6 in quem vsum comparata. ibid 5
Nulla esse Verba communia aduersus interpretes. p.627. n.7 & seqq.
Quod non Verborum discrimen sustulerit Constantinus. 628. 8.
Verbum instituo an directum. 627.11.15
Verborum quibus solent vti testatores diuisio interpretum trimembris: & de ea autoris sententia. 626.2.3
De Verbis directis & imperatiuis nouissima autoris sententia. 629.1.
Verbum substituo non æquè significat fideicommissum ac vulgarem substitutionem 627.10
Verbum substituo an directum, an verò commune. 628.19
Verbis tantùm Coniuncti, vt differant ab illis, vel re & verbis coniuncti sunt, ex sententia interpretum. 1010.1.& seqq.
Verborum directorum inepta distinctio à Bart. inuecta, & eius refutatio. 617.13
Verbum iubeo quale. ibid 12
Verba communia iure gentium qualia Bartolo. ibid. 14
Traditio interpretum de Verbis communibus multorum graniumque errorum causa. 626 1
Summa Verborum diuisio & subdiuisio ex autoris sententia. 628. 21.
Quæ Verba directa non ciuilia, item quæ communia ex interpretum placitis. 6.91

Videri.

Casus quo plus est Videri quàm esse. 575.4

Vindicatio.

Vindicatio est ab initio & sui natura arbitraria. 409 10
Discrimen inter Vindicationem & condictionem. 909 5
Vtilis Vindicatio à Baldo vt definiatur, & eius definitionis reprehensio. 910 8
Rei Vindicatio vt sit similis, dissimilisve actioni hypothecariæ. 256.4 & seqq.

Virilis portio.

Virilis appellatione quid contineatur. 1014.5
Etiam Virilis partis appellatione quandoque totum continetur. 1045 11

Viuens.

Viuentis num & quomodo sit suus heres. 450.17

Vocabulum.

Verum Vocabula immutabilia sunt. 828.13. non ex opinionibus singulorum, sed ex communi vsu exuendenda sunt. ibid.

Voluntas.

Quæuis vltima Voluntas est ambulatoria vsque ad mortem 710 7.
Quæque vltima Voluntas exigit perseuerantiam. 981.14
An disputatio patris inter liberos quæ sit imperfecta ratione Voluntas seruanda sit. 664.8
Ex actu quoque nullo modo declaratur Voluntas. 742.6
Nihil est homini tam naturale quàm vt habeat liberam Voluntatem. 746.4
Nuda testantis Voluntate testamentum infirmari non potest. 767 12
Cùm in Verbis nulla est ambiguitas, admittenda non est quæstio Voluntatis 613 13
An Voluntas minùs solemnis in piam causam collata valeat. 661. 8.
An Voluntas parentis inter liberos minùs solemnis defendatur iure testati, an potiùs intestati. 653. 1
Etiam tacita Voluntate legata & fideicommissa reuocantur 952. 1.
Quæ Voluntas requiratur in aditione. 36.1
Vltimæ voluntates infinuatione cur non indigeant. 859.6
Imperfecta Voluntas quæ 654 5
Defuncti hominis Voluntates fauorabiles 2 6. interest publicè eas effectum habere. ibid
Qui vel supplicio capitis vel pœna deportationis affectus est non potest decedere cum vltima voluntate. 943.6
Nouissimas vltimas voluntates confirmat lex moriente testatore quam quæ ab initio valuerunt 816.3
Quædam species vltimæ voluntatis non possunt aliter quàm per scripturam fieri. 689.13
Ad habendum hæredem testamentarium non sufficit nuda Voluntas. 391.27
In vltimis Voluntatibus interpretandis regulare est, vt plus dictum minus scriptum non existimetur. 2.10

Vsucapio.

Cur non sit Vsucapioni locus: vbi pater filio quem habet in potestate donauit rem alienam. 818.1.& 3
Filiusfam. non potest rem sibi à patre donatam Vsucapere pro donato aut pro hærede. 816.1
De Vsucapione rei donatæ coniugi à coniuge. ibid 1.& seqq
Nihil pro hærede Vsucapi potest suis hæredibus existentibus 576. 9.
Nullam esse pro possessore Vsucapionem vbi est suus hæres quamuis se abstinens. ibid.16

Vsufructus, Vsufructuarius.

Vsufructuario proprietatem acquirente vsufructus per consolidationem amittitur. 320 1
Nullus est vsusfructus causalis. ibid.2
Differentia inter Vsumfructum & dotem. 527.4
Vsusfructus distinctio in causalem & formalem ridicula. 811. 13.
Vsusfructus à proprietate separatus in quibusdam pars dominij esse censetur. ibid.13
Vsufructu vni purè legato, alteri sub conditione, purè legatarius interim habebit totum, vt rectè statuit Bart. 1024.6

Vsura, Vsurarius.

Vsuræ legatorum & fideicommissorum vt debeantur. 132.6 & seqq.
Vsuræ quantumlibet odiosæ sint, tamen cùm in stipulationem deducuntur aut chirographum, debentur. 518 15
Odium vsurarum non efficit vt promiti aut certi conditione peti non possint, sed tantùm vt ex nudo pacto peti nequeant ibid 9
In iudicijs bonæ fidei propter quid vsuræ debeantur. 2. 9.8
Vsuræ vt differant à fructibus. 130 12.13
Fœnebris pecuniæ vsuræ non debentur nisi ex stipulatione. 101 11.
Vsurarum remissio facilè præsumitur. 5.11
Legitimæ & licitæ vsuræ quæ dicantur. 814.1
Vsurarum tolerantia vnde profluxerit. 7.1
Vsuræ centesimæ quæ. ibid. 4 trientes vsuræ quæ, & vnde dictæ. ibid.516
Quo sensu dicatur, lite contestata vsuras currere. 438
Error pragmaticorum de vsuris in chirographo promissi non debitis nisi ex quo agnitum est vel denegatum chirographum. 4.1.& seqq.
Vsuræ quæ odiosæ aut non odiosæ. 5. 3.& 5.10.17
Vsuræ chirographo promissæ debentur ex tempore quo scriptio fieri debuit, contra pragmat. 44

Digitized by Google

Index Rerum,& Verborum.

Vſura vſuræ interdicta eſt. 258. 3. an omni caſu. ibid. n 4. & ſeq. pecuniæ creditæ vſuras nullas deberi ex mora neque ex litis conteſtatione. p. 259 n. 6

Vſuræ fœnebris pecuniæ non niſi ex ſtipulatione debentur & peti poſſunt. 4. 1

Facilis eſt,& fauorabilis vſurarum remiſſio. 119.7

Caſu quo vſuræ debentur etiam citra moram. 130.2

Quo caſu poſſit hodie exigi vſura centeſima. 117.11

Quonam iure vtantur Sabaudi quod attinet ad certum vſurarum modum. ibid. 12. & 118. 14

Mediocres ſeu moderatæ vſuræ quæ olim fuerint. 117.8

Quas vſuras inhibeat nuda oblatio. 294.8

Legitimus modus vſurarum apud Sabaudos. 115. 13. 118. 13

Quæ vſuræ tacitè remiſſæ cenſeantur. 6.22

Facta condemnatione ſortis non poteſt amplius propter vſuras actio intendi. 408.17

Vſuræ ſunt acceſſiones induſtriales, fructus verò naturales. p. 743. n. 10

Vſurarius manifeſtus non poteſt reſtari, niſi præſtita priùs cautione de vſuris indebitè perceptis reſtituendis. 959.1

Vſurarius manifeſtus an poſſit donare cauſa mortis. ibid. & ſeqq. num.

Vtilis actio.

Vtilis actio cùm ſimpliciter dicitur, ea quæ eſt in rem potius intelligenda eſt, quàm quæ in perſonam. 981.13

Vtile iudicium quid. 404.5

Vxor.

Vxoris & liberorum quando par & æqualis conditio ſtatuatur. 671. 7.

Ignominioſa vxor quæ. 478.12

FINIS.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

XX
F
24

Digitized by Google

Digitized by Google